



Los **contratos**
sobre el buque
en Derecho español.
Análisis práctico

Asociación Española de Derecho Marítimo
Editorial Dykinson

LOS CONTRATOS SOBRE EL BUQUE EN DERECHO ESPAÑOL
ANÁLISIS PRÁCTICO

© 2018 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9148-911-5
Depósito Legal: M-37286-2018

Versión electrónica disponible en e-Archivo
<http://hdl.handle.net/10016/27678>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

LOS CONTRATOS SOBRE EL BUQUE EN DERECHO ESPAÑOL
ANÁLISIS PRÁCTICO

Jaime Albors	Carlos Llorente
José María Alcántara	Luz Martínez de Azcoitia
Gonzalo Alvar	Víctor Mata
Jesús Barbadillo	Verónica Meana
Hannah de Bustos	León von Ondarza
Miguel Caballero	Carlos Pérez
Jaime de Castro	Antonio Quirós de Sas
Carlos Cerdá	Jaime Rodrigo
Carmen Codes	Juan Pablo Rodríguez Delgado
Javier del Corte	Martín Prieto Sulleiro
Luis Felipe Gómez de Mairaca	Bernardo Ruiz Lima
Rodolfo A. González-Lebrero	Diego de San Simón
José Manuel G. Pellicer	Ana Sánchez Horneros
Julio López Quiroga	José Sánchez-Fayos Martín-Peña
Carlos López-Quiroga	Luis Souto
	Alicia Velasco

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO MARÍTIMO
EDITORIAL DYKINSON

2018

SUMARIO

1. Prólogo. <i>José Luis Gabaldón García</i>	9
2. Introducción	15
3. Los contratos para la adquisición del buque	
1. El contrato de construcción. <i>Gonzalo Alvar</i>	19
2. El contrato de compraventa. <i>Carlos López-Quiroga, Luz Martínez de Azcoitia y José Sánchez-Fayos Martín-Peña</i>	39
4. Los contratos de utilización del buque	
1. El contrato de arrendamiento de buque. <i>Rodolfo González Lebrero</i>	59
2. El contrato de fletamento	
1. El fletamento por tiempo. <i>José María Alcántara</i>	77
2. El fletamento por viaje. <i>Juan Pablo Rodríguez Delgado</i>	103
3. El contrato de transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque. <i>Javier del Corte</i>	145
4. Los documentos de transporte. <i>Carlos Llorente</i>	187
5. Contrato de fletamento para fines distintos al transporte. <i>José Manuel G. Pellicer</i>	207
3. El contrato de arrendamiento náutico. <i>León von Ondarza</i>	223
4. El contrato de pasaje. <i>Hannah de Bustos, Julio López Quiroga y Antonio Quirós de Sas</i>	245
5. Los contratos de servicios al buque	
1. El contrato de gestión naval. <i>Bernardo Ruiz Lima</i>	261
2. El contrato de gestión naval para la dotación del buque. <i>Víctor Mata</i>	281
3. El contrato de consignación de buques. <i>Jesús Barbadillo</i>	303

SUMARIO

4. El contrato de manipulación portuaria. <i>Carlos Pérez</i>	325
5. El contrato de practicaaje. <i>Alicia Velasco</i>	339
6. El contrato de mediación para la explotación del buque. <i>Carmen Codes y Martín Prieto Sulleiro</i>	357
7. El contrato de remolque. <i>Ana Sánchez Horneros y Jaime de Castro</i>	373 393
8. El contrato de salvamento. <i>Luis Souto</i>	413
9. Los contratos para la remoción de restos. <i>Verónica Meana</i>	431
10. El contrato de clasificación. <i>Jaime Rodrigo</i>	447
6. Los contratos de seguro sobre el buque.	
1. Casco y máquina. <i>Carlos Cerdá y Diego de San Simón</i>	465
2. El aseguramiento de la responsabilidad civil marítima	
1. Los clubes de P&I. <i>Miguel Caballero</i>	493
2. El seguro de protección e indemnización. <i>Jaime Albors</i>	505
3. El seguro de acreedor hipotecario. <i>Luis Felipe Gómez de Mairaca</i>	525

PRÓLOGO

Hace ya más de tres años que el Profesor Juan Luis PULIDO BEGINES me honró al encargarme un Prólogo para su magnífico *Curso de Derecho Marítimo* (Técnos, 2015) y en aquella ocasión observaba que tal vez no sería exagerado calificar a la Ley 14/2014 de Navegación Marítima más como un Derecho Marítimo nuevo que como una reforma del preexistente.

Pero al propio tiempo matizaba semejante afirmación aludiendo no solo a la pervivencia de todo el núcleo del Derecho marítimo internacional uniforme, nulamente afectado por el nuevo texto legislativo, sino por cuanto en modo alguno debería menospreciarse el valor de toda la doctrina y jurisprudencia anterior, aunque solo fuere como elementos interpretativos de los antecedentes legislativos.

Con todo, advertía acerca de la necesidad y hasta urgencia de nuevas obras doctrinales llamadas a ofrecer una visión ordenada y clara de una Ley que, por su novedad, estaba en gran medida huérfana de glosa por parte de la literatura jurídica. Y decía que, por ello, cabía esperar la aparición de nuevas ediciones de cursos y otras obras especializadas en nuestra disciplina.

Dejando aparte algunas publicaciones de índole menor y sobre todo pensadas para la docencia universitaria, como las sucesivas ediciones del *Compendio de Derecho Marítimo* del Profesor ARROYO MARTÍNEZ (Técnos, a partir de 2015) y el modesto *Compendio de Derecho Marítimo Español* (Marcial Pons, 2016), que yo mismo preparé como complemento del *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Marcial Pons, 2012), lo cierto es que la pronta reacción doctrinal ha desbordado francamente mi lógico vaticinio, pudiendo calificarse de abundante y excelente la producción bibliográfica generada desde entonces, en la que se observa un claro predominio de las obras de carácter colectivo.

Concretamente y sin pretensión de exhaustividad baste destacar aquí los siguientes “comentarios”: *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, coordinador AEDM (Dykinson, 2015, pp. 1-505); *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, directores EMPARANZA SOBEJANO y MARTÍN OSANTE, (Marcial Pons, 2015, pp. 1-857); *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, directores ARROYO MARTÍNEZ y RUEDA MARTÍNEZ, (Aranzadi, 2016, pp. 1-1580); *Comentarios a la ley de Navegación Marítima*, CAMPUZANO LAGUILLO, SANJUAN MUÑOZ,

y MARTÍN OSANTE, (Tirant lo Blanch, pp. 1-584). Y, desde luego, no puede aquí omitirse la mención de los *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*, directores BAENA BAENA y LÓPEZ SANTANA (Aranzadi, 2017, pp. 1-662).

La observación del amplio elenco de autores colaboradores en estos trabajos colectivos muestra el habitual predominio de los profesores universitarios, lo que no puede extrañar si se entiende que la investigación jurídica es inherente al propio desempeño de su profesión, hasta el punto de que, desde hace ya algunos años, ha llegado a ser parte integrante de su sistema retributivo (los famosos sexenios de investigación).

Sin embargo, me atrevo a afirmar que los aludidos “Comentarios” publicados por la editorial Dykinson en 2015, a iniciativa, impulso, y coordinación de la Asociación Española de Derecho Marítimo (AEDM), constituyó un punto de inflexión en este sentido. En efecto, la lista de colaboradores en dicha obra muestra la presencia de juristas de diversos ámbitos, pero con neta mayoría de abogados ejercientes en el sector marítimo.

Pues bien, la preparación y publicación por la AEDM de *Los contratos sobre el buque en Derecho español. Análisis práctico*, que aquí se prologa, viene a reafirmar esta tendencia, con la consiguiente expansión del número de autores dedicados a nuestra disciplina. Lo que tradicionalmente estaba *de facto* reservado al protagonismo de un relativamente reducido número de profesores universitarios ha pasado a ser compartido por un nutrido colectivo de juristas de diversa ocupación y procedencia, que se incorporan así con decisión, entusiasmo y acierto a la glosa y explicación del Derecho Marítimo vigente.

En particular, los abogados socios de la AEDM se suman generosamente a la noble tarea de la investigación y el comentario jurídico, en claro contraste con el mencionado tradicional protagonismo de los docentes. La experiencia derivada del examen del caso por caso y su resolución conforme a Derecho, que configura la habitual actividad del abogado ejerciente, aporta un complemento práctico que viene a enriquecer notablemente las elaboraciones de índole más teórico y académico propias del quehacer universitario. La propia acotación del título del Libro, “análisis práctico”, muestra bien a las claras la finalidad pretendida y, a mi juicio, en buena medida lograda.

Pero ello no debe llevar a pensar que estamos ante una obra de carácter meramente descriptivo o exclusivamente centrada en las vicisitudes de la praxis del foro. Por el contrario, encontraremos en ella profundos y serios

análisis exegéticos, muchas veces arropados con resoluciones judiciales de la llamada “jurisprudencia menor” (que en verdad no es jurisprudencia) o con concretas citas y referencias de la doctrina más autorizada. Ello es solo en parte atribuible al hecho de que, entre los colaboradores y junto a representantes de las nuevas y jóvenes generaciones de abogados marítimos, se encuentran también prestigiosos profesionales maritimistas bien consolidados y reconocidos por su larga trayectoria profesional e importantes aportaciones bibliográficas.

Aparte de las virtudes esenciales que se acaban de mencionar, permítaseme caracterizar esta nueva obra señalando que su objeto de estudio son los contratos marítimos, que su sistemática resulta original, que el análisis, la reflexión y la crítica trasciende las normas legales reguladoras de los diferentes contratos que los regulan y que está plenamente actualizada.

Obviamente estamos ante un libro dedicado a los contratos marítimos. En principio, solo las relaciones jurídicas contractuales nacidas con ocasión de la navegación marítima son objeto de análisis y comentario. Claro es que ello no impide que, en ciertas ocasiones, se incluyan inevitables citas y reflexiones sobre las responsabilidades en que las partes contratantes en cuestión pueden incurrir frente a terceros como consecuencia de la ejecución, algo que no puede extrañar si se repara en la regulación legal del contrato respectivo (por ejemplo, en los contratos de gestión naval, o de clasificación). Desde luego están todos los contratos típicos regulados en la Ley de Navegación Marítima pero no solo ellos, sino también otros que van logrando cierta tipicidad social (como el contrato de mediación o corretaje marítimo o el contrato de suministros al buque).

El contraste de la estructura de la Ley de Navegación Marítima con el índice del Libro permite percibir inmediatamente la originalidad de la sistemática seguida por este último.

En efecto, la Ley marítima agrupa los contratos marítimos en tres grandes categorías (Título IV Contratos de utilización del buque; Título V Contratos auxiliares de la navegación; y Título VII Contrato de seguro marítimo) mientras que, con un enfoque más objetivo, encuadra y regula los de construcción y compraventa del buque y el de clasificación dentro del estatuto jurídico del buque (Título II De los vehículos de la navegación). Y, atendiendo a la posible *vis atractiva* del régimen de los accidentes marítimos, contempla el contrato de salvamento dentro de dicha rúbrica general (Título VII De los accidentes de la navegación).

En cambio, el Libro clasifica los contratos en cuatro grandes categorías: Para la adquisición del buque (construcción y compraventa); De utilización del buque (todos los del Libro IV de la Ley, menos el de remolque); De servicios al buque (todos los del Título V de la Ley, más los atípicos de mediación, suministros, y de remoción de restos, y los típicos de remolque y de salvamento); y De seguro sobre el buque. En suma, una nueva ordenación sistemática que merece una cordial bienvenida, sobre todo si se atiende a las indudables ventajas pedagógicas que comporta.

La afirmación de que la tarea exegética de la obra trasciende de la regulación legal de cada uno de los contratos, se explica no solo por la presencia en ella de los ya citados contratos atípicos, sino por cuanto son frecuentes los comentarios de formularios o contratos-tipo regularmente utilizados en la contratación marítima internacional. En particular se encontrarán no pocas menciones o análisis de los formularios de contratos producidos o adoptados por el Consejo Marítimo e Internacional del Báltico (BIMCO), por la Asociación de Corredores y de Agentes Marítimos (ASBA), por la Asociación Mundial de Corredores de Yates (MYBA), por la Federación Nacional de Asociaciones de Corredores y Agentes de Buques (FONASBA), o por la Unión Internacional de Salvadores (ISU).

Son, asimismo abundantes, las referencias y comentarios de las principales reglas, principios o estándares contractuales de ámbito también universal, como los de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) relativos a los agentes marítimos o al transporte multimodal, los de BIMCO, ASBA y FONASBA sobre la actuación de los agentes y corredores marítimos, o los de FONASBA sobre el fletamento por tiempo.

La absoluta actualidad de los trabajos se manifiesta con claridad cuando se repara en que todas las colaboraciones han sido elaboradas a la vista del Derecho positivo vigente y de las últimas versiones de los formularios y reglas internacionales atinentes a la contratación marítima. De ahí su evidente utilidad para la práctica jurídica y también para la docencia y la investigación.

Creo firmemente que la aparición de este Libro merece una doble felicitación. En primer lugar, a los autores, singularmente a los jóvenes abogados que con su esfuerzo y entusiasmo se unen a la noble tarea de la investigación y la divulgación de nuestra disciplina. En segundo lugar, aunque no menos importante, a la AEDM, que lo ha hecho posible, dando así cabal cumplimiento a sus fines estatutarios, que me permito recordar son “el estudio, promoción, actualización y divulgación del Derecho Marítimo público y privado”.

Ciertamente sustento la opinión de que, con esta segunda obra colectiva, la Asociación consolida su más fecunda contribución a la divulgación del Derecho Marítimo que personalmente he conocido a lo largo de todas las décadas que me ha cabido el honor de ser uno de sus miembros.

También creo que, a pesar de los pocos años transcurridos desde su promulgación, la Ley de Navegación Marítima cuenta ya con un importante cuerpo doctrinal llamado a fomentar su estudio, interpretación y aplicación para la resolución de los conflictos marítimos. Y poca duda cabe de que ese cuerpo se irá engrosando en los años venideros, tal vez a un ritmo superior del que cabe imaginar si se repara en el creciente interés que por el Derecho Marítimo vienen mostrando las nuevas generaciones de juristas. Hago votos porque la AEDM continúe siendo uno de los principales promotores.

Ahora solo falta esperar (lo que no es poco), a la creación de una verdadera doctrina legal a través de la jurisprudencia marítima, por el momento y por causa de la propia juventud de la Ley, prácticamente ausente, excepción hecha de la atinente al Derecho marítimo uniforme, materia en cuya divulgación también se afana actualmente la AEDM en estrecha cooperación con el Comité Marítimo Internacional.

Por mi parte no me queda sino agradecer muy sincera y afectuosamente a los integrantes de la Junta Directiva de la Asociación, que una vez más, han tenido la amabilidad de distinguirme, esta vez con el encargo de este Prólogo.

Torrelodones, 25 de octubre de 2018.

José Luis Gabaldón García
Socio de honor de la AEDM

INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2014 de Navegación Marítima (LNM) vino a consolidar en España la definición del Derecho de la navegación marítima como rama especial y la delimitación de su ámbito de aplicación material u objetivo por referencia a una concreta actividad: la navegación por mar. Esta concepción, a pesar de pacíficamente adoptada desde hace algún tiempo por nuestros más ilustres tratadistas, sólo había estado presente de forma más o menos explícita en nuestro país en la normativa administrativa marítima y, únicamente, desde principios de los años 90 (en concreto, tras la entrada en vigor de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en 1992). El Derecho marítimo privado, en cambio, reflejaba de forma mucho más tímida y confusa la estructura lógica propia de la configuración del Derecho de la navegación como tal; y ello a pesar de la relativa autonomía y la cuestionada especialidad (particularismo) que históricamente arrastraba con base en el derogado Libro III de nuestro Código de Comercio de 1885 (así como de las esporádicas incursiones de la normativa reglamentaria en los dominios del Derecho privado).

La lógica que sigue la LNM, y la fisonomía que imprime a nuestro Derecho de la navegación marítima actual, como sucede en otros Estados que cuentan con una ley o un código de la navegación, están visiblemente caracterizadas por una sistemática que, partiendo del hecho navigatorio como elemento básico detonante de la aplicación de las normas especiales, se sirve de tres ejes que, trabajando de forma combinada, contribuyen a una mayor definición del ámbito operativo de la normativa marítima especial: los espacios de la navegación (el espacio o los espacios marítimos), los vehículos (el buque y la embarcación) y las personas (los sujetos de la navegación, en concreto el armador y los miembros de la dotación, incluido el capitán). Estos tres apoyos que cimientan y soportan la estructura de la normativa marítima permiten abordar los múltiples problemas y materias que la misma incluye desde diferentes puntos de vista.

El contenido del libro que el lector tiene ahora entre sus manos o en su pantalla está muy condicionado por lo que se acaba de explicar. Desde su entrada en vigor, en la Asociación Española de Derecho Marítimo nos hemos sentido en el deber -además de en la oportunidad- de promover la elaboración y publicación de trabajos que contribuyan al estudio y difusión de la LNM en un contexto más práctico que académico. Tras una primera obra estructurada como comentario de carácter general sobre el contenido de la Ley, nos plan-

teamos dar continuidad a este esfuerzo a través de trabajos de ámbito más parcial y concreto, y, en buena lógica, el instinto jurídico marítimo nos llevó a seguir la senda de los tres ejes estructurales del Derecho de la navegación. Por el peso que tiene en las normas, el buque centró la atención de este volumen desde su inicial concepción. El enfoque y, sobre todo, el alcance inicialmente previstos, sin embargo, fueron variando.

En las páginas que siguen el lector comprobará que esta obra se centra en el buque, pero se limita a la materia contractual. De entre todos los aspectos de Derecho público y de Derecho privado que aborda la LNM, los contratos son probablemente el menos cercano a su lógica triaxial. En efecto, si por un lado pueden identificarse contratos que clara y esencialmente basculan sobre la noción de buque (o de embarcación), bien por ser éste el objeto del contrato (construcción, compraventa, arrendamiento), bien por constituir uno de los elementos esenciales (fletamento de buque, seguro de casco o de P&I, contratos de remolque y de salvamento), en otros contratos regulados por la LNM su redacción está claramente más condicionada por la dinámica propia de la normativa contractual, centrada en la tipificación sobre la base de los servicios característicamente prestados en cada caso –pues se trata de contratos para la prestación de servicios de variada naturaleza. En esta dinámica, y en función de la caracterización previa de cada contrato en el mercado al amparo de la libre voluntad de las partes, el buque puede no tener presencia alguna, o resultar un elemento accidental y fungible. Con todo, y dicho esto, la LNM no es ajena al papel que el buque también tiene en este último conjunto de contratos, en los que los servicios prestados, sin perjuicio de su estricta tipificación en función de su contenido, adquieren un carácter instrumental con respecto a la navegación y en relación directa con el buque, principal herramienta al servicio de dicha actividad. Por ello, por ejemplo, incluye en la categoría de contratos de utilización del buque acuerdos de muy diversa naturaleza y perfil. Este es el motivo por el cual, mas allá de los contratos directamente vinculados con el buque por razón de su objeto o sus elementos esenciales, en este volumen se han incluido contratos en cualquier modo relativos al buque, ampliando así su contenido en círculos concéntricos, y esperamos que su utilidad. Este enfoque, quizá original o incluso poco ortodoxo, facilita por otro lado uno de los fines que la obra también persigue, que no es otro que dejar espacio a un análisis práctico de todos los problemas que en el terreno contractual suscita la actividad vinculada en el mercado con la operación de buques.

En otro orden de ideas, este Libro coincide con la feliz circunstancia de que el próximo año 2019 celebraremos el 70 aniversario de la AEDM. Mucho tiempo y muchos acontecimientos se han sucedido desde su constitución y hemos asistido a cambios muy importantes, no sólo en el ámbito jurídico marítimo, sino también en la forma de trabajo y estrategia de los operadores del sector. La AEDM ha intentado progresar también en la medida en que sus medios le han permitido. En estos últimos tiempos, por ejemplo, su presencia en el Comité Marítimo Internacional (CMI) se ha potenciado sensiblemente con una participación en otras épocas impensable, salvo en sus primeros años de andadura.

La necesidad de llevar a cabo la incorporación de España a los organismos y actividades internacionales de carácter marítimo, rompiendo su aislamiento internacional, como escribía Pelegrin Benito Serres en 1953¹, obligó a llevar una intensa labor preparatoria para la constitución de la AEDM con el fin de poner en práctica el proyecto. Había que suscitar el interés de todos los medios interesados; lamentablemente en los años 1948 y 1949 estaba en su apogeo una política internacional que dificultaba sensiblemente la tarea que habían asumido los fundadores para tratar de incorporar a España a los organismos internacionales. A ritmo lento y pausado se llevaron a cabo las gestiones para la fundación de la AEDM que tuvo lugar en una reunión a la que no se le dio publicidad alguna. La visita a España del profesor M. Ripert en Mayo-Junio de 1950 supuso un espaldarazo importante para su consolidación cuando poco tiempo después la Asociación Francesa de Derecho Marítimo por unanimidad votó apoyar el ingreso de la AEDM en el Comité Marítimo Internacional. El ingreso debería haberse producido en Septiembre de 1950 en la reunión de la Oficina Permanente del CMI en Copenhague, para la aprobación de la reforma de las Reglas de York y Amberes, pero tal reunión no pudo finalmente realizarse por lo que hubo que esperar hasta la reunión que mantuvo la Oficina Permanente en París, en Diciembre de 1950, a cuyo fin la ayuda y el apoyo de Mr. Leopoldo Dor, Secretario General del CMI, fue de una importancia decisiva, hasta el punto de que el Gobierno de España le nombró Comendador de la Orden del Mérito Civil. La primera participación de la AEDM tuvo lugar en la Conferencia Diplomática de Nápoles, con intervención directa de algunos de sus fundadores, en comisión presidida por su Secretario General Sr. Benito Serres, y formada por los Sres. Hermida, Bér-

1 Benito Serres, P., “El Comité Marítimo Internacional y la Asociación Española de Derecho Marítimo”, Asociación Española de Derecho Marítimo, Madrid 1953.

gamo y Saéz de Heredia, Ruiz Bravo, Monfort. No pudieron asistir los Sres. Anastasio (Presidente de la AEDM), Garrigues y Solé de Sojo (Vicepresidentes). Al finalizar los trabajos de la Conferencia, el CMI nombró como Miembros Titulares a los Sres. Anastasio, Hermida y Benito, quedando este último nombrado también como Consejero Permanente.

Han transcurrido los años y la AEDM ha continuado con mayor o menor intensidad en el cumplimiento de sus fines estatutarios. No pretendemos incorporar en esta Introducción una historia de nuestra Asociación, pero sí debemos destacar la Conferencia del CMI que tuvo lugar en Madrid en el año 1955 en la cual se aprobó el texto del Convenio sobre limitación de responsabilidad de los propietarios de buques, que sería posteriormente discutido y aprobado en la Conferencia Diplomática que se celebró en Bruselas en 1957, y el Coloquio del CMI que se celebró en Toledo en el año 2001.

En los umbrales del setenta aniversario de la AEDM esta Junta Directiva quiere rendir sentido homenaje y dedicar el presente Libro a sus fundadores y promotores, personas excepcionales e irrepetibles con los que todos nosotros estamos y estaremos en deuda: D. Ernesto Anastasio, D. Pelegrín Benito, D. Ignacio Artaza, Prof. Joaquín Garrigues, D. Vicente Ybarra, Prof. Calvo Alfajeme, Prof. Castro Rial, Prof. Cortina Mauri, Prof. Antonio Polo, Prof. Jesús Rubio, D. Luis Hermida, D. J. Salís, Prof. Rodrigo Uría, D. Francisco Fariña Guitián, D. A. López Blanco, D. Miguel de Páramo Cánovas y D. Fernando Ruiz Gálvez y López Obregón, entre otros.

Finalmente, queremos expresar nuestro agradecimiento a los asociados que han colaborado en este Libro y al profesor Jose Luis Gabaldon por haber accedido a prologarlo.

Madrid, noviembre de 2018.

EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN NAVAL: ASPECTOS PRÁCTICOS

Gonzalo Alvar Ezquerra
Abogado

Resumen: La Ley de Navegación Marítima dedica su Capítulo V al contrato de construcción naval. Armadores y astilleros utilizan modelos de contrato ya elaborados en el seno de organizaciones sectoriales, supranacionales o por las propias empresas interesadas. Las cuestiones básicas que se deben incorporar al contrato son: descripción técnica, normativa aplicable, procedimientos de aprobación de planos y subcontratación, precio y forma de pago, garantías bancarias, plazo de construcción, lugar y procedimiento de entrega, indemnizaciones por deficiencias técnicas o por retrasos, resolución de contrato y consecuencias, ley aplicable y procedimiento para solventar controversias. En cualquier caso, las partes serán libres de incluir los pactos que estimen más convenientes.

Palabras clave: Astillero, Armador, Precio Contrato, Garantía Bancaria, Fecha Entrega, Garantía Técnica

Abstract: Chapter V of the Maritime Navigation Act is dedicated to the shipbuilding contract although shipowners and shipyards use drafts of contracts agreed within sectoral and supranational organizations or elaborated by the concerned entities. Basic questions that must be incorporated into the contract are: technical description, applicable rules and regulations, plans approval procedure and subcontracting, price and terms of payment, bank guarantees, term for construction, liquidated damages/indemnities due to technical deficiencies or delays, cancellation of contract and consequences, applicable law and resolution of disputes mechanism. In any event, parties will be free to include those agreements that they deem more convenient.

Keywords: Shipyard, Shipowner, Contract Price, Bank Guarantee, Delivery Date, Technical Guarantee

La Ley de Navegación Marítima¹ (LNM) dedica su Capítulo V al Contrato de Construcción Naval. El artículo 108.1 dispone: “Por el contrato de construcción naval una parte encarga a otra la construcción de un buque, a cambio de un precio (...)”, mientras que el artículo 109 señala que “el contrato de construcción naval deberá constar por escrito (...)”.

Pero, ¿cómo es un contrato de construcción naval?, ¿qué cuestiones tiene

¹ Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (BOE nº 180, de 25 de julio de 2014).

que regular?, ¿qué nociones básicas hay que conocer para enfrentarse a un documento tan específico y complejo?

El contrato de construcción naval establece las reglas del juego que deben cumplir el constructor y el comitente durante un periodo de tiempo que bien puede llegar a los tres años o más si se tiene en cuenta el plazo de garantía técnica; dicho contrato tiene que prever las condiciones técnicas, las humanas, las naturales y las divinas (“Acts of God”) durante toda la fase de construcción; ha de prevenir las consecuencias de que, por ejemplo, un empresario indio se haga con el control de la producción mundial de acero y, por tanto, maneje los precios de un suministro tan esencial a su antojo de manera que el presupuesto confeccionado para un buque en concreto se vaya al traste; o que el paquete propulsivo fabricado en Corea para un buque en construcción llegue a Vigo en la fecha precisa; o de que un operario de un fabricante sueco de hilos de soldadura de acero inoxidable, en lugar de usar bobinas de ese material, utilice las de acero normal poniendo en indudable riesgo la consistencia de los tanques de un buque químico que va a transportar ácido superfosfórico entre África del Sur y Chile; que un *ferry* tenga un accidente en el Mar Báltico y la sociedad de clasificación decida modificar sus reglas de manera inmediata afectando a las que están aplicándose a un contrato de construcción en cuestión; las consecuencias de que el astillero incumpla de manera reiterada sus compromisos contractuales; que se declare el concurso del astillero y la construcción del buque quede al albur de la decisión que tome el administrador con el juez de ese concurso o que el armador decida hacer uso, de manera arbitraria, de las garantías bancarias aportadas por el constructor.

Tras los primeros acercamientos comerciales entre astillero y armador y cuando ya el buque va estando perfilado desde el punto de vista técnico, las partes deciden que es hora de plasmar sus acuerdos y de negociar el resto de términos y condiciones que van a regir su relación contractual. Para facilitar ese trabajo, en el seno de organizaciones supranacionales o sectoriales se han publicado modelos de contrato de construcción naval que han intentado consensuar los intereses generales de armadores y constructores. A pesar de la importancia que ha tenido a nivel mundial en las últimas décadas el formato SAJ (“Shipbuilders Association of Japan”), su aplicación práctica en nuestro país ha sido, por razones obvias, muy escasa. Mayor predicamento han tenido el modelo de contrato desarrollado en el seno de AWES (“Association of European Shipbuilders and Shiprepairers”), el de BIMCO (“Baltic and International Maritime Council”) y la “Norwegian Standard Form” (NSF), que si bien

en un principio estaba ideada por las asociaciones de armadores y astilleros noruegos para la construcción de buques en ese país, cada vez está siendo más utilizada como base por nuestros astilleros dada la continua presencia de empresas noruegas que encargan la construcción de sus buques en España. Sin embargo, es muy habitual que las grandes compañías navieras, ya sean empresas petrolíferas, de dragado y obra civil, de transporte, etc. y los grandes astilleros tengan sus propios modelos de contrato de construcción en los que, basándose en el articulado de los textos de los organismos antes citados, incorporen cláusulas específicas de acuerdo con las experiencias vividas y sus intereses particulares.

Por regla general, los primeros párrafos de un contrato de construcción naval se ocupan de la identificación del buque, su descripción más o menos detallada y la normativa técnica y administrativa que le va a ser de aplicación. Se hace la primera referencia a la especificación técnica del barco que junto al plano de disposición general (y al resto de documentación que acuerden las partes) pasará a ser elemento integrante -e importantísimo- del propio contrato.

Una vez determinado el buque que se va a construir (tipo de barco, su eslora, su manga, su peso, su velocidad, etc.) las partes determinan dónde se va a llevar a cabo la obra. Antes de comprometerse con uno en concreto, el armador ha visitado varios astilleros y procura tener una idea más o menos aproximada de las capacitaciones técnicas y económicas de los posibles candidatos; cuando el armador ultima su selección es porque quiere que su buque sea construido en el lugar elegido y no en otro. Enseguida veremos, al hablar de la subcontratación, los problemas que se plantean entre el astillero y su cliente, máxime si el constructor tiene en mente trasladar a otro lugar la fabricación de importantes partes del buque.

En efecto, el capítulo de la subcontratación provoca no pocos problemas durante la negociación del contrato de construcción. La divergencia de criterios sobre este asunto no escapa a los propios modelos de contrato utilizados por el sector. Mientras en el formato AWES (en línea con el contrato tipo japonés) la subcontratación es libre y, por tanto, es un derecho del astillero (*"The CONTRACTOR has the right to subcontract part of the work to third parties"*), el texto NSF 2000 es mucho más restrictivo y obliga al astillero -salvo consentimiento expreso del armador- a construir el casco y otras secciones fundamentales del buque en sus propias instalaciones. Con objeto de abaratar los costes o cuando la capacidad productiva del astillero

está completamente saturada, se ha adoptado la solución de subcontratar la ejecución de grandes secciones del buque o, incluso, el casco entero a otros astilleros radicados en países con mano de obra más barata (Rumanía, Turquía, Ucrania, etc.). Lo normal es que el armador no quiera ni oír hablar del tema o reduzca drásticamente el derecho de subcontratación limitando bien las partes del buque que puedan ser objeto de subcontratación fuera del astillero, bien la cantidad de toneladas del casco que pueden ser subcontratadas, bien el importe total máximo de los elementos subcontratados. El problema para el constructor es adecuar el riesgo de la subcontratación a su necesidad de aquilatar los costes de fabricación y de ofrecer a su cliente un mejor plazo de entrega cumpliendo, evidentemente, con la especificación técnica y el resto de términos del contrato de construcción.

Concretados el qué y el dónde, se selecciona la sociedad de clasificación -que tiene que dar su visto bueno a la construcción a través de los pertinentes certificados- y el registro del buque -lo que va a obligar al cumplimiento con los requisitos de dicho registro seleccionado por el armador- (aspecto importante éste ya que es de sobra conocido que, por ejemplo, las exigencias del registro liberiano son algo más livianas que las del registro alemán). Es indiscutible que el buque ha de cumplir con las reglas de la sociedad de clasificación y del resto de las autoridades competentes. Pero ¿con cuáles? ¿las que estaban en vigor en el momento de la firma del contrato o con las que lo están en el momento de la entrega del buque? Esta es la controversia habitual sobre todo en proyectos constructivos de cierta duración o cuando se han producido considerables retrasos en la entrega y durante ese plazo de demora se introducen nuevas regulaciones y requerimientos que afectan al buque en cuestión. El astillero, que está ya obligado frente al armador por, al menos, una oferta en firme en cuanto a precio y a plazo se mostrará inflexible y defenderá con uñas y dientes el hecho de que el buque cumplirá con aquellas regulaciones que estuviesen en vigor en el momento de la firma del contrato; si durante la construcción se introducen cambios a las reglas, a los reglamentos, etc. el impacto de dichos cambios tanto en precio como en plazo ha de ser soportado por el armador. Este, en cambio, que tiene un presupuesto determinado y una financiación cerrada en base al mismo, no quiere sorpresas durante el plazo de construcción y va a luchar para que el buque construido cumpla con toda la normativa vigente en el momento de la entrega. Ni que decir tiene que estas dos posturas son, así, irreconciliables. El punto de encuentro se suele dar en la obligación de que el buque, en la fecha de su entrega definitiva, cumpla con la normativa que estaba vigente

cuando se firmó el contrato y la que en la fecha de firma del contrato estuviera publicada (y, por tanto, fuera conocida) y tuviera prevista su entrada en vigor antes de la fecha contractual de entrega del buque.

Una vez determinados el qué (el tipo de barco y sus especificaciones y condiciones técnicas), el dónde (con la posible subcontratación) y el cómo (de acuerdo con una determinada Sociedad de Clasificación y un registro concreto), el contrato se ocupa de la construcción física del buque para lo cual se regulan las siguientes cuestiones:

a) Aprobación de planos.- Uno de los mayores temores del astillero es la falta de diligencia del armador en el ejercicio de su derecho (y obligación) de revisar y aprobar los planos del buque; y del armador, la falta de concreción en la documentación técnica que le facilite el astillero y en la demora en la contestación a peticiones o sugerencias encaminadas a asegurar el buen fin del proyecto. Para soslayar ambas cuestiones, en la especificación se debe determinar nítidamente la información (planos, dibujos, cálculos...) a facilitar por el astillero y, en el contrato, estipularse con claridad el plazo que tiene el armador para la recepción y evacuación de comentarios, y el tratamiento de las posibles variaciones introducidas por alguna de las partes (normalmente, por referencia a la cláusula concreta de modificaciones).

b) Inspección y supervisión.- El seguimiento de la obra "in situ" se lleva a cabo por un equipo de supervisores del armador que, normalmente (aunque no siempre) se encarga también de la aprobación de los planos del buque. Es conveniente que en el texto contractual ambas partes nombren sus representantes autorizados quienes serán los máximos interlocutores técnicos y cuyas determinaciones serán vinculantes durante la ejecución del proyecto constructivo. Con objeto de intercambiar impresiones, determinar el grado de cumplimiento del astillero, controlar el progreso de la obra, etc., comitente y constructor pactan la celebración de reuniones periódicas cuyas conclusiones se plasman en actas de reunión que puede tener una importancia capital en el caso de que surjan discrepancias futuras.

c) Modificaciones.- Las modificaciones al contrato pueden tener su origen en demandas del astillero, del armador o de la Sociedad de Clasificación/autoridad de bandera.

- Modificaciones del astillero.- Pueden ser solicitadas con objeto de introducir mejoras en la producción o en el caso de que el astillero se encuentre con problemas con determinados suministros que aconsejen alguna variación técnica mínima.

- Modificaciones del armador.- Es normal que el contrato de construcción contemple la posibilidad de que el armador pueda solicitar que se modifique la especificación técnica; sin embargo, también es usual que el constructor limite el ejercicio de dicho derecho reservándose la posibilidad de rechazo a llevar a cabo dichas modificaciones si (a) la ejecución de dichas modificaciones puede afectar la ejecución de otras construcciones del astillero, (b) son modificaciones sustanciales que varían el objeto del contrato, (c) las partes no alcanzan un acuerdo, antes de su realización, sobre la posible variación en el precio, en el plazo de entrega del buque, o sobre otros términos contractuales que se puedan ver afectados por la solicitud modificación por parte del armador. Como hemos apuntado con anterioridad, durante las fases de aprobación de planos y de inspección visual de la obra en curso, el armador puede hacer ciertas observaciones o solicitudes que, en opinión del constructor, sean meras modificaciones a la especificación. Así, el armador considera que el buque no se está construyendo conforme a lo pactado y exige que se lleven a cabo mejoras o se corrijan errores para que vuelva a cumplir con lo reflejado en la especificación mientras que el constructor defiende que el buque está plenamente conforme con lo firmado y que lo que el comitente pretende es una mejora en el buque sin compensación económica. Este es uno de los momentos más delicados del proceso constructivo puesto que el ritmo de producción se ralentiza o, directamente, se detiene en lo que se refiere al conflicto en cuestión y, por otro, las relaciones entre las partes se pueden deteriorar de manera considerable perdiéndose la confianza que debe imperar en la ejecución de este tipo de proyectos. Comunidad de riesgo y solidaridad de intereses que diría Don Rodrigo Uría.

- Modificaciones de la Sociedad de Clasificación.- También es posible que durante la fase de construcción se introduzcan alteraciones (ya sean modificaciones, eliminaciones o adiciones) a las reglas y reglamentos de la sociedad de clasificación –que estaban en vigor cuando se firmó el contrato y que, por tanto, regían la construcción del buque- y que dichas variaciones sean de obligado cumplimiento para el buque. En este caso, volvemos a enfrentarnos con un problema de negociación importante ¿quién corre el riesgo (fundamentalmente en precio y plazo) de estas modificaciones introducidas por la sociedad de clasificación (o cualquier otro organismo cuyas normas afecten a la construcción del buque)?

El modelo noruego exige al astillero su ejecución dejando a la buena fe posterior de las partes un acuerdo sobre alteraciones del plazo y del precio.

Por su parte, el contrato de AWES determina que el astillero procederá a ejecutar la modificación en cuestión y el armador deberá pagar el precio determinado por el astillero computándose, además, como demora permitida el tiempo que el astillero necesite para ejecutar la referida modificación.

El acuerdo sobre el precio que debe pagar el armador al astillero por la construcción del buque es condición esencial para que las partes se sienten alrededor de una mesa para entablar las negociaciones contractuales definitivas. Y lo usual es que el pago del precio acordado se realice en diferentes plazos determinados a lo largo de la construcción del buque. Así queda reflejado en el modelo AWES (Artículo 7), en el modelo noruego (Artículo III) y en la cláusula 15 del modelo BIMCO. El legislador español dispone en el artículo 114.1 de la LNM lo siguiente: “El precio se abonará en el momento de la entrega. Si se hubieran convenido pagos parciales a medida que avancen los trabajos, el comitente podrá solicitar al constructor la certificación correspondiente.

Cuando el importe a satisfacer por el armador se establece en pagos parciales a lo largo de la construcción (p.ej. cinco plazos coincidentes con la firma de contrato, el acopio de una determinada cantidad de acero y el inicio de su corte, la puesta de quilla, la botadura y la entrega) se suele incluir en los contratos de construcción, especialmente en lo que se refiere a los plazos segundo y tercero (acopio de acero y puesta de quilla), la necesidad de que la sociedad de clasificación determinada en el contrato certifique que, en efecto, tales plazos se han cumplido. Y esto es recomendable tanto para el armador como para el astillero: para aquél, porque le otorga la confianza de que efectivamente se han cumplido los hitos y para éste porque en el supuesto de incumplimiento del armador de su obligación de pago tendrá una prueba irrefutable de su derecho a recibir la cantidad debida.

Como hemos visto, el armador va realizando desembolsos parciales según avanza la construcción. ¿Cómo puede garantizarse el reembolso de las cantidades pagadas si hay un incumplimiento del astillero que fuerce al armador a resolver el contrato de construcción? La práctica habitual es que el armador se asegure la devolución de los pagos parciales ya satisfechos a través de avales de reembolso emitidos por el banco del astillero. La discusión del texto de los avales (apéndice importantísimo del contrato de construcción naval) suele ser tan complicada o más que las negociaciones de las cláusulas más delicadas del propio contrato. Aunque hay otras cuestiones de relevancia, los dos aspectos fundamentales a tener en cuenta y a los que conviene prestar

especial atención son los relacionados con la ejecución de las garantías y el plazo de validez de las mismas.

¿Qué se está expresando cuando se habla de “*garantías a primera demanda*” o de “*garantías sometidas a arbitraje*”? En realidad, las garantías de reembolso son avales bancarios pagaderos de manera inmediata siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el propio texto de la garantía. Si el aval es ejecutable con su mera presentación y la declaración del armador del incumplimiento contractual del astillero, estaremos ante un instrumento abstracto que, por su propia naturaleza, es un negocio jurídico independiente del contrato de construcción; si, por el contrario, el cobro de esa garantía necesita la presentación de un laudo arbitral o sentencia judicial que dictamine el incumplimiento del constructor bajo el contrato de construcción, estaremos ante una garantía de reembolso condicionada e íntimamente ligada con la interpretación que un tercero, árbitro o juez, dé a la cuestión que sobre el incumplimiento contractual del astillero le haya sido planteada.

En la discusión sobre la redacción de los avales de devolución siempre subyace el posible concurso del astillero y la propiedad del buque durante la construcción. En cuanto a la validez temporal del aval el problema que se plantea es determinar una “fecha de caducidad” en la garantía de reembolso. Mientras que el banco emisor solicita siempre el plazo más breve posible (periodo de construcción + periodo de gracia + periodo de retrasos [sumando retrasos permitidos y los indemnizables]), el armador -y su banco financiador- exigen, con absoluta lógica, que el aval de devolución esté vigente hasta que el laudo o la sentencia, según sea el caso, sean firmes. Evidentemente, en los avales condicionados a la entrega de laudo o sentencia se puede dar el supuesto de que el armador obtenga una resolución favorable pero no pueda lograr el resarcimiento económico deseado de manera inmediata porque la validez de la garantía ha expirado. Lo razonable es pactar una ampliación de la validez del aval en el caso de que las partes sometan sus discrepancias a un tercero. Fijar un límite temporal de validez de la garantía también en este supuesto dependerá de la flexibilidad del banco garante del constructor y del armador y/o su banco financiador.

Todos los contratos de construcción contemplan indemnizaciones por demora y por deficiencias técnicas del buque (velocidad, consumos, capacidad de carga, etc.). La cuantía de la indemnización por cada uno de los conceptos, los márgenes o periodos de gracia, los incumplimientos indemnizables etc., son objeto de específicas y largas discusiones. Igual que la limitación econó-

mica global o cumulativa de las penalizaciones. En cuanto al límite temporal para la reclamación o aplicación de indemnizaciones, conviene detenerse a analizar brevemente qué dispone a este respecto la LNM porque su redacción puede parecer algo confusa. Su Artículo 113.2 señala: “Cuando los vicios o defectos hagan al buque inadecuado para su uso normal, el comitente podrá optar por la resolución del contrato”. Parece evidente que así sea pero es que el Artículo 112. 3 (dicho Artículo 112 titulado “Obligación de entrega y aceptación”) ya faculta al armador para rechazar el buque por deficiencias técnicas y a hacer uso de cualesquiera otras acciones (suponemos que, entre ellas, estará la resolución del contrato). Entonces, ¿qué sentido tiene el 113.2?, ¿prevé que se puede resolver el contrato tras la entrega del buque ya durante el periodo de garantía?, ¿cómo se haría, con la *devolución* del buque y la exigencia de reintegro del dinero pagado? ¿O se está facultando al comitente para que rechace del buque -sin que el constructor pueda reparar las deficiencias detectadas- y resuelva automáticamente el contrato? Pero no acaba ahí la confusión. El Artículo 113.3 dice: “Lo dispuesto en este artículo no excluye la obligación del constructor de indemnizar daños y perjuicios, si procediere, salvo disposición contractual diversa”. Y el 115.1 remata: “Las acciones nacidas del incumplimiento del contrato de construcción por el constructor prescribirán a los tres años de la entrega del buque”.

Quizá conviene revisar cómo han tratado este tema los tribunales ingleses. Efectivamente, hace ya unos cuantos años, como consecuencia de la reclamación presentada por una compañía naviera inglesa contra un gran grupo de astilleros españoles en relación con la capacidad de carga de camiones de un *ferry*, reclamación que se sustanció tras la entrega y aceptación del buque, un tribunal inglés de primera instancia dio la razón al armador reconociendo su derecho a que incluso después de la entrega del buque (recordemos, buque supervisado por el comitente y la sociedad de clasificación durante toda su construcción, pruebas de carga realizadas a entera satisfacción del armador, protocolo de entrega y aceptación firmado, etc.) podía reclamar la indemnización correspondiente si detectaba alguna deficiencia después de su aceptación; esta sentencia fue revocada por el tribunal de apelación con una resolución que dejaba en muy mal lugar al juzgado de primera instancia por su errónea concepción del contrato de construcción naval.

Cuando se acerca la fecha pactada de entrega, comienza una de las fases más delicadas en la correcta gestión del proyecto de construcción, tanto por el astillero como por el comitente. La adecuada y precisa redacción de las cláusulas

sulas de pruebas de mar y del procedimiento de entrega tiene una gran importancia; y el cumplimiento de los plazos de las notificaciones previstos de antemano y el contenido de esas mismas notificaciones, también. El primer conflicto que puede aparecer es si las partes están de acuerdo con el hecho de que el buque esté preparado para realizar pruebas. Conviene recordar que con el mero inicio de la realización de las pruebas oficiales de mar, se empieza a desencadenar todo el procedimiento de entrega (o rechazo) del buque con las consecuencias jurídicas que eso conlleva para las partes y que también incluye (y afecta) a los bancos garantes/financiadores del constructor y del armador. En principio, la decisión de llevarlas a cabo es soberana del constructor salvo que la especificación o el contrato digan otra cosa.

Un armador de origen noruego afincado en los EE.UU. rechazó energicamente la notificación del astillero de realización de las pruebas oficiales de mar porque en su opinión el buque no estaba en condiciones para llevarlas a cabo (es cierto que la relación entre las partes no había sido muy fraternal desde el inicio de la construcción y que se había ido agriando con el paso de los meses). Sin entrar en más detalles, la construcción del buque se había demorado más de la cuenta; por esa razón, el astillero necesitaba ejecutar las pruebas oficiales cuanto antes para no perder más tiempo y evitar el riesgo de una resolución contractual por retraso excesivo; el armador, por su parte, quería ralentizar las últimas etapas de la construcción con objeto, precisamente, de llevar al constructor a una situación crítica y poder tener más munición para negociar condiciones económicas más ventajosas a la vista de que podría tener derecho a resolver el contrato por tales demoras. Al amparo del texto contractual que no era demasiado claro al respecto, ambas partes podían esgrimir sus razones y defender sus posiciones. La relación se deterioró de tal manera que solo un acontecimiento inesperado sentó a los contendientes en la mesa de negociación para alcanzar una solución comercial a sus divergencias.

No es descabellado afirmar que posiblemente no haya una percepción de una misma realidad más divergente que la opinión que tienen el astillero y el armador sobre el grado de finalización del buque en cuestión a la hora de iniciar las pruebas de mar; por eso, hay que insistir machaconamente en preshtar el máximo detalle en la redacción de estas cláusulas y la especificación técnica, y en la observancia absoluta de las formalidades pactadas cuando se negoció y firmó el contrato de construcción.

Realizadas las pruebas oficiales, el astillero entrega al armador, para su

revisión, un libro-protocolo con todos los resultados obtenidos. En paralelo, se están recopilando los certificados de la sociedad de clasificación (su puesta a disposición del armador es condición indispensable pero no única) con objeto de proceder a la entrega del buque lo antes posible. Conviene llamar la atención sobre dos hechos que son relevantes y que tienen que ver con el momento en el que la obra se considera terminada -lista para entrega- y, por tanto, el reloj de las indemnizaciones por retraso se tiene que detener (o no poner en marcha, según sea el caso). Ni la entrega del protocolo de pruebas satisfactorio a juicio del astillero ni la entrega de los certificados “limpios” de la sociedad de clasificación equivalen a buque terminado. Habrá que esperar a que el armador notifique por escrito en el plazo previsto en el contrato su aceptación o rechazo del buque. Si se produce el rechazo, el comitente tiene que especificar claramente los motivos del mismo. En tal caso, pueden suceder dos cosas: a) que el astillero reconozca las deficiencias señaladas por lo que lo normal es que proceda a repararlas y se reinicie el procedimiento de pruebas únicamente sobre los elementos defectuosos, o b) que el astillero no comparta la opinión del armador por lo que, en este caso, las partes se verán abocadas al procedimiento de resolución de conflictos previsto en el contrato. El laudo arbitral o la resolución judicial tendrán que determinar, básicamente, si el buque cumple con las exigencias del contrato y la especificación, si cumple con las normas de seguridad aplicables, si está en condiciones de navegación y si está construido de acuerdo con el propósito previsto.

En el caso de que los resultados de la pruebas hayan sido positivos y todas las formalidades contractuales/administrativas se hayan cumplido, el buque estará listo para su entrega por el constructor y su aceptación por el armador.

Aunque el procedimiento administrativo de entrega se ha hecho más complejo como resultado de la utilización de las estructuras financiero-fiscales aplicables a la construcción naval (más partes, más eslabones en la cadena de entrega, más riesgo fiscal, más papeleo), los documentos que tienen que ser entregados por el astillero al armador suelen ser los mismos. En general, para poder proceder a la entrega del buque, se requieren los siguientes protocolos y certificados:

- protocolo de aceptación y entrega;
- certificados de la sociedad de clasificación y del resto de organismos regulatorios involucrados;
- certificado de construcción del astillero;
- certificación registral de que el buque está libre de cargas;

- protocolo oficial de pruebas del buque;
- protocolo con el inventario de repuestos a bordo;
- planos y dibujos del buque según lo dispuesto en la especificación;
- *bill of sale*;
- factura comercial;
- certificado de baja del buque del registro de buques en construcción;
- documentos que se necesiten para inscribir el buque en el registro de bandera escogido por el armador.

El buque ya está listo para ser entregado desde el punto de vista técnico y administrativo, pero ¿se ha cumplido la fecha de puesta a disposición del buque que las partes acordaron cuando se firmó el contrato?

La primera aproximación que conviene hacer a la hora de redactar la cláusula relacionada con el momento de la entrega del buque es, aunque sea una obviedad, distinguir con claridad la fecha contractual de entrega y la fecha real de entrega. La primera fecha es la que se estipula en el contrato como compromiso del astillero y la segunda es la fecha concreta en la que se produce la entrega del buque por el astillero y la aceptación del mismo por el armador. Simon Curtis, en su obra “The Law of Shipbuilding Contracts” explica claramente la trascendencia del término fecha contractual de entrega (“Delivery Date”)²: *“Como tal, la Fecha de Entrega sirve simplemente para definir el proyecto al principio y fijar el criterio a través del cual se pueda medir el cumplimiento del astillero. Si el astillero entrega el buque más allá de la fecha comprometida, estará incumpliendo el contrato y (sujeto al periodo de gracia admitido) se expondrá a la responsabilidad del pago de penalizaciones (...)”*.

La fecha contractual de entrega -que se referencia en el contrato como un día de calendario específico o fijando un número de meses concreto tras la entrada en vigor del contrato-, puede modificarse como consecuencia del acaecimiento de hechos de fuerza mayor y/u otros retrasos autorizados en cuyo caso el astillero no estará incurriendo en ningún tipo de responsabilidad frente al comitente por lo que éste no tendrá derecho a indemnización económica alguna.

El artículo 1.105 de nuestro Código Civil establece que “nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran

² En los modelos tipo de contratos de construcción, la fecha contractual de entrega se suele definir como Contractual Delivery Date o Delivery Date; mientras que la fecha real de entrega se determina como Actual Delivery Date.

inevitables”. La LNM Marítima señala que el retraso culpable dará lugar a la indemnización por retraso; por tanto, si el retraso es no culpable (artículo 1.105 del Código Civil) el astillero no tendrá que indemnizar al comitente. ¿Cómo determinan las partes cuáles son los retrasos culpables y los “inocentes”? Como ejemplo, tanto el modelo NSF 2000 como el de AWES enumeran exhaustivamente, por influencia del derecho inglés y de la práctica secular, los supuestos de fuerza mayor que pueden provocar una modificación de la fecha contractual de entrega. Dejando al margen el análisis pormenorizado de cada uno de los posibles supuestos, conviene repasar brevemente ciertos aspectos esenciales que muchas veces quedan descuidados por las partes a la hora de redactar este tipo de cláusulas e, incluso, de cumplirlas.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que la carga de la prueba recae sobre la parte que alega el suceso de fuerza mayor y que, por tanto, en su reclamación tiene que aportar toda la información que estime oportuna con objeto de reforzarla. En un contrato de construcción naval, lo normal es que sea el astillero quien pretenda defender su falta de responsabilidad en los supuestos incumplimientos del contrato buscando amparo en la cláusula de fuerza mayor; rara vez será el comitente quien lo haga. Por esta razón, vamos a referirnos al astillero como la parte fundamental en esta cláusula de exoneración de responsabilidad. El hecho acaecido tiene que ser de suficiente magnitud como para estar fuera del control del astillero (esto es, que no pudiera haber sido previsto en el momento de la firma del contrato o que no hubiera podido ser previsto o eliminado con el simple ejercicio de una mínima diligencia) y el constructor ha de realizar los máximos esfuerzos para minimizar el impacto del suceso. Es más, el astillero deberá poder demostrar que el suceso en particular ha afectado directa y negativamente el proceso de construcción; evidentemente, hay muchas ocasiones en que se hace muy difícil determinar si hay o no esa directa afectación. Sobre todo, si la construcción lleva otros retrasos acumulados.

Si importante es cumplir con todas las formalidades del contrato de construcción, en este tipo de cláusulas es indispensable cumplir con los plazos que se han fijado de común acuerdo entre las partes; plazos y formalidades para notificación del inicio del hecho reclamado como fuerza mayor, plazo y formalidades para indicar su finalización, plazo y formalidades para establecer el número de días de retraso sin penalización, etc. La dejadez en el cumplimiento de los plazos o de las formalidades dará pie al armador para rechazar de plano cualquier reclamación de fuerza mayor realizada por el astillero.

Pero la fecha de entrega no sólo se puede alterar como consecuencia de la aparición de hechos de fuerza mayor. En general, las partes suelen acordar los siguientes supuestos de retrasos autorizados:

- aquellos causados directamente por el comitente (normalmente, retraso en el pago del plazo correspondiente o de los suministros del armador);
- los directamente acordados por las partes (como en el caso de modificaciones a la especificación contractual);
- las inclemencias meteorológicas cuando se van a realizar las pruebas oficiales de mar; y
- lógicamente, cuando haya una resolución o un laudo que así lo estipule.

En la fecha de entrega del buque (referenciada normalmente en el protocolo de aceptación y entrega), el título y el riesgo se transfieren del astillero a su cliente. A este respecto, el Artículo 110.1 de la LNM dispone:

“La propiedad del buque en construcción corresponde al constructor hasta el momento de su entrega al comitente, salvo que las partes acuerden diferirla a un momento posterior”.

Sin entrar a valorar la última frase de este artículo, hubiera sido más acorde con las necesidades del sector una clara regulación sobre la posible transmisión del buque al armador durante el periodo de construcción. Los costes financieros que entraña la construcción de un buque (líneas de crédito, coberturas a la exportación, garantías bancarias, hipotecas navales, etc.) son tan elevados que, en muchos casos, pueden suponer el éxito o el fracaso de una negociación. Como alternativa que permite ahorrar parte de estos gastos financieros, constructor y comitente pueden pactar la transferencia paulatina de la propiedad de la construcción del buque (a partir de su botadura) según se vayan alcanzando los hitos de construcción acordados y se produzcan los correspondientes pagos. Lo interesante y novedoso hubiera sido introducir en la LNM un sistema mediante el cual si las partes acuerdan una transmisión de propiedad durante la construcción, se garantice al armador, en caso de incumplimiento del astillero (y, específicamente, en caso de concurso de acreedores) el acceso a la pacífica posesión del buque siempre que se den una serie de circunstancias y se cumplan unos requisitos muy concretos. Así se podrían evitar situaciones tan rocambolescas como las vividas en un astillero del norte de España cuando el comitente-propietario intentó, por la fuerza, acceder a la posesión de un buque en construcción dentro de las instalaciones del constructor.

Superado el último escollo de abogados, traductores jurados, notarios y

registradores, el buque es entregado física y documentalmente, libre de cargas, gravámenes e hipotecas, y abandona las instalaciones del astillero ya bajo la propiedad y posesión del naviero. Sin embargo, el contrato de construcción no ha terminado ya que hay una serie de cláusulas que cobran ahora su plena vigencia. Especialmente, la que regula la garantía técnica.

Nuevamente, nos encontramos con intereses enfrentados que pueden dificultar el acuerdo sobre los términos de esta cláusula. El armador necesitará una regulación tan amplia como sea posible (en plazo y en condiciones) para limitar el riesgo económico como consecuencia de los defectos constructivos o de los materiales que se descubran o aparezcan durante el periodo de garantía técnica. A sensu contrario, el astillero intentará limitar al máximo su exposición de riesgo tras la entrega por lo que procurará ceñirse a lo mínimo comúnmente aceptado en la práctica de construcción naval. En cuanto al plazo, lo más habitual es que las partes acuerden un término inicial de garantía de 12 meses (en el mismo sentido, el Artículo 113.1 de la LNM) prorrogables para los equipos o elemento que hayan sido sustituidos o reparados durante otros 6 ó 12 meses adicionales de manera que el plazo de garantía para esas reparaciones llegue a los 18 o 24 meses totales e improrrogables (se evita así lo que los ingleses denominan una “revolving guarantee”).

La otra cuestión que siempre es objeto de debate es la limitación de responsabilidad del constructor; dicho con otras palabras, hasta dónde deben alcanzar sus obligaciones de garantía. ¿Qué se garantiza? ¿la reparación del defecto en cuestión o las consecuencias de ese defecto? Si el barco está navegando y hay que remolcarlo a puerto para que entre en dique para sustituir materiales o reparar daños, ¿quién ha de asumir el coste de esos remolcadores? ¿y la estadía en dique? ¿ha de asumir el astillero los daños que pueda sufrir el armador al tener que retirar al buque en cuestión de una ruta determinada o por la pérdida de flete? ¿pueden cubrir todas estas cuestiones los seguros (P&I incluido) del armador? ¿está el constructor preparado para asumir los costes que puede acarrear una cláusula de garantía técnica que no esté correctamente delimitada? La discrepancia a la hora de resolver esta problemática se refleja también en los modelos de contrato de construcción naval; así, mientras AWES protege los intereses del astillero limitando su responsabilidad al máximo, la NSF 2000 se inclina mucho más del lado del armador imponiendo al astillero obligaciones mucho más exigentes de manera que se protegen los intereses del comitente.

Los incumplimientos contractuales del constructor que pueden otorgar un

derecho de resolución del contrato al armador se pueden originar por deficiencias técnicas (por los supuestos contemplados como indemnizables y siempre que se rebasen los valores especificados en el contrato), o por excesivo retraso³, o por una pérdida constructiva total o, en muchos casos, cuando sea evidente que los problemas financieros del constructor sean de tal gravedad que imposibiliten la finalización de la obra. Tanto el texto noruego NSF como el AWES señalan como única responsabilidad del astillero -en el caso de que el armador haya resuelto el contrato-, la devolución de los pagos hechos por anticipado por el armador (incluyendo lo pagado por modificaciones) junto con los correspondientes intereses. La LNM es mucho menos indulgente para el astillero ya que de la combinación de los Artículos 113.2 y 113.3 se infiere que, salvo pacto contractual en contrario, el constructor no sólo soportará la resolución del contrato de construcción sino que, además, podrá verse obligado a pagar una indemnización por daños y perjuicios.

Conviene recordar que los términos que se pacten en el contrato de construcción en relación con los incumplimientos del contrato de construcción, su resolución y consecuencias deberán volcarse al texto de la garantía de reembolso correspondiente de manera que, y esto es importantísimo para el armador, ese texto del aval no caiga en contradicciones con lo pactado en el contrato de construcción. El comitente debe prestar una atención especialísima a la redacción de la garantía para evitarse problemas futuros, de fondo o de forma, en el hipotético caso de que solicite la ejecución de la misma.

En el caso de que el contrato de construcción prevea que tras la botadura la propiedad del buque sea transmitido al armador (pero el buque siga en las instalaciones del astillero), el comitente tendrá derecho a acceder al buque en el estado en el que se encuentre, tome su posesión y lo traslade al lugar que considere oportuno para su terminación. Además, y utilizando un giro anglosajón, no es inusual que las partes pacten una compensación económica (asegurada por un aval bancario o por garantías de cumplimiento -*Performance Guarantee*-) que recibirá el armador para cubrir los gastos adicionales estimados para completar la obra en otro astillero.

Hay que tener en cuenta que la resolución contractual ejercitada por el armador significa, en definitiva, que las obligaciones de construcción del buque y de pago del mismo ya no son exigibles recíprocamente. Por tanto, un error

3 En nuestra Ley de Navegación Marítima (art 112.2), se propone que el comitente tendrá derecho a la resolución contractual cuando se superen los 180 días de retraso contados a partir de la fecha contractual de entrega pactada en el contrato de construcción.

formal en la notificación de resolución o un error material (es decir, alegar un derecho que no ha surgido todavía) puede tener consecuencias indeseables para el armador al haber manifestado de manera equivocada su deseo de resolver el contrato.

En lo que se refiere al armador, sus dos obligaciones esenciales (que no las únicas) en un contrato de construcción naval son el pago del precio en los plazos pactados y la aceptación del buque cuando está listo para entrega conforme al contrato y a las especificaciones. Por tanto, si incumple cualquiera de estas obligaciones y no subsana dicho incumplimientos en un plazo razonable (que vendrá señalado en el propio contrato), el astillero podrá resolver el contrato.

Si opta por la resolución de contrato, al astillero se le permitirá bien abandonar el proyecto en el estado en el que se encuentre, bien terminar de ejecutar la construcción; lógicamente, esa decisión dependerá del estado de avance de la obra. En esos casos, el constructor podrá proceder a la venta a un tercero (si eso es factible, que no siempre lo es) del buque totalmente construido o en el estado en el que se encuentre en el momento de la resolución. Aunque puede haber diferencias de detalle en cuanto al resarcimiento del astillero según el buque se venda terminado o no, en general el constructor utilizará el dinero obtenido en la venta para compensar la falta de pago del armador junto con los intereses correspondientes, sus costes directos para ejecutar esa venta (gastos de *brokers*, abogados, etc.). El modelo NSF, que no es muy exhaustivo en cuanto a la regulación de las consecuencias de la rescisión hecha por el astillero, deja abierta la puerta al constructor para reclamar al armador las pérdidas sufridas (“*In either case the Builder may claim compensation for losses caused thereby*”).

Dado que hasta el momento de la entrega el riesgo sobre lo que le pueda pasar al buque recae sobre el astillero, éste debe contratar el pertinente seguro de construcción contra todo tipo de daños y pérdidas hasta el momento de la finalización de la obra y su aceptación por el armador. Lo normal es que el constructor venga obligado a contratar el seguro desde el momento en el que se ponga la quilla del buque. La póliza de seguro de buque en construcción es absolutamente estándar y debe cubrir las obligaciones que se le exijan al astillero en el contrato de construcción. Lo habitual es que el artículo dedicado al seguro especifique el alcance que debe tener la cobertura (casco, máquinas, suministros, materiales a incorporar, etc.), el valor asegurado que, normalmente, será por un montante más o menos equivalente al desembolso que

vaya haciendo el armador a través de sus pagos parciales y una clara identificación de los beneficiarios del seguro. No olvidemos en este punto que siempre que exista una financiación a favor del astillero durante la construcción, el banco prestamista exigirá como garantía, entre otras cosas, la pignoración de los posibles derechos de cobro del seguro en caso de que se produzca un siniestro. Además, se determinará claramente la diferencia entre pérdida parcial y pérdida total a los efectos de establecer el destino de los importes que el astillero pueda recibir del seguro. En caso de siniestros que no acarreen una pérdida total constructiva, las sumas recibidas se utilizarán para reparar los daños; en caso contrario, si se declara la *total loss* (lo que conlleva la terminación del contrato), la suma que pague el seguro se utilizará para reembolsar al armador por las cantidades satisfechas al astillero a lo largo del periodo de construcción. Una discusión habitual que se entable entre constructor y el armador es que en el caso de una pérdida total constructiva, el banco garante del astillero excluye (bien en el clausulado contractual, bien en el del aval de reembolso) la posibilidad de ejecución de la misma ya que el armador se verá compensado gracias a las cantidades que perciba del seguro. Sólo en el caso de que tales cantidades sean inferiores a lo pagado por el comitente podrá el armador pedir el pago bajo la garantía de reembolso pero únicamente por la diferencia entre lo pagado al astillero y lo recibido vía compañía de seguros.

El clausulado del contrato de construcción va terminando. Quedan cuestiones importantes por resolver: confidencialidad, cesión de contrato a terceros, fecha y condiciones de entrada en vigor, impuestos, ley aplicable y procedimiento para resolver sus discrepancias, etc.

Nos vamos a centrar en esta última cuestión. Las partes son muy libres de escoger la ley que aplicará a su contrato y la forma de dirimir sus posibles diferencias, bien en sede arbitral o en sede judicial. Unas pequeñas recomendaciones: antes de tomar tal decisión conviene hacer un rápido análisis con expertos sobre las peculiaridades de las diferentes opciones (por ejemplo, si se decantan por la ley francesa es conveniente prestar especial atención a la redacción del tratamiento de los vicios ocultos en el buque; si las partes se decantan por someterse a la ley española, los responsables del astillero deberían sopesar la posibilidad de excluir expresamente la aplicación de ciertos Artículos de la LNM), el coste -económico y de tiempo- que supone acudir a una jurisdicción o a otra y, sobre todo, la posibilidad de acceder a asesores legales expertos en la jurisdicción en cuestión. Y, en cualquier caso, evitar engendros como seleccionar la ley holandesa para regir las relaciones contractuales y

que sean los tribunales de Madrid los designados para resolver tales controversias (por poner un ejemplo).

Por último, el articulado relativo a las disputas entre partes hace una triple diferenciación con objeto de otorgar a las partes un instrumento lo más práctico posible:

1. si las discrepancias son sobre cuestiones técnicas que afectan a la sociedad de clasificación, será ésta quien dictamine cuál de las dos partes tiene razón y cómo se debe resolver el problema:

2. si es sobre cuestiones técnicas que no tiene que ver con cuestiones de la sociedad de clasificación, las partes someterán sus diferencias al experto que hayan seleccionado de antemano en el propio contrato;

3. si el conflicto es más jurídico o de interpretación del contrato, será entonces cuando las partes se someterán al procedimiento de resolución escogido, arbitral o judicial.

En conclusión, el contrato de construcción naval es el documento que va a regular la fabricación de un buque, un animal de acero (aunque no siempre) que está diseñado y definido para funcionar a pleno rendimiento durante más de veinte años provocando, por tanto, consecuencias jurídicas prácticamente a cada instante de su vida; buque que, idealmente, tiene que generar beneficios económicos y prestigio comercial tanto para el comitente como para el constructor. Por tanto, la claridad en los acuerdos comerciales entre astillero y naviero, la precisión en la definición técnica y el rigor en la redacción del clausulado del contrato de construcción tienen que ser los basamentos para conseguir el éxito futuro del buque construido.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA

Carlos López-Quiroga
Luz Martínez de Azcoitia
José Sánchez-Fayos Martín-Peña
Abogados

Resumen: La entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima ha supuesto una importante actualización del Derecho marítimo español. En la normativa anterior, el contrato de compraventa de buques carecía de regulación expresa, resultando de aplicación supletoria las normas del Código Civil relativas a la compraventa. El nuevo marco normativo incorpora la regulación del contrato de compraventa de buques a nuestro ordenamiento, buscando una sintonía con las prácticas de mercado. El presente capítulo constituye un estudio del nuevo marco legal aplicable a la compraventa de buques, sus elementos, régimen obligacional y efectos en otros contratos sobre el buque.

Palabras clave: compraventa, buque, ley de navegación marítima, *saleform*, Bimco.

Abstract: The entry into force of the Maritime Navigation Law represents an important modernisation of the Spanish maritime law. In the former regulation, ship sale and purchase contract did not have an express legal framework and the provisions of the Civil Code applied to supplement such lack of regulation. The new legal framework incorporates to our legal system a legal frame for ship sale and purchase contracts, aiming to match the market practices. This chapter examines that new framework, its elements, obligational regime and effects in other contracts over the vessel.

Keywords: sale and purchase, vessel, maritime navigation law, *saleform*, Bimco.

I. INTRODUCCIÓN

1. Preliminar

El contrato de compraventa, fundamental en el tráfico mercantil, se proyecta como instrumento jurídico paradigmático en el mercado de intercambio de bienes, sobre el que ha evolucionado la actividad empresarial hasta configurarse en torno a él la fisonomía del moderno contrato mercantil¹.

En el sector marítimo, la compraventa de buques es, además, un importante mecanismo de ajuste entre la oferta y demanda de transportes y ser-

¹ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M.: “El contrato de compraventa mercantil” en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Editorial Aranzadi (2ª edición), Madrid, 2007, p. 98.

vicios marítimos en el corto y medio plazo². En relación con los buques de nueva construcción, aunque los plazos de entrega (*time to market*) son cada vez más reducidos, el periodo de construcción de un buque, más o menos prolongado en función de su tipología y del estado de la cartera de pedidos de los astilleros, hace de su acceso al mercado un proceso que puede conllevar varios meses o años. Por el contrario, si un armador necesita ampliar su flota para adaptar su capacidad ante un mercado al alza, o bien desprenderse de unidades existentes en un escenario bajista, el instrumento adecuado es la compraventa de buques. En este sentido, existe un mercado de buques de segunda mano más o menos líquido, en el que cada año se realizan cientos —incluso miles— de transacciones³.

Los intermediarios o *brokers* marítimos desempeñan un papel esencial: se encargan de poner en contacto y coordinar las negociaciones entre las partes interesadas en la compraventa a cambio de una comisión. Se trata de un mercado activo, en el que las ofertas y solicitudes circulan de forma ágil, en una secuencia que podría resumirse como sigue: (i) los respectivos *brokers* de comprador y vendedor se intercambian diversas ofertas y contraofertas sobre los aspectos más relevantes de la compraventa; (ii) cuando las partes llegan a un entendimiento sobre tales aspectos principales, el *broker* del vendedor prepara una oferta consolidada (*recap*) para la aprobación final del comprador; y (iii) por último, las partes redactan y firman el contrato de compraventa.

La rapidez con la que se desarrollan estas operaciones y la urgencia que suele acompañarlas, hacen inviable la apertura de un procedimiento de negociación *ad hoc* sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato de compraventa. Sin duda, el denominado Derecho de formularios ha servido para agilizar sobremanera la transmisión de buques usados. Por ello, rara vez firmarán las partes algo distinto a, o que no esté inspirado en, un formulario de compraventa para documentar la transmisión de un buque.

2 AA.VV: *Economía del sector marítimo*, Fondo Editorial de Ingeniería Naval e Instituto Marítimo Español, 2009, p. 269.

3 En STOPFORD, M.: *Maritime Economics*, Routledge (3ª ed.), 2009, p. 198, puede leerse como en el año 2006 se vendieron aproximadamente 1.500 buques mercantes de segunda mano, siendo los motivos de sus propietarios de muy diversa índole, como políticas de sustitución de activos de una determinada antigüedad, la inaptitud del buque para servir a su propósito, la creencia de una caída en los precios, o incluso “*distress sales*” en las que el propietario se ve obligado a vender el buque para cumplir con determinadas obligaciones de pago. La venta de un buque sirve también como mecanismo de financiación para la adquisición de una nueva unidad que sustituya a la que se vende.

De entre las distintas alternativas existentes, destaca el formulario denominado *Norwegian Sale Form*, adoptado por la BIMCO en 1956 y posteriormente reformado en 1966, 1983, 1987, 1993 y 2012, por motivos legales así como por la evolución de las tendencias del mercado de compraventa de buques de segunda mano⁴. Este es el formulario cuyo uso está más extendido en la práctica internacional. A su versión más reciente nos referiremos como SALEFORM/2012. Aunque no corresponde aquí hacer un análisis detallado de su clausulado (trabajo que ya ha sido exhaustivamente realizado antes por otros⁵), sí se hará alguna referencia puntual a este formulario cuando pudiera resultar ilustrativo.

Compiten con el SALEFORM/2012 el denominado *Nipponsale*, elaborado por la Japan Shipping Exchange Documentary Committee y, más recientemente, el *Singapore Ship Sale Form 2011*, de la Singapore Maritime Foundation, formularios utilizados normalmente por vendedores japoneses o del sudeste asiático.

2. Concepto y marco normativo

Hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), el contrato de compraventa de buques carecía de regulación expresa. Sólo algún precepto del Código de Comercio (C. de c.) se refería, insuficientemente, a este contrato, resultando de aplicación supletoria las normas de la compraventa previstas en el Código Civil (CC)⁶. La LNM, que llevó aparejada una importante (y necesaria) modernización del Derecho

4 GOLDREIN, I.; TURNER, P.; HANNAFORD, M.: *Ship Sale and Purchase*, Informa (5ª ed.), Londres, 2008, p. 87.

5 *Vid.*, por todos, RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*Acerca del Memorandum of Agreement Norwegian Saleform 2012*”, Anuario de Derecho Marítimo vol. XXXI, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2014, págs. 37/96.

6 La Memoria que acompañaba a la propuesta de anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima se refería a la disciplina civil como “cobertura final del contrato”, pues son las normas del CC y no las del C. de c. las que tienen un mejor encaje a efectos supletorios en sede del contrato de compraventa, como así ha defendido la doctrina desde hace tiempo. *Vid.*, por todos, GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, F.: *Tratado de Derecho marítimo español. T.II. El buque, el propietario del buque – El naviero*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1941, p. 58; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria-Gasteiz, 1990, p. 48.

marítimo en nuestro país, dedica los artículos 117 a 121 el contrato de compraventa de buques, constituyendo así su nuevo marco normativo.

La nueva regulación se enfocó desde un doble objetivo⁷: en primer lugar y en sintonía con la tónica general de la LNM, se busca actualizar la regulación de esta figura contractual a las prácticas de mercado; en segundo lugar, se prescinde de hacer una regulación completa del contrato de compraventa, reduciéndose el articulado a aquéllas particularidades que se derivan de una compraventa cuando la cosa vendida es un buque⁸. Su definición no es una de ellas por lo que, acudiendo al artículo 1.445 del CC, podría decirse que por el contrato de compraventa de buque se entiende aquél en virtud del cual una parte, el vendedor, se obliga a entregar un buque determinado a la otra parte, el comprador, a cambio de un precio cierto.

En síntesis, la regulación del contrato de compraventa prevista en la LNM se reduce a delimitar su objeto (art. 117); la forma en la que ha de formalizarse a efectos probatorios, y su inscripción en el Registro de Bienes Muebles (art. 118); la transmisión de la propiedad y de los riesgos (arts. 118.2 y 119); y la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida (arts. 119 y 120). La LNM cierra el capítulo de la compraventa de buques con el artículo 121, intitulado “aplicación a otros supuestos”, extendiendo sus disposiciones, por un lado, a las embarcaciones y artefactos navales cuando su respectiva naturaleza lo permita y, por otro, a los restantes negocios jurídicos traslativos del dominio distintos de la compraventa (*i.e.* donaciones y transmisiones hereditarias).

II. ELEMENTOS DEL CONTRATO

1. Elementos objetivos

a. El buque como objeto del contrato

Según hemos indicado, la LNM delimita el objeto del contrato en su artículo 117. Así, su apartado primero establece que, salvo pacto en contrario, la venta del buque comprenderá sus partes integrantes y pertenencias, se encuentren o no a bordo. Se configura el buque como objeto del contrato de

⁷ RUEDA PÉREZ, M.A.: “Contratos de construcción y compraventa de buques” en ARROYO, I. (Crd.), *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, Madrid 1 y 2 de junio de 2005*, Aranzadi, 2006, págs. 82/83.

⁸ *Vid.* en este sentido la Memoria que acompañaba a la propuesta de anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima.

compraventa reiterándose, al mismo tiempo, su naturaleza de cosa compuesta en línea con lo establecido en el artículo 60 de la propia LNM: el buque es un bien mueble registrable, compuesto de partes integrantes y pertenencias⁹. La venta del buque comprende, por tanto, todo lo que propiamente constituye la universalidad del buque¹⁰. Los accesorios —esto es, aquellos elementos consumibles adscritos al buque de un modo temporal que, por definición, están excluidos del concepto de buque como *universitas rerum*—, podrán ser también objeto de la compraventa si así lo acordasen las partes (art. 117.1 LNM)¹¹.

En cualquier caso, como señala el apartado segundo del artículo 62, no podrán formar parte de la venta aquellas pertenencias que sean propiedad de un tercero o que consten inscritas en el Registro de Bienes Muebles a nombre de persona distinta del vendedor.

b. Inventario identificativo de los elementos que se transmiten con el buque

Como hemos apuntado, la naturaleza eminentemente dispositiva de las normas reguladoras de la compraventa previstas en la LNM otorga a las partes la libertad para acordar qué concretos elementos han de quedar comprendidos dentro del objeto de la venta, así como la posibilidad de incluir determinados accesorios que, aun sin ser propiamente parte del buque, pueden transmitirse conjuntamente. En la práctica, es habitual que en el contrato de compraventa se incluya un listado comprensivo de todos esos bienes (partes integrantes, pertenencias y accesorios) que serán objeto de transmisión¹².

Conocedor de esta práctica, el legislador incorpora una novedad respecto a la regulación que de este contrato se hacía en el C. de c.¹³, estableciendo que

9 Son partes integrantes aquellos elementos que constituyen la estructura del buque, de modo que no pueden separarse del mismo sin menoscabo de su propia entidad (art. 60.2 LNM), y son pertenencias los elementos destinados al servicio del buque de un modo permanente, pero que no integran su estructura (art. 60.3 LNM).

10 Universalidad a la que se refería al hablar de la venta “total” del buque GAMECHO-GOICOECHEA Y ALEGRÍA, F.: *Tratado de Derecho...*, op. cit., p. 60.

11 Esto es una reproducción, casi literal, del artículo 62.1 de la LNM, que dispone que los negocios jurídicos relativos al buque, la propiedad y los demás derechos que recaigan sobre él comprenderán sus partes integrantes y pertenencias, pero no sus accesorios, salvo pacto en contrario.

12 *Vid.* en este sentido, la cláusula 7 del SALEFORM/2012.

13 El ya derogado artículo 576 del C. de c. señalaba, efectivamente, lo que había de quedar comprendido en el objeto de la venta y lo que no, pero la delimitación del concreto “patrimonio naval” mediante inventario detallado al que se refiere la LNM carecía de re-

formará parte del contrato un inventario detallado que identifique todos los elementos que son objeto de venta con el buque (art. 117.2 LNM). A falta de inventario o ante la insuficiencia de éste, se entenderá comprendido en la venta lo que resulte de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles (inciso final del art. 117.2 LNM). Alguna duda puede plantear la referencia que la LNM hace a la “insuficiencia” del inventario, y el encaje de tal previsión con el carácter dispositivo que la LNM otorga a las normas de la compraventa; el recurso a lo que resulte de la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles debiera resultar de aplicación muy excepcional¹⁴.

2. Elementos formales

a. Forma escrita

Frente a la regla general de libertad de forma sobre la que se ancla nuestro Derecho de contratos, el ya derogado artículo 573 del C. de c. establecía que la adquisición de un buque debía constar en documento escrito. Tal precepto parecía consagrar, al menos por su tenor literal, el carácter imperativo de la exigencia de forma escrita para documentar el contrato de compraventa de buque. Ello generó un interesante debate doctrinal que conoció de posiciones encontradas: por un lado, los que consideraban la forma escrita como un requisito *ad solemnitatem*; por otro, aquéllos que afirmaban que tal requisito lo era sólo *ad probationem*. Si bien desde un punto de vista teórico el alcance que debía darse al requisito formal del artículo 573 del C. de c. resultaba perfectamente pertinente, en la práctica esta cuestión no presentaba mayores problemas; la relevancia económica unida a la complejidad que suele acompañar a toda compraventa de buque hacía ciertamente difícil imaginar la formalización de este tipo de negocio jurídico por medios distintos al escrito.

Por su parte, la LNM establece que el contrato de compraventa de buque constará por escrito (art. 118.1), sin que a tal requisito, a nuestro juicio, deba

gulación equivalente en el régimen derogado. *Vid.* en este sentido, GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons (3ª ed.), Madrid – Barcelona, 2006, p. 301.

14 LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria del buque en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario 2011 (Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada), pág. 42: la referida insuficiencia “debería resultar de aplicación excepcional para proscribir su abuso, toda vez que, en realidad, las partes habrían ya identificado voluntariamente, mediante el correspondiente inventario, los bienes que desean que constituya el objeto de la transmisión”.

conferírsele efectos *ad solemnitatem* para la validez del contrato. Así lo entiende la doctrina maritimista¹⁵ y así se desprende también de la memoria que acompañaba a la propuesta de anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, que se refería a la forma escrita como un “mínimo a efectos probatorios”.

b. Titulación pública

En su redacción originaria, el artículo 118.2 de la LNM establecía que, para que el contrato de compraventa surtiera efectos frente a terceros, éste debía inscribirse en el Registro de Bienes Muebles, formalizándose para ello en escritura pública. Este precepto, así redactado, no estaba del todo alineado con el principio de titulación pública contenido en el artículo 73 de la LNM, que admite —entre otros documentos—, además de la escritura pública, la póliza notarial como título válido para acceder al Registro de Bienes Muebles. La redacción originaria de la LNM respecto de los contratos de construcción e hipoteca naval también presentaba discrepancias similares en relación con el principio de titulación pública. Todas ellas han sido ya corregidas y homogeneizadas mediante la modificación a la LNM operada por la Ley 9/2015 de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

La redacción del artículo 118.3 admite, en la actualidad, la póliza intervenida por notario y el resto de documentos que se recogen en el artículo 73 para franquear el acceso al Registro de Bienes Muebles¹⁶. Las modificaciones introducidas por la Ley 9/2015 han sido especialmente relevantes dada la minoración del coste fiscal que la póliza notarial representa frente a la escritura pública en cuanto al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

c. Verificación de la situación registral del buque por el notario o cónsul

El artículo 118.4 de la LNM establece que, en los supuestos en los que las

15 GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Compendio de Derecho marítimo español*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016, p. 117; PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: “*Los contratos de construcción naval y de compraventa de buques*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016, p. 167.

16 *Vid.* sobre esta cuestión la Resolución de 28 de noviembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en la que se revoca la calificación de un registrador que denegó la inscripción de una compraventa formalizada en póliza intervenida notarialmente.

partes pretendan elevar el contrato a escritura pública, el notario o cónsul¹⁷ de que se trate deberá obtener del Registro de Bienes Muebles la oportuna información sobre la situación registral (dominio y cargas) del buque objeto de transmisión, en la forma y por los medios que reglamentariamente se establezcan. Se incorpora de esta forma a la disciplina marítima, en aras a la seguridad jurídica, un deber que, desde el año 1992, se exige con carácter general a los notarios que intervienen en la transmisión de bienes inmuebles (art. 175 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado).

3. Elementos personales

Al margen del reparto obligacional, la LNM no se pronuncia respecto a las partes (comprador y vendedor) del contrato. En cualquier caso, salvo lo que a continuación se dirá sobre la venta en supuestos de condominio naval, ninguna especialidad presenta la transmisión de un buque en cuanto a las partes del contrato frente a cualquier otra compraventa.

Para la realización de cualquier acto o negocio jurídico de administración, disposición o gravamen sobre un buque en condominio naval, dice el artículo 151 de la LNM, será suficiente el acuerdo de los condueños que representen la mayoría de las cuotas —intereses— de la copropiedad, pudiendo un solo condueño representar dicha mayoría. La venta de un buque, en cuanto acto de disposición, podrá realizarse sin el acuerdo unánime de los condóminos en virtud del principio de mayorías por el que se rige (y se regía en el régimen derogado) el condominio naval. No obstante, todo condómino que no hubiera participado en, o se hubiera opuesto a, la decisión de vender el buque, podrá exigir que la venta se realice en pública subasta (art. 152.1 LNM); esto es, el convenio que la mayoría pudiera haber alcanzado con un tercero comprador cederá ante este derecho que se reconoce a los condóminos minoritarios¹⁸. En cualquier caso, no parece que vaya a ser mucha la relevancia práctica de estos preceptos que la LNM dedica al condominio naval, institución típica del Derecho marítimo que, en desuso desde la aparición de las modernas formas

¹⁷ Además del notario, la LNM hace referencia al cónsul para cubrir las ventas que puedan formalizarse en el extranjero, habida cuenta de la inherente movilidad del buque.

¹⁸ Vid. LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria...*”, op. cit, p. 42; ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*El condominio naval*” en ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Editorial Aranzadi, 2016, p. 153.

societarias y no sin ciertas críticas, se resiste a desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico¹⁹.

III. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. Obligaciones del vendedor

a. Entregar el buque

La obligación esencial del vendedor bajo todo contrato de compraventa, también la naval, consiste en entregar la cosa vendida al comprador. La LNM no regula esta obligación, cuya determinación deja a la autonomía de la voluntad de las partes y, en su defecto, a las normas sobre la compraventa que resulten de aplicación supletoria. La regulación de la compraventa en el C. de c., pensada para la transmisión de mercaderías, ha llevado a la doctrina mayoritaria a entender aplicables supletoriamente las normas de la compraventa civil (*ex art. 2 y 50 del C. de c.*), que encajan mejor con un contrato que tiene al buque como objeto.

La entrega consiste en poner la cosa vendida en poder y posesión del comprador (art. 1462.1º CC). Con carácter general, en la venta de cosas corporales será una puesta en poder material, mientras que para los bienes incorporeales tal puesta en poder será espiritual (*e.g.* asimilando a la entrega el otorgamiento de la escritura pública de venta); pero también en la compraventa de bienes corporales cabe espiritualizar la entrega, mediante la denominada entrega instrumental: las partes pueden acordar que el otorgamiento del instrumento (*e.g.* escritura pública) en virtud del cual se documenta el contrato equivalga a la entrega de la cosa objeto de la venta²⁰.

De hecho, en la práctica, esto último es lo que sucede en el tráfico maríti-

19 Como señala ALBA FERNÁNDEZ, M.: “*De los sujetos de la navegación*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 223, “[l]a regulación que la Propuesta contiene del condominio revela, además de este tipo de percepción cautelosa de la necesidad de la institución, la intención de despejar de manera decidida algunas de las dudas a las que el Código en diferentes momentos ha dado lugar. (...) la Propuesta racionaliza y mejora técnicamente de manera apreciable las normas dirigidas a regular el aspecto gestor del condominio”.

20 ALBADALEJO, M.: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer (13ª ed.), 2008, p. 502.

mo. La entrega —*traditio*—, que transmite la propiedad del buque al comprador, suele instrumentalizarse a través de la firma del denominado *bill of sale*²¹ (cl. 8(a)(i) del SALEFORM/2012), sin perjuicio de que en estos supuestos en los que la tradición no es material, el vendedor también deba hacer entrega física del buque al adquirente (que ya será su propietario) para cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato, formalizándose a estos efectos un protocolo de entrega y aceptación (*protocol of delivery and acceptance*). En el SALEFORM/2012, el modo de llevarse a cabo la entrega material del buque se regula de manera detallada²², iniciándose el procedimiento con un aviso (*notice of readiness*), que ha de remitir el vendedor al comprador confirmando que el buque se encuentra en el puerto o lugar de entrega acordado y listo para ser entregado (*vid. cl. 5*).

b. Saneamiento por evicción y vicios o defectos ocultos

Aunque la LNM omite la obligación principal del vendedor (*i.e.* la entrega), sí hace referencia a su otra obligación típica: la de sanear la cosa vendida, por evicción o por presentar ésta vicios o defectos ocultos. En este sentido, dice el artículo 119.2 que el vendedor responderá del saneamiento por evicción y vicios o defectos ocultos, siempre que éstos se descubran en el plazo de tres meses desde la entrega material del buque, y el comprador los notifique de modo fehaciente al vendedor en el plazo de cinco días desde su descubrimiento.

La evicción, si bien poco probable en el ámbito de la compraventa de mercaderías²³, sí puede resultar especialmente relevante cuando lo que se vende es un buque²⁴. En cualquier caso, ninguna novedad introduce la LNM respecto de la evicción prevista en los artículos 1.475 y siguientes del CC. Así, ésta tendrá lugar cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la venta, de la posesión legal y pacífica del buque transmitido. De la evicción, que podrá ser total o parcial, responde el vende-

21 GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de...*, op. cit., p. 303.

22 Para un análisis minucioso de esta cuestión *vid.* RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*Acerca del Memorandum...*” op. cit., págs. 67 y ss.

23 VÉRGEZ, M.: “*Compraventa mercantil y contrato de permuta*” en RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, A. (Dir.), *Contratos Mercantiles, Tomo I*, Aranzadi (6ª ed.), 2017, p. 159.

24 Pensemos, por ejemplo, en los privilegios marítimos que gravan el buque sin necesidad de publicidad registral y que le siguen a pesar del cambio de propiedad, matrícula o pabellón (art. 122 LNM).

dor, aunque no se hubiera hecho mención alguna en el contrato sobre esta cuestión, teniendo el comprador derecho a exigir al vendedor lo previsto en el artículo 1.478 del CC²⁵. La acción del comprador contra el vendedor por razón de la evicción no tiene asignado un plazo específico, por lo que será de aplicación el previsto en el artículo 1.964 del CC.

En cuanto a los vicios o defectos ocultos, el vendedor responderá de éstos siempre y cuando se descubran en el plazo de tres meses desde la entrega “material” del buque, y el comprador los notifique de modo fehaciente al vendedor en el plazo de cinco días desde su descubrimiento (art. 119.2 LNM). Antes de la entrada en vigor de la LNM existía alguna duda en torno al plazo del que disponía el comprador para denunciar vicios o defectos ocultos, habida cuenta de la disparidad existente entre el plazo de treinta días previsto en el artículo 342 del C. de c., frente al de seis meses del artículo 1.490 del CC²⁶. La LNM ha cerrado el debate: el comprador dispone de tres meses desde la entrega material del buque (art. 119.2). En cuanto al ejercicio de la acción, la LNM establece un plazo de seis meses (art. 120), confirmando, además, que tal plazo es de caducidad. En cuanto al *dies a quo*, el plazo comienza a computar desde que el comprador notificó al vendedor los vicios o defectos detectados conforme a lo previsto en el artículo 119.2 de la LNM; esto es, vicios o defectos ocultos (i) descubiertos dentro del plazo de tres meses desde la entrega material del buque, y (ii) que hubieran sido notificados fehacientemente en el plazo de cinco días de su descubrimiento.

La obligación de saneamiento —hacer la cosa sana— del vendedor, complementaria a la esencial de entrega, puede ser modulada por las partes, que podrán convenir sobre su aumento, disminución o supresión (art. 1.475,3^o

25 Dice el artículo 1478 CC que cuando se haya estipulado el saneamiento o cuando nada se haya pactado sobre este punto, si la evicción se ha realizado, tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor: (i) la restitución del precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, ya sea mayor o menor que el de la venta; (ii) los frutos o rendimientos, si se le hubiere condenado a entregarlos al que le haya vencido en juicio; (iii) las costas del pleito que haya motivado la evicción y, en su caso, las del seguido con el vendedor para el saneamiento; (iv) los gastos del contrato, si los hubiese pagado el comprador; y (v) los daños e intereses y los gastos voluntarios o de puro recreo u ornato, si se vendió de mala fe.

26 Vid. RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*La propiedad y otros derechos reales sobre el buque: construcción, compraventa, privilegios marítimos e hipoteca naval*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 159.

CC²⁷ y 1.485 CC), siempre y cuando no concurra en el vendedor dolo o mala fe (art. 1.476 CC). En la práctica, el hecho de que el comprador suela realizar diversas inspecciones sobre el buque antes de su entrega (*vid.* cl. 4 y 6 del SALEFORM/2012), motiva que los vendedores tiendan a rechazar cualquier tipo de responsabilidad por vicios o defectos que puedan ser detectados, siendo habitual que el buque se entregue en condiciones “*as is where is*”²⁸.

2. Obligaciones del comprador

a. Pagar el precio

La obligación esencial de comprador bajo el contrato de compraventa es la de pagar el precio convenido. Al igual que sucedía con el régimen derogado, la

27 La doctrina moderna entiende que es admisible trasladar al saneamiento por vicios ocultos el contenido del tercer párrafo del artículo 1475 del CC; *vid.* sobre esta cuestión LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014, p. 506.

28 LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria...*”, *op. cit.*, p. 44; GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2012, págs. 413/414; PULIDO BEGINES, J.L.: *Curso de derecho de la navegación marítima*, Tecnos, 2015, p. 124; MACLACHLAN, W.: “*The practicalities of ship sales in the current market*” en SOYER, B.; TETTENBORN, A. (Ed.), *Ship building, sale and finance*, Informa Law from Routledge, 2016, p. 138. Especialmente interesante sobre esta cuestión resulta la sentencia en el caso *Dalmare SpA v. Union Maritime Ltd (The Union Power)* [2012] EWHC 3537 y el comentario que se hace de ésta por RAYNEY, S.: “*‘As is’... as you were? The Union Power and ‘as is’ provisions in ship sale and purchase contracts*” en SOYER, B.; TETTENBORN, A. (Ed.), *Ship building, sale and finance*, Informa Law from Routledge, 2016, págs. 112/134. En el citado caso se discutió sobre la aplicabilidad de la Sale of Goods Act 1979 a un contrato de compraventa de buque formalizado bajo un formulario SALEFORM/1993; en concreto, sobre la sección 14(2) y su impacto en las cláusulas “*as is*”: “*where the seller sells good in the course of a business, there is an implied term that the goods supplied under the contract are of a satisfactory quality*” (S. 14(2)). El tribunal arbitral que conoció del asunto concluyó que, efectivamente, la S. 14(2) de la Sale of Goods Act 1979 incluía en el contrato de compraventa un término no previsto expresamente por las partes (*implied term*) en virtud del cual se desvirtuó la cláusula en la que literalmente se decía que el buque se vendía “*as she was at the time of inspection*”. Esta decisión ha motivado que en el SALEFORM/2012 se incluya una previsión expresa que excluye cualquier “*implied term*” que pudiera resultar aplicable (la exclusión expresa es necesaria para evitar la aplicación de la S.14(2) de la Sale of Goods Act). La decisión en el *The Union Power* ha sido criticada por parte de la doctrina inglesa maritimista, destacando, por todos, CURTIS, S.: “*The Union Power Decision*”, en London Shipping Law Centre Seminar, 8 de mayo de 2013.

LNM confía esta cuestión a las normas de la compraventa civil, quedando el comprador obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijado por las partes en el contrato (art. 1.500 CC).

En cualquier caso, el pago del precio es una materia que se detalla minuciosamente en los formularios de compraventa estándar. A título de ejemplo, el SALEFORM/2012 prevé, como garantía de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el comprador bajo el contrato, la constitución de un depósito por importe del 10% del precio acordado (cl. 2)²⁹, que se descuenta del precio a pagar al momento de la entrega material del buque (cl. 3)³⁰.

b. Tomar entrega del buque

Junto a la obligación esencial del comprador de pagar el precio convenido, y otras obligaciones secundarias que el CC también atribuye al comprador³¹, suele añadirse la obligación de tomar entrega de la cosa comprada. Esta obligación, que en la compraventa mercantil puede entenderse implícita en el artículo 332 del C. de c.³², no está regulada expresamente en el CC, y se habla de ella más bien como una carga que incumbe a todo acreedor cuya inobservancia puede dar lugar a la *mora accipiendi* que habilitaría al vendedor para la consignación judicial de la cosa o incluso para la resolución del contrato³³.

IV. TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD Y DEL RIESGO

1. Transmisión de la propiedad

Como es sabido, en nuestro Derecho la compraventa no es un contrato traslativo del dominio sino meramente obligatorio; el vendedor se obliga a entregar la cosa vendida al comprador, pero la propiedad sobre ésta no se transmite si la venta no va acompañada de la correspondiente tradición de acuerdo con la teoría del título y modo (arts. 609 CC y 1095 CC). Este sistema

29 Cuando el lapso temporal entre la firma del contrato y la entrega del buque se prevé que vaya a ser reducido, el comprador puede tratar de negociar un depósito por un importe inferior con el vendedor; *vid.* GOLDREIN, I.; TURNER, P.; HANNAFORD, M.: *Ship Sale and...*, op. cit., p. 103.

30 *Vid.* RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*Acerca del Memorandum...*” op. cit., págs. 44 y ss.

31 Como, entre otras, la obligación del pago de intereses que se prevé en el artículo 1.501, o el pago de los gastos de transporte, retirada o traslación de la cosa (art. 1465).

32 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M.: “*El contrato de...*”, op. cit., p. 102; LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, op. cit., p. 116.

33 LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, op. cit., p. 533.

se ha calificado como imperfecto, pues lo “esencial” en la compraventa no es tanto la entrega sino la adquisición de la propiedad sobre la cosa vendida por parte del comprador que paga un precio por ella³⁴. De hecho, se ha afirmado que, por la vía de los usos, puede considerarse que la obligación de transmitir la propiedad ha quedado insertada dentro del contenido obligacional del vendedor en los contratos de compraventa³⁵.

Con carácter general, la transmisión de la propiedad no se produce sino hasta la entrega —*traditio*— de la cosa vendida. Dice el artículo 128 de la LNM que el comprador adquiere la propiedad del buque mediante su entrega. El precepto no especifica si tal entrega ha de ser material, por lo que cabe espiritualizar la *traditio*, sustituyéndose la entrega material del buque por otra, instrumental, en virtud de la cual la firma del instrumento contractual constituya el hito determinante para la transmisión dominical del buque³⁶.

2. Transmisión de los riesgos

En la compraventa civil rige el principio romano de *res perit emptori*, en virtud del cual el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa vendida se transmite del vendedor al comprador al momento de perfeccionarse el contrato de compraventa. En la compraventa mercantil, en cambio, nuestro C. de c. se acerca al principio germanista de *res perit domino*, que hace soportar el riesgo al propietario de la cosa vendida. Como hemos visto, en nuestro Derecho

34 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M.: “*El contrato de...*” op. cit., p. 102; LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, op. cit., p. 148.

35 Como señalan DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II., T. 2*, Tecnos (10ª ed.), 2012, págs. 28/29 “(...) lo cierto es que en ningún lugar el Código civil prohíbe que el vendedor se obligue a la transmisión del dominio precisamente, obligación que podrá ser expresada o deducida de las circunstancias del caso. Es más, esto es lo que sucede en el tráfico normal y ordinario, hasta el punto de que debe estimarse que es una de las obligaciones que integran el contrato de compraventa, fundada en los usos (vid. art. 1258)”.

36 La LNM se ha separado de la redacción que sobre esta cuestión se hacía en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima (art. 180), en la que expresamente se decía que la firma del contrato de compraventa constituye la entrega instrumental del buque. Con dicha redacción, la firma del contrato llevaría aparejada la transmisión de la propiedad sobre el buque; esto es, un supuesto de tradición fingida similar al previsto en el artículo 1462 del CC, pero sin requerirse el otorgamiento de escritura pública. Vid. LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria...*”, op. cit, p. 45.

la transmisión de la propiedad requiere, además de la perfección del contrato, la entrega o *traditio* de la cosa vendida; hasta que ésta no se produzca, el comprador no será, en principio, todavía propietario, por lo que los riesgos los habrá de soportar el vendedor. Así, el artículo 331 del C. de c. consagra como regla general que los riesgos corren a cargo del vendedor hasta que se produce la entrega, tomando posesión de la cosa el comprador. No obstante, al requerir la entrega de la colaboración del comprador, podría no verificarse la entrega por causas imputables a éste³⁷. Para regular tal supuesto, el C. de c. dispone que los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador (art. 333). Se ha dicho que en materia de transmisión de riesgos nuestro C. de c. se aparta del sistema romano (*res perit emptori*, que opera desde la perfección del contrato), y también del sistema germánico (*res perit domino*, que opera desde la entrega), consagrando un sistema intermedio: la puesta a disposición de la cosa por el vendedor al comprador³⁸.

En la LNM se establece que la pérdida y el deterioro que pueda sufrir el buque, antes de que se realice su entrega, serán soportados por el vendedor (salvo pacto en contrario) y, una vez realizada la entrega, tales riesgos serán de cuenta del comprador (art. 119.1 LNM). La LNM no aclara si, a los efectos de transmitirse los riesgos del vendedor al comprador, se refiere a la entrega material o a la instrumental. Como decíamos, las normas del CC encuentran un mejor encaje para suplir lo no previsto en la LNM en cuanto al contrato de compraventa; sin embargo, en materia de transmisión de riesgos, como se puede leer en su exposición de motivos, la LNM mantiene la “concepción marítima tradicional, de signo contrario a la civil”. Pude descartarse, por tanto, el sistema romano de *res perit emptori* y confirmarse que la mera perfección del contrato no lleva aparejada la transmisión de los riesgos de la cosa al comprador. Pero también se aparta la LNM del sistema del C. de c. pues se refiere a la “entrega”, y no a la “puesta a disposición” del buque al comprador (art. 119.1 LNM).

Por ello, entendemos que los riesgos se trasladan al comprador al momento de producirse la entrega material del buque y no antes, salvo pacto en contrario. A nuestro juicio, esa es la “concepción marítima tradicional” a la que se refiere la exposición de motivos de la LNM. Esta es la solución que

37 URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M.: “*El contrato de...*” op. cit., p. 117.

38 RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*La propiedad y...*”, op. cit., p. 155.

prevé también el SALEFORM/2012: los riesgos sobre el buque los soporta el vendedor hasta que se produce su traslado posesorio al comprador (cl. 11)³⁹.

V. EFECTOS DE LA COMPRAVENTA EN DETERMINADOS CONTRATOS SOBRE EL BUQUE

1. Contratos de arrendamiento

Los efectos que sobre el contrato de arrendamiento produce la compraventa de un buque es otro de esos pocos supuestos en los que la regulación del CC no resulta adecuada en el campo de la compraventa de buques. El CC otorga al comprador de una finca arrendada el derecho a que termine el arriendo que sobre tal finca pudiera estar en vigor al momento de verificarse la venta (art. 1571.1^o CC). En cambio, en el Derecho marítimo la regla sobre esta cuestión es distinta⁴⁰: el adquirente quedará subrogado en el contrato de arrendamiento existente, siempre que estuviese inscrito en el Registro de Bienes Muebles o conociese efectivamente su existencia al tiempo de la compraventa (art. 196 LNM). Fuera de estos supuestos, quedará extinguido el contrato de arrendamiento, con independencia de las acciones que pudieran corresponder al arrendatario frente al arrendador⁴¹. En todo caso, el viaje que al momento de la transmisión estuviera en curso deberá ser respetado por el comprador (art. 196 *in fine* LNM).

2. Contratos de fletamento

La LNM también regula los efectos de la venta de un buque sobre un con-

39 *Vid.* sobre esta cuestión, aunque en relación con el SALEFORM/93, GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de...*, op. cit., p. 300.

40 Regla que resultará de aplicación en defecto de pacto en contrario; algunos formularios de contratos de arrendamiento prohíben al arrendador enajenar el buque durante el contrato (*vid.* cláusula 22(b) del BARECON/2001, formulario estándar de la BIMCO para contratos de arrendamiento a casco desnudo de buques).

41 En el régimen derogado, parte de la doctrina aplicaba analógicamente a este supuesto el artículo 577 del C. de c., llegándose a una solución similar. *Vid.* GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de...*, op. cit., p. 466 y también PETIT LAVALL, M.V.: “*El contrato de arrendamiento de buque*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016, p. 293.

trato de fletamento vigente al momento de producirse aquélla, ofreciendo soluciones distintas en función del momento temporal en el que se produzca la venta. En efecto, el artículo 276 de la LNM distingue la venta producida antes de comenzar la carga de las mercancías sobre el buque, de aquella otra que sobreviniese una vez comenzada la carga o hallándose el buque en viaje.

En el primer supuesto, el comprador no estará obligado a respetar los contratos realizados por el vendedor, quedando extinguido el contrato de fletamento sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder al fletador frente al vendedor (art. 276.1 LNM). Aunque el precepto parece concluir que la extinción del contrato de fletamento se produce de manera automática: “*quedando extinguido el contrato de fletamento...*”, creemos que tal extinción dependerá de la decisión del comprador de respetar o no el contrato de fletamento existente (“*el comprador no estará obligado a respetar...*”)⁴².

En el segundo escenario, si la venta se produjera ya comenzada la carga o hallándose el buque en viaje, la solución es bien distinta: el comprador quedará subrogado en los derechos y obligaciones del porteador bajo el contrato de fletamento (art. 276.2). Entendemos que la referencia al “porteador” que hace la LNM ha de entenderse respecto de aquél fletamento en el que el porteador fuera el vendedor, pero no a otros que pudieran existir sobre el buque en una cadena de fletamentos⁴³.

Por último, el apartado tercero del citado artículo 276 establece que, no obstante lo dispuesto en su apartado primero (*i.e.* las ventas realizadas antes de comenzar la carga de las mercancías), el comprador del buque deberá respetar los contratos de fletamento por tiempo suscritos por duración superior a un año (con independencia del tiempo pendiente al momento de producirse la venta) cuando conociera de su existencia en el momento de adquirir el buque. A diferencia de lo que la LNM prevé en su artículo 276.2, nada se dice sobre la subrogación del comprador en los contratos concertados por tiempo superior al año, resultando de aplicación supletoria a estos efectos las normas previstas en el CC para la subrogación de la posición contractual.

42 En este sentido, LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria...*”, *op. cit.*, p. 46; ARROYO MARTÍNEZ, I.: “*De la extinción anticipada del contrato*”, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A. (Dir.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Editorial Aranzadi, 2016, p. 894.

43 LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria...*”, *op. cit.*, p. 46.

3. Contratos de seguro

La enajenación del buque también produce efectos en los contratos de seguro sobre el interés en el buque. Así, el artículo 428.1 de la LNM, separándose de lo previsto en el artículo 34 de la Ley del Contrato de Seguro⁴⁴, dispone que en los seguros de buques, la enajenación de éstos provoca la extinción del contrato de seguro, a no ser que el asegurador haya aceptado expresamente por escrito su continuación. El fundamento de este precepto se encuentra, entre otros, en la variación del riesgo que fue considerado por el asegurador al momento de formalizarse la póliza⁴⁵, lo que justifica, dada la naturaleza de *intuitu personae* del seguro y sin que la LNM exija requisito o formalidad adicional al respecto, la extinción automática del contrato de seguro.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV: *Economía del sector marítimo*, Fondo Editorial de Ingeniería Naval e Instituto Marítimo Español, 2009.
- ALBA FERNÁNDEZ, M.: “De los sujetos de la navegación” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006.
- ALBADALEJO, M.: *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, Edisofer (13ª ed.), 2008.
- ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*, Editorial Aranzadi (3ª ed.), 2015.
- “De la extinción anticipada del contrato”, en ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Editorial Aranzadi, 2016, págs. 886/895.
- ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “El condominio naval” en ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Editorial Aranzadi, 2016.

44 FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “El contrato de seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extraordinario 2006 (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), p. 119; LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “La venta voluntaria...”, op. cit, p. 47; LÓPEZ QUIROGA, J.: “El seguro marítimo de buques”, en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016, p. 671.

45 LÓPEZ QUIROGA, J.: “El seguro marítimo...”, op. cit., p. 671.

- CURTIS, S.: “*The Union Power Decision*”, en London Shipping Law Centre Seminar, 8 de mayo de 2013.
- DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil, Vol. II., T. 2*, Tecnos (10ª ed.), 2012.
- FERNÁNDEZ-QUIRÓS, T.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*El contrato de seguro marítimo en la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº extraordinario 2006 (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento), págs. 113/129.
- GABALDÓN GARCÍA, J.L.; RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons (3ª ed.), Madrid – Barcelona, 2006.
- GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires, 2012.
- *Compendio de Derecho marítimo español*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016.
- GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRÍA, F.: *Tratado de Derecho marítimo español. T.II. El buque, el propietario del buque – El naviero*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Bilbao, Bilbao, 1941.
- GOLDREIN, I.; TURNER, P.; HANNAFORD, M.: *Ship Sale and Purchase*, Informa (5ª ed.), Londres, 2008.
- GONZÁLEZ-LEBRERO, R.: *Curso de Derecho de la Navegación*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998.
- HERRERO DE EGAÑA, M.I.: “*El contrato de compraventa de buques*”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LLAMAS POMBO, E.: *La compraventa*, La Ley, Madrid, 2014.
- LÓPEZ QUIROGA, J.: “*El seguro marítimo de buques*”, en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016.
- LÓPEZ-QUIROGA, C.; LÓPEZ QUIROGA, J.: “*La venta voluntaria del buque en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima*”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, nº extraordinario 2011 (Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada), págs. 39/47.
- LOZANO LÓPEZ, J.A.: “*Contrato de compraventa de buques*”, en CAMPUZANO, A.B.; SANJUAN, E. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MACLACHLAN, W.: “*The practicalities of ship sales in the current market*” en SOYER, B.; TETTENBORN, A. (Ed.), *Ship building, sale and finance*, Informa Law from Routledge, 2016.
- NAVAS GARATEA, M.: *La navegabilidad del buque en el Derecho marítimo internacional*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2013.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: “*Los contratos de construcción naval y de compraventa de buques*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016.

- PETIT LAVALL, M.V.: “*El contrato de arrendamiento de buque*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona – Buenos Aires – São Paulo, 2016.
- PULIDO BEGINES, J.L.: *Curso de derecho de la navegación marítima*, Tecnos, 2015.
- RAYNEY, S.: “‘As is’... as you were? The Union Power and ‘as is’ provisions in ship sale and purchase contracts” en SOYER, B.; TETTENBORN, A. (Ed.), *Ship building, sale and finance*, Informa Law from Routledge, 2016.
- RUEDA MARTÍNEZ, J.A.: “*La propiedad y otros derechos reales sobre el buque: construcción, compraventa, privilegios marítimos e hipoteca naval*” en EMPARANZA SOBEJANO, A.; MARTÍN OSANTE, J.M. (Coords.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006.
- “*Acerca del Memorandum of Agreement Norwegian Saleform 2012*”, Anuario de Derecho Marítimo vol. XXXI, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2014, págs. 37/96.
 - “*Capítulo VI. De la compraventa*” en ARROYO MARTÍNEZ, I.; RUEDA MARTÍNEZ, J.A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Editorial Aranzadi, 2016.
- RUEDA PÉREZ, M.A.: “*Contratos de construcción y compraventa de buques*” en ARROYO, I. (Créd.), *Jornadas sobre la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima, Madrid 1 y 2 de junio de 2005*, Aranzadi, 2006.
- RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, Instituto Vasco de Administración Pública, Vitoria-Gasteiz, 1990.
- STOPFORD, M.: *Maritime Economics*, Routledge (3ª ed.), 2009
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M.: “*El contrato mercantil*” en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Editorial Aranzadi (2ª edición), Madrid, 2007.
- “*El contrato de compraventa mercantil*” en URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Editorial Aranzadi (2ª edición), Madrid, 2007.
- VÉRGEZ, M.: “*Compraventa mercantil y contrato de permuta*” en RODRÍGUEZ-CANO BERCOVITZ, A. (Dir.), *Contratos Mercantiles, Tomo I*, Aranzadi (6ª ed.), 2017.

LOS CONTRATOS DE UTILIZACION DE BUQUES

Rodolfo A. González-Lebrero
Abogado

Resumen: Este artículo trata, como su título lo indica, de los contratos de utilización de buques, a través de los cuales se emplea o se explotan buques, con el propósito de obtener de tal utilización un beneficio económico directo, a través de varias estructuras contractuales, que sistematizamos y diferenciamos teniendo en cuanto, fundamentalmente, la prestación final pactada en los respectivos contratos. La circunstancia de que las figuras contractuales a que nos referimos no se desenvuelvan necesariamente en torno a la figura del propietario del buque, sino en particular de quien por una u otra causa puede disponer o dispone de él, da lugar a la concatenación de aquellos contratos, que será preciso además demarcar con precisión, ya que, por lo tangencial de algunos de sus presupuestos, pueden ser fácilmente confundidos. Excluimos al contrato de arrendamiento de buques como contrato de utilización ya que, se trate de un buque, desarmado o armado, es un simple arrendamiento de cosa que produce el traspaso de la tenencia de ésta del arrendador al arrendatario. En cuanto a los auténticos contratos de utilización de buques su ordenamiento está hecho teniendo en cuenta la función económica última de las prestaciones convenidas entre las partes.

Palabras clave: Contrato de fletamento, fletamento a casco desnudo, fletamento por viaje, fletamento por tiempo, contrato de transporte de mercancías, contrato de transporte de pasajeros

1. Concepto.

La voz “utilización” significa, según la Enciclopedia Universal Ilustrada ESPASA (Tomo 66, pág. 172), la acción y efecto de utilizar, es decir, “*aprovecharse de una cosa*”, pero también “*dar una cosa interés, ganancia o beneficio*” pág. 172), concepto que en el Apéndice 1934-2002 de dicha Enciclopedia (pág. 6859) se define como el “*uso, empleo que se hace de algo*”. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española coincide con dicho concepto (Edición 2001, Tomo II, pág. 2260).

La elaboración de la moderna teoría de los contratos de utilización de buques, y su esquematización sistemática, se debe, indudablemente, a los estudios realizados en el curso del siglo XX en Italia, tanto por quienes contribuyeron a la redacción del Proyecto Perla, de 1931 (Asquini, Barassi, Berlingieri, Brunetti, Cogliolo, Giannini, Scialoja), como por los distinguidos cultores de

la ciencia jurídica que colaboraron en el *Codice della Navigazione* italiano, de 1942, y que, luego de aprobado, profundizaron su análisis, en una permanente conducta de perfeccionamiento (Dominedò, Graziani, Ferrarini, Spassiano, Lefebvre D'Ovidio, Pescatore, Manca, Maresca, Fiorentino, Berlingieri, Carbone, Righetti, Romanelli). La voz “utilización” fue introducida en el Derecho de la Navegación Marítima en Italia, a través de varios canales, pero principalmente por el jurista y político Francesco M. Dominedò, a través de su libro “*Sistema dei contratti di utilizzazione della nave*”, publicado en Milán en 1937, y aparece por vez primera en el citado “*Codice*”.

Posteriormente, la expresión “contratos de utilización de buques” fue recogida por la legislación marítima hispanoamericana, como por ejemplo en el Título Quinto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos mexicana, de 2006, denominado “De los contratos de utilización de embarcaciones”, en el Capítulo II de la Ley de la Navegación argentina, de 1973, y también en el Título IV del Proyecto de ley modelo de Derecho Marítimo Iberoamericana (Versión Panamá 2012), elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo.

En la regulación de estos contratos, el Código de Comercio español, al igual que otras codificaciones continentales de su época, no había hecho sino reproducir el sistema de la *Ordonnance de la Marine* francesa de 1681, tomándolo del Código de Comercio francés de 1807, que se inspiraba en una noción genérica de fletamento, y que hoy resulta en gran medida inadecuada, en parte por no cubrir todas las figuras contractuales en uso, y en parte por abarcar formas heterogéneas.

El Título IV de la reciente Ley de Navegación Marítima se denomina “De los contratos de utilización del buque”.

En el derecho anglo-sajón es habitual considerar, dos grandes grupos contractuales. Por una parte, los contratos regulados por pólizas de fletamento (*charter-parties*), distinguiendo entre éstos, el fletamento (o arrendamiento) a casco desnudo (*demise o bareboat charter*), el fletamento por viaje (*voyage charter*) (total o parcial), y el fletamento por tiempo (*time-charter*), todos ellos con diversas modalidades, y por la otra los contratos de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque (*carriage of goods under bills of lading*). Dentro de dicho derecho, el transporte de pasajeros está sujeto a formas contractuales especiales, gobernadas por las reglas ordinarias de los contratos.

Los contratos de utilización de buques son contratos con estructuras y

prestaciones diferentes, pero en todos los cuales hay un empleo o explotación del buque, salvo en ciertas modalidades de arrendamiento.

La utilización de un buque con miras a la obtención de un beneficio económico directo se puede llevar a cabo bajo la forma de diversas estructuras convencionales, cuya sistematización y diferenciación se logra fundamentalmente mediante la determinación de la prestación final convenida en los respectivos contratos.

La circunstancia de que las figuras contractuales a que nos referimos no se desenvuelvan necesariamente en torno a la figura del propietario del buque, sino en particular de quien por una u otra causa puede disponer o dispone de él, da lugar a la concatenación de aquellos contratos, que será preciso además demarcar con precisión, ya que por lo tangencial de algunos de sus presupuestos, pueden ser fácilmente confundidos.

Cabe señalar, y valga esto como premisa, que el concepto de utilización está íntimamente ligado al de armador. Es esencial para la existencia de un contrato de utilización de buque, que quien lo pone a disposición de terceros, mediante cualquiera de las modalidades que indicaremos, sea quien tiene el ejercicio efectivo de la navegación, el armador de dicho buque, propietario o no de él, o quien sin ejercitar la navegación, aprovecha esta actividad como medio de realización de su propia especulación económica.

Las figuras contractuales que integran habitualmente el cuadro de los contratos de utilización de buques, presentan características propias, aun cuando reciban aportaciones significativas de los Derechos Civil y Mercantil.

El contrato de arrendamiento de buque “desnudo” o desarmado es un contrato de locación, pero esta calificación se ve alterada cuando se trata de un buque armado y con tripulación, cuando se cede el disfrute el buque armado (como ocurre con una casa amueblada), y la tripulación, si la hay, pasa a depender del arrendador.

En las demás formas, las prestaciones varían, y su peculiaridad las aleja de las formas civiles y mercantiles clásicas, bajo la influencia de las prácticas consuetudinarias y de la necesaria adaptación de tales formas a las exigencias de la navegación y del comercio marítimo, es decir, de la utilización de los buques mediante el uso de contratos diversos en virtud del imperativo que imponen la variedad de los negocios jurídico-económicos y las exigencias de los tráficos marítimos.

Básicamente pueden considerarse tres grupos contractuales, el arrendamiento, afín a la locación de cosas, el fletamento, como locación de obra, y

el transporte, también como locación de obra, aunque con prestaciones diferentes a las del fletamento. El buque es un elemento de conexión entre dichos grupos, si bien en el arrendamiento es el factor principal del contrato, mientras que en el fletamento es el instrumento necesario para la realización de los viajes, y en el transporte el medio, también necesario, para transportar cosas o personas.

2. Exclusión del contrato de arrendamiento de buque

El primer contrato que equivocadamente suele mencionarse como de utilización, exige por lo común la presencia del propietario del buque; es el de **arrendamiento** es decir, un contrato por el cual el titular del dominio de un buque concede al arrendatario el uso o goce de aquél por un tiempo dado, obligándose dicho arrendatario a pagar por ese uso o goce un precio determinado. Hay que destacar, desde luego, que nos estamos refiriendo en principio a una construcción flotante destinada a la navegación, al buque, es decir, a un vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, y que tenga una cubierta corrida y una eslora igual o superior a veinticuatro (24) metros (conf. art. 56, LNM), por lo que descartamos lo que se ha dado en llamar buque “desarmado”. Armar un casco supone equiparlo y dotarlo de todo lo necesario para que navegue, transformándolo consecuentemente en buque, y quien arrienda un “casco limpio” a otra persona celebra un contrato ajeno al negocio marítimo, regido exclusivamente por la voluntad de las partes contratantes en primer lugar, y subsidiariamente por las disposiciones del Código Civil.

No es otra la solución cuando el arrendamiento se refiere a un buque armado y equipado, ya que este contrato tiene por objeto otorgar simplemente el uso o goce de la cosa en favor del arrendatario, que por su cuenta y riesgo habrá de utilizarla de conformidad con lo pactado con el locador, normalmente en la navegación, resultado éste al que se llega de todas maneras de no haber quedado consignado en el contrato el uso que debe darse al buque, pues en ese caso el arrendatario debe ajustarse al que por su naturaleza está destinada la cosa a prestar (arts. 1554.2 y 1555.2, Cód. Civil).

Nos movemos todavía dentro del marco estático de la propiedad del buque, cuya navegación va a ser ejercitada por otra persona, el arrendatario, quien se convierte de esa manera en armador, de manera que la utilización del buque no es la causa del contrato (art. 1274, Cód. Civ.) ya que en el arren-

damiento, una parte da la otra simplemente “*el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto*” (art. 1543, Cód. Civ.).

El buque está aquí considerado aun como simple cosa, y no como ente dinámico, epicentro de la actividad de la navegación por agua.

De lo expuesto resulta que el arrendamiento de un buque, ya desarmado, ya armado, es un simple arrendamiento de cosa que produce el traspaso de la tenencia de ésta del arrendador al arrendatario, conclusión que no varía en los casos de sublocación o de cesión del contrato de arrendamiento.

En cuanto a la situación de que el arrendamiento se refiera a un buque que además de estar armado cuenta con su tripulación, debemos señalar que ello no produce cambio alguna en nuestra posición, como ya lo hemos dicho. El arrendatario tiene, salvo pacto en contrario, el derecho de designar al capitán del buque y desde luego el de contratar la tripulación; si cuando dicho arrendatario, al hacer uso del buque, mantiene al capitán y tripulación contratados anteriormente por el arrendador, eso sólo puede interpretarse como la ratificación de su nombramiento por parte del armador.

Al margen de los contratos de utilización de buques queda también el **comodato** (arts. 1740 y sigts. Cód. Civil), contrato real de uso y goce gratuito, de difícil aplicación en materia de buques, con excepción del caso de ciertas unidades de porte reducido, o de las dedicadas al deporte náutico.

3. Sistematización de los contratos de utilización de buques.

Separados ya los contratos de arrendamiento y comodato, comienzan a proyectarse las diversas formas contractuales por medio de las cuales se lleva a cabo la gestión económica destinada a la utilización del buque. Para el ordenamiento de estos contratos debemos tener en cuenta, como ya lo hemos expresado precedentemente, la función económica última de las prestaciones convenidas entre las partes, procurando la reunión de aquellas formas dentro de categorías definidas y diferenciadas evitando, desde luego, la integración de esas categorías con figuras heterogéneas.

3.1. El fletamento por tiempo

La primera forma que se nos aparece y que creemos que sin mucho desacierto podríamos calificar como el fletamento por excelencia es la del llamado **fletamento por tiempo**, o, mejor aún, *time-charter* para emplear la

denominación con que este contrato es conocido en el ambiente marítimo a través de la práctica contractual reflejada en los formularios correspondientes.

En el *time-charter*, una de las partes, el fletante (*owner*), pone a disposición del fletador (*charterer*) un buque determinado para que este último lo emplee, por lo general en el transporte, por un cierto período de tiempo, mediante el pago de una suma de dinero que se calcula por mes, semana o día. A primera vista (y algunos autores han caído en el error), podría verse en este contrato un simple arrendamiento de cosa, pero las diferencias son varias y permiten una clara identificación de ambos contratos. La calidad de armador permanece en manos del fletante, esto es, del cedente, ya que teniendo en sus manos la gestión náutica, ejerce la navegación a nombre propio, aunque a riesgo económico de la otra parte; el fletador nunca asume el papel de armador, simplemente utiliza como medio técnico para la realización de su objetivo la navegación del buque, que a su vez constituye para el fletante el fin económico del contrato.

Tenemos en el *time-charter* un fletamento que no es un contrato de transporte entre el fletante y el fletador, aunque existe por parte de éste la obligación de trasportar materialmente las mercancías según lo disponga el fletador, dentro de los límites contractuales. El fletante se obliga a realizar los viajes que ordene el fletador durante el período de tiempo convenido: esa es su prestación fundamental, de ahí que en este caso podemos calificar la relación como la de un arrendamiento de obra, con lo cual contamos con un factor adicional de diferenciación entre el *time-charter* y el arrendamiento del buque. Este último es una *locatio rei*.

La tenencia del buque, que en el arrendamiento pasa necesariamente al arrendatario, asumiendo éste la calidad de armador, en el *time-charter* permanece en manos del fletante, quien la conserva a través del capitán.

Suele afirmarse que el capitán depende alternativamente del fletante y del fletador, recibiendo órdenes de uno y de otro. Ello no es exacto; el capitán es un dependiente del armador, esto es, del fletante, y la circunstancia de que el fletador imparta indirectamente al capitán del buque ciertas órdenes vinculadas a la gestión comercial no modifica la situación, puesto que ello no es sino una de las consecuencias necesarias emergentes de la celebración del contrato; el fletador especula con el resultado de la organización del fletante, adoptando aquél el papel de transportista frente a los terceros que contratan con él.

Separadas del *time-charter*, contrato éste que responde a un definido objetivo contenido en los contratos-tipo en uso, pero sin apartarnos del concepto general del fletamento por tiempo, podemos además incorporar todas aquellas formas contractuales por las que el armador se obliga a hacer navegar el buque durante cierto tiempo en que el fletador lo utiliza con fines científicos, deportivos, técnicos, etcétera¹.

3.2. Los contratos de transporte por agua.

A continuación y bajo el amplio marco del **contrato de transporte por agua** quedan comprendidas diversas figuras jurídicas, algunas de características muy propias, pero unificadas todas por la idea central y fundamental que es la del desplazamiento en el espacio acuático de cosas y personas.

Siguiendo una sistemática homogénea agrupamos dentro de este sector a diversos contratos. En una primera gran clasificación podemos clasificarlos en contratos de **transporte de cosas** y contratos de **transporte de personas**. Los primeros, a su vez, pueden sub-clasificarse en **transporte de mercancías** y **transporte de buques** (remolque).

El transporte de mercancías puede responder a dos grandes modalidades cuya diferenciación está dada por la determinación del buque; si existe esa individualización del vehículo nos hallamos frente a un **transporte con fletamento**, y si no lo hay, simplemente frente a un transporte de mercancías por agua, es decir, un **transporte sin fletamento**, forma moderna de utilización.

3.3. El contrato de fletamento.

Siempre que el término fletamento se nos aparece, se nos aparece también la noción concreta de buque, de un buque dado y no de otro.

Los contratos de transporte con fletamento pueden ser de tres tipos: **total**, **parcial** y **a carga general**; en los dos primeros existe una etapa preparatoria, un paso previo que consiste en la elaboración y firma de una póliza de fletamento o *charter-party* que representa un *plus* con relación al contrato de transporte, etapa cuyo objeto es individualizar el medio y dar forma a ciertas obligaciones de ambas partes.

¹ Un caso sería el de la contratación de un buque de apoyo logístico en una expedición antártica.

El contrato de fletamento como tal no es más que un contrato de transporte, puesto que la obligación esencial del llamado fletante, a quien con más propiedad deberíamos denominar transportista, consiste, como en todo contrato de transporte, en la entrega de la mercancía en destino, y no en la mera puesta del buque a disposición del fletador (cargador) que es una prestación accesoria; de ahí que nos parezca más acertado hablar de contratos de transporte con fletamento, es decir, con determinación de buque, haya o no fase preparatoria, y no lisa y llanamente contrato de fletamento.

En el contrato de transporte con fletamento a carga general nos hallamos mucho más cerca del moderno contrato de transporte de mercancías por agua, pero, como queda dicho, con la nota diferencial de la individualización del buque.

El contrato de transporte sin fletamento, que es como ya sabemos, la modalidad de mayor uso en la actualidad, se caracteriza por la ausencia de la determinación del vehículo y la facultad del transportista de sustituirlo. Este contrato encuentra en el Convenio Internacional de Bruselas sobre Conocimientos de Embarque, de 25 de agosto de 1924 y en sus Protocolos de 1968 y 1979 (Reglas de La Haya-Visby), su primer estatuto en el plano internacional, aun cuando cabe señalar el del Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo, adoptado en Hamburgo el 31 de marzo de 1978, conocido como “Reglas de Hamburgo”, que entró en vigor el 1º de noviembre de 1992, aun cuando su aplicación es muy limitada.

En el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, o “Reglas de Rotterdam”, aprobado en esta última ciudad el 23 de septiembre de 2009, y ratificado por España, se regulan el “contrato de transporte” y el “contrato de volumen”, distinguiéndose el “transporte de línea regular” del “transporte no regular”

Hasta mediados del siglo pasado, la función de transporte en la práctica de los tráficos marítimos de esa época, giraba en torno al contrato de fletamento o *voyage charter*, plasmado documentalmente en la llamada “carta-partida”, o *charter-party* en inglés, que suponía una explotación de los buques por sus propietarios. Cabe señalar al respecto que prácticamente todos los códigos decimonónicos se refieren a dichos propietarios.

Como ya lo hemos dicho, a partir de la introducción de ciertos avances tecnológicos en los buques (máquinas a vapor y hélices, cascos metálicos, telegrafía sin hilos, etcétera), se ha ido asistiendo a una importante transfor-

mación en la estructura de los tráficos marítimos, desde el punto de vista operativo y económico, y a la aparición de nuevas figuras jurídicas, con el consiguiente impacto en los regímenes de la responsabilidad.

La incertidumbre anterior a ese punto de inflexión, en cuanto a la llegada y salida de los buques y a la disponibilidad de bodegas, quedó superada, y los comerciantes comenzaron a limitar sus embarques a las mercancías y cantidades de éstas que eran realmente necesarias en el lugar de destino. Se despreocuparon de encontrar buques o bodegas completos, y se concentraron en asegurarse que podría tener lugar el traslado de sus mercancías al destino deseado y en las cantidades precisas.

Los legisladores de esa época no encararon, al redactar o modificar los Códigos de Comercio, las exigencias de una realidad que se iba imponiendo progresivamente.

Sin embargo, el Código de Comercio francés, mejorando la redacción de la *Ordonnance de la Marine* de 1681, añadió, al referirse al fletamento, que éste podía hacerse de todo el buque o de parte de él, para un viaje redondo o por tiempo limitado, con lo que introdujo en esa normativa, formas que al tiempo de su sanción eran, sin lugar a dudas, novedosas.

La noción de fletamento está presente, con el dato fundamental de la individualización del buque y la -a veces- complicada negociación de las condiciones contractuales, pero ya entonces se tenía conciencia que la obligación principal del fletante, es decir del propietario del buque, es la de llevar a cabo el transporte de las mercancías cargadas hasta el puerto de destino.

3.4. El contrato de transporte.

Va emergiendo así la figura del transportista marítimo, comenzando a aparecer en la práctica del comercio marítimo una parte que contrata directamente con los cargadores sin ser el titular de la empresa de navegación: un empresario náutico de una parte y un empresario del transporte de la otra.

Esta dicotomía, que en nuestros días se expresa mediante la distinción entre “transportista efectivo” y “transportista contractual”, apareció en el citado Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo, aprobado en Hamburgo en 1978, concepto que, en materia aeronáutica, tiene su equivalente en el Convenio sobre Transporte Aéreo internacional de Guadalajara, de 1961, y en el Convenio de Montreal, aprobado en 1999, que reemplazó al Sistema Varsovia-La Haya de 1929/1955. En las Reglas de Rotterdam,

se menciona al “porteador” es decir “*la persona que celebre un contrato de transporte con un cargador*”, a la “parte ejecutante”, y a la “parte ejecutante marítima”.

Colocado el concepto de transporte en el centro de la problemática relativa al contrato de fletamento, y no existiendo necesariamente una correlación entre propietario y transportista, se hace imperativo definir a este último e identificar quienes son los personajes de la escena del transporte marítimo que merecen o deben ser calificados como transportistas, ya que, al margen del mero interés académico, existe una urgencia práctica para identificar a quien, o a quienes, deben responder del cumplimiento de las obligaciones de dichos transportistas.

Si el propietario del buque ejercita la navegación y al mismo tiempo celebra con terceros contratos de transporte, no hay duda que están reunidas en él las calidades de propietario, de armador y de transportista marítimo, pero ese propietario puede también establecer otras relaciones jurídicas.

Puede arrendarlo a otra persona a casco desnudo (*bareboat charter*) en cuyo caso aquél mantiene la titularidad del dominio sobre el buque y la otra persona (“arrendatario”) se convierte en armador.

El propietario-armador, puede así mismo llevar a cabo un contrato de fletamento por tiempo (*time-charter*), lo que también podría hacer el arrendatario antes mencionado.

Hasta este momento no vemos al transportista, por cuanto aunque hay en un caso un derecho de propiedad y en el otro una disponibilidad del buque, esto es una empresa de navegación, faltando la presencia y actuación de una empresa de transporte. Esta última surge cuando quien dispone efectivamente del buque se obliga frente a terceros (“cargadores”) a recibir sus mercancías en el punto o puerto de origen y, consiguientemente, a transportarlas hasta el punto o puerto de destino para entregarlas al destinatario, es decir, al tenedor legítimo del conocimiento de embarque que las ampara.

Está claro que es transportista quien asume ese *receptum* y esa obligación de entrega, pero en la práctica del negocio marítimo el problema es más complicado ya que el conocimiento de embarque, que refleja, en principio, esa obligación, puede ser emitido por un fletador en un contrato de fletamento por tiempo en un formulario que puede o no corresponder a este último o al fletante, o puede ser emitido por un fletador por tiempo a un fletador por viaje, o puede ocurrir que el buque haya sido fletado por tiempo y luego sub fletado por viaje, siendo el conocimiento de embarque emitido por el armador

(“fletante”) al fletador por viaje, o aún a un cargador. Todo esto, que podría ser ilustrado con muchas más situaciones de complejidad semejante, indica que no siempre hay una relación clara entre quien lleva a cabo la emisión del título del transporte y la persona que asume las obligaciones del contrato de transporte, a lo que hay que añadir que, como ya lo hemos mencionado, puede haber una persona que contrata con uno o más cargadores el transporte de mercancías (“transportista contractual”) y otra que ejecuta materialmente ese contrato (“transportista efectivo”).

El ya citado Convenio de 1978, conocido como “Reglas de Hamburgo”, establece en su artículo 10 que cuando la ejecución del transporte o de una parte de él (parece referirse al transporte como hecho técnico y material) haya sido encomendado a un porteador o transportista efectivo, el porteador o transportista contractual seguirá siendo responsable de la totalidad del transporte con arreglo a lo dispuesto por dicho Convenio, incluso de las acciones y omisiones que el transportista efectivo y sus empleados y agentes realicen en el ejercicio de sus funciones. Cuando ambos transportistas sean responsables, su responsabilidad será solidaria.

Esto no significa, a nuestro juicio, que nazca una relación contractual entre los cargadores y el transportista efectivo, ya que el transportista contractual (su nombre ya nos lo está indicando) es el titular del contrato de transporte. A través de esta extensión de la responsabilidad (que llega al extremo de hacerla solidaria) se busca lograr un doble objetivo: por una parte, ampliar la protección de los cargadores y/o destinatarios de las mercancías, y por la otra, proteger a los transportistas materiales o efectivos de posibles acciones basadas en los principios de la responsabilidad extra-contractual, que podrían imponer unas indemnizaciones mayores que las limitadas resultantes del propio Convenio de Bruselas (“Reglas de La Haya-Visby”) o de la normativa que sea aplicable.

No es otra la solución, a nuestro juicio, cuando, existiendo esa dualidad entre quien contrata y quien transporta, se inserta en los conocimientos de embarque la cláusula de identificación del transportista (*identity of carrier clause*), cuyo propósito (inaceptable por cierto) es desplazar la responsabilidad del primero al segundo. No hay dos contratos de transporte ni hay tampoco unidad contractual alguna; quien pacta con los cargadores el transporte de las mercancías, emitiendo el conocimiento de embarque y cobrando el flete, es el transportista y consiguientemente el obligado al cumplimiento del contrato, mientras que el ejecutor material del transporte no es parte en el contrato de transporte, sino un factor instrumental del mismo.

Como en el caso de las “Reglas de Hamburgo”, aquella cláusula, cercana a las tradicionales concepciones jurídicas anglo-sajonas, tiene como función principal la de permitir a dicho transportista efectivo hacer uso de las limitaciones y exoneraciones del verdadero transportista, es decir, del transportista contractual.

Como lo hemos mencionado precedentemente, en las “Reglas de Rotterdam”, se considera al “porteador” (persona que celebra un contrato de transporte con un cargador), pero también a la “parte ejecutante” (persona distinta del porteador que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador previstas en un contrato de transporte, siempre que actúe, directa o indirectamente a instancia del porteador, o bajo su control y supervisión), y a la “parte ejecutante marítima” (parte ejecutante que lleve a cabo o se comprometa a llevar a cabo 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).

Volveremos sobre este tema más adelante, y aún cuando nos hemos apartado del tema de la sistematización de los contratos de utilización de buques, hemos creído necesario hacer esta “desviación razonable” del rumbo, por el interés que presenta y por cuanto ratifica las formas contractuales dentro de las que nos estamos moviendo.

3.5. El contrato de remolque.

Incluimos el contrato de **transporte de buques** (remolque), por razones sistemáticas, ya que la prestación del remolcador consiste en entregar el buque remolcado en destino, obligación semejante a la del transportista con relación a las mercancías.

Al margen de dicha modalidad como locación de obra, no debemos olvidar ni ignorar esa otra forma en que se nos presenta el remolque: la de locación de servicios. Es el **remolque-maniobra**, en que el remolcador colabora, aportando su fuerza motriz, con el remolcado, desde donde se imparten las órdenes pertinentes. Aquél es dependiente de éste, cuyo capitán tiene la atribución del mando y la dirección de las maniobras.

3.6. El contrato de transporte de personas o de pasaje.

Por último situado dentro de este cuadro tan amplio, nos hallamos frente

al contrato de **transporte de personas**, llamado también contrato de pasaje.

La situación de este contrato y la determinación de su naturaleza jurídica han dado lugar a muchas controversias. Nosotros nos decidimos por su incorporación al grupo de los contratos de transporte, pues indiscutiblemente la prestación esencial sigue siendo la misma, aunque sujeta a las modalidades del caso: la entrega de algo en destino, en este caso el traslado y desembarco del pasajero en el puerto convenido, sano y salvo.

Es cierto que instrumentalmente hay diferencias entre el transporte de cosas y el transporte de personas, y que en el primer caso la relación contractual se refiere a objetos de derecho y en el segundo a sujetos de derecho, pero no creemos, sin embargo, que esas diferencias sean tales como para modificar nuestro concepto de la naturaleza jurídica de este contrato. Si al pasajero se le debe alojar y alimentar y brindar ciertas comodidades previstas, ello no es sino una serie de circunstancias que no alteran el sentido final del contrato: el traslado de un punto a otro y el desembarco del pasajero en el puerto de destino. Para tener una confirmación de nuestro punto de vista, un poco ruda tal vez, bástenos pensar en el transporte de animales en pie, en particular de raza, a los que se les brinda cuidados casi semejantes a los de las personas y en muchos casos superiores a las atenciones y comodidades que en otras épocas se daba a los pasajeros².

4. Contratos híbridos.

Al margen de las figuras contractuales mencionadas, cuya relativa pureza permite su sistematización, en la práctica del negocio marítimo se observa la existencia de otros contratos, sobretodo de fletamento, que se hallan en la frontera de los fletamentos por tiempo y los fletamentos por viaje, lo que hace difícil (y hasta arriesgado), su correcta calificación jurídica.

Podemos citar el **contrato de fletamento por viajes consecutivos**, en el que el fletante se obliga a llevar a cabo una serie de viajes para el transporte de las mercancías (generalmente definidas en el contrato) que le presente el fletador. El acuerdo puede cubrir un número determinado de viajes o tantos viajes como pueda realizar el buque dentro del período de tiempo convenido.

² En el transporte de cosas, el transportista asume la obligación de cuidar y de custodiar los objetos, y en el de personas asume una obligación de protección, conservando el pasajero una cierta libertad de movimiento dentro del buque.

Semejante al anterior es el **contrato de volumen** (*quantity agreement* o *tonnage agreement*), del que tratan las “Reglas de Rotterdam”, que lo definen como “*todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido*” (art. 1.2). Es una especie de contrato de transporte de carga en viajes consecutivos.

También podemos mencionar el **contrato de fletamento por viaje redondo** (*round voyage charter*), que en el fondo no es más que un contrato de transporte con fletamento por viaje de ida y vuelta, forma que asume una submodalidad denominada *trip charter*, según la cual se acuerda el fletamento de un buque determinado para realizar un viaje, también determinado, pero en base al tiempo de duración del viaje, empleándose los formularios usuales de los contratos de fletamento por tiempo, con las necesarias modificaciones.

Otro de los contratos atípicos es el llamado *tonnage agreement*, según el cual, un armador asume la obligación de transportar en uno o más buques una cantidad significativa de mercancías durante un período determinado de tiempo.

5. Los contratos de utilización de buques en la Ley de Navegación Marítima.

El Título IV de la LNM está dedicado a los contratos de utilización de buques, que quedan estructurados en cuatro formas: arrendamiento de buque, fletamento, pasaje, remolque y arrendamiento náutico. En la Memoria original se señalaba que siguiendo “*la opinión más generalizada de nuestra moderna doctrina, favorable al tratamiento legal unificado de estos diversos contratos cuyo nexa de unión, pese a su diversa naturaleza jurídica, es el de servir en todo caso de cauce para la explotación del buque*”, han quedado recogidos bajo la rúbrica general de “*Contratos de utilización del buque*”.

En la Memoria de Impacto Normativo, de 22 de noviembre de 2013, se mantiene ese criterio estructural, dando un tratamiento unificado a esos “*diversos contratos cuyo nexa de unión, pese a su diversa naturaleza jurídica, es el de servir en todo caso de cauce para la explotación del buque*” (pág. 54), y en la Exposición de Motivos, de igual fecha, de señala que “*las soluciones recogidas en el texto no se separan de la práctica usual, por lo que el fletamento se configura como contrato de transporte*”, añadiendo más adelante que “*el tipo contractual unificado que contempla la ley se compagina con*

la previsión de especialidades cuando son necesarias, como sucede con los fletamentos por viaje, el fletamento por tiempo y el traslado de mercancías bajo conocimiento”, concepto éste que no compartimos, ya que ello no responde a la realidad de la práctica marítima, razón por lo cual entendemos que esta normativa debería ser modificada, tarde o temprano.

En la LNM, la regulación de los contratos de utilización de buques se refiere al contrato de arrendamiento de buque (art. 188),³ al contrato de fletamento (art. 203)⁴, al contrato de pasaje (art. 287), “*Por el contrato de pasaje marítimo el porteador se obliga, a cambio del pago de un precio, a transportar por mar a una personas y, en su caso, su equipaje*”) al contrato de remolque (art.301)⁵, y al contrato de arrendamiento náutico (art. 307)⁶. El contrato de arrendamiento de buque queda, en la LNM, incluido en el cuadro más dinámico de “utilización” que, como ya lo hemos expuesto precedentemente, no debería, a nuestro juicio, entrar en esa categoría, ya que se trata de un arrendamiento de cosa, carente de la naturaleza propia de la dinámica de la navegación. Como en todo arrendamiento de cosa, el fin último perseguido en este contrato, es simplemente, el goce o uso de la cosa (buque) por un tiempo determinado, es decir, “*la facultad de percibir y de aplicar a fines propios las utilidades que de la cosa se deriven, según su naturaleza*”⁷. Por otra parte, el legislador, alejándose de la realidad contractual y del negocio marítimo, ha dado un tratamiento unitario a fletamentos y transportes, salvo a los contratos de pasaje, de remolque y de arrendamiento náutico, que ha regulado de forma independiente.

3 “*Por el contrato de arrendamiento de buque el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características*”.

4 “*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*”.

5 “*Por el contrato de remolque el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o artefacto naval, o bien a prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado o, en su caso, el acompañamiento o puesta a disposición del buque*”.

6 “*Por el contrato de arrendamiento náutico el arrendador cede o pone a disposición del arrendatario, a cambio de precio, un buque o embarcación por un período de tiempo y con finalidad exclusivamente deportiva*”.

7 José María Manresa y Navarro, “*Comentarios al Código Civil Español*”, Ed. Reus, Madrid, 1931, Tomo X, pág. 392.

En el artículo 203, por ejemplo, se incurre en un grave error conceptual, al establecer que el contrato de transporte marítimo de mercancías es también denominado fletamento, e igualmente, cuando el artículo 205 se refiere al “*fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque*”.

El camino elegido por el legislador no responde a la realidad en cuanto ha olvidado, o descartado, que el Derecho de la Navegación Marítima es fruto de la realidad de la navegación y del comercio, y la normativa debe responder a ella, ajustándose a la práctica y a la tradición marítimo-comercial, así como a las transformaciones de ésta por obra de las nuevas tecnologías por un lado, y la evolución del comercio marítimo por el otro.

En su viejo libro de Derecho Marítimo, el Profesor Antonio Brunetti escribe que “*en favor de la parificación entre el fletamento y el transporte marítimo ha sido afirmado que es de notar, en el primero, el destino del vehículo como elemento fundamental y la actividad ejecutiva y organizadora del empresario, respecto a la cual el empleo de la nave y la custodia de las cosas, no son sino elementos accesorios, indispensables si se quiere, pero solamente pertinentes a su actuación*”. Contrariamente, el contrato de transporte “*tiene por función esencial la recogida de las mercancías a destino (prestación a distancia) sin que el medio (nave) y los servicios de la tripulación entren en el coeficiente típico de la causa*”. Añade Brunetti que “*mirando el contrato en su realización, mientras la responsabilidad del transportista se mide en relación al defecto del resultado, la del fletador se refiere a la idoneidad, insuficiencia y permanencia de los medios facilitados y a su influencia en la prestación conjunta*”⁸.

Consecuentemente, sostenemos la necesidad de modificar el Título IV de la LNM en un futuro próximo, sistematizando y regulando apropiadamente todos los contratos de utilización de buques.

A pesar de haber ratificado España las llamadas “Reglas de Rotterdam”, que no están aún en vigor, la LNM, “*en materia de responsabilidad del porteador por los daños y averías de las mercancías transportadas*”, se ha volcado por el régimen de las Reglas de La Haya-Visby, vigentes en nuestro país (art. 277.2). Es verdad, sin embargo, que a la fecha de vigencia de la LNM, la entrada en vigor de aquellas Reglas -que han generado tanta resistencia como apoyo- es incierta, de ahí que en la Disposición final primera se exprese, que

8 “Derecho Marítimo Privado”, Tomo III, págs. 31, 32 y 33, Venecia, 1935 (Versión española del Prof. R. Gay de Montellá, Bosch, Barcelona 1950, Tomo III, págs. 31, 32 y 33).

en el caso de que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías, Total o Parcialmente Marítimo de 2009 entre en vigor, “*el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para introducir las modificaciones necesarias en*“ la LNM.

EL CONTRATO DE FLETAMENTO POR TIEMPO

José María Alcántara González
Árbitro y Consultor Marítimo

Resumen: el fletamento por tiempo o *time charter* es uno de los mejores ejemplos con los que contamos en la disciplina jurídica de cómo la práctica puede llegar a dar forma a determinados acuerdos *sui generis*, muy condicionados por las necesidades sentidas en el mercado y, por tanto, difíciles de encajar en las categorías preexistentes en la ley. El contrato de *time charter* nació en el contexto del *common law*, y su adaptación a los parámetros conceptuales del Derecho civil ha sido difícil. Entre la doctrina española ha sido tradicionalmente asimilado, sin perjuicio de sus especiales rasgos, al contrato de transporte de mercancías por mar o, alternativamente y de forma más minoritaria, al contrato de arrendamiento de buque. La Ley de Navegación Marítima ha venido a tipificar este contrato por primera vez en nuestra legislación, dotándolo de un marco normativo de carácter dispositivo bajo su conceptualización como contrato de transporte. Sin embargo, y como tratamos de explicar en este capítulo, ni una ni otra opción resultan plenamente satisfactorias, a la vista de los rasgos típicos que la práctica y los formularios de uso más frecuente dibujan para este contrato.

Palabras clave: contratos de utilización del buque, fletamento por tiempo, arrendamiento de buque, cláusula de empleo.

Abstract: the time charter contract provides an excellent example of how practice can shape certain *sui generis* agreements, significantly conditioned by the needs disclosed by the market and, consequently, with a difficult categorization under the notions of pre-existing law. The time charter was born in the context of the common law, and since then its adjustment to the civil law parameters has proved to be challenging. In Spanish legal literature this contract has traditionally been identified, without prejudice to its particular features, as a contract for the carriage of goods by sea. Alternatively, some authors have occasionally classified the time charter contract as a lease of the vessel. The Spanish Maritime Navigation Act has finally, and for the first time in Spanish legal history, addressed this contract, laying down a purportedly complete non-mandatory legal regime, under the assumption that it is a contract for the carriage of goods. As we will try to explain in this chapter, however, in our view neither option is sufficiently satisfactory in light of the particular features that the time charter contract shows as a result of practice and the contractual forms most widely used.

Keywords: contracts for the use of the vessel, time charter, bareboat charter, employment clause

I. INTRODUCCIÓN Y ADVERTENCIA PREVIA.

Estamos ante una modalidad de contrato marítimo, referido a la explotación de buque, que no es de origen español sino inglés y que no surge en el seno del Derecho Civil sino del Derecho Anglosajón o “Common Law”. Esa perspectiva de paternidad no puede perderse a fin de entender la naturaleza y función mercantil del contrato. Los intentos de los civilistas por trasponer esta modalidad de contrato anglosajón a los ordenamientos mercantiles vigentes en países de la familia descendente del Derecho Romano y del Derecho Napoleónico han sido numerosos. Así también las escuelas doctrinales que lo han recalificado como arrendamiento de buque o como transporte marítimo de mercaderías. Esas escuelas académicas se gobiernan por el criterio de la “opinión mayoritaria” dando lugar a un debate doctrinal de extraordinario interés, no exento de sana polémica, en torno a una figura que vive activamente en el mercado con toda normalidad y cuya vestimenta son exclusivamente los formularios o Pólizas de fletamento y la jurisprudencia británica (y la escasa norteamericana por razón del uso del Arbitraje en EE.UU.) que los desarrolla. En apenas muy rara ocasión se aplicó una ley no anglosajona a esa modalidad de contrato y, desde luego, nunca fue interpretada una línea o un párrafo del mismo conforme a una ley de corte civilista en el ámbito de los litigios internacionales, quedando para los foros domésticos una frustrante tarea de “localización” y trasplante a un modelo contractual ajeno de pies a cabeza. Por ello, la equivalencia terminológica de “fletamento por tiempo” o “fletamento a tiempo”, y todo cuanto acontece en relación con el contrato, es una traducción del inglés y prefiero llamarle *Time Charter* en el presente trabajo.

Los problemas de exégesis y comprensión a lo largo y ancho de las estipulaciones extraídas de los formularios usados en el mercado serán muchos y frecuentes, por lo que entiendo imposible y de poca utilidad toda desviación, a efectos interpretativos y de aplicación, de la práctica del mercado internacional y de la jurisprudencia inglesa. El *Time Charter* es un contrato anglosajón y todos los intentos y aproximaciones para importarlo obedecen a propósitos y evoluciones muy meritorias pero de escaso sentido práctico ya que los comerciantes que lo usan se someten expresamente a la ley y la jurisdicción inglesas, o de países anglosajones (Estados Unidos, Australia, Canadá, Singapur, India o Sudáfrica).

El presente trabajo intentará explicar la razón práctica de evitar una categorización del *Time Charter* en Derecho español, a pesar de sus esfuerzos de reconversión, traducción y adaptación a nuestro ordenamiento.

II. EL FLETAMENTO POR TIEMPO EN EL MARCO DE LOS CONTRATOS DE EXPLOTACIÓN DE BUQUES.

La utilización de un buque con miras a la obtención de un beneficio económico directo se puede llevar a cabo bajo la forma de diversos contratos, cuya sistematización y diferenciación se logra fundamentalmente mediante la determinación de la prestación final convenida en ellos¹. El concepto de “utilización” (o de “explotación”) viene íntimamente ligado al de una persona que detenta la posesión del buque, el Armador, quien por una u otra causa dispone del buque y lo pone a disposición de terceros mediante las modalidades que conocemos como “fletamento por tiempo”, “fletamento por viaje” y “transporte de mercancías por mar bajo Conocimiento de embarque (línea regular)”. No importa quien tenga el ejercicio de la navegación: el Armador, sea o no naviero propietario o quien sin ejercitar la navegación como actividad principal aprovecha esa actividad como medio para obtener un lucro económico.

Así por virtud del “contrato de arrendamiento de buque” el naviero propietario cede la posesión y uso pleno del buque a otro en condiciones de “casco limpio o desarmado”, produciéndose un traslado de las gestiones náutica y comercial del buque al arrendatario, quien podrá entonces armarlo y equiparlo para fines de ejercicio de la navegación o podrá, a su vez, compartir ese ejercicio con un tercero. Cuando la parte que tiene la posesión y disponibilidad del buque lo cede, ya armado y equipado, para su explotación comercial por un tercero nos encontraremos con el “fletamento”. Si lo hace por un período acordado de tiempo, tenemos el *Time Charter*; si es por un viaje único convenido, tenemos el “fletamento por viaje” o “*Voyage Charter*”, y si los viajes son varios y seguidos tendremos el “fletamento por viajes consecutivos”. En el *Time Charter* el naviero pone a disposición del Fletador, por un tiempo determinado y por precio proporcional a este tiempo, un buque completamente armado y equipado. La finalidad contractual es la de explotar comercialmente el buque durante un cierto período de tiempo; a cambio el Fletador paga un precio o remuneración, llamado flete por tiempo o *HIRE*, y ese pago se hace en plazos regulares y normalmente por adelantado mensual o quincenalmente. Supone la cesión de la gestión comercial del buque al Fletador conservando el Fletante el control y gestión náutica del mismo, manteniendo

1 GONZALEZ LEBRERO: “*Contratos de utilización de buque*”, TAPIA, Publicación para el mundo del Derecho, Marzo-Abril 1992, pág. 55.

al Capitán y dotación como dependientes suyos, por lo que “comparten” la explotación del buque.

Es característica del contrato la división o reparto de gastos y riesgos entre las dos partes: el Fletante-naviero corre con los costes fijos (amortización de la hipoteca, seguros, salarios de la dotación y los derivados del mantenimiento náutico del buque) mientras que el Fletador toma a su cargo los costes variables (tarifas portuarias, servicios portuarios, agentes marítimos, combustible, carga y descarga de las mercancías, estibas, medios de tierra, terminales o tinglados, etc.) así como los riesgos de la explotación comercial del buque.

El contrato se utiliza abundantemente en la práctica del mercado; tanto por navieros con líneas regulares fijas de tráfico como por Fletadores que, a su vez, explotan el buque en viajes concretos y determinados durante el periodo de tiempo que han contratado obteniendo un beneficio diferencial entre el importe del fletamento por tiempo que han de pagar y los fletes por cada viaje o por cargas parciales que pueden ganar. Al mismo tiempo, el contrato es utilizado por grandes compañías exportadoras/importadoras que desean tener garantizado un servicio de transporte a largo plazo sin las oscilaciones de coste que supondría fletar un buque para cada operación de carga a merced de las variaciones del mercado de fletes².

III. LAS PÓLIZAS DE TIME CHARTER.

Las condiciones o estipulaciones que las partes introducen en sus contratos han sido objeto de homologación por medio de contratos-tipo y formularios estándar redactados por entidades corporativas del mercado desde principios del siglo XX. Particularmente, la BIMCO y FONASBA (ASBA). Esos formularios (“long forms”) son conocidos como Pólizas de Fletamento por tiempo o “Time Charterparty forms”. Los modelos existentes datan desde 1909 cuando la “Cámara Marítima Internacional y del Báltico” (la BIMCO) aprobó la primera Póliza *BALTIME 1909*, modificada después en 1911, 1920, 1939, 1950 y 1974. La *BALTIME 39* ha sido, con mucho, el formulario-tipo de Time Charter más usado en el mercado, impulsado por el sector naviero y de clara tendencia pro-Armadora en el tenor de sus cláusulas, no en vano fue un producto típico de la BIMCO.

Frente a la *BALTIME 39*, a partir de 1913 los intereses Cargadores opusieron a las condiciones *BALTIME* una Póliza, también para carga seca, llamada

2 PACKARD, W.: “*Time Chartering*”, Londres 1980, pág. 11.

New York Produce Exchange (NYPE) 1913, modificada en 1921, 1931, 1946, 1981, 1993 y recientemente en 2015. La edición de 1946, competidora frontal de la *BALTIME 39*, fue considerada la versión más utilizada en el mercado de carga seca en los Estados Unidos con 25 cláusulas matrices que, como es habitual en la negociación a través de los brokers, suelen ir completadas por un buen número de cláusulas particulares (“riders”). Las dos Pólizas-tipo más comunes en el mercado de Time Charter han sido desde comienzos del siglo XX la *BALTIME 39* y la *NYPE 46*. Otros modelos para Líneas Regulares fueron la *Linertime 1968*, revisada en 1974 junto con la *BALTIME*; y para cargas líquidas, la *Asbatime (Asbatank Time)* y la *STB Time*.

En el curso de un siglo largo, hasta la *NYPE 2015*, el mercado internacional ha vivido un tipo de fletamento por tiempo de carácter monopolista, en apariencia, radicado en la competencia entre dos únicos modelos contractuales, que convivieron perfectamente gracias a que sus condiciones estándar eran mínimas, y fueron consolidadas por cinco reglas interpretativas de tipo uniforme aportadas por la FONASBA en el 2.000 (“Time Charter Interpretation Code 2000”), y sobre todo por virtud de que las diferencias, y la auténtica competencia, se introducían en los “riders” para cada negocio específico. La importancia diferenciadora de los “riders” fue y es absoluta, de modo que poco puede saberse de fletamento por tiempo acudiendo únicamente al estudio de los formularios-tipo impresos (long forms). La complejidad de los contratos aumentó mucho con los “riders” y dentro de un régimen anglosajón de “freedom of contract” se hizo notar una fundada confusión sobre el espectro negocial del Time Charter en cuanto contrato muy popularizado pero gobernado por estipulaciones muy variables.

Naturalmente que tales estipulaciones constituyen la “ley de las partes contratantes”, y de ahí que se hiciera sentir la necesidad de una regulación internacional del Time Charter revisando el campo comercial creado por los modelos *BALTIME* y *NYPE* en la mayor parte del pasado siglo. Y que tal tratamiento fuese uniforme.

La iniciativa revisora de la comisión de transporte marítimo de la UNCTAD, reavivada con cierta fuerza en 1990, no fue plenamente original. El Comité Marítimo Internacional (CMI), ya había estudiado en su seno la perspectiva de una simplificación de términos mediante un código internacional de fletamento en sus conferencias números XI en Copenhague 1913 y en la XV de Génova 1925. Después de un largo periodo, en 1976 el CMI resolvió averiguar si sería posible superar problemas de interpretación en las Pólizas de fleta-

mento redactando definiciones de los términos más usuales. El CMI aspiraba a contar con definiciones sobre todos los aspectos de las Pólizas, pero decidió estudiar primero el tiempo de plancha, bajo Fletamento-Viaje, creando un grupo de trabajo con el apoyo de la BIMCO y el Consejo General de la Cámara de Navegación Británica. En Diciembre 1980 y conjuntamente con la BIMCO, la FONASBA y el Consejo General de la Cámara de Navegación Británica publicó las que se llamaron “Laytime Definitions”, cuyo objeto y finalidad era permitir su incorporación contractual a las Pólizas de fletamento. Sin embargo estas definiciones de tiempo de plancha no han sido apenas utilizadas y las mismas organizaciones interesadas en la publicación y revisión de Pólizas- tipo no incluyeron dichas definiciones en sus modelos recomendados. La UNCTAD, por otra parte, adoptó un enfoque más completo y directo sobre reglamentación internacional del transporte marítimo con extensión al estudio del tema de las Pólizas de fletamento. En su cuarto periodo de sesiones en 1975 el grupo de trabajo de la UNCTAD examinó este tema y pidió a la Secretaria de la UNCTAD la preparación de ciertos trabajos sobre Pólizas de fletamento por tiempo y por viaje y un examen de las cláusulas contenidas en dichas Pólizas con el fin de determinar su impacto sobre las partes contratantes y terceros. En combinación con estos estudios, en el séptimo periodo de sesiones se pidió a la Secretaria de la UNCTAD la aportación de datos para que el Grupo de Trabajo pudiera pronunciarse sobre si había: A) cláusulas que se prestasen a normalización y armonización o a mejoramiento con vistas a lograr un equilibrio equitativo de los derechos y obligaciones de las partes; B) aspectos de las Pólizas de fletamento que se prestasen a la adopción de medidas legislativas de ámbito internacional; C) posibilidades de formular definiciones convenidas de los términos básicos utilizados en las Pólizas de fletamento.

Sin embargo, el examen del tema en UNCTAD cedió ante el estudio de los Seguros Marítimos y de los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, suspendiéndose la encuesta sobre fletamento durante quince años hasta Octubre de 1990, y con base al conocido y magnifico informe de la Secretaria de UNCTAD relativo a un análisis comparado de las Pólizas de Fletamento, de 27 de Junio de 1990.

Estos antecedentes de labor revisora internacional, que desde luego condujeron a trabajos legislativos sobre la materia realizados en diferentes países (particularmente en Italia, Argentina y Francia), revelan una tendencia evolutiva de la sociedad marítima mundial a partir de la segunda mitad del

siglo XX hacia el replanteamiento de viejas estructuras de los orígenes. Efectivamente estamos ante una materia de fuerte anquilosamiento en torno a modelos ya caducos que fueron confeccionados por la técnica anglosajona dominante. En 1900 la flota mercante mundial acumulaba 26 millones de toneladas brutas y de ellas 13,5 millones era tonelaje registrado en el Imperio Británico siguiéndole los EE.UU. con 2,3 millones, es decir, que a comienzos de siglo y por los años que siguieron hasta la Gran Guerra la mitad del tonelaje mundial navegaba bajo bandera británica, y solo una leve competencia se apuntaba por parte de las flotas estadounidense, noruega y francesa. Algunos modelos de Póliza cumplieron ya los 50 años, y las revisiones periódicas no fueron suficientes. Se siguen utilizando por los medios de contratación muchos formularios anticuados y anacrónicos. Redactados de forma ambigua y oscura. Era así frecuente encontrar, sobre todo en algunas viejas Pólizas de carga seca, una larga lista de estipulaciones mecanografiadas que pretenden anular o modificar aquellas otras contenidas en la Póliza uniforme.

La BIMCO ha ejercido una destacada función orientativa con modelos normalizados aprobando para su uso cerca de 60 Pólizas, la mayoría de las cuales son de fletamento por viaje y se refieren a diferentes transportes de mercancías. Es cierto que se ha intentado conceder una mayor atención a la redacción de las disposiciones contractuales, aun cuando los contratantes no suelen ocuparse de los textos en sus negociaciones. Sin embargo, el uso todavía de impresos anacrónicos que, además, no son lo suficientemente generales para las necesidades actuales, ha llevado a la producción de, en ocasiones, más de 50 cláusulas adicionales mecanografiadas (“riders”) al modelo impreso, suprimiéndose o modificándose también muchas veces al cláusulas impresas, consiguiéndose dar paso a contradicciones entre cláusulas impresas y adicionales e incluso entre las propias cláusulas adicionales. El resultado fue de confusión e incertidumbre.

Necesita el negocio de fletamento muchas veces acudir a la exégesis interpretativa, y esta tarea ha correspondido de forma muy dominante a la jurisprudencia británica. Si en un primer momento en el marco de referencia de los formularios reside en el Derecho anglosajón, en un segundo momento los Tribunales ingleses han ido interpretando las cláusulas y pactos contenidos en los formularios concretos, creando una doctrina y originando una opinión autorizada, con influencia, más allá de sus fronteras, que ha hecho que en el tráfico aparezcan nuevas cláusulas, pactos o formularios para confirmar dicha interpretación judicial. Esta imbricación de la jurisprudencia

del *case law* y la práctica comercial la convierte en fuente imprescindible de conocimiento de la realidad jurídica del tráfico marítimo y del negocio Fletador en particular. La función creativa sobre los contratos de fletamento sigue siendo principalmente desempeñada por los Tribunales y los Árbitros ingleses aunque hay que aceptar una creciente jurisprudencia de cuño estadounidense, que mantiene sensibles diferencias con la anterior en algunas materias de fletamento. Sin embargo, y a pesar de la numerosa casuística y de la rigurosidad del trabajo de la judicatura británica, la jurisprudencia anglosajona no ha sido capaz de adaptarse a las realidades del tráfico marítimo y en muchas ocasiones se aferra a la doctrina del “precedente” en lugar de resolver con criterios prácticos aplicando el derecho a la realidad socioeconómica de cada momento. En tal servidumbre jurídica incidía el cambio armonizador que propuso la Secretaría de la UNCTAD, en cuanto respondía a la preocupación de la comunidad marítima internacional por estudiar un nuevo orden jurídico para el contrato de fletamento que hubiese sido más claro y más equilibrado para todos.

IV. La NYPE2015.

Es la última novedad en formularios-tipo de Time Charter. El 3 de Junio 2015 la BIMCO publicó la que era la sexta revisión del popular modelo de contrato para Fletamento por tiempo llamado “New York Produce Exchange Form” (NYPE). Lanzada por primera vez el 6 Noviembre 2016, su más conocida revisión del 3 Octubre 1946 constituyó la réplica del mercado Fletador al formulario BALTIME1939, de BIMCO, muy pro-Armador, revelándose ambas en abierta oposición y dando lugar a una notable dicotomía en sus respectivos usos para cargas secas con un ascenso progresivo de rechazo de la BALTIME39 para cargamentos completos de mineral, madera, piensos, fruta y otras mercancías transportadas a granel y gestionadas por Fletadores de primera línea.

La última versión de la NYPE2015 parte de un trabajo conjunto de la ASBA, BIMCO y SMF (Singapore Maritime Foundation), con la importante novedad de que se trata de un modelo aprobado por la BIMCO y, por tanto, aceptable para los intereses de Armadores.

El formulario es muy moderno, tiene 26 páginas, 57 cláusulas impresas y hasta 1136 líneas, más 3 páginas para “descripción del buque” como Apéndice. Las exigencias de actualización dan lugar a textos muy extensos, que

en la negociación del cierre de un fletamento suelen dar lugar a entrada de los “riders” (cláusulas adicionales) y es una de las prácticas del mercado que con los grandes textos se pretende corregir. La BIMCO nos ofreció hace diez años uno de esos modelos mastodónticos, con la “Newbuildcon” para nuevas construcciones, que tuvo muy poco éxito. La NYPE2015 sigue un orden sistemático clásico, semejante a la NYPE46, e introduce notables capítulos de actualidad que la tecnología y la regulación internacional exigen. Entre ellos destacaremos los siguientes:

- Una muy detallada Cláusula de BUNKERS (Cl. 9), que contempla precios, calidades, responsabilidad por daños, cálculos, etc. de gran importancia para los intereses de Fletador.
- Una condición que contempla la PÉRDIDA TOTAL del buque (Cl. 20).
- La cláusula-tipo de BIMCO para ENSUCIAMIENTO DEL CASCO (para fletamento por tiempo. Cl. 30).
- Una entrada a los Conocimientos de embarque electrónicos (Cláusula-tipo de BIMCO, Cl. 32).
- Una detallada regulación contractual de la responsabilidad del Fletador por DAÑOS DE ESTIBADORES AL CASCO (Cl. 37).
- Un excelente y amplio tratamiento del derecho de Fletador a SLOW STEAMING (poca máquina) (Cl. 38).
- Incorporación de aspectos relativos a los Códigos ISM e ISPS (Cls.44 y 45).
- Regulación de las SANCIONES Y PROHIBICIONES INTERNACIONALES PARA TRAFICOS (Cl.46).
- Precepto para reglamentos sobre AGUAS DE LASTRE y Convenio BWM2014 (Cl. 51).
- Una importante opción triple para ARBITRAJE y LEY APLICABLE, contemplando Londres, New York y Singapore (Cl. 54), que conforma un triunfo para la SMF y merecerá un análisis pormenorizado en nuestro próximo número.
- La incorporación de otras cláusulas-tipo de BIMCO, recomendadas para los tráficos, lo que supone una notable modernización en materias como “Declaración anticipada de carga en puertos de la UE” (Cl. 50), y su equivalente para USA y Canadá (Cl. 48), “designación de entidades, buques y flotas proscritas” por las NN.UU., USA y la UE (Cl. 47), “Piratería”, de la cláusula de BIMCO para Fletamento por tiempo de 2013 (Cl. 39) y la Cláusula de Riesgos de Guerra tipo Conwartime2013 (Cl. 34).

El formulario de 2015 tiene particular interés en relación con asuntos capitales como el período de fletamento, Off-hire, y el pago del flete por tiempo. El período de fletamento (Charter period) cambia respecto de la Cl. 1 de la NYPE93. En la nueva versión se incluye la capacidad de las partes para optar por un período de tiempo (expresando meses o años), o por un viaje (indicando el viaje previsto) flexibilizando el texto a fin de que sirva de base contractual también para la modalidad híbrida de fletamento llamada Trip Charter.

En cuanto a Off-hire (nueva Cl. 17) la novedad está en que se incluyen entre los supuestos de detención del buque sin dar lugar a Off-hire todos los que son debidos a responsabilidad del subFletador, en lo que se ve la mano de BIMCO. También, un nuevo apartado se provee para el caso de que el combustible es aportado por el Fletante, no por el Fletador que pagará lo que ha consumido, ya que las cantidades de combustible utilizadas por el Fletante durante los períodos Off-hire no habrán de ser pagadas al final por el Fletador.

Para el Payment of Hire (Cl. 11) la nueva versión detalla pormenorizadamente, en seis apartados, todos los extremos que dieron lugar a dudas y problemas en detrimento de los intereses del Fletante desde la NYPE46 (cuenta bancaria, moneda pactada, 15 días de adelanto, periodo de gracia, aviso al Fletador de la falta de pago, concesión de un nuevo plazo de 3 días para pago, y 3 días más para ejercicio del derecho de retirada del buque por el Fletante, pago coincidente con la fecha de reentrega del buque y pago en 5 días del saldo final de flete o de bunkers a cargo de Fletador o de Fletante tras la re-entrega).

La NYPE2015 tenía un éxito garantizado al haber logrado poner de acuerdo a la BIMCO (cámara de Armadores) y a la ASBA (que agrupa a los brokers y agentes de los Fletadores). Efectivamente, era un sentir general desde la edición de 1993 que la industria marítima necesitaba un contrato de Time Charter para cargas secas moderno, completo, inequívoco y equilibrado que conllevara una actualización de 25 años de una práctica comercial, en la que prácticamente la BALTIME (última versión 1974) había desaparecido. Se buscó, también incorporar muchas de las materias adicionales suscitadas por los “riders”, cuyo origen normalmente está en la voluntad del usuario Fletador. Por ello, por vez primera, tuvo el mayor interés reunir a Armadores y Fletadores para lograr una nueva NYPE en la que los intereses de unos y otros tuviesen acogida conjunta.

V. SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TIME CHARTER.

Me parece oportuno advertir que la tesis del fletamento por tiempo como transporte posee méritos de solidez conceptual y fundamentación histórica suficientes. Más aún, descansa en una fidelidad a la normativa española más vetusta y tradicional, como reconoce RUIZ SOROA³, que se estima formalmente vigente aún y que se ha incorporado en 2014 a la nueva Ley de Navegación Marítima.

Sin embargo, esa misma legitimidad histórica se antoja pacífica y de poca ayuda para solventar la cesión de la gestión comercial del buque con fines especulativos no siempre correlativos con una disponibilidad de cargamentos para transporte. No dudamos que nuestro centenario Código de Comercio al igual que el de 1829 y las mismas Ordenanzas de Bilbao de 1737 regulasen el contrato de fletamento como transporte. En aquellos siglos y épocas todo se negociaba y se organizaba en los puertos, en donde concurrían los propietarios de los buques y sus Capitanes (con frecuencia coincidentes) y los interesados en las mercaderías que eran exportadas o importadas. Las expediciones marítimas así gestionadas eran viajes de uno o más buques. Así fue desde aquel mismo modelo de contrato de fletamento contenido en el siglo XIII en la PARTIDA III, Título XVIII, Ley LXXVII, que era configurado como un contrato de arrendamiento de obra en el que las prestaciones se concretaban en la realización de un transporte de mercancías por vía marítima a cambio de flete, como señala RAMON FERNANDEZ-GUERRA⁴, así como HEVIA BOLAÑOS y otros muchos. Tal modelo es el recogido por el Código de Comercio español de 1885 en sus Arts. 652 y 658, en donde las referencias a unidades de tiempo marcan exclusivamente el cálculo del flete a pagar, pero no constituyen una característica esencial definitoria de la naturaleza jurídica del contrato. Efectivamente, el Art. 652 señala en su aptdo. 8º que en la Póliza de fletamento se consignará el flete que se haya de pagar determinado por “un tanto al mes”, entre otras modalidades de cálculo. Pero este factor tiempo estaba ligado, sin fisuras, a las mercancías que habían de cargarse en el buque consignándolas en la Póliza de fletamento (aptdo. 7º).

3 RUIZ SOROA: “*Manual de Derecho de Transporte Marítimo*”, Escuela de Administración Marítima, Bilbao, Ed. 1986, pág. 67.

4 FERNANDEZ-GUERRA, R: “*Notas sobre las modalidades de fletamento en el Derecho histórico español de la baja Edad Media*”, Anuario de Derecho Marítimo, Vol. VII, pág. 372.

Más adelante, el Art. 658 contiene una previsión de fletamento por unidades de tiempo en sus apartados 1º y 2º. No es difícil observar que estas menciones del Código de Comercio aluden a fletes tarifados según la duración del viaje o de los viajes del buque y que tal tipo de flete incluía el tanto de estadía de carga y de descarga, pero no el de sobreestadías, como indica GAY DE MONTELLA⁵. Así, los viajes se medían, también, por su duración estimada con el fin de calcular el tanto de flete a pagar (en forma no muy distinta de las modernas figuras de viajes redondos y de viajes consecutivos, que esconden utilizaciones temporales del buque aunque con abono de tiempos extraordinarios de uso o sobreestadías); pero nos parece que las figuras históricas de fletamento-transporte, con pago del flete según duración del viaje, no contemplaron ni conocieron lo que más tarde se desarrolló en el mercado marítimo del primer cuarto del siglo XX con el nombre de “Time Charter”. El Código, en la realidad socio-económica de su tiempo no reguló otra figura contractual que la del fletamento por viaje o viajes, y no puede hablarse de una unidad conceptual histórica en torno al fletamento radicada en el transporte de cosas porque, sencillamente, el contrato de “fletamento por tiempo” que hoy conocemos no existía en aquel entonces y el mercado marítimo lo creó más tarde, bajo inspiración y marca anglosajonas, con señalables diferencias del fletamento-viaje. No comparto la opinión de aquéllos que, como URÍA⁶ y SANCHEZ CALERO⁷, reconocen al fletamento por tiempo que llamamos “Time Charter” en el viejo Código de Comercio, sino que me uno a BROSETA en su afirmación de que el contrato de fletamento por tiempo carece de toda regulación en el Código de Comercio⁸.

Sucedía en épocas pretéritas que la práctica habitual contemplaba viajes de buques preparados por navieros coyunturales (empresas-viaje) con apenas ninguna organización de tierra; se armaban expediciones marítimas entre puertos distantes a través de fletamentos para tales viajes de transporte de mercancías. En los orígenes de las materias jurídico-marítimas estaba la navegación por razón de lejanía y riesgos, es decir, no especulativa. El riesgo especulativo de utilización de buques en el juego de la economía de mercado

5 GAY DE MONTELLA, R.: “Código de Comercio español comentado”, Ed. Bosch, Barcelona, 1936, pág. 390.

6 URÍA, R.: “Derecho Mercantil”, Madrid 1958, pág. 930

7 SANCHEZ-CALERO, F.: “Instituciones de Derecho Mercantil”, Madrid 1985, pág. 582.

8 BROSETA, M.: “Manual de Derecho Mercantil”, Madrid 1978, pág. 757.

no interesaba al Derecho Marítimo sino el peligro físico del mar, como apreciaba GIRON TENA⁹.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX se configura la empresa naviera con una organización de tierra permanente y domiciliada, y más tarde en el siglo XX aparece la empresa comercial contratante de cargamentos diferenciada del Fletador-propietario de la mercancía y que, adquiriendo un interés en el flete con fines exclusivos y no en la carga, desarrolla un mercado de fletamento con fines progresivamente especulativos. Se comprende, así, que el “Time Charter” no estuviese regulado en las legislaciones del siglo pasado y épocas anteriores y que, como GONDRA manifiesta¹⁰, se trata de una típica creación del mercado anglosajón, situada por él a mediados del siglo pasado, pero en su configuración moderna de empleo del buque sin traslación de la posesión (“not by demise”) más bien revelada a partir de las primeras Póliza NYPE de 1913 ó la BALTIME de 1909.

Aspecto esencial del debate sería el del verdadero objeto de la prestación del Armador-Fletante. La corriente “transportista”, huyendo de las figuras de los contratos especiales, sitúa tal objeto en la función del transporte de cosas y personas con una obligación de resultado (“locatio operis”), integrando al fletamento por viaje y al fletamento por tiempo dentro de una misma categoría conceptual de contrato de fletamento-transporte. Ciertamente, los defensores de esta tesis (entre nosotros, GONDRA y RUIZ SOROA sobre todo) parecen estar convencidos más allá de toda duda de que el objeto de la prestación del buque en el fletamento por tiempo es el transporte marítimo. La construcción académica unitaria en torno al transporte es atractiva, pero es-timo que no por ello responde exactamente a la realidad negocial: el Fletador por tiempo utilizará el buque para realizar viajes con carga, pero no siempre será así (ni mucho menos) ni tampoco la finalidad de transporte define ni condiciona su interés económico al contratar un buque a tiempo (“hire”).

Categorico se muestra GABALDON¹¹ al señalar que “el fletamento por tiempo no es más que un contrato de transporte puesto que el examen de los formularios y la realidad del tráfico muestran que no existe un Time Char-

9 GIRON TENA, J.: “La evolución de la estructura y significado económico-jurídico de la empresa en Derecho Marítimo”, Universidad de Valladolid, 1958, pág. 39.

10 GONDRA ROMERO, J.M.: “El Time-Charter en el sistema de los contratos de utilización del buque”, *Dir. Mar.*, Fasc. IV, octubre-diciembre, 1984.

11 GABALDON, J. L.: “Contratos de Explotación de Buques”, Curso IME 1977-78, Madrid, pág.7.

ter donde el Fletante no asuma el deber de custodiar la carga”. Pero tal afirmación tendrá realidad y contexto en los supuestos en que las órdenes del Fletador, durante el tiempo de disponibilidad de servicio pactado, sean las de transportar mercancías, aunque el supuesto común no es el único y la finalidad o el objetivo del contrato privativo entre Fletante y Fletador no puede configurarse por un criterio de “mayoría de facto” en el empleo del buque, dejando aparte la vertiente de responsabilidad frente a terceros interviene asimismo en otras formas de empleo del buque. Con un prisma amplio puede observarse que el Fletador por tiempo quiere disponer de un buque que navegue durante un plazo de tiempo a fin de emplearlo en lo que desee y le dicte su finalidad de lucro con sujeción a las estipulaciones pactadas. Son capacidades técnicas las que el buque debe tener y son servicios los que el Fletador debe obtener mediante pagos periódicos de dinero (hire).

Efectivamente, el mercado de fletamentos nos muestra cómo en innumerables ocasiones el Fletador por tiempo concierta la disponibilidad de un buque con propósitos especulativos, bien sea para sub-fletar a un tercero o para reservarse una capacidad de carga en momentos oscilatorios de la balanza de fletes. En otras consabidas circunstancias, el buque se fletará para hacer de almacén o aljibe flotante, o incluso con fines industriales y de operaciones portuarias, además de otros supuestos más especiales (recreo, remolque, expedición científica, etc.). No estamos ante una casuística excepcional que “habría de confirmar la regla”, ni tampoco conviene hacer caso omiso de los destinos comerciales que el Fletador reserve para el buque en sus relaciones con terceros a efectos de calificar el contrato, como hace M. ISABEL MARTINEZ JIMENEZ¹². Porque precisamente 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. Entendemos que la respuesta es negativa, y que lo que negocialmente importa al Fletador es disponer de un buque en condiciones de servicio como tal buque. Mediante esta disponibilidad, por la que paga un precio, el Fletador utilizará el buque en funciones varias, y variables, en las que destacará mayoritariamente el transporte de mercancías. Pero el transporte no constituye el verdadero objetivo del Fletador que estará, desde luego, dispuesto a abonar flete periódicamente aún cuando no tenga carga para el buque.

Y es que, más bien, el objeto de la prestación se encuentra en una situa-

¹² MARTINEZ JIMENEZ. M. I: “*Los contratos de explotación de buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*”, Ed. Bosch, Barcelona 1991, pág. 418.

ción de servicio del buque, de disponibilidad activa (“on hire”), que otorga al Fletador el logro de su propósito contractual, que no es otro sino la gestión o empleo comercial del buque, cuyo contenido e individualización corresponderá a su única voluntad. Como señala ARROYO¹³ (12) siguiendo la tesis de RODIERE, en el fletamento por tiempo el Fletante se obliga únicamente a poner un buque a disposición del Fletador, importando poco para su calificación jurídica que unas mercancías sean transportadas o no. En consecuencia, la finalidad porteadora nos parece, sin la menor duda, consustancial con la descripción técnica del buque como vehículo de transporte, pero no la vemos coincidente con el objetivo del contrato de fletamento por tiempo (“the actual purpose of the contract”) que habría que situar, en un plano puramente comercial, en los servicios de una empresa de navegación que garanticen el uso comercial de un buque para operaciones estratégicas (ayudas coyunturales a flotas propias) o especulativas y con afán de lucro, a saber, obtener un margen de beneficio entre el flete por tiempo más los costos variables del buque y los fletes de Conocimiento de embarque, los sub-fletes por tiempo, o los ingresos cualesquiera que obtenga de terceros; en tal sentido, el Fletador por tiempo es un intermediario más en el mercado marítimo que ahorra al Armador-Fletante la comercialización de las funciones del buque a corto o medio plazo.

Así, el fletamento por tiempo como figura contractual nacida en el ámbito del Derecho Privado anglosajón no debería contemplarse con una función económico-social de transporte, ya que no existe tal proyecto determinado en las respectivas esferas de intenciones de los contratantes. Otra cosa muy distinta será la función económico-social que se ve obligado a cumplir el Armador-Fletante ante los terceros titulares de Conocimientos de embarque como “porteador efectivo” del cargamento, pero su situación jurídica frente a los terceros Cargadores no proporciona una calificación jurídica a este contrato, que es privativo entre Armador y Fletador.

Ciertamente, las decisiones de los jueces británicos sobre fletamento por tiempo son elaboradas siempre en función de todas las estipulaciones contractuales y de las conductas reflejadas por los hechos, lo que hace que cotidianamente nos encontremos con muchos ejemplos diferentes de “Time Charter” y figuras híbridas (por ejemplo el llamado *Trip Charter*) y no con pautas inamovibles definitorias de los objetivos contractuales, por cuanto lo que hacen los “brokers” en la normalidad de su trabajo es aunar voluntades

13 ARROYO, I.: “*La distribución del riesgo en el Derecho Marítimo*”, Estudios de Derecho Marítimo, Ed. Bosch, Barcelona 1985, págs. 309-310.

y acercar, hasta cerrar el negocio, las intenciones de Armador y Fletador, a partir de un modelo prefijado existente en el mercado (en los últimos 30 años, la Póliza NYPE) que, tras la negociación, sufrirá tachaduras y alteraciones numerosas hasta alcanzarse el producto deseado.

Naturalmente, en tales Pólizas se auto revela una finalidad de transporte o, mejor, una utilización de la capacidad de carga del buque, cláusulas de tráfico permitido, cláusula de Capitán, etc., y no cabe duda de que el buque fletado por tiempo será utilizado en viajes de transporte todo o la mayoría de ese tiempo como supuesto más normal.

Pero en ninguno de los formularios-tipo existentes se vincula al Armador Fletante con el cargamento, los documentos de transporte (Conocimientos de embarque u otros), la organización y duración de los viajes de transporte y la acomodación de los mismos a las fechas de puesta a disposición del buque y de su devolución al término del fletamento. Y lo que es más claro, en ningún caso se contempla el cese del pago del flete por tiempo al Armador si el buque no realiza portes de mercancías (sino solamente cuando el buque deja de estar en servicio por causas de fuerza mayor o imputables al Armador). La finalidad de utilización puede, evidentemente, ser la de transporte pero no está ahí el verdadero objetivo definitorio de la prestación sino en el empleo del buque y de sus elementos para servicios del Fletador, que serán de transporte o no.

No creemos que se pueda prescindir de otras figuras de uso, más o menos marginales (como, p.ej., pasaje, remolque, asistencia, pesca, expediciones científicas, depósitos flotantes, amarres previos a subidas de fletes, etc.), ni de las mismas configuraciones específicas a que lleguen los contratantes, para averiguar cuál sea la naturaleza jurídica del Time Charter; ni que dejándolos fuera de consideración podamos concluir que el sentido ordinario del Fletamento por tiempo es el de transporte marítimo y, por tanto, que estamos ante un contrato de transporte sin más¹⁴.

Haremos algunas puntualizaciones y preguntas sobre las estipulaciones más controvertidas.

1. Algunas cuestiones en relación con determinadas cláusulas.

a. Sobre la “Employment Clause”.

Mediante esta cláusula se produce la cesión al Fletador de la gestión co-

14 O'LOUGHLIN, O.: *“The Economics of Sea Transport”*, Oxford, Pergammon Press, 1967, págs. 15 y ss.

mercial del buque. Las expresiones más típicas se encuentran en la Cl. 9 de la Póliza BALTIME, en la Cl. 8 de la NYPE y Cl. 10 de la LINERTIME. Las atribuciones conferidas al Fletador en lo referente a empleo comercial del buque, agencia (nombramiento de agentes en los puertos) y otras complementarias resultan de un contrato de Time Charter. El Capitán pasa a depender del Fletador, por tiempo definido, en cuanto a órdenes derivadas de la gestión comercial del buque, cedida a éste por el Armador-Fletante. Pero no existe, a través y por efecto de tal traspaso de funciones, contrato de transporte marítimo alguno entre Armador-Fletante y Fletador.

b. Sobre la emisión de los Conocimientos de embarque.

Una vez que el Fletador emplee el buque en viajes con carga, el Capitán estará a sus órdenes para tal utilización comercial y emitirá y firmará los Conocimientos de embarque que le presenten los Cargadores. El Fletador cobrará un flete por el porte marítimo de las mercaderías. No hay duda de que el Armador-Fletante desconoce, y está desinteresado, de los viajes de transporte que organice el Fletador sino que su compromiso e interés residen en que el Capitán y los servicios del buque sirvan efectivamente para el uso comercial que el Fletador elija. De ahí que el Armador-Fletante no sea parte del vínculo de transporte representado en el Conocimiento de embarque, y ello con independencia de que la más reciente regulación internacional le convierta en “porteador efectivo” de las mercancías.

c. Sobre el Pago del Flete.

En la Cl. 6 de la BALTIME se configura el precio del fletamento (“hire”) y es habitual en los contratos de Time Charter que el pago del flete a tiempo se efectúe cada treinta o quince días por adelantado. No es preciso entrar en la descripción de la idoneidad y cálculo de este tipo de precio del fletamento, fijado en bases totalmente diferentes al del flete de transporte (en Pólizas-viaje o bajo Conocimiento de embarque). Lo que vale la pena destacar es que el flete a tiempo está íntimamente relacionado con el costo de explotación del buque y con la contraprestación económica que recibe el Fletante por la cesión de la utilización comercial de los servicios del buque al Fletador. El flete a tiempo nada tiene que ver con el número, cantidad, peso, volumen y medida de las mercancías. El Fletador, por lo demás, fijará y cobrará un flete de transporte (Bill of Lading freight) que recaerá sobre los Cargadores, que utilizan el espacio de cubicación del buque. Tenemos, así, dos tipos diferentes de fletes. El pago del transporte marítimo no está determinado en el ámbito del contrato de Time Charter.

d. Sobre la estipulación “Off-hire” o de suspensión del pago del flete a tiempo.

Estas conocidas estipulaciones, obrantes en todos los formularios de Fletamento por tiempo, no constituyen una auténtica suspensión temporal del contrato ya que hay otras obligaciones a cargo de las partes que continúan vigentes (p. ej., abono de gastos portuarios, provisión de combustible, mantenimiento del buque, etc., etc.), sino que originan una vía pactada de liberación de la prestación económica o remuneradora del Fletador cuando el buque no se encuentra en estado de servicio por un período superior a 12 ó 24 horas. Es decir, cuando se rompe el equilibrio de prestaciones dimanante de la cesión de la gestión comercial del buque al Fletador.

Efectivamente, basta con que el buque no pueda efectuar el “servicio” que el Fletador requiera de forma inmediata. Y ese servicio no está directamente vinculado con un transporte marítimo de mercancías. El efecto contractual de suspensión del pago del flete a tiempo se producirá con independencia de que el buque esté cargado o no, o de que el Fletador tenga carga contratada en un puerto (p. ej., avería en un viaje en lastre). En los contratos de transporte marítimo no tienen cabida exoneraciones de pago de flete semejantes.

2. Implicaciones económicas de la calificación transportista del Time Charter.

Pocos han analizado si la consideración del Fletamento por tiempo como contrato de transporte o como figura autónoma conlleva efecto económico para el tráfico marítimo.

En términos microeconómicos puede precisarse que en la explotación de una empresa naviera concurren tres elementos básicos: el coste de inversión, los gastos de explotación y el carburante¹⁵. El contrato de Time Charter se rige por el principio de la autonomía de la voluntad, y en él se manifiesta una cuidadosa y equilibrada distribución de costes. La responsabilidad del Armador-Fletante en este tipo de contratos, al no existir legislación obligatoria en materia de fletamentos, se corresponderá a lo marcado por la ley de la oferta y la demanda, tal como la práctica anglosajona configuró en torno a la doc-

¹⁵ PARDO, A.: “*La relación flete-responsabilidad por el cargamento. Los riesgos comerciales del porteador*”, Congreso Internacional de Transporte Marítimo, Las Palmas de Gran Canaria, 1979, pág. 11.

trina del “privity of contract”¹⁶. Así, el Armador-Fletante asume los costos de inversión, reparte los gastos de explotación conservando los fijos y cediendo al Fletador los variables, y pasa al Fletador el coste del carburante.

En el fletamento por viaje, que equiparamos al contrato de transporte de mercancías por mar, la única preocupación del Fletador es que la carga sea llevada del puerto de carga al de destino al flete convenido, no preocupándole el coste del combustible ni normalmente la duración del viaje. En el fletamento por tiempo sucede todo lo contrario, la velocidad (duración del viaje) y el combustible consumido son sus principales preocupaciones toda vez que su rentabilidad al contratar el buque, dependiendo como es de los gastos variables a su cargo, no se conocerá hasta que finalice cada viaje¹⁷. Por ello el Armador-Fletante, que conoce matemáticamente sus costos fijos, habrá de ser implacable en el cobro del flete mensual o quincenal, un porcentaje del cuál irá asimismo destinado a la partida de amortización de costes de inversión y a la del beneficio esperado.

El Time Charter, para el Armador, es una operación comercial destinada a producir una renta y esa renta debe conseguírsela el Fletador en condiciones semejantes a si él mismo hubiese explotado el buque por su cuenta y en ningún caso peores. El Fletador asume el riesgo y la responsabilidad por la gestión comercial del buque. La responsabilidad del Fletador por tiempo es comparable a las del inquilino de una casa y a la del arrendatario de un coche de alquiler con conductor, combinadas. Para el Armador-Fletante el derecho a percibir el flete es decisivo para no perder el equilibrio comercial, ya que el Fletador en función del flete de transporte que cobrará a los Cargadores configurará su propia economía (en la que los gastos variables originados en puertos ocupa aproximadamente un 36,93%); porque no hay que olvidar que el Armador-Fletante no cobra flete por las mercancías.

Así, ese derecho al flete regular por tiempo de empleo del buque nace independientemente del destino del mismo, esto es, con abstracción hecha de que el Fletador consiga emplear al buque para la finalidad deseada (17). El riesgo de pérdida del flete recae sobre el Fletador, y ha de suceder así porque los costes fijos de la empresa de navegación inciden sobre el Fletante, con independencia del servicio comercial del buque. La puesta a disposición que

16 TUÑÓN. A: “*Las garantías de consumo y velocidad*”, Seminario de Fletamentos Marítimos, Madrid 1981, pág. 3.

17 CASSEGRAIN, J.E.: “*Responsibilities and liabilities of the Time Charterer*”, FONAS-BA Seminar, London 1977, pág. 2.

caracteriza al contrato de fletamento impide que el Armador pueda estar condicionado por el tiempo que pierde el Fletador como consecuencia de la forma de utilizar el buque. Por contra, cuando falla la gestión náutica el Fletador no habrá de soportar las consecuencias económicas (“Off-hire”).

Con estas premisas ilustrativas del juego económico sentado por la fórmula de reparto de costos en el Time Charter, veremos lo que ocurriría si éste hubiese de conceptuarse como contrato de transporte:

El flete por utilización del buque (“hire”) estaría sometido a la suerte de concierto y cobro de los portes devengados por las mercancías y sujeto a las actuaciones de Cargadores y receptores.

El Armador-Fletante no interviene en la planificación y organización de los viajes de transporte, por lo que no podría adquirir la más mínima estimación de los costos de tales transportes y sus incidencias portuarias.

Para cumplir como porteador tendría, hipotéticamente, que hacerse cargo del coste y tomas de carburante a fin de alcanzar una rentabilidad de la máquina a la máxima velocidad con el menor consumo. Si el Fletador o los Cargadores aportasen el combustible, para efectos de transporte, la planificación Armadora tendría que ser otra muy distinta.

No sería viable la suspensión del pago del flete por fallo de la disponibilidad del buque para el servicio, ya que los retrasos por averías, detenciones, etc. estarían compensados con la responsabilidad por custodia de las mercancías. Si el Armador-Fletante es porteador contractual su derecho a percibir el flete no estaría excusado más que si no cumpliese la obligación de resultado: la de entrega de las mercancías en destino.

La retirada, o derecho a retirada, del buque del servicio por impago puntual del flete, que es equivalente a una auténtica condición resolutoria en el Time Charter, no tendría encaje alguno en un régimen legal de transporte. Es ésta una cuestión conflictiva en la doctrina y la jurisprudencia, porque así como el Armador-Fletante debe conducir las mercancías a los puntos de destino fijados en los Conocimientos de embarque una vez retirado el buque del Fletador, no es menos cierto que el Armador-Fletante tendrá derecho a recabar un flete complementario de los interesados en la carga para hacer frente a todos aquellos costos variables que el fallido Fletador tenía a su cargo.

Las cotas de responsabilidad por daños y pérdidas al cargamento fueron incrementadas (Reglas de Hamburgo) mediante la supresión de la falta náutica y la instauración de una culpa por retraso en la entrega de las mercancías en su destino (18). Si el Time Charter es tomado como un contrato de trans-

porte y quedan eliminadas todas las exoneraciones frente al Fletador relativas a estiba, desestiba, limpieza de bodegas y manipulación de la carga, el régimen global de responsabilidad sería inasumible. Si se le añade la responsabilidad por retraso, en relación con viajes programados por el Fletador y ajenos a él, ya el parámetro final, más el coste del carburante, excedería con mucho la regla de oro de que el flete por tiempo no debe ser inferior al riesgo empresarial del Armador-Fletante al ceder la explotación de su buque al Fletador.

Realmente y sólo mediante un somero apunte económico se advierte una falla interior, casi tectónica, entre la estructura económica del Time Charter y la del Contrato de Transporte Marítimo de mercancías, que no permite una fácil tarea de simbiosis o de remodelación del primero en torno al segundo.

3. ¿Hay que clasificar al Time Charter?

Ciertamente, no estamos convencidos; o mejor dicho, los paladines de la teoría transportista no han disipado aún las dudas que albergábamos sobre el asunto.

Disentimos con aquéllos que reconducen el Time Charter a los contratos de transporte (así, GONDRA, RUIZ SOROA, FERRARINI, BERLINGIERI, ROMANELLI, MARTINEZ JIMENEZ, HERNÁNDEZ MARTI, etc.). Tampoco seguimos a los que lo categorizan como contrato de arrendamiento de buque (VIGIER TORRES, HUGAS ALBADALEJO, RUBIO y la Sentencia del Tribunal Supremo español de 14-3-75, entre otros).

La escuela que configura este contrato como “sui generis” es ciertamente amplia. No se encuadra en las tesis de arrendamiento de buque o en la de contrato de transporte. Una gran parte de la doctrina española lo califica como “locatio operis” o de arrendamiento de obra, pero con ciertas variantes.

Así, para unos la obra asumida por el Fletante es exclusivamente la navegación del buque (SANCHEZ CALERO, URIA, DUQUE y GONZALEZ-LEBRERO). Más interés tiene, a nuestro parecer, la postura de BROSETA, para quien no se trata de un contrato de fletamento ya que el fletamento propio u ordinario es el fletamento por viaje siendo el Time Charter de naturaleza impropia y un contrato innominado, señalando que las obligaciones del Fletante se dirigen, fundamentalmente, a entregar un buque en condiciones de navegabilidad, a proporcionar al cesionario los servicios del Capitán y tripulación y a controlar y dirigir técnicamente su navegación para que el cesionario pueda obtener un resultado: la realización de transportes para sí o para otros

(19), coincidiendo con SPASIANO. La tesis de RODIERE, en su contundencia, fue recogida por ARROYO para insistir en que lo característico del Fletamento por tiempo es la puesta de un buque a disposición de un Fletador, sin que importe para su calificación que se desplacen o no las mercancías.

Una mayoría de autores sostiene que la nota importante para determinar la naturaleza jurídica del Time Charter es la necesidad de disponer de un buque para realizar una actividad empresarial (20). Ese punto de partida de la “puesta a disposición” de un buque ha llegado a ser compartido por el que suscribe (21). Pero no nos parece insuficiente detenernos en torno a la “locatio operis” o arrendamiento de cosa, ya que ello plantearía el problema de referir el arrendamiento de muebles a la regulación del arrendamiento de inmuebles tal como específicamente regula el Código Civil (22).

GONDRA ayuda a centrar la cuestión en que todo estriba en saber si el sistema de asignación de riesgos propio del Time Charter es compatible con una promesa de resultado (“locatio operis”) o si más bien denota que la obligación asumida por el Armador-Fletante consiste en una prestación de servicios (“locatio operarum”) sin asunción del riesgo del resultado.

No entendemos que el resultado buscado sea el de la mera navegación del buque, ya que ciertamente el contrato subsistirá a lo largo de toda la duración pactada, y se pagará flete si el Fletador no hace navegar a dicho buque; además, las situaciones de paralización del buque (“Off-hire”) no son imputables a culpa del Armador-Fletante. La navegación no es un objetivo permanente, así como tampoco el transporte es una finalidad inmediata.

No existe, en nuestra opinión, una característica esencial del Time Charter vinculada a resultado alguno o a realización de “opus”. Más bien, estamos ante una disponibilidad, efectivamente accesible al Fletador, de una serie de servicios: el buque en estado de navegabilidad y mantenimiento continuado, equipado y pertrechado, con su Capitán y tripulación, con los seguros en vigor y todos los permisos de navegación y franquía en regla, en situación legal de documentación y con sus elementos y espacios en perfecto orden y limpieza para el uso que quiera darle el Fletador.

Como señala Michael. T. WILFORD (23), un *“fletamento por tiempo no es un arrendamiento ni un contrato de alquiler de un buque. Es, más bien, un contrato para la provisión de unos servicios, que el Armador-Fletante suministrará a través de sus oficiales, tripulación y buque”*.

Los conocidos autores británicos Michael T. Wilford y Terence Coghlin han ilustrado claramente sobre dicha naturaleza del contrato con referencia

a las opiniones de Mac Kinnon L.J. en “Sea & Land Securities v. Dickinson” (1942) 72 Ll.L. Rep. 159 y de Lord Reid en “the London Explorer” (1971) 1 Lloyd’s Rep. 523, pág. 526. Todos confirmaron que es un “contract for the provision of certain services”.

Así también Kenneth ROKISON: “lo esencial de una Póliza de fletamento por tiempo es que el Fletador, a cambio del pago estipulado como hire, recibe el *uso* del buque por un período de tiempo predeterminado” (24). También, el Prof. FRANCIS J. CADWALLADER: “A fin de entender los problemas que surgen entre el Armador y el Fletador por tiempo uno debe recordar la naturaleza básica de ese contrato. A diferencia de su hermano mayor el contrato de arrendamiento (demise), el fletamento por tiempo no traslada al Fletador la posesión del buque ni.... En lugar de ello, el Fletador recibe en efecto un receptáculo altamente móvil que, con ciertas excepciones puede llenarlo con lo que desee y dirigirlo en la forma que le plazca.” (25).

Y es que, en definitiva, el Armador-Fletante en el Time Charter no puede concebir su negocio como uno de transporte sujeto a los avatares de cada viaje, y ante los que siempre responderá al Fletador: “*Cualesquiera que sean las dificultades encontradas en el puerto, yo Armador, nada puedo hacer; puesto que Vd. es quien ha elegido el puerto, quien tiene la facultad de adaptar sus medios a las realidades; quizás no pueda arreglar todo, pero al menos tiene oportunidad para reducir los inconvenientes. Le pido, pues, que ponga todos esos riesgos a su cargo, sean los que sean, quedando bien entendido que el flete contractual será definido sobre esa base*” (26).

El Fletamento por tiempo supone, así, un concierto comercial que difícilmente encajaría en el régimen legal y económico del contrato de transporte marítimo. Pero no nos parece posible adscribir nuestro comentario a una escuela u otra por cuanto entendemos que los parámetros de origen son comerciales y así ha transcurrido la evolución del Time Charter desde BALTIME 1909, y que esa figura comercial ha sido y es continuamente examinada e interpretada por el Derecho inglés (y los de otros países anglosajones) en base a instituciones peculiares como son, por ejemplo, las *conditions*, *warranties* e *innominate terms*). Por lo que nos parecería ocioso encasillar al Time Charter en una familia contractual u otra, o incluso en la de “sui generis” autonomista. Simplemente, es un contrato de naturaleza muy flexible diseñado por el mercado marítimo y vigilado por la Ley y la Jurisdicción británicas (y por sistemas arbitrales en New York y Singapur, a partir de la NYPE2015). Ello no nos privará de entender como lamentable fracaso la iniciativa de

la UNCTAD en torno a una armonización internacional de estipulaciones de Fletamento, que tenía todo fundamento aunque chocó con la voluntad de la BIMCO y de FONASBA de construir un derecho uniforme internacional a partir de sus formularios-tipo.

VI. Breve referencia comparativa a la Ley de Navegación Marítima española.

A través de unos 70 artículos, tratados de forma unitaria, la LNM elabora una legislación en torno al contrato de transporte sin diferenciación entre fletamento por tiempo y fletamento por viaje. A través de sus disposiciones la LNM dibuja un "fletamento por tiempo-transporte" que, a mi entender y en mi experiencia, no corresponde al Time Charter, objeto de este trabajo.

La LNM establece un régimen dispositivo para esta modalidad, al que titula "contrato de transporte llamado fletamento", que no podía ser imperativo ante el enorme peso del mercado internacional, en cuyo ámbito prima la autonomía de la voluntad de los contratantes. De ahí que, dada la predominancia absoluta del derecho anglosajón (el *common law*) en la materia, las disposiciones de la LNM española carezcan de uso y de aplicación probable. La posible compatibilidad de la Póliza NYPE2015, en cuanto más reciente definición del Time Charter que pervive en el mercado, con la LNM2014 es un esfuerzo interesante e interesado en calzar y vestir a la LNM con ropas anglosajonas, cuyo propósito desconocemos. El trabajo de tesis de Carolina González Pacheco sobre "La Póliza NYPE2015 en el contexto de la Ley de Navegación Marítima" es un modelo de investigación altamente meritorio. No obstante, ningún autor, comentarista o redactor mismo de la LNM tuvo a bien considerar las propuestas y recomendaciones de la UNCTAD sobre el *Time Charter*.

VII. Conclusión

No contemplo rebatir una postura u otra en torno al Time Charter sino exponer lo que ese contrato es realmente a modo de conclusión. Hice mi primer cierre por tiempo en Póliza BALTIME 39 en 1969 para dos barcos climatizados de la Naviera TRAFRUME (el "Glaciar Gris" y el "Glaciar Azul") por cuenta de la Fletadora Ibertrans, de Londres y llevo 48 años trabajando de una forma u otra con el Time Charter. El tratadista que más sabe es William Packard,

y los árbitros de los que más aprendí en esta materia fueron Donald Davies y Colin Sheppard, de Londres. Por amistad personal con el autor, conocí de cerca los preparativos de la primera edición de “Time Charterparties” de Michael T. Wilford, en aquel entonces socio de Clyde & Co. En Estados Unidos trabajaron muy a fondo los asuntos de “velocidad y consumo”, y aprendí más aún de John P. Besman y de Michael Marks-Cohen.

En ningún foro de Derecho Civil he visto en todos estos años un debate concreto, experto y comercial sobre esta figura contractual, sino frecuentes excursiones jurídicas hacia una naturaleza difícil de alojar en un compendio normativo junto con los demás ejemplos de explotación de buques (destacando los italianos). Después de muchos años de fecundo conflicto entre la BALTIME y la NYPE en 2015 asistimos a un paso decisivo superador que nos ofrece un modelo bastante completo y actualizado. Un modelo que abre puertas a las figuras híbridas de fletamento para viaje por un tiempo y otras derivadas del tracto sucesivo (plasmado por la Póliza INTERCONSEC). Con la NYPE2015 en la mano es posible configurar y conocer la intención de los contratantes, hasta en los menores detalles; por lo que el ejercicio de situar al Time Charter en una determinada escuela doctrinal, o en refundirlo dentro del contrato de transporte marítimo de mercancías (como ha hecho la Ley de Navegación Marítima) me parece de poca utilidad y ninguna relevancia. Sobre todo en ausencia, si no orfandad definitiva, de un código internacional uniforme para estipulaciones básicas tomando como base de estudio el Informe de la Secretaría de UNCTAD.

En los estrados españoles podremos ver litigios originados por la aplicación de la ley doméstica, pero no asistiremos a un debate real y auténtico sobre el Time Charter, a cuyo entendimiento internacional muchos consideran aún como “derecho extranjero” con una cierta miopía marítima. En Derecho Marítimo no existen países ni ponencias sino un único tráfico de buques y cargas para cuyo régimen de servicios náuticos temporales se usa el Time Charter, ahora mediante una guía que parece ya dominante, como es la NYPE2015. Aunque es la solución del mercado a una grave crisis de anacronismo y no es producto de aquella revisión racionalizada y coherente que proponía la Secretaría de la UNCTAD hace casi 30 años. Con toda probabilidad el Derecho uniforme será la NYPE2015 para carga seca, y esa es la única perspectiva que hoy me parece posible.

OBRAS CONSULTADAS:

- JEAN E. CASSEGRAIN - “Responsibilities and liabilities of the Time Charterer”, FONAS-BA Seminar, London 1977, pág. 2.
- I. ARROYO - “Estudios de Derecho Marítimo”, Librería Bosch, Barcelona 1985, pág. 315.
- UNCTAD - “Las consecuencias económicas y comerciales de la entrada en vigor de las Reglas de Hamburgo”, Informe de la Secretaría, NN.UU., Nueva York, 1992, págs. 25 y ss.
- MARTINEZ JIMENEZ, opus citae, pág. 404.
- GUBERN GARRIGA NOGUES - “Ley competente en el time charter”, RJC, Enero-Marzo 1967, pág. 100.
- JOSE M. ALCANTARA - “Notas introductorias al fletamento por tiempo”, Seminario sobre Fletamentos Marítimos, Madrid 1981.
- GORINA YSERM, M. - “Consideraciones sobre el Bareboat Charter y el Time Charter by Demise”, L. BOSCH, Barcelona 1986, pág. 39.
- M.T. WILFORD y otros, “TIME CHARTERS”, 2nd Edition, Lloyd’s of London Press, pág. 369.
- KENNETH ROKISON - “the premature determination of Time Charterparties”, FONAS-BA Seminar “Time Charters, why the confusion?”, London, Marzo 1977.
- PROF. FRANCIS J. CADWALLADER - “Shipowners and Charterers –Third party liabilities”, FONASBA Seminar (sic ibidem).
- PAUL BERNARD, «L’Affretement: tendances et perspectives», Dott. A. Giuffré Editore, 1981. pág. 25.
- CAROLINA GONZALEZ PACHECO - “La Póliza NYPE en el context de la Ley de Navegación Marítima “. Trabajo de tesis, Universidad de Cantabria, Octubre 2016.

EL CONTRATO DE FLETAMENTO POR VIAJE: CONTENIDO OBLIGACIONAL

Juan Pablo Rodríguez Delgado
Universidad Carlos III de Madrid

Resumen: La LNM dedica el Capítulo II del Título IV al *fletamento*). Se trata de una normativa predominantemente dispositiva (especialmente en aquellos supuestos en que nada se disponga). La configuración del contrato de fletamento por parte del Legislador como genuino contrato de transporte parece cerrar definitivamente, al menos en el plano legal, la disputa doctrinal –ya antigua– sobre su consideración o no como contrato de transporte. Tras un estudio breve de la naturaleza jurídica del contrato analizado, se procederá al desarrollo de las principales obligaciones de las partes –porteador y fletador– así como sus posibles incumplimientos, para acabar con una breve mención a la extinción del contrato.

Palabras clave: fletamento por tiempo, Ley de Navegación Marítima, porteador, fletador, navegabilidad

Abstract: The Spanish MNA dedicates part of its Title IV to the contract of affreightment. The regulation of this contract is designed to be applied by default and in the absence of agreement of the parties. The configuration of the contract as a genuine contract of carriage seems to close definitively the traditional dispute about its consideration (or not) as a contract of carriage of goods under Spanish law. This chapter aims to deal with the study of the most important obligations of the parties – shipowner and charterer – in the voyage charterparty and their breach. In the final part of the chapter, the termination of the contract is also addressed.

Keywords: voyage charterparty, Spanish Maritime Navigation Act, shipowner, charterer, seaworthiness

I. INTRODUCCIÓN

1. Naturaleza del contrato

El fletamento por viaje es el modelo de contrato históricamente típico para el transporte de mercancías por mar. Mediante esta modalidad contractual una de las partes (porteador) se compromete a poner la capacidad de transporte de su buque a disposición de la otra, denominada fletador, a cambio de un precio (flete) y con el objeto principal de transportar, para un viaje

concreto, las mercancías pactadas (generalmente cargamentos completos y homogéneos¹) de un puerto a otro. El fletador podrá embarcar sus mercancías o subcontratar dicha capacidad con terceros (ya sean nuevos fletadores o incluso pactar transportes con cargadores) que desean embarcar parcelas de carga limitadas en tamaño o peso, lucrándose con la diferencia de flete.

Pese a que el transporte se configura como la prestación principal del porteador, esta modalidad, y en mayor medida el fletamento por tiempo, se alejan por lo general de la noción de transporte en línea regular o estable –generalmente en régimen de conocimiento de embarque–, dado que las condiciones de este tipo de contratos se negocian y pactan individual y separadamente –con independencia de que se utilicen modelos o formularios de contratos– según las situaciones momentáneas del mercado de fletes² (salvo las situaciones concretas –aumento de demanda de servicios de transporte en ciertos momentos del año– en que se concluyen estos contratos –especialmente en los fletamentos por tiempo– para cubrir servicios de línea regular).

Siendo el tráfico de mercancías –ya sean estas transportadas a granel o contenerizadas– la regla, toda finalidad ulterior del fletamento (por ejemplo, tendido de cableado submarino, actividad de rompehielos, investigación oceanográfica, industria pesquera, actividades recreativas o de ocio, competiciones deportivas, etc.) cabe reducirlas –en términos cuantitativos– a excepción (y en algunos casos limitadas al fletamento por tiempo)³. Convertir lo excepcional en regla, en base a la existencia de fletamentos residuales, en el mundo de los negocios y el funcionamiento global de la economía, sería alejarse de la realidad del tráfico marítimo. Sin que ello suponga, como no hace la Ley, olvidar las especialidades, propias y tradicionales, del régimen cuando son necesarias bajo el tipo legal unificado (fletamento por viaje, fletamento por tiempo y transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque, debiendo ser estas modalidades consideradas como subtipos de transporte). Por el contrario, si se deja fuera de ese tipo legal la contratación de buques a otros fines distintos –como los mencionados–, supuestos en los que sólo

1 Utilizado muy especialmente para el transporte de graneles (*bulk cargo*), aunque también en ocasiones se practica en otros tráficos residuales, adoptando la forma de fletamento parcial (*part cargo*), fletándose sólo parte de la capacidad del buque a un fletador junto con el fletamento del resto a otro u otros fletadores (fórmula adoptada sobre todo por armadores *outsiders* que desean competir con tráficos de línea).

2 GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3 Ed., Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 478.

3 A los efectos aquí expuestos, transporte incluye tanto mercancías como pasajeros.

serán de aplicación las normas de ese tipo jurídico que son imprescindibles y adecuadas (las relativas a la puesta a disposición, empleo del buque, flete y extinción anticipada).

La configuración del contrato de fletamento por parte del Legislador como genuino contrato de transporte parece cerrar definitivamente, al menos en el plano legal (no parece así en el científico), la disputa doctrinal⁴ –ya antigua– sobre su consideración o no como contrato de transporte⁵. El legislador, creemos, hace bien en articular la disciplina del transporte como lo hace. Atendiendo al supuesto concreto que nos ocupa, el contrato de fletamento por viaje, la inmensa mayoría de estos fletamentos son contratos cuya causa y objeto principal (entendida esta como función económico-social derivada de las obligaciones asumidas por el porteador) es la realización de la obra del transporte de mercancías por mar, siendo esta la realidad generalizada recogida en las pólizas del fletamento utilizadas.

Unificada su naturaleza, de escasa utilidad práctica, cabe preguntarse si la misma suerte corre su régimen de responsabilidad por daños y averías de las mercancías transportadas (de mayor interés para los partícipes del sector). Con la salvedad de ciertas especialidades, la LNM parecer remitirse, si bien con un carácter totalmente dispositivo o derogable –dada la posición de igualdad entre fletadores y armadores– para los fletamentos por viaje y tiempo, al régimen de responsabilidad previsto para los transportes bajo régimen de CE contenido en las RHV, ratificadas por España –y por la generalidad de los países marítimos– en su versión enmendada del Protocolo de 1968 y 1979. Remisión que la propia EM justifica por el amplio consenso del que gozan estas normas en el ámbito internacional (remitiéndose a estudios de la OCDE que estiman en un 95% su uso en el comercio marítimo mundial). Parece, por tanto, que se han unificado los regímenes de responsabilidad del porteador, aplicables al transporte marítimo en régimen de CE –nacional o internacional–, y al fletamento en sus distintas modalidades.

4 *Vid.* En este sentido PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho de la Navegación Marítima*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 207. Sobre la discusión, en profundidad, *vid.* RUIZ SOROA; ZABALETA SARASUA; GONZALEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Servicio Central de Publicaciones del País Vasco, Vitoria, 2007, pp. 30-34.

5 Naturaleza reconocida en los países anglosajones en general –dada la ausencia de conceptualismo en él característica– y en la mayoría de los países marítimos del *civil law* (a excepción, principalmente, de Italia). *Vid.* GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 493; RUIZ SOROA Y OTROS, *Manual...*, cit., p. 33.

Este régimen de responsabilidad atenuado para los fletamento por tiempo y viaje, permitirá, sin embargo, el uso de cláusulas contractuales –cuando éstas estén pactadas en una póliza de fletamento– que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular la responsabilidad del porteador en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías; siempre y cuando dicho clausulado no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, y sin que puedan oponerse, en ningún caso, al destinatario que sea persona distinta del fletador (art. 277.2).

2. Disciplina normativa: Régimen jurídico y Derecho convencional

La LNM dedica el Capítulo II del Título IV al *fletamento* (arts. 203 a 286). Se trata, como hemos dichos, de una normativa predominantemente dispositiva (especialmente en aquellos supuestos en que nada se disponga). Bajo este presupuesto, la regulación del fletamento en la LNM está pensada para ser aplicada supletoriamente a la voluntad de las partes, esto es, cuando el asunto litigioso no esté solucionado en el contrato o los contratantes no se hayan remitido a ningún tipo específico de póliza de fletamento.

La vocación uniforme del Derecho del transporte marítimo, y la preocupación constante por alcanzarla, puede ser apuntada como uno de los principios característicos de esta rama del Derecho marítimo. Uniformidad que no se alcanza exclusivamente, aunque también, por medio de la adopción de Convenios internacionales y su posterior aceptación por los Estados, sino que existen otros mecanismos que contribuyen sustancialmente a la armonización del comercio marítimo internacional y las normas que lo rigen en todo el mundo⁶. Ejemplo de este reconocimiento material es, entre otros, el uso de formularios internacionales o *standard forms para el transporte de mercancías*, de carácter eminentemente uniforme, y que han sido redactados siguiendo las soluciones originadas, especialmente como resultado de numerosas sentencias, en el Derecho inglés –lo que conlleva, con cierta frecuencia, su excesivo nivel casuístico y de detalle, con estipulaciones a menudo contradictorias entre sí y de difícil interpretación–. Estos son utilizados diariamente

6 TETLEY, W., “Uniformity of International Private Maritime Law - The Pros, Cons and Alternatives to International Conventions - How to Adopt an International Convention”, *Tul. Mar. L. J.*, 24, 2000, p. 787. Más general, sobre los diferentes niveles de armonización contractual HONKA, H., “Harmonization of contract law through international trade”, *Tul. Eur. & Civ. LF.*, vol. 11, 1996, p. 128 y ss.

en la práctica por los operadores del tráfico marítimo, convirtiéndose estos en verdadera ley entre las partes⁷.

Pese a que la LNM no los menciona para el contrato de fletamento (sí para los contratos de pasaje, remolque o arrendamiento de buque) lo que parece claro, dada la naturaleza dispositiva de la normativa sobre fletamentos, es que su uso será bienvenido por la normativa española.

II. Obligaciones de las partes e incumplimientos

1. Obligaciones del Porteador

La LNM perfila un conjunto de obligaciones, algunas de ellas compartidas por porteador y fletante (dado que en la ley desaparece el término fletante, utilizaremos desde ahora el término porteador⁸), en la lógica asumida de equiparar los contratos de fletamento por tiempo/viaje y transporte bajo régimen de CE, que podemos sistematizar en la siguiente categoría: las relativas al buque (puesta a disposición del fletador, navegabilidad o relativas al buque pactado en el contrato); las relativas al transporte de mercancías por el viaje pactado (recepción y carga de la mercancía, las derivadas del viaje en sí y las propias de la descarga y entrega al destinatario); y las documentales (emisión de la póliza de fletamento, CE, reservas, etc.).

En el fletamento por viaje –a diferencia de lo que ocurre en el fletamento por tiempo– el porteador asume todos los gastos variables de explotación propios de la gestión comercial del buque (los cuales, como es natural, repercutirá en el flete), salvo que se hubiese pactado de otra forma. Sobre la base

7 Los formularios redactados por Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BI-MCO) y la Asociación de Corredores y Agentes Marítimos han ayudado a estandarizar las reglas del fletamento por todo el globo. Entre los más utilizados, *vid.* NYPE, BALTIME, ASBATIME o SHELLTIME para los fletamentos por tiempo; o GENCON (para cualquier tipo de tráfico), TANKERVOY (crudo), GASVOY (gas), POLCOALVOY (carbón), ASBA-TANKVOY o SHELLVOY (redactado por la petrolera Shell) para las modalidades por viaje. Un mayor elenco de éstos, puede verse, entre otros, en PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., pp. 210-211.

8 No encontramos en la LNM remisión alguna al término “fletante”, quedando este incardinado en el término “porteador”, al cual la Ley recurrirá constantemente tanto para referirse a los contratos de fletamento (por tiempo y viaje) como al transporte en régimen de CE. La contraparte contractual, cargador o fletador, será, sin embargo, utilizada, o bien indistintamente o según estemos ante uno u otro contrato de transporte.

de esta premisa, el coste de las obligaciones que a continuación se detallan será asumido por el porteador, salvo que se hubiese pactado de otra manera.

a. La obligación de puesta a disposición del buque (determinado) en correcto estado de navegabilidad

Esta obligación es la base de partida del compromiso asumido por el porteador. Obligación que remite para su ejecución a dos exigencias indisolubles: en primer lugar, el porteador debe poner el buque (ap. 1.1) a disposición del fletador en el momento y lugar que se haya pactado en el contrato (apt. 1.2); y en segundo lugar, además, hallarse el buque en las condiciones técnico-náuticas idóneas para realizar el viaje o los viajes pactados con las mercancías que vayan a ser transportadas a bordo (apt. 1.3).

a.1. La descripción del buque

Cronológicamente, la primera obligación que el porteador debe cumplir es la de poner el buque a disposición del fletador o cargador en el puerto y fecha convenidos (art. 211). Esta obligación nos sitúa ante la importancia del vehículo usado para el servicio –eje sobre el que se basa el cumplimiento de las expectativas de las partes– y su especificación y determinación en sus elementos esenciales, como elemento nuclear del contrato de fletamento⁹ (en su modalidad de viaje o tiempo) a diferencia de la práctica habitual en los contratos de transporte bajo régimen de CE, donde el buque, dada la naturaleza, generalmente contenerizada, de la carga, es un accesorio al servicio de transporte contratado¹⁰. No sólo deberá ponerse a disposición del fletador en el momento y lugar pactados (vid. *infra*), sino que el buque deberá ser, si el contrato se refiere a un buque determinado¹¹, el expresamente acordado, sin

9 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 218; GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso...*, cit., p. 480, quien afirma que estos contratos se entienden efectuados «intuitu navis».

10 En los supuestos de transportes en régimen de CE es lógico que el buque no resulte tan relevante porque el objeto del contrato no es el buque sino el traslado de las mercancías. Por ello no debe extrañar que en la regulación de la LNM se haya diluido la importancia del buque en la medida en que se incide más en la finalidad de transportar que conlleva este contrato.

11 Esta previsión contractual como factor determinante de la determinación del buque no es novedosa en la LNM, sino que dicha identificación era tomada en consideración por los arts. 652 y 688 C.Com. Precepto este último que permitía al fletador la resolución contractual cuando no se hubiera puesto a disposición de éste el buque pactado. La actual LNM parece, en este punto, más laxa respecto del C.Com., el cual permitía al fletador resolver el contrato si el buque puesto a la carga fuera otro distinto del fletado (art. 688.3

posibilidad de ser este sustituido por otro (práctica habitual conocida como *sister ships*), salvo pacto expreso en contrario que lo autorizase (arts. 211 y 213¹²). En uno u otro caso, el buque deberá poseer las condiciones fijadas contractualmente¹³ en cuanto a nacionalidad, clasificación del buque, velocidad, capacidad y demás características¹⁴.

La determinación del buque y su puesta a disposición según las condiciones pactadas constituye, utilizando la terminología anglosajona, una verdadera “*condition*” [obligación esencial] del contrato¹⁵, cuyo incumplimiento (siempre que este frustre o no le permita cumplir satisfactoriamente “la finalidad perseguida al contratar”¹⁶) permitirá al fletador su resolución o cancela-

C.Com.). En caso de que el buque no hubiese sido determinado no se generará problema alguno porque no hay sustitución en sentido técnico, sino que será el porteador, entre los buques de los que dispone, el que proponga uno distinto al que el mismo pensó inicialmente destinar. Dicho cambio no traerá efecto jurídico sobre el contenido obligacional del contrato alguno

12 En este sentido, es posible que en el momento de la perfección del contrato el naviero desconozca la identidad exacta del buque que será con posterioridad puesto a disposición, pudiendo ser determinada con posterioridad al cierre del fletamento. De ahí el uso de cláusulas “*vessel to be nominated -tbn*” en las pólizas de fletamento.

13 Será preciso estudiar en cada caso concreto si el incumplimiento de alguna de estas condiciones frustra la finalidad perseguida por las partes al contratar, en cuyo caso será posible también la resolución del contrato por el fletador (en terminología anglosajona, nos encontramos ante un “*innominate term*”). Al igual que indicamos anteriormente, la regulación del C.Com. permitía expresamente, al contrario que nuestra LNM, la resolución del contrato (ex art. 688.2) cuando el buque no poseyera el pabellón establecido en la póliza. La importancia en el cumplimiento de estas condiciones se puede ejemplificar recurriendo a las cláusulas propias de muchas *charterparties* (e.g. *trading limits clauses*) en que se excluye expresamente que el buque navegue por ciertas aguas en que o bien la bandera o la clasificación son un impedimento. Piénsese, por ejemplo, en buques con banderas que navegan por aguas territoriales de Estados enemigos o por aquellas en que está prohibido según sea la clasificación del buque.

14 Sobre la incidencia de cada una de estas condiciones, *vid.* GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso...*, cit., pp. 480-482.

15 GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, cit., p. 420; SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J.C., “El contenido del contrato de fletamento”, en EMPARANZA SOBEJANO, A., MARTIN OSANTE, J.M. (eds.) *Comentarios sobre la Ley de Navegación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 297.

16 Esta norma supone un importante cambio de perspectiva en nuestro derecho, puesto que la orientación mayoritaria se inclinaba a entender que cualquier incumplimiento del contenido contractual sobre la determinación del buque facultaba al porteador

ción del contrato si el buque no se encontrase a disposición del fletador en la fecha pactada (art. 213). Junto a la resolución, el fletador podrá exigir además la indemnización por los perjuicios que se le irroguen (art. 214).

a.2. Momento y lugar de la puesta a disposición del buque

El buque deberá ser puesto a disposición del fletador en el momento y lugar pactados en el contrato. La puesta a disposición –al igual que ocurre con la entrega– son competencias del porteador ciertamente –dada su naturaleza jurídica y no material– abstractas, que deben ser concretadas a fin de precisar el momento y el lugar en el que se han de producir.

En cuanto al lugar se refiere (art. 215), este será en el puerto convenido, ya sea (a) elegido por consenso entre porteador y fletador, o (b) por decisión unilateral del fletador cuando le correspondiera dicha facultad nominativa (art. 216). En el primero de los casos, existirá presunción *iuris tantum* de que ambas partes conocían anticipadamente las características del puerto de común acuerdo nominado –en cuyo caso el fletador no responderá por la inseguridad del puerto pues se entiendo aceptación expresa cuando lo pactaron (fruto de la buena fe contractual exigida¹⁷)–. En el supuesto de que el puerto fuese de acceso imposible para el buque elegido cabrá la resolución del contrato por cualquiera de las partes (sin posibilidad de reclamarse indemnización alguna), salvo que la imposibilidad fuese temporal, en cuyo caso se procederá a la espera de un tiempo razonable hasta la subsanación del obstáculo. Si, por el contrario, el fletador se hubiese reservado la facultad de nominar el puerto (216.1) –y por lo tanto no apareciera determinado en el clausulado del contrato–, deberá elegir en plazo oportuno un puerto seguro y accesible según las características del buque pactado. Si tras la elección, el puerto no reuniese las condiciones previstas, el porteador podrá exigir la designación de otro dentro del misma área¹⁸.

a resolver el contrato. Así, solo cabe resolución del contrato cuando la inadecuación del buque –con relación a lo prometido– reviste tal gravedad en sus consecuencias práctica que desequilibra la encomia del contrato desde el punto de vista de la exploración que el fletador espera. Véase el tratamiento más laxo de nuestra LNM para el porteador, respecto del Derecho derogado, el cual permitía al fletador resolver el contrato si el buque puesto a la carga fuera otro distinto del fletado (art. 688.3 C.Com.)

¹⁷ GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, cit., p. 491.

¹⁸ Es frecuente encontrar en pólizas de fletamento la salvaguarda “*or so near to as she can safely get*” (cl. 1 GENCON, cl. 3 BICHEMOVY 2008). La construcción “*or so near to as she can safely get*” se inventó para hacer frente a situaciones en las que, sin mediar culpa alguna, el buque no podía alcanzar el costado del muelle debido a una obstrucción

Si como consecuencia de la estancia del buque en puerto inseguro (216.2), este soporta averías en las maniobras de entrada o estancia, responderá de dichos riesgos el fletador que designó el puerto (presunción *iuris tantum*¹⁹, salvo prueba de que el capitán no actuó con la diligencia náutica exigible). En otras palabras, el fletador responde de la inseguridad del puerto cuando éste se reservó la potestad de nominarlo más adelante –por lo que su determinación no figuraba en el contrato conocido por la contraparte–. La LNM parece otorgar al porteador una garantía implícita de seguridad del puerto²⁰.

Con frecuencia, el lugar de puesta a disposición del buque suele identifi-

permanente. Todos los riesgos de retrasos ocasionados en el curso ordinario de la navegación, como las mareas, la niebla y el mal tiempo que se consideraba que el armador acepta llevar. La invocación exitosa de la cláusula hizo que en muchos casos el buque llegara “contractualmente” a su destino –alternativo– y el viaje terminara, cuya ocurrencia fue de crucial importancia para las partes de los contratos de seguro marítimo (haciendo que la póliza de seguro expirase y el asegurador quedase exonerado de responsabilidad) y los de transporte (comenzando desde ese momento los plazos de plancha y demoras junto con la responsabilidad del fletador por la carga y la descarga de la mercancía). En *Shield v. Wilkins* (1850) 5 Exch 304 el tribunal sostuvo que el significado de la cláusula dentro de los términos del contrato de fletamento era llegar con seguridad dentro del puerto y salir con la mercancía cargada, por lo que los fletadores incumplieron el contrato porque el lugar designado por el fletador no era un lugar que el buque pudiese alcanzar con seguridad.

19 En el derecho anglosajón se otorga una garantía implícita (*implied warranty*) de seguridad del Puerto cuanto este es nominado por el fletador. *Vid. Vardinoyannis v The Egyptian General Petroleum Corporation* (The Evaggelos Th) [1971] 2 Lloyd’s Rep 200: *For my part, if I were faced with a simple charter which provided that the vessel was only to go to such port or place within a specified range as might be nominated by the charterer and there load a cargo, I should have no hesitation in implying a qualification that the port or place had to be safe. I should make this implication because common sense and business efficacy require it in cases in which the shipowner surrenders to the charterer the right to choose where his ship shall go, and because I think that this is in accordance with the weight of authority.* Sin embargo, en *The Aegean Sea* [1998] 2 Lloyd’s Rep 39 se advirtió contra la aplicación automática de garantía de puerto seguro: *Although there is much to be said for this view, I do not think that one can conclude in general that a term as to safety will always be implied into voyage charter-parties where there is an unspecified range of ports. The issue as to whether a term should be implied as to safety and the extent of the obligation may turn on the specific terms of the charter.*

20 TURNBULL, E.; ALBORS, J., “Una aproximación a los aspectos fundamentales de la regulación de los contratos de fletamento en la nueva ley de navegación marítima desde la perspectiva del derecho inglés”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 215.

carse con el lugar o muelle de carga²¹. La elección de este podrá ser designada directamente por el fletador dentro del puerto convenido (salvo que medie pacto en contrario) y en un plazo razonable antes de la llegada del buque a puerto para su puesta a disposición (art. 217). Si tal designación no se hubiese hecho en un plazo razonable, el porteador podrá mantener buque fondeado a la espera de ordenes o dirigirlo a muelle de carga usual de ese tipo de mercancías dentro del puerto designado (gastos a cargo del fletador). Al igual que indicamos para el puerto, el muelle o lugar de carga deberá cumplir las condiciones de seguridad y accesibilidad según el buque convenido, antes, durante y tras la carga de la mercancía en el buque.

El momento de la puesta a disposición del buque acciona las mismas consecuencias que las comentadas para el “lugar” si fletador no designa oportunamente (en tiempo) el puerto elegido (arts. 211 y 214), por lo que no nos extenderemos mucho en este aspecto. En los contratos de fletamentos por viaje (donde, a diferencia –y paradójicamente– del fletamento por tiempo, el *tiempo* juega un factor importantísimo para el armador), suelen incorporarse los llamados pactos “laycan” o “delivery date”, estableciendo un rango temporal en el que el buque debe llegar al puerto pactado. Si existe pacto sobre la fecha de puesta a disposición, la calificación de tal momento en el derecho anglosajón como condición o garantía dependerá de la forma en que esté redactada la cláusula, de la intención de las partes y, en general, de las circunstancias que rodean el contrato²².

El incumplimiento de esta obligación, de carácter temporal, atribuye al fletador el derecho a resolver el contrato si el buque no es puesto a su disposición el día, o en el rango de días, pactado/s²³ (son las llamadas “canceling

21 Este es el criterio acogido por las normas nacionales e internacionales sobre transporte de mercancías por mar: art. 652.6 del derogado C.Com, art. 18.3 de la derogada LTM, art. 15.1(f) RHam., o art. 36.3(d) de las RR.

22 RUIZ SOROA Y OTROS, *Manual...*, cit., p. 177 y la jurisprudencia que allí se menciona.

23 Cláusulas que no tiene fuerza suficiente por si solas, sino que sólo podrán ser invocadas si, junto a los *laycan*, se ha incumplido alguna otra cláusula del contrato. *Vid.* TURNBULL, E.; ALBORS, J., “Una aproximación a los aspectos fundamentales de la regulación de los contratos de fletamento en la nueva ley de navegación marítima desde la perspectiva del derecho inglés”, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 214, quienes manifiestan que esta es también la intención de la LNM al condicionar el art. 214 tal reclamo únicamente en caso de culpa del porteador (e.j. por desvío de ruta pactada), no así si la causa del retraso en la puesta a disposición es simplemente por condiciones meteorológicas.

clauses”²⁴) y pedir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento, siempre que este haya sido imputable al porteador (régimen que materializa el contenido del art. 1.101 Cc al supuesto concreto).

a.3. El estado del buque: la obligación de navegabilidad

Como en todo contrato de transporte, con independencia del modo elegido para el desplazamiento de la carga, las obligaciones del porteador pueden resumirse en dos: la de transportar las mercancías de un punto a otro –por mar, aire o carretera/ferrocarril– y la de custodiar la mercancía que se le ha encomendado transportar (es decir, devolverlas en el mismo estado en que se recibieron). Tal como sucede en el contrato del fletamento, también las RHV descomponen esas obligaciones genéricas en otras puntuales y concretas, que van enumerando y regulando: las referentes a la navegabilidad, al cuidado de la operación de carga y la estiba, la realización del viaje sin desviación, la operación de descarga, etc. Estas subcategorías de obligaciones no son, en absoluto, autónomas, sino que se incardinan en aquellas genéricas, pero que la ley trata individualizadamente por su importancia práctica²⁵.

Por navegabilidad del buque debe entenderse en cualquier caso el estado, condición y cualidades del buque para la finalidad que se persigue con su uso, navegar, en las lógicas y mínimas condiciones de seguridad de bienes y personas que permitan hacer uso racional del mismo, tanto de la perspectiva de las personas que en algún modo toman parte de dicha navegación como

24 Así, entre otras, Cl. 9(a) GENCON 1994: “Should the Vessel not be ready to load (whether in berth or not) on the cancelling date indicated in Box 21, the Charterers shall have the option of 139 cancelling this Charter Party”; cl. 5 ABASTANKVOY 1977: “5. LAY-DAYS. Laytime shall not commence before the date stipulated in Part I, except with the Charterer’s sanction. Should the Vessel not be ready to load by 4:00 o’clock P.M. (local time) on the cancelling date stipulated in Part I, the Charterer shall have the option of cancelling this Charter by giving Owner notice of such cancellation within twenty-four (24) hours after such cancellation date; otherwise this Charter to remain in full force and effect”. Más actual, *vid.* BPTIME 3 (redactada por la petrolera británica en colaboración con BIMCO), cl. 2.1: “If the Vessel is not ready in accordance with Clause 1 and at Charterers’ disposal by the Cancelling Date (which term shall for the purposes of this Clause include any new Cancelling Date determined under this Clause 2) Charterers shall have the option of cancelling this Charter within forty-eight (48) hours after the Cancelling Date” o Shelltime 4, cl. 5..

25 GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso...*, cit., p. 464.

desde aquellas otras que, aun no tomando parte directamente, puedan verse afectada por ella²⁶.

Nuestra LNM acoge, de modo similar a sus antecedentes legislativos, un concepto dual de navegabilidad (art. 212.1), adecuado para recibir el cargamento a bordo y transportarlo con seguridad a destino, teniendo en cuenta las circunstancias previsibles del viaje proyectado, sus fases y la naturaleza del cargamento contratado (enfoque casuístico y no genérico que deberá ser analizado por los tribunales en cada caso concreto).

El momento y ejecución de la prestación ha sido, con frecuencia, un tema discutido por la doctrina. A diferencia de lo contenido en las RHV (art. 3.1), nuestra legislación deslinda la obligación de navegabilidad en tres etapas o estadios, con consecuencias jurídicas diferentes para cada una. En un primer momento, anterior al inicio del viaje (o de cada uno de los viajes que incluya el contrato), *cuando el porteador recibe el cargamento a bordo, el buque deberá hallarse* (por tanto, obligación que se materializa con anterioridad incluso a la operación de carga), *por lo menos* (obligación de mínimos²⁷), *en un estado que lo haga capaz de conservar las mercancías con seguridad* (art. 212.2 –*cargoworthiness*–)²⁸. La literalidad del precepto promueve algunas dudas respecto su consideración, bien como una obligación de resultado o una obligación de medios. Una interpretación posible sería considerar que nos encontramos antes una obligación absoluta/objetiva al inicio del viaje (donde el porteador responde, aunque no medie culpa o negligencia) y una obligación –atenuada por la Ley– de medios/subjetiva una vez comenzado el viaje (respondiendo el porteador por conforme a una diligencia razonable durante el tiempo de vigencia del contrato).

En cualquier caso, y dada la ejecución temprana de esta obligación (antes incluso de que la carga tenga contacto con el buque), consideramos que sería adecuado aplicarle un régimen de responsabilidad subjetivo, en el que la obligación es calificada de diligencia debida por el porteador. Refuerza esta conclusión el hecho de que el porteador, al amparo del art. 212.3, deba ejer-

26 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 219.

27 El óptimo será el estado de navegabilidad adecuado para recibir el cargamento a bordo y transportarlo con seguridad a destino, teniendo en cuenta las circunstancias previsibles del viaje proyectado, sus fases y la naturaleza del cargamento contratado (apt. 1).

28 Pese a que este *estado* no vuelve a aparecer en la Ley (y el resto del articulado se refiere únicamente a la *obligación/estado de navegabilidad –seaworthiness–*), entendemos que le sería igualmente aplicable el régimen de responsabilidad e incumplimiento que la LNM enuncia para la obligación genérica de navegabilidad.

cer una diligencia razonable –la cual se omite para la comentada obligación– para la obligación genérica de mantener el buque en estado de navegabilidad durante toda la vigencia del contrato²⁹.

Desde un punto de vista material, la obligación de navegabilidad se desglosa en tres diferentes aspectos: (a) *el relativo a la condición y cualidades del buque y su estado para navegar* (en otras palabras, la navegabilidad recae sobre la aptitud estructural del buque)³⁰; (b) *la obligación de armar* (medios técnicos), *equipar* (medios personales –tripulación–³¹) *y aprovisionar el buque* (repuestos y combustible) *convenientemente* (pese al silencio del texto castellano, la versión inglesa y la jurisprudencia –especialmente la anglosajona, la más proclive en esta materia, incluye en el término “equipar” el deber de proporcionar a un buque un capitán competente y una tripulación suficiente e igualmente competente)³²; (c) *el aspecto relativo a la limpieza y mantenimiento en buen estado de las bodegas, cámaras frías y frigoríficas y los demás lugares del buque, cuando se carguen las mercancías para su recepción, transporte y conservación*.

Un segundo momento en el que debe verificarse el estado de navegabilidad del buque (bajo los términos del apt. 1) será en el instante de emprender el viaje (o cada uno de los viajes que incluya el contrato). Nos encontramos aquí ante el tradicional deber de “*seaworthiness*”, cuyo contenido nada difiere de lo afirmado en las RHV. Esta segunda etapa nos sitúa ante una obligación de naturaleza también subjetiva, aunque indelegable igualmente. Es decir, el

29 En sentido similar PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 220. Bajo el *common law*, la obligación adquiere carácter objetivo al inicio del viaje, tornando en total exoneración para el porteador tras el inicio de este.

30 En la jurisprudencia inglesa, *vid. Steel v State Line Steamship Co* [1877], *Gilory, Sons & Co v WR Price & Co* [1983] AC 56, *The Toledo* [1955] 1 Lloyd’s Rep 40; *Charles Brown & Co v Nitrate Producers Steamship Co* [1937].

31 El término elegido por el legislador –equipar o equipado– para traducir el término inglés contenido en las Reglas –*properly man/manned*– creemos no es del todo acertado por ser este equívoco. Equipar, para la RAE, significa “*proveer a una nave de lo necesario para su avío y defensa*” (al igual que armar: “proveer a una embarcación de todo lo necesario para realizar su cometido”), encaminando su significado a algo “material” (de equipo). Por el contrario, el término inglés –*man/manned*– no da lugar a duda de su referencia personal. *Vid.* nota 1.

32 El texto en inglés se refiere a “*properly man, equip and supply the ship*”. En la jurisprudencia anglosajona, *vid. Standard Oil Co of New York v Clan Line Steamers* [1924] AC 100.

porteador responderá cuando el buque no se encuentre en este estado en el momento en que emprende la navegación para salir del puerto habiendo el porteador llevado a cabo todas las medidas necesarias para su consecución.

Por último, y como novedad en nuestra legislación, el porteador deberá ejercer una *diligencia razonable* (*due diligence*³³) para mantener el buque en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato. Es curiosa la utilización de la expresión “durante el tiempo de vigencia del contrato” y no así “durante el transporte”. El uso de la primera, en lugar de la segunda, parece extender injustificadamente la vigencia de la prestación del porteador, ya que contrato podrá estar vigente antes incluso de la llegada del buque al puerto de origen, y permanecer activo tiempo después de la descarga o incluso de la entrega de la mercancía al destinatario. No sólo nuestra LNM se aparta, en este supuesto, de unas reglas a las que dice seguir (art. 277), sino que amplía, creemos injustificadamente, la obligación de navegabilidad del porteador sobre el buque que transporta la mercancía (supuesto que no parece estar presente en las legislaciones marítimas de nuestro entorno).

Pese a estas etapas identificadas, afirma la LNM que durante toda la vigencia del contrato (antes de emprender el viaje, durante el viaje y hasta la entrega de la mercancía en destino) el porteador deberá ejercer una diligencia razonable sobre el estado de navegabilidad del buque. Es decir, sólo responderá el porteador cuando medie culpa o negligencia por su parte. La razón parece comprensible dados los tradicionales riesgos de la mar que impiden, en muchos casos, ejercer y mantener en absoluto estado de navegabilidad del buque, sobre el cual el armador ha perdido todo control una vez que este ha partido del puerto de origen.

Esta interpretación constituye una alteración de la práctica anglosajona y la doctrina jurisprudencial del *common law doctrine of stages*³⁴, donde la obligación de navegabilidad es igualmente objetiva (*strict liability*) pero únicamente al comienzo del viaje (o de cada viaje)³⁵. Comenzado el viaje (“en el momento de emprender el viaje” en terminología de la LNM), el armador

33 El término empleado por nuestro legislador es el mismo que el contenido en la norma uniforme.

34 *Reed (A E) & Co v Page, Son & East Ltd* [1927] 1 KB 743.

35 *McFadden v Blue Star Line* [1905] 1 KB 697, p.703: “*the warranty of seaworthiness in the ordinary sense of that term, the warranty, that is, that the ship is fit to encounter the ordinary perils of the voyage, is a warranty only as to the condition of the vessel at a particular time, namely, the time of sailing; it is not a continuing warranty, in the sense warranty that she shall continue fit during the voyage*”.

queda exonerado de responsabilidad por la falta de navegabilidad del buque. Si lo será como porteador (art. 5.1 y .2 RHV), quedando sometida su responsabilidad a las exoneraciones previstas en el art. 8 RHV (a menos que sea imputable a falta de la debida diligencia).

En conclusión, durante toda la vigencia del contrato (sin limitación por las operaciones materiales realizadas por una u otra parte), el porteador deberá ejercer (y responder conforme a ello) una diligencia razonable para mantener el buque en estado de navegabilidad adecuado; pero en el momento previo a la recepción del cargamento, esta obligación se aminora, exigiendo únicamente al buque un estado que lo haga capaz de conservar las mercancías con seguridad. La solución aportada por la LNM parece acorde, sin embargo, con la práctica moderna³⁶, en que la tecnología permite un fácil control del estado del buque incluso desde tierra firme³⁷.

Lo que sí parece aplicable a esta obligación –por remisión del art. 277 LNM³⁸– son los supuestos exoneratorios de responsabilidad recogidos en el art. 4 RHV por los actos, negligencia o falta del Capitán, marinero, piloto o del personal destinado por el porteador o administración del buque, así como los límites de responsabilidad del art. 4.5 RHV (y su pérdida en caso de dolo o culpa grave).

b. La obligación de transportar la mercancía

Junto a las obligaciones relativas al buque como elemento nuclear del contrato de fletamento (ya sea por tiempo o viaje), la LNM impone al porteador una serie de obligaciones relativas al transporte de la mercancía, propósito último del contrato de fletamento. Estas son, por orden cronológico: recibir y cargar la mercancía (art. 2.1); emprender y realizar el viaje con prontitud y

36 Vid., algunas de las pólizas de fletamento utilizados en el tráfico marítimo: BIMCHEMOVOY 2008 (de BIMCO), la cl. 1(a) obliga al porteador a ejercer la debida diligencia durante todo el transcurso del viaje; BPVOY 4 (de British Petroleum), cl. 1 obliga igualmente al porteador a ejercer la debida diligencia sobre el estado de navegabilidad del buque durante todo el viaje.

37 En este sentido también TURNBULL, E.; ALBORS, J., “Una aproximación a los aspectos fundamentales de la regulación de los contratos de fletamento en la nueva ley de navegación marítima desde la perspectiva del derecho inglés”, en Comentarios a la Ley de Navegación Marítima, Dykinson, 2015, p. 213.

38 Art. 277.2: “(...) la responsabilidad del porteador –sus exoneraciones y límites– se regirá por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y –de manera subsidiaria– esta ley”.

sin demora (apt. 2.2); seguir la ruta pactada o apropiada (apt. 2.3); custodiar la mercancía (apt. 2.4); y proceder a su descargar y entrega en destino (apt. 2.4). La/s primera/s se enmarcan en las llamadas obligaciones de la “fase terrestre” del transporte marítimo, ejecutándose al comienzo y al final del viaje marítimo³⁹.

b.1. Recibir y cargar la mercancía

Aunque por obvio que parezca, el porteador tiene la obligación de recibir la mercancía –tras la presentación de la mercancía por el fletador– pactada, dado que de lo contrario incurrirá en incumplimiento del contrato debiendo de indemnizar al fletador por los daños y perjuicios que le ocasionen. Con cierta frecuencia, sin embargo, la realidad de la mercancía que se va a cargar no corresponde con la pactada en el contrato (bien atendiendo a su cantidad, naturaleza o condición). Ante este tipo de situaciones, la ley legitima al porteador a la emisión de reservas en el CE emitido –sobre la base de la póliza de fletamento– en la que hará constar las inexactitudes comprobadas conforme al estado real de la mercancía recibida (art. 257 y 258 –reservas sin posibilidad de comprobación–). En ningún caso la LNM posibilita al porteador la renuncia a recibir a bordo la mercancía (salvo que esta operación suponga un peligro cierto para el buque o su tripulación –art. 232 LNM–).

El momento de la recepción, sin embargo, dependerá de quién realice de manera efectiva la operación de carga en el buque (que podrá formar parte de la ejecución del contrato de transporte o constituir una relación contractual independiente bajo la forma de contrato de manipulación portuaria); tema que ha sido muy discutido por la doctrina (especialmente en relación con el fletamento de mercancías determinadas bajo régimen de CE). La LNM dedica expresamente dos artículos a regular un tema muy controvertido en la normativa vigente hasta su fecha de aprobación: El fletador colocará las mercancías –ya sea directamente o mediante el uso de gabarras u otros instrumentos oportunos según el puerto en que nos encontremos– al costado del buque y realizará la carga y estiba de las mismas a su costa y riesgo, con la adecuada diligencia que exija la naturaleza de las mercancías y el viaje a realizar (218.1 LNM), debiendo el fletador o destinatario desestibar y descargar sin demora

39 Sobre las dificultades de definir y regular esta fase terrestre, estableciendo su límite temporal y los efectos económicos sobre el contrato, ya nos hemos pronunciado con mayor profundidad en RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo de mercancías*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 267-284.

las mercancías –igualmente a su costa y bajo su riesgo–, así como retirarlas del costado del buque⁴⁰ (227.1 LNM). Se acoge con ello la solución tradicional en los fletamentos por viaje, donde el porteador no asume *per se* las operaciones de carga, estiba y descarga⁴¹. Sin embargo, cabe la posibilidad de delegación de esta obligación a favor del porteador si así lo pactan las partes. Se ha discutido si esta “delegación” de la operación deberá ser tanto de su realización como del riesgo/responsabilidad derivado de su defectuosa ejecución, o, por el contrario, si las tradicionales cláusulas FIO⁴² podrán seguir operando en nuestro país (como lo hacían hasta la derogación del C.Com. para los contratos de fletamento). La referencia del apt. 2 del art. 218 parece dar una respuesta afirmativa⁴³.

Dada la realidad del transporte marítimo y los usos consolidados en el sector, una regla común para las diversas tipologías de transporte imposibilitaría una formulación genérica válida para todas ellas. Por ello, el legislador ha optado por consolidar reglas diferentes según el tipo de negocio que se trate (art. 218). Por ello, en los contratos de transporte de mercancías determinadas en régimen de CE, a diferencia de lo dicho para los fletamentos, el

40 Nótese, sin embargo, como veremos más adelante, la aparente contradicción con el art. 229 que, al enunciar las obligaciones del fletador, sitúa la entrega “al costado del buque para su embarque”, con la salvedad de que exista pacto expreso en el que se haya pactado otra forma de entregar las mercancías para el transporte. Es decir, cuando la LNM se refiere a las obligaciones del fletador (arts. 229 y ss.) emplaza la entrega al costado del buque –sin más–, mientras que cuando lista las obligaciones del porteador (arts. 211-228), el fletador deberá colocar las mercancías al costado del buque (en idéntica redacción), pero además, y de manera general aunque no imperativa, deberá “realizar la carga y estiba de las mismas a su costa y riesgo, con la adecuada diligencia que exija la naturaleza de las mercancías y el viaje a realizar”.

41 Así, GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso...*, cit., p. 510. *Vid.* al respecto cl. 5 GENCON. En consecuencia, el periodo temporal de responsabilidad del porteador se ve reducido, en la medida en que este periodo solo abarca el transcurso que va desde la finalización de la operación de carga en el puerto de origen hasta el comienzo de la operación de descarga en el puerto de destino. Véase, con más detalle, RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 240 y ss.

42 Cláusula FIO (*free in out*), que atribuye las operaciones de carga y descarga al fletador, quedando libre de ellas el naviero/porteador, y que puede ampliarse mediante las FIOS (*free in out stowed*), que obliga al fletador también a realizar la estiba; FIOST (*free in out stowed and trimmed*), que incluye el trimado.

43 RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 261.

porteador asumirá, salvo pacto en contrario, la realización a su costa y riesgo de las operaciones de carga y estiba (art. 218.2 LNM) y las operaciones de desestiba y descarga (art. 227.2 LNM). Nada impide a las partes de un contrato de transporte marítimo pactar, dado el expreso carácter dispositivo de la norma, lo contrario. Si así lo acuerdan, será el cargador o el destinatario quienes asuman la realización, coste y responsabilidad de estas operaciones. Esta solución es coherente con la práctica marítima, marcada por los pactos usualmente seguidos en los tráficos de línea regular, en los que, por razones de economía organizativa, el porteador asume en la mayoría de los casos la realización de las operaciones de carga y descarga de la mercancía del buque⁴⁴.

La operación de estiba, sin embargo, obedece a un tratamiento diferente (peses a que se enumera junto a la carga en el art. 218.1)⁴⁵. Cuando se pacte que la carga y la estiba sea efectuada por el fletador, el porteador será, pese a su ausencia de control de la operación, responsable de las consecuencias derivadas de una estiba defectuosa que comprometa la seguridad del viaje (recuérdese aquí la obligación de navegabilidad que de manera genérica opera durante todo el tiempo de vigencia del contrato –art. 212 LNM–). Nos encontramos, por tanto, ante una obligación propia/indelegable del porteador a efectos prácticos, tanto si es asumida por él directamente como por el fletador. El porteador deberá observar el correcto cumplimiento de esta y responder ante su defectuosa realización (art. 218.3). Cuando la estiba de la mercancía se realice en la cubierta del buque (porque así se pactó en el contrato), deberá existir el consentimiento expreso del fletador o, en ausencia de éste, ser conforme con los usos o reglamentaciones en vigor (art. 219).

b.2. La realización del viaje (transportando la carga contratada)

El porteador tiene una obligación de transportar y entrega puntual o temporánea de la carga en destino. Esta genérica obligación⁴⁶ se materializa en

44 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 220.

45 La razón obedece a la distinción que hace la Ley de los aspectos públicos y privados de la estiba. Los primeros de marcado carácter imperativo, de carácter dispositivo los segundos.

46 La LNM configura la obligación de transportar la mercancía que pesa sobre el porteador como una obligación de resultado, de manera que, si este no se alcanza, no hay derecho a percibir el flete. Sobre la diferencia respecto de la obligación de medios, en el transporte de mercancías, *vid.* RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 60 y ss. Sin embargo, pese a esta tradicional interpretación, la concepción dispositiva de la mayor parte de las normas de fletamento en la LNM permiti-

un elenco de prestaciones instrumentales destinadas todas ellas a dar fin a la obligación principal. El porteador deberá emprender el viaje en el tiempo pactado; siguiente para ello la ruta acordada o en su defecto la más apropiada según las circunstancias; realizándolo con prontitud y sin demora. Todas ellas resultan esenciales para el cumplimiento de la finalidad económica perseguida por el cargador, que puede verse frustrada por el incumplimiento imprevisto de alguna de ellas.

Emprender el viaje en el tiempo pactado

Una vez puesto el buque a disposición del fletador y realizadas las operaciones de carga y estiba de la mercancía en el interior del buque (o sobre cubierta si así se hubiese pactado), surge para el porteador la obligación de conducir el cargamento a destino. Esta obligación la recoge la LNM en su art. 220 al imponer al porteador el deber de emprender el viaje con prontitud y realizarlo hasta el punto de destino sin demoras innecesarias. La Ley, ex art. 221, responsabiliza al porteador por los daños y perjuicios que su retraso injustificado en emprender el viaje ocasione al fletador⁴⁷.

Debe apuntarse que la obligación de emprender el viaje está íntimamente relacionada, como indicamos, con las operaciones de carga y estiba de la mercancía, ya que hasta que éstas no hayan sido debidamente realizadas por el fletador, regla general salvo delegación expresa (art. 218.1), el buque no podrá emprender el viaje. De ahí el uso de cláusulas de *laydays* y demoras que permitan al porteador cubrir el riesgo de una lenta operación de carga o descarga de la mercancía en el buque –cuando estas se realicen por el fletador/destinatario–.

Una vez cargado debidamente y despachado el buque, el porteador debe

ría a las partes transformar, contractualmente, esta obligación de resultado en una obligación de medios, salvo en lo que se refiere al daño causado a las mercancías que la ley regula de manera imperativa. Así PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 226.

47 El tratamiento de la LNM es, en este lugar, más escueto que el contenido en el C.Com. *Vid.* arts. 670, 671, 672, 673, 690 o 691 C.Com. Requiere la LNM, como condición previa a la imputación de responsabilidad, que este retraso sea injustificado, es decir, debido al dolo o culpa del porteador, puesto que si existe una causa de fuerza mayor que impida su salida parece que no cabrá posibilidad de imputarle responsabilidad alguna por los daños o perjuicios que se pudiesen ocasionar. Más aun, en un contrato de fletamento por viaje, el porteador –generalmente propietario del buque o fletador en un fletamento por tiempo– será el más interesado en el cumplimiento *presto* del contrato, ya que su ejecución permitirá la perfección de un nuevo contrato –evitando la paralización innecesaria del buque–.

emprender el viaje quedando responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por el retraso *injustificado* en emprender el viaje (art. 221). Se configura así una responsabilidad de índole subjetiva, es decir, fundada en la culpa o negligencia del actor⁴⁸. El término *injustificado* ha sido ampliamente tratado por la jurisprudencia anglosajona, concluyendo que la espera a que mejore el tiempo para salir o la espera al práctico, deben ser consideradas justificadas en el retraso en la salida⁴⁹. En cualquier caso, este tipo de situaciones han sido tradicionalmente previstas por las pólizas de fletamento⁵⁰. Si, por el contrario, el retraso fuera imputable al fletador, nos adentraríamos en el terreno de la demora (que será analizado en otro lugar). En los supuestos en que el retraso no fuese imputable a la actitud de ninguna de las partes –si sobreviniese algún impedimento que provocase un retraso tan prolongado que no fuera exigible a las partes esperar a su desaparición–, se considerará extinguido el contrato a solicitud de cualquier de ellas (art. 273).

Seguir la ruta pactada o, en su defecto, la más apropiada

El porteador está obligado a emprender y realizar el viaje hasta el punto de destino sin demora innecesaria y por la ruta pactada, o en su defecto, la más apropiada atendiendo a las circunstancias sobrevenidas (art. 220). Queda exceptuado de este régimen de responsabilidad el tradicional desvío de ruta para el salvamento de vidas humanas o cualquier otra causa razonable y justificada, siempre que esta no derive del estado de innavegabilidad inicial del buque (art. 222). El desvío, institución tradicional del Derecho marítimo (*derechura* o *deviation* en terminología anglosajona), obedece a la realidad incuestionable de que ejecutar el transporte por un recorrido diferente al convenido puede frustrar las expectativas legítimas de rentabilidad económica del cargador⁵¹. Fuera de estos casos, el porteador será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen por el desvío injustificado del buque de la ruta pactada. No cabe, sin embargo, instar como remedio contractual ante el incumplimiento la resolución del contrato.

48 Ante el incumplimiento por el porteador de emprender con prontitud el viaje –emprenderlo con retraso–, la LNM impone un remedio propio de las “*warranties*” y no de una “*conditions*”, ya que no legitima al fletador a la resolución contractual si el retraso frustrase el objetivo del contrato de fletamento.

49 RUIZ SOROA Y OTROS, *Manual...*, cit., p. 192.

50 No debe confundirse, sin embargo, esta obligación con la alusión al retraso y su responsabilidad recogido en el art. 280 LNM referido exclusivamente al retraso en la entrega de las mercancías en destino.

51 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 225.

La falta de indicación de la LNM sobre la posibilidad de alterar esta norma por acuerdo expreso de las partes –y conforme al carácter dispositivo de la normativa en materia de fletamentos (con las excepciones propias del transporte bajo régimen de CE)– permite afirmar la validez de las tradicionales cláusulas de libertad de navegación⁵² (*Liberty & Deviation Clause*) que otorgan al porteador la posibilidad de realizar el viaje por la ruta que juzgue más conveniente (realizando cuantas escalas estime oportunas para el correcto cumplimiento de la obligación)⁵³.

Durante la travesía marítima la obligación de navegabilidad del buque no desaparece. El porteador debe ejercer la diligencia razonable para su mantenimiento durante todo el tiempo de vigencia del contrato (212.3). La LNM, como ya indicamos, amplía la *ratio* de la norma internacional sobre la obligación de navegabilidad, haciéndola aplicable no solo al momento de su puesta a disposición (alcance de la obligación para el transporte de mercancías en régimen de CE –*vid.* art. 3 RHV–), sino a toda la operativa del contrato de fletamento. Si bien, como ya tuvimos la ocasión de indicar, el tipo objetivo previsto para el momento inicial del viaje se atenúa, constituyendo una responsabilidad subjetiva, debiendo el porteador ejercer una *diligencia razonable* para mantener el buque en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato.

Realizar el viaje con prontitud y sin demora

En íntima conexión con la obligación de emprender el viaje en el tiempo pactado se encuentra la obligación de realizarlo con prontitud y sin demora. La Ley prevé, sin embargo, algunos supuestos en que cabe la interrupción *legítima* del viaje (art. 224)⁵⁴. Si por avería del buque u otra causa que lo inhabilite para navegar –*temporalmente*–, el viaje quedase interrumpido en un puerto distinto del de destino, el porteador deberá custodiar las mercancías mientras se subsanan las causas que provocaron la arribada. Si el buque que-

52 En este sentido también *Ibid.*, p. 226.

53 Un ejemplo de este tipo de cláusulas: “*The Vessel shall have liberty to sail with or without pilots, to tow or go to the assistance of vessels in distress, to deviate for the purposes of saving life or property, and for any other reasonable purpose, which term shall include but not be limited to calling at any port or place for bunkers; taking on board spares, stores or supplies; repairs to the vessel necessary for the safe continuation of the voyage; crew changes; landing of stowaways; medical emergencies and ballast water exchange*”. BIMCO *Liberty & Deviation Clause for Contracts of Carriage*.

54 Estas normas, como parece lógico por la configuración del contrato, no se aplicarán en el fletamento por tiempo (art. 224.3).

dara inhabilitado *definitivamente* o el retraso pudiera perjudicar gravemente al cargamento, el porteador deberá proveer a su costa al transporte hasta el destino pactado. En caso de no hacerlo, el fletador quedará liberado del pago del flete. Ante este tipo de situaciones, y a diferencia de lo contemplado en el C.Com., el fletador no podrá resolver el contrato, si bien podrá solicitar del porteador el pago de los sobrecostos de la finalización del viaje –junto con la responsabilidad en la que pueda incurrir el portador por el retraso o pérdida de las mercancías–.

b.3. La obligación de custodia

El porteador deberá custodiar la mercancía transportada durante todas las fases del viaje en forma adecuada a su naturaleza y circunstancias hasta su entrega al destinatario en el punto de destino final (art. 220). Obligación que se mantiene durante el tiempo en que, por avería del buque u otra causa que lo inhabilite para navegar, quedase interrumpido el viaje por hallarse el buque varado en un puerto distinto al de destino, mientras se subsanan las causas que provocaron la arribada. En caso de que el buque quedara inhabilitado definitivamente, o el retraso pudiera perjudicar gravemente al cargamento, el porteador deberá proveer a su costa al transporte hasta el destino pactado. Si el porteador no lo hiciera, las mercancías no devengarán flete alguno (art. 224.1)⁵⁵.

La obligación de custodia nos remite al régimen de responsabilidad del porteador⁵⁶, situando las consecuencias de su incumplimiento, por causas de pérdida o daño que pueda sufrir la mercancía como consecuencia de su infracción, en el mismo régimen de responsabilidad que el previsto para el contrato de transporte bajo régimen de conocimiento de embarque (sección 9ª “De la responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso”). A diferencia de otras obligaciones, la custodia se regula en la LNM de manera imperativa, por lo que no cabe pacto expreso en contrario.

La LNM, derogando las normas del CCo., especialmente las relativas a la fase portuaria de la mercancía, ha supuesto un cambio en el estatus jurídico del porteador que, bajo un CE, dispone de la mercancía antes de la carga o

55 Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo que proceda en avería gruesa y de la responsabilidad que pueda incumbir al porteador por el retraso o pérdida de las mercancías conforme a la sección 7ª de la LNM, si la causa de la innavegabilidad del buque le fuera imputable (art. 224.2).

56 Sobre esta cuestión, *vid.* extensamente RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit.

tras la descarga, ampliando la responsabilidad por custodia desde la recepción hasta la entrega⁵⁷ (art. 279 LNM) y sancionando con la nulidad toda cláusula que, directa o indirectamente, pretenda atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Dado el carácter indisponible de las normas sobre responsabilidad (art. 277 LNM), nuestro país se incluirá entre aquellos que cuentan con una norma imperativa aplicable a la *fase terrestre* del contrato de transporte marítimo.

Como tuvimos ocasión de afirmar con mayor amplitud⁵⁸, la coexistencia del derogado binomio normativo entre CCo. y el CB-LTM [arts. 619 CCo. y 1.e), 2, 3.8 y 7 CB] propiciaba un resultado muy diferente al que la LNM finalmente ha consagrado en sus arts. 277 y 279. Frente al carácter, en principio dispositivo⁵⁹, del CCo. aplicable al transporte –incluida la fase terrestre del transporte marítimo–, la nueva ley impone imperativamente un periodo de responsabilidad que comenzará con la recepción de la mercancía por el porteador y finalizará con la entrega al destinatario (art. 279 LNM). La LNM, de una manera mucho más moderna, afirma el deber de custodia del porteador de manera expresa.

La LNM, en una redacción alejada de la codificación anterior y de las normas a las que dice implementar (CB de 1924 y los protocolos que lo enmiendan, *vid.* art. 277.2), y en sintonía con el art. 4 RHam., establece que «la responsabilidad del porteador por la custodia y conservación de las mercancías abarca el periodo desde que se hace cargo de las mismas en el puerto de origen hasta que las pone a disposición del destinatario o persona designada

57 El art. 279 LNM elimina las operaciones de carga y descarga de los extremos del periodo de responsabilidad, sustituyéndolos por los actos de recepción y entrega, por lo que los medios utilizados para la realización efectiva de estas carecen ya de interés para su delimitación temporal.

58 RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., pp. 255-262.

59 El Código de Comercio establece normas generales que han de aplicarse a las obligaciones y contratos mercantiles, que son normas fundamentalmente de Derecho dispositivo y solo serán imperativas en los casos en que así se disponga expresamente. En concreto, el art. 619 C.Com. parecía otorgar carácter dispositivo al periodo de responsabilidad del capitán mediante la expresión «a no haberse pactado expresamente otra cosa». En la medida en que se admita (como hace la última disposición del art. 619) la libertad de pacto sobre el momento en que las partes pueden establecer de forma autónoma los actos de recepción y entrega, la custodia deja de ser criterio rector del periodo de responsabilidad, siendo la autonomía de la voluntad el modo adecuado de delimitar dicho régimen.

por este en el puerto de destino»⁶⁰. Este nuevo modelo *avanza* de una responsabilidad de marcado carácter contractual-volitivo (característica del binomio CCo.-CB) a una responsabilidad *ex recepto*, en el que las partes verán mermada su capacidad de alterar el ámbito temporal de la responsabilidad del porteador.

El régimen de responsabilidad del porteador por custodia se aplicará, por tanto, durante el tiempo en que la mercancía se encuentre bajo la custodia de este. La consecuencia directa sobre lo que nos interesa será que el art. 279, regulador del periodo de responsabilidad del porteador, tendrá igualmente dicho carácter, por lo que las partes, a diferencia del régimen anterior, no dispondrán de posibilidad alguna sobre la modificación de la extensión de la responsabilidad del porteador marítimo. No cabe ya, por un lado, que las partes acuerden un régimen de responsabilidad distinto al contenido en la norma marítima, y, por otro, se imposibilita al porteador para que se exonere de su responsabilidad durante la *fase terrestre* del contrato, alegando para ello que su actuación es como mero agente del cargador o destinatario, según sea el caso.

Para reforzar este cambio de criterio, el legislador, en redacción similar a los arts. 3.8 CB y 10 LTM, establece rígidos límites al juego de la autonomía de la voluntad, situando a continuación un segundo párrafo en el que niega a las partes la posibilidad de cualquier cláusula contractual que pretenda, directa (mediante una exoneración de responsabilidad) o indirectamente (mediante la alusión a estatus diferentes del porteador), atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías (caso, por ejemplo, del tercero titular del CE)⁶¹. Se aprecia la preocupación del

60 Nótese la diferente redacción que el legislador ha consagrado en el texto final en relación con el contenido en el anteproyecto, en el cual el periodo de responsabilidad del porteador no se circunscribía al ámbito portuario, sino que, mediante expresión ciertamente confusa, jalonaba dicho periodo al «puerto o lugar de origen» (o, respectivamente, el de destino). Podría pensarse que con ello se extendía el régimen de responsabilidad propio del transporte marítimo a aquellas fases que precedían o sucedían la estrictamente marítima bajo un único CE. Caso típico en la utilización de *thorough bills of lading* con origen en un lugar interior y destino en un punto alejado del puerto.

61 Garantizado este objetivo, sin embargo, nada impide que tales cláusulas, cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador, modifiquen el régimen de responsabilidad del porteador, siempre que estas tengan valor exclusivamente en las relaciones entre este y el fletador, sin que puedan oponerse, en ningún caso, al destinatario que sea persona distinta del fletador (art. 277.1 LNM).

legislador por evitar que se pueda modificar a la baja el régimen de responsabilidad en perjuicio del destinatario⁶².

b.4. Obligación de descargar y entregar la mercancía en el lugar y momento pactados

Al igual que indicamos con la operación de carga, el régimen legal de la operativa de descarga queda a disposición de las partes, pudiendo estas establecer –a diferencia del régimen protector para el transporte de mercancías bajo régimen de CE (art. 227.2)⁶³– pactos expresos sobre su realización, coste y responsabilidad. A falta de mención expresa, será el fletador o destinatario el obligado a desestibar y descargar sin demora las mercancías a su costa y riesgo, así como retirarlas del costado del buque.

La descarga deberá de realizarse en el momento y puerto de destino pactado en el contrato⁶⁴. En caso de que el puerto de destino designado en el contrato no fuera accesible en condiciones de seguridad para el buque, el porteador –previa comunicación sin demora al destinatario y al fletador– podrá dirigirlo al puerto conveniente más próximo y exigir que se acepte allí la en-

Limitación que no hace más que recoger en esta sede particular la interdicción general de las cláusulas de dolo *non prestando* ya previstas en los arts. 1.102 y 1.107 Cc. *Vid. infra* n. 963.

62 Curiosa es, sin embargo, la redacción de este artículo, ya que parece que se ha diseñado exclusivamente para proteger al destinatario de las cláusulas que exoneran o atenúan la responsabilidad del porteador en destino (*en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías*), olvidando que en muchos casos la exoneración prevista por el porteador lo es también en origen, es decir, mientras la mercancía se encuentra en poder del porteador en el puerto de origen a la espera de su carga en el buque correspondiente. Nada menciona la LNM sobre esta tipología de pactos, y salvo que recurramos a la aplicación analógica, nos parece un descuido que debería ser corregido, ya que supone un agravio comparativo entre cargadores y destinatarios.

63 La diferencia entre ambos regímenes es sutil. Cuando nos encontremos ante un contrato de fletamento (con independencia de su modalidad), las operaciones de carga/descarga serán realizadas de ordinario por el fletador/cargador, y sólo si hay pacto expreso, estas podrán ser asumidas (coste y riegos incluidos) por el porteador (art. 227.1). Ante un contrato de transporte bajo régimen de CE, la carga/descarga de la mercancía será realizada, de ordinario, por el porteador, y sólo si hay pacto expreso (art. 227.2), por el cargador/destinatario. Si bien, en este segundo supuesto, el porteador seguirá siendo responsable sobre la base de la responsabilidad “ex recepto” conforme al régimen imperativo de los arts. 277 y 279.

64 Si la designación del puerto de destino hubiese sido facultad del fletador, se aplicarían las disposiciones vistas en el art. 216.1 para la designación de puerto de origen.

trega de las mercancías⁶⁵. Si este impedimento fuese sólo temporal, entonces deberá esperar a su subsanación en un tiempo razonable (art. 225.1). En caso de avería del buque u otra causa que lo inhabilite para alcanzar el destino pactado, el porteador deberá, en aras a cumplir su obligación, proveer a su costa y riesgo el transporte hasta destino. Si el porteador no lo hiciera, las mercancías no devengarán flete alguno (art. 224.3). Las mismas disposiciones que las previstas sobre la seguridad del puerto serán aplicables a la determinación del muelle o lugar de descarga (art. 226).

La determinación del momento de la entrega tiene importancia en un triple aspecto: en primer lugar, porque señala el momento en que concluye la prestación del transporte, cesando desde ese mismo momento la responsabilidad *por custodia* del porteador y, por tanto, poniendo punto y final al periodo de responsabilidad (art. 279 LNM); en segundo lugar, el momento de la entrega indicará el inicio del plazo para el ejercicio de acciones que se pudieran ejercitar frente al porteador por el incumplimiento del contrato de transporte (art. 286.2 LNM), y, por último, porque es en ese instante cuando se produce, si así se ha pactado, la *traditio* de la mercancía —y es aquí donde la entrega se diferencia de la puesta a disposición—, transmitiéndose la posesión inmediata al destinatario (poseedor mediato hasta ese instante por la tenencia del CE).

El porteador deberá entregar sin demora y conforme a lo pactado las mercancías transportadas al destinatario legitimado para recibirlas (art. 228). En caso de que se haya emitido un CE sobre las mercancías transportadas, el legitimado para su entrega será el tenedor legítimo del CE original, rescatando el documento como prueba del hecho de la entrega. El porteador incumple su obligación si entregase las mercancías a persona no legitimada, respondiendo frente al tenedor legítimo del CE del valor de las mercancías en el puerto de destino, sin que pueda limitar la cuantía de la responsabilidad.

Si el destinatario no se presentase en el momento indicado en el contrato o rechazase la entrega, el porteador podrá, a costa del destinatario, almacenar las mercancías hasta su entrega o recurrir a su depósito judicial (art. 228). El destinatario soporta el deber de conocer la llegada del buque, puesto que con frecuencia el porteador desconoce la persona legitimada para la recepción de

65 Si la causa de la inseguridad existiera en el momento de contratar y el puerto de destino figurara en el contrato, el porteador soportará los gastos que ocasione la descarga en un puerto distinto del pactado, salvo que las circunstancias permitan suponer que no conoció los factores de inseguridad del puerto en el momento de contratar (art. 225.3).

la mercancía en cuyo poder se encuentra el documento de transporte⁶⁶. Su ausencia en el lugar y momento determinado contractualmente para la entrega constituye un obstáculo para su efectiva realización. El art. 228 LNM permite al porteador, en caso de que el destinatario no fuese hallado o se negase a recibir el cargamento, solicitar ante la autoridad judicial que se decretase, respecto de las mercancías transportadas y no recibidas, su depósito judicial⁶⁷. Este recurso al depósito judicial entra en clara contradicción con el que, para idéntico supuesto, efectúa el art. 512 al depósito notarial⁶⁸ (con la única

66 La frecuente incorporación de las cláusulas sobre notificación en los CE, por las cuales se establece el deber de notificación del porteador de la llegada de las mercancías a una determinada persona y dirección (*notify adress*), permiten al porteador la comunicación de su próxima llegada a destino. Comunicación que el porteador estará muy interesado en realizar, utilizando todos los medios oportunos para que esta efectivamente se produzca, evitando posibles esperas o ausencias en destino.

67 En el mismo sentido lo hacía el art. 668 C.Com., atribuyendo al capitán no solo la potestad para solicitar el depósito, sino también la venta judicial de las mercancías que fueran necesarias para el pago de los fletes y demás gastos que pesaren sobre él.

68 Para resolver tal incompatibilidad dos soluciones sería posibles: A favor del expediente notarial del art. 512 LNM. A ello se suma el hecho de que en la solicitud del expediente del art. 513.1.e) se deberá expresar su fundamento, ya sea por impago o por falta de retirada de las mercancías. Conforme a esta interpretación, el adjetivo «judicial» del art. 228 debería ser considerado como un error en la redacción del texto definitivo proveniente del anteproyecto de 2004, donde la remisión se hacía al depósito judicial. Todo ello permitiría concluir que todas y cada una de las situaciones contempladas en el art. 512 serán objeto de expediente notarial, desjudicializando la actuación en estos supuestos. A favor de lo preceptuado en el art. 228. Bajo los argumentos de que el art. 512 remite al depósito notarial como medio para alcanzar la posterior venta de la mercancía y recuperar el importe debido por el impago producido (parecen decantarse también por esta interpretación LÓPEZ QUIROGA, J., y FERNÁNDEZ-QUIRÓS TUÑÓN, T., *Guía sobre la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima*, Madrid, Uría Menéndez, 2015). Apoya esta interpretación, primero, el hecho de que la estructuración del procedimiento para llevarla a efecto, plasmada en el art. 514, atiende de modo prácticamente exclusivo al supuesto de impago, y segundo, el hecho de que el art. 228 regula los dos supuestos referentes a la entrega de la mercancía (rechazo y abandono), mientras que el art. 512 se centra en los relativos al flete (junto con el pasaje y demás gastos conexos a su transporte). Todo ello llevaría a concluir que la alusión al abandono de mercancías en la regulación del expediente notarial obedece a un error del legislador y debe entenderse carente de aplicación para los supuestos de abandono y rechazo de la mercancía por el porteador, siendo la autoridad judicial la competente para resolver sobre el depósito y venta de la mercancía en esos supuestos. Creemos que esta última debe prevalecer.

diferencia de que el relativo al expediente notarial parece incidir en aquellas situaciones en las que los efectos depositados presenten riesgos de deterioro o los gastos de conservación fueran desproporcionados)⁶⁹.

c. Obligaciones documentales

En lo referente a los documentos de transporte la LNM dedica los arts. 246-266 a regular el conocimiento de embarque; los arts. 268-271 a la carta de porte marítima y el art. 267 al documento de transporte multimodal. No dedica, sin embargo, ningún artículo de forma expresa a regular el régimen jurídico de las pólizas de fletamento, salvo menciones esporádicas en su articulado⁷⁰ (la Exposición de Motivos de la Ley sí que se refiere a ellas en varias ocasiones). Hecho ciertamente significativo dada la amplitud con la que aborda los contratos de fletamento y el papel central que estas tienen, dado que sobre su emisión recae la naturaleza dispositiva de las normas sobre fletamento.

Quizás la referencia expresa más relevante se encuentra en el art. 204.3 LNM. Dado que en el fletamento por viaje el porteador se compromete a realizar uno o varios viajes determinados, nada impide que este pueda suscribir para ello, una o varias pólizas de fletamento. Sin embargo, debido al carácter dispositivo y no formal del contrato de fletamento, la Ley únicamente posibilita a que las partes, si así lo deciden, puedan solicitarse mutuamente la

69 Las situaciones amparadas por el art. 228 para recurrir al depósito judicial son dos: que el destinatario no se presente a recoger las mercancías (supuesto de abandono) o, presentándose, las rechace. Las enunciadas por el art. 512 son: no abono del flete o gastos conexos al transporte (situación de impago), no se presente el destinatario para retirar las mercancías transportadas (abandono) o el transporte no se pueda concluir a causa de circunstancias fortuitas sobrevenidas. El único supuesto que entra en contradicción de los tres es el relativo al abandono ante la ausencia del destinatario. Cuando así ocurra, el porteador se verá en la disyuntiva de tener que acudir a la vía judicial (art. 228) o notarial (art. 512).

70 *Vid.* art. 206 –sobre la posibilidad de subfletamentos, salvo disposición expresa de la póliza en contrario–; art. 207 –sobre responsabilidad solidaria entre porteador y fletador para con terceros y el derecho de regreso que corresponda de acuerdo con la póliza de fletamento–; art. 242 y 244 –sobre *duración y cómputo del plazo de demoras pactadas en la póliza*–; art. 277 –relativo a la validez de las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular la responsabilidad del porteador en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías cuando éstas estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador– y art. 286 –en materia de prescripción para la reclamación de fletes, demoras y otros gastos del transporte según se hubiese acordado en la póliza de fletamento–.

suscripción de una póliza que recoja los términos del contrato. Creemos necesario incidir aquí en la tradicional discusión, no por aumentarla, sino todo lo contrario, sobre el valor “*ad solemnitatem*” de la póliza⁷¹. La LNM parece mantener una postura laxa al respecto, pese a la aparente contradicción en la que incurre en su Exposición de Motivos. Como hemos indicado, el art. 204.3 permite a las partes “solicitarse mutuamente la suscripción de una póliza de fletamento”. Nada parece indicar inexistencia o invalidez del contrato en caso de no hacerlo (salvo los problemas probatorios que surgirían en caso de incumplimiento por alguna de ellas). Sin embargo, la EM afirma –y de ahí la confusión– que “*cuando exista póliza de fletamento [no dice contrato de fletamento, sino el documento de la póliza] el régimen legal tendrá carácter derogable, dada la posición de igualdad entre fletadores y armadores*”. Interpretación a *sensu contrario*, permitiría afirmar que cuando “no exista” póliza de fletamento, pese a que las partes hayan acordado un fletamento, el régimen tendrá carácter inderogable, lo cual parece a todas luces inoportuno.

Junto con la póliza de fletamento (que rige la relación entre fletador y porteador⁷²), el porteador –por sí mismo, o por medio del capitán o de un agente–, y una vez que las mercancías estén a bordo del buque, deberá entregar al cargador un CE –o un conocimiento recibido para embarque si este se emite antes de que las mercancías se encuentren a bordo del buque–. La función del CE en una relación de fletamento es, en principio, únicamente la de acreditar el hecho de haberse recibido las mercancías –y su estado– a bordo (título probatorio), así como la de servir de título de crédito para su entrega en destino (título valor). Es, por tanto, un documento que surge, en la operativa de un contrato de fletamento, durante la ejecución del fletamento –a diferencia de

71 Sobre la misma, *vid.* GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso...*, cit., pp. 484-485.

72 No debe olvidarse a la hora de acoger estas afirmaciones cuál es el origen de las pólizas de fletamento. Este, como es sabido, se encuentra en el ámbito del Derecho anglosajón, y cuyo contenido se han ido redactando (sobre todo las cláusulas más antiguas) en un proceso de diálogo con las normas que la jurisprudencia inglesa iba creando. De forma que es difícil comprender plenamente la construcción y sentido de estas pólizas si no es teniendo muy en cuenta ese marco jurídico en que han nacido. Así, como acertadamente señala GABALDÓN, la interpretación otorgada por la jurisprudencia anglosajona a determinadas cláusulas de las pólizas de fletamento, debe ser aceptada, incluso en otros ámbitos jurídicos distintos, como el nuestro, no porque el Derecho inglés sea aplicable expresamente (bajo el paraguas de ley aplicable) a esa concreta relación contractual, que dependerá del texto de la cláusula, sino en calidad de interpretación usual (arts. 57 C.Com. y 1287 Cc). *Vid. Ibid.*, p. 484.

la póliza que es, con los matices propios, el documento constitutivo del mismo—. Es claro, por todo lo anterior, muy distinto el carácter de ambos documentos: uno está destinado a plasmar el contenido y existencia del contrato, el otro simplemente a recoger un aspecto de su ejecución⁷³.

Junto con la póliza de fletamento y el CE, el porteador podrá, si hubiera detectado que la descripción de las mercancías, su naturaleza, marcas de identificación, número de bultos y, según los casos, la cantidad, el peso o el estado aparten de las mercancías declaradas por el cargador, no coinciden con la realidad de las recibidas, incluir en el CE una reserva en la que hará constar el estado real y las inexactitudes comprobadas (art. 257). La inserción de una o varias de estas reservas en el CE privará al documento de fuerza probatoria en los términos de la reserva (art. 259). Por el contrario, en defecto de reserva por el porteador, se presumirá que este las ha recibido en buen estado⁷⁴.

2. Obligaciones del Fletador

a. Facilitar la ejecución del transporte: la entrega en origen y recepción en destino de la mercancía

El fletador está obligado a suministrar al porteador las mercancías que se van a transportar (art. 229 LNM). Este acto es el presupuesto inicial lógico de la ejecución del transporte, ya que, sin él, la operativa siguiente sería

⁷³ La coexistencia de ambos plantea problemas de no fácil solución en ocasiones. Sobre ellos, *vid. Ibid.*, p. 485. Especialmente, téngase presente los supuestos en que en el CE aparecen cláusulas que difieren de lo establecido en la póliza (e.g., las menciones relativas al flete o a las condiciones de carga, estiba y descarga) o los supuestos en que el CE es endosado o transmitido de alguna manera según la forma de circulación del título, pasando a manos de un tercero distinto del fletador (el futuro destinatario), quién es, en principio, ajeno a la relación contractual e ignora las condiciones del transporte pactadas en la póliza. Nada dice nuestra LNM al respecto, a excepción –y en lo concerniente a los CE transmitidos a tercero– de las cláusulas de jurisdicción: “El adquirente del CE de adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX” (art. 251).

⁷⁴ Si el porteador no hubiera tenido medios adecuados para comprobar la exactitud de las declaraciones del cargador sobre la naturaleza de las mercancías, las marcas de identificación, el número de bultos y, según los casos, la cantidad o el peso, podrá incluir en el conocimiento la correspondiente reserva en la que hará constar su imposibilidad de comprobación o lo que razonablemente considere información exacta.

imposible. Su incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, puede suponer un grave atentado a la economía del contrato y frustrar las expectativas de rentabilidad del porteador, especialmente en el fletamento por viaje, en el que este habrá dedicado un *tiempo* valioso a poner a disposición del fletador en el puerto convenido. Como previsión ante este tipo de incumplimientos, la LNM establece, como veremos, la obligación de pagar el flete de la parte que el fletador se había comprometido a embarcar, resarciendo con ello⁷⁵, de alguna manera, el perjuicio sufrido por la pérdida operativa de parte –o la totalidad– de la capacidad prevista del buque (comúnmente conocido como flete sobre vacío o *dead freight* –art. 230 LNM–), a no ser que el porteador encuentre otra mercancía para completar el cargamento, en cuyo caso deberá abonar la diferencia si la hubiere.

Dicha entrega debe cumplir una serie de características para que pueda entenderse cumplida la obligación del fletador: (a) la entrega deberá producirse en el modo y plazo previamente pactado, lo que ineludiblemente irá ligado a la atribución de las operaciones de carga y descarga de la mercancía y (b) las mercancías presentadas deberán ser las estipuladas en el contrato, tanto respecto de su clase o naturaleza como respecto de su cantidad.

a.1. Forma y plazo de entrega

En paralelo a la puesta a disposición del buque por parte del porteador (primera obligación de este), para que pueda ejecutarse el transporte, el fletador ha de entregar las mercancías en el lugar y momento pactado. De entre las diversas modalidades de entrega, y habida cuenta de la aparente contradicción en la que incurre la Ley sobre la obligación de entrega en origen⁷⁶ (riesgos y costes incluidos), la LNM ha optado por la puesta de la carga al costado del buque para su embarque, salvo que se haya pactado otra forma de entregar las mercancías para el transporte (art. 229). Con tal fin, en el contrato de fletamento por viaje –y a diferencia de los dispuesto para el fletamento de mercancías determinadas (art. 218.2 LNM)– el fletador deberá ocuparse y preocuparse de la realización de dichas operaciones. Dado que la LNM no

⁷⁵ Se ha discutido profusamente sobre la naturaleza de este flete sobre vacío, siendo considerado por algunos como una indemnización de daños y perjuicios por el menor embarque de la mercancía inicialmente pactada; y por otros como una auténtico flete o contraprestación contractual. Clasificación que tiene importancia a la hora de aplicar los preceptos sobre prescripción y sobre garantías para el cobro del flete. Parece que el art. 230 LNM se inclina más por esta segunda interpretación.

⁷⁶ *Vid.* nota 40.

regula ningún plazo legal de entrega desde la perfección del contrato, ni siquiera supletoriamente en defecto de acuerdo, habrá que estarse a lo acordado por las partes, teniendo presente, la correlativa obligación del porteador de puesta a disposición del buque en perfecto estado de navegabilidad para recibir la mercancía⁷⁷.

Si no lo hiciera así, la LNM faculta al porteador a resolver el contrato de fletamento, si bien no de manera automática, una vez transcurrido el plazo de plancha⁷⁸; esto es, concluido el plazo previsto para finalizar la operación de carga o descarga (art. 229.1)⁷⁹. No se contempla en la Ley el denominado “flete falso” en caso de que el fletador desista del fletamento celebrado una vez cargadas las mercancías, procediendo a su descarga con anterioridad al comienzo del viaje. Ello permitiría al porteador recibir una cantidad de dinero (usualmente la mitad del flete) pactada previamente, a modo de cláusula penal, en caso de que el fletador hubiese resuelto el contrato de fletamento. Sí que posibilita la Ley la reclamación indemnizatoria que estime oportuna el porteador por los perjuicios sufridos ante dicha actitud del fletador (art. 229.1).

a.2. Clases de mercancías para su embarque

Junto a la obligación de entrega de la mercancía en origen (y su paralelo en destino respecto del destinatario⁸⁰), la LNM dispone que algunas reglas sobre las mercancías que deberán ser embarcadas. No podrán embarcarse mercancías de clase distinta de la contratada⁸¹ (embarque clandestino), salvo que

⁷⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El contrato de fletamento: deberes del fletador”, en *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 318.

⁷⁸ La LNM regula con detalle en los arts. 239 a 245, bajo el epígrafe “De la plancha y demoras” los plazos de carga y descarga de la mercancía (conocidos como *estadía* o *laytime*) y la entrada en demoras, duración, cómputo y su importe. Un estudio detallado al respecto será objeto de otro capítulo de esta obra.

⁷⁹ En el fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, el porteador podrá considerar resuelto el contrato si la mercancía no le fuera entregada en plazo que permita su embarque durante la estancia usual del buque en puerto, siempre que hubiera avisado previamente al cargador, reclamando, además, la indemnización por los daños y perjuicios que se deriven del incumplimiento del plazo (art. 229.2).

⁸⁰ Sobre la figura del destinatario, su entrada al contrato, derecho y obligaciones, *vid.* RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 117 y ss.

⁸¹ En el CE deberán figurar obligatoriamente la cantidad, descripción y naturaleza de la mercancía embarcada (art. 248.1 LNM).

sea posible hacerlo sin perjuicio ninguno para el porteador –y previa notificación– y a los demás cargadores (231.1 LNM). La razón se encuentra en que el porteador debe acondicionar el buque (obligación de navegabilidad), con anterioridad al embarque, conforme a las mercancías objeto del transporte. Si el porteador ignora las mercancías que debe transportar, no podrá deponer de los medios adecuados para su correcto embarque y posterior transporte, evitando así los riesgos derivados de un transporte en un buque no preparado para recibir cierto tipo de carga, pudiendo hacer peligrar el resto del cargamento y el propio buque.

Ante el supuesto de que se embarcasen mercancías distintas a las pactas sin ser notificado el porteador al respecto, será responsable el fletador de todos los daños y perjuicios que de ello se siguieren para el porteador o demás cargadores, debiendo abonar igualmente el flete que corresponda en función de la clase de mercancías efectivamente embarcadas. Además, la LNM faculta al porteador para descargar *de oficio* las mercancías si resultare conveniente para evitar perjuicios graves al buque o al cargamento –tanto del fletador como del resto de cargadores– (art. 231.2), siendo el fletador responsable de los perjuicios que esta descarga pueda acarrear.

En caso de que las mercancías presentadas para su embarque, pese a no ser las pactadas inicialmente, puedan ser transportadas sin riesgo alguno para el resto de carga como para el propio buque (salvo los genéricos de todo transporte), se embarcarán. Requerirá, pese a que no lo dice expresamente la Ley, pero en sintonía con el precepto, el consentimiento del porteador. Podrá el porteador entonces exigir el flete que corresponda usualmente a la mercancía embarcada (art. 231.1).

Si el fletador embarcase mercancías peligrosas⁸² (que deberán estar en todo momento marcadas y etiquetadas por el cargador conforme a las normas vigentes para cada clase de estas mercancías) sin previa declaración de su naturaleza al porteador o sin el consentimiento de éste para su transporte, será responsable ante el porteador y ante los demás cargadores de todos los daños y perjuicios causados. Como medida temporal, el porteador podrá en todo momento desembarcar dichas mercancías peligrosas, destruirlas o transformarlas en inofensivas según lo exijan las circunstancias, quedando el fletado despojado de todo derecho a indemnización. Mismas medidas que se

82 Véase con más detalles al respecto GARCÍA ÁLVAREZ, B., “La responsabilidad del cargador en el transporte de mercancías peligrosas”, en *La nueva ordenación del mercado de transporte*, Marcial Pons, 2013, pp. 829-846.

podrán adoptar incluso en el caso de embarque correctamente declarado de mercancías peligrosas, si estas, por su naturaleza, llegan a constituir un peligro real para las personas o las cosas. De igual manera, el fletador perderá el derecho a indemnización, con la excepción al supuesto anterior, si el porteador es responsable de la situación de peligro real para las personas o las cosas, a no ser que el porteador sea responsable de la situación de peligro conforme a lo dispuesto en la sección relativa a la responsabilidad del porteador (sección 9^o, y no la 7^o –sobre la carta de porte– como en evidente error parece reincidir la LNM⁸³) o bien cuando proceda su abono en avería gruesa –como consecuencia del embarque de mercancías peligrosas– (art. 232.3 LNM, en relación con la regulación de esta institución en arts. 347-349).

Junto a la obligación de entrega de las mercancías en la misma clase o naturaleza que previamente se estipuló, la LNM regula la obligación del fletador de entregar todas las mercancías para su embarque, y no parte de ellas. Si se produce una falta total en la entrega, se estará ante un supuesto de rescisión anticipada del contrato de fletamento por viaje (art. 272.1 LNM). Si la entrega es parcial, el fletador se enfrenta a un doble problema: la falta de aprovechamiento de la capacidad total del buque, según los términos contratados, y el cálculo del flete, realizado sobre la cantidad pactada previamente. Para paliar este incidente, la Ley sanciona con el pago total del flete al fletador que no cargara la totalidad de las mercancías contratadas (el ya mencionado flete sobre vacío o *dead freight*), debiendo este pagar el flete de la cantidad que deje de embarcar⁸⁴, salvo que el porteador haya tomado otra carga para completar la capacidad del buque (art. 230). La opción elegida por la LNM no es indemnizatoria (por lo debemos entender que no nos encontramos ante una obligación absoluta del fletador), ya que no se imputa al fletador responsabilidad alguna por los daños y perjuicios que su actuación pudiese ocasionar al porteador, sino que opta por dar cumplimiento al contrato en los términos inicialmente pactados, a pesar de la novación –en los términos relativos a la cantidad– sobrevenida, sin posibilidad de resolución contractual ninguna⁸⁵.

83 El error se pone de manifiesto en los artículos 232 y 224 (sobre la arribada por inhabilitación del buque). La razón se encuentra en la dejación de la LNM de la sección que correspondía al Anteproyecto de LNM, cuya sección 7^o sí que dirigía a la responsabilidad del porteador por pérdidas, daño o retraso en la mercancía.

84 Sobre esta modalidad, la doctrina afirma que a este deben aplicarse las mismas reglas que al flete propiamente dicho. Vid. GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, cit., p. 504.

85 *Ibid.*; GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El contrato de fletamento: deberes del fletador”, cit., p. 322.

b. El pago del flete como obligación principal del fletador

b.1. El pago del flete. Cálculo y devengo

El flete es el precio del contrato de transporte marítimo que subyace en el contrato de fletamento por viaje (*vid.* art. 203 LNM). La LNM contiene una serie de reglas genéricas para el cálculo del flete. Como todo precio este podrá ser determinado libremente por las partes recurriendo para ello a una cantidad alzada, un importe en función del peso o cantidad de las mercancías transportadas, en función de su valor, si bien, dada la especialidad de la materia, serán por lo general las pólizas de fletamento las que profundizarán en esta materia.

Como regla general, la Ley parte de la autonomía y libertad de las partes para pactar en el contrato aquello que estimen oportuno sobre el cálculo del flete (art. 233.1), y sólo en los escaso supuesto en que nada se pacte en el contrato, se deberá atender a la siguiente regla (el artículo contempla alguna más, pero son propias del fletamento por tiempo): Si el flete se calculara por el peso o volumen de las mercancías, se fijará según el peso o volumen declarado en el CE, salvo fraude o error. Ello, no obstante, debe subrayarse que, en la práctica, el flete suele fijarse, con pocas excepciones, a tanto alzado o en proporción a la cabida de buque utilizada o a la carga transportada⁸⁶.

También de manera dispositiva, la LNM introduce reglas sobre el devengo del flete en caso de que las mercancías sufran pérdidas o averías (art. 234). Con carácter general, no devengarán flete, salvo pacto en contrario, las mercancías pérdidas durante el viaje a no ser que la pérdida se debiera a su naturaleza, vicio propio o defecto de embalaje. Nos encontramos aquí ante una notable diferencia respecto del Derecho derogado (*vid.* arts. 661 y 676 C.Com.), donde no devengaban flete únicamente las mercaderías que se hubieren perdido por naufragio o varada, ni las que fueren presa de piratas o cuando el buque no se hallase en disposición para navegar al recibir la carga –bajo prueba de los cargadores en el puerto de salida–. Si la pérdida fuera parcial y el flete se hubiera pactado según el peso o medida de las mercancías, no devengará tampoco flete la parte perdida.

Como ya indicamos anteriormente, en los casos de avería del buque u otra causa que lo inhabilite para alcanzar el destino pactado, el porteador deberá, en aras a cumplir su obligación, proveer a su costa y riesgo el transporte hasta destino. Si el porteador no lo hiciera, las mercancías no devengarán flete alguno (art. 224).

86 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 234.

Fuera de estos supuestos, la obligación del fletador subsiste del pago del flete –como obligación principal ante la prestación realizada por el porteador–, de ahí que expresamente establezca la LNM que las mercancías averiadas devengarán el flete pactado, prohibiendo, en términos coherentes con la regla general sobre compensación de créditos del Código Civil (*vid.* arts. 1195 y 1296), que puedan válidamente abandonarse al porteador como forma de pago (art. 234.2).

La LNM no contiene normas sobre el momento en que debe pagarse el flete, por lo que las partes podrán pactar cuanto estime oportuno en este punto, pudiendo cobrarse el flete por adelantado (antes de la entrega en destino) o a portes debidos (una vez que la carga es entregada al destinatario en el puerto de destino). En caso de ausencia de pacto relativo al momento de pago, y siendo inexistente regla supletoria en la LNM, deberá entenderse que la obligación de pago surge en el momento en que se entregan las mercancías al destinatario, momento en que se cumple efectivamente el porteador con su obligación principal⁸⁷.

Finalmente, la acción para exigir el pago del flete tendrá un plazo de prescripción en el contrato de fletamento por viaje de un año desde la entrega de las mercancías al destinatario o desde el día en que hubieran debido entregarse (art. 286 LNM). Sin embargo, en el fletamento por tiempo, el plazo se contará desde el día en que el flete u otros gastos fueran exigibles conforme a la póliza.

b.2. Personas obligadas al flete. La posición jurídica del destinatario

La LNM configura la obligación del fletador del pago del flete de manera incompleta. Esta regula solamente algunos de los aspectos de su cumplimiento como obligación pecuniaria a cargo del fletador o cargador (contraparte contractual del porteador y, por consiguiente, obligada, en principio, a pagar el flete correspondiente en las condiciones pactadas). Sin embargo, la propia estructura del contrato de transporte –como contrato a favor de tercero–, permite a posibilidad de que sea un tercero, el destinatario, el que pueda pagar el flete en destino. Así lo permite expresamente el art. 235.2 LNM cuando afirma que “podrá pactarse que el flete sea pagadero por el destinatario [beneficiario directo de la prestación de transporte] de las mercancías haciéndolo constar así en el conocimiento de embarque o en la carta de porte”. En este caso, el destinatario –parte ajena a la relación contractual *ab initio*–

⁸⁷ GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El contrato de fletamento: deberes del fletador”, cit., p. 324 y las referencias que allí se citan.

estará obligado al pago del flete si –así habiéndose pactado– acepta o retira las mercancías (y sólo desde ese momento) en destino una vez puestas a su disposición por el porteador. Dado el principio de relatividad de los contratos (art. 1257 Cc), si el destinatario rehúsa o no retira las mercancías deberá abonar el flete el contratante del transporte⁸⁸, esto es, el fletador (por lo que la obligación del fletador no desaparece completamente pese a que las partes hubiesen acordado un pago en destino). Igualmente, este último, deberá también abonar la parte del flete que el porteador no hubiera percibido del destinatario a pesar de haber ejercitado los derechos de retención o depósito [que le otorga el art. 237].

Con la LNM, la colaboración del destinatario como acto debido parece ponerse en entredicho. De manera ciertamente contradictoria la Ley regula en preceptos diferentes lo que consideramos ideas contrapuestas. Por un lado, el art. 235 aludido, por otro, el art. 228, el cual parece imponer al destinatario la obligación de colaboración con el porteador en la entrega de la mercancía, ya que, de no hacerlo, bien por no encontrarse en destino, bien por el rechazo tácito o expreso de la mercancía, aquel podrá, a costa del destinatario, almacenar las mercancías hasta su entrega o recurrir a su depósito judicial-notarial⁸⁹. Parece configurarse en este precepto una verdadera obligación⁹⁰ (y no una mera carga) –con su correspondiente responsabilidad por incumplimiento– impuesta al destinatario de reclamar la mercancía transportada.

88 Un aspecto importante de la LNM es el ejercicio del derecho de retención de la mercancía (art. 237) cuando el porteador no perciba el flete, las demoras u otros gastos en los que hubiese incurrido para su transporte sin necesidad de acudir a expedientes de jurisdicción voluntaria o al expediente de depósito y venta de las mercancías (art. 238). Con la LNM el porteador tendrá derecho a retener en su poder las mercancías transportadas –nunca el conocimiento de embarque—. No podrá ejercerse este derecho en contra del destinatario que no sea fletador, salvo que en el documento de transporte conste que el flete es pagadero en destino, por lo que de no hacerlo el destinatario perdería su condición de tercero de buena fe.

89 La lectura conjunta de ambos artículos no aclara de manera precisa si la colaboración del destinatario en la entrega de las mercancías debe entenderse como un acto debido (con las consecuencias jurídicas que su omisión conllevaría) o, por el contrario, de libre disposición por este, ajena a responsabilidad alguna.

90 En esta expresión se encuentra la razón de lo que aquí defendemos. Si se afirma-se, por el contrario, que el destinatario debe aceptar la mercancía para quedar obligado, no tendría sentido la redacción de este precepto, que impone, a costa del destinatario, los gastos de almacenaje hasta su entrega o del depósito judicial cuando este no se presenta o rechaza la mercancía en destino (art. 228 LNM).

Nada se dice en estos artículos sobre la previa *aceptación* de la mercancía para quedar obligado (y, por tanto, responsable) a la recepción de la carga, por lo que el destinatario quedaría legitimado-obligado *desde la presentación del porteador*, sin necesidad de acto expreso de aceptación de la mercancía e incorporación a la relación contractual⁹¹. Hecho que, sin embargo, contradice el requisito de aceptación, tácita (retirando las mercancías) o expresa (aceptando la carga), que el art. 235.2 LNM requiere de este para estar obligado al pago del flete, en caso de que así se hubiese pactado por cargador y porteador, ya que, de no aceptar la mercancía o no retirarla en destino, será el cargador quien deberá hacer frente a todo aquello que se refiere a obligaciones pendientes de cumplimiento (*e. g.*, pago de flete u otras cantidades adeudadas).

Contradicción que entendemos deberá ser resuelta por los tribunales según prioricen uno u otro artículo. Pero quizás el argumento que inclina la balanza, a nuestro entender, en favor de la tesis que afirma la necesidad de aceptación por el beneficiario como momento a partir del cual el tercero se encuentra legitimado para el ejercicio del derecho se localiza en que, pese a que el destinatario pueda ser designado desde la perfección del contrato (*ab initio*), la legitimación como acreedor del derecho del que se beneficia no será hasta que este acepte dicha vinculación⁹². Entendemos que la regla del art. 235 (contenida en la sección de la LNM relativa a las obligaciones del fletador) prevalece, por su especialidad, sobre la regla del art. 228 LNM (recogida dentro del apartado de obligaciones propias del porteador).

Se podría concluir el debate planteado en los términos que siguen⁹³. El derecho del destinatario está subordinado a tres requisitos: dos positivos, la

91 El art. 271, relativo a la entrega de la mercancía cuando se hubiese emitido un documento no-negociable —carta de porte—, nada aclara al respecto. Afirma, tan solo, que aquel tendrá derecho a la entrega de las mercancías en destino sin necesidad de presentar el documento.

92 En el mismo sentido, el futuro derecho uniforme condiciona la obligación a la petición de entrega del destinatario (art. 43 RR). Igualmente, el art. 58 del mismo texto excluye, por la sola razón de su naturaleza, toda responsabilidad del tenedor que no sea el cargador y que no ejercite ningún derecho derivado del contrato de transporte. Por tanto, el art. 43 RR (junto con el art. 58) solo establecería el derecho del porteador a obligar al destinatario una vez que este ha reclamado las mercancías. Y solo una vez que el destinatario exige la entrega, entonces se somete en todos los términos al contrato de transporte al que se adhiere mediante dicho acto.

93 Véase con mayor extensión lo dicho en RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 116 y ss.

llegada, legal o efectiva, de la mercancía y la petición por parte del destinatario en favor del ejercicio del derecho del que es acreedor mediante designación, pese a que esta se produzca *ab initio*, dado el carácter no-negociable del documento emitido⁹⁴, y uno negativo, que antes de este acto el cargador no haya dado aviso expreso al porteador de una diversa disposición de la cosa transportada.

b.3. Derecho(s) de garantía del porteador

Una vez devengado el flete (junto con las demoras y demás gastos devengados por el transporte), la LNM faculta al fletador a disponer de las mercancías, las cuales quedarán afectas al cumplimiento efectivo de la obligación, reconociendo al porteador una serie de derechos de garantía. Con tal fin, la LNM dispone de dos garantías fundamentales: un derecho de crédito privilegiado a los efectos del cobro del flete, demoras y otros gastos ocasionados por su transporte, quedando afectas hasta su entrega y durante los quince días posteriores, salvo que en este último plazo se hayan transmitido por título oneroso a un tercero de buena fe (art. 236); y un derecho de retención del cargamento en favor del porteador mientras no perciba el flete, demoras y demás gastos ocasionados (art. 237.1). Estos derechos o privilegios suponen una *importante innovación*⁹⁵ en nuestro Ordenamiento, configurados estos como de ejecución simultánea (no alternativos)⁹⁶.

Un aspecto importante de la LNM es el ejercicio del derecho de retención de la mercancía anteriormente mencionado –sin necesidad de acudir a expedientes de jurisdicción voluntaria o al expediente de depósito y venta de las mercancías (recogido en los arts. 512 y ss.)–. El porteador estará facultado para retener las mercancías transportadas –nunca el CE como título

94 En caso de emitirse un conocimiento de embarque para el transporte de las mercancías, el derecho quedara incorporado al título, por lo que será su posesión la que determine la legitimación del destinatario.

95 Institución tradicional regulada por los formularios internacionales bajo el título de “*possessory liens*” o “*liens*”. Un ejemplo de este tipo de cláusulas: “19. *Lien: (a) The Owners shall have a lien on the cargo for freight, deadfreight, demurrage and general average contribution due to them under this Charter Party*” (BIMCO Coal-Orevoy Standard Coal and Ore Voyage Charterparty).

96 PULIDO BEGINES, J.L., *Curso de Derecho...*, cit., p. 234; GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El contrato de fletamento: deberes del fletador”, cit., p. 325. Con anterioridad a 2014 se discutía su admisibilidad mediante pacto entre las partes por considerar que era un derecho de carácter legal conforme al art. 665 C.Com. Vid. GABALDÓN GARCÍA; RUIZ SOROA, *Manual...*, cit., p. 508.

representativo de la carga— con la única limitación de ejercer este derecho en contra del destinatario que no sea el fletador o salvo que en el documento de transporte conste que el flete es pagadero en destino, por lo que de no hacerlo el destinatario perdería su condición de tercero de buena fe⁹⁷.

III. Extinción del contrato

La extinción anticipada del contrato de transporte marítimo ha sido tradicionalmente objeto de atención de los contratos de fletamento por tiempo/viaje, no así por el transporte en régimen de CE. Dado el carácter unitario en su regulación por el que aboga la LNM, la confusa regulación del Derecho derogado queda sustituida por un conjunto de normas claras. El contrato de fletamento por viaje se extingue, como cualquier otro contrato, cuando concurre alguna de las causas generales de extinción de la relación obligatoria. La Sección 8^o del Capítulo II (Título IV) de la LNM (arts. 272-276) regula algunas de estas bajo la denominada “extinción anticipada del contrato”. Título bajo el que se contemplan situaciones diversas. Algunas de ellas ya las hemos mencionado a lo largo del trabajo.

Quedará extinguido el contrato en los casos siguientes:

Con carácter general, (i) si el buque perdiese o quedase —antes de iniciar la travesía marítima⁹⁸— definitivamente inhabilitado para navegar, siempre que no exista culpa de ninguna de las partes en dicho impedimento (art. 211). En el supuesto concreto del contrato de fletamento por viaje, de manera excepcional al fletamento por tiempo, si las mercancías transportadas se perdiesen —sin culpa del fletador— antes del embarque en el buque; o (ii) cuando el transporte contratado se hiciera imposible por disposiciones de las autoridades o por causas ajenas a la voluntad de las partes (incluidas el inicio de un conflicto armado en el que estén comprometidos el país del puerto de carga o el de descarga), siempre que dicha imposibilidad sobrevenida se produzca con anterioridad al inicio de la travesía. En los supuestos anteriores, el porteador deberá proceder, en su caso, a la descarga y devolución de las mercancías cargadas, quedando el fletado obligado a soportar el coste y riesgo de esta operación.

97 Sobre el derecho de retención de la mercancía como garantía de pago en nuestra LNM ya tuvimos la ocasión de pronunciarnos más extensamente en RODRIGUEZ DELGADO, J.P., *El periodo de responsabilidad del porteador...*, cit., p. 147 y ss.

98 A diferencia del fletamento por tiempo que se producirá se producirá en cualquier momento en que el buque se perdiese o inhabilitase definitivamente (art. 272.1).

También quedará extinguido el contrato de fletamento por viaje en caso de pérdida de las mercancías –antes de su embarque– sin que medie culpa del fletador o del cargador (art. 272). Dado que, salvo pacto en contrario, la entrega se produce al costado del buque en los fletamentos por viaje, la pérdida referida –y pese a encontrarse ya perfeccionado el contrato– no devengará pago alguno del flete en favor del porteador. En caso de culpa, por muy leve que sea, nos situaremos en el terreno del incumplimiento contractual (y la consiguiente responsabilidad). Extinción anticipada que no procederá en el fletamento por tiempo (art. 272.1.b).

Es causa de extinción anticipada del contrato si, a petición de cualquiera de las partes, y antes de comenzar el viaje, sobreviniese algún impedimento, independiente de la voluntad de alguna de ellas, que provocase un retraso tan prolongado que no fuera exigible a las partes esperar a su desaparición (art. 273). Si una vez iniciado el viaje sobrevinieren circunstancias fortuitas que hicieran imposible, ilegal o prohibida su continuación, o un conflicto armado que someta al buque o cargamento a riesgos no contemplados al contratar, el porteador podrá arribar al puerto más conveniente al interés común y descargar allí las mercancías, exigiendo al fletador que se haga cargo de ellas en ese lugar (art. 274). En tal caso, el porteador tendrá derecho al flete en proporción a la distancia recorrida. Para el cálculo del flete parcial se tendrán en cuenta, además de la distancia, el coste, el tiempo y los riesgos de la parte recorrida en proporción al viaje total.

Los artículos 275 y 276 no regula expresamente supuestos de extinción del contrato. El primero prevé una manifestación del denominado “derecho de disposición del fletador”, permitiendo a éste la modificación del puerto de destino distinto del convenio inicialmente –siempre que ello no exponga al buque a riesgos superiores de los previstos al contratar, pague el flete total contratado, así como los mayores gastos que se originen por dicha novación–. Por su parte, el art. 276 regula las consecuencias de la venta del buque sobre los contratos de fletamento existentes sobre el buque (en sus diversas modalidades). Cuando esta tiene lugar antes de comenzar la operación de carga de las mercancías en el buque, quedarán extinguidos todos los contratos de fletamento que hagan referencia al buque enajenado –sin perjuicio, por supuesto, del derecho del fletador a ser indemnizado por el vendedor–, a excepción de los fletamentos por tiempo superior a un año cuando el comprador conociera su existencia en el momento de adquirir el buque. Por el contrario, cuando, ésta tenga lugar una vez comenzada la carga o hallándose el buque

en viaje, no cabrá la resolución del contrato. El comprador deberá cumplir los contratos referentes a las mercancías a bordo, subrogándose en los derechos y obligaciones del porteador.

EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO EN RÉGIMEN DE CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

Javier del Corte López
Abogado

Resumen: El capítulo resume la regulación del fletamento de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, analizando la modernización que ha supuesto la entrada en vigor de la LNM, su regulación unitaria del contrato de fletamento y la remisión a las Reglas de la Haya-Visby. Analiza los elementos personales del contrato así como las cuestiones más relevantes en torno a la figura de porteador y otras figuras (consignatario, transitario). Del mismo modo analiza las funciones reconocidas al conocimiento de embarque y a otros documentos. Finalmente, hace referencia a las obligaciones de las partes que se regulan de manera conjunta para todas las modalidades de fletamento, así como a la responsabilidad del porteador, su capacidad para limitarla, y el ejercicio de las acciones de reclamación.

Palabras clave: Contrato de fletamento de mercancías determinadas, porteador, fletador, destinatario, conocimiento de embarque, carta de porte marítima, responsabilidad, limitación de la responsabilidad, acciones de reclamación.

Abstract: This chapter summarizes the regulation of the carriage of goods by sea, analyzing the update provoked by the come into force of the Maritime Navigation Act, the unifying regulation of the charter parties and the remittal to the Hague and Visby Rules. It analyzes the personal elements of the contract as well as the most remarkable issues regarding the carrier and other parties (ship agent, forwarders). In addition it focuses the different functions recognized to the bill of lading and to other documents. Finally, it refers to the obligations of the parties involved, which are regulated jointly for all the charter parties, as well as to the liability of the carrier, the limitation of liability and the available claims.

Keywords: Carriage of goods by sea, carrier, shipper, consignee, bill of lading, seaway bill, liability, limitation of liability, claims.

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo pretende dar una visión práctica de lo que se viene denominando “contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque” en nuestro ordenamiento.

A tal efecto, analizaremos los elementos personales y formales del contrato, las obligaciones de las partes, el régimen de responsabilidad y las posibles acciones a iniciar en caso de incumplimiento.

Por último, y si de dar una versión práctica del contrato se trata, conviene recordar que el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque siempre suele coexistir con otro contrato subyacente (compraventa, suministro...), lo que evidencia tanto su relevancia práctica como su evidente función económica¹.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

1. La norma nacional: Ley 14/2014, de 26 de julio, de Navegación Marítima²

Existe un amplio consenso en que la promulgación de la LNM supuso el paso de una regulación anticuada, la contenida en el Libro III del Código de Comercio y la Ley de Transporte Marítimo de 1949³, a una regulación moderna y actual, aunque no exenta de críticas⁴.

Para comprender mejor algunas de las cuestiones que pondremos de manifiesto a lo largo de este estudio, se hace necesario analizar con carácter previo qué criterios se siguieron para regular internamente este contrato de transporte y qué aplicación práctica tendrá nuestra ley nacional en un ámbito donde predomina el elemento internacional.

a) Regulación unitaria del contrato de fletamento:

La LNM regula los contratos de utilización del buque en su Título IV, y lo hace distinguiendo, entre otros, el contrato de arrendamiento del buque (Capítulo I)⁵ y el contrato de fletamento (Capítulo II)⁶, que identifica esencialmente con el contrato de transporte⁷.

1 En relación con el contrato de transporte en general, a través de los diferentes medios posibles Cfr. DEL CASTILLO IONOV, R., “El contrato de transporte”, en ABRIL RUBIO, A. (Coord.), *Los contratos mercantiles y su aplicación práctica*, Bosch, Madrid 2017.

2 En adelante nos referiremos a ella como LNM.

3 En adelante C. Co. y LTM.

4 Sobre los trabajos preparatorios, por todos, cfr. FUENTES GÓMEZ, J. C., “El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima”, en VVAA, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson y AEDM, págs. 29/44. Asimismo, *vid.* RECALDE CASTELLS, A., “El objeto y el ámbito material de la Ley de Navegación Marítima”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 33/48.

5 Arts. 188 a 202 LNM.

6 Arts. 203 al 286 LNM, a lo largo de diez secciones.

7 Junto con el arrendamiento de buques y el contrato de fletamento, bajo el Título

La identificación del contrato de fletamento con el contrato de transporte produce como consecuencia la inclusión dentro de esta categoría contractual de las modalidades tradicionales de fletamento, es decir:

- El contrato de fletamento por tiempo (*time charter*) y el de fletamento por viaje (*voyage charter*), a los que dedica el artículo 204 LNM; y
- El ahora denominado fletamento de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque (Art. 205 LNM) que, esencialmente, se define como el transporte de mercancías determinadas por peso, medida o clase, cuyas condiciones se plasman en un conocimiento de embarque o título similar.

Obviamente el legislador no desconoce que existen modalidades de contrato de fletamento que pretenden una finalidad distinta al mero transporte de mercancías⁸ (por ejemplo, tendido de cableado submarino, investigación oceanográfica y pesquera, explotación por la industria del ocio...), pero reconduce la regulación de estas últimas, minoritarias, a la normativa en materia de fletamento en lo que resulte posible, por virtud del artículo 210 LNNM.

Huyendo de las discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica del contrato de fletamento y la corrección de su equiparación o no con el contrato de transporte⁹, la antedicha regulación unitaria producirá como consecuencia natural la existencia de una serie de normas que resultan comunes a todas las modalidades de fletamento (por tiempo, por viaje y en régimen de conocimiento de embarque), sin perjuicio de que luego existan normas singulares

IV de “Contratos de explotación del buque” la LNM regula también el contrato de pasaje (Capítulo III, Arts. 287 a 300), el contrato de remolque (Capítulo IV, Arts. 301 a 306), y el contrato de arrendamiento náutico (Capítulo V, Arts. 307 a 313).

8 Sobre diferentes modalidades alternativas de fletamento Cfr. GOMEZ PRIETO, M^a. T., “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de una nueva modalidad de contrato de fletamento: el contrato de fletamento por tonelaje”, en *Anuario de Derecho Marítimo (ADM)*, Vol. XXIV (2007), págs. 43/89. Y también RODES, J. “Fletamento de buques como hoteles flotantes durante los juegos de la XXV olimpiada de Barcelona”, en *ADM*, Vol. XII (1995), págs. 413/430.

9 En contra, ARROYO, I., *Curso de Derecho Marítimo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 2001, págs. 441/444, entiende que el contrato de fletamento tiene por objeto la navegación del buque, en vez del transporte. También lo señala como una “apuesta polémica” EMPARANZA SOBEJANO, A., “El contenido del contrato de fletamento”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., *Estudio sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de la Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 2006, págs. 323/351.

aplicables a las diferentes modalidades que caen ahora dentro de esa categoría unitaria¹⁰.

En concreto, el mencionado Capítulo II del Título IV sobre el fletamento regula determinadas relaciones jurídicas de forma común para sus distintas modalidades (por tiempo, viaje o en régimen de conocimiento) y, en concreto:

- Las obligaciones de las partes: Incluyendo las obligaciones del porteador en su Sección 2ª (Arts. 211 al 228) y las del fletador o cargador en su Sección 3ª (Arts. 229 al 238)¹¹.

- Los elementos formales del contrato: Que serán atinentes –esencialmente- al fletamento en régimen de conocimiento de embarque, incluyendo no solo el conocimiento de embarque en su Sección 5ª (Arts. 246 al 266), sino también el documento de transporte multimodal en su Sección 6ª (Art. 267), y las cartas de porte marítimo en su Sección 7ª (Arts. 268 al 271).

- La responsabilidad de las partes: En concreto la posibilidad de extinción anticipada del contrato en su Sección 8ª (Arts. 272 al 276) y los supuestos de responsabilidad del porteador por pérdida, daños o retraso en su Sección 9ª (Arts. 277 al 285).

- El período para el ejercicio de las acciones de responsabilidad, en su Sección 10ª (Art. 286).

b) Técnica legislativa empleada en la LNM:

La modernización de nuestro ordenamiento se llevó a cabo por nuestro legislador, en lo que atañe al contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, valiéndose de una técnica legislativa consistente en la remisión a un convenio internacional ya existente y que ha resultado ampliamente acogido en el ámbito internacional, las Reglas de la Haya-Visby¹².

En efecto, basta remitirse al artículo 277.2º LNM:

«Los contratos de transporte de mercancías, nacional e internacional, en régimen de

10 SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “El contenido del contrato de fletamento”, en EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTÍN OSANTE, J. M. (Dirs.), Op. Cit., *Comentarios...* págs. 295/296.

11 El Capítulo II dedicado al contrato de fletamento también incluye disposiciones específicas sobre el tiempo de plancha y las demoras en la Sec. 4ª (Arts. 239 al 245) que no serán de aplicación a la modalidad objeto de estudio.

12 Nos referimos al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, de 25 de agosto de 194, según modificaciones de los Protocolos de 1968 y 1979, publicado en la Gaceta de Madrid núm. 212, de 31 de julio de 1930 y BOE de 11 de febrero de 1984. En adelante nos referiremos a ellas como RHV.

conocimiento de embarque y la responsabilidad del porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque firmado en Bruselas el 26 de agosto de 1924, los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esta Ley».

La propia Exposición de Motivos de la LNM justifica la remisión a las RHV por la amplísima aceptación de la que gozan las mismas en el ámbito internacional, lo que explica la evolución sufrida desde la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima¹³ hecha por la Comisión Especial de Codificación, que se encontraba en sintonía con las denominadas Reglas de Hamburgo¹⁴, hasta la actual redacción.

Sin embargo, y como ya hemos adelantado, dicha técnica legislativa no es ajena a la crítica¹⁵, fundamentalmente por dos motivos:

- Porque las RHV solo regulan algunos aspectos concretos del transporte en régimen de conocimiento de embarque (esencialmente la responsabilidad del porteador), por lo que el legislador lejos de limitarse a una mera remisión a las RHV en bloque, ha optado por regular las situaciones no previstas en el texto del convenio, lo puede favorecer problemas de interpretación y de aplicación.

- Porque con la técnica legislativa de remisión a un convenio las RHV resultarán aplicables a relaciones jurídicas que caen fuera del ámbito de aplicación del propio convenio, como es el caso del cabotaje (expresamente excluido en el artículo 10 RHV) o el caso de los conocimientos de embarque emitidos sobre una póliza de fletamento (excluido igualmente en virtud de los artículos 1.b) y 5) RHV.

13 En adelante APLGNM.

14 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978. En este sentido, conviene recordar que la Memoria de la Propuesta de APLGNM publicada por el por el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia en 2005 recogía precisamente la voluntad de huir del régimen de responsabilidad previsto en las RHV en favor del previsto en las Reglas de Hamburgo, de mejor factura técnica y que suponía un régimen de responsabilidad más equilibrado entre porteadores y cargadores, como lo evidencia la desaparición de la denominada “falta náutica” en dicho convenio.

15 Por todos, distinguiendo entre las posibilidades de legislar en el ámbito nacional sobre aquellas instituciones marítimas reguladas por convenios universales (que agotan todas las situaciones imaginables con relación a esa institución) y no universales (que dejen aspectos de la institución sin regular) cfr. RUIZ SOROA, J. M. “El Derecho uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit., *Comentarios...*, págs. 49/60.

c) Aplicación práctica de la norma:

Por último, no podemos sustraernos a la cuestión de la aplicación práctica que la LNM puede tener, en el marco de una modalidad de contratación que implica habitualmente la existencia de un elemento extranjero o cláusulas de ley aplicable¹⁶.

A la vista del artículo 2 LNM, que establece el sistema de fuentes y la interpretación de las normas de la LNM y del sistema español de ratificación de convenios internacionales previsto en el artículo 96 de la Constitución, la conclusión más evidente es que la aplicación de la LNM sería residual, limitada básicamente a la navegación de cabotaje, en detrimento de la normativa internacional¹⁷.

Sin embargo, la norma nacional puede resultar igualmente aplicable en otros escenarios:

- Las RHV regulan esencialmente la cuestión relativa a la responsabilidad del porteador, por lo que en aquellas cuestiones no reguladas por dicho convenio deberá acudir a la norma de conflicto que nos indique la ley aplicable al contrato¹⁸, que bien pudiera ser la ley española¹⁹.

- Adicionalmente a lo anterior, tampoco puede desconocerse que nos encontraremos con situaciones en las que la ley española es igualmente aplicable por la cláusula de remisión prevista en el artículo 277.2º LNM, a alguno de los casos excluidos de la regulación de las RHV²⁰.

- Y finalmente, es una tendencia lógica del órgano jurisdiccional que debe

16 Generalmente por remisión a ordenamientos que incorporan las RHV o a éstas directamente.

17 En este sentido se pronuncia PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los contratos de utilización del buque en la ley de navegación marítima”, en SANJUAN, E., y CAMPUZANO, A. B., (Coords.) *Comentarios a la ley de navegación marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

18 Esencialmente en nuestro ámbito serán el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), y el Convenio Internacional sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980.

19 PÉREZ BENÍTEZ, J. J., “Los contratos de utilización del buque en la ley de navegación marítima”, en SANJUAN, E., y CAMPUZANO, A. B., (Coords.), *Op. Cit., Comentarios a la ley...*

20 Sostiene esta opinión RUIZ SOROA, J. M. “El Derecho uniforme en la Ley de Navegación Marítima”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., *Op. Cit. Comentarios...* págs. 49/60. En sentido similar, analizando las relaciones entre la LNM y los convenios internacionales Cfr. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, J. M., “Los tratados internacionales en la nueva Ley de Navegación Marítima”, en VVAA, *Comentarios...* págs. 45/60.

conocer de una controversia acudir a su ley nacional, aunque sea por vía analógica, para interpretar cuestiones que no vengan reguladas en el convenio internacional que resulta de aplicación a la misma, máxime cuando ha sido ratificado por España, lo que le hace a todos los efectos Derecho interno.

2. Las normas internacionales:

Pudiera parecer un contrasentido referirse a la normativa internacional en un trabajo que pretende analizar el contrato de fletamento bajo conocimiento de embarque a la luz del Derecho español. No obstante, como se ha justificado en el ordinal anterior, atendiendo a la técnica legislativa empleada por nuestro legislador parece necesario referirse, aunque sea brevemente, a algunos de los convenios internacionales que regulan esta modalidad contractual.

a) *Las Reglas de La Haya Visby:*

Las RHV, a diferencia de lo que ha hecho el artículo 277.1 LNM, no incorporan una declaración general de responsabilidad del porteador que presida e informe toda la regulación posterior de su responsabilidad²¹.

Las RHV regulan esencialmente la responsabilidad del porteador y, en resumen, imponen una responsabilidad legal de mínimos que el porteador no puede excluir ni atenuar (Art. 3.8 RHV), pudiendo, en todo caso, incrementarla (Art. 5 RHV). Asimismo, reconocen y admiten casos tasados de exoneración de la responsabilidad (Art. 4 RHV) y reconocen igualmente, salvo en casos de grave negligencia o dolo civil, la posibilidad de que el porteador se acoja a la limitación de responsabilidad prevista en su articulado (Art. 4.5 RHV)²².

21 La regulación de la responsabilidad por las RHV ha sido objeto de crítica por un amplio sector de la doctrina, precisamente, por la ausencia de esa declaración de responsabilidad que presida de manera sistemática el catálogo de excepciones que supone su articulado. Así se expresan EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTIN OSANTE, J. M., “El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTINEZ SANZ, F., (Dir.) y PUETZ, A., (Coord.), *Manual de derecho de transporte*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010, págs.130 y ss.

En idéntico sentido, Vid. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA, S., y GONZALEZ, M., *Manual de derecho del Transporte Marítimo*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz, 1997, pág. 445 y ss., y SANCHEZ CALERO, F., *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, Aranzadi, Navarra 2000, págs. 337 y ss.

22 Una interesante comparativa del régimen de responsabilidad en los tres convenios internacionales puede encontrarse en SERRANO FERNANDEZ, M., “La responsabilidad

b) Las Reglas de Hamburgo:

Una breve mención a *lo que pudo haber sido y no fue* resulta obligada al tratar la regulación internacional, pues conviene recordar que el APLGNM seguía originalmente el modelo de las citadas Reglas de Hamburgo²³.

La referencia es igualmente obligada porque dicho convenio, de mejor factura técnica, intentaba que la regulación de la responsabilidad del contrato de transporte marítimo estuviese más equilibrada entre los intereses en juego, esto es, los del porteador y los del cargador²⁴ y, a tal fin, incluía novedades y diferencias notables respecto de las RHV, alguna de las cuales ha permanecido en nuestra actual regulación.

Ejemplos que finalmente han encontrado reflejo en la LNM lo constituyen el fin de lo que se ha venido denominando el «seccionamiento» (*depeçage*) del transporte marítimo, que permite entender que el período de custodia de la mercancía comienza cuando el porteador se hace cargo de la misma y termina cuando la pone a disposición del destinatario, y la regulación positiva de la responsabilidad por retraso en la entrega de la mercancía, que no se prevé en las RHV (y sí en las RH) y cuyo reconocimiento se basaba hasta la fecha en una construcción jurisprudencial²⁵.

del porteador marítimo en la nueva Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima. Un análisis comparativo con las Reglas de La Haya/Visby, las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam”, en *Revista de Derecho del transporte (RDT)*, núm. 15 (2015), págs. 63/95.

23 A la fecha de este trabajo han ratificado las Reglas de Hamburgo un total de 34 Estados, el último de ellos en 2007 (Albania). El seguimiento del estado de dicha convención puede hacerse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/Hamburg_status.html

24 Resulta particularmente ilustrativo, al expresar el sentir de los ponentes de la Comisión de Codificación encargada de redactar el APLGNM, el coloquio mantenido sobre este particular en las Jornadas mantenidas en Madrid el 1 y 2 de junio de 2005. En tal sentido cfr. ARROYO MARTINEZ, I. (Coord.), *Jornadas sobre la propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, AEDM y Thomson Civitas, Navarra 2005, págs. 141/156

25 STS (Sala 1ª) núm. 16/2012, de 26 enero y núm. 519/2009, de 6 de Julio. SAP Vizcaya de 23 de octubre de 2000, SAP Barcelona de 7 de junio de 2002 y SAP Baleares de 17 de mayo de 2002.

Para un análisis pormenorizado del régimen de responsabilidad originalmente previsto en el PLGNM siguiendo la estela de las reglas de Hamburgo, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., “La responsabilidad del porteador marítimo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J. M., *Estudio sistemático de la Propuesta...*, págs. 353/382.

c) La legislación a futuro. Las Reglas de Rotterdam:

La Disposición Final Primera de la LNM prevé la posibilidad de que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, firmado el 23 de septiembre de 2009, entre finalmente en vigor²⁶, en cuyo caso establece un mandato al Gobierno para que remita a las Cortes Generales un proyecto de ley que incluya las modificaciones que resulten precisas en la LNM.

Es obvio que existen notables diferencias entre la normativa a la que actualmente se remite nuestra LNM (las RHV) y las Reglas de Rotterdam que por motivos de extensión no es posible analizar aquí²⁷ y que, en consecuencia, en caso de su entrada en vigor nuestra legislación precisará esa adecuación.

III. ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO

Tal y como se ha indicado anteriormente, el artículo 203 LNM define el contrato de fletamento e identifica a las partes del mismo.

Artículo 203. Concepto.

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

De conformidad con dicho precepto, la prestación comprometida en el contrato de fletamento, por tanto, será la del transporte de mercancía (transportarla desde un lugar a otro y entregarla a la persona indicada) a cambio de

²⁶ De conformidad con su Art. 94, el Convenio requiere el depósito de al menos veinte (20) instrumentos de ratificación. España ratificó las Reglas el 19 de enero de 2011, pero a la fecha de este Art. el Convenio cuenta únicamente con tres (3) ratificaciones. El estado del convenio en cuestión puede seguirse en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html

²⁷ Sobre la regulación proyectada *vid.* por todos, LÓPEZ RUEDA, F. C., *La responsabilidad del porteador y las partes ejecutantes en las Reglas de Rotterdam*, J. M. Bosch Editor, Madrid 2015. EMPARANZA SOBEJANO, A., *Las reglas de Rotterdam. la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Madrid 2010. RUIZ SOROA, J. M., “La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam. Una guía de urgencia”, en *RDT*, núm. 4 (2010), págs. 13/38. LÓPEZ SANTANA, N., “Las operaciones de puerta a puerta en el Convenio de Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Cuestiones de responsabilidad” en *RDT*, núm. 1 (2008), págs. 295/355.

un precio (flete) y por lo tanto las partes involucradas serán el porteador, el cargador y el destinatario de la misma.

No obstante, tanto las RHV a las que se remite la LNM como el propio articulado de la ley se refieren, además, como veremos a otras personas que pueden igualmente intervenir en la ejecución de este contrato.

1. El porteador

a) Identificación del porteador

Las RHV, a las que se remite el art. 277.2º LNM, definen en su artículo 1, a) al porteador como “el propietario del buque o el fletador en un contrato de transporte con un cargador”.

La anterior redacción parece referirse no tanto a qué es el porteador como a quién puede ostentar dicha posición en el contrato, puesto que tanto el propietario del buque como su fletador pueden asumir la obligación de transportar la mercancía frente al cargador.

Existen, por tanto, al menos dos criterios para identificar al porteador²⁸:

- El criterio contractual: Esto es, atendiendo a quién figura en el contrato de transporte como porteador (*carrier*). Este criterio será sencillo de seguir en el transporte de línea regular en el que el propio conocimiento de embarque se emite con el membrete de la línea, y con expresión clara de quién asume contractualmente frente al cargador la obligación de transportar la mercancía.

Acudir al examen del título en el que se plasma el contrato es un recurso tradicional para determinar quién asume la obligación de transportar y, en ese sentido, será necesario dedicar especial atención a quién firma el conocimiento de embarque y la calidad en la que lo rubrica, puesto que a menos que figure firmado por el fletador o un representante del mismo, es previsible que el naviero resulte vinculado como porteador²⁹.

28 Siguen este sistema EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTÍN OSANTE, J. M. “El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTINEZ SANZ, F. (Dir.), y PUETZ, A. (Coord.), Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 113/137.

29 Dan cuenta de la amplia casuística y apuntan una “fuerte tendencia” de la jurisprudencia y la doctrina en Derecho comparado a considerar que el concepto de porteador no se agota en el mero dato de la asunción contractual de la obligación de transporte, sino que incluye al naviero que materialmente lo realice (salvo los casos de arrendamiento de buque), RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho del Transporte...* pág. 382.

- El criterio de la prestación efectiva: Esto es, atendiendo a quién ejecuta efectivamente la prestación de transportar la mercancía con independencia de que haya celebrado un contrato con el cargador directamente. Este criterio, que se basaba originalmente en las reiteradas menciones al buque como sujeto de responsabilidad en la redacción de las RHV y en que de sus artículos 6 y 7 podría deducirse la condición de porteador del naviero del buque, viene ahora refrendado por la responsabilidad solidaria que le atribuye el artículo 278 LNM frente al cargador tanto a quien asume la obligación de transportar como a quien la ejecuta efectivamente con sus propios medios³⁰.

Se trata de un examen que puede resultar especialmente útil en aquellos casos, usuales en la práctica del transporte *tramp*, en los que el conocimiento de embarque no se redacte de manera clara por emitirse por un fletador (por tiempo o por viaje) que a su vez carga mercancía de terceros, o en los que simplemente se emita un conocimiento de embarque sin membrete ni indicación de empresa alguna, pudiendo además firmarse cualquiera de esos ejemplares por el capitán o un agente, sin indicar claramente en calidad de qué lo firma³¹.

b) La cláusula de “identidad del porteador”:

Una práctica extendida en el tráfico marítimo internacional ha consistido en la inclusión en el reverso de los conocimientos de embarque de las denominadas cláusulas de identidad del porteador (*identity of carrier* o *demise clause*) que, pese a su origen, se revelaron pronto como un intento de eludir la responsabilidad del fletador que emitía el conocimiento de embarque para transportar la carga de terceros, intentando –con una redacción más o menos tortuosa- aparecer como mero auxiliar del naviero o propietario del buque, a quien se identificaba como auténtico deudor de la prestación³².

En este punto, debe tomarse en consideración que el régimen de responsabilidad al que más tarde tendremos ocasión de referirnos tiene carácter im-

30 EMPARANZA SOBEJANO, A., *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Ed. Comares, Granada 2003, págs. 333 y ss.

31 En extenso sobre la identificación del porteador en las RHV, Cfr. SANCHEZ CALERO, F., Op. Cit. *El contrato de transporte marítimo...* págs. 132/150.

32 Sobre su origen y coincidiendo en su amplio rechazo Cfr. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho del Transporte...* págs. 384. EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTÍN OSANTE, J. M. “El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTINEZ SANZ, F. (Dir.), y PUETZ, A. (Coord.), Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 124/125. SANCHEZ CALERO, F., Op. Cit. *El contrato de transporte marítimo...* págs. 149/150.

perativo en el ámbito del contrato de fletamento de mercancías determinadas bajo conocimiento de embarque y que se expresa en el mismo sentido que el artículo 3.8 RHV, que declara la nulidad de toda cláusula que pretenda la exoneración o atenuación de la responsabilidad del porteador.

Por otra parte, el artículo 207 LNM prevé expresamente la situación en la que el fletador por tiempo o el fletador por viaje de un buque (en ambos casos con la gestión comercial del mismo) aprovechen para transportar mercancías de terceros cargadores, emitiendo conocimientos de embarque en su propio nombre³³, declarando su responsabilidad solidaria frente a los terceros por los daños y averías de las mercancías transportadas, con sujeción a la responsabilidad que la LNM prevé para el fletamento en régimen de conocimiento de embarque, y ello sin perjuicio del derecho de regreso entre ellos de conformidad con las previsiones que incluya la correspondiente póliza de fletamento.

Por lo tanto, y como regla general, cuando la cláusula pretenda servir no tanto para identificar al porteador sino para excluirle de la aplicación del régimen de responsabilidad previsto en la LNM, la misma deberá reputarse nula³⁴.

2. Transitarios y consignatarios

En la ejecución práctica del contrato de fletamento en régimen de conocimiento de embarque terminan interviniendo otros agentes, lo que justifica que la actual LNM incluya algunas referencias a los mismos

a) El transitario: Triunfo de la tesis del porteador contractual:

A la hora de establecer el régimen de responsabilidad en el fletamento, el

33 Piénsese, por ejemplo, en el caso de un fletamento por tiempo en el que el buque sigue tripulado y capitaneado por dependientes del fletante, pero es el fletador quien ostenta la gestión comercial del mismo y decide transportar mercancías de terceros, emitiendo conocimientos de embarque que puede firmar bien un agente por cuenta y en nombre del fletador, bien el capitán del buque, que deberá hacerlo en forma similar y amparado por las correspondientes previsiones en la póliza de fletamento, para no vincular con su firma al fletante.

34 Mayor controversia ha venido provocando su validez en Reino Unido, hasta la resolución del asunto *Hamburg Houtimport B.V. v. Agrosin Private Ltd., and others* (The STARSIN), [2000] Lloyd's Rep. 85, que –resumidamente- llega a la conclusión de que las indicadas cláusulas insertas en el conocimiento de embarque pueden ser anuladas por las provisiones del anverso del título (por ejemplo, la firma), cuando éstas dejan claro al cargador que está contratando con el fletador.

artículo 278 LNM regula las figuras del porteador contractual y el porteador efectivo, e impone a ambos, frente al cargador, un régimen de responsabilidad solidaria por los daños, perjuicios o retrasos en la entrega de la mercancía³⁵.

Dicho artículo tiene relevancia a los efectos que aquí mencionamos porque define al porteador contractual en su apartado 1 como “quien se compromete a realizar el transporte” y aclara en su apartado 2 que en esa categoría “estarán comprendidos los comisionistas de transportes, transitarios y demás personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros”³⁶.

Por lógicos motivos de extensión no podemos detenernos en la figura del transitario y en el contrato de transporte multimodal³⁷ pero es evidente que en la actual regulación triunfa la tesis del transitario como porteador frente a la que defiende su intervención como un agente o mero comisionista.

b) El consignatario: Cambio en el paradigma de su responsabilidad

El artículo 322 LNM opera un sobresaliente cambio legislativo en materia de la responsabilidad del consignatario del buque, que pone fin a lo que hasta entonces era doctrina jurisprudencial fijada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo³⁸, y que declaraba su responsabilidad solidaria con el porteador por los daños y averías sufridos por la mercancía durante la ejecución del transporte marítimo.

No obstante, y por motivos de extensión, nos remitimos al capítulo correspondiente al contrato de consignación de buques³⁹.

35 Sobre el concepto de porteador contractual *Vid.* GORRIZ LÓPEZ, C., “La noción de porteador en la regulación del transporte marítimo”, en *ADM*, Vol. XVIII (2001), Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Madrid, 2001. EMPARANZA SOBEJANO, A., *Op. Cit. El concepto de porteador...*, págs. 333 y ss.

36 Incluye en este mismo grupo a los fletadores por tiempo o viaje que transporte mercancías de terceros emitiendo conocimientos de embarque, como regula el Art. 207 LNM.

37 En concreto sobre la figura del transitario *Cfr.* TOBÍO RIVAS, A. M., *Los transitarios en el transporte nacional e internacional. Régimen jurídico privado*. Comares, Granada, 2007.

38 STS (Sala 1ª. Pleno), núm. 927/2007, de 26 de noviembre, Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos (núm. recurso 1127/2007).

39 Con relación al régimen de responsabilidad del consignatario antes de la entrada en vigor de la LNM, *cfr.* PENDÓN MELÉNDEZ, M. A., *La responsabilidad del consignatario del buque en el Derecho español*, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria Gasteiz, 2008.

3. El fletador

Una de las consecuencias de la regulación unitaria del contrato de fletamento consiste precisamente en que la LNM no se refiere tanto al “cargador”, mención habitual y típica del antiguo contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, como al “fletador”, mención típica del contrato de fletamento.

El fletador es quien contrata con el porteador y deviene acreedor de la obligación de transportar que éste asume, si bien no se producen los mismos problemas en cuanto a su identificación que en el caso del porteador.

Resulta obvio que se le identificará en el conocimiento de embarque (*shipper*), aunque esa identificación literal en el título no impide que intermediarios, dependientes o auxiliarles actúen finalmente por cuenta de aquél para poner la mercancía a disposición del porteador en el lugar y fecha acordados⁴⁰.

4. El destinatario

La naturaleza de la posición jurídica del destinatario (*consignee*)⁴¹ ha venido siendo objeto de discusión en la doctrina, si bien -dado que no solo asume derechos sino que también asume ciertas obligaciones- más que a través de la tesis del contrato en favor de tercero, sus particularidades parecen explicarse mejor atendiendo a la concesión de derechos a un tercero que no es parte del contrato de transporte⁴².

La condición de destinatario, en el caso del fletamento de mercancías de-

40 RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho del Transporte...* págs. 388.

41 No procede, sin embargo, equipararlo con el “consignatario” o el “consignatario de la mercancía” por traducción del término “*consignee*”, como erróneamente hacía el Art. 668 C. Co. o la versión española de las Reglas de Hamburgo.

42 Sobre la discusión en torno a la cuestión, resume las distintas posiciones doctrinales RECALDE CASTELLS, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Civitas, Madrid 1992, págs. 234/239. Se hacen igualmente eco de la misma, admitiendo la tesis del tercero ajeno al contrato RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit., “*Manual de Derecho del Transporte...*”, págs. 389. En sentido contrario, a favor de la interpretación como un contrato en favor de tercero SANCHEZ CALERO, F., Op. Cit., *El contrato de transporte marítimo...*, págs. 170/172.

terminadas en régimen de conocimiento de embarque, derivará de la legítima tenencia del título que lleva aparejado –como veremos- el derecho de entrega de la mercancía.

IV. ELEMENTOS FORMALES DEL CONTRATO

1. El conocimiento de embarque

Tal y como recoge el artículo 205 LNM, en esta modalidad de fletamento las condiciones del contrato *podrán* figurar en el conocimiento de embarque o en otro *documento similar*.

Partiendo de esa base, cabe preguntarse en primer lugar si emitir el conocimiento de embarque es obligatorio, a lo que el artículo 246 LNM parece responder afirmativamente⁴³, aclarando el artículo 249 LNM que el mismo debe venir firmado por el porteador (o un agente que actúe en su nombre y representación). El título en cuestión podrá firmarlo el Capitán del buque, en cuyo caso se presume que lo hace por cuenta y en nombre del porteador que figure en el documento y, en el caso de que no se identifique suficientemente al porteador, se entenderá firmado por cuenta del armador.

a) Concepto:

Se trata del documento que emite el porteador, el Capitán o el agente del primero, y que otorga el derecho a la restitución de las mercancías en el puerto de destino (Art. 246 LNM). El mismo se entregará al fletador quien lo transmitirá –de conformidad con la ley de circulación aplicable a dicho título- al destinatario, a fin de que pueda reivindicar la entrega de la mercancía en el puerto de destino o negociarlo.

Del mismo modo, el artículo 247 LNM prevé la circunstancia habitual de que se precisen dos o más ejemplares del conocimiento, señalando la obligación de emitir esa pluralidad de documentos cuando así lo solicite el cargador en el momento de entregar las mercancías, con el requisito de hacer constar el número de originales emitidos⁴⁴.

43 Para ZURIMENDI ISLA, A., “El contrato de fletamento: Documentación”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...*, págs. 345/374, en realidad la obligación abarca la de emitir un documento de transporte no negociable, en tanto que la emisión del documento negociable exigirá el consenso de la voluntad de ambas partes.

44 Es habitual que el cargador (ahora fletador) remita los conocimientos de embarque al destinatario por diferentes medios, por ejemplo, a través de mensajería, para que

b) Forma y contenido:

El conocimiento de embarque puede emitirse en papel o, cuando así lo hayan pactado por escrito las partes antes de la carga de las mercancías, en soporte electrónico.

Precisamente, una de las novedades de nuestra ley es la regulación del documento electrónico en los artículos 262 a 267 LNM, sobre la base de tres sencillos ejes⁴⁵:

- Unidad del régimen jurídico aplicable: Los conocimientos de embarque en papel y electrónicos están sometidos al mismo régimen legal, sin que se prevea un régimen especial para el documento electrónico (Art. 264 LNM).

- Equivalencia de los documentos: Ambos títulos producen los mismos efectos y tienen el mismo valor jurídico (siempre que se firmen de acuerdo con sus respectivas provisiones legales), y pueden ser sustituidos el uno por el otro previo acuerdo de las partes (Arts. 263, 265 y 266 LNM).

- Libertad de elección del soporte: El texto legal no opta por ningún sistema de emisión o transmisión de los conocimientos de embarque electrónicos⁴⁶, dejando en manos de las partes la libertad de optar por el concreto sistema de emisión del documento electrónico que estimen oportunos⁴⁷.

La cuestión es de plena actualidad, pues la tendencia en el tráfico mercantil internacional es hacia la implantación de documentos electrónicos, transmitidos de forma telemática, y con sistemas on-line que permiten la geoloca-

llegada la mercancía al puerto de descarga pueda exigir su entrega. Del mismo modo, piénsese en los casos en que el pago de la mercancía se haya pactado a través de la apertura de un crédito documentario, en los se precisará que un ejemplar se incluya dentro de la remesa documentaria, como documentos que el beneficiario del crédito (o su banco) debe presentar al banco abridor o confirmador para obtener el pago en los términos pactados.

45 LEACH ROS, B., “El conocimiento de embarque electrónico”, en *La Ley, Mercantil*, núm. 20 (diciembre 2015). Sobre los inicios del documento electrónico Cfr. CARNEY, P. y DE ROS SOPRANIS, I., “Conocimientos de embarque electrónicos”, en *ADM*, Vol. XIX (2002), págs. 201/220.

46 ZURIMENDI ISLA, A., “El contrato de fletamento: Documentación”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...*, págs. 345/374, apunta la discusión entre la necesaria libertad del texto legal para no verse superado pronto por los avances tecnológicos y los reparos de un sector doctrinal en el caso de los documentos negociables, que tienen eficacia frente a terceros.

47 En cuanto a los sistemas más conocidos pueden mencionarse el “Bolero” www.bolero.net y el “Essdocs” www.essdocs.com.

lización de la mercancía (sobre todo en el caso de la carga containerizada) en tiempo real⁴⁸.

En cuanto al contenido del documento, el artículo 248 LNM incluye las menciones que debe contener obligatoriamente y que resulta algo más extenso que las menciones previstas en el artículo 3.3 RHV, pero que, en cualquier caso, es acorde con las habitualmente consignadas en los documentos empleados en el tráfico marítimo internacional y al que nos remitimos para más detalle.

c) Función contractual del conocimiento de embarque:

El artículo 205 LNM reconoce que las condiciones del contrato pueden figurar en el conocimiento de embarque o un documento *similar*. Se trata, por tanto, de un documento *ad probationem* que cumple también una labor de fijación del contenido contractual⁴⁹. En otras palabras, el contrato de fletamento en régimen de conocimiento de embarque es un contrato consensual, que se formaliza por la concurrencia de oferta y aceptación, no por la firma del documento.

Por ello, debe aclararse un error habitual en la práctica y es el de entender que a falta de título no existe contrato. El contrato existe por el acuerdo de voluntades de las partes, y el conocimiento de embarque es el documento en el que se plasma.

Para referirnos a los diferentes tipos de documentos habitualmente empleados en el tráfico marítimo internacional, se hace necesario distinguir entre los diversos tipos de navegación que nos encontramos en la práctica⁵⁰:

De una parte, nos encontraremos con navegación de línea regular (*liner*), nacida con ocasión de los avances tecnológicos en el sector naval y marítimo

48 BIMCO (*Baltic International Maritime Council* - www.bimco.org), asociación marítima internacional que engloba a un importante número de armadores, operadores, gestores, brókers y agentes marítimos y que tiene una profusa producción documental de modelos estándar (o formularios) de cláusulas, contratos y documentos y contratos, que suelen tener amplia acogida internacional ha publicado recientemente su cláusula de conocimientos de embarque electrónico (para incluir en pólizas de fletamento).

Aproximadamente desde 2010 los Clubs de P&I otorgan cobertura sobre las responsabilidades nacidas con relación al transporte de mercancía bajo conocimientos de embarque electrónicos siempre y cuando el sistema de emisión del documento haya sido aprobado por el *International Group of P&I Clubs*.

49 En el mismo sentido, HERNÁNDEZ MARTÍ, J. *Contrato de transporte de mercancías*, Valencia 1984, págs. 76 y ss.

50 *Ibid.* págs. 26/28.

que permitieron establecer itinerarios, escalas y frecuencias fijas. En este tipo de tráficos es habitual el empleo de documentos estándar como el CONLI-NEBILL⁵¹, o variaciones sobre el mismo editado por las diferentes líneas y navieras.

En todos ellos se incorporan invariablemente una serie de cláusulas en el reverso del documento, configurándose así el conocimiento de embarque como un verdadero contrato de adhesión, cuyo reverso se encuentra redactado en forma de condiciones generales de contratación que el cargador (ahora fletador) carece de posibilidad real de negociar, y entre las que son habituales las denominadas cláusula “*Paramount*”⁵², “*Himalaya*”⁵³ o “*General average*”⁵⁴, entre otras, así como las de ley y jurisdicción aplicables⁵⁵.

- De otra, sigue existiendo la navegación *tramp*, esto es, sin rutas predeterminadas, ni escalas o frecuencias fijas, en la que los viajes se fijan en función de las necesidades concretas del cargador, y en la que consecuentemente resulta mucho más habitual la explotación del buque a través de las modalidades de fletamento por tiempo o por viaje.

En estos casos, si el fletador decide transportar mercancías de terceros emitirá conocimientos de embarque sobre la póliza de fletamento firmada con su fletante (porteador), siendo habitual el empleo de documentos como el CONGENBILL⁵⁶ o variaciones sobre el mismo y a cuyas condiciones (de la pó-

51 Modelo de conocimiento de embarque de línea regular promovido por BIMCO.

52 La cláusula “*Paramount*” es como habitualmente se denomina a la que somete el conocimiento de embarque a las RHV o a una legislación que incorpore dichas reglas.

53 La cláusula “*Himalaya*” pretende esencialmente extender y hacer aplicables a auxiliares, agentes y dependientes del porteador que originalmente no son parte firmante del contrato de transporte las mismas defensas (incluido el derecho a limitar su responsabilidad) que éste puede oponer bajo el conocimiento de embarque.

54 Se trata de la cláusula que somete la liquidación de la avería gruesa a las denominadas Reglas de York y Amberes, para la liquidación de avería gruesa impulsadas por el Comité Marítimo Internacional, en Londres con aplicación de Derecho británico.

55 Los efectos de este tipo de cláusulas tras la entrada en vigor de la LNM han quedado en entredicho, generando cierto debate doctrinal y jurisprudencial que, por motivos de extensión, no puede ser analizado aquí. Cfr. IRACULIS ARREGUI, N., “La controvertida negociación individual y separada de las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la Ley de Navegación Marítima”, *RDT*, núm. 19 (2017), págs. 173/208.

56 Se trata del modelo de conocimiento de embarque editado por BIMCO para su uso con la póliza de fletamento por viaje “GENCON”. No obstante, el tráfico marítimo internacional ha ido generando especialidades contractuales por sectores (por ejemplo, es habitual en el sector petroquímico que las principales empresas tengan su propio modelo de

liza) se remitirá el conocimiento, si bien la LNM prevé la aplicación imperativa de su régimen de responsabilidad a las relaciones nacidas de este último.

En el tráfico marítimo internacional no es infrecuente que en ocasiones el conocimiento de embarque no incorpore todas y cada una de las cláusulas y pactos del contrato de transporte marítimo (*short form bill of lading*) y se remita a otro documento en el que sí se recojan⁵⁷, aunque en la actualidad cada vez son más frecuentes las remisiones al condicionado que aparece en la página web de la naviera en cuestión.

Del mismo modo, en los conocimientos emitidos sobre una póliza de fletamento no se incorporan todas y cada una de las condiciones de dicha póliza sino que se introduce una *cláusula de incorporación*⁵⁸, por virtud de la cual dicho condicionado queda incorporado por remisión a la póliza firmada entre el fletador y el fletante⁵⁹.

d) Función representativa del conocimiento de embarque:

La ley consagra la función representativa del conocimiento de embarque en tanto que, a través del mismo se recibe la posesión de las mercancías⁶⁰

póliza y de conocimiento de embarque, con su propio nombre comercial) y de mercancías (FERTICONBILL, para su uso con pólizas de fletamento por viaje para cargas de fertilizantes, GRAINCONBILL para cargas de grano, CEMENTVOYBILL para cementos, COAL OREVOYBILL para carbón, o HEAVYCONBILL para cargas pesadas).

57 EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTÍN OSANTE, J. M. “El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTINEZ SANZ, F. (Dir.), y PUETZ, A. (Coord.), Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 120. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 410/414.

58 En el CONGENBILL 2016 la primera cláusula es la de incorporación “*All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause / Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated*”.

Posteriormente se incluyen las ya mencionadas cláusulas *Paramount*, *General average*, *Himalaya* junto a dos cláusulas relacionadas con el reparto económico de consecuencias derivadas de accidentes de la navegación como son la *New Jason* y la *Both to blame collision clause*.

59 En la práctica esta solución no está exenta de problemas dado que el tercero legítimo adquirente del conocimiento de embarque en cualquiera de las formas que veremos a continuación, permanece ajeno a dicho documento y a lo que en él se haya pactado por las partes, lo que genera problemas respecto a la validez de la incorporación, por referencia a un documento no conocido, de determinados pactos.

60 RECALDE CASTELLS, A., Op. Cit., *El conocimiento de embarque...*, págs. 84 y ss. Sobre su origen *vid.* MARTÍNEZ JIMÉNEZ, I. “Algunas notas sobre el origen histórico del

otorgando a su transmisión los mismos efectos que a la entrega de las mercancías que el título representa⁶¹ (Art. 251 LNM).

Del mismo modo, se reconoce que el documento otorga el derecho a la entrega de las mercancías a su legítimo tenedor (Art. 252 LNM), gozando de carácter de título ejecutivo, esto es, llevará aparejado derecho de ejecución de dicha obligación de entrega de las mercancías (Art. 253 LNM). Los conocimientos podrán ser al portador, nominativos o a la orden, transmitiéndose en tal caso mediante su entrega, cesión (según las normas de la cesión de créditos) o endoso, respectivamente.

Debe aclararse, por tanto, un error habitual en la práctica y es que la tenencia del conocimiento de embarque no otorga el derecho de propiedad sobre la mercancía (que se transmitirá en la forma y momento, y bajo las condiciones que -en su caso- haya determinado el contrato subyacente), sino que lo que otorga es el derecho a reivindicar su entrega en el puerto de destino.

e) Función probatoria del conocimiento de embarque:

El artículo 256 LNM regula la fuerza probatoria del conocimiento de embarque, estableciendo que el mismo hace prueba de la entrega de las mercancías por el cargador al porteador para su transporte y entrega en destino, en el estado y condición que se incluya en el documento.

La presunción no admite prueba en contrario frente a persona distinta del cargador, incluido el destinatario que sea legítimo titular del conocimiento, a menos que el porteador haya hecho constar las oportunas reservas en el documento. Por el contrario, esa presunción será *iuris tantum* entre las partes contratantes, esto es, entre el cargador y el porteador.

Lo anterior nos lleva a la regulación de las posibles reservas que pueden incluirse en el documento privándole así de fuerza probatoria en ese sentido (Art. 259 LNM) distinguiéndose ahora entre las reservas por comprobación (Art. 257 LNM) y sin comprobación (Art. 528 LNM) en virtud de si la reserva sobre la inexactitud de lo declarado en el procedimiento es fruto de la comprobación del estado y condición de las mercancías o no.

Finalmente, la ley se refiere a una práctica extendida, la emisión de car-

conocimiento de embarque como título representativo de las mercancías”, en *ADM*, Vol. VII (1989), págs. 291/301.

61 Se prevé que el adquirente del conocimiento de embarque adquiere todos los derechos y acciones del transmitente sobre la mercancía, a excepción de los pactos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requieren consentimiento expreso por el adquirente.

tas de garantía, recogiendo la regulación prevista en las Reglas de Hamburgo en el sentido de otorgar validez y eficacia a las mismas entre cargador y porteador salvo que exista mala fe en su emisión y busquen el perjuicio de tercero, pero no frente a los terceros a los que se transmita el conocimiento⁶².

2. Otros documentos de transporte

Pese a que el conocimiento de embarque es el documento típico de este tipo contractual, no puede desconocerse que en la práctica se emplean también otro tipo de documentos.

a) Documentos similares al conocimiento de embarque:

Ya nos hemos referido al artículo 202 LNM que prevé que las condiciones del contrato pueden figurar en un *documento similar* al conocimiento de embarque. Los documentos similares son aquellos que tiene atribuidos en el tráfico la fuerza de un título valor y que cumplen funciones similares al conocimiento de embarque⁶³, existiendo cierto consenso en que los mismos son el *conocimiento recibido para embarque*, las órdenes de entrega, y los *conocimientos corridos*.

El *conocimiento recibido para embarque* (*received for shipment bill of lading*) se emite por el agente del porteador en el muelle o almacén portuario en el que el cargador le hace entrega de la mercancía para su embarque, acreditando así la recepción de la misma por el porteador, se trata por tanto de un recibo provisional, y cuando se embarque la mercancía se sustituirá por un conocimiento de embarque o bien el mismo documento se sellará como “embarcado”⁶⁴.

Sin embargo, el documento se emite por el porteador y supone a todos los efectos un título valor en el sentido de que incorpora el derecho a la retirada de la mercancía en destino, por lo que el cargador puede usarlo como docu-

62 Una visión general del problema se recoge en RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 423/429. Un análisis mucho más amplio sobre la problemática nacida de la emisión de las cartas de garantía puede verse en TETLEY, W., *Letters of indemnity at shipment and letters of guarantee at discharge*, 2004, ETL 287/344.

63 Así lo entienden, tras el análisis de los trabajos preparatorios de las RHV y la redacción del texto auténtico del convenio RUIZ SOROA, J. M., y GABALDÓN GONZALEZ, J. L., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 453/456.

64 SÁNCHEZ CALERO, F., Op. Cit. *El contrato de transporte...*, págs. 176/177.

mento definitivo, como se ha venido reconociendo desde antiguo por nuestra jurisprudencia⁶⁵.

Las órdenes de entrega (delivery orders) se emiten sobre la base de un conocimiento de embarque preexistente, y permiten a su tenedor de una parte de las mercancías descritas y consignadas en aquél conocimiento de embarque durante el viaje, motivo por el que la doctrina se refiere a ellas como títulos fraccionarios del conocimiento⁶⁶.

Cuando la orden ha sido aceptada por el porteador se entiende que se convierte en un auténtico título valor (orden de entrega propia), pero si faltara su aceptación, no obliga a éste a entregar las mercancías que se consignen en la misma a su tenedor (orden impropia)⁶⁷.

Por último, el *conocimiento de embarque corrido (through bill of lading)* pretende amparar bajo un único título el transporte en el que interviene diferentes porteadores, dando origen a dos posibles situaciones: el porteador que se compromete a la ejecución parcial del contrato de transporte, reexpidiendo las mercancías al puerto de destino con otro porteador, y la situación en la que asume el resultado total del transporte, independientemente de la intervención.

La cuestión queda aclarada por el artículo 284 LNM que regula la responsabilidad de los porteadores sucesivos bajo un único título, haciéndoles a todos ellos responsables solidarios por pérdida, daño o retraso salvo pacto expreso en contrario.

b) Documentos complementarios al conocimiento de embarque:

Existen igualmente otros documentos que no alcanzan la categoría de título valor y por lo tanto no son *similares* al conocimiento de embarque, pero que tiene un papel auxiliar relevante ya sea al suponer la propuesta al porteador para la realización del contrato (*declaración de embarque*), la aceptación del porteador de la propuesta del cargador para transportar su mercancía (*orden de embarque*), el recibo de la mercancía entregada para el transporte (*recibo de embarque o mate's receipt*)⁶⁸, e incluso un auténtico contrato de transporte (*nota de reserva o booking note*)⁶⁹.

65 HERNÁNDEZ MARTÍ, J., Op. Cit. *El contrato de transporte...*, págs. 91/92 se refiere a la STS de 10 de junio de 1967 (Col. Leg. Julio 1967, núm.506).

66 GARRIGUES en cita de RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S., y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Op. Cit., *Manual de Derecho...* págs. 398, nota 23.

67 HERNÁNDEZ MARTÍ, J., Op. Cit. *El contrato de transporte...*, págs. 92/93. RUIZ SOROA, J. M., y GABALDÓN GONZALEZ, J. L., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 454.

68 SÁNCHEZ CALERO, F., Op. Cit. *El contrato de transporte...*, págs. 176/185.

69 El CONLINEBOOKING de BIMCO incluye la firma de ambas partes y supone un

c) Las cartas de porte marítimas o “sea waybills”:

La carta de porte cumple las funciones contractual y probatoria de conocimiento de embarque, pero no la función representativa, es decir, no es un documento negociable, de suerte que su transmisión no atribuye al adquirente un mejor derecho sobre la mercancía que el que correspondía al tenedor (Art. 268 LNM).

Se trata de un mero recibo cuya función es la de acreditar el contrato de transporte y probar que la mercancía se ha embarcado en el estado y condición indicados, que no es transmisible a terceros⁷⁰.

Dicho documento debe contener las mismas menciones que el conocimiento de embarque, pero con clara expresión de su carácter no negociable (Art. 269 LNM) y se le aplicarán las mismas normas sobre la fuerza probatoria y sobre la posibilidad de introducir reservas (Art. 270 LNM).

Finalmente, cuando el porteador entrega una carta de porte marítimo designando al destinatario, éste tiene derecho a la entrega de la mercancía sin necesidad de presentar el documento (Art. 271 LNM) en tanto que es un documento no transmisible, la persona que demuestre ser el receptor de la mercancía según el documento es quien viene facultada a recibir la misma.

Como en el caso de los conocimientos de embarque, existen distintos modelos habitualmente empleados en el tráfico marítimo internacional.

V. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Como consecuencia de la regulación unitaria del contrato de fletamento, las obligaciones de las partes se regulan en la Sección 2^a (obligaciones del porteador) y 3^a (deberes del fletador) del Capítulo II del Título IV en el que se regula dicho contrato, resultando dicha regulación común a las tres modalidades de contrato de fletamento, es decir, el fletamento por viaje, el fletamento por tiempo y el fletamento de mercancías determinadas (por clase, peso o medida) en régimen de conocimiento de embarque.

A continuación se resume brevemente el contenido obligacional del contrato de fletamento, adecuado al fletamento de mercancías determinadas por clase, peso o medida en régimen de conocimiento de embarque, indicando

verdadero contrato de transporte. Son de la misma opinión RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 414.

⁷⁰ BRAVO USCOS, R., “La carta de porte marítimo: un nuevo documento para el transporte de mercancías por mar”, en *ADM*, Vol., VII (1989), págs. 199/252.

cuando resulte oportuno si el régimen de esta modalidad contractual se aparta del previsto para el resto⁷¹.

1. Obligaciones del porteador

La equiparación del contrato de fletamento con el de transporte implicará necesariamente que las obligaciones del porteador se adecúen al *opus* comprometido, esto es, desplazar la mercancía de un lugar a otro y entregarla en el estado en que las recibió a bordo del buque.

No obstante, de la lectura del listado de obligaciones previsto en la LNM para el porteador, las mismas pueden agruparse en torno a tres momentos: antes del viaje, durante la ejecución del mismo y a su terminación⁷².

a) Antes del viaje:

Las obligaciones del porteador antes de iniciar el viaje incumben la obligación de poner a disposición del fletador el buque, en estado de navegabilidad y cuidar la operación de carga y estiba de la mercancía.

El porteador viene obligado a poner a disposición del fletador el buque en el puerto y en la fecha que se hayan pactado, sin que pueda sustituir el buque por otro cuando el contrato se refiera a un buque concreto, a menos que medie pacto expreso entre las partes en ese sentido (Art. 211 LNM).

En caso de no poner el buque a su disposición procederá la resolución del contrato (Art. 214 LNM) sin perjuicio del derecho del fletador a reclamar los daños y perjuicios ocasionados, pues se entiende que se trata de una condición esencial del contrato⁷³

Asimismo, el buque que se ponga a disposición del fletador debe poseer aquellas condiciones fijadas en el contrato (pabellón, clase, velocidad, con-

⁷¹ Por el contrario, no se hará referencia a la regulación del tiempo de plancha y las demoras (Sec. 4^a, Arts. 239 a 245 LNM) por no resultar de aplicación a esta modalidad de fletamento.

⁷² Sobre todas ellas en detalle véase sobre ambas obligaciones en detalle cfr. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 433/443.

⁷³ SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “El contenido del contrato de fletamento”, en Op. Cit., EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...* págs. 295/314. En idéntico sentido se expresan MARTÍNEZ JIMÉNEZ, I., *Los contratos de explotación del buque: Especial referencia al fletamento por tiempo*, J. M. Bosch Editor, Barcelona 1991, págs. 263/267 y SIERRA NOGUERO, E., *El contrato de fletamento por viaje*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 2002, págs. 121/133.

sumo, capacidad...), pudiendo optar el fletador por la indemnización de los daños y perjuicios que tal incumplimiento le irroque e incluso por la resolución del contrato⁷⁴, cuando el mismo llegara a frustrar la finalidad del mismo (Art. 213 LNM).

Evidentemente, la designación de un buque concreto o la determinación de aspectos tales como la velocidad, el consumo o la capacidad de carga son cuestiones que se reflejan habitualmente en los contratos de fletamento por viaje o por tiempo, dado las implicaciones económicas que tienen en la ejecución del contrato, pero resultan mucho menos frecuentes en la modalidad de fletamento en régimen de conocimiento de embarque. No obstante, el texto legal no recoge excepciones por el tipo contractual sino por el hecho de que el buque concreto que se va a poner a disposición venga identificado en el contrato⁷⁵.

El buque debe encontrarse en estado de navegabilidad para recibir la mercancía a bordo (*cargoworthiness*) y transportarla con seguridad a destino (*seaworthiness*), teniendo en cuenta las condiciones previsibles para el viaje acordado, las fases y la naturaleza de la mercancía a transportar (Art. 212 LNM)⁷⁶.

Nada se dice respecto a la posibilidad de que el buque no pueda hacerse a la mar por razones de otra índole igualmente imputables al fletador, por ejemplo, por no tener en regla los documentos necesarios para hacerse a la mar (certificados de navegación, de clase, seguros obligatorios...) y resulte objeto de detención administrativa por las autoridades del Estado rector del

74 Es obvio que las características de velocidad, consumo, capacidad de carga, etc... adquieren mayor relevancia en la modalidad del fletamento por tiempo, en el que la gestión comercial del buque se desplaza al fletador, de suerte que esas características tienen relación directa con los gastos de explotación del buque que debe abonar en su condición de fletador por tiempo y, por ende, afectan al aprovechamiento económico del contrato. En particular sobre la problemática a la que puede dar lugar la descripción del buque en el contrato, en Derecho inglés, al que vienen usualmente referidas las pólizas de fletamento, cfr. COGHLIN, T., BAKER, A. W., KENNY, J., KIMBALL, J. D., *Time charters*, Lloyd's Shipping Law Library, Londres 2008, págs. 71/100.

75 La cláusula 6 del CONLINEBILL 2016 se refiere expresamente a la facultad del porteador de sustituir el buque, ya sea de su propiedad o no. Mayores problemas de encaje legal plantean, como se ha indicado, las menciones al derecho unilateral del porteador a transportar directa o indirectamente la mercancía, incluso por otros medios.

76 Sobre la obligación de navegabilidad en el fletamento por tiempo, vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, I., Op. Cit., *Los contratos de explotación del buque...*, págs. 267/279.

puerto⁷⁷ o, por resultar inmovilizado judicialmente como consecuencia de un embargo preventivo por un crédito marítimo al amparo de las Convenciones sobre la materia⁷⁸. En ambos casos estaríamos ante una quiebra de la obligación de navegabilidad (más que de la obligación de puesta a disposición) pues el buque carece de la aptitud para acometer el viaje, aunque sea desde el punto de vista documental.

La navegabilidad se ha venido configurando como una obligación de diligencia debida por el porteador (Art. 3.1 RHV), que ahora la LNM extiende durante toda la vigencia del contrato, si bien el texto legal no la define expresamente, debiendo analizarse la obligación en función del viaje comprometido⁷⁹.

El buque se pondrá a disposición del cargador en el puerto determinado en el contrato (Art. 215 LNM), o en el que designe el fletador si le corresponde esa facultad contractual (Art. 216 LNM), presumiéndose que ambas partes eran conocedoras de las características del mismo al formalizar el contrato,

⁷⁷ Pese a que fundamentalmente es al Estado de abanderamiento al que le corresponde la responsabilidad de supervisar la condición de los buques, la supervisión por el Estado rector del puerto se ha revelado como un instrumento eficaz para detectar buques deficientes.

La Organización Marítima Internacional, a partir de la resolución A.682(17) sobre Cooperación regional en el ámbito de la supervisión de buques y el control de descargas, ha promovido un total de 9 acuerdos o memorandos regionales relativos a la supervisión por el Estado rector del puerto: Europa y el Atlántico Norte (Memorando de entendimiento de París); Asia y el Pacífico (Memorando de entendimiento de Tokio); América Latina (Acuerdo de Viña del Mar); Caribe (Memorando de entendimiento del Caribe); África Occidental y Central (Memorando de entendimiento de Abuja); la región del Mar Negro (Memorando de entendimiento del mar Negro); Mediterráneo (Memorando de entendimiento del Mediterráneo); la región del océano Índico (Memorando de entendimiento del océano Índico) y el Memorando de entendimiento de Riad. El Servicio de Guardacostas de los Estados Unidos gestiona el décimo régimen de supervisión por el Estado rector del puerto.

⁷⁸ Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas para la unificación de ciertas reglas sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952, y Convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

⁷⁹ SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “El contenido del contrato de fletamento”, en Op. Cit., EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...* págs. 295/314. Sobre la obligación de navegabilidad del porteador, en particular, RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARASUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 185/190.

salvo prueba en contrario. Si el puerto deviene inseguro o de acceso imposible para el buque, las partes pueden resolver el contrato a menos que esa circunstancia sea temporal, en cuyo caso es obligado esperar un tiempo *razonable* a que cese esa circunstancia⁸⁰.

En el caso del fletamento de mercancía determinada en régimen de conocimiento de embarque, a diferencia del resto de modalidades, la facultad de designación del lugar de carga corresponde al porteador, que debe informar al fletador con tiempo suficiente (Art. 217 LNM).

Finalmente, en el ámbito del contrato de fletamento en régimen de conocimiento de embarque se invierte igualmente el esquema previsto para el resto de modalidades, y se entiende que será el porteador quien asume a su costa y riesgo las operaciones de carga y estiba de la mercancía⁸¹, salvo pacto en contrario, con la diligencia adecuada (Art. 218 LNM).

Del mismo modo, el citado artículo recoge el testigo del antiguo artículo 612.5^a C. Co., que imponía al Capitán la responsabilidad personal sobre la estiba, y hace responsable al porteador de las consecuencias derivadas de una estiba defectuosa que comprometa la seguridad del viaje, toda vez que se trata de una cuestión directamente relacionada con la navegabilidad del buque⁸².

En cuanto a la posibilidad de la carga sobre cubierta (Art. 219 LNM) se admite cuando el fletador lo acepte expresamente o resulte conforme con los usos o la reglamentación vigente.

80 En relación con la puesta a disposición en el fletamento por tiempo, MARTÍNEZ JIMÉNEZ, I., Op. Cit., *Los contratos de explotación del buque...*, págs. 281/286.

81 Parece claro que el legislador estaba pensando en operaciones en términos “*liner*”, “*hook to hook*”, o “*tackle to tackle*”, en las que el porteador asume las obligaciones indicadas y como de hecho ocurre en el tráfico habitualmente. En este sentido la cláusula 9 del CONLINEBILL 2016 prevé las diferentes posibilidades.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la utilización de cláusulas tipo FOB (*Free On Board*), FIO (*Free In and Out*), FIOS (*Free In and Out Stowed*), FIO LSD (*Free In and Out Lashed Secured and Dunnaged*), FIOST (*Free In and Out Secured and Trimmed*), y sus diferentes variantes, con las que puede desplazarse la responsabilidad de tales operaciones portuarias, aunque en Derecho español han venido teniendo la interpretación más de un reparto económico de las cargas del contrato que de verdadero reparto de la responsabilidad en las fases accesorias al transporte. Por todas, STS (Sala 1^a) núm. 309/2006, de 30 de marzo (RJ 2006\5290).

82 La estiba deficiente de la mercancía en el buque puede dar lugar a diferentes accidentes (corrimientos de carga...) que comprometan la seguridad del buque, la dotación y la propia carga. Por este motivo desde la Organización Marítima Internacional se viene promoviendo la adopción de códigos internacionales de carga y estiba de determinadas mercancías.

b) Durante la ejecución del viaje:

Las obligaciones del porteador durante la ejecución del viaje incumben la de emprender el viaje sin demora y seguir la ruta pactada o la más apropiada⁸³.

El artículo 220 LNM es heredero de los derogados artículos 690, 691 y 670 a 672 C. Co., e impone la obligación de emprender el viaje con prontitud y, en relación con el artículo 221 LNM, establece el derecho a la pertinente indemnización de los daños y perjuicios que el retraso injustificado en iniciar el viaje pueda provocar.

El citado artículo 220 en relación con el artículo 222 LNM imponen el deber de seguir el viaje por la ruta pactada o, en su defecto, la más adecuada, siendo responsable el porteador de los daños y perjuicios que ocasione la desviación injustificada⁸⁴.

Se admite, obviamente, la que se deba al salvamento de vidas humanas o por causas *razonables* o justificadas que no deriven de la falta de navegabilidad del buque, lo que puede dar lugar a diferentes controversias en torno a la razonabilidad de la medida adoptada.

Finalmente, esta norma parece dejar sin efecto las cláusulas que habitualmente se incorporan en el reverso e algunos modelos de conocimiento de embarque, que permiten al porteador desviarse de la ruta sin más justificación⁸⁵.

c) Tras la llegada:

Las obligaciones del porteador tras la llegada del buque incluyen la obligación de entregar las mercancías en destino, en el mismo estado y condición en el que las recibió a bordo del buque al inicio del viaje, y sin demora⁸⁶.

83 Con relación a estas obligaciones desde el punto de vista del fletamento por viaje, cfr. SIERRA NOGUERO, E., Op. Cit., *El contrato...*, págs. 199/215.

84 En idéntico sentido, las pólizas de fletamento pueden incorporar cláusulas de reparto del premio entre fletador y porteador en caso de salvamento de bienes, para atemperar las consecuencias de la desviación.

85 La cláusula 5 del CONLINERBILL 2016 prevé que el portador no se limite a la ruta directa si bien prevé que sea por causa razonable conectada con el transporte. No ocurre lo mismo con la cláusula 6 que prevé la posibilidad de terminar el transporte por otros medios directa o indirectamente, y la 7, que incluye la facultad unilateral de hacer transbordos de la mercancía.

SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “El contenido del contrato de fletamento”, en Op. Cit., EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...* págs. 295/314.

86 Con relación a estas obligaciones desde el punto de vista del fletamento por viaje, cfr. SIERRA NOGUERO, E., *El contrato...*, págs. 216/227.

Parece evidente que una vez el buque arriba al puerto de destino, la principal obligación del porteador es entregar la mercancía al legítimo tenedor del conocimiento de embarque (Art. 228 LM) pudiendo el porteador almacenar la misma a costa de aquel si no se presenta o rechaza la entrega, o instar el depósito judicial de la mercancía.

Debe destacarse que la entrega es un acto jurídico, que implica el traslado de la posesión del porteador al legítimo tenedor del conocimiento de embarque y marca el inicio y el fin de período de custodia de la mercancía por parte del porteador⁸⁷, por lo que no debe confundirse con las operaciones físicas de carga y descarga que pueden, o no, coincidir con dichos actos jurídicos pues es frecuente el empleo de pactos contractuales que extienden las obligaciones de las partes⁸⁸ la puesta a disposición de la mercancía a auxiliares del porteador en el puerto de carga y descarga⁸⁹.

En este sentido, no debe perderse de vista que el artículo 279 LNM extiende el período de responsabilidad del porteador desde el momento en que se hace cargo de las mercancías en el puerto de origen hasta que las pone a disposición del legitimado en el puerto de destino, previendo la posibilidad de la entrega a auxiliares en el puerto, antes de que se produzca la operación de carga en el buque.

Esta novedad, superando el «seccionamiento» del transporte marítimo previsto en el derogado artículo 1 LTM, que hacía coincidir el período de custodia del porteador entre las operaciones de carga y descarga (a menos que se hicieran con los medios propios del buque) resulta más coherente con la práctica del tráfico marítimo.

La mercancía debe entregarse en el mismo estado y condición en la que fue recibida, siendo responsable de las pérdidas, averías o daños que sufra la misma durante la ejecución del transporte (Art. 223 LNM), responsabilidad que se ventilará con arreglo a lo dispuesto en los artículos 277 a 286 LNM que, en el caso del contrato de fletamento de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, resultan Derecho imperativo.

Sin embargo, el puerto de recalada puede no ser el puerto previsto de destino si el buque se avería o resulta inhabilitado para terminar el viaje, que

87 RUIZ SOROA, J. M., y GABALDÓN GONZALEZ, J. L., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 469.

88 Vid. Supra, nota al pie 70.

89 Adicionalmente, la entrega de la mercancía inicia el cómputo del plazo para el ejercicio de acciones de responsabilidad por pérdida, daño o retraso frente al porteador.

se verá entonces interrumpido, en cuyo caso el porteador viene obligado a custodiar la mercancía mientras duren las reparaciones o, en su caso, si no es posible la reparación o el retraso puede ocasionar graves daños, reexpedir las a su costa hasta el puerto acordado, perdiendo su derecho al cobro del flete en caso de no hacerlo así (Art. 224). Lo anterior sin perjuicio de lo que pueda proceder en caso de avería gruesa, o de la responsabilidad en que pueda incurrir el porteador en caso de que la causa de la innavegabilidad le resulte imputable.

Las obligaciones de desestiba y descarga se regulan en el mismo sentido que las de carga y estiba (Art. 228 LNM) esto es, en contra de la regla general prevista para el resto de modalidades de fletamento, de forma que –salvo pacto en contrario– será el porteador quien asuma a su costa y riesgo su ejecución.

2. Obligaciones del fletador

Las obligaciones principales del fletador consisten en poner la mercancía al costado del buque (salvo pacto en otro sentido), en el plazo establecido, y el pago del flete acordado⁹⁰.

a) Presentación de las mercancías para su embarque:

En el contrato de fletamento en régimen de conocimiento de embarque, el fletador viene obligado a poner las mercancías al costado del buque para su embarque (salvo pacto en contrario) dentro del plazo que permita su embarque durante la estancia del buque en puerto⁹¹.

⁹⁰ Sobre ambas obligaciones en detalle cfr. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA SARA-SUA, S. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., Op. Cit. *Manual de Derecho...*, págs. 431/432. Con relación a estas obligaciones desde el punto de vista del fletamento por viaje, cfr. SIERRA NOGUERO, E., Op. Cit., *El contrato...*, págs. 243/287.

⁹¹ Pueden tener relevancia en este punto, por las obligaciones que de ellos se derivan para las partes y en concreto para el cargador, los INCOTERMS[®] pactados en el contrato de compraventa subyacente, pues si la venta es en los términos del grupo F o C, el vendedor tendrá la obligación de poner la mercancía al costado del buque. Adicionalmente, y en el contrato de compraventa, se dará la circunstancia de que la entrega de la mercancía del vendedor a comprador se produce en dicho puerto de embarque, transmitiéndose el riesgo de daños a la mercancía desde el comprador al vendedor, cuando se estiba la mercancía en la bodega del buque. En sentido contrario, con las ventas bajo términos del grupo D, el momento de entrega de la mercancía del vendedor al comprador y transmisión del riesgo en el contrato subyacente se difiere al puerto de destino e incluso a la terminal o lugar convenido.

En caso de incumplimiento de la obligación por parte del cargador el porteador viene legitimado a resolver el contrato, y a reclamar la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento. Se diferencia así esta modalidad de contratación de la de fletamento por tiempo o por viaje, dando en este caso al plazo de estancia del buque en puerto (por el que el porteador paga las oportunas tasas y gastos portuarios, entre otros costes de explotación del buque), un carácter esencial⁹².

En caso de incumplimiento parcial deberá pagar igualmente el flete de aquellas mercancías que deje de embarcar (flete sobre vacío o *deadfreight*) salvo que el porteador haya obtenido otra carga que complete la capacidad del buque (Art. 230 LNM).

Se prohíbe el embarque de mercancías peligrosas sin previa declaración y consentimiento por el porteador, exigiéndose el marcado y etiquetado conforme a la reglamentación vigente en la materia, siendo el cargador responsable del incumplimiento de dicha obligación no solo ante el porteador sino ante el resto de cargadores por los daños y perjuicios que ocasione, y facultando en todo caso al porteador para desembarcarlas, destruirlas o transformarlas en inofensivas en cualquier momento, según lo exijan las circunstancias, sin derecho a indemnización por el cargador (Art. 232 LNM).

La posibilidad del cumplimiento diverso, embarcando mercancías distintas de las pactadas, prevé una solución no exenta de problemas para su concreción real, pues en el caso de que no se cause perjuicio al porteador, éste viene autorizado al cobro del flete que usualmente hubiera correspondido a dicha mercancía (Art. 231 LNM).

Si el embarque de esa mercancía distinta se hace sin dar aviso al porteador, será el fletador el responsable de los daños y perjuicios ocasionados al porteador y a los demás cargadores, pudiendo el porteador desembarcar las mercancías con la finalidad de evitar perjuicios graves al buque o al cargamento, y ello sin que cese la obligación de pago del flete correspondiente por el fletador.

La previsión legal se refiere a mercancías “de clase distinta de la contrata-

92 Por su parte, en las pólizas de fletamento por viaje o por tiempo, esta posibilidad vendrá contemplada en la oportuna cláusula de demoras (*Demurrage*), por virtud de la cual el fletador pagará un importe a tanto alzado diario por cada día de retraso en la carga que le resulte imputable, si bien en caso de total incumplimiento y falta de entrega, cabe igualmente la resolución sin perjuicio de la indemnización a la que haya lugar. Subsidiariamente, el régimen legal aplicable lo encontramos en los Arts. 239 a 245 LNM.

da”, por lo que surge la duda de qué ocurrirá en el caso de mercancías que, aun siendo de la clase prevista, resulten distintas, por ejemplo, por haber sido mal descritas por el fletador en cuestiones relevantes como su peso, dimensiones o formas y que, por lo tanto, dificulten su carga a bordo o impidan cargarlas en su totalidad, impidan al porteador embarcar otras cargas ya acordadas o, simplemente, le obliguen a replantear el plan de estiba generando nuevos costes de estibadores y demoras en el puerto aun cuando finalmente pueda embarcar toda la mercancía.

En tales supuestos, parece obvio que el porteador tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que esa deficiente descripción de la mercancía le ocasione, cobrar el extraflete que corresponda al exceso de volumen o peso, e incluso -en los casos más graves- a no cargar la totalidad de la mercancía si ésta no cabe, o le va a impedir cargar la mercancía de otros fletadores, o bien las operaciones necesarias para albergarla en bodega van a producir un retraso al resto de fletadores que le coloca en situación de incumplimiento con ellos.

b) Pago del flete:

El flete se calcula en la forma acordada en el contrato y, en su defecto, en la forma prevista en el artículo 233 LNM que, para la modalidad de fletamento de mercancías determinadas por su peso, medida o clase, en régimen de conocimiento de embarque, solo permite remitirse al peso o volumen que conste en el conocimiento de embarque⁹³.

No devengan flete las mercancías perdidas durante la ejecución del transporte marítimo salvo que dicha pérdida traiga causa de la naturaleza de la cosa, vicio propio o defecto del embalaje, y si la pérdida resulta parcial y el flete se ha pactado por peso o medida, no devengará flete la parte que se haya perdido (Art. 234 LNM).

No obstante, el citado precepto prevé que las mercancías averiadas devengan flete, pero ello será sin perjuicio de la responsabilidad en la que incurra el porteador por incumplimiento de su obligación *ex recepto*.

El obligado al pago del flete es el fletador, que debe verificarlo en las condiciones pactadas (Art. 235 LNM) que, en el transporte en régimen de conocimiento de embarque es antes del transporte (*freight prepaid*) si bien cabe la opción de que el flete resulte pagadero en destino, haciéndolo constar oportunamente en el conocimiento o carta de porte marítima (*freight collect*). No

⁹³ Nada se dice del caso en el que no se emita dicho título o, simplemente, no se puedan seguir los criterios legalmente establecidos.

obstante, si en tal caso el destinatario no paga el flete o no retira las mercancías, la obligación de pago recaerá sobre quien contrata el transporte⁹⁴.

c) Privilegio del porteador:

Los artículos 236 a 238 LNM consagran el denominado privilegio del porteador, quien podrá retener en su poder las mercancías transportadas mientras no reciba el flete, al venir estas afectas a su pago (junto con las demoras y gastos del transporte) hasta su entrega y durante los 15 días posteriores.

No obstante, dicho privilegio no es oponible cuando las mercancías se hayan transmitido por título oneroso durante ese plazo a un tercero de buena fe, y la retención no puede efectuarse en perjuicio del destinatario no fletador a menos que el flete fuese pagadero en destino, por lo que su ejecución no está exenta de dificultades⁹⁵.

3. Obligaciones del destinatario

Como contrapartida a la obligación de entrega de la mercancía a la persona legitimada por el título en el puerto de destino, surge la obligación de éste de retirar y hacerse cargo de la misma.

De no hacerlo así, estaremos ante una verdadera *mora accipiens* que genera no pocos problemas y gastos para el porteador marítimo como consecuencia de los gastos de almacenaje y depósito de la mercancía en la terminal portuaria y, en el caso de la mercancía containerizada, por las demoras previstas en las condiciones generales de contratación de las líneas.

En previsión de este tipo de situaciones, los conocimientos de embarque suelen incluir una cláusula⁹⁶ que hace responsable al cargador de cualquier gasto o demora que se produzca en destino como consecuencia de la falta de retirada de la mercancía por el destinatario, sin perjuicio del derecho de repetición de aquél frente a éste de conformidad con las condiciones del contrato subyacente.

94 Sobre la obligación de pago del flete se pronuncia la cláusula 10 del CONLINEBILL 2016 y la cláusula 11 establece el derecho de retención de la mercancía que, no obstante, cuenta con las limitaciones ya indicadas en nuestro ordenamiento.

95 SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, J. C., “El contenido del contrato de fletamento”, en Op. Cit., EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J. M., Op. Cit. *Comentarios...* págs. 295/314.

96 La cláusula 18 del CONLINEBILL 2016 establece “*The Merchant shall be liable to the Carrier for any loss, damage to, or delay, including Demurrage and detention incurred by or sustained to containers, pallets or similar articles of transport during the period between handling over to the Merchant and return to the Carrier*”.

No obstante, nada obsta a que el porteador inicie los trámites de depósito notarial de la mercancía⁹⁷ siendo, además, dudoso que las demoras sean un verdadero daño o perjuicio sufrido por el porteador sino una penalización por la falta de devolución de la unidad marítima en el tiempo estimado como *razonable*, por lo que pueden quedar supeditadas a la facultad judicial de moderación de la cláusula penal de todo contrato.

VI. RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES

1. Derecho imperativo:

La LNM contempla regulación de la responsabilidad de las partes en el contrato de fletamento desde una perspectiva realista (Art. 277 LNM), distinguiendo entre:

- Situaciones en las que las partes tienen un poder de negociación similar, y la póliza de fletamento finalmente acordada es fruto de una negociación previa, como ocurre en el fletamento por tiempo y por viaje: En tal caso la LNM tiene valor dispositivo para las partes, primando lo acordado entre ellas y otorgando valor *inter partes* a las cláusulas de exoneración de responsabilidad que se pacten⁹⁸, que en ningún caso serán oponibles al destinatario de la mercancía si es persona distinta del cargador.

- Situaciones en las que la capacidad de negociación del usuario del servicio resulta más reducida, limitándose a aceptar el clausulado del documento que emite el porteador, como ocurre en el fletamento de mercancía determinada en régimen de conocimiento de embarque: En ese caso la LNM es Derecho imperativo para las partes, careciendo de efecto las cláusulas que –directa o indirectamente- pretendan exonerar al porteador de dicha responsabilidad o minorarla en perjuicio del destinatario de las mercancías⁹⁹.

⁹⁷ Arts. 512 y siguientes.

⁹⁸ Con la exclusiva limitación de que no pretendan la exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave del porteador

⁹⁹ Ya el Art. 3.8 de las RHV declara nula cualquier cláusula, convenio o acuerdo en un conocimiento de embarque que exonere o atenúe la responsabilidad del porteador por daños o pérdidas a la mercancía fuera de los casos legalmente previstos, así como las que pretendan la limitación de su responsabilidad por debajo de las cifras establecidas en el Convenio. En este sentido *Vid.* RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA, S., y GONZALEZ, M., *Op. Cit.*, *Manual de Derecho...*, págs. 458 y SANCHEZ CALERO, F., *Op. Cit.*, *El contrato...*, págs. 396/401.

2. Fundamento de la responsabilidad:

A diferencia de lo que ocurre en las RHV, el mismo artículo 277.2 LNM que nos remite a dicho convenio internacional, incorpora en su apartado primero una declaración general de responsabilidad del porteador que preside e informa toda la regulación posterior de su responsabilidad¹⁰⁰: “el porteador es responsable de todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega”.

La remisión a las RHV implica que el fundamento de la responsabilidad del porteador es el de la responsabilidad por culpa o negligencia (propia o de sus auxiliares y dependientes) en la causación de daños, averías o retrasos a la mercancía, es decir, el porteador responderá por el incumplimiento culpable de sus obligaciones.

3. Supuestos de incumplimiento:

De conformidad con el artículo 277 LNM, el porteador es responsable por todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega (responsabilidad del porteador *ex recepto* y por retraso), pero este régimen debe cohonestarse con el amplio catálogo de causas de exoneración de la responsabilidad que prevén las RHV¹⁰¹ y que básicamente se puede resumir como sigue: (i) Falta náutica; (ii) Incendio; (iii) Peligros, daños o accidentes de mar u otras aguas navegables; (iv) Supuestos de fuerza mayor y asimilados; (v) Hechos atribuibles a la esfera de riesgo del cargador; y (vi) Hechos fortuitos.

Con relación a la responsabilidad *ex recepto*, el porteador responde por cualquier “pérdida” (entendida como falta de entrega) de la mercancía, in-

100 Una crítica doctrinal constante al sistema de responsabilidad de las RHV ha venido siendo, precisamente, que no existe esa declaración de responsabilidad que presida de manera sistemática el catálogo de excepciones que supone su articulado. Así se expresan EMPARANZA SOBEJANO, A., y MARTIN OSANTE, J. M., “El transporte marítimo (II) Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, en MARTINEZ SANZ, F., (Dir.) y PUETZ, A., (Coord.), Op. Cit. *Manual de derecho...*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2010, págs.130 y ss. En idéntico sentido, Vid. RUIZ SOROA, J. M., ZABALETA, S., y GONZALEZ, M., Op. Cit., *Manual de derecho...*, pág. 445 y ss., y SANCHEZ CALERO, F., Op. Cit., *El contrato...*, págs. 337 y ss.

101 El Art. 4 del Convenio recoge una larga lista de casos (17 en total) en los que el porteador no responde de los daños o pérdidas de las mercancías. Vid. RUIZ SOROA, J. M., y GABALDÓN GARÍA, J. L., Op. Cit., *Manual de...* págs. 473/476.

cluyendo así la pérdida total o parcial de la mercancía y el daño a la misma (entendido como demérito o pérdida de su valor)¹⁰². En este sentido, debe insistirse en que, pese a la redacción del texto legal, el retraso en sí mismo no es un daño¹⁰³, y para que la responsabilidad por retraso se transforme en una obligación de indemnizar, el fletador o el tenedor del conocimiento del embarque tendrán que acreditar que el mismo les ha producido efectivamente un perjuicio patrimonial.

Con relación a la responsabilidad por retraso, no regulada de forma expresa en las RHV¹⁰⁴ a diferencia de lo que ocurre con la normativa reguladora de otros transportes¹⁰⁵, la responsabilidad se genera (Art. 28o LNM) tanto en aquellos casos en que exista un plazo convenido de entrega de la mercancía entre las partes que haya resultado incumplido, como en el caso en que no existiendo dicho plazo la mercancía no se entregue en un plazo *razonable*¹⁰⁶.

102 GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, págs. 356/360. Llama la atención la desaparición del término “avería”, entendida como una depreciación del valor de la mercancía, y que deberemos entender incluida en el concepto de daño.

103 En muy pocas ocasiones existe esa traducción directa, pero puede darse en mercancías rápidamente perecederas (productos frescos, fruta...) cuya depreciación es rápida, pudiendo llegarse a la imposibilidad de servir para su finalidad última e incluso a la pérdida total.

104 RUIZ SOROA, J. M., y GABALDON GARCÍA, J. L., *Op. Cit. Manual de...*, págs. 471. Cabe destacar aquí la excepción que supusieron en materia de responsabilidad por retraso los Arts. 5 y 6 de las ya citadas Reglas de Hamburgo, y posteriormente los Arts. 20 a 26 de las Reglas de Rotterdam.

105 Basta recordar, con relación al transporte terrestre por carretera tanto la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del Contrato de Transporte Terrestre de Mercancías como el Art. 23.5 del Convenio CMR. Con relación al transporte terrestre por ferrocarril el Art. 33.5 de las Reglas Uniformes relativas al Contrato para el Transporte Internacional de Mercancías por Ferrocarril (CIM) y el Convenio de 9 de mayo de 1980 relativo al Transporte Internacional por ferrocarril (COTIF). Con relación al transporte aéreo, los Arts. 19 y 22 del Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional (Convenio de Montreal), de 28 de mayo de 1999, o el Reglamento (CE) Núm. 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y se deroga el Reglamento (CEE) núm. 295/91.

106 A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en las Reglas de Rotterdam, cuyo Art. 21 limita el retraso al supuesto en que las mercancías se entreguen fuera del plazo acordado. La redacción actual es más cercana al Art. 5.2 de las Reglas de Hamburgo.

En el primer caso, parece lógico entender que el pacto pueda ser expreso, ya conste por escrito o haya sido verbal, e igualmente tácito o deducible de los actos preparatorios del contrato y de las negociaciones previas entre las partes.

En defecto de pacto, la cuestión consistirá en acreditar cuál es «el plazo razonable exigible» para la entrega de la mercancía, para lo que será necesario atender a las circunstancias de hecho que concurren (viaje, ruta proyectada, escalas, otras cargas, velocidad del buque, época del año, condiciones climatológicas...).

3. Personas responsables:

Es responsable el porteador (por todo daño o pérdida a las mercancías y por retraso en su entrega), tal y como lo hemos definido, y como novedad destaca el artículo 278 LNM, que regula la responsabilidad solidaria del porteador contractual (“quien se compromete a realizar el transporte”) y del porteador efectivo (“quien lo realiza efectivamente por sus propios medios”) frente al cargador, sin perjuicio de las acciones que correspondan entre ellos.

La identificación expresa de determinadas personas dentro de la categoría del porteador contractual (comisionistas de transportes y transitarios) se complementa con la remisión a “aquellas personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros”, lo que implica que la ley refiere un *numerus apertus*.

Finalmente, el artículo 284 LNM que regula el caso de porteadores sucesivos en el que existe un único contrato por virtud del cual varios porteadores ejecutan el transporte de manera escalonada o sucesiva usando el mismo modo de transporte¹⁰⁷.

La norma no despeja que ocurre en aquellos casos en los que pese a haber transformado el transporte sucesivo en segmentado por los pactos de los porteadores insertos en el título, se desconoce el tramo o trayecto en el que se produjeron las pérdidas, daños o el retraso, siendo lógico suponer que en tal caso debe operar la solidaridad originalmente prevista en beneficio de la mayor protección del contratante.

107 LÓPEZ RUEDA, F. C., “La responsabilidad del porteador en los transportes sucesivos y multimodales según la legislación marítima proyectada”, *XIV Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián: Donostia – San Sebastián*, n° 14, 2007, págs. 114/147.

4. Período de responsabilidad:

El ámbito temporal de aplicación del régimen legal de responsabilidad del porteador sufre una modificación sustancial, como ya se ha mencionado, pues el nuevo régimen parece destinado a terminar con lo que se ha venido denominado seccionamiento (*depeçage*) del transporte marítimo.

El artículo 1 de la derogada LTM, con intención de resolver las dudas que planteaba la redacción del artículo 1, apartado e) de las RHV, dio lugar a una división del período de custodia de la mercancía porteador en distintas fases: de una parte, la marítima, limitada por la carga y descarga de las mercancías a bordo del buque cuando se hace con medios ajenos del buque¹⁰⁸ y, de otra, las fases terrestres¹⁰⁹ de custodia, almacenamiento, acarreo y manipulación hasta (o desde) el costado del buque, de forma que estas últimas quedaban expresamente fuera del ámbito de responsabilidad del porteador marítimo¹¹⁰.

La responsabilidad del porteador queda ahora limitada “al período desde que se hace cargo de las mismas [mercancías] en el puerto de origen hasta que las pone a disposición del destinatario o persona designada por éste en el puerto de destino”¹¹¹, por lo que al huir del momento de la carga y descarga, o

108 La STS (Sala 1ª) de 31 de abril de 1984 se refiere al ámbito de aplicación de la LTM, al igual que las SSTS (Sala 1ª) de 31 de enero de 1983 y 7 de julio de 1998. En el mismo sentido la SAP Asturias, Sentencia núm. 322/2003, de 20 de mayo y el AAP Vizcaya, núm. 511/2008, de 16 de julio.

109 Las fases terrestres adquieren cada vez mayor relevancia en el transporte, que tiende en la práctica cotidiana hacia la modalidad *almacén – almacén* incluyendo, por tanto, fases terrestres intercaladas, generalmente previas y posteriores al transporte marítimo. Dichas fases, en las que no es infrecuente la producción de daños, consistirán en la recepción, almacenamiento, acarreo, manipulación y –en definitiva/ custodia de la mercancía hasta o desde el costado del buque.

110 En general sobre el seccionamiento del transporte RUIZ SOROA, J. M. y GABALDÓN GARCÍA, J. L., *Manual de derecho...*, Op. Cit., págs. 444/445. De manera más precisa sobre el régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga y la responsabilidad del porteador en las mismas en virtud de los pactos a los que puede llegarse, LÓPEZ RUEDA, F. C., *El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria/Gasteiz, 2005, y GARCÍA ÁLVAREZ, B., *La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

111 Ya en el Proyecto de Ley se contemplaba esta redacción, modificando el texto del Art. 331 de la Propuesta de Anteproyecto de la Sección Especial de Codificación, que hacía mención al puerto de origen «o lugar» en el que el porteador se hacía cargo de la mercan-

de la entrada y salida de la mercancía del buque, como hitos de inicio y terminación del periodo de responsabilidad se produce la consecuencia inmediata de que dicha responsabilidad se inicia desde que la mercancía se recibe por el armador con vistas a su transporte, resultando irrelevante si es al costado del buque, en la bodega, o en el almacén en que el agente de la línea regular recibe y almacena la mercancía por cuenta del porteador con anterioridad a su embarque, y terminará cuando se ponga a disposición del destinatario de la misma forma (Art. 279 LNM).

Obviamente, cuando por aplicación de las Leyes o reglamentos sea obligatoria la intervención de otras entidades en las operaciones de entrega de la mercancía al porteador para su transporte, o desde éste al destinatario, éste no responderá por el período que la misma se encuentre bajo custodia de aquéllas (Art. 279 *in fine*).

VII. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD

1. Elementos comunes:

La limitación de responsabilidad es un instituto tradicional del derecho marítimo¹¹² y los artículos 282 y 293 LNM determinan el derecho del porteador marítimo a limitar su responsabilidad por pérdida o daño de la mercancía y retraso respectivamente, si bien tienen una serie de elementos comunes que pueden ser objeto de tratamiento unitario¹¹³.

a) Extensión a las acciones extracontractuales:

Dado que la aplicación del beneficio de la limitación de responsabilidad puede provocar que el perjudicado no vea resarcido el importe total de sus

cía y el puerto «o lugar» de destino en el que procedía a entregarla, redacción que no se ha mantenido.

112 Una revisión del ambiente en el que nació la limitación de responsabilidad, con acertadas referencias a sus implicaciones no ya jurídicas sino socioeconómicas e industriales puede verse en RUIZ SOROA, J. M.: “La responsabilidad por daños y su limitación en el derecho marítimo”, *VI Jornadas de Derecho marítimo de San Sebastián: Donostia – San Sebastián*, nº 6, 1999, págs. 11/31

113 Sobre la limitación de responsabilidad en general GARCÍA/PITA Y LASTRES, J. L., *La limitación de la responsabilidad civil del naviero. (Análisis sistemático del derecho comparado y perspectivas de reforma en el derecho español)*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria – Gasteiz 1996. Sobre aspectos no solo sustantivos sino también procesales, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007.

daños, éste puede intentar circunvalar la responsabilidad contractual del porteador e iniciar acciones por responsabilidad extracontractual contra dependientes y agentes del mismo por el total de los daños.

A tal efecto, la ley prevé que es posible oponer la limitación de responsabilidad frente a cualquier acción en la que se persiga la indemnización de pérdidas, daños o retrasos experimentados por la mercancía, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual, y se interponga frente al porteador o frente a sus auxiliares.

b) Pérdida del beneficio a la limitación:

El derecho a limitar su responsabilidad (ya sea por pérdida, daños o retraso) se pierde cuando se acredite que aquéllos han sido causados por el porteador “intencionadamente o actuando en forma temeraria y con conciencia de su probabilidad».

Se produce así un cambio de denominación importante, pasando de las habituales “dolo o negligencia grave” en nuestro ordenamiento jurídico a una redacción acorde con el texto original de los artículos 4, apartado e) y 4 bis de las RHV¹¹⁴ y común en el Derecho internacional.

La redacción puede ser susceptible de generar ciertos problemas de interpretación pues, aunque la referencia a la intencionalidad puede asimilarse al dolo civil, la referencia a la “temeridad” estaría más cerca del dolo eventual que de la negligencia grave en la comisión o producción del daño, al exigirse conciencia de la probabilidad del resultado.

Del mismo modo, surgen ciertas dudas en torno a si el porteador pierde o no el derecho a limitarse su responsabilidad cuando quien actúa intencionadamente, o temerariamente con conciencia de la probabilidad de generar la pérdida, daño o retraso es su auxiliar o dependiente.

Es claro que este último sí pierde tal beneficio (Arts. 282.4 y 283.4 LNM, ambos en su segundo párrafo), pero nada se dice respecto a la acción que en ese caso el perjudicado pueda iniciar frente al porteador directamente quien, a priori, no pierde en ese caso el beneficio a la limitación.

¹¹⁴ El Art. 4, e) de las RHV siguiendo una redacción habitual en los Convenios Internacionales en materia de transporte, en el texto auténtico en inglés, del que la ley parece obtener su redacción, expresa “*Neither the carrier nor the ship shall be entitled to the benefit of the limitation of liability provided for in this paragraph if it is proved that the damage resulted from an act or omission of the carrier done with intent to cause damage, or recklessly and with knowledge that damage would probably result*”.

2. Límites de la indemnización

a) Indemnización por pérdida o daños:

El artículo 282.1 LNM remite a los límites establecidos en el artículo 4.5 RHV, que atiende al valor de la mercancía¹¹⁵ que se haya declarado en el conocimiento antes del embarque y, a falta de éste, al límite de 666,67 DEG¹¹⁶ por bulto o unidad o 2 DEG por kilogramo de peso bruto, el que resulte más elevado de los dos.

Para dicho cálculo (Art. 282.2 LNM) se estará a lo consignado en el conocimiento de embarque sobre el número de unidades o bultos cuando la mercancía se transporte agrupada o consolidada en los medios habituales (contenedores, bandejas, plataformas...). Si se identifica el número de bultos o unidades dentro de esos medios de agrupación de carga, se estará a ese número de unidades para el cálculo de la limitación, mientras que cuando no se haga constar, se considerará un único bulto¹¹⁷, tomando la precaución -en el caso de contenedores suministrados por el cargador¹¹⁸- de contarlos como una unidad adicional.

Igualmente, la remisión al régimen de las RHV mantiene la vigencia de lo previsto en el artículo 5, b) RHV respecto a que debe atenderse al valor mercancía en el lugar de destino en caso de su pérdida total, cuestión no exenta de cierta controversia¹¹⁹.

b) Indemnización por retraso:

El límite máximo establecido (Art. 283.1 LNM) es el equivalente a 2,5 veces el flete pagado por la mercancía que resulte afectada por el retraso, sin que en ningún caso pueda exceder de la cuantía total del flete que deba pagarse por el contrato de fletamento¹²⁰.

115 El valor declarado de la mercancía (supuesto muy infrecuente en la práctica) establece una presunción *iuris tantum* que permite al porteador probar un valor inferior al declarado. En caso de pérdida total se indemnizará en su totalidad, pero en los casos de daños será el valor proporcional que corresponda a la mercancía dañada.

116 Derechos Especiales de Giro.

117 ESTEBAN CHAMI, D.: "Responsabilidad del transportador en el transporte de contenedores", en *RDT* núm. 5 (2010), págs. 185/196.

118 Lo que puede ocurrir en aquellos transportes FCL/FCL en las que el transitario o el propio cargador se han encargado de cargar y estibar la mercancía dentro del contenedor para su transporte.

119 TETTERNBORN, A.: "Damage, destruction and consequential loss – Should carriers be different from everyone else?" en *RDT*, núm. 12 (2013), págs. 49/61.

120 El mismo límite lo encontramos en el Art. 57.2 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías.

VIII. EJERCICIO DE LAS ACCIONES DE RECLAMACIÓN

Cuando la pérdida o daño resultan aparentes (Art. 285.1 LNM) el destinatario deberá presentar la oportuna protesta al porteador o su agente al día (laborable) siguiente a la entrega de la mercancía, y a los tres días laborables siguientes si no resultan aparentes.

Se trata, por tanto, de presentar un breve escrito describiendo de manera genérica los daños que presentan las mercancías en un período breve tras la entrega¹²¹, que cumple la finalidad de que no quepa imputar al porteador pérdidas o daños sufridos después de la entrega¹²².

Por su parte, la protesta por el retraso deberá describir en términos generales los daños que el mismo ocasiona y presentarse en los diez días laborables siguientes al de la entrega.

La protesta no supone un requisito de procedibilidad, tal y como ha venido estimando la jurisprudencia¹²³, sino un elemento de prueba. Por ello, si no se presenta o se hace fuera de plazo, opera la regla de que la retirada de la mercancía presume que se entregó tal y como aparecía descrita en el conocimiento de embarque, sin perjuicio de que quepa desvirtuar dicha presunción con prueba en contradictorio.

El plazo de ejercicio de acciones anual se mantiene, pero se aclara que se trata de un plazo de prescripción, a diferencia de la naturaleza que nuestros tribunales han venido atribuyendo a dicho plazo en las RHV hasta ahora, que ha sido de caducidad, y se fija como *dies a quo* para su cómputo el de la entrega de las mercancías al destinatario (o el día en que hubieran debido entregarse para los casos de retraso)¹²⁴.

Finalmente, debe destacarse que este plazo se hace ahora extensible a las reclamaciones por fletes, demoras y otros gastos del transporte, que tenían un plazo de prescripción semestral en el derogado artículo 951 C. Co.

121 EMPARANZA SOBEJANO, A.: “Las reservas o protestas en destino en el transporte terrestre y marítimo: contenido y alcance”, *RDT*, núm. 1 (2008), págs. 77/98.

122 En la práctica dichas protestas son presentadas de oficio por peritos, agentes, dependientes y auxiliares del destinatario de la mercancía al capitán y / o al consignatario del buque no solo por la inmediatez exigida, sino porque no es infrecuente que el destinatario no disponga de medios en el puerto de descarga.

123 Sobre los efectos de la falta de protesta bajo el Art. 952.2º C. Co. resuelve radicalmente la SAP Barcelona (Sec. 15ª), Sentencia núm. 14/2014 de 22 enero (AC 2014\53).

124 La conversión en plazo de prescripción de lo que en las RHV es un plazo de caducidad será, a buen seguro, objeto de discusión, pues las RHV tienen mayor rango normativo y la LNM hace una remisión a su régimen, como ya se ha visto. Sin embargo, la STS (Sala 1ª) núm. 418/2015, de 20 de julio, parece apuntar a la tesis de la prescripción.

LOS DOCUMENTOS DE TRANSPORTE

Carlos Llorente
Abogado

Resumen: Este capítulo analiza la diversa tipología de documentos de transporte marítimo a la luz de su regulación y práctica. Se centra fundamentalmente en el conocimiento de embarque (B/L), por ser el que mayor atención ha merecido en la legislación interna e internacional, destacando, en particular, el análisis de sus características, naturaleza, clases, contenido y funciones. Se aborda, además, el tratamiento de los documentos similares al B/L, el documento de transporte multimodal, la carta de porte marítimo y la póliza de fletamento.

Palabras clave: Documento de transporte, conocimiento de embarque, carta de porte marítimo, póliza de fletamento, documento de transporte multimodal, título valor, documentos similares, BIMCO, UNCTAD

Abstract: this Chapter analyzes the different types of transport documents, in light of their regulation in the Maritime Navigation Act and current practice. The chapter essentially focuses on the Bill of Lading (B/L), as it is the document that has called greater attention in both domestic and international law; it highlights, in particular, its features, nature, different classes, contents and functions. Other documents similar to the B/L are also addressed, such multimodal transport documents, seawaybills or charterparties.

Keywords: transport document, bill of lading, seawaybill, charterparty, multimodal transport document, document of title, similar documents, BIMCO, UNCTAD

I. INTRODUCCIÓN. REGULACIÓN Y TIPOLOGÍA.

El contrato de fletamento¹ tiene naturaleza consensual. Se perfecciona por el mero acuerdo entre las partes y, por lo tanto, su existencia y validez no dependen del empleo de una determinada forma en su conclusión. Lo cierto, sin embargo, es que este contrato, por su naturaleza y alcance, aparece recogido

1 En este análisis, nos referimos al contrato de fletamento en el sentido unitario que le ha otorgado la Ley de Navegación Marítima (Ley 14/2014, de 24 de julio, BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014), bajo cuyo concepto (artículo 203 LNM) y denominación se acogen figuras funcionalmente distintas de contratos, en concreto el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo (definidos en el artículo 204 LNM) y el fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque (artículo 205 LNM), así como el contrato de volumen (artículo 208 LNM).

en el tráfico generalmente en forma escrita o documental. Y tan importante se considera su formalización que su propia normativa regula de manera expresa esta cuestión.

En el Derecho español, al igual que en muchos otros ordenamientos, la documentación del contrato de fletamento se contempla tanto en instrumentos de producción interna como de producción internacional. En el primer caso, habrá que acudir a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante, LNM)². Y, en el segundo, a las Reglas de La Haya-Visby (en adelante, RHV)³.

La tipología documental que se recoge en esta normativa es variada.

En las RHV, por un lado, el único documento regulado es el denominado “conocimiento de embarque” (o “documento similar”), que aparece mencionado en su artículo I, dentro de la definición de “contrato de transporte”, y en otros preceptos más, singularmente los artículos III y X.

En la LNM, por su parte, encontramos, normas sobre el “conocimiento de embarque” (o “documento similar”) (artículo 205 in fine), que están recogidas en la Sección 5^a (“Del conocimiento de embarque”) del Capítulo II, Título IV de la Ley, así como sobre el “documento de transporte multimodal” (artículo 267, único precepto de la Sección 6^a) y las “cartas de porte marítimo” (Sección 7^a: artículos 268-271). La LNM también da cuenta de la existencia de la “póliza de fletamento”, pero no la regula y se limita a mencionarla en algunos preceptos (204.3, 207, 277.1), así como en su Preámbulo (apartado VI).

A continuación ofreceremos un breve análisis de los referidos documentos, comenzando por el “conocimiento de embarque” (apartado II), por ser el documento al que la normativa aplicable dedica mayor detalle, y continuando con el “documento de transporte multimodal” (apartado III), la “carta de porte marítimo” (apartado IV) y la “póliza de fletamento” (apartado V)⁴.

2 Sobre la LNM, véase AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, AEDM, Dickinson, Madrid 2015. Igualmente, CAMPUZANO, A. B. y SANJUÁN, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

3 Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque (“Reglas de La Haya”) (Gaceta de Madrid, núm. 212, de 31 de julio de 1930), modificado posteriormente, de forma parcial, por el Protocolo de Bruselas de 23 de febrero de 1968 (“Reglas de Visby”) (conociéndose el conjunto como “Reglas de La Haya Visby”) y por el Protocolo de Bruselas de 21 de diciembre de 1979 (ambos Protocolos se publicaron en el BOE núm. 36, de 11 de noviembre de 1964).

4 En la práctica, los documentos más importantes y frecuentes son el conocimiento de embarque y la póliza de fletamento. En general, desde su perspectiva anglosajona, véase

II. EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE. DOCUMENTOS SIMILARES.

1. El régimen de la LNM

El conocimiento de embarque (conocido abreviadamente por la abreviatura en inglés B/L, por “Bill of Lading”) es objeto de regulación en dos subsecciones distintas de la Sección 5ª (“Del conocimiento de embarque”) del Capítulo II, Título IV de la LNM, atendiendo a la naturaleza de su soporte (papel o electrónico)⁵.

Cuando se trate de un conocimiento de embarque emitido en soporte papel (no electrónico), los preceptos aplicables a este documento serán los artículos 246-261 (Subsección 1ª)⁶. Si el soporte es electrónico, por su parte, serán de aplicación los artículos 262-266 (Subsección 2ª).

a. Conocimiento de embarque en soporte electrónico.

Comenzando por éste último soporte, hay que resaltar que el artículo 264 (“Régimen legal”) indica que “[E]l conocimiento de embarque en soporte electrónico estará sometido al mismo régimen y producirá los mismos efectos que el emitido en soporte papel sin más especialidades que las contenidas en el contrato de emisión”. Esta afirmación es muy relevante desde un punto de vista práctico, porque indica que la regulación de la LNM sobre el B/L electrónico, como no podía ser de otro modo, se centra exclusivamente en los aspectos derivados de su carácter electrónico, es decir, su reconocimiento (artículo 262.1)⁷, la delimitación del contenido del contrato de emisión (artículo 262.2) y la regulación de la sustitución de un soporte por otro (en am-

el clásico tratado de SCRUTTON, E, *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. 125th Anniversary Edition, Sweet & Maxwell, London, 2011.

5 Sobre el “bill of lading”, véase AIKENS, R., LORD, R., BOOLS, M.D., *Bills of Lading*, Informa, London, 2006. Igualmente, TREITEL, G., REYNOLDS, F., *Carver on Bills of Lading*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

6 Hay un precepto de la LNM en la Sección relativa al conocimiento de embarque cuyo encaje sistemático en dicha Sección es dudoso. Se trata de artículo 255 (“Obligación de pago del flete”), que, a nuestro juicio, hubiese estado mejor situado en la Sección 3ª. En consecuencia, no será objeto de análisis en este trabajo.

7 Este precepto señala que el soporte electrónico será aceptado y reconocido cuando haya habido acuerdo por escrito al respecto entre cargador y porteador y siempre que este acuerdo se haya producido antes de la carga de las mercancías a bordo del buque. Este acuerdo por escrito es lo que se conoce como “contrato de emisión”.

bos sentidos) (artículos 263 y 265)⁸ así como los efectos de dicha sustitución (amortización del B/L) (artículo 266). En todo lo que no tenga que ver con su carácter electrónico, por tanto, el B/L electrónico se regirá, en cuanto B/L que es, por las normas que reseñaremos posteriormente.

Hace bien, en cualquier caso, la LNM en prever la utilización de este tipo de documentos electrónicos (eBL), como han hecho otros instrumentos del más reciente Derecho uniforme de los transportes⁹, pero no olvidemos que la promoción de su uso no depende tanto del reconocimiento legislativo, aunque también sea importante, como de su empleo real en el tráfico marítimo. Y éste es un proceso que, después de unos cuantos años, sigue aún pendiente de ser completado, si bien, en los tiempos actuales marcados por la digitalización masiva, todo parece preparado para que se de un salto definitivo en su consolidación¹⁰.

b. Conocimiento de embarque, en general.

El conocimiento de embarque, sea electrónico o no, es el documento característico del contrato de fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque (artículo 205). No existe, cuando se trata de soporte papel, de un modelo o formato único de B/L, pudiendo en el tráfico encontrarse ejemplares de distinta factura, que serán considerados como genuinos y legítimos B/L cuando cumplan con las exigencias mínimas que, en forma y fondo, la ley impone a dicho documento¹¹.

8 Es decir, la sustitución del B/L en papel por el B/L electrónico (artículo 263) y la del B/L electrónico por otro en papel (artículo 265).

9 En este sentido, véase, por ejemplo, el Protocolo Adicional al Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) relativo a la carta de porte electrónica, hecho en Ginebra el 20 de febrero de 2008. El Protocolo está en vigor y España lo ha incorporado a nuestro ordenamiento (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2011).

10 En este sentido, véanse las plataformas BOLERO (www.bolero.net) y essDOCS (www.esdocs.com). Resta aún por observar las consecuencias reales de la aplicación de la tecnología “blockchain” al sector del transporte.

11 No obstante, un modelo de referencia en el mercado es el BIMCO LINER BILL OF LADING, conocido con el nombre de CONLINEBILL. Se trata de un modelo elaborado por BIMCO, cuya primera versión es de 1950 y su última actualización es de noviembre de 2016. El modelo consta de dos páginas, una primera en la que se recogen una serie de casillas en blanco que deberán ser rellenadas en cada caso, y que identifican los distintos elementos del contrato, y una segunda página que contiene un clausulado impreso propio del B/L o, con mayor propiedad, del contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque que se documenta en el B/L. Además del CONLINEBILL, BIMCO también

Su emisión y entrega se configuran como una obligación para el porteador (o el capitán o el agente del porteador) una vez embarcadas las mercancías a bordo del buque (artículo 246.1), previéndose, también, la figura del conocimiento *recibido para embarque* (artículo 246.2)¹².

EL B/L deberá entregarse en dos o más ejemplares originales a solicitud del cargador (artículo 247)¹³.

La LNM delimita el contenido obligatorio (artículo 248.1)¹⁴ o voluntario (artículo 248.2)¹⁵ del conocimiento. Se trata, en todo caso, de un contenido mínimo, al menos en su vertiente obligatoria, y, que como demuestran los

ofrece un modelo de B/L que se emite con ocasión de un fletamento (por viaje o tiempo). Es el llamado CONGENBILL, en su última versión de 2016. En general, sobre BIMCO y su destacada labor en el ámbito de la documentación: www.bimco.org.

12 Este es un conocimiento emitido antes de que las mercancías estén a bordo del buque y que puede acabar convirtiéndose en un verdadero conocimiento de embarque cuando, una vez embarcadas las mercancías, el capitán incluya una apostilla o sello en el documento originalmente emitido indicando “embarcado” o “embarcadas”, con expresión del día y hora en que se hubiere iniciado y finalizado la carga de las mercancías. Como alternativa, el artículo 246.2 permite que, en esta situación, se emita un nuevo conocimiento de embarque que exprese que las mercancías se encuentran efectivamente a bordo del buque (en cuyo caso, este conocimiento genuino deberá reflejar el nombre del buque). En realidad, el conocimiento recibido para embarque, mientras es tal y no se convierte en un verdadero conocimiento con la estampilla indicada, es un documento que acredita la recepción de la mercancía por el porteador, o sus auxiliares, antes de su carga en el buque y que recoge los términos propios del contrato de transporte que se ha concluido entre las partes.

13 En cada B/L se deberá hacer constar el número de ejemplares originales que se entreguen al cargador.

14 El contenido obligatorio del B/L, conforme a la LNM, es el referido, fundamentalmente, a los elementos esenciales del contrato formalizado en dicho documento. Por un lado, se exige que consten los datos identificativos de las partes del contrato (elementos personales), es decir, de porteador (1º) y cargador (2º), e, incluso del destinatario (aunque no es parte del contrato), cuando el conocimiento fuere nominativo (2º). También deberán constar los elementos objetivos del contrato o, con otras palabras, las mercancías, que deberán ser identificadas en los aspectos indicados en el artículo 248 (3º) y una serie de circunstancias que delimitan la ejecución del transporte (origen y destino del transporte y fecha de entrega en origen y, en su caso, en destino de las mercancías) (4º y 5º). Se completa esta exigencia de menciones obligatorias con las que se refieren al lugar de emisión del conocimiento y al número de ejemplares originales entregados al cargador (6º).

15 En sus palabras, “[T]odas aquellas menciones o estipulaciones válidamente pactadas por el cargador y el porteador”.

B/L que se utilizan habitualmente en el tráfico, sólo responde a una parte (aunque esencial) del contenido que encontramos en todo B/L.

El artículo 248 no identifica como contenido del conocimiento el dato de su firma. Pero lo hace el artículo 249, donde se indica que este documento deberá estar firmado. La LNM, recogiendo el reflejo tradicional de la práctica en el sector, exige que el B/L sea firmado por el porteador o por un agente del porteador que actúe en su nombre con poder suficiente. Y permite, igualmente, que lo firme el capitán del buque, presumiéndose (*iuris tantum*), en este caso, que lo hace en nombre del porteador mencionado en el conocimiento¹⁶.

La LNM también nos recuerda la responsabilidad que asume el cargador frente al porteador por los daños y perjuicios causados por la inexactitud de las declaraciones recogidas en el B/L que sean relativas a las mercancías entregadas para su transporte o al estado de las mismas. Con una pobre sistemática, la LNM configura este supuesto como una garantía legal del cargador en su artículo 260, casi cerrando la subsección 1ª dedicada a este documento¹⁷.

Pero la LNM se dedica, sobre todo, a regular la eficacia (funciones) de dicho documento de transporte: su eficacia traslativa y legitimadora, su eficacia probatoria y su eficacia ejecutiva.

c. Eficacia traslativa y legitimadora

Desde esta perspectiva, si bien la LNM no indica expresamente el carácter de título-valor del B/L, ésta es una característica que se deriva inequívocamente de su regulación¹⁸.

Por un lado, la LNM indica que el B/L podrá emitirse al portador, a la orden o nominativamente (artículo 250.1), con las correspondientes implicaciones en su régimen de circulación (artículo 250.2). Es decir, la circulación se producirá mediante su entrega, si son al portador, mediante su endoso, si

16 Este precepto debe complementarse con lo establecido en el artículo 321 LNM que regula la firma del conocimiento de embarque por el consignatario. Este artículo permite que este operador (que no es sino un agente del porteador, como señala el artículo 249) firme el conocimiento de embarque por cuenta del armador o naviero. Lo relevante de este precepto, desde la perspectiva del consignatario, es que le impone a este operador la carga de hacer constar el nombre del armador o naviero por cuya cuenta firma el B/L si quiere evitar que se le considere responsable solidario del transporte junto con dichas personas (o, en su caso, junto con el porteador fletador).

17 Una ubicación más adecuada para este precepto hubiese sido a continuación del artículo 248.

18 E, indirectamente, de lo que establece el artículo 268.1 al negar dicho carácter a las cartas de porte marítimo.

son a la orden o, finalmente, mediante su cesión según las normas reguladoras de la cesión de créditos no endosables¹⁹, si son nominativos.

Por otro lado, la LNM define la eficacia traslativa del B/L (artículo 251)²⁰, lo que, en palabras del citado precepto, significa que la transmisión de conocimiento de embarque producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, sin perjuicio de las acciones penales y civiles que correspondan a quien hubiese sido desposeído ilegítimamente de aquellas²¹.

Finalmente, según la LNM el conocimiento de embarque goza de la condición de título de legitimación en los términos previstos en su artículo 252. Este precepto reconoce el derecho a la entrega de las mercancías que ostenta el tenedor legítimo del conocimiento original frente al porteador, quien, una vez entregadas, deberá rescatar el documento del tenedor como prueba de la entrega. Si el porteador entregase las mercancías a una persona no legitimada, responderá frente al tenedor legítimo del conocimiento del valor de las mercancías en el puerto de destino, sin poder ampararse en las limitaciones cuantitativas de responsabilidad que establece la normativa aplicable en los supuestos de responsabilidad del porteador. La LNM ofrece, además, en este ámbito, una regla de protección del adquirente de buena fe y sin culpa grave del B/L (emitido al portador o a la orden), incluso aunque previamente su legítimo titular hubiese sido desposeído de dicho documento por cualquier causa y sin perjuicio de los derechos y acciones que le correspondan a dicho titular contra los responsables de la desposesión ilegítima (artículo 254).

19 Artículos 347 y 348 del Código de Comercio.

20 La eficacia traslativa no afecta, según dicho precepto, a “los acuerdos de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del Título IX”. Como ya hemos tenido la oportunidad de indicar en otro momento (LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “El contrato de fletamento”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 160, n. 19, “la exclusión de estos acuerdos no es consecuencia de una reconsideración moderna de la teoría general de los títulos-valor sino, como es bien sabido, de la aceptación por el legislador de unos intereses sectoriales contrarios a dichos acuerdos en la medida en que suelen llevar a tribunales o arbitrajes fuera de nuestro país. Por lo demás, el alcance de esta regla de exclusión es muy limitado, porque, conforme al artículo 468, con el que se abre el citado Capítulo I del Título IX, habrá que estar en primer lugar a lo que establezcan al respecto los convenios internacionales vigentes en España así como en las normas de la Unión Europea, que, en esta materia, son los más relevantes como consecuencia de la amplitud de su ámbito de aplicación”.

21 Sobre estos aspectos del B/L, véase RECALDE CASTELLS, A., *El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte. Función representativa*, Civitas, Madrid 1992.

d. Eficacia probatoria

También le dedica atención la LNM a la eficacia (fuerza) probatoria del B/L. Este documento ofrece prueba de la entrega de las mercancías al porteador con las características y en el estado en que figuren en dicho documento (artículo 256.1). Se trata de una prueba con eficacia presuntiva *iuris tantum* (“salvo prueba en contrario”), si bien con la importante excepción prevista en el apartado 2 del artículo 256 (no se admitirá prueba en contrario) cuando el tenedor del B/L sea una persona distinta del cargador (incluido el destinatario) que hubiese adquirido el B/L de buena fe y sin culpa grave. Excepción que, en todo caso, no será operativa, si el porteador hubiese opuesto reservas.

Precisamente, en este marco sobre la virtualidad probatoria del B/L, la LNM dedica tres preceptos a las mencionadas reservas²², distinguiendo según que el porteador haya podido comprobar (artículo 257) o no (artículo 258)²³ la adecuación a la realidad de determinadas menciones incluidas en el conocimiento de embarque. En todos estos casos, la inserción de reservas privará al documento de fuerza probatoria en los términos de la reserva (artículo 259)²⁴.

También regula la LNM el fenómeno de las denominadas “cartas de garantía”, es decir, el pacto entre cargador y porteador o la declaración unilateral del primero comprometiéndose a indemnizar al segundo por los daños y perjuicios que pudiera causar la falta de constancia en el B/L de reservas sobre los datos suministrados por el cargador o sobre el estado aparente de las

22 En el ámbito de la LNM las reservas son manifestaciones realizadas por el porteador en las que indica la existencia de inexactitudes en la información que figura en el B/L en relación con la descripción de las mercancías, su naturaleza, sus marcas de identificación, el número de bultos y, según los casos, la cantidad o peso declarados por el cargador (artículo 257.1) o aquellas manifestaciones en las que el porteador indica que, tras su comprobación, el estado aparente real de las mercancías no se corresponde con el descrito en el B/L (artículo 257.2).

23 La imposibilidad de comprobación la refiere el precepto al supuesto concreto en que el porteador no haya tenido medios adecuados para comprobar las declaraciones del cargador recogidas en el B/L en los aspectos indicados en el artículo 257.1. En estos casos, el porteador podrá incluir en el B/L una reserva en la que haga constar la citada imposibilidad de comprobación o, en su caso, lo que considere información exacta.

24 En este plano de la eficacia de las reservas, si bien desde una perspectiva negativa, la LNM señala, por otro lado, que la no inserción de reservas genera la presunción de que las mercancías han sido recibidas en buen estado aparente, en el supuesto previsto en el artículo 257.2.

mercancías. La LNM resuelve a favor de la validez y eficacia de dichas “cartas” salvo en caso de mala fe perjudicial para tercero o frente a éste cuando sea el tenedor del B/L.

e. Eficacia ejecutiva

Junto a la eficacia traslativa, legitimadora y probatoria del B/L, la LNM también recuerda, finalmente, que este documento “*tendrá aparejada ejecución de la obligación de entrega de las mercancías entregadas al porteador para su transporte*”. Se trata de la denominada eficacia ejecutiva, o del reconocimiento del carácter ejecutivo, del B/L (artículo 253).

2. La posición de las Reglas de La Haya-Visby.

El nombre oficial de las RHV (Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque) destaca la importancia de este documento en el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque²⁵.

Esta importancia se pone de manifiesto en un doble plano.

En primer lugar, la presencia de un conocimiento de embarque se configura como un elemento de la aplicación de las propias Reglas, tal y como se destaca de su artículo X. De este precepto se deduce que las RHV serán aplicables a los contratos de transporte de mercancías entre puertos perte-

25 Las RHV son el instrumento más importante en la regulación del contrato de transporte marítimo internacional de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Pero no son las únicas. También en vigor internacional, aunque con una menor implantación geográfica (que no incluye a España), se encuentran las Reglas de Hamburgo (Convenio de las Naciones Unidas de Hamburgo de 31 de marzo de 1978, sobre el transporte marítimo de mercancías). En general, AUCHTER, G., *La Convention des Nations-Unies sur le transport de marchandises par mer de 1978 («Regles de Hambourg, 1978»)*, I, Bruselas, 1979. Las Reglas de Hamburgo dedican su Parte IV a los documentos de transporte (artículos 14-18). La estructura y contenido de esta regulación es más moderna que la recogida en las RHV y, en cierto modo, se corresponde con la que encontramos en la LNM. Las Reglas de Hamburgo abordan la emisión del conocimiento de embarque (artículo 14), su contenido (artículo 15), su valor probatorio y el efecto de las reservas (artículo 16), las garantías proporcionadas por el cargador respecto del conocimiento de embarque (artículo 17) y, finalmente, una referencia a los documentos distintos al conocimiento de embarque (artículo 18). Sobre las RHV y su comparación con otros instrumentos normativos, como las Reglas de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, véase, por todos, SÁNCHEZ CALERO, F., *El contrato de Transporte Marítimo de Mercancías. Reglas de la Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

necientes a dos Estados diferentes (requisito de internacionalidad) siempre y cuando concurra, al menos, una de las tres circunstancias que se expresan a continuación en dicho precepto en sus letras a), b) y c). Pues bien, de estas tres circunstancias, dos aluden al conocimiento de embarque. La primera, recogida en su letra a), exige, para la aplicación de las Reglas, que el contrato se haya documentado en un conocimiento de embarque librado en un Estado contratante. Y la segunda, contemplada en su letra c), admite la aplicación de las Reglas cuando el conocimiento de embarque haya previsto que el contrato se rija por las citadas Reglas o por la legislación de cualquier Estado que las aplique o les de efecto, sea cual fuere la nacionalidad del buque, del porteador, del cargador, del destinatario o de cualquier otra persona interesada²⁶.

Más allá de su incidencia en el ámbito de aplicación de las RHV, el conocimiento de embarque es objeto de tratamiento por este instrumento internacional desde la perspectiva del papel que desempeña en la ejecución del contrato de transporte. Y, a este fin, las RHV le dedican una buena parte de su artículo III. Este precepto aborda la emisión y contenido del conocimiento (apartado 3), su eficacia probatoria (apartado 4), la garantía del cargador respecto de algunas de las menciones recogidas en el conocimiento (apartado 5) y, finalmente, la operatividad del conocimiento recibido para embarque (apartado 7). En todo caso, la regulación de las RHV sobre el conocimiento de embarque es fragmentaria (no alude, por ejemplo, a la eficacia traslativa del documento) y obsoleta en su formulación, lo que ha exigido su complementación por lo que establezca la ley nacional aplicable y su necesaria adaptación por vía jurisprudencial.

3. Los documentos similares al conocimiento de embarque

El artículo 205 LNM alude a la existencia de “documentos similares” al conocimiento de embarque sin que luego la LNM (ni las RHV) dedique atención alguna a esta otra categoría, como tal categoría, salvo por lo que respecta al documento llamado “conocimiento recibido para embarque”, al que nos hemos referimos brevemente en el texto principal. La condición de “similar” viene a indicar que estos documentos cumplen con funciones similares a las que la normativa atribuye expresamente al conocimiento de embarque.

²⁶ La letra c) del artículo X RHV se refiere a las denominadas cláusulas “paramount”. En general, véase ESPINOSA CALABUIG, R., *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías. Cuestiones de ley aplicable*, Comares, Granada 1999.

En el tráfico, un documento “similar” al B/L son las llamadas “órdenes de entrega” (“delivery orders”). Se trata de documentos emitidos por el porteador (“ship’s delivery orders”) a petición del tenedor legítimo del B/L y que permiten la entrega fraccionada de la mercancía representada en el conocimiento de embarque a distintos receptores en el puerto de destino. No son, por el contrario, documentos similares al conocimiento de embarque, las también llamadas “órdenes de entrega” que emite por su propia cuenta, y sin intervención del porteador marítimo, el tenedor del B/L (“merchant’s delivery orders”).

Otro documento unánimemente admitido como “similar” al B/L es el llamado “conocimiento directo” (“through bill of lading”), que tampoco está regulado en la LNM (ni en las RHV), si bien el artículo 284 LNM lo contempla en cierto modo. El conocimiento directo es un B/L que se utiliza cuando en la ejecución del transporte interviene más de un porteador, de ahí que en los modelos de B/L que se utilizan en el tráfico existan casillas o apartados para hacer constar en dicho documento la identidad de los respectivos porteadores. Ante la ausencia de regulación sobre estos documentos y, en particular, sobre los fenómenos de colaboración entre porteadores, su calificación jurídica y la determinación del régimen aplicable a las relaciones entre el tenedor del B/L y los porteadores, por un lado, y a las relaciones internas de los porteadores entre sí, por otro, habrá de realizarse conforme a lo que establezca el Derecho nacional señalado por las normas de DIPr del foro.

No son, por el contrario, “similares” al B/L, en opinión de los expertos, los siguientes documentos: a) la “declaración de embarque”, mediante la que el cargador informa (declara) al porteador de las mercancías que se van a embarcar así como de sus características; b) la “orden de embarque”, es decir, el documento que recoge la orden del porteador o su agente de embarcar la mercancía entregada por el cargador; c) la “nota de reserva” (“booking note”), documento que recoge el acuerdo contractual de transporte entre cargador y porteador, con la consiguiente reserva de espacio en el buque para el traslado de las mercancías²⁷ y, finalmente, d) el “recibo del piloto” (“mate’s receipt”), documento firmado por el oficial del buque por el que se prueba la recepción a bordo de dicho buque de las mercancías entregadas, así como sus condiciones y características.

27 Existe un modelo de BIMCO: CONLINEBOOKING.

III. EL DOCUMENTO DE TRASPORTE MULTIMODAL

1. La posición de la LNM

El documento de transporte multimodal es, conforme al artículo 267 LNM, aquel “*documento de transporte entregado por un porteador, o por un agente que actúe en su nombre con poder suficiente, en un transporte multimodal*” y al que, en palabras del referido precepto, “*le serán de aplicación las normas establecidas en esta ley para el conocimiento de embarque*”. Dos, son, por tanto, la cuestiones que aborda este mínimo precepto. Una, la tipificación legal de un documento de transporte, al que la Ley denomina “multimodal”. Y, otra, la identificación del régimen jurídico aplicable a dicho documento.

Ni el precepto, ni ninguna de estas dos cuestiones, sin embargo, se entienden bien si no se tiene en cuenta la posición de la LNM sobre el “transporte multimodal”. Esta posición la recoge en su artículo 209 (“Transporte multimodal”), en el que se define, por un lado, al “transporte multimodal” y se establece, por otro lado, la normativa aplicable a dicho transporte. Para la LNM, y desde su perspectiva marítima, el transporte multimodal existe cuando “*el contrato de transporte comprendiere la utilización de medios de transporte distintos del marítimo*” (además del marítimo, claro está). Recoge esta definición, por tanto, los rasgos característicos de la unidad contractual y de la pluralidad de medios que encontramos en todo transporte de esta naturaleza. Y este contrato único con pluralidad de medios se regirá, según la LNM, por la propia LNM en lo que respecta a la fase marítima del transporte, “*regulándose las demás fases por la normativa específica que les corresponda siempre que ésta tenga carácter imperativo*”.

A la luz de lo anterior, ¿cómo habrá que entender, por tanto, el mandato del artículo 267 en relación con el artículo 209? Si, como dice el artículo 209, las normas de la LNM, incluido por tanto el artículo 267, sólo serán aplicables a la fase marítima del transporte multimodal, la aplicación correlativa de las normas del conocimiento de embarque al documento de transporte multimodal sólo será operativa con respecto a la citada fase marítima y no, en consecuencia, a las demás fases no marítimas del transporte multimodal. De este modo, tendremos un documento de transporte que, en atención a la fase del contrato de que se trate, cambiará de naturaleza, configuración y régimen jurídico. Lo cual constituye un absurdo²⁸.

28 No se nos escapa que la pretensión de la LNM con su escasa regulación en esta

No parece que el artículo 267, ni el artículo 209, de la LNM sirvan para mucho más que para identificar la normativa aplicable (incluida la propia del conocimiento de embarque) a transportes multimodales que planteen problemas reconducibles a la fase marítima (sistema de red). Pero de nada, o de poco, pueden valer en aquellas situaciones en las que no sea posible identificar la fase del transporte donde se produjo el incumplimiento²⁹.

2. La documentación del transporte multimodal desde una perspectiva general.

La ausencia de una regulación general del transporte multimodal tanto en el plano de las normas de producción interna³⁰ como en el de las normas de producción internacional³¹, ha provocado, paradójicamente, que los

materia es acoger bajo su cobertura documentos como el que se conoce con el nombre de “conocimiento de embarque para transporte multimodal”, que es, en realidad, más un documento de transporte multimodal que un genuino conocimiento de embarque.

29 Hay otro precepto de la LNM en el que se menciona al transporte multimodal, el artículo 248.1.4^o. Este precepto regula el contenido del conocimiento de embarque y en ese apartado 1.4^o se indica que el B/L deberá identificar “*los puertos de carga y descarga de las mercancías y, en caso de transporte multimodal, los lugares de inicio y terminación del transporte*”. Se trata, en consecuencia, de una previsión que permita convertir un B/L marítimo en un documento de transporte multimodal con fase marítima, como acabamos de indicar.

30 Además de la LNM, téngase en cuenta los artículos 67-70 integrantes del Capítulo VII (“Transporte multimodal”) de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías (BOE núm. 273, de 19 de noviembre de 2009), que no es sino un intento más de regulación del transporte multimodal desde una perspectiva unimodal.

31 El principal intento por regular el transporte multimodal en el ámbito supranacional ha sido la Convención de las Naciones Unidas de Ginebra de 24 de mayo de 1980, sobre transporte multimodal internacional de mercancías, que, en su parte segunda (artículos 5-13), ofrece una detallada regulación de los aspectos documentales de este transporte. Más recientemente, la Convención de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 2008, sobre los contratos de transporte internacional de mercancías, total o parcialmente por mar (“Reglas de Rotterdam”) ha tratado de ofrecer una solución a los transportes multimodales con fase marítima, pero, de momento, siguen sin entrar en vigor. En general, BAATZ, Y., DEBATTISTA, C., LORENZON, F., SERDY, A., *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation*, Informa, London, 2009 y STURLEY, M., FUJITA, T., VAN DER ZIEL, G., *The Rotterdam Rules. The UN Convention on Contracts for Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Sweet&Maxwell Ltd, London, 2010. Entre nosotros, ILLESCAS, R., Y ALBA, M., *Las Reglas de*

intentos por encontrar una solución a los problemas jurídicos del transporte multimodal hayan tenido que ser encauzados a través de la creación de reglas y condiciones generales de la contratación, elaboradas por organismos especializados, cuya finalidad ha sido la de ser incorporadas a documentos de transporte empleados en el tráfico multimodal, que son los que, con mayor propiedad, podríamos denominar genuinos o auténticos “documentos de transporte multimodal”.

Estos documentos de transporte multimodal han experimentado una evolución acusada en la que pueden distinguirse varias etapas.

En una primera fase, el tradicional documento marítimo, el “conocimiento de embarque”, fue adaptado para poder incluir entre sus cláusulas reglas que cubriesen la utilización de modos de transporte complementarios del marítimo, adaptaciones que se formalizaron en torno al documento llamado “conocimiento directo” (“Through Bill of Lading”).

Una segunda etapa de esta evolución viene marcada por la creación de documentos que toman como modelo los fallidos proyectos de regulación del transporte multimodal, previos a la Convención de Ginebra de 1980. En este contexto habría que situar, en un primer momento, el “FIATA Combined Transport Bill of Lading” (FBL 1970) y el COMBICONBILL (1971, revisado en 1995) de BIMCO.

Un paso más en esta evolución habría de darlo, por su parte, la ICC, con la publicación de sus “Reglas uniformes para un documento de transporte combinado” (1973, modificadas en 1975)³², cuyo reconocimiento en el tráfico multimodal lo demuestra su adopción inicial tanto por FIATA (“FBL Combi-

Rotterdam, Madrid, Dickinson 2012. Los aspectos documentales de este transporte, que son ciertamente novedosos, se recogen en su Capítulo 8. Al respecto, véase, LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., “Las Reglas de Rotterdam (II)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 2, 2010, pp. 104-125. Otras soluciones internacionales, igualmente parciales (y no directamente documentales), del transporte multimodal de mercancías (o de submodalidades del transporte multimodal), las encontramos en los siguientes instrumentos: a) artículo 2 de la Convención de Ginebra de 19 de mayo de 1956, sobre el contrato para el transporte internacional de mercancías por carretera (BOE núm. 109, de 7 de mayo de 1974); b) artículo 38 del Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2004); y c) artículo 183 de las Reglas CIM del Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999, relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (BOE núm. 149, de 23 de junio de 2006).

³² ICC, publicaciones núms. 273 y 298, respectivamente.

ned Transport Bill of Lading”, versión de 1987) como por BIMCO, que junto con la INSA, elaboró, siguiendo dichas “Reglas”, el “COMBIDOC” (1977).

La última etapa en este proceso está marcada por el clamoroso fracaso del Convenio de Ginebra. En un intento por promover su conocimiento y aceptación en el tráfico, la UNCTAD y la ICC pusieron en circulación un nuevo conjunto de “Reglas” uniformes (1992) para documentos de transporte multimodal³³, que están basadas, en gran medida, en el citado Convenio de Ginebra, y han encontrado un apoyo sólido, una vez más, tanto en el “FIATA Multimodal Transport Bill of Lading” (1992) como en el MULTIDOC de BIMCO (su versión más reciente es de 2016). BIMCO, por su parte, también dispone de sendos modelos de “cartas de porte marítimas” (“sea waybills”) que también son aplicables al transporte combinado o multimodal (con fase marítima): se trata de los documentos conocidos como COMBICONWAYBILL (en su versión más reciente de 2016) y MULTIWAYBILL (en su versión más reciente de 2016).

La utilización de estas Reglas (y documentos), en cualquier caso, no está exenta de problemas, ni constituye, como podrá intuirse, la panacea para conseguir la ansiada uniformidad jurídica en la regulación del contrato de transporte multimodal. Los problemas que plantea su uso están directamente relacionados con su propia naturaleza jurídica.

En primer lugar, se trata de Reglas cuya incorporación al contrato de transporte es meramente facultativa: las partes del contrato deciden someterse o no a las mismas. La forma en que esa incorporación normativa se produce, además, es distinta, p.ej., según se trate de las Reglas de la ICC (1975) o de las Reglas UNCTAD/ICC (1992). En el primer caso, las Reglas serán aplicables a todo contrato de transporte combinado de mercancías recogido formalmente en un documento de transporte combinado (Regla 1, letra a), que ha de contener una referencia específica al hecho de que dicho contrato está sometido a tales Reglas (Regla 1, letra c). Las Reglas de 1992, por el contrario, podrán ser incorporadas al contrato “por referencia”, no sujeta a formalidad alguna. Como señala la Regla 1(1), dicha incorporación podrá ser hecha por escrito, oralmente o de cualquier otra manera, sin que sea necesario que se emita documento de transporte alguno.

En segundo lugar, por tratarse de Reglas de naturaleza contractual incorporadas al contrato por voluntad de las partes (autonomía material), tales reglas son susceptibles de entrar en conflicto con las normas, en ocasiones

33 ICC, publicación núm. 481.

imperativas, de los distintos convenios internacionales o leyes nacionales reguladoras del transporte en cada una de las distintas fases que comprende el trayecto multimodal. Lo cual implica que la eficacia de las Reglas incorporadas a los documentos de transporte multimodal queda circunscrita a la regulación de aquellas situaciones que puedan ser objeto de pacto, porque así lo permita la normativa aplicable, o que queden fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa. Las Reglas UNCTAD/ICC de 1992 aluden específicamente a esta situación, en concreto su Regla 13, cuando afirma que dichas Reglas sólo serán eficaces en la medida en que no contradigan las disposiciones imperativas de los convenios internacionales o de la ley nacional que sean aplicables al contrato de transporte multimodal. En la “Explicación” de las Reglas de 1992 se dice que la aludida Regla 13 cumple la función de recordar la posible existencia de las citadas normas imperativas y, por tanto, el eventual surgimiento de conflictos en este ámbito. En dicha “Explicación” se indica, no obstante, que en contra de la aplicación de las citadas normas imperativas cabría argüir –y así se ha hecho en ocasiones– que el contrato de transporte multimodal es un contrato de transporte “sui generis” al que no es posible extender la aplicación de las normas propias de los distintos modos de transporte. Pero, en contra de esta sugerencia argumental, se ha opuesto que deja abierta la puerta a que un operador de transporte unimodal evite la aplicación de la regulación imperativa transformándose en operador de transporte multimodal, es decir, calificando al contrato que le une con su cliente como un contrato de transporte multimodal. Los tribunales que han tomado alguna posición en este asunto, por su parte, no son generalmente proclives a aceptar la tesis del contrato “sui generis”.

Por otro lado, los distintos documentos de transporte multimodal que se conocen en el tráfico se presentan con vocación de ser considerados como verdaderos “documentos de transporte”, que, lógicamente, aspiran a cumplir las funciones asignadas a cualesquiera otros documentos de transporte (carta de porte, conocimiento de embarque, etc.). Las funciones básicas de todo documento de transporte son dos: una, la de servir de prueba de la existencia y condiciones del contrato de transporte; y otra, la de hacer de recibo de las mercancías por el porteador. A estas funciones habría que añadir, además, una tercera, que es característica, tan sólo, de determinados documentos: la de representar las mercancías y, en consecuencia, facilitar su transmisión mediante la transferencia del documento de una persona a otra. La creación de documentos de transporte “nuevos”, como el documento de transporte

multimodal, plantea, por lo tanto, la necesidad de determinar si tales documentos son capaces de asumir aquellas funciones, pues de tal determinación habrá que derivar las posibilidades de su éxito o fracaso en el tráfico. Pues bien, tras algunos serios titubeos iniciales, parece ser que, al menos, en este plano, la aceptación de los documentos de transporte multimodal resulta un hecho indudable. En este sentido, la “Introducción” que acompaña a las Reglas UNCTAD/ICC (1992) hace hincapié, precisamente, en el hecho de que tales Reglas están a disposición del comercio internacional para su aplicación en todo el mundo y que serán aceptadas por la comunidad bancaria internacional por ser plenamente compatibles con la última revisión de las “ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits” (hoy, UCP 600).

Una última dificultad que han presentado los documentos de transporte multimodal, generando resistencias iniciales a su aceptación en la comunidad comercial internacional, ha estado centrada en la posición jurídica ocupada por su emisor. A la hora de reconocer verdadera eficacia práctica al documento de transporte multimodal resulta indispensable que su emisor responda plenamente de la operación de transporte formalizada en dicho documento. En un primer momento, la novedad que supuso la aparición de distintos operadores de transporte que organizaban traslados de naturaleza multimodal generó, a su vez, cierta incertidumbre en cuanto a su capacidad para emitir documentos de transporte en los que pudieran asumir la posición jurídica de quien se obliga al resultado del traslado (“porteador”). La presencia de “intermediarios” (“forwarders”), de distinto signo, actuando en este sector fue, sin duda, el detonante de aquella incertidumbre, ya que en muchos casos resultaba difícil dilucidar si el citado “intermediario” asumía la posición jurídica de porteador o la de un mero comisionista (no responsable del transporte). Estas dudas, no obstante, aparecen resueltas, en gran medida, en los documentos de transporte multimodal que en la actualidad se emplean en el tráfico, porque en ellos se establece con claridad que su emisor (OTM) es plenamente responsable, como porteador (contractual), del resultado del transporte. Si a este dato se añade el prestigio del que disfrutaban algunas de las organizaciones cuyos miembros emiten documentos de transporte multimodal (p.ej., FIATA), que, como es sabido, basan sus modelos en las Reglas UNCTAD/ICC, hay que concluir que en la actualidad las viejas reticencias frente a los emisores de documentos de transporte multimodal (y su capacidad para emitir documentos aceptables en el tráfico) están prácticamente superadas.

IV. LA CARTA DE PORTE MARÍTIMO

En el ordenamiento jurídico español, este documento está regulado sólo en la LNM, constituyendo, además, una de las principales novedades de nuestra moderna legislación marítima, que eleva al plano normativo una realidad presente en el tráfico desde hace algún tiempo.

Los preceptos que la LNM dedica a este documento son los artículos 268-271. No son muchos, sin duda con acierto, porque la LNM se limita, por un lado, a extenderle la regulación propia de los conocimientos de embarque en cuanto a su contenido (artículo 269) y fuerza probatoria (artículo 270) y, de modo singular, destaca que carece de la condición de título-valor (artículo 268.1), con las consecuencias correspondientes (artículo 268.2 y 271). Y éste último es el aspecto más destacado de esta figura documental, porque la carta de porte marítimo no deja de ser un documento de transporte al que, como a otras cartas de porte en otros modos de transporte, se le ha querido privar de su carácter negociable. Se utilizará este documento, por tanto, en aquellos casos en los que el cargador o, en su caso, el destinatario, no están interesados en negociar con las mercancías frente a terceros mientras éstas están siendo objeto de transporte.

V. LA PÓLIZA DE FLETAMENTO

Como advertimos al inicio de este capítulo, la LNM regula con detalle el contrato de fletamento y, en particular, el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo. Sin embargo, frente a lo que sucede con el fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque, la LNM no ha querido regular el documento típico de aquellas modalidades de fletamento, la llamada “póliza de fletamento” (“charter party”)³⁴. Simplemente, se limita a reconocer su existencia (artículo 204.3).

En consecuencia, la forma, contenido y efectos de la póliza de fletamento no dependen de la voluntad del legislador interno o internacional sino de lo que dispongan los documentos particulares acordados por las partes, en una manifestación de lo que se ha venido en llamar el “Derecho de los formula-

34 Esta ausencia de regulación en el plano legal también se produce en el sector de las normas de producción internacional, dada la ausencia de regulación del contrato documentado por la póliza en instrumentos internacionales, que se ha venido justificando en la falta de necesidad de protección de las partes de este contrato.

rios”, es decir, las normas jurídicas recogidas en documentos que vinculan a las partes que los suscriben (reglamentación autónoma del contrato).

En este sentido, hay que destacar la existencia en el tráfico de distintos modelos de pólizas de fletamento que han sido elaboradas por organismos y entidades de reconocido prestigio en este sector de actividad (BIMCO, FONASBA, etc.). La trascendencia de la reglamentación del contrato de fletamento a través de estos modelos de pólizas, que incorporan un detallado conjunto de cláusulas y condiciones generales de contratación, estriba en la naturaleza habitualmente dispositiva de la regulación aplicable (cuando existe) al contrato de fletamento, que viene a ser sustituida o complementada por la voluntad de las partes del contrato expresada en las cláusulas o condiciones recogidas en dichos formularios-tipo. No se pretende sugerir con esto, en todo caso, que el fletamento sea un contrato formal (ni la emisión de la póliza un requisito esencial), pues se perfecciona por el mero consentimiento, siendo la póliza un medio de prueba de la existencia y condiciones del contrato de fletamento.

En el tráfico, existen distintos modelos de pólizas de fletamento, según el tipo de fletamento de que se trate (tiempo o viaje y su objeto). En el sector del fletamento por tiempo (“time-charter parties”) destacan los siguientes³⁵: BALTIME; LINERTIME; ASBATIME; GENTIME; NYPE; BIMCHEMETIME (para fletamento de buques de transporte de productos químicos); INTERTANKTIME, BPTIME3, SHELLTIME (para buques de transporte de crudo); BOXTIME (para buques porta-contenedores); SUPPLYTIME (para buques de servicios “offshore”). Por su parte, en el sector del fletamento por viaje (“voyage charter parties”), hay que destacar la existencia de algunos modelos de carácter general (GENCON; MULTIFORM; CRUISEVOY; NUVOY; SCANCON; WORLDFOOD), así como de otros modelos especiales, en razón del objeto del transporte: carbón (AMWELSH; NIPPONCOAL; POALCOALVOY); fertilizantes (FERTIVOY); gas (GASVOY); grano (AUSTWHEAT; NORGRAIN; SYNACOMEX); minerales (OREVOY); y madera (NUBALTWOOD).

35 En general, THOMAS, R., *Legal issues relating to time charterparties*, Informa, London, 2008.

CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DEL BUQUE PARA FINES DISTINTOS DEL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

José Manuel G. Pellicer
Abogado

Resumen: Aunque la Ley de Navegación Marítima haya sentado un concepto pragmático del “fletamento” como “transporte”, tampoco excluye una visión flexible (o si se prefiere, “multi-propósito”) de dicha noción, admitiendo que pueden existir genuinos fletamentos “sin transporte”, los cuáles admitirían a priori una aplicación analógica de las reglas sobre el fletamento-transporte. En el presente artículo abordamos esos contratos atípicos.

Palabras clave: Contratos de Utilización del Buque. Contrato de Fletamento. Contratos Atípicos.

Abstract: Although the Maritime Navigation Act has laid down a pragmatic notion of the contract of affreightment as a contract of carriage, it does not seem to exclude a flexible (or a “multi-purpose”) interpretation of the said notion, which would allow accepting that “non-carriage” contracts of affreightment (or charterparties) may exist. Such agreements would *a priori* call for an analogical application of the provisions on the contract of affreightment-carriage. This article addresses such non-typified contracts.

Keywords: contracts for the use of the vessel, charterparty contracts, non-typified contracts.

I. INTRODUCCIÓN.

En materia conceptual el “fletamento” lleva largo tiempo dividiendo en facciones a la “tribu maritimista”. Frente a quienes afirman que todo fletamento es un transporte (los “unitarios”) se alzan aquellos que distinguen netamente ambas figuras contractuales (los “separatistas”).

Sin enredarse excesivamente en dicho conflicto doctrinal nuestra Ley de Navegación Marítima (LNM) ha reservado el “nomen iuris” (la etiqueta conceptual) del fletamento para el contrato de transporte marítimo de mercancías (art. 203), si bien admite la viabilidad de otros “contratos de utilización del buque para fines distintos del transporte de mercancías” (art. 210).

Aunque la solución adoptada por el legislador deja filosóficamente más satisfechos a los “unitarios”, tampoco desampara a los “separatistas” por cuanto resulta ya innegable que no todo contrato de empleo, utilización o explotación de un buque se concluye necesariamente con la mera finalidad de transportar mercancías.

Sin embargo, ello no cierra el debate acerca de si es posible la existencia de un contrato de utilización del buque cuya única finalidad sea, simplemente, la de “navegar”, según la controvertida tesis separatista de la escuela italiana plasmada en el “*Codice della Navigazione*”.

Sobre el particular, discrepando respetuosamente con algunos autores, compartimos la opinión de GABALDON y RUIZ SOROA cuando califican tal noción como un estéril “exceso teorizador” que “intenta abstraer la navegación de la finalidad para que se navega”.

En efecto, las concepciones abstractas de la causa contractual pecan de asepsia y han de incorporar los motivos que llevan a las partes a suscribir un contrato (DIEZ PICAZO, GULLON). Es por ello que nadie, a excepción quizá de los interesados en un arrendamiento náutico (art. 307 LNM), usa un buque solamente para navegar (como causa o finalidad abstracta y genérica) sino que la navegación siempre persigue, instrumentalmente, una finalidad concreta.

Pero no podemos sino reconocerle a la postura “separatista” el mérito de haber llamado la atención sobre esas “otras” formas de utilización o explotación del buque, distintas del puro transporte marítimo como, por ejemplo, el tendido de cables, la minería submarina, la oceanografía, el salvamento marítimo, la pesca, el remolque o el deporte náutico.

Algunas de esas formas ya se han “emancipado” jurídicamente en la LNM, como el pasaje (art. 287), el remolque (art. 301), el arrendamiento náutico (art. 307) o el salvamento (art. 357). Que el resto de usos posibles del buque (distintos del transporte de mercancías o pasajeros) adquiera su propia tipicidad es quizá solo cuestión de tiempo.

Por lo tanto, aunque la LNM haya sentado un concepto pragmático del “fletamento” como “transporte”, tampoco excluye una visión flexible (o si se prefiere, “multi-propósito”) de dicha noción, admitiendo que pueden existir genuinos fletamentos “sin transporte”, los cuáles admitirían a priori una aplicación analógica de las reglas sobre el fletamento-transporte (únicamente en lo relativo a la navegabilidad, la puesta a disposición del buque, la extinción anticipada del contrato y la prescripción de acciones).

Y es sobre esos atípicos “fletamentos sin transporte” sobre los que versa el presente artículo que, obligándonos a salir de nuestra zona de confort (pues sin duda hubiera resultado más fácil abordar cualquier contrato típico y bien conocido), se adentra en una suerte de “*terra incognita*” o “*uncharted territory*” donde, con carácter general, rige la integración analógica prevista por el

artículo 4 de nuestro Código Civil, lo que equivale a decir que nos encomendamos al poder de la imaginación jurídica.

En este sentido, hablando de imaginación (o más bien de su ausencia), conviene advertir que los “maritimistas” podemos haber estado sufriendo un sesgo cognitivo llamado “*functional fixedness*” (“fijación funcional”¹), esto es, la tendencia que se tiene cuando pensamos acerca de un objeto sólo en términos de su utilidad característica o de su uso más común, convencional y generalizado, lo que bloquea nuestra imaginación para usarlo de modo alternativo.

Dicho sesgo se ilustra con el siguiente ejemplo clásico, a saber: disponemos de una vela, una caja de tachuelas y un paquete de cerillas. Debemos lograr que la vela quede adherida a una pared a la altura de nuestros ojos. Curiosamente los experimentos psicológicos acreditan que muy pocos participantes descubren la posibilidad de usar la caja de las chinchetas como reposa-velas, simplemente porque no conciben ni imaginan ex ante las posibilidades que ofrece la misma como algo más que un mero contenedor o embalaje de tachuelas.

Del mismo modo, algunos “unitarios” no conciben el fletamento del buque más allá de su finalidad convencional usual (como transporte de mercancías) y les cuesta ver el buque mismo como algo más que un vehículo de transporte marítimo, cuando la realidad del tráfico ya ha demostrado lo contrario.

Si bien tampoco es menos cierto que algunos “separatistas” pueden estar padeciendo similar sesgo cuando afirman categóricamente que todo fletamento sólo sirve para ejecutar el hecho técnico de la navegación, considerando que “el buque, objeto central del derecho marítimo, nace y vive para navegar” (ARROYO).

¿Acaso no estamos bloqueando mentalmente la posibilidad de que alguien explote un buque para una finalidad distinta de la navegación o para una finalidad donde la navegación sea un aspecto meramente secundario o incluso inexistente?.

En el presente artículo, nos ocuparemos pues de una amplia “flora contractual” que incluye no sólo los contratos de utilización del buque para fines distintos del transporte sino, además, los contratos de utilización del buque donde la propia navegación es una finalidad secundaria o simplemente inexistente (si tal cosa fuera posible bajo nuestro actual régimen legal).

Venciendo la tentación de emplear el término “fletamento” en sentido co-

1 Concepto acuñado por el psicólogo “gestaltista” Karl Duncker en 1945.

loquial, nuestro análisis será fiel a la terminología empleada por la LNM, de modo que reservaremos la etiqueta jurídica de “fletamento” exclusivamente para el contrato de transporte marítimo y emplearemos, alternativamente, la expresión legal general empleada en el Título IV y en el artículo 210 LNM, a saber: “*Contratos de Utilización de Buque*” (abreviadamente “CUB”).

Contratos que habremos de distinguir en función de la finalidad concreta comúnmente perseguida por ambas partes contratantes, todo ello con el fin de aventurar una improvisada “taxonomía” de los mismos (partiendo de un análisis inductivo de las nuevas tipologías de buques existentes en el mercado).

Si reparamos en ello, el artículo 210 LNM se refiere a los “CUB” afectos a *cualquier fin distinto* del transporte. Pues bien, en nuestra opinión, creemos que puede establecerse, a nivel teórico, una gran clasificación general de esos “CUB” para fines diversos al transporte, a saber: (a) “CUB” con navegación, y (b) “CUB” sin navegación. Los veremos por separado.

II. LOS “CUB” CON NAVEGACION.

Dejando a un lado los contratos de fletamento o pasaje (que no dejan de ser “CUB” para ejercer la empresa de navegación con fines de transporte de mercancías y pasajeros, respectivamente), así como los contratos de arrendamiento náutico, remolque o salvamento (que son “CUB” para fines diversos al transporte ya tipificados legalmente), nos referimos aquí a todos esos “CUB” (aún atípicos) donde la navegación es condición esencial pero no constituye la “causa contractual” (esto es, la finalidad específica perseguida por ambas partes e incorporada en sus declaraciones de voluntad ²), sino que viene subordinada instrumentalmente a otros fines o usos (que sí constituyen la genuina “causa contractual”). Esos otros fines o usos pueden ser los siguientes:

1. Uso científico.

En estos casos se contrata la disponibilidad de un buque en condiciones de navegabilidad para cumplir fines de naturaleza científica. Pero no bastará que el buque esté en condiciones de navegabilidad sino que debe reunir condiciones especiales.

² Nuestro Tribunal Supremo acoge siempre la concepción más radicalmente subjetiva de la causa, otorgando relevancia al propósito empírico o fin práctico perseguido por las partes como integrado en el concepto de causa contractual (DIEZ PICAZO, GULLON).

En efecto, en esta sección no incluimos aquellos buques de apoyo a la investigación científica que se limitan a transportar personal o material científico hasta el lugar donde serán empleados (por ejemplo: buques de apoyo al buceo arqueológico), donde la prestación de transporte agota la finalidad perseguida, sino que nos referimos a buques especialmente acondicionados o contruidos (“*special purpose vessels*”) para llevar a cabo investigaciones científicas (por ejemplo: buques oceanográficos o hidrográficos, para realizar levantamientos batimétricos, cartografía o estudios sismológicos).

La causa del contrato es utilizar un buque acondicionado como plataforma de investigaciones científicas, no como un simple medio de transporte de material o personal científico de un punto a otro.

2. Usos industriales.

En esta sección caben todos aquellos buques que son destinados a fines industriales ajenos al mero transporte de mercancías, tales como:

a) Buques-factoría de pesca, cuya finalidad es capturar pescado y procesarlo a bordo.

b) Buques rompehielos, cuyo propósito es abrir un canal navegable.

c) Buques para instalaciones, explotaciones y obras submarinas: dentro de este apartado habría que incluir una variada tipología de buques (demandados por la industria de las telecomunicaciones, el sector “*off-shore*” en general, abarcando la minería submarina, el campo del “*oil & gas*”, o el de “*marine energy*”) como, por ejemplo:

(1) buques cableros (“*cable-lying vessels*”), (2) los buques para tendido de tuberías (“*pipelayers*”), (3) las dragas (“*trailing suction dredgers*”, “*cutter suction dredgers*”, “*backhoe dredgers*”) y sus auxiliares (“*split hopper barges*”), (4) los buques que ejecutan la cimentación de aerogeneradores marinos (“*subsea rock installation vessel*”, “*side stone dumping vessels*”), así como (5) los buques de apoyo al buceo profesional (“*diving support vessels*”), (6) los buques-plataforma-perforadores (“*jack-up drilling rigs*”, “*drilling ships*”, “*shuttle tankers*”), (7) los buques-grúa (“*crane-vessels*”, “*floating sheerleg*”), (8) los buques de mantenimiento e instalación de boyas, turbinas o aerogeneradores (“*wind turbine installation vessel*”), los (9) buques sismológicos para minería submarina (“*seismic vessels*”) y los (10) “*Floteles*” para alojamiento de operarios (“*accomodation ships*”).

Si bien habría que excluir de esta sección a todos aquellos buques de la

industria off-shore que se limitan a realizar tareas de remolque (“*anchor handling tug vessels*”) o de mero transporte-aprovisionamiento (“*platform offshore supply vessels*”).

d) Buques-nodriza que sirven como almacén logístico itinerante (el gigante del comercio electrónico “*Amazon*” está pensando en utilizar buques porta-contenedores como una suerte de “centros de distribución” flotantes susceptibles de evitar los puertos congestionados mediante drones que operarían desde el propio buque).

Quizás este sea un caso fronterizo con el fletamento para transporte sin llegar a encajar exactamente en este último. El buque tiene que transportar o posicionar mercancías entre diversas zonas geográficas, y tiene que hacerlo en un período dado, pero se comporta también, y sobre todo, como la prolongación marina de un almacén terrestre.

El buque aparece no sólo como un vehículo de transporte sino como centro logístico de distribución acuático-aéreo (vía drones). Las actividades a bordo de tal buque exceden, por tanto, de la mera carga, estiba y conducción de las mercancías propias del contrato de fletamento (algunas de cuyas normas podrán serle de aplicación “*mutatis mutandis*” por analogía).

e) Buques servidores de internet (“*Floating data Centers*”), cuya finalidad es triple (i) suministrar un entorno refrigerado a bajo coste para las llamadas granjas de servidores de internet (dado que los costes terrestres de refrigeración de estas vitales instalaciones son muy elevados), (ii) posicionar los servidores en función del pico o nivel de demanda exigible en un momento y lugar determinados (demanda que puede dispararse, por ejemplo, en caso de una catástrofe natural, como huracanes o terremotos), (iii) reduciendo el período de “latencia” (retraso de la red) y aumentando la velocidad del servicio telemático en un área concreta.

Bajo la patente de la empresa “*Google*”, por ejemplo, el buque es estructuralmente una granja de servidores de internet (esto es, el sistema informático es parte integrante del buque, porque no puede ser refrigerado ni alimentado de otra manera).

Por lo tanto no es que el buque transporte servidores de internet (“*Data Centers*”) de un punto a otro sino que literalmente tales servidores forman parte consustancial e inseparable del buque (son así literalmente “servidores flotantes e itinerantes” que transportan una mercancía tan intangible como son los “datos”).

Sobre esta clase de buques, si se nos permite un breve excursio, habría que aplicar “*ex proprio vigore*” el Reglamento General de Protección de Da-

tos (“EU General Data Protection Regulation”, abreviadamente “GDPR”), de inminente entrada en vigor este mismo año 2018, por lo que las exigencias de “Ciber-seguridad” (en su doble faceta de “cyber-safety” y “cyber-security”) demandadas “pro futuro” por la OMI en el Código ISM serían entonces singularmente ineludibles ⁽³⁾.

f) Unidades FPSO (“*floating production storage and offloading*”). Aunque eventualmente puedan tratarse de buques-tanque reconvertidos, lo cierto es que ya no operan como tales sino que, conservando plenamente su navegabilidad y maniobrabilidad, se utilizan para el almacenaje y procesamiento itinerante de gas o hidrocarburos (como el “*Prelude FLNG*” de Shell). Estas unidades constituyen un ejemplo particularmente gráfico del uso alternativo de buques como plataformas o factorías industriales modulares off-shore.

g) Buques para rodajes cinematográficos. El fletamento de un buque para destinarlo a un rodaje cinematográfico puede requerir la navegación o no, pero evidentemente no guarda relación alguna con el transporte de mercancías, salvo que ambas actividades no sean necesariamente incompatibles con carácter simultáneo.

h) Buques-escuela para adiestramiento o formación de marinos o de otra clase de profesionales (“*training vessels*”). Las actividades desarrolladas en estos buques no se limitan a la formación de personal militar (como sucede a bordo del bergantín-goleta “*Juan Sebastián Elcano*” de la Armada española) o científico (p.ej. barcos oceanográficos) sino del personal civil y laboral (p.ej. empleados de cruceros), aunque habitualmente el adiestramiento se hace directamente en buques mercantes.

i) Buques para tratamiento de residuos (“*anti-pollution vessels*”), especialmente diseñados para combatir la contaminación marina, ya sea tras un siniestro marítimo o con carácter regular (por ejemplo, muchos ayuntamientos contratan embarcaciones especializadas para proceder a la limpieza del litoral antes o durante la época turística estival).

j) Buques para uso médico: junto a la flota militar de buques-hospital existen buques hospital privados generalmente asociados a proyectos de ayuda humanitaria en el tercer mundo o zonas que han sufrido desastres naturales (p.ej. la flota del armador suizo “*Mercy Ships*”). Estos buques ofrecen servicios médicos itinerantes sin ánimo de lucro en países pobres.

3 Resolution MSC 428.98, 16.06.2017, on Maritime Cyber-risk management in safety management systems.

Igualmente existen buques especializados en medicina hiperbárica (“*Pressure Vessels for Human Occupancy*”), esencialmente instalados en buques especiales de apoyo al buceo profesional) o clínicas abortistas flotantes (Proyecto “*Women on Waves*”) que aprovechan el alta mar para que su praxis médica eluda el control jurisdiccional de estados ribereños.

No pretendemos que la anterior lista sea exhaustiva sino sobre todo ilustrativa o ejemplificativa del catálogo de usos que puede tener un buque además del mero transporte de mercancías.

Enfrentarse a estos casos con la mentalidad del “fletamento” como transporte de mercancías resulta difícil y probablemente inidóneo. Es cierto que todos ellos han de reunir los requisitos de navegabilidad exigibles según la normativa del Estado de bandera, amén de cumplir con cualquier otra normativa que les sea de aplicación en función de su tipología constructiva, pero es obvio que, siquiera por analogía, no podemos aplicar sobre su regulación jurídica los esquemas ideológicos del “fletamento-transporte”, simplemente porque no encajan. No son, evidentemente, casos cómodos para posiciones dogmáticas unitarias.

Efectivamente, en todos estos casos se contrata la disponibilidad de un buque especializado en una tarea distinta del transporte, y donde la navegación es un medio (esencial) pero no un fin. La utilización del buque es para fines empíricos muy diversos.

Será necesario adaptar la regulación a dichos fines. Cada contrato deberá velar porque el buque sea “administrativamente” apto para navegar y operar (según las leyes de la bandera) pero, sobre todo, tendrá que regular ad hoc la obra o servicio específicamente encomendados (i.e la apertura del canal navegable, la manipulación de la boya oceánica, la instalación del aerogenerador marino, el procesamiento del gas licuado, el suministro telemático etc).

Dicho lo anterior, quizás lo más interesante sea observar cómo emergen nuevos usos industriales o mercantiles del buque como algo más que un depósito de mercancías en movimiento. Tradicionalmente los buques ayudan a que las mercancías sorteen o salven el “obstáculo” físico del mar, el peligro marítimo, los riesgos de la navegación, la fortuna de mar. Pero en algunos de los casos arriba expuestos el buque aparece mas como “espacio”, como “terreno”, como “superficie” industrial ganada al mar.

El mar, lejos de ser un “obstáculo” que ha de vadearse con la mayor diligencia, aparece como un nuevo “terreno” donde localizar (y deslocalizar) procesos productivos. Esto es obvio en los buques-factoría pesqueros, los

buques-centro logístico, las unidades FPSO, los “*floating data centers*” o los buques de la industria “*off-shore*”.

En definitiva, desafiando la cómoda dogmática unitaria de ciertos juristas, muchos empresarios se han zafado ya del sesgo de la “fijación funcional” y ven el buque como algo más que un vehículo que transporta cosas del punto A al punto B, sino también como una plataforma desde la que se ejecutan obras y prestan servicios industriales.

Y no sólo industriales, como seguimos viendo.

3. Uso residencial.

Cuando un pasajero contrata un crucero quiere pasar una temporada en el mar, suscribiendo lo que los juristas llamados un viaje combinado.

Sin embargo, hay personas que literalmente quieren a vivir a bordo de un buque. Imaginemos una comunidad de vecinos flotante que se instala a bordo de un crucero-condominio. Los comuneros circunnavegan el planeta viviendo a bordo de su buque. Eso es, en suma, “*The World, Residences at Sea*”.

Botado en el año 2002, “*The World*” es el mayor buque residencial privado del mundo, con 165 apartamentos de diversas calidades (<http://aboardtheworld.com/residences/>). Digamos que este proyecto hace realidad la obra de Julio Verne “*Une Ville Flottante*” (1871). Estamos ante otro intento de explotar el mar como terreno “inmobiliario”.

El uso residencial del buque excede el pasaje y rebasa el crucero, acercándose al régimen de la propiedad horizontal. Si un número de ciudadanos decide armar, botar y tripular su “condominio” no podemos hablar stricto sensu de compañía naviera de cruceros.

4. Uso hostelero.

¿Qué es un crucero sino un hotel flotante?. El crucero es un contrato de viaje combinado con un núcleo de pasaje marítimo. Pero hay ocasiones en que un buque se fleta como «Flotel» sin que deba navegar ni proporcionar otros servicios o paquetes combinados al «pasaje».

Bajo la “Operación Copérnico” del año 2017 contra el movimiento secesionista catalán, el Ministerio de interior español fletó varios buques (“*Moby Dada*”, “*Azzurra*”) para alojar a los dispositivos extraordinarios de las Fuerzas de Orden Público en Cataluña.

El conocido por ciertos sectores catalanistas como “*Barco de Piolín*” no fue fletado para navegar sino para permanecer amarrado en puerto como “flotel” durante un período convenido de tiempo. Ese buque estaba destinado a la navegación, pero puntualmente fue fletado para un fin completamente diverso (si bien se requirió su posicionamiento en el Puerto de Barcelona, al que obviamente sólo podía llegar navegando).

Existen otros casos donde el buque navega como discoteca itinerante (p.ej. “*Nightology Boat*”) entre puertos de un área previamente acordada. Su finalidad no es la navegación, pero la navegación resulta un medio esencial para cumplir otros fines (en ese caso promocionales, de ocio) para su fletador.

5. Usos de vigilancia administrativa.

Bajo este capítulo se encuentran una serie de buques que no se dedican al transporte sino que se adscriben a tareas de vigilancia administrativa, tales como las que desarrolla SASEMAR y otras autoridades: (1) Prevención y lucha contra la Contaminación, (2) Extinción de incendios, (3) Emergencias, (4) Control de inmigración, (5) Pesca ilegal, (6) Piratería, (7) Narcotráfico, (8) Vigilancia de icebergs (“*International Ice Patrol*”), sin perjuicio de la futura aparición de drones marinos y submarinos (ROVs) para tales tareas. Nada impide, no obstante, que tales tareas de vigilancia pública sean ejecutadas con buques privados fletados a tal efecto.

III. LOS “CUB” SIN NAVEGACION.

¿Puede haber realmente un contrato de utilización del buque sin navegación?

Según comentamos más arriba la “fijación funcional” no es un sesgo privativo de la dogmática unitaria sino que aparece también entre los que hemos denominado “separatistas”, para los cuáles el buque, objeto central del derecho marítimo, “nace y vive para navegar”.

El rastro genético de la dogmática separatista late en el artículo 58 LNM, donde se “degrada” al rango de “artefacto naval” a aquél buque que, conservando su flotabilidad, se encuentre en situación estacionaria y sea permanentemente destinado a fines distintos de la navegación.

En otras palabras, cuando un buque está amarrado en un lugar fijo y no se dedica permanentemente a la navegación, legalmente ya no es un “buque”

sino un “artefacto naval”. La idea subyacente es que si no navega no es un buque.

Si no navega no necesita una patente de navegación, luego tampoco necesita bandera o matrícula (de hecho ninguna de las nueve listas del registro marítimo admite a priori los artefactos navales, aunque hay autores que opinan lo contrario, como DOMINGUEZ CABRERA), luego habría que darle de baja como buque en el registro marítimo.

En este sentido, el “Buque de Piolín” o el Buque-discoteca “Nightology” antes mencionados conservan su estatus legal de buque, pero si pasasen a estar amarrados, varados o fondeados en un lugar fijo y destinados permanentemente a una actividad distinta de la navegación (p.ej. hostelería) entonces se convertirían en meros “artefactos navales”.

Categoría en la que deberían encajarse entonces los “houseboats” o “floating homes” habituales en los canales holandeses; particularmente interesantes en este sentido son los proyectos de las firmas de arquitectura “Aquashell” y, sobre todo, “Waterstudio”, que no sólo diseña villas, islas, hoteles, mezquitas y oficinas sino hasta ciudades flotantes.

Respecto de las ciudades flotantes -abrimos excursio- merece la pena recordar los Proyectos “Seasteading” (GONZALEZ PELLICER), que aúnan el uso residencial con el industrial, en el intento de ganar espacio al mar o, más bien, de colonizar el mar como espacio habitable e industrializable. Pero estas peculiares ciudades flotantes sí navegarían -cerramos excursio-.

Dicho lo anterior, la cuestión planteada es si sería legalmente posible concebir la existencia de un Contrato de Utilización de Buque sin navegación, siendo la respuesta a priori negativa.

Si un buque que no navega no es un buque, entonces no puede hablarse, legalmente hablando, de un contrato de utilización de buque (CUB), de manera que aquellos contratos donde el buque sea explotado para fines distintos de la navegación se sitúan a extramuros del título IV de la LNM.

Si esto es así, ¿cómo calificar el fletamento del tan citado “Barco de Piolín”? Es cierto que es un buque, porque no está excluido permanentemente de la navegación, luego cae dentro del Título IV de la LNM, sin embargo, ¿acaso no fue contratado para un fin ajeno a la navegación?.

Más arriba los hemos incluido bajo la categoría de CUB con navegación, porque en su elección contó el factor de la navegabilidad, dado que sólo navegando podía llegar y abandonar el puerto de Barcelona, sin embargo, no es menos cierto que el núcleo duro de ese CUB, su causa contractual, no era la

navegación sino la no-navegación. Se le fletó para navegar hasta un muelle y quedar estacionario en él.

Lo anterior evidencia que, al menos como posibilidad teórica, cabe imaginar un CUB sin navegación. Sea como fuere, este debate excedería ya el ámbito de aplicación de la Ley de Navegación Marítima, como su mismo nombre indica.

IV. CONCLUSIONES.

A modo de conclusiones cabe destacar principalmente las siguientes:

1. Huyendo de estériles conflictos doctrinales, la Ley de Navegación Marítima maneja un concepto pragmático del contrato de fletamento como contrato de transporte marítimo, pero admite o concibe otros potenciales usos diversos del buque en los que, sólo parcialmente y por analogía (art. 210 LNM), se aplicaría la regulación del fletamento (Título IV).

2. Por lo tanto, desde el punto de vista conceptual general, los Contratos de Utilización del Buque (“CUB”) se dividen en “típicos” (con regulación legal específica) y “atípicos” (sin regulación legal específica).

3. Dentro de los “típicos” se sitúan aquellos que (i) tienen finalidad de transporte, a saber: (a) el contrato de fletamento (cuya finalidad es el transporte de mercancías), y (b) el contrato de pasaje (cuya finalidad es el transporte de pasajeros); y también aquellos otros que (ii) no tienen una finalidad de transporte en sentido estricto, como por ejemplo (a) los contratos de arrendamiento náutico, (b) el contrato de remolque o (c) el contrato de salvamento.

4. A su vez, dentro de los “atípicos” hay un cajón de sastre cuyo único común denominador es que no se destinan al transporte y que, a nivel teórico general, podríamos subdividir en dos grandes categorías, a saber: (a) Contratos de Utilización del Buque donde la navegación es condición esencial pero no constituye la “causa contractual” y (b) Contratos de Utilización del Buque sin navegación.

5. Respecto de los Contratos de Utilización del Buque con navegación podemos encontrar una colección de fines empíricamente diversos, que van desde el científico hasta el hostelero y residencial, pasando por el industrial. Someter tales contratos a las reglas del fletamento desafía incluso las reglas de la aplicación analógica preconizada por el artículo 210 LNM, porque son casos que, como cuestión de hecho, se sitúan en una zona incómoda para po-

siciones dogmáticas unitarias (que han sido las prevalentes entre los autores de la siempre encomiable y bienvenida LNM).

6. El legislador, consciente de que estos casos se sitúan en los confines del Derecho Marítimo típico, parece estar asomándose aquí una suerte de insoluble “abismo dogmático” que prefiere, al menos por el momento, dejar en el campo de lo “atípico». Es obvio, para cualquier intérprete avezado, que el artículo 210 LNM fue una concesión simbólica (“a token gesture” en palabras de nuestros colegas británicos) a las posiciones separatistas de cierto sector doctrinal maritimista.

7. En vista de lo anterior, y en ausencia de una regulación legal específica, estos Contratos de Utilización del Buque deberán confeccionarse ad hoc en función del propósito empírico comúnmente perseguido por las partes. Toda esa flora contractual atípica crecerá al margen de la LNM por generación espontánea al amparo de la autonomía de la voluntad, en función de las necesidades del caso.

8. Y respecto de la posibilidad de que existan Contratos de Utilización de Buque sin navegación nos enfrentamos a una contradicción entre términos, porque la LNM degrada a la condición de artefacto naval a aquél buque que no navegue, de modo que la única utilización que la LNM concibe es la del buque como vehículo de navegación, cayendo otro uso distinto a extramuros de la citada norma legal (que precisamente se denomina, por algo, Ley de Navegación Marítima).

9. Sin embargo, en la práctica hemos visto y seguramente veremos peculiares contratos donde se pacta la puesta a disposición de un buque cuya finalidad no es navegar sino permanecer estacionario en un muelle para prestar simples servicios de alojamiento y manutención. Todos los esquemas ideológicos del fletamento quedan trastocados en un caso como el comentado (“Barco de Piolin”) donde, por ejemplo, la navegabilidad es menos importante que la flotabilidad y el tiempo de plancha funciona precisamente al revés de cómo suele, estando el fletador interesado en contratar la sobre-estadía del buque en puerto. Un contrato sui generis donde seguramente, si se repite de nuevo y a la vista de las quejas escuchadas en prensa, el fletador debería prestar más atención a aspectos tan poco náuticos como la comodidad de los camarotes o a la calidad del rancho servido a bordo.

10. Como colofón, sin embargo, resulta particularmente interesante observar cómo emergen nuevos usos industriales o mercantiles del buque como algo más que un depósito de mercancías en movimiento. Nuevos usos off-

shore donde el mar aparece menos como ese piélago donde los marinos están sujetos a la temible “Fortuna de Mar” y más como un espacio, terreno o superficie industrial virgen que puede ser conquistado al mar (si las veleidosas deidades marinas permitirán tal osadía tecnológica es algo que resta por ver).

BIBLIOGRAFIA.

- ARROYO MARTINEZ, IGNACIO, CURSO DE DERECHO DE DERECHO MARITIMO (Ley 14/2014, de Navegación Marítima), Tercera Edición, Civitas, 2015.
- DOMINGUEZ CABRERA, MARIA DEL PINO, EL REGISTRO DE BUQUES Y OTROS VEHICULOS DE LA NAVEGACION, Tirant Monografías, Valencia, 2015.
- DIEZ-PICAZO, LUIS y GULLON, ANTONIO, SISTEMA DE DERECHO CIVIL, VOLUMEN II, Sexta Edición, Tecnos, 1993.
- GONZALEZ-LEBRERO, RODOLFO A., CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACION, 1ª Edición, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1998.
- GABALDON GARCIA, JOSE LUIS y RUIZ SOROA, JOSE MARIA, MANUAL DE DERECHO DE LA NAVEGACION MARITIMA, 1ª Edición, Marcial Pons, 1999.
- GONZALEZ PELLICER, JOSE MANUEL, Fundación de micro-estados flotantes en alta mar: el proyecto “Seasteading”, Diario La Ley 3618/2015, 3 de Junio.
- MARTINEZ JIMENEZ, ISABEL, LOS CONTRATOS DE EXPLOTACION DEL BUQUE. ESPECIAL REFERENCIA AL FLETAMENTO POR TIEMPO, 1ª Edición, José María Bosch, 1991.
- PULIDO BEGINES, JOSE LUIS, CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACION MARITIMA, 1ª Edición, Tecnos, 2015.
- RUIZ SOROA, JOSE MARIA, ZABALETA SARASUA, GONZALEZ RODRIGUEZ, MANUAL DE DERECHO DEL TRANSPORTE MARITIMO, 1ª Edición, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1997.

WEBGRAFIA.

- <http://www.knudehansen.com/references/special-purpose-vessels/>
- <http://new.abb.com/marine/vessel-segments/special-purpose-vessels>
- <http://www.marineinsight.com/types-of-ships/what-are-offshore-vessels/>
- <https://theloadstar.co.uk/now-amazon-buys-containerships-drones-will-redefine-concept-near-shoring/>
- <https://www.vanoord.com/activities/cable-laying-vessel>
- <http://www.offshore-mag.com/learning-center/rigs-and-vessels/offshore-drilling-rigs/drillships.html>
- <http://www.jandenul.com/en/wind-turbine-installation-vessel>
- <https://www.theguardian.com/technology/2013/oct/30/google-secret-floating-data-centers-california-maine>

<https://news.sky.com/story/google-barges-vessels-explained-by-firm-10429110>
https://en.wikipedia.org/wiki/Floating_production_storage_and_offloading
https://en.wikipedia.org/wiki/Prelude_FLNG
<http://www.amc.edu.au/facilities/training-vessels>
<https://www.marineinsight.com/types-of-ships/what-are-anti-pollution-vessels/>
<http://aboardtheworld.com/our-story/>
<https://www.holland.com/global/tourism/destinations/amsterdam/houseboats-in-the-amsterdam-canals.htm>
<http://www.bbc.com/culture/story/20171227-are-floating-homes-the-next-frontier-for-urban-design>
<http://www.bbc.com/autos/story/20160601-welcome-aboard-your-next-home>
<http://mercyships.ch/en/our-fleet/>
<https://www.womenonwaves.org/es/page/650/who-are-we>
<https://www.waterstudio.nl/>
http://www.abc.es/hemeroteca/historico-29-07-2005/abc/Catalunya/el-jb-nightology-boat-monta-una-gran-fiesta-flotante-en-barcelona_204117440358.html
https://www.navcen.uscg.gov/pdf/iip/International_Ice_Patrol_2012_Brochure.pdf
<http://www.bbc.com/future/story/20171027-how-artificial-islands-could-help-us-adapt-to-climate-change>
http://www.marinemec.com/news/view,imo-imposes-cyber-security-on-ship-ism_48159.htm
http://www.windplatform.eu/fileadmin/ewetp_docs/Events/2nd_Energy_Event/Hernandez-Brito.pdf
<http://www.laopiniondemalaga.es/malaga/2017/05/05/malaga-contara-cuatro-barcos-limpieza/928353.html>
<http://www.aquashell.eu/>

EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NÁUTICO

León von Ondarza
Abogado

Resumen: La Ley de Navegación Marítima es la primera norma que regula de forma específica el contrato de arrendamiento náutico o chárter náutico. Se define como el contrato por el cual el arrendador cede al arrendatario el goce y disfrute de un buque o embarcación de recreo, por un tiempo determinado y a cambio de un precio, con una finalidad exclusivamente recreativa o deportiva. Las modalidades del contrato de arrendamiento náutico son sin y con dotación. Los elementos personales del contrato de arrendamiento náutico son el arrendador, el arrendatario y la dotación. Los elementos reales son el buque o embarcación y el precio del chárter. Ejemplo de contrato internacional: MYBA.

Palabras clave: chárter náutico, finalidad recreativa, con o sin dotación, MYBA

Abstract: The Maritime Navigation Act is the first law that refers purposefully to the charter contract. It is defined as an agreement whereby the charter company grants the charterer a boat for recreational purposes. The modalities are bareboat charter or with crew. The contractual parties are the charter company, the charterer and the crew. The items of the contract are the vessel and the charter fee. International example of this contract: MYBA.

Keywords: charter, recreational purposes, bareboat charter or with crew, MYBA

I. INTRODUCCIÓN - ANTECEDENTES

Una de las características de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima es que trasciende del ámbito meramente mercantil. Prueba de ello es la inclusión a lo largo del texto de preceptos relativos a la náutica de recreo y deportiva, y el mejor ejemplo es la regulación de uno de los principales contratos de la náutica de recreo: el contrato de arrendamiento náutico, conocido comúnmente, como chárter. Una modalidad contractual que goza de particularidades propias que la distinguen del contrato de arrendamiento o del de fletamento de buques, ya que en el caso del chárter no se trata de transportar sino de realizar una navegación deportiva o de recreo, actividad que a su vez está íntimamente ligada al turismo.

La importancia de la actividad del chárter ha ido creciendo exponencialmente en los últimos años, y debido a su incidencia directa en la actividad económica requería de un marco legal propio. En este sentido, tal y como

venía reivindicando el sector de la náutica de recreo, se hacía necesario regular este contrato en su doble modalidad, arrendamiento con o sin dotación, siendo el objeto en ambos casos la puesta a disposición de un buque o embarcación con una finalidad exclusivamente recreativa o deportiva¹.

Hasta la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima nunca había existido una regulación concreta y específica del arrendamiento náutico. El actual Ministerio de Fomento reguló de forma somera la actividad de arrendamiento de embarcaciones de recreo a través de la Orden del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones de 4 de diciembre de 1985; y, al margen de esta orden, existe una gran cantidad de normas de carácter administrativo que, de forma directa o indirecta, afectan a los buques y embarcaciones de recreo tratando aspectos tales como su matriculación (en la lista sexta para la actividad del arrendamiento náutico), despacho, reconocimientos, titulaciones, impuestos, etc., todo ello desde una perspectiva del Derecho Público.

Desde el punto de vista estrictamente civil el arrendamiento náutico se regulaba por lo que el Código Civil prevé para los arrendamientos de cosas (*locatio rei*), y por extensión analógica nuestros tribunales aplicaban algunos de los preceptos que el Código de Comercio dedicaba al contrato de fletamento.

Al margen de lo anterior, la regulación más prolija la encontramos en los contratos elaborados por las propias empresas de chárter, así como por las Asociaciones de empresas náuticas como por ejemplo ANEN y APEAM a nivel nacional y la MYBA a nivel internacional.²

Con carácter previo indicar que la regulación del contrato de arrendamiento náutico en la Ley 14/2014 es de carácter imperativo, si bien y como consecuencia de la remisión que hace el artículo 308 a *los pactos libremente convenidos por las partes*, el grueso de la relación contractual vendrá determinada por las cláusulas del contrato firmado por los sujetos de la relación contractual.

1 En palabras de Don Julio Carlos Fuentes Gómez: “... en este último período también ha habido incorporaciones importantes en su texto, entre las que destacan la regulación dentro de los contratos de utilización del buque del contrato de arrendamiento náutico (proveniente de una propuesta del sector)”, en su artículo “El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima” publicado en “Comentarios a la Ley de Navegación Marítima” de la AEDM, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

2 ANEN: Asociación Nacional de Empresas Náuticas. APEAM: Asociación Provincial de Empresarios de Actividades Marítimas de Baleares. MYBA: The Worldwide Yacht Brokers Association.

II. CONCEPTO. NATURALEZA JURÍDICA

La Ley de Navegación Marítima dedica el Capítulo V al contrato de arrendamiento náutico, incluido en el Título IV relativo a los contratos de utilización del buque, junto a los dos tipos de fletamento (por tiempo y por viaje), el transporte en régimen de conocimiento de embarque, el contrato de pasaje y el de remolque.

1. Definición y naturaleza jurídica

Se define el contrato de chárter como aquel contrato por el cual un sujeto (arrendador) cede a otro (arrendatario) el goce y disfrute de un buque o embarcación de recreo, por un tiempo determinado y a cambio de un precio.

El contrato de arrendamiento náutico se podría calificar de atípico ya que por sus particularidades no encaja en ninguna de las fórmulas contractuales conocidas: ni las civiles (arrendamiento de muebles, de inmuebles, de obra o de servicios), ni las mercantiles (arrendamiento, fletamentos, conocimiento de embarque o contrato de pasaje); y ello porque si bien comparte con alguno de estos contratos la cesión o entrega de la posesión del bien, se distingue de ellos por la finalidad de la propia cesión o entrega que no es otra que la navegación recreativa o deportiva.

No se trata de un contrato puramente mercantil como lo son el arrendamiento de buque y el fletamento, sino que se trata de un contrato civil obligado por la finalidad puramente deportiva y recreativa del mismo. Y esta peculiaridad se acusa más en la modalidad del arrendamiento con dotación ya que en este caso el arrendatario sigue disfrutando del buque o embarcación pero no se produce una auténtica cesión de la posesión en tanto en cuanto la misma sigue estando en poder del arrendador representado por el capitán del barco.

Dada la juventud de este tipo contractual al tratar de la naturaleza jurídica es necesario referirse a figuras contractuales anteriores y más comunes, como es el caso del arrendamiento de buques. Al igual que éste, el chárter, también participa de la naturaleza del arrendamiento de cosa mueble como ha sostenido la jurisprudencia³ y la mayor parte de la doctrina⁴.

3 El Tribunal Supremo en Sentencia del 23 de noviembre de 2010, al referirse al arrendamiento de buque señala que a este contrato le son de aplicación las normas del Código Civil sobre arrendamiento de cosas. En el mismo sentido la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 27 de marzo de 2006. Por analogía, al chárter o arrendamiento náutico en última instancia también le son de aplicación los mismos preceptos.

4 Ruiz Soroa, J.M.: "El contrato de arrendamiento de buque", VV.AA, Manual del Derecho del Transporte Marítimo, IVAB, Bilbao, 1986, pág. 36.

El régimen del contrato de arrendamiento náutico contenido en los artículos 307 a 313, se complementa con los preceptos del arrendamiento de buque en el caso del chárter sin dotación; con los del contrato de fletamento (los que se refieren a la puesta a disposición y empleo del buque o embarcación, al flete y a su extinción anticipada, siempre que sean compatibles con la finalidad del contrato) si el chárter es con dotación; y con la aplicación subsidiaria de los artículos 1.542 y siguientes del Código Civil. Así pues, en caso de laguna, deberá acudirse en primer lugar, antes que a las normas de Derecho común, a la propia Ley de Navegación Marítima y a las demás normas y usos reguladores de la navegación o, como prevé el artículo 2 *a las leyes y reglamentos complementarios y a los usos y costumbres relativos a la navegación marítima*.

Esta figura contractual se distingue del resto de los contratos de utilización del buque precisamente por la capacidad de disponer del buque o embarcación para realizar una navegación deportiva o de recreo. El arrendatario, durante el periodo contractual, podrá en todo momento escoger cuándo y dónde navegar, y ello tanto en el chárter sin dotación como en el alquiler con dotación, ya que ésta está a sus órdenes con el límite infranqueable de la seguridad náutica. El arrendatario no emplea el buque o embarcación para el transporte de pasajeros o mercancías, sino que lo utiliza para la navegación privada de recreo; concepto cuya definición curiosamente no se contiene en una norma civil sino que la encontramos en el apartado 21 del artículo 4 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos especiales, que la define de la forma siguiente: *La realizada mediante la utilización de una embarcación, que no sea de titularidad pública, por su propietario o por la persona que pueda utilizarla, mediante arrendamiento o por cualquier otro título, para fines no comerciales y, en particular, para fines distintos del transporte de pasajeros o mercancías o de la prestación de servicios a título oneroso*.

2. Forma y necesidad del contrato

A pesar de que el Capítulo V no se indica, por remisión expresa al arrendamiento de buque el contrato de arrendamiento náutico también debe constar por escrito (artículo 189), si bien la forma escrita no constituye un requisito para la validez del contrato. Es evidente que el contrato escrito es altamente recomendable ya que de este modo cada parte es conocedora de cuáles son

sus obligaciones y derechos. Además debe llevarse a bordo pues ante un posible control aduanero o del Servicio Marítimo de la Guardia Civil el contrato es el documento que da cobertura legal a quien está a bordo en calidad de arrendatario del chárter y a sus acompañantes. En un barco de uso privado (lista séptima) el propietario está legitimado para estar a bordo por el propio registro en el que se le identifica como propietario, mientras que en un barco de chárter (lista sexta) el documento que legitima al que se encuentra a bordo es el contrato de chárter.

Al tratarse de un contrato temporal (día, semana, hasta un máximo de tres meses⁵) no es inscribible en registro alguno; distinta es la obligación de inscribir el contrato de arrendamiento o de gestión del buque o embarcación en el Registro de Buques de la Capitanía Marítima pero no obligatoriamente en el Registro de Bienes Muebles al ser potestativa la inscripción de los buques y embarcaciones de recreo en este último registro (artículo 69.2).

3. Modalidades del contrato de arrendamiento náutico

La Ley de Navegación Marítima contempla las dos modalidades de contrato de arrendamiento náutico: sin dotación o con dotación (artículo 308.1).

En el primer tipo estamos ante el arrendamiento a casco desnudo o “bareboat charter”, que es la modalidad más común entre las embarcaciones de recreo. Es decir, el alquilar un barco sin necesidad de patrón por disponer el arrendatario de los conocimientos teóricos y prácticos suficientes para gobernar la embarcación. El arrendatario deberá acreditar que posee la pertinente titulación atendiendo a las características del buque o embarcación de recreo y a la navegación a realizar, y el arrendador sólo podrá arrendar el barco a quien acredite esta capacidad. En estos casos se traslada al arrendatario el pleno goce del buque a través de la gestión náutica pero no la gestión comercial en tanto en cuanto la finalidad del arrendamiento náutico es la navegación de recreo o deportiva; el arrendatario aquí no se convierte en

5 Téngase en cuenta que los buques y embarcaciones de recreo dedicados al chárter, las últimas a partir de los ocho metros de eslora, están exentas del pago del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 66.1 letra g) en conexión con la letra c) de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos especiales. Estos requisitos son: estar afecto de forma efectiva y exclusiva al alquiler, no ceder el uso a personas vinculadas con la propiedad, y no alquilar el medio de transporte por tiempo superior a tres meses a una misma persona o entidad durante un periodo de doce meses consecutivos.

armador o naviero y, por tanto, ni explota ni asume los riesgos y resultados de su explotación, ya que es el arrendador el que actúa como tal utilizando embarcaciones o buques de recreo propios o ajenos (artículo 145) y, por ello, es el responsable de su gestión comercial.

En la segunda modalidad, estaríamos ante un arrendamiento de embarcación o buque equipado (con dotación) pero no armado (ya que el buque o embarcación no se cede con todos los bienes de consumo, sólo parte de ellos). En este caso el arrendamiento incluye un factor diferenciador cual es la existencia a bordo de una tripulación o dotación. El arrendatario sigue teniendo el control de la gestión náutica si bien no de forma plena ya que se excluyen los supuestos en los que afecte a la seguridad del barco, de las personas a bordo y de la navegación y la protección del medio marino, que sigue siendo competencia exclusiva del capitán y a cuyas órdenes se someten el arrendatario y sus acompañantes. El arrendador proporcionará la dotación con la titulación, conocimientos y experiencia suficientes atendiendo al buque o embarcación objeto de arriendo y a la navegación a realizar. El capitán y el resto de la dotación cumplirán las órdenes del arrendatario siempre que esas órdenes o instrucciones no supongan un riesgo (artículos 184.1 y 310).

III. LAS PARTES DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NÁUTICO

Una de las particularidades que diferencia el contrato de arrendamiento náutico con el resto de contratos de explotación de buques es, precisamente, el factor personal, es decir, los sujetos que intervienen en él. No debemos olvidar que la finalidad de esta forma contractual es la navegación de recreo, por lo que frente al empresario o empresa de chárter habrá un cliente final, usuario y consumidor, que en la mayoría de las ocasiones se trata de una persona que ha contratado el chárter para disfrutar de sus vacaciones. Es decir, tal y como se ha mencionado en la introducción, este contrato se relaciona de forma estrecha con la actividad turística.

Las partes en el contrato de arrendamiento náutico o chárter son:

- **ARRENDADOR:** empresa o empresario dedicado al chárter, que tiene uno o varios buques o embarcaciones de su propiedad o explotados comercialmente por él, que a cambio del precio del alquiler pone a disposición de su cliente y durante un periodo determinado para que lo utilice con el objeto de disfrutar de la navegación deportiva o de recreo.

- **ARRENDATARIO:** cliente, consumidor o usuario final, quien a cambio

del precio acordado, tiene a su disposición un buque o embarcación para hacer uso de la misma destinándola a la navegación deportiva o de recreo.

Siendo arrendador y arrendatario los principales elementos personales, en función de la modalidad de chárter que se trate también interviene la DOTACIÓN, definida en el artículo 156 de la Ley de Navegación Marítima como *conjunto de personas empleadas a bordo de un buque*. Al contratar un chárter con dotación el arrendador pone a disposición del arrendatario el buque o embarcación con la dotación correspondiente al barco que se trate, pudiendo ser un patrón para embarcaciones de menor porte, o tripulaciones más numerosas en función de las características del buque o embarcación.

La dotación deberá disponer de las titulaciones profesionales y certificados correspondientes al puesto que desempeñan a bordo, y si bien trabajan por cuenta del arrendador⁶ están al servicio del arrendatario quien podrá dar las órdenes o instrucciones pertinentes relacionadas con la finalidad principal del contrato que es la navegación privada de recreo, siempre y cuando estas instrucciones no comprometan la seguridad del buque o embarcación, la de las personas a bordo o de la propia navegación y la protección del medio marino, ya que en estos casos prevalece el criterio técnico y profesional del patrón o capitán y el arrendatario y sus acompañantes deben estar y pasar por éste criterio (artículo 310).

Finalmente, junto con los elementos personales del contrato, es preciso hacer una mención a los elementos reales del contrato que son el buque o embarcación y el precio del chárter.

No corresponde a esta obra tratar sobre el concepto y naturaleza jurídica del buque, por ello basta decir que tratándose de un barco destinado a una actividad lucrativa si es de bandera española deberá estar matriculado o inscrito en la lista Sexta del Registro de Buques y Empresas Navieras⁷; tratándose

6 La Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, introduce la figura del patrón autónomo en el régimen especial del mar, por lo que puede darse el caso que el patrón de una embarcación de chárter no trabaje por cuenta del arrendador sino que sea autónomo, si bien la elección de este patrón normalmente corresponde a éste.

7 El artículo 4, letra f) del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, por el que se regula el abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo, modificado por la disposición final primera del Real Decreto 804/2014, de 19 de septiembre, por el que se establecen el régimen jurídico y las normas de seguridad y prevención de la contaminación de los buques de recreo que transporten hasta doce pasajeros, señala que en la Lista Sexta se registrarán los buques de recreo cuya eslora de casco (Lh) sea superior a 24 metros, con

de un barco de bandera extranjera deberá disponer de un registro comercial o el correspondiente certificado acreditativo de la dedicación comercial del barco de conformidad con su ley del pabellón. A su vez, en uno y otro caso, deberán contar con las preceptivas autorizaciones de alquiler de la Comunidad Autónoma en la que se realice la actividad, siempre y cuando ésta haya asumido competencias en el transporte marítimo, con el despacho de la Capitanía Marítima, así como con la dotación debidamente enrolada en el supuesto del chárter con dotación.

Con respecto al precio del alquiler, éste lo establece el arrendador y dependerá en la mayoría de las ocasiones de la temporada en la que se arrienda el buque o embarcación, así como de sus propias características, edad, modelo, tipo (velero, a motor), etc.

Siquiera brevemente es importante indicar que la actividad del chárter está sujeta al tipo general del IVA, el 21%, y, en ningún caso, está exenta de este impuesto ya que la exención prevista para los buques afectos a la navegación marítima internacional, excluye de forma expresa a *los buques destinados a actividades deportivas, de recreo o, en general, de uso privado*⁸.

IV. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NÁUTICO

Determinados los sujetos del contrato, a continuación se concretan las obligaciones que cada parte asume frente a la otra.

1. Obligaciones del arrendador.

a. Poner a disposición del arrendatario el buque o la embarcación (artículo 307).

Ya se trate de un contrato de arrendamiento náutico sin dotación como un arrendamiento con dotación, la principal obligación del arrendador, empresa o empresario de chárter, es la de poner a disposición del arrendatario, cliente final, la embarcación o buque objeto del contrato.

un desplazamiento inferior a 3000 GT y capacidad para transportar hasta 12 pasajeros sin contar la tripulación, así como las embarcaciones de recreo cuando unos y otras se exploten con fines lucrativos para el ocio, el deporte o la pesca no profesional.

8 Véanse los artículos 11, 22, 78 y 90 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Esta puesta a disposición debe hacerse en el lugar y tiempo convenidos, y en perfectas condiciones de navegabilidad (artículos 192 y 307). A lo que hay que añadir que el buque o la embarcación deben estar determinados e identificados en el propio contrato, de manera que el arrendatario conozca de antemano las características del mismo (artículo 211)⁹.

La determinación del buque o embarcación supone que el objeto del contrato reúne unas características en relación con la marca y el modelo, el año de construcción, el número máximo de personas autorizado, la zona de navegación, las características (eslora, manga, calado, etc.), la habitabilidad (número de camarotes y literas), etc., de forma que si la ausencia de alguna de las características perjudica al arrendatario quedará facultado para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; a menos que la misma tuviese carácter esencial, en cuyo caso éste podrá instar la resolución del contrato al amparo del artículo 1.124 del Código Civil, además de la indemnización que corresponda.

En los arrendamientos sin dotación esta concreción no siempre concurre, si bien es igualmente aconsejable. Del mismo modo que es recomendable prever esta circunstancia de manera que si por cualquier causa ajena al arrendador producida con anterioridad al inicio del arrendamiento, no fuera posible entregar la embarcación arrendada, se entregará al arrendatario una embarcación de iguales o similares características, o incluso superiores. Y si eso no fuera factible, a elección de éste, se le podrá entregar una embarcación de categoría inferior (con la consiguiente devolución de la diferencia proporcional del precio del arrendamiento) o se le devolverá el íntegro precio pagado hasta ese momento.

Con relación al estado de navegabilidad del buque o embarcación es importante advertir que la obligación de navegabilidad del arrendador es indelegable e intransferible, y se refiere tanto a nivel técnico (motores, velamen, con los tanques de combustible y agua llenos, etc.) como documental (autorizaciones administrativas, fiscales, etc.), como personal en el caso del chárter con dotación.

Finalmente, esta puesta a disposición debe hacerse tanto en el momento como en el lugar acordado en el contrato, que en el caso de la náutica de recreo se refiere al día que la empresa de chárter acostumbra a recibir las embarcaciones y prepararlas para los nuevos clientes, el momento del *check*

⁹ Así se establecía en el artículo 652 del derogado Código de Comercio al tratar el fletamento.

in y el *check out*; y al puerto base en el que la empresa tiene la flota o es el puerto base del buque o embarcación. Ello sin perjuicio de acordar otra fecha y otro lugar, puesto que no debemos olvidar que en este contrato prevalecen los pactos libremente convenidos por las partes.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a una indemnización en favor del arrendatario, que se comenta más adelante.

Relacionado con esta obligación, si llegada la fecha de inicio del contrato por circunstancias meteorológicas el barco no puede zarpar, el retraso derivado de estas circunstancias no implica la obligación del arrendador de devolver la parte proporcional del precio del alquiler o ampliar el chárter, salvo que ambas partes así lo acuerden.

b. Realizar las reparaciones necesarias para mantener el buque o la embarcación en estado de navegabilidad (artículos 192, 194.2 y artículo 212.3).

Siendo la obligación principal la de poner a disposición del arrendatario un buque o embarcación en estado de navegabilidad, este estado de navegabilidad debe mantenerse durante todo el período contractual, por lo que el arrendador está obligado a realizar a su costa cuantas reparaciones sean necesarias para mantener ese estado, siempre y cuando la causa que provoque esas reparaciones no sea responsabilidad del arrendatario, en cuyo caso éste asumirá el coste de la reparación.

A fin de facilitar al arrendador el cumplimiento de esta obligación en un contrato sin dotación el arrendatario debe informarle a la mayor brevedad posible sobre cualquier daño o percance sufrido que afecte o pueda afectar a la navegabilidad o a la seguridad del buque o embarcación de recreo.

c. Indemnizar al arrendatario en el supuesto de retraso en la entrega del buque o de la embarcación (artículo 309).

El artículo 309 de la Ley establece el régimen indemnizatorio marco que se concreta de la siguiente forma:

- la cantidad a tal efecto pactada;
- o una cantidad proporcional al retraso ocasionado;
- y si este retraso es superior a cuarenta y ocho horas, además de la indemnización, el arrendatario podrá exigir la resolución del contrato o su ampliación por un tiempo equivalente al retraso.

En el propio contrato de arrendamiento náutico, por aplicación del principio de la libertad de pactos entre las partes, podrá completarse y concretarse tanto el *quantum* a indemnizar (*el arrendador reembolsará al arrendatario una cantidad proporcional al retraso en la entrega*), como los días de am-

pliación del contrato (*ampliación del contrato por un tiempo equivalente al retraso*), en los casos en los que el retraso exceda de las cuarenta y ocho horas y el arrendatario no desee resolver el contrato. En ambos casos, la ampliación o la resolución pueden ir acompañadas de una compensación económica pactada en el contrato.

d. Indemnizar al arrendatario en el supuesto de interrupción en el uso del buque o de la embarcación (artículo 198.2).

Si durante el período del chárter el buque o embarcación queda inoperativo por causas imputables al arrendador, el régimen indemnizatorio se endurece ya que en estos casos el arrendatario, además de la indemnización de los daños y perjuicios causados (estancia en hoteles, traslados, etc.), podrá exigir una rebaja en el precio o la resolución del contrato, y ello sin que en el contrato se pueda acordar pacto alguno en contra de lo establecido por la Ley.

e. Tener el buque o la embarcación asegurados (artículo 312).

El arrendador asegurará el buque o la embarcación por el tiempo del contrato de arrendamiento para cubrir la responsabilidad civil (artículo 464) por el uso del buque o embarcación por el arrendatario, sin perjuicio de otros seguros que se pacten en el contrato.

Esta obligación no es únicamente frente al arrendatario, sino que es una obligación previa a la actividad en tanto en cuanto al tratarse de un buque o embarcación de recreo dedicado a una actividad lucrativa, sujeta a la obtención de una serie de autorizaciones administrativas, son precisamente las Administraciones que conceden las licencias de chárter o los despachos las que exigen el tener los seguros que se correspondan con el tipo de barco que se alquila.

f. Proporcionar una tripulación cualificada de acuerdo con los requisitos del estado de bandera del buque o de la embarcación (artículo 167).

En el contrato con dotación el buque o embarcación arrendada debe contar con la dotación que exijan las Autoridades Marítimas de la bandera (artículo 161)¹⁰. Los miembros de la dotación, sea ésta de un componente o de

¹⁰ En España la determinación de las tripulaciones mínimas de seguridad para los buques de recreo recae sobre la Dirección General de la Marina Mercante (artículo 9 del Real Decreto 804/2014); y para las embarcaciones de recreo en el Capitán Marítimo (artículo 10, letra k) del Real Decreto 638/2007). A su vez el enrole de la dotación se autoriza por la Capitanía Marítima previa comprobación de que el tripulante reúne los requisitos de titulación, certificados obligatorios, reconocimiento médico de aptitud, afiliación a la Seguridad Social y términos de empleo en función del buque y navegación (artículo 36 de

más, deben poseer los títulos y certificados que acrediten los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para el manejo del barco que se chartea (artículo 165). Esta obligación recae siempre en el arrendador, en su calidad de armador, (artículo 167), independientemente de que la dotación (el patrón en este caso) sea un trabajador por cuenta ajena o un autónomo.

El incumplimiento de esta obligación puede suponer la inmovilización del buque con el consiguiente perjuicio al arrendatario, que podrá exigir la correspondiente indemnización, y el inicio de un expediente sancionador que finalizará con la imposición de una sanción administrativa. Ello sin perjuicio de las responsabilidades y consecuencias derivadas de un posible siniestro del buque o embarcación sin encontrarse a bordo la dotación requerida.

g. No vender el buque o la embarcación durante el periodo de arrendamiento.

Si bien esta prohibición no se establece en el capítulo del arrendamiento náutico esta circunstancia puede tener lugar en cuyo caso, y siguiendo el criterio establecido en el contrato de arrendamiento de buque (artículo 196), la solución pasaría por la subrogación del nuevo titular del buque o embarcación en el contrato de arrendamiento en los mismos términos y condiciones que los pactados con el arrendador anterior. En caso contrario, el contrato quedará extinguido y al arrendatario deberá ser indemnizado reembolsándole la parte proporcional del alquiler correspondiente al periodo no disfrutado, así como los gastos necesarios para su traslado y el de sus acompañantes, y de su equipaje u otros bienes que tuvieran a bordo, hasta el lugar inicialmente previsto de finalización del contrato de arrendamiento.

2. Obligaciones del arrendatario.

a. Pagar la renta en los términos convenidos (artículo 307).

Esta obligación, junto con el uso adecuado del buque o embarcación, constituyen las contraprestaciones principales del arrendatario. El artículo 307 señala que por el uso del barco se pagará el precio que se haya pactado en el contrato, en el cual debe estar incluido el IVA. Sin embargo, en el precio del contrato no están comprendidos los consumos de combustible, lubricantes, las estancias en puertos y marinas distintos al puerto base y el avituallamiento y gastos privados del arrendatario y sus acompañantes.

la Orden de 18 de enero de 2000, por la que se aprueba el Reglamento sobre Despacho de Buques).

La forma habitual de pago es una cantidad inicial al reservar el buque o embarcación, y el resto en un momento inmediatamente anterior o en el instante del embarque o puesta a disposición del buque o embarcación.

El incumplimiento de la obligación de pago supone bien la imposibilidad de reservar un barco, en el caso de no pagar una cantidad anticipada, y la pérdida del depósito e imposibilidad de disfrutar del buque o embarcación alquilada, si no se paga la cantidad restante.

b. Utilizar el buque o la embarcación conforme a lo pactado (artículo 193 y 310).

La segunda obligación principal del arrendatario es la de usar el barco para el uso al que está destinado que es la navegación deportiva o recreativa.

Si se trata de un arrendamiento sin dotación esta obligación debe realizarse de conformidad con la diligencia que se señala en el artículo 182.3 de la Ley de Navegación Marítima, es decir, el arrendatario, que lo habitual es que a su vez sea el patrón de la embarcación, hará uso de la embarcación con la diligencia exigible a un *marino competente*, a modo de ejemplo se puede citar: navegar en la zona de navegación establecida para el buque o embarcación; cumplir con la legislación vigente y respetar las instrucciones de la Autoridad Marítima; no ceder el gobierno a persona sin la titulación correspondiente; no abandonar la embarcación amarrada o fondeada sin vigilancia o en un lugar sin protección; respetar el número máximo autorizado de personas a bordo, etc.

Si por el contrario el chárter es con dotación el arrendatario hará un uso conforme a lo pactado y los miembros de la dotación cumplirán las órdenes de éste como si del propietario se tratara, con el límite antes indicado del criterio profesional del patrón que prevalece en las situaciones de riesgo para el buque o embarcación, para las personas a bordo o para la navegación, o la protección de medio marino.

La mención de *conforme a lo pactado* significa que el arrendatario no podrá hacer un uso distinto de la navegación de recreo o deportiva, y en consecuencia, no podrá transportar personas o mercancías; no podrá subarrendar el buque o la embarcación; no podrá destinar la embarcación a vivienda vacacional; o hacer cualquier uso contrario a las leyes, usos y costumbres.

c. Informar al arrendador de los daños que sufra el buque o la embarcación (artículo 311).

Como se ha señalado anteriormente esta obligación es el complemento de la del arrendador para que el barco pueda ser reparado de inmediato y estar operativo para el uso al que está destinado: el uso y disfrute del arrendatario.

d. Asumir el coste de las reparaciones por los daños provocados por su culpa (artículo 194.2).

Esta obligación se desprende de la cita de este artículo que exonera al arrendador de pagar las reparaciones que se deban a la culpa del arrendatario. Es decir, el arrendatario está obligado a costear cuantas reparaciones sean necesarias para mantener el buque o embarcación en perfecto estado de navegabilidad, siempre y cuando la causa que obligue a efectuar las reparaciones sea su responsabilidad.

e. Devolver el buque o la embarcación en el momento y lugar convenidos (artículo 195).

Del mismo modo que el arrendador está obligado a poner a disposición del arrendatario el buque o embarcación, en el arrendamiento sin tripulación el arrendatario está obligado a devolver el buque o embarcación al arrendador en las mismas condiciones que lo recibió, sin perjuicio del uso y desgaste natural producido durante el periodo de arrendamiento, en el plazo y en el lugar pactado en el contrato. El momento será el día y la hora que la empresa o empresario de chárter acostumbre a realizar el *check out*; y el lugar será como regla habitual el puerto en el que el arrendador tenga la base de su flota.

Si la devolución del buque o de la embarcación se retrasa por razones imputables al arrendatario, éste pagará el importe correspondiente a la parte proporcional por el retraso y serán a su cargo los gastos y perjuicios derivados de la devolución tardía. Pudiendo el arrendador exigir una indemnización por los daños que ese incumplimiento le ha provocado frente a nuevos clientes del mismo barco.

f. Seguir las instrucciones del Capitán relativas a la seguridad a bordo (artículo 310).

Esta obligación, ya comentada en párrafos anteriores, es exclusiva en los contratos de arrendamiento náutico con dotación y viene determinada por la preparación y los conocimientos técnicos del capitán que asume la dirección técnica de la navegación (artículo 182), y su criterio profesional prevalece sobre el de cualquier otra persona a bordo (artículo 184).

g. Pagar otras cantidades como la fianza y el anticipo para avituallamiento.

Estos pagos adicionales a los que viene obligado el arrendatario básicamente son la fianza con la que responderá de los daños o responsabilidades en las que pueda haber incurrido; y los gastos de combustible, estancia en puerto y avituallamiento durante el chárter.

Con relación a la fianza, indicar que ésta debe abonarse con anterioridad al embarque o en el mismo día. Al finalizar el chárter y tras verificar el estado del barco será devuelta por el arrendador, pudiendo éste descontar de la misma el importe de los daños, pérdidas o averías que haya tenido la embarcación, sus pertenencias y accesorios, causados por el arrendatario.

En el arrendamiento con dotación las cantidades destinadas a los gastos ordinarios del chárter reciben el nombre de Anticipo para Avituallamiento (APA, acrónimo de *Advance Provisioning Allowance*) y se refiere a una cantidad adicional que administra el capitán durante el periodo del contrato, pudiendo exigir anticipos adicionales en el supuesto de que el inicial no cubra los gastos incurridos durante el chárter.

h. Aceptar la entrega del barco en servicio y buen funcionamiento.

Obligación derivada e autoimpuesta por el hecho de haber firmado un contrato de arrendamiento náutico y haber pagado por él, salvo que el incumplimiento se deba a causas ajenas a su voluntad en cuyo caso se podrá negociar con el arrendador la devolución parcial del precio del chárter. Sin embargo si el arrendatario no recepciona el buque o embarcación en la fecha convenida, este retraso no le da derecho a prorrogar el contrato.

V. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NÁUTICO

Al margen de las causas generales de extinción de los contratos o las causas previstas en el artículo 1.569 del Código Civil: transcurso del plazo pactado e incumplimiento por cualquiera de las partes de las obligaciones contractuales, en la medida que sean compatibles, al arrendamiento náutico o chárter se aplicarán los mismos supuestos que la Ley de Navegación Marítima prevé para el contrato de fletamento, en tanto en cuanto hagan imposible el cumplimiento de la prestación: la práctica de la navegación privada de recreo o deportiva.

Estas causas son:

1. Pérdida o inhabilitación definitiva del buque o de la embarcación (artículo 272). La pérdida o inhabilitación definitiva del buque o embarcación sin que medie culpa de las partes conlleva su extinción anticipada. Se producirá la extinción anticipada del contrato si resultare imposible efectuar el chárter antes de que el barco se haga a la mar por causas ajenas a las partes, entre las cuales se incluyen explícitamente los acaecimientos naturales, las disposiciones de las autoridades y los conflictos armados, cuya consecuencia sea

la destrucción de la embarcación o buque o su imposibilidad permanente y definitiva.

2. Impedimentos sobrevenidos durante el chárter (artículo 274). Este supuesto se refiere a causas fortuitas que hagan imposible, ilegal o prohibida la continuación del chárter, o a conflictos armados que pongan en riesgo el buque o embarcación.

3. Venta del buque o de la embarcación (artículo 276). En el supuesto de venta del buque o embarcación, lo habitual en el arrendamiento náutico es la solución prevista en el párrafo segundo del precepto, es decir, el comprador deberá respetar las reservas y los contratos confirmados y debidamente documentados. Pero si esto no ocurre el contrato se extinguirá debiendo el arrendador indemnizar al arrendatario devolviéndole la cantidad pagada y los perjuicios que esa extinción anticipada haya podido causarle (traslados, estancia en hotel, etc.).

VI. RESPONSABILIDAD FRENTE A TERCEROS

Como se decía al inicio del capítulo, el contrato de arrendamiento náutico comparte con otros contratos de utilización del buque la cesión o entrega de la posesión del bien, si bien esa cesión persigue un objetivo concreto que es el uso y disfrute practicando la navegación recreativa o deportiva. Esto significa que en ningún caso el arrendador se desvincula de la explotación comercial, lo que implica una serie de responsabilidades frente a terceros.

Desde un punto de vista administrativo el arrendador es el propietario del buque o embarcación y/o el titular de la actividad, por tanto, frente a las Administraciones –la Capitanía Marítima y la administración autonómica correspondiente si la Comunidad Autónoma ha asumido competencias en transporte marítimo- el arrendador es el responsable de las infracciones que pueda cometer el arrendatario haciendo uso del buque o embarcación¹¹. Esta

11 Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Artículo 310. Responsables. Serán responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas siguientes: 2. Supuestos de infracciones en materia de Marina Civil: a) En las infracciones cometidas con ocasión de la navegación marítima de buques civiles no mercantes, o con motivo de la instalación de plataformas fijas u otras construcciones situadas fuera de la zona de servicio de los puertos, la persona física o jurídica titular de la actividad empresarial que realice el buque, la plataforma o construcción o, en el caso de buques utilizados exclusivamente en la navegación de recreo, la persona física o jurídica propietaria de la embarcación, o la

circunstancia aconseja que en el contrato se prevea esa posibilidad de manera que si el arrendatario es responsable de algún tipo de infracción administrativa en materia de marina civil, el arrendador pueda resarcirse de las consecuencias derivadas de un posible expediente sancionador.

Desde la perspectiva civil, los daños que el arrendatario cause a terceros son de su exclusiva responsabilidad, si bien el arrendador como armador del barco que ha provocado unos daños será responsable por ser el titular de la actividad comercial. Por tanto, los terceros perjudicados pueden dirigir sus acciones conjuntamente contra el arrendador y el arrendatario, o contra uno de ellos exclusivamente. Si se opta por demandar sólo al arrendador, éste tendrá abierta la posibilidad de repetir contra su cliente si es el responsable de los daños.

VII. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NÁUTICO

Siguiendo el criterio del resto de contratos de utilización del buque el artículo 313 de la Ley de Navegación Marítima establece el plazo de prescripción de un año para todas aquellas acciones derivadas del contrato de arrendamiento náutico, sea éste con o sin dotación.

Este plazo empezará a contar en la fecha en la que finaliza el contrato, o el día en el que el arrendatario y acompañantes se desembarcan, si ese día no coincide con el de finalización del contrato por haberse extendido el plazo contractual ya sea por causas imputables tanto al arrendador como al arrendatario.

VIII. JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE

Dejando aparte la posibilidad de acudir al arbitraje si así lo acuerdan las partes, la cuestión de los tribunales competentes en caso de disputa derivada de un contrato de arrendamiento náutico no es tan simple como a priori pudiera parecer.

La competencia territorial, salvo sometimiento expreso de las partes a un fuero extranjero distinto del que corresponda que deberá ser negociado de forma individual y separada (artículo 468), será la que escoja el demandante

que sea directamente responsable de la infracción. En estos supuestos serán responsables subsidiarios los capitanes o patrones de los buques.

entre el domicilio del demandado, el lugar de celebración del contrato o el del puerto de embarque o desembarque -en lugar de carga o descarga- (artículo 469).

No obstante, no se debe olvidar que el arrendatario es un consumidor y como tal está amparado por el artículo 90 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹², según el cual se considera abusiva la cláusula que someta al consumidor y usuario a un Juez o Tribunal distinto del que corresponde a su domicilio o al lugar de cumplimiento de la obligación. La forma de evitar problemas para los consumidores y usuarios es el sometimiento a los jueces y tribunales del lugar el cumplimiento de la obligación que coincidirá con alguno de los tres supuestos del artículo 469.2 de la Ley de Navegación Marítima.

La competencia que puede plantear alguna discusión es la objetiva por cuanto se expone a continuación. El artículo 86 ter de la LOPJ atribuye a los juzgados mercantiles el conocimiento de aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo, si bien la jurisprudencia ha completado el criterio de atribución diciendo que no basta con que la cuestión enjuiciada se relacione con Derecho marítimo, sino que, además, es necesario que la solución del problema requiera la aplicación de una institución de Derecho marítimo¹³. En mi opinión si partimos de la base de que el contrato de arrendamiento náutico es una institución marítima y que las soluciones a los posibles conflictos se encuentran en la Ley de Navegación Marítima, la competencia objetiva será de los juzgados mercantiles.

12 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias Artículo 90. Cláusulas abusivas sobre competencia y derecho aplicable. Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble. 3. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

13 Véase, entre otras resoluciones, el Auto de la AP de Pontevedra, Sección 1ª, de 7 de mayo 2009, recurso 240/2009, La Ley 191480/2009.

Con relación a la ley aplicable se seguirá la regla general que es la autonomía de las partes (artículo 10.5 del Código Civil¹⁴), que normalmente será la ley española. Solución totalmente compatible con la prohibición del apartado tercero del artículo 90 del texto regulador de los derechos de los consumidores y usuarios.

IX. EL CONTRATO MYBA

Al inicio de este capítulo se ha mencionado la importancia de las cláusulas que las partes pactan en el contrato de arrendamiento náutico, de ahí que en el sector de la náutica de recreo los contratos tipo de las empresas de chárter y Asociaciones juegan un papel muy relevante.

A nivel internacional existe un modelo de contrato pionero, muy extendido en el sector del chárter de los megayates, si bien se puede aplicar tanto a buques como a embarcaciones de recreo, que por su amplitud y detalle merece ser citado. Se trata del “*MYBA Charter Agreement*”, elaborado por “*The Worldwide Yacht Brokers Association*” (MYBA)¹⁵.

A continuación se analizan aquellos aspectos que pudieran ser más relevantes.

Como se ha indicado antes este contrato es muy común en el sector de los megayates, buques de recreo, por tanto su uso es más habitual en la modalidad de arrendamiento náutico con dotación.

Como no puede ser de otra forma, al igual que en España, este contrato tiene una finalidad puramente recreativa, y la posesión del buque permanece siempre con el arrendador a través del capitán del barco que es su empleado. El buque está perfectamente identificado y el arrendador se obliga a mantener el yate en estado de navegabilidad durante todo el contrato. A su vez se establece una obligación expresa de exclusividad, esto es, el arrendador no puede alquilar el barco a terceros durante el contrato en curso.

Las partes del contrato MYBA son el “*Owner*” entendiéndose como tal al

14 Artículo 10.5 del Código Civil: Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

15 Para un estudio en profundidad de este modelo de contrato de arrendamiento náutico: Lorenzon, F, y Coles, R. *The Law of Yachts and Yachting*, Ed. Informa, Londres, 2012.

armador según nuestra definición del artículo 145 de la Ley de Navegación Marítima; y el “*Charterer*”, fletador, o mejor arrendatario según nuestro tipo contractual.

Como contraprestación al uso y disfrute del yate el arrendatario pagará el precio acordado que recibe el nombre de “*charter fee*”, no “*hire*” término reservado a los contratos de fletamento, e incluye el coste de los seguros y el IVA aplicable en cada caso. Al margen del precio del chárter se abonará el denominado “*Advance Provisioning Allowance*” (Anticipo para Avituallamiento - A.P.A.) y la fianza o “*security deposit*”. La forma de pago al armador es el cincuenta por ciento del precio del chárter recibida previamente por el bróker (o “*Stakeholder*”) en la fecha de inicio del contrato o el primer día hábil después; el Anticipo para Avituallamiento al Capitán antes del embarque; y, el resto del precio del contrato se abonará al arrendador en el primer día laborable siguiente a la finalización del contrato de chárter (a través del bróker o del “*Stakeholder*”).

Uno de los aspectos del contrato más detallado es el régimen indemnizatorio, que se resume de la forma siguiente:

- Demora en la entrega: Si por causa de “*force majeure*”¹⁶, el armador entrega del buque con retraso pero dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha acordada, o dentro de una décima parte del plazo de fletamento, lo que sea más breve, deberá reembolsar al fletador una parte del precio pagado proporcional al retraso o, si ambas partes así lo acuerdan, se acordará una extensión del arrendamiento.

- Incumplimiento de entrega: Si a causa de fuerza mayor el armador no entrega el buque dentro de las cuarenta y ocho horas o dentro de la décima parte del plazo del chárter, podrá el arrendatario rescindir el contrato y en este caso se le devolverá la suma pagada, o, si las partes así lo acuerdan, se prolongará por un plazo equivalente al retraso o se pospondrá a un período posterior acordado por ambos.

Sin embargo si la razón de no poner el buque a disposición del arrendata-

16 La Cláusula 18 contiene la definición de Fuerza Mayor: cualquier causa directamente atribuible a actos, hechos, omisiones, accidentes o casos fortuitos fuera del control razonable del armador o del fletador: incluyendo pero sin limitarse a ello, huelgas, cierres patronales u otras disputas laborales, conmoción civil, tumultos, actos de terrorismo, bloqueo, invasión, guerra, incendio, explosión, sabotaje, tormenta, abordaje, encallamiento, niebla, acto o reglamento de gobiernos, contaminación de combustible, importante avería mecánica o eléctrica fuera del control de la tripulación y no causada por falta de mantenimiento o por la negligencia del armador y/o la tripulación.

rio es distinta a las consideradas como fuerza mayor, el arrendatario podrá rescindir el contrato, se le devolverá la cantidad total pagada y además será indemnizado por el armador en una cantidad equivalente al 50% del precio de chárter por los daños y perjuicios ocasionados.

- Anulación por el armador: si la anulación se produce antes del inicio del chárter y se debe a causa de fuerza mayor, al igual que antes el arrendatario podrá dar por rescindido el contrato y se le devolverá la suma pagada, o, se prolongará por un plazo equivalente al retraso o se pospondrá a un período posterior acordado por ambas partes.

En cambio si la razón que motiva la anulación fuese por cualquier causa distinta a la de “*force majeure*”, se reembolsará al arrendatario la cantidad total pagada y además tendrá derecho una indemnización por los daños y perjuicios, de acuerdo con la siguiente escala: i) treinta días o más antes del inicio del chárter: veinticinco por ciento del precio pagado; ii) entre catorce y treinta días antes del inicio del chárter: treinta y cinco por ciento del precio pagado; iii) catorce días o menos antes del inicio del chárter: cincuenta por ciento por ciento del precio pagado.

- Demora en la devolución: si quien se retrasa en la devolución del barco es el arrendatario y la causa del retraso es la fuerza mayor, en el sentido del contrato, no se establece obligación indemnizatoria en favor del arrendador. Si por el contrario este retraso del arrendatario es intencionado o por cambio de itinerario en contra del criterio el capitán, se establece una dura indemnización en favor del arrendador consistente en el coste diario de la sobrestadía, más una cantidad adicional del 50% del “*charter fee*”, así como otros gastos en los que se haya incurrido como consecuencia de ese incumplimiento contractual.

- Anulación por el arrendatario y consecuencias del impago: si el arrendatario cancela unilateralmente el contrato antes de iniciarse, el arrendador podrá: retener parte o la totalidad del precio si el aviso de cancelación es antes de o en la fecha de inicio del chárter; retener el primer pago si el aviso es después de firmar el contrato pero antes de vencer el plazo del segundo pago; retener el primer pago y todos los siguientes plazos vencidos si el aviso es después del vencimiento de siguientes plazos, e incluso exigir el pago de los plazos vencidos.

En caso de impago de cualquier suma a pesar del requerimiento del armador, éste podrá considerar resuelto el contrato y quedarse con la cantidad total de todos los pagos y recuperar los importes vencidos.

No obstante se establece una obligación secundaria para el arrendador que es la de intentar mitigar o reducir su pérdida arrendando de nuevo el barco, de forma que si lo consigue y, después de descontar todas las comisiones y otros gastos de un nuevo chárter, la cantidad recibida excede de los importes recibidos, reembolsará o condonará parte de los pagos al arrendatario.

En el supuesto de concurso de acreedores del armador después de firmar el contrato, el arrendatario tendrá derecho a anular el contrato y recuperar la totalidad del dinero pagado.

- Avería o inhabilitación: si durante el contrato el buque queda inoperativo el régimen indemnizatorio previsto es como sigue: si es por un plazo entre doce y cuarenta y ocho horas consecutivas o una décima parte del plazo contractual, lo que sea más breve, y no es responsabilidad del arrendatario, el arrendador reembolsará una cantidad proporcional al plazo de inhabilitación o, si así lo acuerdan, se prolongará el chárter en proporción a los días que no se ha podido utilizar; si la inhabilitación es por un plazo superior a cuarenta y ocho horas o una décima parte del plazo, o en caso de pérdida total real o constructiva, el arrendatario podrá resolver el contrato se le devolverá la cantidad proporcional del precio del chárter y podrá recuperar del arrendador los gastos razonables de traslado y alojamiento, suyos y de sus acompañantes.

- Venta de la embarcación: en caso de venta y el nuevo armador no respeta el contrato o no pudiera hacerlo, el contrato se considerará cancelado por el armador y se devolverá al arrendatario todos los pagos realizados y además se le indemnizará de acuerdo con los criterios de la cancelación por el armador por cualquier causa distinta a la de "*force majeure*" antes comentados.

En el contrato MYBA siempre aparece la figura del Bróker quien actúa como intermediario entre armador (arrendador) y cliente (arrendatario), a quienes pone en contacto y actúa en interés de ambos, de ahí que no es responsable de las incidencias derivadas del contrato de chárter, y así está previsto de forma expresa en el contrato.

EL CONTRATO DE PASAJE MARÍTIMO

Hannah de Bustos Lanza
Antonio Quirós de Sas
Julio López Quiroga
Abogados

Resumen: La Ley de Navegación Marítima regula el contrato de pasaje marítimo dentro de los contratos de utilización del buque. La exigua regulación contenida en esta Ley ha de completarse con aquellas disposiciones del Reglamento 1177/2010, en materia de derechos de los pasajeros, y del Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas de 1974 y del Reglamento 329/2009, sobre responsabilidad del porteador; normas a cuya aplicación remite la Ley de Navegación Marítima. La regulación del régimen de responsabilidad del porteador se declara expresamente de carácter imperativo, exigiéndose la suscripción de un seguro obligatorio de responsabilidad civil. El contenido de los derechos y obligaciones que resultan del contrato también ha de entenderse, en muchos casos, como de carácter inderogable en perjuicio de los pasajeros.

Palabras clave: Ley de Navegación Marítima, transporte marítimo, pasajeros, equipaje, responsabilidad del porteador.

Abstract: The Spanish Shipping Act establishes the regime applicable to the contract for carriage of passengers by sea within the regulation for the contracts for the operation of vessels. The limited provisions contained in the Act are complemented with the provisions of Regulation (EU) No 1177/2010 concerning the rights of passengers, the provisions of Protocol of 2002 to the 1974 Athens Convention and the provisions of Regulation 329/2009 on the liability of carriers; all these provisions to which the Shipping Act refers. The liability regime of the carrier is declared to be mandatory and the Act establishes the obligation to have liability insurance to cover it. The rights and obligations which arise from the contract shall be considered, in many cases, a minimum that may not be reduced to the detriment of passengers.

Keywords: Spanish Shipping Act, sea carriage, passengers, luggage, liability of the carrier.

I. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

La Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM) define el contrato de pasaje marítimo como aquél en virtud del cual el porteador se obliga, a cambio de un precio, a transportar por mar a una persona y, en su caso, a su equipaje (art. 287.1); pese a tal definición, también queda amparado por esta regulación el transporte gratuito, pero no así el amistoso o el clandestino (art. 287.2).

Si bien algunos autores destacan, para definir el contrato de pasaje, las obligaciones del porteador de facilitar al pasajero la manutención y alojamiento necesarios para el transporte, entendemos que, a la vista de la definición legal expuesta y como se dirá más adelante, éstas son obligaciones accesorias y no esenciales de la obligación principal que caracteriza este contrato, esto es, el traslado del pasajero y su equipaje. Estas obligaciones accesorias, por contra, serían propias y esenciales de un contrato de crucero turístico; pero no así del contrato de transporte marítimo de personas.

También la legislación internacional nos ofrece una definición legal del transporte internacional de pasajeros, si bien limitada a establecer el ámbito de aplicación de la norma reguladora. Y así, el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 13 de diciembre de 1974, modificado por los Protocolos de 1976 y de 2002 (Convenio PAL), señala que se entenderá por contrato de transporte todo contrato concertado por un transportista o en nombre de un transportista para el transporte por mar de un pasajero o un pasajero y su equipaje, según sea el caso.

En otro orden de cosas, es de advertir que, desde hace ya algún tiempo, hemos venido asistiendo a una importante y progresiva proliferación e incremento de los cruceros que, al margen de la finalidad de transporte, combinan otra serie de servicios turísticos, de ocio y diversión (además de las mencionadas obligaciones esenciales de alojamiento y manutención). No obstante, y pese al auge que estos cruceros han alcanzado, no existe en nuestro ordenamiento una regulación específica de este contrato que hemos de calificar como atípico y mixto. El artículo 3.t) del Reglamento (UE) nº 1177/2010, a los efectos de delimitar su aplicación, define al crucero como un servicio de transporte por mar o vías navegables realizado exclusivamente con fines de placer o recreativos, completado con el alojamiento y otros servicios, con estancia a bordo superior a dos noches. En efecto, la prestación fundamental en el contrato de pasaje es el simple traslado de pasajeros y sus equipajes de un punto a otro por vía marítima. A diferencia de éste, en el contrato de crucero turístico, los servicios de alojamiento, manutención, de ocio, la puesta a disposición de las instalaciones del buque, la realización de escalas, etc. constituyen también una parte esencial del contrato, lo que nos impide caracterizar el contrato de crucero dentro del contrato de pasaje, si bien, muchas de las disposiciones relativas a este contrato son de aplicación subsidiaria al contrato de crucero.

Por tal razón, no ha de descartarse la preferente aplicación a los contratos

de crucero turístico de la normativa reguladora de los viajes combinados, es decir, de los artículos 150 a 165 del Real Decreto Legislativo 1/2007 (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2016, dictada en relación con el accidente del buque “Costa Concordia”). Debe señalarse que, con efectos desde el 1 de julio de 2018, la Directiva 90/314/CEE (que transpone la vigente normativa española) queda derogada y sustituida por la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, razón por la cual las disposiciones establecidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007 sobre los viajes combinados habrán de ser modificadas de conformidad.

II. RÉGIMEN JURÍDICO.

El contrato de pasaje se regula en nuestro ordenamiento interno en los artículos 287 a 300 de la LNM. Además, el usual carácter de consumidor del pasajero y la contratación de este transporte conforme a condiciones generales o contratos de adhesión, condicionará la aplicación de tales preceptos y de las estipulaciones predispuestas a aquellas otras disposiciones tuitivas de los derechos de los consumidores y usuarios contenidas en el Real Decreto Legislativo 1/2007 así como la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de junio de 2015).

También, en cuanto al régimen de responsabilidad del porteador, y por remisión de lo establecido en el artículo 298.1 de la LNM, habrá de estarse a lo dispuesto, en el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 13 de diciembre de 1974, según resulta modificado por los Protocolos de 1976 y de 2002 (conocido como Convenio PAL, según sus iniciales en inglés) y en el Reglamento (CE) n° 392/2009, de 23 de abril de 2009, sobre responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente (que incorpora muchas de las disposiciones contenidas en el Convenio PAL, al que se adhirió la Unión Europea mediante las Decisiones del Consejo 2012/22/UE y 2012/23/UE de 12 de diciembre de 2011), que resultan aplicables, por lo tanto, también a los transportes nacionales o de cabotaje (y sin perjuicio, evidentemente, de su aplicación, también, a los supuestos comprendidos dentro de sus respectivos ámbitos de aplicación).

Asimismo, y tanto para servicios de pasaje y crucero con embarque en el territorio de un Estado miembro como para servicios de pasaje operados por

un transportista de la Unión Europea con desembarque en un Estado miembro (incluido, por lo tanto, y salvo excepciones, el transporte de cabotaje), ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el Reglamento (UE) n^o 1177/2010 sobre derechos de los pasajeros que viajen por mar y vías navegables, al que se remite el artículo 293.2 de la LNM.

Por lo que al régimen del transporte internacional se refiere, el Convenio PAL será aplicable, salvo lo previsto en su artículo 2.2, a cualquier transporte internacional, entendiéndose por tal a todo aquel transporte en el que, de acuerdo con el contrato, el lugar de partida y el lugar de destino estén situados en dos estados diferentes (no necesariamente estados parte del Convenio PAL) o, en un mismo Estado (tampoco es preciso que se trate de un Estado parte) si conforme al contrato o al itinerario programado hay un puerto de escala intermedio en otro Estado, siempre que en cualquiera de ambos supuestos: (i) el buque enarbole el pabellón de un Estado parte; o (ii) el contrato haya sido concertado en un Estado parte; o (iii) el lugar de partida o de destino contractualmente acordados estén situados en un Estado parte. Debe señalarse que (además de mediante los Protocolos de 1976 y 2002) el Convenio de Atenas de 1974 había sido también objeto de modificación mediante un Protocolo de 29 de marzo de 1990 que nunca llegó a entrar en vigor (si bien España se adhirió al mismo).

Por el contrario, será de aplicación el Reglamento (CE) n^o 392/2009 a todos aquellos transportes internacionales (es decir, cuando el lugar de partida y el lugar de destino acordados estén situados en dos estados diferentes o en un mismo Estado, si hay un puerto de escala intermedio programado en otro Estado) siempre que: (i) el buque esté matriculado o enarbole el pabellón de un Estado miembro; o (ii) el contrato de transporte se haya concertado en un Estado miembro; o (iii) el lugar de partida o de destino estipulado en el contrato, estén situados en un Estado miembro. Siendo así, reiteramos, resultará de aplicación el citado Reglamento (CE) n^o 392/2009 que, como señalábamos, incorpora muchas de las disposiciones del Convenio PAL así como la reserva y directrices de aplicación de dicho texto aprobadas por el Comité Jurídico de la Organización Marítima Internacional el 19 de octubre de 2006. También, ha de tenerse en cuenta que el transporte de cabotaje realizado a bordo de buques de la clase A y B (tal y como son definidos en la Directiva 98/18/CE, es decir, en todos aquellos buques que realizan travesías alejándose de la costa más de 5 millas) queda sujeto a las disposiciones establecidas en el Reglamento (CE) n^o 392/2009.

La regulación del contrato de pasaje en el Convenio PAL y en el Reglamento (CE) n° 392/2009 tiene carácter parcial y limitado; y es que, en realidad, ambas disposiciones establecen normas relativas al régimen de responsabilidad del transportista por los daños, averías y retrasos sufridos por el pasajero y su equipaje, lo que obligará a integrar aquellos otros aspectos no regulados en los mismos con las normas del Derecho que resulte aplicable a dicho contrato.

Así, la ley aplicable a aquellos contratos de pasaje sería la determinada conforme a lo señalado en el artículo 5.2 del Reglamento (CE) n° 593/2008, que, a falta de expresa elección pacticia de una de una ley aplicable (pacto limitado exclusivamente a la elección de una de las siguientes: país de residencia del pasajero o del transportista, lugar de origen o destino del transporte, lugar de administración central del porteador), establece la aplicación de la ley del país de residencia del pasajero si dicho país es, además, origen o destino de transporte; en otro caso, la ley será la del país de residencia del transportista.

Las normas del Convenio PAL y las del Reglamento (CE) n° 392/2009 son de naturaleza imperativa (o, más bien, de derecho necesario) toda vez que se declara expresamente la nulidad de aquellas cláusulas contractuales que, en perjuicio del pasajero y acordadas *ex ante*, contravengan las disposiciones sobre la responsabilidad del transportista establecidas en el mismo (artículo 18 del Convenio PAL).

III. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

1. Elementos personales.

Por lo que a los elementos personales se refiere, tanto el Reglamento (CE) n° 392/2009 como el Convenio PAL distinguen entre transportista y transportista ejecutor, siendo aquél quien contrata el transporte de pasaje con el viajero, y el transportista ejecutor, quien *de facto* (y siendo el propietario, fletador o explotador del buque) realiza la totalidad o parte del transporte contratado por el transportista con los pasajeros. La distinción entre ambas figuras adquiere relevancia en sede de régimen de responsabilidad derivada de este contrato. Así, en efecto, si bien el transportista ejecutor responde de la parte del transporte efectuada por éste, el porteador contractual responderá frente al pasajero por la totalidad del transporte contratado. En cualquier caso, deviniendo ambos responsables, lo serían solidariamente frente al perjudicado.

Por otra parte, el pasajero es, al amparo del Reglamento (CE) nº 392/2009 (y del Convenio PAL), no sólo quien habiendo contratado con el transportista un pasaje marítimo viaja a bordo del buque sino, además, aquél que sin haber celebrado tal contrato de pasaje pero con consentimiento del transportista, viaja a bordo acompañando a un vehículo o a animales vivos transportados al amparo de un contrato de transporte de mercancías. De ello cabe inferir, como se indicó anteriormente, que quedan excluidos del concepto de pasajero aquellos polizones que viajan de forma clandestina y también a los que viajan a bordo al amparo de una relación de amistad con el transportista cuando no medie un contrato de pasaje.

2. Elementos formales.

Respecto de los elementos formales, el contrato de pasaje es un contrato consensual, que se perfecciona por el mero consentimiento de las partes. No obstante, la práctica muestra cómo en la generalidad de los casos este contrato se documenta mediante la expedición, por parte del transportista contractual, del denominado billete de pasaje. El billete de pasaje, conforme al artículo 3.n) del Reglamento (UE) nº 1177/2010 constituye la prueba del contrato de transporte y cumple, además, una función legitimadora de la persona que tiene derecho a la prestación del servicio de transporte.

Por su parte, el artículo 288 de la LNM sí prevé la obligación inexcusable del transportista de extender el billete de pasaje, regulando las menciones obligatorias que éste debe contener, así como la posibilidad de sustituir este documento por un tique cuando se trate de embarcaciones que presten servicios portuarios y regulares en el interior de zonas delimitadas por las autoridades marítimas. Además, señala el artículo 289 de la LNM que el billete de pasaje podría ser emitido al portador o nominativo. En los términos del artículo 4 del Reglamento (UE) nº 1177/2010, el billete podrá expedirse en forma electrónica.

Además, el contrato de pasaje se configura como auténtico contrato de adhesión, sometido a condiciones generales de contratación lo que determina, como señalábamos, la aplicación de la Ley 7/1998 y, dado el carácter de consumidor del pasajero, del Real Decreto Legislativo 1/2007.

El billete de pasaje, en fin, podrá completarse con un talón descriptivo del equipaje de bodega que, junto al pasajero, ha de ser objeto de transporte (art. 295).

IV. CONTENIDO DEL CONTRATO.

1. Obligaciones del transportista.

Conforme a la LNM, es obligación del porteador, como hemos visto, la de expedir el billete de pasaje (arts. 288 y 289).

Además, deberá conservar el estado de navegabilidad del buque a fin de garantizar la seguridad y comodidad de los pasajeros (art. 290.1), poner a disposición de los pasajeros un buque y las plazas de acomodación adquiridas por estos (art. 290.2) y prestar los demás servicios complementarios y la necesaria asistencia médica (art. 291). Por lo tanto, el buque deberá reunir las condiciones de navegabilidad y encontrarse debidamente armado, equipado y aprovisionado para realizar el transporte convenido y para asegurar la comodidad de los pasajeros a bordo, de acuerdo con las condiciones del tipo de viaje pactado. También el transportista debe proporcionar al pasajero el acomodo acordado. El tipo y condiciones que debe reunir el buque pueden resultar especialmente relevantes en determinados tipos de transporte marítimo, en los que el propio buque y los servicios y acomodamientos de este son esenciales para la contratación por el pasajero. Por ello, el alcance y contenido de esta prestación dependerá del servicio marítimo contratado. Así, puede revestir una especial importancia en los contratos de crucero marítimo, mientras que puede no estar incluida en otros contratos de transporte marítimo por las propias características del viaje.

El porteador deberá emprender el viaje sin demora y por la ruta acordada o, en su defecto, la usual (art. 291) y sufragar los gastos de manutención y alojamiento en caso de interrupción del viaje o, siendo esta definitiva, proveer el transporte hasta el destino pactado (art. 292). Estas obligaciones han de entenderse complementadas con lo dispuesto en el Reglamento (UE) n^o 1177/2010. Conforme a dicha norma comunitaria, en caso de que el transporte se cancele o se retrase en la salida de una terminal marítima o de un puerto más de 90 minutos, podrá el pasajero optar por continuar el viaje hasta el destino final en la primera oportunidad que hubiere en condiciones comparables o solicitar el reembolso del precio del billete y, si procede, reclamar la vuelta a origen con carácter gratuito. Además, si el servicio fuese a retrasarse en la salida más de 90 minutos, deberá el transportista proporcionar al pasajero comida y refrescos gratuitos. Si se cancela el servicio o se retrasa (por causas distintas a condiciones meteorológicas que impidan una nave-

gación segura) de forma que la estancia del pasajero devenga inexcusable, el transportista habrá de proporcionarle, además, alojamiento (que, no obstante, podrá limitarse a 80 € por noche con un máximo de 3 noches). En caso de retraso en la llegada a destino (y salvo que dicho retraso sea atribuible a condiciones meteorológicas o a circunstancias extraordinarias inevitables), el transportista indemnizará al pasajero por un importe de entre el 25% y el 50% del precio del pasaje, en los términos establecidos en el artículo 19 del mencionado Reglamento (UE) n° 1177/2010.

El porteador, asimismo, está obligado a informar al pasajero sobre el viaje contratado y sobre los derechos que, a favor de éste, se disponen tanto en el Reglamento (UE) n° 1177/2010 como en el Reglamento (CE) n° 392/2009 (cuando estos resulten de aplicación).

Por lo que al equipaje se refiere, la LNM impone al porteador la obligación de transportar, junto al pasajero, su equipaje (arts. 294 y 295).

Según el Reglamento (CE) n° 392/2009 y el Convenio PAL, se entiende por equipaje cualquier artículo o vehículo transportado por el porteador en virtud de un contrato de transporte, excluyéndose expresamente (i) los artículos y vehículos transportados en virtud de una póliza de fletamento, un conocimiento de embarque o cualquier otro contrato cuyo objeto principal sea el transporte de mercancías y (ii) los animales vivos. Como indicábamos, el transportista estará obligado al transporte del equipaje junto con el pasajero, así como a su custodia. Por contra, el equipaje de camarote es aquél que el pasajero lleve en su camarote o que de alguna forma se encuentre bajo su posesión, custodia y vigilancia y, en determinados casos, incluirá además el equipaje que el pasajero lleve en el interior de su vehículo o sobre éste.

También el artículo 295 de la LNM distingue entre el equipaje (entendiéndose por tal los bultos o vehículos de turismo transportados por el porteador en virtud de un contrato de pasaje, excluyéndose los que lo sean al amparo de un contrato de transporte de mercancías y los animales vivos) y el equipaje de camarote (es decir, aquél que el pasajero lleve en su camarote, o en el vehículo transportado, o sobre éste, o el que conserve bajo su posesión, custodia y control). Dispone que el transportista debe transportar el equipaje juntamente con los viajeros estando incluido en el precio del billete, con los límites de peso y volumen fijados por el porteador o por los usos, quedando regulado por estipulación especial de las partes el exceso sobre estos límites.

2. Obligaciones del pasajero.

La obligación principal del pasajero es el pago del precio convenido. Conforme al artículo 4.2 del Reglamento (UE) n° 1177/2010, el precio que se establezca por el porteador no podrá tener, en ningún caso, carácter discriminatorio. A fin de asegurar al transportista el cobro del precio del pasaje y del equipaje, la LNM establece que el equipaje queda afecto al pago de su transporte en los términos establecidos para el contrato de fletamento (art. 296), sin perjuicio del derecho del porteador a instar su depósito y venta en expediente de certificación pública notarial (art. 512).

El pasajero, además, deberá presentarse al embarque en el lugar convenido y a la hora fijada (artículo 293 de la LNM).

El pasajero, en fin, deberá observar las disposiciones establecidas para mantener el buen orden y la seguridad a bordo y someterse en todo momento a las indicaciones del capitán respecto a la conservación del orden a bordo, tal como establecen los artículos 293 y 176 de la LNM.

V. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.

El contrato de pasaje se entenderá terminado, con las consecuencias previstas en el artículo 297 de la LNM, (i) cuando el pasajero no embarcase en la fecha fijada; (ii) cuando, por causas fortuitas, el inicio del viaje se demorase o resultase imposible su realización; (iii) cuando se modificasen sustancialmente algunas de las condiciones del viaje; (iv) en los supuestos de guerra con riesgo para el buque o el pasaje; y (v) en caso de imposibilidad de continuación del viaje por el pasajero debido a causas fortuitas.

VI. RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA.

La LNM ha venido a equiparar el régimen de responsabilidad del porteador aplicable a aquellos transportes sujetos a dicha norma nacional, al dispuesto en las normas comunitarias e internacionales a los que la LNM se remite. Así, bajo la LNM, el régimen de responsabilidad del porteador, de carácter imperativo y aplicable a los transportes nacionales e internacionales, se regulará por lo establecido en el Convenio PAL; por el Reglamento (CE) n° 392/2009; y por la propia LNM (arts. 298 y 299). Sin perjuicio de la aplicación al contrato de transporte marítimo de las disposiciones contenidas en el Real Decreto

Legislativo 1/2007, que serán aplicables siempre que el pasajero tuviere la condición de consumidor.

Sin duda, resultarán de preferente aplicación, dentro de su correspondiente ámbito, el régimen establecido en el Reglamento (CE) n° 392/2009 (que, como indicábamos, en esencia determina la aplicación del Convenio PAL) y el Convenio PAL.

Tanto el Reglamento (CE) n° 392/2009 como el Convenio PAL resultan aplicables a la responsabilidad nacida de la muerte o de lesiones corporales sufridas por los pasajeros, así como a la pérdida, daños (incluido el retraso) sufridos por el equipaje que hubieren acaecido en el transcurso de un transporte internacional; por ello, estas normas no regulan la responsabilidad del transportista que pueda derivarse de los supuestos de retraso (excepto el que resulta del retraso en la entrega del equipaje) y cancelación del viaje (que quedarían regulados, en los términos ya vistos, por el Reglamento (UE) n° 1177/2010), así como tampoco de la denegación de embarque sufrida por los pasajeros.

Por lo que se refiere al transporte de pasajeros y su equipaje de camarote, el régimen de responsabilidad establecido en estas normas resulta de aplicación a aquel período durante el cual el pasajero y su equipaje están a bordo del buque o se encuentren embarcando o desembarcando del mismo; también al período durante el cual el pasajero y su equipaje de camarote son transportados por agua desde tierra al buque o viceversa, si el precio de este transporte auxiliar está incluido en el del pasaje o si la embarcación utilizada para realizarlo ha sido puesta a disposición del pasajero por el transportista. Por contra, y a los efectos de la regulación ahora estudiada, el transporte marítimo no comprende el período durante el cual el pasajero se encuentra en una terminal o estación marítima o en un muelle o en cualquier otra instalación portuaria. Sin embargo, y por lo que se refiere al equipaje de camarote, este régimen de responsabilidad se extiende al período durante el cual el pasajero se encuentra en una instalación portuaria si el transportista, sus empleados o agentes se han hecho cargo de dicho equipaje y no lo han entregado al pasajero.

En relación con el equipaje que no sea de camarote, la responsabilidad del transportista se extiende al período comprendido entre el momento en que el transportista, sus empleados o sus agentes se han hecho cargo de dicho equipaje en tierra o a bordo, y el momento en que el transportista, sus empleados o sus agentes lo devuelven al pasajero.

Conforme al régimen del Reglamento (CE) nº 392/2009 y del Convenio PAL, la responsabilidad del transportista por muerte o lesiones causados al pasajero con ocasión de un suceso relacionado con la navegación (naufragio, zozobra, abordaje, varada, explosión, incendio o deficiencia del buque) es de carácter cuasiobjetivo hasta la suma de 250.000 derechos especiales de giro. De esta forma, el transportista responderá de los daños hasta dicho importe salvo que acredite que estos traen causa de un acto de guerra, fenómeno natural extraordinario, imprevisible e inevitable o a la actuación intencionada de un tercero. En exceso de dicho importe (y hasta el máximo hasta el cual el transportista puede limitar su responsabilidad), y respecto de daños corporales derivados de un suceso relacionado con la navegación, el transportista es responsable salvo que acredite su ausencia de culpa o negligencia (responsabilidad por culpa presunta). En el ámbito del Reglamento (CE) nº 392/2009, además, el transportista ejecutor, en caso de muerte o lesiones derivadas de un hecho relacionado con la navegación, deberá abonar un anticipo para sufragar las necesidades económicas inmediatas, dentro del plazo de 15 días siguientes a la identificación del derechohabiente; anticipo que, en caso de muerte, no puede ser inferior a 21.000 derechos especiales de giro.

Por contra, la responsabilidad derivada de la muerte o lesiones causados al pasajero por aquellos sucesos no relacionados con la navegación requiere la acreditación de la atribución culposa del daño al porteador (responsabilidad por culpa probada).

Respecto a los daños o pérdidas al equipaje de camarote, se presume, *iuris tantum*, la culpa del transportista cuando tales daños o pérdidas traigan causa de un suceso relacionado con la navegación (naufragio, zozobra, abordaje, varada, explosión, incendio o deficiencia del buque) (responsabilidad por culpa presunta); en cualquier otro caso, será necesario acreditar la negligencia del transportista (responsabilidad por culpa probada).

Finalmente, en relación con el equipaje distinto del de camarote (equipaje de bodega), se establece un régimen de responsabilidad presunta, siendo indiferente, a tales efectos, que la pérdida o daño a dicho equipaje traiga causa o no de un suceso relacionado con la navegación.

En cualquiera de los supuestos expuestos, la culpa del perjudicado exonerará o atenuará la responsabilidad del porteador.

No obstante, lo expuesto en relación con el régimen de responsabilidad del transportista, el Reglamento (CE) nº 392/2009 y los artículos 7 y 8 del Convenio PAL establecen unos límites a la responsabilidad de dicho transportista,

que podrán ser aumentados, bien por acuerdo entre las partes del contrato, bien por las legislaciones nacionales de los propios Estados parte. Así, (i) la responsabilidad del porteador por muerte o lesiones corporales del pasajero queda limitada a la suma de 400.000 derechos especiales de giro por pasajero excepto cuando la responsabilidad exigible derive de alguno de los riesgos referidos en el punto 2.2 de las directrices de la Organización Marítima Internacional de 19 de octubre de 2006, en cuyo caso la responsabilidad podrá limitarse a la que resulte menor de las siguientes: 250.000 derechos especiales de giro por pasajero o 340 millones de derechos especiales de giro por buque; (ii) por pérdida o daños sufridos por el equipaje de camarote, a 2.250 derechos especiales de giro por pasajero y transporte; (iii) por pérdida o daños sufridos por los vehículos, incluyendo el equipaje transportado en su interior o sobre ellos, a la suma de 12.700 derechos especiales de giro por vehículo y transporte; y (iv) por pérdida o daños sufridos por otro tipo de equipajes, a 3.375 derechos especiales de giro por pasajero y transporte.

Asimismo, el transportista y el pasajero podrán acordar que la responsabilidad del transportista esté sujeta a una deducción (franquicia) no superior a 330 derechos especiales de giro en caso de daño experimentado por el vehículo y no superior a 149 derechos especiales de giro por pasajero en caso de pérdida o daños sufridos por otros artículos de equipaje. Esta suma será deducida del importe a que asciendan la pérdida o daños sufridos.

Si bien estos límites de responsabilidad podrán ser invocados tanto por el transportista como por sus empleados y agentes siempre y cuando acrediten que actuaron en el desempeño de sus funciones, sin embargo, no procederá su aplicación cuando se demuestre que los daños fueron consecuencia de un acto o de una omisión de quien los invoque, obrando éste con la intención de causar esos daños o temerariamente y a sabiendas de que probablemente se causarían tales daños.

Sin perjuicio de lo anterior, las disposiciones del Reglamento (CE) n^o 392/2009 y las del Convenio PAL no modificarán los derechos y obligaciones que para el transportista, el transportista ejecutor y los empleados o agentes de éstos se estipulan en convenios internacionales sobre la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques de navegación marítima; es decir, en el Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996 sobre limitación de reclamaciones de derecho marítimo, asimismo, aplicable conforme a lo establecido en los artículos 392 y siguientes de la LNM.

Además, y sin perjuicio de la obligación de aseguramiento de los propieta-

rios de los buques (entendiendo por tal, además, al arrendatario a casco desnudo y a quien sea responsable de su explotación) respecto de las potenciales responsabilidades frente a aquellas reclamaciones marítimas referidas en el Protocolo de Londres de 2 de mayo de 1996 (seguro que se regula en el Real Decreto 1616/2011, de 14 de noviembre, que traspone la Directiva 2009/20/CE), el Reglamento (CE) n° 392/2009 y el Convenio PAL exigen que aquellas responsabilidades por muerte o lesiones que se establecen en dichas normas (y siempre que el transporte se verifique en un buque autorizado a transportar más de doce pasajeros) han de ser objeto aseguramiento obligatorio por el transportista ejecutor por un importe no inferior a 250.000 derechos especiales de giro por pasajero. En iguales términos el artículo 300 de la LNM requiere que, con carácter obligatorio, el porteador efectivo que efectúe el transporte en un buque que traslade a más de doce pasajeros tenga suscrito un seguro de responsabilidad. En cumplimiento de aquellas previsiones, se aprobó el Real Decreto 270/2013, de 19 de abril, sobre el certificado del seguro o la garantía financiera de la responsabilidad civil en el transporte de pasajeros por mar en caso de accidente. Las normas mencionadas relativas a este seguro establecen una acción directa del perjudicado contra el asegurador.

Conforme al régimen establecido en el Reglamento (CE) n° 392/2009 y en el Convenio PAL, únicamente podrán entablarse acciones de resarcimiento de daños derivados de la muerte o de lesiones corporales de un pasajero o de la pérdida o daños sufridos por el equipaje contra un transportista, al amparo de las disposiciones de dicha norma; es decir, que el Reglamento (CE) n° 392/2009 o, en su caso, el Convenio PAL, se aplican cualquiera que fuere la naturaleza de la acción que se ejercitare: contractual o extracontractual.

En todo caso, los pasajeros deberán notificar por escrito al transportista o a su agente los daños sufridos por el equipaje, dentro de los siguientes plazos: (i) si el daño es aparente, debe realizarse la oportuna reserva antes o al momento del desembarque o de la devolución del equipaje; (ii) si se pierde o el daño no es aparente, dentro de los quince días siguientes a la fecha del desembarque o de su devolución. No obstante, esta notificación o reserva de daños tiene efectos meramente probatorios, ya que, de no realizarse, se establece una presunción *iuris tantum* de que el pasajero ha recibido su equipaje en buen estado. En consecuencia, la falta de notificación no obsta para la posterior interposición de una reclamación por daños.

Para el ejercicio de las acciones derivadas del Reglamento (CE) n° 392/2009 y del Convenio PAL, se establece un plazo de prescripción de 2 años,

a contar (i) en caso de lesión corporal, desde la fecha de desembarco del pasajero; (ii) en caso de muerte ocurrida durante el transporte, desde la fecha en que el pasajero debiera haber desembarcado; (iii) en el caso de lesión corporal sufrida durante el transporte y que dé como resultado el fallecimiento del pasajero después de su desembarco, desde la fecha del fallecimiento, siempre que este plazo no exceda de tres años contados a partir de la fecha de desembarco; (iv) en caso de pérdida o daños sufridos por el equipaje, desde la fecha del desembarco o desde la fecha en que debería haberse efectuado el desembarco, la que fuere posterior.

La suspensión o interrupción del cómputo del término prescriptivo se determinarán conforme a la *lex fori*, sin que en ningún caso puedan entablarse acciones una vez expirado el plazo de cinco años desde la fecha del desembarco o desde el día en que éste debió haberse verificado o, de ser anterior, en el plazo de tres años desde que el reclamante conoció o razonablemente debió conocer la existencia del daño; plazo éste de caducidad según la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia de 9 de enero de 2014.

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la jurisdicción competente ante la que entablar las acciones que resultan del Reglamento (CE) nº 392/2009, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Decisión (2012/23/UE) del Consejo de 12 de diciembre de 2011, en relación con lo establecido en sus artículos 10 (que modifica el artículo 17 del Convenio de Atenas de 1974) y 11 (que incorpora un nuevo artículo 17.bis). De conformidad con esta norma, la aplicación del artículo 10 del Protocolo de 2002 (relativo a la jurisdicción competente para entablar las acciones contempladas en la norma) es plena e incondicional, en el sentido de que ha de prevalecer sobre las normas sobre competencia judicial internacional establecidas por la Unión Europea. Sin embargo, la aplicación del artículo 11 del Protocolo de 2002 presenta ciertas particularidades. Así, las resoluciones dictadas por tribunales de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte de los Convenios de Lugano de 16 de septiembre de 1988 y de 30 de octubre de 2007, serán reconocidas y ejecutadas conforme a las particulares normas aplicables entre estos estados (Reglamento 1215/2012 y Convenio de Lugano) que prevalecerán sobre el artículo 11 del Protocolo de 2002.

Pues bien, el artículo 17 del Convenio PAL dispone que las acciones derivadas de este Convenio podrán entablarse, a elección del demandante y siempre que el tribunal se encuentre en un Estado parte, ante (i): el tribunal del lugar de residencia habitual o el de la sede comercial del demandado; o (ii) el tri-

bunal del punto de partida o del punto de destino señalados en el contrato de transporte; o (iii) un tribunal del Estado en que se encuentre el domicilio o la residencia habitual del demandante, si el demandado tiene un establecimiento comercial en este Estado y está sujeto a su jurisdicción; o (iv) un tribunal del Estado en que se concertó el contrato de transporte si el demandado tiene un establecimiento comercial en este Estado y está sujeto a su jurisdicción. Sin perjuicio de lo anterior, después de ocurrido el suceso causante del daño, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a la jurisdicción de cualquiera de los citados tribunales o a arbitraje. En su caso, parece que la competencia objetiva ha de ser atribuida a los juzgados de lo mercantil a los efectos de entender de cualquier disputa derivada del contrato de transporte marítimo de pasajeros (auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de mayo de 2017).

Por lo que se refiere a la responsabilidad del transportista regulada en el Reglamento (UE) n° 1177/2010, se establece la posibilidad de reclamar directamente al transportista o, en su caso, al organismo nacional que, para velar por el cumplimiento de dicha norma, ha de ser designado por cada uno de los Estados Miembros.

Finalmente, la ley aplicable a aquellos contratos de pasaje será la determinada conforme a lo señalado en el artículo 5.2 del Reglamento (CE) n° 593/2008, que, a falta de expresa elección de una de una ley aplicable (pacto limitado exclusivamente a la elección de una de las siguientes: país de residencia del pasajero o del transportista, lugar de origen o destino del transporte, lugar de administración central del porteador), establece la aplicación de la ley del país de residencia del pasajero si dicho país es, además, origen o destino de transporte; en otro caso, la ley será la del país de residencia del transportista.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO MARTÍNEZ, I.: *Curso de Derecho marítimo*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2015.
- FERNÁNDEZ GUERRA, L.: *La reforma del contrato de pasaje en la Ley de Navegación Marítima de 2014*, *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 15, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Curso de Derecho marítimo internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Compendio de Derecho marítimo español*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- OLMEDO PERALTA, E.: *Régimen jurídico del transporte marítimo de pasajeros. Contratos de pasaje y crucero*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- PÉREZ BENÍTEZ, J.J.: *Los contratos de utilización del buque en la Ley de Navegación Marítima*, en CAMPUZANO, A.B. y SANJUAN, E.: *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- PETIT LAVALL, M.V.: *El Reglamento (UE) núm. 1177/2010 y la protección de los pasajeros que viajan por mar*, Revista de Derecho del Transporte, núm. 12, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- PULIDO BEGINES, J.L.: *Curso de Derecho de la navegación marítima*, Tecnos, Madrid, 2015.
- RUIZ-GÁLVEZ VILLAVERDE, F.: *El contrato de pasaje en la Ley de Navegación Marítima*, en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, Madrid, 2015.
- RUIZ SOROA, J.M^a. y GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.: *La responsabilidad civil del transportista en el contrato del pasaje marítimo*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- ZUBIRI DE SALINAS, M.: *Los contratos de pasaje, remolque y arrendamiento náutico*, en EMPARANZA, A. y MARTÍN OSANTE, J.M.: *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

LOS CONTRATOS DE GESTIÓN NAVAL PARA LA DOTACIÓN DEL BUQUE

Bernardo Ruiz Lima
Abogado

Resumen: Este subcapítulo analiza los distintos contratos que se utilizan para la gestión laboral de la dotación de un buque. Los principales contratos que se utilizan internacionalmente son los formularios CREWMAN “A” y el CREWMAN “B” de la BIMCO sin que exista hasta la fecha una regulación de carácter supranacional de esta figura más allá de lo que la doctrina ha denominado como el derecho de los formularios. La introducción de estos contratos ha sido una de las novedades más importantes de nuestra Ley de Navegación Marítima la cual ha incorporado distintas figuras que con el tiempo se han ido generando en la práctica marítima internacional, aunque no ha adaptado de forma completa su contenido a lo dispuesto en el Convenio de Trabajo Marítimo de 2006.

Palabras clave: Gestión naval, dotación, tripulación, formulario CREWMAN, agencia de contratación y colocación, “crew manager”.

Abstract: This subchapter analyses the different contracts which are used in relation to the crew management of a vessel. The principal contracts internationally used are the CREWMAN “A” and CREWMAN “B” forms from BIMCO as there has been no uniform supranational regulation of this type of contract to date apart from what is known by doctrine as the Law of the Forms. The introduction of these types of contracts has been one of the most important developments in the Spanish Navigation Act which has incorporated different concepts that have been developed over the years in the international shipping practice, but has not adapted completely the regulation of the Maritime Labour Convention 2006.

Keywords: Ship management, manning, crewmembers, CREWMAN form, crew agency, crew manager.

I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN.

Una parte muy importante de la gestión naval es la gestión laboral de la dotación de un buque, siendo posiblemente el aspecto del *ship management* que más se ha externalizado¹ a empresas y profesionales especializados. Lo

¹ PUETZ, ACHIM, “El contrato de Gestión Naval o Ship Management”, en COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA, de EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO y MARTÍN OSANTE, JOSÉ M., Artículo en bases de datos EL DERECHO,

anterior, se debe principalmente a la dificultad que entraña localizar personal cualificado para cubrir todas las necesidades operacionales de los buques, los cuales realizan, en la mayoría de los casos, navegaciones internacionales lo que dificulta tener siempre una dotación mínima disponible. Asimismo, otra causa de la generalización de la gestión de la dotación por empresas externas se debe al intento de los navieros de reducir al máximo los costes laborales de la navegación comercial en un mercado marítimo cada vez más competitivo, por lo que los navieros se han visto obligados a requerir la colaboración de terceros cada vez más especializados² en la gestión de tripulaciones. Por todo ello, el contrato de gestión naval para la dotación del buque se ha convertido en un contrato de suma importancia y de uso generalizado en el sector marítimo.

Según DÍAZ DE LA ROSA³, podríamos definir el contrato de gerencia o gestión de tripulaciones de buques como *“Aquel contrato por el cual una de las partes -gestor de buques/tripulaciones- se obliga, a cambio de una retribución, a llevar a cabo la contratación o ajuste de los miembros de las dotaciones o tripulaciones de buques y/o a contratar los seguros de personas que cubran a tales tripulantes o miembros de la dotación, así como a llevar a cabo otras actividades jurídicas o técnicas, relacionadas con la dotación o tripulación de los buques, por cuenta de uno o más navieros o armadores”*.

Este contrato podría encontrar acomodo en nuestro ordenamiento jurídico en al menos cinco tipos contractuales distintos como son: 1. Arrendamiento de obra; 2. Arrendamiento de servicios; 3. Mandato/comisión mercantil; 4. Agencia; 5. Mediación o corretaje. Sin embargo, la doctrina científica más cualificada lo ha circunscrito principalmente o bien al mandato⁴ o comisión

p. 435; DÍAZ DE LA ROSA, ANGÉLICA “Los Contratos de gestión de Tripulaciones de Buques, Crew Management Agreements”, La Ley, 2011, p. 22 y 23 (en libro electrónico); RODRÍGUEZ DOCAMPO, M.^a J., Tesis Doctoral en <http://studylib.es/doc/5528734/contrato-de-gesti%C3%B3n-naval--criterios-para-la-determinaci%C3%B3n>; p. 23-26.

2 ARRIETA IDIAKEZ, FRANCISCO. J. “La Seguridad Social de los Trabajadores del mar en el Derecho Español”, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2007, p. 233; EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO y MARTÍN OSANTE, JOSÉ M. “Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la navegación Marítima”, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 426.

3 DÍAZ DE LA ROSA, ANGÉLICA “Los contratos de gestión de tripulaciones (...), p. 71 (en libro electrónico).

4 MATILLA ALEGRE, RAFAEL, “Contrato de utilización del buque. Lecciones”, Bosch, Barcelona, 1988, p. 22.

mercantil⁵ o al arrendamiento o contrato de servicios⁶ o, como señala RODRÍGUEZ DOCAMPO⁷, nos encontraríamos ante un contrato atípico-mixto en el que confluyen rasgos y elementos propios del arrendamiento de servicios y del mandato/comisión mercantil al que además deben aplicarse, por analogía, las disposiciones que rigen la relación jurídica de la figura del naviero-gestor. Ésta última opción creemos que es la que más se ajusta a la naturaleza jurídica de este contrato atípico dado que nos encontramos ante un contrato donde, sin lugar a dudas, se mezclan, en mayor o menor medida, todas las anteriores figuras de la contratación mercantil.

Por su parte, respecto a la esfera naviero-gestor, no cabe duda que nos encontramos ante un contrato mercantil y no laboral, dado que las entidades de gestión de tripulaciones son personas jurídicas y no se hallan vinculadas con los navieros o armadores bajo un contrato laboral sino bajo un acuerdo de colaboración mercantil sin dependencia laboral alguna. Los gestores son profesionales totalmente autónomos e independientes de su principal⁸ y la obligación que asumen es la de poner los medios necesarios para desarrollar de forma diligente su actividad y con el máximo esfuerzo (“*best endeavours*”), no asumiendo, en ningún caso, una obligación de resultado⁹.

5 El profesor GABALDON se refiere a la figura de mandatario mercantil o agente “*Se trata de un mandatario mercantil, que actúa siempre en nombre y por cuenta del propietario del buque y de cuya existencia se han hecho eco tanto algunos convenios marítimos internacionales (e. g., el gestor, “armateur gerant” o “manager”, del CPH/93), como los formularios de la contratación). Este “gestor naval” (ship manager) no es, en sí mismo, un armador, sino un empresario colaborador independiente, normalmente con forma de sociedad mercantil, que se constituye en agente o mandatario permanente de otra sociedad mercantil, la cual es el verdadero armador y actúa como mandante o principal de aquél.*” en GABALDON GARCÍA, JOSÉ LUIS, “Curso de Derecho Marítimo Internacional”, Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 326.

6 ARROYO, IGNACIO “Compendio de Derecho Marítimo”, 4^a ed. Tecnos, Madrid 2012, pp.110 y ss.; GORRIZ LOPEZ, CARLOS, “Análisis comparativo entre los acuerdos tipo shipman, para la gestión de buques, crewman, para la gestión de la tripulación”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XV, 1998, p. 423.

7 RODRÍGUEZ DOCAMPO, M.^a J., “Concepto, características y naturaleza jurídica del Contrato-tipo «SHIPMAN-98» para la gestión de buques”, mecanografiado inédito, Universidad de La Coruña, La Coruña, septiembre de 2003, p. 52 y ss.

8 ARROYO, IGNACIO “Compendio (...)” Op. Cit. p. 99.

9 GORRIZ LOPEZ, CARLOS, “Análisis comparativo entre (...)”, Op. Cit. p. 423; GABALDON GARCÍA, JOSÉ LUIS, “Curso de Derecho Marítimo (...)”, Op. Cit., p. 329.

En relación al marco legal de estos contratos, tanto la gestión naval, en general, como la gestión de la dotación, en particular, son figuras atípicas que han estado desprovistas de una regulación específica en el ámbito internacional y en el ámbito doméstico. En la práctica estas figuras se han regulado a través de lo que la doctrina ha denominado el derecho de los formularios mediante la elaboración de distintos contratos tipo de carácter internacional que han sido ampliamente aceptados en el sector marítimo desde hace décadas.

II. LOS FORMULARIOS DE LA BIMCO: “CREWMAN”.

La externalización de la gestión de la dotación se ha llevado a cabo en la práctica principalmente a través de dos contratos tipo de la BIMCO¹⁰ denominados “SHIPMAN” y “CREWMAN” cada uno de los cuales posee distintos formularios y actualizaciones bien diferenciadas. Las nomenclaturas de los formularios más actuales que abordan la gestión laboral de la tripulación son “SHIPMAN”-2009¹¹, “CREWMAN A - COST PLUS FEE” 2009 y “CREWMAN B – LUMP SUM” 2009.

El presente trabajo se va a centrar en los dos formularios “CREWMAN” dado que el contrato “SHIPMAN” –el cual abordaremos muy brevemente- es objeto de análisis en el anterior epígrafe de este libro denominado “El contrato de gestión naval”.

Entre las cuatro funciones principales que puede prestar un gestor marítimo (comercial, náutica, laboral o aseguradora) el formulario “SHIPMAN” regula la gestión laboral de la dotación en la cláusula 3.1 del contrato tipo “SHIPMAN” 98, y en la cláusula 5 del “SHIPMAN” 2009.

Según estas cláusulas, el gestor asume la obligación de proporcionar al buque una dotación cualificada conforme a los requisitos establecidos en el Convenio STCW¹² y en el Código Internacional de Seguridad (Código IGS o ISM). Para ello, particularmente y sin ánimo de ser totalmente exhaustivos con el texto del formulario para no extendernos en exceso, el gestor deberá:

¹⁰ <https://www.bimco.org/>

¹¹ La primera versión elaborada por la BIMCO data del año 1988. Posteriormente se modificó y actualizó en 1998. La versión más actual es de 2009 con el fin de acomodar el formulario a la entrada en vigor de los Códigos ISM e ISPS a los que se refiere en su clausulado.

¹² STCW: Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, 1978, hecho en Londres el 7 de julio de 1978 OMI. Entrada en vigor internacional: 28-4-1984; BOE 7-11-1984.

gestionar la selección de la dotación; gestionar las nóminas, pensiones, cotizaciones a la seguridad social y cualesquiera otros requisitos que sean legalmente obligatorios desde el punto de vista laboral por el estado de bandera; controlar que la dotación disponga de los certificados médicos oficiales por médicos cualificados y que los tripulantes sean aptos para el desempeño de sus funciones; controlar que se use un idioma común, el inglés, que permita el desarrollo de la actividad dentro del barco de una forma segura; gestionar el transporte y la repatriación de la tripulación; llevar a cabo una formación continua o un entrenamiento de la tripulación conforme a sus funciones; negociar con los sindicatos; y finalmente hacer cumplir la política del armador sobre la prohibición y controles de alcohol y drogas.

Por su parte, cuando la voluntad del naviero es únicamente externalizar la gestión de la tripulación y sus contingencias, a los navieros se les recomienda y actualmente prefieren utilizar otros documentos de BIMCO más específicos para este determinado ámbito de gestión marítima denominados “CREWMAN”¹³ (*Standard Crew Management Agreement*). Estos formularios regulan de forma más detallada y extensa todas las funciones y obligaciones del *crew manager*¹⁴, aunque la base principal de los servicios y las obligaciones del gestor que se desarrollan en dichos contratos “CREWMAN” son, en resumen, prácticamente idénticos a lo que hemos visto en el formulario “SHIPMAN” pero con una mayor extensión y alcance distinto en algunos aspectos del servicio de gestión.

Actualmente, los formularios “CREWMAN” son de uso generalizado en el sector marítimo por parte de las agencias de contratación y colocación de gente de mar, siendo los contratos que se suscriben tanto por las agencias nacionales como por las internacionales.

Desde que el primer formulario de 1993 fuera revisado en 1999, actualmente se usa de forma generalizada los “CREWMAN” en su versión de 2009, la cual incorpora en su texto la entrada en vigor de los Códigos ISM e ISPS.

Existen dos modelos de formularios bien diferenciados¹⁵. El “CREWMAN A” y el “CREWMAN B”. La diferencia entre ambos formularios es que en el

13 GÓRRIZ LÓPEZ, CARLOS, “Análisis Comparativo entre los acuerdos tipo SHIPMAN...”, Op. Cit., p.421 y ss.

14 También es posible combinar los formularios SHIPMAN y CREWMAN, utilizando un contrato SHIPMAN (con exclusión de la gestión de dotación) e incluyendo la firma de uno de los dos modelos CREWMAN para la gestión de los servicios laborales.

15 MANDARAKA-SHEPPARD, A.: “Modern Maritime Law and Risk Management”, Cavendish Publishing, Great Britain, 2007, p. 301.

“A” la contratación de la dotación por el gestor se lleva a cabo de forma expresa en nombre y por cuenta del naviero, y en el formulario “B” el gestor contrata la tripulación en su propio nombre. Por tanto, en la opción “A” el verdadero empleador y que consta como tal en el contrato de trabajo será el naviero, mientras que en la opción “B” el empleador que consta en el contrato de trabajo será el gestor, siendo por ello responsable frente a la tripulación de todos los efectos de la relación laboral (cláusula 3).

Por lo general, el formulario “CREWMAN B” está pensado para grandes empresas de contratación y colocación que proporcionan a los navieros dotaciones de numerosas nacionalidades distintas a la de origen de la empresa naviera. Asimismo, esta fórmula contractual es la preferida y la más demandada por el personal marítimo de mayor grado- tales como los oficiales superiores de puente o de máquinas- que han servido y buscan servir siempre al mismo gestor por ser quien goza de su confianza y porque prefieren mantener una relación laboral duradera con dicho gestor antes que estar empleados por los navieros de los buques donde prestan sus servicios¹⁶.

Como su propio título indica, en el “CREWMAN A” que es “(COST PLUS FEE)” el gestor lleva a cabo la gestión de los servicios laborales a cambio de unos honorarios pactados más los gastos que se generen, mientras que bajo el formulario “CREWMAN B” que es “(LUMP SUM)” el gestor recibe una cantidad fija a tanto alzado, de forma que se realiza un presupuesto anual que engloba todos los servicios que se van a prestar en un año y el armador paga la misma cantidad durante los doce meses del año.

El alcance de las funciones del gestor que expresamente se señalan en ambos formularios de 2009 son idénticas (cláusula 4). En su virtud -y tal y como ocurre en el formulario “SHIPMAN” en la parte de servicios laborales- el gestor deberá llevar a cabo los siguientes servicios: seleccionar, contratar y gestionar la dotación, asegurando el cumplimiento del Convenio STCW y de la normativa vigente en el Estado de pabellón (Cláusula 4. (a) y 4. (b)); garantizar que se lleven a cabo los exámenes médicos por parte de los miembros de la dotación (cláusula 4. (c)); procurar que los tripulantes tengan un idioma de trabajo común y un dominio suficiente del inglés (cláusula 4. (d)); gestionar que toda la dotación esté familiarizada y conozca sus obligaciones derivadas del Código IGS ó ISM en las siglas en inglés (cláusula 4. (e)); ins-

¹⁶ RODRÍGUEZ DOCAMPO, M.^a J., Tesis Doctoral publicada en sitio web: <http://studylib.es/doc/5528734/contrato-de-gesti%C3%B3n-naval--criterios-para-la-determinaci%C3%B3n>, p. 62.

truir a la dotación para que siga las instrucciones dadas por el armador y/o la “compañía” (cláusula 4. (f)); impedir el acceso al buque mientras éste se encuentre navegando a personas relacionadas con la prestación de los servicios de gestión laboral, salvo autorización del armador (cláusula 4. (g)); organizar el traslado de la dotación, incluida la repatriación (cláusula 4. (h)); entrenar y garantizar una formación continua (cláusula 4. (i)); conducir las negociaciones sindicales (cláusula 4. (j)); y finalmente implementar las medidas que el armador haya impuesto en relación a drogas y alcohol, en caso de que existan (cláusula 4. (k)).

La exigencia en relación al idioma de trabajo es una consecuencia directa de los problemas de comunicación y de entendimiento que se han detectado en situaciones de emergencia cuando la dotación es de diferentes nacionalidades. La normativa internacional exige por lo menos un idioma común de comunicación profesional para toda la tripulación. Por este motivo, en el caso del formulario “SHIPMAN” 2009 se señala la lengua inglesa como el idioma común de la tripulación -aunque el nivel de exigencia en su conocimiento se atenúa con respecto a la marinería y demás dotación- y, por su parte, en los formularios “CREWMAN” 2009 se exige la posibilidad de que de emplee una lengua común para la tripulación distinta del inglés, pero todos ellos deberán contar adicionalmente con un conocimiento de la lengua inglesa en un grado que les permita llevar a cabo sus obligaciones a bordo con un buen estándar de seguridad.

El compromiso del gestor a aplicar sus máximos esfuerzos (*best endeavours*) para desarrollar los servicios especificados en el acuerdo se encuentra recogido en la cláusula 6 de los contratos “CREWMAN” 2009, en la que se cristaliza el principio de que nos encontramos ante una obligación de medios y no de resultado¹⁷. Pese a ello, el gestor no tiene plena libertad para desarrollar su actividad, sino que contractualmente está sometido en todo caso a la dirección y al control del naviero.

La cláusula 3 del formulario “CREWMAN B” (LUMP SUM) 2009 recoge la anteriormente citada obligación del gestor de contratar a la tripulación en su propio nombre, de forma que el gestor aparece frente a los miembros de la dotación como su empresario laboral, siendo este aspecto la diferencia principal entre los contratos “A” y “B”.

¹⁷ SALVADOR CODERCH, PABLO “Comentarios al Código Civil”, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1180; GABALDON GARCÍA, JOSÉ LUIS, “Curso de Derecho Marítimo (...)”, Op. Cit. p. 329.

Sin embargo, debemos de hacer un análisis de esta figura a la luz del derecho laboral español, pues creemos que este pacto que establece las relaciones laborales en el contrato “CREWMAN B” queda muchas veces diluido por nuestras normas internas. Esto es, pese a lo señalado en la citada cláusula 3, tanto si el gestor actúa en nombre propio como del naviero, este último podrá ser considerado el empresario de la tripulación en el ámbito laboral español y va a quedar, en todo caso, personalmente obligado por la relación laboral con los tripulantes.

Lo anterior tiene como base el artículo 1717.2 del Código Civil¹⁸, el cual establece la obligación directa del mandante frente a los terceros contratados por el mandatario, pese a ser contratados en nombre propio, cuando sea por cosas propias del mandante.

De esta forma, tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral española han tomado esa norma en combinación con el artículo 1.2 del ET¹⁹ para establecer la teoría del empresario aparente, según la cual, tanto el empresario aparente como el oculto son empleadores²⁰. Según esta doctrina, el empresario empleador es la persona que está vinculado con los trabajadores y responsable frente a ellos de sus obligaciones por cuanto recibe los servicios de la tripulación en régimen de ajenidad, dependencia y bajo un salario²¹. Por su parte la jurisprudencia española²² considera igualmente empresario emplea-

18 Artículo 1717 CC *“Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante. En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario”*.

19 Artículo 1. Ámbito de aplicación. (...) “2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”.

20 Para estudiar esta teoría Vid. MARTINEZ GIRON, JESÚS, “El empresario aparente”, Ed. Cívitas, Madrid, 1992, p. 38.

21 GORRIZ LOPEZ, CARLOS, “Análisis comparativo entre (...)”, Op. Cit. p. 437.

22 En este sentido, STS de 17 de diciembre de 1959 (RAJ 1960); y la más reciente STS. (Sala 4) de 6 de marzo de 2012 que señala *“Por tanto, no puede estimarse que la demanda, erróneamente, se dirigió contra quien no era empresario, pues fue demandado el empresario contratante. Cuestión distinta es que pudiera existir otro empresario responsable (ex art. 43 del E.T. o con base en el art. 16-3 de la Ley 14/1994), pero ello no*

dor tanto al aparente como al que se ha mantenido oculto a los trabajadores, pudiendo estos últimos dirigirse contra ambos de forma solidaria en caso de que exista una reclamación derivada del contrato de trabajo, permitiéndose incluso que los trabajadores puedan acogerse a la condición de trabajadores fijos frente al empresario oculto y a reclamar de forma solidaria frente al empresario aparente o frente al empresario oculto por las obligaciones que han contraído frente a los trabajadores o frente a la Seguridad Social, todo ello conforme a lo señalado en el artículo 43.3 y 43.4 ET²³.

Aplicada esta teoría del empresario aparente a los contratos de gestión laboral, aunque el gestor actúe en nombre propio como ocurre en el formulario “CREWMAN B”, el naviero va a ser en realidad quien recibe ciertamente los servicios laborales de la dotación contratada conforme al artículo 1717.2 del Código Civil. Por tanto, tanto el gestor, quien contrata en nombre propio,

empece el hecho de que no hubo error en la atribución de la cualidad de empresaria a la empresa de trabajo temporal demandada, lo que conlleva la inaplicación del analizado art. 103-2, máxime cuando se accionó por despido contra la decisión de la E.T. y no por cesión ilegal, ni exigiendo la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria. Además la empresa usuaria no es el tercero al que se refiere la norma estudiada, precepto que considera tercero a quien aparentemente es ajeno, no al proceso, sino a la relación entre las partes entre quienes se constituye la relación laboral, condición que no tiene la empresa usuaria, pues en el “contrato de puesta a disposición” existe una relación trilateral (E.T.T.-trabajador, trabajador-empresa usuaria y E.T.T.-empresa usuaria) que impide considerar tercero al mismo a la empresa usuaria.

La doctrina relativa a la inaplicación del artículo 103-2 de la L.P.L. a supuestos como el que nos ocupa, demanda dirigida contra la empleadora, aunque no contra todos los que podían ser demandados, ya fue establecida por esta Sala en sentencias de 15 de octubre y 11 de diciembre de 1987, dictadas en aplicación del art. 99 de la L.P.L. de 1980, precepto que contenía igual redacción que el aplicable en el presente caso. La sentencia de la que se discrepa se aparta de este criterio jurisprudencial sin justificar el cambio de criterio.

23 Artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Cesión de trabajadores. “(...) 3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal”.

como el naviero, quien recibe los servicios laborales, quedarán vinculados frente a la dotación y responderán frente a ella.

Frente a la doctrina y jurisprudencia que ha analizado sobre la teoría del empresario aparente y oculto, debemos llamar la atención sobre la definición de “armador” que recoge el Convenio sobre el Trabajo Marítimo 2006²⁴ -Convenio promulgado bajo los auspicios de la OIT²⁵- en su artículo segundo: *“el término armador designa al propietario de un buque o a cualquier otra organización o persona, como puede ser el administrador, el agente o el fletador a casco desnudo, que a efectos de la explotación del buque ha asumido la responsabilidad que incumbe al propietario o a otra entidad o persona y que, al hacerlo, ha aceptado cumplir con todos los deberes y las responsabilidades que incumben a los armadores en virtud del presente Convenio, independientemente de que otra organización o persona desempeñe algunos de los deberes o responsabilidades en nombre del armador”*. Asimismo, según su artículo 5.3 todo Estado miembro debe velar por que los buques que enarboles su pabellón lleven un certificado de trabajo marítimo y una declaración de conformidad laboral marítima, que es lo que comúnmente se denomina, Certificado MLC 2006, donde deberá constar señalado quien es la figura del armador que asume el cumplimiento de las obligaciones laborales establecidas en el Convenio. De esta forma, observamos que tras la ratificación por España de la CTM 2006, en nuestro ordenamiento jurídico es necesario identificar en el Certificado y en los acuerdos de empleo quien es el armador, y por tanto, la empresa responsable frente a los tripulantes con-

24 Convenio sobre el Trabajo Marítimo hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006, cuyo instrumento de ratificación por España fue publicado en el BOE N° 19, de 22 de enero de 2013, entrando en vigor el 20 de agosto de 2013. Este Convenio viene a actualizar y refundir todos los anteriores Convenios y recomendaciones promulgadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde 1920.

25 GONZALEZ-LEBRERO, RODOLFO A. “Curso de derecho de la Navegación”, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 322 *“La necesidad de una estrecha cooperación entre los Estados y la tendencia a la unificación de la disciplina marítima condujo, también en materia laboral, a la elaboración y aprobación de diversas convenciones internacionales. Ellas han sido obra de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), constituida como consecuencia del Tratado de Paz de Versalles de 1919, con el propósito de contribuir a la paz mundial mediante la afirmación de la justicia social. Es una de las pocas instituciones internacionales que han subsistido después de la segunda guerra mundial y que continúan muy activas, ahora dentro del marco más general de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)”*.

forme al CTM 2006. En fecha actual, no existe jurisprudencia conocida que desarrolle estas nuevas prescripciones del Convenio y si se va a ver afectado o no nuestro derecho laboral respecto a las teorías del empleador aparente y empleador oculto anteriormente estudiadas.

Por su parte, la cláusula 13 del formulario “CREWMAN A” de 2009 y la cláusula 12 del “CREWMAN B” de 2009 recogen la obligación de que el gestor de la dotación debe llevar a cabo personalmente sus funciones, permitiéndose la subcontratación de los servicios contratados siempre y cuando exista un consentimiento previo del naviero. Si el naviero rechaza la subcontratación de los servicios, este rechazo no podrá hacerlo de forma irrazonable. Igualmente, pese a que la subcontratación sea aceptada por el naviero, el gestor se mantendrá totalmente responsable de la ejecución de los servicios contratados y que se lleven a cabo en régimen de subcontratación.

Respecto a las obligaciones del naviero, la obligación principal establecida en los formularios es la de pagar la remuneración pactada. El tipo de remuneración varía según nos encontremos ante el contrato tipo “A” o ante el “B”. En el primero, se establece en su cláusula 9 una remuneración en forma de honorarios (*fee*) más los gastos (*expenses*). En el segundo, se establece -también en su cláusula 9- una remuneración a través de cantidad fija a tanto alzado (*lump sum*) que deberá ser pagada de forma mensual y la cual deberá comprender, entre otros aspectos, los sueldos de la tripulación, los costes de obtención de documentación de la tripulación, los costes de transporte de la tripulación, los costes postales, los costes de ropa de trabajo, los costes portuarios que implique la gestión de la tripulación y, en definitiva, todos aquellos costes adicionales que sean razonablemente necesarios para la correcta gestión de la dotación.

Entre otras obligaciones que regulan los “CREWMAN” 2009, se recoge igualmente la obligación del naviero a que se cumplan las exigencias del país de bandera respecto a las condiciones de higiene, salubridad y vida correcta a bordo, así como la obligación que tiene el gestor de asegurarse de que se cumplan los códigos ISM y ISPS (cláusula 7).

En relación a la responsabilidad derivada de la ejecución de los contratos, ambos formularios -el “CREWMAN A” en su cláusula 14 y el “CREWMAN B” en su cláusula 13- exoneran a las partes de cualquier responsabilidad en caso de fuerza mayor. Dichas cláusulas prevén además que el gestor responde en caso de negligencia, negligencia grave y dolo, siendo igualmente responsable por la negligencia de sus auxiliares. Es decir, el gestor responde por la actua-

ción de sus empleados, agentes y subcontratados, lo cual no debe confundirse con las acciones u omisiones de los tripulantes, pues los actos u omisiones de estos últimos no pueden ser imputables al gestor que los ha contratado, aún cuando los contrate en nombre propio, pues el gestor asume la obligación de contratar una dotación correcta y cualificada para el desempeño de sus funciones pero no asume las consecuencias de los actos negligentes o dolosos de los tripulantes.

Cuestión distinta es si el gestor no es diligente en su actividad y contrata una tripulación no apta o carente de los títulos necesarios. En ese caso, el gestor será plenamente responsable de los daños y perjuicios que su actuación negligente pueda ocasionar al naviero que le contrató.

Por su parte, ambos formularios establecen una limitación de responsabilidad del gestor frente al naviero. El “CREWMAN A” 2009 en su cláusula 14 establece una limitación de responsabilidad que se corresponderá hasta un máximo de diez veces la cantidad anual debida por el naviero, mientras que el “CREWMAN B” 2009 señala en su cláusula 13 una limitación hasta seis veces la cantidad global mensual debida por el principal. La limitación de responsabilidad podrá romperse en caso de que la pérdida o el perjuicio sean causados por un acto intencionado -por acción o por omisión- del gestor, sin que le puedan ser imputables los actos de sus auxiliares para romper estos límites de responsabilidad. Asimismo los formularios “CREWMAN” 2009 establecen sendas cláusulas *Himalaya* para extender las defensas y los límites de responsabilidad a los dependientes y auxiliares del gestor de la dotación.

Debemos hacer una breve mención a la autonomía de la voluntad que tienen las partes en este derecho de los formularios, donde en la práctica existe una gran libertad para modificar, ampliar o eliminar las cláusulas tipo, tanto en relación a los servicios contratados con el gestor, como sobre las condiciones en las que se prestan los servicios, incluso en las cuantías de la limitación de responsabilidad que se establecen entre las partes firmantes.

Finalmente, debemos abordar la responsabilidad frente a terceros que se establecen en estos tipos contractuales. Ambos formularios establecen que el naviero deberá mantener indemne al gestor, sus gentes, dependientes o auxiliares por los daños, responsabilidades y gastos provocados por el cumplimiento del contrato CREWMAN, lo cual significa que el naviero deberá indemnizar al gestor por cualquier acción, demanda o reclamación que este último tenga de un tercero. Por otra parte, habrá que estarse a los supuestos concretos de las reclamaciones que puedan plantear los terceros lesionados

o perjudicados dado que, por lo general, la responsabilidad del naviero y del gestor podrá limitarse conforme a los Convenios Internacionales que sean de aplicación, salvo en casos de que exista intencionalidad o dolo. En este sentido, el Convenio de Londres de 1976, ratificado por España²⁶, permite limitar su responsabilidad tanto al propietario de un buque como al gestor náutico y sus auxiliares²⁷.

III. LOS CONTRATOS EN ESPAÑA TRAS LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA.

A modo introductorio hemos de señalar que, pese a que su promulgación fue posterior, la LNM²⁸ no ha adaptado de forma completa su contenido a lo dispuesto en el CTM 2006. Sin embargo, las normas del Convenio son directamente aplicables en España, tanto en lo establecido en los artículos de su texto principal como los mínimos imperativos contenidos en las “Reglas” de su Reglamento y en las normas de la parte A de su Código²⁹. Además, por rango legal, el contenido del Convenio prevalecerá en caso de discrepancia frente a la LNM³⁰.

El contrato de gestión naval para la dotación del buque está incluido en la LNM dentro del artículo 314³¹ y siguientes relativos al contrato de gestión

26 Instrumento de Ratificación del Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1986 señala *“los propietarios de buques y los salvadores, tal como se les define a continuación, podrán limitar la responsabilidad nacida de las reclamaciones que se enumeran en el artículo 2, acogiéndose a las disposiciones del presente convenio.*

2. por propietario se entenderá el propietario, el fletador, el gestor naval y el armador de un buque de navegación marítima”.

27 Vid. sobre la institución de la limitación de responsabilidad del naviero la obra completa de GARCÍA PITA Y LASTRES, JOSE LUIS, “La limitación de responsabilidad del naviero”, Ed. Gobierno Vasco, Victoria-Gasteiz, 1996.

28 Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, publicada en el BOE núm. 180, de 25 de julio de 2014. Entra en vigor el 25 de septiembre de 2014.

29 GABALDON GARCÍA, JOSE LUIS, “Compendio de Derecho Marítimo Español”, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 94.

30 Esta falta de adaptación de la LNM al Convenio CTM 2006 ha sido criticada por determinada doctrina Vid. FOTINOPOULOU BASURKO, Olga “Los aspectos laborales de la Ley de Navegación Marítima”, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 833 y ss.

31 Artículo 314 LNM. Concepto. *“Por el contrato de gestión naval una persona se com-*

naval en general. El desarrollo del contrato de gestión naval se realiza dentro de los denominados “contratos auxiliares de la navegación” (Tit. V, Cap. I, arts. 314-318) y en él se abordan los cuatro principales servicios³² que pueden desarrollarse dentro de la gestión naval, como son la gestión náutica (Ship Management), la comercial (Commercial Management), la de seguros (Insurance) y la laboral (Crew Management)³³.

La introducción de estos contratos ha sido una de las novedades más importantes de la LNM, señalando en su propia Exposición de Motivos que esta nueva regulación incorpora los patrones que han ido generando las prácticas marítimas internacionales y lo que la doctrina ha denominado el derecho de los formularios³⁴ como son los formularios de contratos desarrollados por la BIMCO (“SHIPMAN”, “CREWMAN A” y “CREWMAN B”) que hemos analizado anteriormente.

Como características del contrato de gestión de la dotación la LNM señala su carácter de contrato remunerado y que la actuación del gestor debe desarrollarse con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante

promete, a cambio de una remuneración, a gestionar, por cuenta y en nombre del armador, todos o alguno de los aspectos implicados en la explotación del buque. Dichos aspectos pueden hacer referencia a la gestión comercial, náutica, laboral o aseguradora del buque”.

32 ARROYO, IGNACIO, “Curso de derecho Marítimo” Aranzadi, Madrid, 2005, p. 313, “En la tarea asumida por el naviero—gestor pueden quedar comprendidos, con amplitud variable según lo pactado en cada supuesto, diversos ámbitos de la empresa marítima como son, por citar los más significativos, la gestión de la dotación, la gestión técnica y la gestión comercial”; por su parte DIAZ DE LA ROSA, ANGÉLICA “Los Contratos de gestión de Tripulaciones ...”, OP. Cit. p. 36 “Así, en el ámbito de la gerencia naval cabe distinguir entre: la gestión o gerencia de tripulaciones, la gestión o gerencia técnica, y la gestión o gerencia comercial. La primera de ellas -que es la que constituye el objeto del presente estudio «se ocupa de todos los aspectos relacionados con la tripulación, como la selección y contratación de gente de mar cualificada, la preparación de nóminas, la garantía de un nivel de dotación adecuado, la comprobación de la titulación de los miembros de la tripulación, la cobertura de seguros de accidentes e incapacidad, la tramitación de viajes y visados, el tratamiento de los reembolsos de gastos médicos, la evaluación del rendimiento de la gente de mar y, en algunos casos, la formación de esta. La gestión de tripulaciones constituye, con gran diferencia, la mayor parte de la actividad mundial de gestión naviera”.

33 La LNM no aborda el que se considera el cuarto servicio de gestión más importante que puede llevar a cabo el gestor naval, como es la gestión de los seguros.

34 ARROYO, IGNACIO, “Curso de” Op. Cit. p. 312; EMPARANZA SOBEJANO, ALBERTO y MARTÍN OSANTE, JOSÉ M. “Estudio Sistemático de ...”, Op. Cit., p. 425.

leal en protección de los intereses del armador (artículos 314 y 315 respectivamente).

Asimismo, la LNM aborda y diferencia las dos formas principales de actuación que podrá llevar a cabo el gestor de la dotación en sus relaciones con los terceros. En primer lugar, el gestor deberá manifestar su condición de mandatario del armador, haciendo constar la identidad y el domicilio del armador en todos los contratos laborales que firme. En este caso, el gestor obligará directamente al armador. En segundo lugar, el gestor podrá contratar en nombre propio, sin manifestar su condición de mandatario y sin especificar la identidad de su principal³⁵, por lo que la LNM declara su responsabilidad solidaria con el armador por todas las obligaciones laborales que hayan sido asumidas por cuenta del armador³⁶. Dicha solidaridad también viene recogida en la LNM para los agentes y representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros (artículo 164.2 LNM)³⁷.

En relación a la responsabilidad extracontractual, la LNM declara expresamente en su artículo 318 la solidaridad del gestor y el armador por los daños causados a los terceros³⁸.

Finalmente, y al igual que obliga el Convenio CTM 2006, la LNM establece la gratuidad del servicio de contratación para la dotación³⁹. Esta garan-

35 Esta posibilidad que establece la LNM puede plantear un claro conflicto cuando según las prescripciones del CTM 2006, se obliga a designar a la persona que es armador en los acuerdos de empleo a efectos del Convenio.

36 Artículo 316 LNM. Las formas de actuación del gestor. “1. En sus relaciones con terceros, el gestor deberá manifestar su condición de mandatario del armador, haciendo constar la identidad y domicilio de este último en cuantos contratos celebre. 2. Si el gestor no contratara en los términos del apartado anterior, será solidariamente responsable con el armador de las obligaciones asumidas por cuenta de este”.

37 Artículo 164 LNM. Contratación de dotaciones. “2. Los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros serán responsables solidarios con tal armador del cumplimiento del contrato celebrado”.

38 Artículo 318 LNM. Responsabilidad extracontractual “El gestor responderá solidariamente con el armador de los daños y perjuicios que se causen extracontractualmente a terceros como consecuencia de los actos de aquel o de los de sus dependientes, sin perjuicio del derecho de uno y otro a limitar la responsabilidad en los términos establecidos en el título VII de esta ley”.

39 Convenio CTM Regla 1.4 Contratación y colocación “1. Toda la gente de mar tendrá acceso, sin costo alguno, a un sistema eficaz, adecuado y sujeto a responsabilidad

tía busca disuadir la utilización de prácticas de intermediación ilícitas en la contratación de gente de mar, las cuales estaban ya previstas incluso antes de la promulgación de la CTM 2006, tal y como se puede observar del texto del Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima de 2004, en su artículo 229⁴⁰. Esta garantía en nuestro ordenamiento a favor de la gratuidad del servicio frente a la tripulación que ya enuncia el mismo Estatuto de los Trabajadores en el artículo 16⁴¹ se culmina en el Convenio CTM y posteriormente esta garantía básica ha quedado establecida en la LNM a través de una redacción distinta (artículo 164 LNM).

Nos llama la atención que además de la brevísima mención que la LNM realiza a los contratos de gestión laboral de los buques en su artículo 314 la LNM, la Ley no haga referencia alguna ni en su clausulado ni en su Exposición de Motivos a las entidades que legalmente pueden gestionar estos servicios laborales como gestoras de dotaciones (entidades de *management* o *manning*), que según el Convenio CTM se denominan agencias de contratación y colocación de gente de mar.

Tal y como señala el CTM 2006 estas agencias de contratación y colocación deben estar certificadas por los organismos competentes de cada estado firmante para que su actividad se encuentre dentro de la legalidad. Sin embargo, a día de hoy, observamos que en nuestro ordenamiento no existe una

que le permita encontrar empleo a bordo de un buque”; Norma A1.4 “5. Todo Miembro que adopte en su legislación o en otras medidas un sistema como el mencionado en el párrafo 2 de esta norma deberá, como mínimo: (...)

b) prohibir que se facturen a la gente de mar, directa o indirectamente y en su totalidad o en parte, los honorarios u otros emolumentos por concepto de contratación, colocación u obtención de un empleo, salvo los costos correspondientes a la obtención del certificado médico nacional obligatorio, de la libreta nacional de servicio y de un pasaporte o de otros documentos personales de viaje similares (sin embargo, no se incluirá el costo de los visados, cuya cuantía total se imputará al armador)”.

Artículo 164 LNM. Contratación de dotaciones. “1. Ninguna operación de contratación de dotaciones en un buque podrá dar lugar a que la gente de mar pague una remuneración cualquiera, directa o indirectamente, a una persona física o jurídica”.

40 Artículo 229. “Contratación de dotaciones. 1. La colocación de la gente de mar no podrá ser objeto de un comercio ejercido con fines lucrativos y ninguna operación de colocación en un buque podrá dar lugar a que la gente de mar pague una remuneración cualquiera, directa o indirectamente, a una persona física o jurídica”.

41 BALLESTER PASTOR, INMACULADA, “La contratación y la colocación de la gente del mar en el Convenio sobre el trabajo marítimo”, en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 186.

regulación que desarrolle la naturaleza de estas agencias y las prescripciones contenidas en el CTM 2006, del que recordemos España es parte.

Dado este vacío regulatorio, estas agencias de contratación y colocación de gente de mar se han venido certificando con base a lo dispuesto en la Ley de Empleo⁴² y al Real Decreto 1796/2010⁴³, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de intermediación laboral en España para cualquier tipo de trabajador, sin que se tengan en cuenta las especialidades de la actividad laboral en el mar y ni los aspectos contenidos en el CTM 2006.

Esta situación ha sido criticada⁴⁴ por la doctrina y por las propias agencias de contratación y colocación porque ha originado mucha incertidumbre en el sector. La principal cuestión de preocupación se debe a que el citado Real Decreto tiene por objeto adaptarse a lo dispuesto en el Convenio núm. 181 de la OIT sobre agencias de colocación, el cual en su artículo 2.2 señala que no puede aplicarse a la contratación de gente de mar⁴⁵, existiendo para ello un Convenio específico como es el CTM 2006 (anteriormente se abordaba en el Convenio núm. 179 de la OIT).

La cuestión no es baladí. Según señala FOTINOPOULOU BASURKO⁴⁶ la consecuencia de todo ello sería que en España las certificaciones emitidas conforme al Real Decreto 1796/2010 no serían válidas dado que no se ajustan a Derecho y toman su base en una regulación que expresamente excluye la contratación de gente de mar, lo cual puede plantear graves inconvenientes si se llegara a considerar que la actuación de estas agencias de contratación y colocación se encuentra bajo el supuesto de cesión ilegal de trabajadores contenido en el artículo 43 del Estatuto de Trabajadores que, además, establece la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario en el tráfico de mano de obra⁴⁷. Nuestra consideración es que las certificaciones emitidas confor-

42 Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (artículos 20 al 22 Bis).

43 Vid. Artículo 3 y Capítulo III, Artículos 9 al 15.

44 FOTINOPOULOU BASURKO, Olga “Los aspectos laborales de la Ley de Navegación Marítima” Op. Cit.

45 Artículo 2.2 “*El presente Convenio se aplica a todas las categorías de trabajadores y a todas las ramas de actividad económica. No se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar*”.

46 Vid. “Los aspectos laborales de (...)” Op. Cit.

47 PÉREZ GUERRERO, M.L., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: Empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/58/Esto9.pdf.

me al Real Decreto 1796/2010 deberían ajustarse al CTM 2006 ya que no solo excluye la contratación de gente de mar sino que no se contempla en el mismo las obligaciones que deben de cumplir las agencias de contratación y colocación de gente de mar (Norma A1.4 5º, entre ellas, la gratuidad, la prohibición de listas negras, la obligación de llevar un registro actualizado de toda la gente contratada por su mediación, la obligación de asegurar que la gente de mar conozca sus derechos y condiciones de contratación, la verificación de la documentación, la obligación de asegurar que el armador tenga los medios necesarios para que la gente de mar no quede abandonada en puerto, la obligación de examinar y de contestar toda queja relativa a sus actividades, la obligación de llevar registros, etc.). Es decir, estimamos que en este momento hay un vacío legal en España por cuanto no hay una regulación que desarrolle el contenido del CTM 2006 y la regulación actual de las agencias de contratación y colocación no es acorde con el mismo ni con los servicios que realmente presta, pues sus servicios son, como hemos visto, mucho más extensos que los de la intermediación en el mercado laboral que actualmente regula nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley de Empleo y del Real Decreto 1796/2010.

Por otra parte, el CTM 2006 exige que exista un aseguramiento a la gente de mar para los supuestos de muerte, incapacidad y repatriación, cuestión que, por ejemplo, no contemplan ni el Convenio núm. 181 ni el Real Decreto 1796/2010. Por su parte, esta obligación de aseguramiento sí la encontramos en el artículo 164 LNM⁴⁸.

Debemos señalar que, en todo caso, las prescripciones del Convenio núm. 181 y del Real Decreto 1796/2010 sí podrán aplicarse cuando la contratación que se lleva a cabo por las agencias sea de personal de tierra.

Hoy en día, en la práctica, pese a la falta de una regulación al efecto, es la Dirección General de la Marina Mercante la encargada⁴⁹ de otorgar las Autorizaciones de Servicios Privados de Contratación y Colocación de Gente de Mar de conformidad a la Regla 1, 4,2 y norma A 1, 4 del Convenio CTM 2006

48 Artículo 164 LNM. Contratación de dotaciones. “2. (..) Además, estarán obligados a concertar un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones de cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española para los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación. Las autoridades de emigración no visarán los contratos celebrados que no cumplan con este requisito”.

49 RODRIGO DE LARRUCEA, Jaime, “Los derechos de la gente de mar en la Ley de Navegación Marítima”, en COMENTARIOS A LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA, Editorial Dykinson, Madrid, 2015, p. 137.

sobre la base de las certificaciones o acreditaciones llevadas a cabo por los servicios autonómicos de empleo y sus inspectores con base en el anteriormente citado Real Decreto 1796/2010, por ser ésta la única norma que actualmente desarrolla y establece los requisitos que deben cumplir estas agencias de contratación y suscripción. De esta forma, en caso de que las agencias de contratación sean españolas, las mismas deberán indicar su número de cotización a la Seguridad Social en los certificados que se emiten, entre otras cuestiones⁵⁰.

Por todo ello, y para evitar la incertidumbre que genera carecer de una norma de desarrollo específica de las agencias de contratación y colocación de gente de mar, creemos necesario que nuestro legislador regule lo antes posible y de forma expresa las agencias de contratación y colocación de gente de mar para poder dar cumplimiento a todos los requisitos y especialidades propias de esta forma de contratación laboral marítima conforme a lo establecido en el Convenio CTM 2006 y en la LNM.

50 RODRIGO DE LARRUCEA, Jaime, “Los derechos de la gente de mar...”, Op. Cit., p. 138. Asimismo, de forma pública, se puede encontrar un ejemplo de Autorización de la DGMM conforme al Convenio CTM 2006 en la siguiente dirección Web: https://www.ibernor.es/wp-content/uploads/2017/06/Autorizacion-Servicio-Contratacion_Agencia-Maritima-Ibernor.pdf). Asimismo, la DGMM viene a exigir un certificado o auditoría de calidad (vid. http://ibershipmanagement.com/wp-content/uploads/2017/03/Cert-QMS_ISO-9001-Lloyds-Register_Ibership-Management.pdf), así como la correspondiente Resolución de Autorización de las Agencias de Colocación por parte de los Servicios Autonómicos de Empleo (Vid. https://www.ibernor.es/wp-content/uploads/2017/06/Autorizacion-Agencia-Colocacion-Lanbide_Agencia-Maritima-Ibernor.pdf).

EL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL

Víctor Mata Garrido
Abogado

Resumen: Este capítulo analiza el contrato de gestión naval, carente de una regulación uniforme de carácter supranacional, y que por primera vez en nuestro país encuentra plasmación en un texto legal. La regulación que sobre la figura contiene la ley es sucinta, ofreciéndose algunas soluciones interpretativas para ayudar a resolver discrepancias derivadas de la relación contractual. Se considera la materia a la luz del principal formulario en materia de contratación de gestores navales, que refiere las principales funciones a desarrollar por el gestor naval, haciéndose breves menciones a otros documentos de similar estructura, pero cometidos distintos.

Palabras clave: Gestor naval, formularios, administración, agencia, comisión, SHIPMAN.

Abstract: This chapter analyzes the ship management agreement, a type of contract which lacks uniform supranational regulation, and which is now expressly included in our legislation for the first time. The regulation concerning the contract is succinct, offering some interpretative solutions in order to help resolve discrepancies arising out of the contractual relationship. The topic is considered in the light of the main form used in ship management agreements, which refers to the principal functions to be performed by the ship manager. Brief mention is also made of other documents with a similar structure but different scope.

Keywords: Ship manager, forms, administration, agency, commission, SHIPMAN.

I. INTRODUCCIÓN

1. Definición y diferenciación con otras figuras

El presente capítulo aborda los aspectos principales del contrato de gestión naval, materia que encuentra su regulación en los artículos 314 a 318 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en lo que sigue, “LNM”). Por cuestiones de organización de la obra colectiva de la que forma parte, este capítulo no tratará sobre las cuestiones relativas a los contratos que versan específicamente sobre la gestión laboral del buque (*manning agreements*).

En su preámbulo, la LNM señala como característica esencial del contrato de gestión naval la de proveer a los propietarios de auxilio en materia comercial, náutica, laboral y aseguradora. Posteriormente, bajo la rúbrica de

los contratos auxiliares de la navegación, define el contrato de gestión naval como aquél por el que una persona se compromete a gestionar determinados aspectos por cuenta y en nombre del armador.

La figura del gestor naval al que ahora nos referimos, y que es definida en la práctica y el derecho de los formularios como *manager* o *shipmanager* (y, mucho menos usualmente, *manager of the ship*¹ o *ship's husband*²), es distinta a las figuras que encontraban acomodo en el ya derogado libro tercero del Código de Comercio³. Aquél texto hacía mención en su articulado al *gestor* de los copropietarios del buque en su artículo 594⁴, administrador al que la doctrina se refería indistintamente como *naviero gestor*⁵, *armador-gerente*⁶ e incluso –minoritariamente– como *gestor naval*⁷. La figura, en todo caso, es evidentemente diferente a la que nos ocupa en el presente trabajo, al tratarse aquél del gestor de una asociación de copropietarios del buque que representaba a la sociedad con el carácter de naviero (detentando, en consecuencia, la condición de naviero y pesándole la obligación de hallarse inscrito en la matrícula de comerciantes de la provincia).

Nuestra mejor doctrina comenzó a recoger, en épocas más recientes, la figura del *manager*, carente por aquel entonces de acomodo legal, y que indistintamente recibía la denominación de *gestor del naviero*⁸ o de *sociedad*

1 MANDARAKA-SHEPPARD, A.: *Modern Maritime Law and Risk Management*, Cavendish Publishing, 2007, pág. 299.

2 CARTNER, J., FISKE, R., LEITER, T.: *The International Law of the Shipmaster*, Informa Law, 2009, pág. 3.

3 De igual manera que sucede (por ejemplo) en derecho inglés, en el que el *manager of the ship* es una figura distinta al *managing owner* (MANDARAKA-SHEPPARD, A.: *Modern Admiralty Law*, Cavendish Publishing, 2001, pág. 303).

4 “Los socios copropietarios elegirán el gestor que haya de representarlos con el carácter de naviero. El nombramiento de director o naviero será revocable a voluntad de los asociados”.

5 MATILLA ALEGRE, R.: *El naviero y sus auxiliares. El buque*. Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1995, pág. 44.

6 GONZALEZ-LEBRERO, R., *Curso de Derecho de la Navegación*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1988, pág. 248.

7 VIGIER DE TORRES, A., *Curso de Derecho Marítimo*, Subsecretaría de la Marina Mercante, 1969, pág. 417, y HERNANDEZ YZAL, S., *Derecho Marítimo (II)*, Ed. Cadí, 1969, pág. 47.

8 GABALDON GARCIA, J.L. y RUIZ SOROA, J.M., *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 319.

*de administración de buques*⁹, designación esta última quizás más acertada. En la actualidad, la LNM le denomina simplemente “*gestor*”, y la doctrina, además de emplear la mención de *manager*, lo trata como *naviero-gestor*¹⁰ o *gestor naval*¹¹. En definitiva, la persona sobre la que versa el presente capítulo era, por tanto, sobradamente conocida en el tráfico jurídico pese a no existir norma que tratase sobre su regulación.

2. El auge de los gestores navales.

Suele situarse el germen de los gestores navales en el último tercio del siglo XX¹², y concretamente en un momento de crisis del mercado de fletes que llevó a los armadores a tratar de reducir sus costes de explotación respecto del personal de tierra. En esa época, un número de entidades financieras y de compañías petroleras acabó tomando buques en propiedad, lo que llevó a que hubiesen de subcontratar la gestión de sus nuevas carteras a través de terceras empresas para suplir sus carencias de conocimiento en la llevanza del negocio naviero. Del mismo modo, el aumento de regulaciones surgidas en los países de bandera (que llevaba a la obligación de tener que contar con personal que estuviera continuamente al tanto de las novedades en materia regulatoria) y la proliferación de la construcción de buques con una tecnología más especializada trajo consigo que la figura del gestor naval se desarrollase hasta el punto de ser considerada como una industria propia. Cuestiones como la necesidad de reducción de costes y el beneficio de las economías de escala son razones por las que se opta por la contratación de este tipo de profesionales.

Con independencia de los motivos del surgimiento y proliferación de los gestores navales, resulta comprensible que por parte de algunas empresas navieras se optase por la contratación de terceras compañías a las que encomendarles la gestión de la totalidad o de parte de sus actividades. Otras compañías navieras, quizás por tener una mentalidad más tradicional o por disponer de

9 GONZALEZ-LEBRERO, R., op.cit., pág. 260.

10 ARROYO, I., *Compendio de Derecho Marítimo*, Ed. Tecnos, 2002, pág. 139.

11 GABALDON GARCIA, J.L., *Compendio de Derecho Marítimo Español*, Ed. Marcial Pons, 2016, pág. 86.

12 Respecto de la evolución histórica, conviene hacer mención al estudio relativo a la evolución histórica e importancia actual de la figura en PUETZ, A., “El contrato de gestión naval o ship management”, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, (Coordinadores, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M.), Ed. Marcial Pons, 2015, pág. 427.

personal más experimentado y capacitado para atender el aumento de regulaciones, optaron alternativamente por la creación de sus propias compañías de *management* (cuando no siguieron encargándose internamente de la llevanza de su negocio) para gestionar su flota. Así, en la actualidad puede hablarse de sistemas de *management* tradicionales (en los que el naviero crea una propia compañía bajo su paraguas empresarial para la gestión de uno o varios buques), sistemas externalizados (en los que la gestión es totalmente encomendada a un tercero especialista en la materia) y sistemas híbridos (en los que únicamente se subcontratan algunas de las funciones propias del naviero), en atención a lo que busque cada naviero en particular¹³.

Prueba de la importancia de la figura del gestor naval es que las principales bases de datos que proporcionan detalle respecto de la flota mercante mundial ponen especial énfasis, al tratar la información sobre el buque, en que consten los detalles sobre su *management*. Así, son cuidadosos al incluir entre la información que facilitan la identidad del *ship manager* (compañía que opera el buque), y del *ISM manager* (compañía que, referenciada en el *Safety Management Certificate*, es responsable de la efectiva implementación del Código ISM a bordo del buque)¹⁴.

Pese a la importancia de la figura, es constatable la ausencia de estudios estadísticos en nuestro país¹⁵ relativos a la incidencia en la contratación de gestores navales externos. Una búsqueda de estos detalles sobre el *management* en relación con los armadores nacionales muestra que un número de compañías no ha subcontratado la prestación de estos servicios de gestión, mientras que otras han optado por el modelo de creación de una compañía gestora a través de la cual llevan a cabo parte de las labores relacionadas con la explotación de sus buques. Es igualmente usual que estas compañías de gestión subcontraten a otras empresas especializadas para la realización de las funciones de gestión de tripulaciones.

Destaca igualmente la proliferación, en tiempos más recientes, de compañías dedicadas al *management* de embarcaciones de recreo¹⁶, especialmente

13 DICKIE, J.W., *21st Century Ship Management*, Adlard Coles Nautical, 2014, pág 2.

14 Sobre la obligación de un número de identificación para las empresas de *management*, ver Resolución MSC.160(78) de 20 de mayo de 2004, de la OMI, y regulación XI-1/3-1 del Convenio SOLAS.

15 Tampoco se ha encontrado información a partir de la documentación que publica "Intermanager" (asociación que engloba a varias de las compañías dedicadas al negocio de la gestión de buques ajenos).

16 Como sucede respecto de los buques, las empresas que desarrollan labores de

superyates. Son compañías *ad hoc*, creadas en numerosas ocasiones como subdivisiones de empresas tradicionalmente dedicadas a las actividades de compraventa y *chartering* de este tipo de embarcaciones, y con vocación de prestar servicios de gestión especializados a los propietarios de yates de lujo¹⁷.

II. EL TRATAMIENTO DEL CONTRATO EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA.

1. Con anterioridad a la entrada en vigor de la LNM.

No existía en nuestro ordenamiento jurídico mención alguna al contrato de gestión naval antes de que la LNM fuese promulgada. Consecuentemente con la falta de presencia en nuestro derecho positivo, el contrato de gestión naval era un contrato atípico que se regía por lo pactado libremente por las partes (ya fuera por medio de contratos *ad hoc* con una estructura muy sencilla, o de formularios de uso común en el tráfico marítimo -destacando los contratos tipo SHIPMAN¹⁸ preparados por la BIMCO¹⁹-) y, en defecto de pacto expreso (pues no era inusual la existencia de contratos verbales, especialmente con anterioridad a la entrada en vigor de los Códigos ISM e ISPS), por las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos, así como por las figuras de contratos típicos afines a dicha relación negocial.

Desde que la Sección Especial para la reforma del Derecho de la Navegación fuese constituida a finales del siglo XX²⁰ con el fin de adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la realidad de la navegación moderna, comenzaron los trabajos preparatorios de la llamada *Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, que vio la luz en febrero de 2004. Aquél primer texto²¹ ya contenía en su Memoria, y bajo el título quinto (“*De los*

management de yates encuentran en “MYBA” una asociación que engloba a compañías con intereses comunes.

17 Estas empresas suelen hacer uso de contratos *ad hoc* con una estructura no muy diferente a la de los formularios SHIPMAN, y en las que usualmente se pacta una remuneración mensual por los específicos servicios encomendados, amén de acordar que la legislación de aplicación a la disputa es la inglesa.

18 Abreviatura de “standard ship management agreement”, que en traducción libre podría entenderse como contrato estándar de gestión de buques.

19 “Baltic and International Maritime Council”, fundada en Copenhague en 1905.

20 Orden de 18 de mayo de 1999, del Ministerio de Justicia, por la que se constituye en el seno de la Comisión General de Codificación una Sección Especial para la reforma del Derecho de la Navegación.

21 Sobre el proceso transcurrido entre la indicada Propuesta y la actual Ley de Na-

contratos auxiliares de la navegación”), mención exhaustiva al contrato de gestión naval, al que dedicaba en su articulado cinco preceptos (372 al 376) como consecuencia de la necesidad de tipificar un contrato²² de uso extendido y de indudable importancia económica²³.

2. El tratamiento del contrato en la LNM.

Regulado a través de cinco artículos, el contrato de gestión naval encuentra por fin acomodo en la legislación positiva española²⁴. Su tratamiento se ubica, sistemáticamente, bajo el título dedicado a los contratos auxiliares de la navegación, y en el mismo nivel que los contratos de consignación de buques, de practicaje o de manipulación portuaria. Pese a la existencia de muchos otros contratos con función económica auxiliar de la navegación (como pudieran ser el de recepción de desechos o el de amarre y desamarre), la LNM no los trata a todos ellos (posiblemente en atención a no coartar el imperio de la autonomía de la voluntad²⁵ regulando todas las modalidades de contratos auxiliares).

vegación Marítima, vid FUENTES GÓMEZ, J., “El largo proceso de elaboración de la Ley de Navegación Marítima”, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Dykinson, 2015, pág. 29.

22 Anunciado como “contrato mediante el cual el naviero encomienda, a cambio de una remuneración, la gestión, por cuenta y en nombre del naviero, (de) todas o algunas de las funciones necesarias para la explotación del buque”.

23 Señalaba la Propuesta que “una de las razones que justifican este contrato en el tráfico marítimo ha sido la de que personas que desconocen las particularidades del tráfico marítimo han venido a encontrarse por diversos procesos de adquisición de buques: por ejemplo, adjudicación como consecuencia de una ejecución de créditos impagados. El naviero desea rentabilizar su adquisición y como carece de conocimientos para explotar el buque adjudicado, encomienda a un tercero, profesional experto en los tráficos marítimos, bloques de funciones empresariales para que le auxilien, como mandatarios mercantiles, en la utilización del buque, pero conservando la titularidad del ejercicio de la navegación”.

24 El *Informe sobre el anteproyecto de ley de navegación marítima* analizado por el Consejo de Ministros (<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/Paginas/enlaces/021112-navegacion.aspx>), al resumir la cuestión, señala que el texto regula “los contratos de utilización del buque y los auxiliares de la navegación, que incluyen por primera vez el de gestión naval”.

25 LOPEZ RUEDA, F.C. , “De los contratos auxiliares de la navegación”, *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima* (Coordinadores, EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M.), Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria, 2006, pág. 420.

La redacción originaria, contenida en los artículos 372 a 376 de la citada *Propuesta*, ha sido sustancialmente trasladada a los actuales artículos 314 a 318 de la LNM. Empero, una comparativa de ambos textos arroja una primera diferencia sustancial: mientras que la *Propuesta* se refería al *naviero* como la contraparte del gestor, la LNM ha optado por hacer mención al *armador* como sujeto que contrata al gestor. Ello encuentra una explicación atendiendo a la circunstancia de que el *armador* no venía definido en el texto de la *Propuesta*, hallándose únicamente mencionado el *naviero* como sujeto de la navegación en su primigenio artículo 213²⁶.

Dicho precepto ha de ponerse en relación con el artículo 145 de la LNM, que ofrece la definición de *armador*²⁷ y de *naviero*²⁸, dos figuras que pueden coincidir, aunque no necesariamente, en la misma persona²⁹. Sin embargo, puesta la anterior cuestión en relación con el contrato tipo más utilizado en el tráfico en sede de gestión naval (el formulario SHIPMAN, sobre el que comentaremos más adelante) observamos que la contraparte del *manager* es el *owner*, que es generalmente empleada para hacer mención a la persona que explota³⁰ el buque. Así, pudiera entenderse que equivale al concepto patrio del *naviero*³¹.

26 “Es *naviero* quien, directamente o a través de sus dependientes, tiene la posesión de un buque o embarcación y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad”.

27 “Es *armador* quien, siendo o no su propietario, tiene la posesión de un buque o embarcación, directamente o a través de sus dependientes, y lo dedica a la navegación en su propio nombre y bajo su responsabilidad”.

28 “Se entiende por *naviero* o empresa *naviera* la persona física o jurídica que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales”.

29 La razón del cambio puede explicarse a la vista de las modificaciones que ANAVE propuso respecto del texto original solicitando la inclusión de la figura del *armador*. Sobre el particular, nos referimos a CARLIER DE LAVALLE, M. y CELDRAN QUECEDO, E., “Aportaciones de ANAVE a la Ley de Navegación Marítima”, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Dykinson, 2015, pág 61.

30 GABALDON GARCIA, J.L.: *Curso de Derecho Marítimo internacional. Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág 318.

31 Por su parte, la inclusión del concepto *company*, que es novedosa en la edición del formulario del año 2009, hace expresa referencia a la organización a la que se refieren los códigos ISM e ISPS, y que por su definición parece asimilarse a la figura del *naviero*.

La otra cuestión en la que la LNM se aparta de la *Propuesta* es la relativa al régimen legal de aplicación al contrato en defecto de pacto. Mientras que la *Propuesta* señalaba en su artículo 375 que las relaciones, a falta de acuerdo, “...se regirán por lo establecido en el contrato de gestión y en su defecto por las normas reguladoras del contrato de comisión mercantil”, la redacción que encontramos en la LNM indica que ante esa ausencia de acuerdo ha de acudir a “...las normas reguladoras del contrato de agencia o de comisión mercantil, según se trate o no de una relación duradera”, introduciendo por lo tanto mención a la posibilidad de considerar la relación negocial como si de un contrato de agencia se tratase. La inclusión es coherente con la mayor duración en el tiempo de los contratos de agencia respecto de los contratos de comisión (de naturaleza más esporádica), y tiene igualmente explicación atendiendo a que el agente contrata en nombre de su principal mientras que el comisionista puede desempeñar la comisión contratando en nombre propio o en el de su comitente.

Con la salvedad de las cuestiones indicadas, se ha respetado sustancialmente en la LNM el esquema contenido en la *Propuesta*. Posteriormente comentaremos sobre los aspectos regulados en la norma.

3. Breve nota sobre derecho comparado.

El contrato de gestión naval carece de una regulación uniforme, pues no existe convenio internacional alguno que trate sobre esta figura.

No resulta sorprendente que muchos países de honda tradición marítima no cuenten con ningún tipo de regulación sobre la materia. Así, puede citarse a Reino Unido, Francia, Grecia, Estados Unidos, Holanda, Bélgica, Dinamarca y Noruega como países en los que no existe normativa que trate los contratos de *ship management*. En nuestro entorno más próximo, Portugal³² es un país que sí que contiene en su ordenamiento jurídico normativa relativa a los gestores navales.

Es práctica común, en cualquier caso, que aquéllos países sin legislación específica apliquen las previsiones establecidas en sus legislaciones de carác-

32 En el año 1998 nuestro país vecino promulgó el “Decreto-Lei nº198/98, de 10 de Julho, (que) Establece o regime jurídico da actividade do gestor de navios”. Dicho texto viene a definir al gestor como aquél que, contractualmente, queda encargado por el armador para la práctica del conjunto o de alguno de los actos jurídicos y materiales necesarios para que el buque esté en condiciones de emprender el viaje.

ter mercantil³³, refiriéndose principalmente a las normas sobre los contratos de agencia, otorgando cierta libertad de pactos a las partes sometida únicamente a determinadas limitaciones³⁴.

III. ESQUEMA DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA LNM.

1. Concepto.

La LNM señala en su artículo 314 que “*Por el contrato de gestión naval una persona se compromete, a cambio de una remuneración, a gestionar, por cuenta y en nombre del armador, todos o alguno de los aspectos implicados en la explotación del buque. Dichos aspectos pueden hacer referencia a la gestión comercial, náutica, laboral o aseguradora del buque*”.

Estamos en consecuencia ante un contrato mercantil por el cual el gestor asume la labor de oficiar la explotación de uno buques del armador. A elección de las partes, las tareas que se asuman por el gestor serán las cuestiones en las que éste actúe por cuenta y en nombre de su principal. A cambio de esa labor, existe una obligación del armador de remunerar al gestor por sus servicios.

Al indicar que el *manager* gestionará determinados aspectos *por cuenta y en nombre* del armador, se aclara que actúa frente a terceros con representación directa. Nace de la ley y del contrato el poder de representación para que el *manager* (representante) actúe frente a terceros como si fuese el armador (representado).

Aunque nada se señala en la norma, resulta incuestionable de la realidad del tráfico que el gestor naval es una persona jurídica, una verdadera empresa. Sin ir más lejos, el formulario SHIPMAN al que se refiere indirectamente el legislador en el preámbulo de la LNM³⁵, impone al *manager* una serie de cargas³⁶ que son más propias de los empresarios mercantiles.

33 A título de ejemplo, en Malta aplican las previsiones del *Código Civil* respecto del mandato y las del *Código Mercantil* respecto de los contratos de agencia.

34 En el caso de Grecia, por ejemplo, se fijan como limitaciones que el contrato no sea contrario a la buena fe (*kali pisti*) ni a la moral, así como que no resulte excesivamente oneroso para una de las partes.

35 “El título V recoge los llamados contratos auxiliares de la navegación, que incorporan los patrones que ha ido generando la vida del tráfico. Es el caso de los formularios del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico COMIB/BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*) para el contrato de gestión naval”.

36 “The Managers shall, at no extra cost to the Owners, provide their own office ac-

2. Ejercicio de las obligaciones del gestor.

El artículo 315 de la LNM versa sobre el estándar de diligencia que le es exigible al gestor naval. Así, señala que *“El gestor deberá cumplir sus obligaciones con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, protegiendo los intereses del armador”*.

Al igual que sucede al tratar otras figuras (véase el tratamiento de la figura del capitán, al que en el artículo 182 se le requiere actuar *con la diligencia exigible a un marino competente*), la LNM exige al gestor naval realizar sus actividades con mayor previsión que la que le pesa al deudor medio, debiendo en consecuencia analizar los riesgos y asumir –con carácter general- los que no pongan en peligro la solvencia de su principal.

Ciertamente, el gestor deberá velar por los intereses del armador por encima de los propios, desarrollando su actividad con la necesaria previsión y prudencia.

3. Formas de actuación del gestor.

Bajo el artículo 316, la LNM impone al gestor naval la obligación de hacer constar que actúa en nombre de su contraparte contractual, so pena de ser declarado responsable solidario respecto de las consecuencias derivadas de su incumplimiento. La redacción del precepto, en ese sentido, es clara (*“1. En sus relaciones con terceros, el gestor deberá manifestar su condición de mandatario del armador, haciendo constar la identidad y domicilio de este último en cuantos contratos celebre. 2. Si el gestor no contratara en los términos del apartado anterior, será solidariamente responsable con el armador de las obligaciones asumidas por cuenta de éste.”*).

Si al desbrozar sucintamente el concepto del gestor mencionábamos que éste actúa con representación directa (*“por cuenta y en nombre del armador”*) frente a terceros, el artículo 316 refuerza aquella idea al imponer al gestor la carga de hacer pública la identidad y domicilio del *dominus negotii* en todos los contratos que celebre³⁷, así como la obligación de indicar su con-

commodation, office staff, facilities and stationery...” (formulario SHIPMAN 2009, cláusula 12.(c).)

³⁷ En derecho inglés, por ejemplo, sucede lo mismo (*“the professional manager must also make it clear to the third party that he is acting for his principal, the owner...”*,-MANDARAKA-SHEPPARD, A.: *Modern Maritime Law and Risk Management*, Cavendish Publishing, 2007, pág. 303).

dición de representante de aquél. De ese modo, los efectos de los contratos subyacentes recaerán últimamente sobre el armador.

La LNM, además, establece cuáles son las consecuencias que recaen sobre el gestor en caso de que no manifieste la identidad de su principal cuando está contratando con terceros. Llegado el caso, la sanción que le pesará será la de responder solidariamente con el armador de las obligaciones asumidas por el gestor por cuenta del armador pero sin nombrarle.

4. Régimen aplicable.

Por su parte, el artículo 317 versa sobre el tratamiento que habrá de darse a las relaciones internas entre el gestor y el armador en defecto de pacto (o a la vista de la hipotética oscuridad de éste). Reza el precepto que *“Las relaciones entre el armador y su gestor se regirán por lo establecido en el contrato de gestión y, en su defecto, por las normas reguladoras del contrato de agencia o de comisión mercantil, según se trate o no de una relación duradera”*.

Mencionábamos *supra* que los primeros proyectos legislativos indicaban que, en lo expresamente no regulado, era menester acudir a la normativa relativa al contrato de comisión mercantil para rellenar las lagunas interpretativas del contrato³⁸. Sin embargo, el legislador finalmente entendió razonable hacer una llamada a los contratos de agencia para regular los vacíos interpretativos en aquellos casos en los que la relación entre el gestor y el armador sea duradera en el tiempo.

Agencia y comisión tienen como elemento común que el representante actúa en nombre y por cuenta de su principal (con excepciones en el supuesto del contrato de comisión, en cualquier caso). Sin embargo, es diferencia entre ellos el elemento de la duración de la relación contractual. El contrato de agencia es un contrato con vocación de persistencia³⁹, mientras que el contrato de comisión tiene una nota de duración más esporádica⁴⁰. Si bien cierta-

38 Señalaba el artículo 375 de la Propuesta que *“Las relaciones entre el naviero y su gestor se regirán por lo establecido en el contrato de gestión y en su defecto por las normas reguladoras del contrato de comisión mercantil”*.

39 Así se señala en la exposición de motivos de la Ley 12/1992: *“El contrato de agencia exige permanencia o estabilidad: es un contrato de duración...”*.

40 Es de verse en la propia redacción del artículo 244 del Código de Comercio: *“Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio...”*. Sobre el particular, QUINTANS EIRAS, R., *“Naturaleza jurídica del contrato de gestión naval”*, *Estudios de derecho marítimo* (Coordinadores, QUINTANS EIRAS,

mente el formulario SHIPMAN prevé una remuneración (por defecto) anual⁴¹ y en consecuencia tiene implícitamente una vocación con mejor cabida en los contratos de agencia, conviene apuntar que no es inusual que existan contratos de gestión surgidos por necesidades puntuales (que encajan de mejor modo en los contratos de comisión).

5. Responsabilidad extracontractual.

Trata el artículo 318 de la responsabilidad aquiliana en la que pudiera incurrir el gestor en el desempeño de su labor, en los siguientes términos: “*El gestor responderá solidariamente con el armador de los daños y perjuicios que se causen extracontractualmente a terceros como consecuencia de los actos de aquel o de los de sus dependientes (...)*”. El precepto refiere, en primer lugar, que en aquéllos supuestos en los que se cause un daño a un tercero (caso, a título de ejemplo, de un abordaje) como consecuencia de la labor del gestor o de sus dependientes, el *manager* deberá responder solidariamente con el armador de dichos daños.

En segundo lugar, el artículo reconoce el derecho del gestor (y del naviero) a limitar la responsabilidad (o el importe de su deuda resarcitoria) conforme señalan los artículos 392 a 405 de la LNM, cuando indica que la predicha responsabilidad extracontractual es solidaria “*(...) sin perjuicio del derecho de uno y otro a limitar la responsabilidad en los términos establecidos en el título VII de esta ley*”.

De esta manera, esa solidaridad frente a los terceros admite ser limitada en lo que a la cuantía respecta.

6. Breves consideraciones, a modo de resumen, sobre la regulación de la figura en la LNM.

Es indiscutible que la regulación no pretende encorsetar el contrato, de manera que tras definirlo sucintamente y darle las señas de onerosidad y representación directa, señala los aspectos a los que pueden referirse las actividades de gestión conforme vienen usualmente reguladas en los formularios

R., DÍAZ DE LA ROSA, A., GARCÍA-PITA y LASTRES, J.L.), Ed. Aranzadi, 2012, pág 445.

41 Así, la casilla 14 se refiere al *annual management fee* y la cláusula 12(a) incluye igualmente la revisión anual de la remuneración del gestor.

más extendidos en el tráfico (los formularios SHIPMAN). Se impone un estándar de diligencia propio de los empresarios (en consecuencia superior al del hombre medio), exigiendo al gestor tanto la identificación de su cualidad como la del nombre de su principal en los contratos que firme.

La LNM deja al albedrío de las partes el modo en que deben regular su relación, ofreciendo soluciones interpretativas para dilucidar las discrepancias que puedan surgir entre ellas. Lo usual será aplicar las disposiciones relativas a los contratos de agencia para aquéllos contratos con una duración prolongada⁴². Por último, se establece que en los supuestos en que se cause daño a un tercero procederá la solidaridad entre gestor y armador, sentándose el derecho del gestor y de su principal a limitar su responsabilidad conforme señala la LNM.

En definitiva, la normativa es respetuosa con la libertad de pactos entre empresarios, a los que (con excepción de las cuestiones señaladas en los párrafos precedentes, que resultan de aplicación imperativa) habrá de añadirse en materia de interpretación los usos y costumbres a los que se refiere el art. 2 de la LNM, por no existir tratado alguno que regule esta materia.

Conviene apuntar que la legislación española resultará de aplicación en aquéllos casos en los que exista pacto expreso de ley aplicable en dicho sentido y, en su defecto, conforme a lo dispuesto por el Reglamento (CE) n.º 593/2008 (*Reglamento Roma I*), en los supuestos en los que no exista pacto alguno y el gestor tenga nacionalidad española⁴³.

IV. PRINCIPALES ELEMENTOS DEL CONTRATO DE GESTIÓN NAVAL.

1. Introducción a los formularios SHIPMAN como contratos típicos.

La LNM hace mención, en su preámbulo, al *derecho de los formularios* cuando se refiere a la regulación de determinados contratos (a título de ejemplo, el contrato de pasaje o el contrato de remolque); y lo hace para catalogarlos como soluciones equilibradas. Al tratar los contratos auxiliares de la navegación (como el que ahora nos ocupa) el preámbulo de la LNM vuelve a referirse a los formularios, en tanto en cuanto incorporan los patrones que ha ido generando la vida del tráfico.

⁴² Lo que lleva a plantearse si el gestor, en tanto en cuanto agente en un contrato de duración determinada, estaría facultado para reclamar a su principal una indemnización por clientela al término de la relación contractual en los términos que señala el art. 28 de la Ley de Contrato de Agencia.

⁴³ PUETZ, A., op. cit., pág 437.

En lo que a los formularios de uso habitual en materia de contratación de gestores navales se refiere, es necesario hacer mención a los que, desde el año 1988, ha preparado la BIMCO⁴⁴. Estos contratos tipo, denominados genéricamente SHIPMAN, sirven como punto de partida de las negociaciones que tienen *owners* y *managers* respecto de los términos que han de regir su relación contractual. Su uso es ampliamente extendido en el mercado, máxime cuando no existe vínculo empresarial entre el *owner* y el *manager* (pues en la práctica, cuando sí que hay vinculación, las partes muestran cierta inclinación por la firma de contratos de una naturaleza más sencilla que los formularios). Sus principios fundamentales, a decir de BIMCO, vienen a constituir una suerte de ley en materia de *shipmanagement*.

La primera versión del contrato databa del año 1988, siendo posteriormente modificada por una versión en el año 1998. La versión actualmente en vigor fue publicada en el año 2009, trayendo como una de las principales causas de la actualización la entrada en vigor de los Códigos ISM e ISPS. A la versión más reciente nos referiremos en lo sucesivo como SHIPMAN-2009.

2. Contenido del contrato.

El formulario SHIPMAN-2009 consta de una primera parte continente de veintitrés casillas en las que se ha de detallar determinada información, una segunda parte con cinco secciones diferenciadas que desarrollan veintiocho cláusulas, y cinco anexos que se emplean al objeto de detallar distintos extremos de relevancia para la mejor integración y comprensión del contrato.

Conforme queda señalado en el formulario, en caso de discrepancia en la interpretación del acuerdo las menciones contenidas en la primera parte y los cinco anexos prevalecen sobre lo indicado en la segunda parte. Mientras que la segunda parte en el formulario SHIPMAN del año 1998 no contenía una separación por secciones, el formulario SHIPMAN-2009 diferencia en beneficio de la claridad sus cláusulas (que aumentan respecto de las veinte cláusulas del modelo precedente).

La primera parte, entre otras esenciales cuestiones, contendrá la indicación de cuáles de las funciones (técnica, laboral, comercial o aseguradora) asumirá el gestor, lo cual dará lugar a la aplicación de determinadas cláusulas

44 Esta organización, cuyos miembros controlan dos tercios de la flota mercante mundial, tiene como objetivo facilitar las operaciones comerciales de sus miembros desarrollando contratos y cláusulas estándar.

las contenidas en la segunda parte del formulario. De la misma manera, esa primera parte contendrá la indicación de extremos tales como los sujetos del contrato, la fecha en la que comienzan las obligaciones, o la indicación del importe a recibir por el *manager* como contraprestación a su labor gestora.

La segunda parte del contrato es continente de un clausulado general al que hace referencia la primera parte, resultando que alguna de las cláusulas (o sub-cláusulas) puede no ser de aplicación en función de los acuerdos que hayan alcanzado las partes en la primera parte del formulario. Siguiendo con la técnica usualmente empleada para la negociación contractual que tiene su punto de partida en los formularios, resulta habitual tanto la presencia de tachaduras respecto de las cláusulas (o respecto de las alternativas contenidas en alguna de cláusulas⁴⁵) que no vayan a regir la relación, como el hecho de que existan adiciones a las cláusulas contenidas en la segunda parte, siquiera al objeto de clarificar determinados extremos contenidos en las cláusulas-tipo⁴⁶.

Por último, los anexos al contrato sirven para desarrollar las determinadas cuestiones que las partes han de regular al objeto de cohesionar la totalidad del contrato.

3. Funciones que pueden ser asumidas por el gestor.

Como hemos visto, tanto la LNM como el formulario SHIPMAN-2009 recogen las posibles funciones a desarrollar por el gestor (*comercial, náutica, laboral o aseguradora*, a decir de la LNM).

El desarrollo de las mismas en el contrato-tipo (vienen contenidas en la segunda sección de la parte segunda del contrato) no tiene un carácter exhaustivo, siendo habitual que las partes realicen adiciones, enmiendas o tachaduras al objeto de que el contrato refleje lo más fielmente posible los pactos alcanzados. A continuación se comentarán, brevemente, los aspectos más relevantes de cada una de esas funciones.

45 Por ejemplo, la cláusula 23 (*BIMCO Dispute Resolution Clause*) contiene tres apartados alternativos, debiendo mencionarse el escogido en la primera parte del contrato (casilla 21).

46 En cualquier caso, al ser un contrato preparado por la BIMCO conforme a los trabajos de una comisión que aglutina la totalidad de los intereses representados resulta aconsejable no desvirtuar en demasía el formulario estándar, que es bastante neutral.

a. Funciones técnicas.

Las funciones técnicas (*technical management*) vienen detalladas en la cláusula 4, detallándose algunos de los servicios típicos que puede prestar el gestor. Se incluyen, principalmente, garantizar que el buque cumple con los requerimientos del estado de bandera y los de los Códigos ISM e ISPS; proveer al armador de personal competente para supervisar el mantenimiento y la eficiencia general del buque; organizar y supervisar varadas, reparaciones, modificaciones y el mantenimiento del buque dentro de los estándares pactados; abastecer al buque de repuestos, lubricantes y provisiones; nombrar inspectores y asesores cuando resulte necesario; o supervisar la venta y entrega del buque (aunque no hasta el punto de negociar la venta). Se trata, en definitiva, de cuestiones en las cuales el gestor ha de poner los medios para que el buque esté al día en materia de cumplimiento normativo. Ello lleva a que, cuando el *manager* acepta llevar a cabo las funciones técnicas, asume la condición de compañía (*company*) en los términos de los Convenios ISM e ISPS, lo que le carga con tener que cumplir determinadas obligaciones en sede de gestión de la seguridad y de la protección marítima.

Como sostiene la propia literalidad del contrato⁴⁷, las funciones detalladas en el clausulado tipo no tienen carácter exhaustivo. Así, por ejemplo, las partes pueden pactar adicionalmente cuestiones tales como la obligación de reportar puntualmente la condición del buque o el avance de las reparaciones, entre otras. También es posible, a título de ejemplo, facultar al armador a adquirir determinados repuestos o provisiones para el caso de que sea capaz de obtener mejores precios de los que puede conseguir el gestor.

b. Funciones laborales.

Respecto de las funciones laborales (*crew management and crew insurances*), detalladas en la cláusula 5, el gestor asume la obligación de proporcionar una dotación convenientemente cualificada de acuerdo con los requisitos del Convenio STCW-95, lo que se concreta (nuevamente, sin carácter exhaustivo) en la selección de la dotación (incluyendo, cuando así se pacte, la gestión de las nóminas, pensiones, cotizaciones a la seguridad social y cualesquiera otros requisitos que resulten de aplicación); el cumplimiento de los requisitos del estado de bandera; que la dotación disponga de certificado médico apto; que exista un idioma de trabajo común (así como un conocimiento del inglés en términos razonables como para permitir el seguro desarrollo de

⁴⁷ “The Managers shall provide technical management which includes, but is not limited to, the following services...”.

sus obligaciones); la llevanza de las negociaciones con sindicatos; el entrenamiento de las tripulaciones; o su transporte y repatriación.

La práctica negocial lleva a que en muchas ocasiones el clausulado contenido en la cláusula 5 sea objeto de tachadura, desarrollándose en el anexo B no solamente la previsión general de indicar los detalles de la tripulación, sino más propiamente un contrato más exhaustivo (aunque sin llegar a los niveles de detalle contenidos en los contratos CREWMAN, específicamente diseñados para la externalización de la gestión de tripulaciones) en el que se detallen las obligaciones del *manager* respecto de la nacionalidad de los tripulantes, salarios, inclusión en coberturas de pólizas de seguros, o condiciones del convenio colectivo de aplicación.

c. Funciones comerciales.

En lo que se refiere a las funciones comerciales (*commercial management*), recogidas en la cláusula 6 del contrato, suele incluirse la búsqueda y negociación de pólizas de fletamento para el empleo del buque; la provisión de combustibles; la estimación de viajes; el cálculo de fletes; la emisión de instrucciones de viaje; o el nombramiento de agentes y estibadores.

Se trata de un ámbito en el que con frecuencia surge un conflicto entre la prudencia que es aconsejable en un ordenado empresario y el riesgo que puede asumirse en la explotación comercial del buque, en búsqueda del beneficio del armador.

d. Funciones aseguradoras.

Por último, breve mención se incluye en la cláusula 7 del contrato SHIPMAN-2009 respecto de las funciones aseguradoras (*insurance arrangements*), significándose que el gestor ha de contratar los seguros en los términos indicados por el armador respecto de condiciones, valores asegurados, franquicias, deducibles y límites de responsabilidad.

Es menester indicar que conforme a la cláusula 10 del contrato el armador está obligado a que el buque esté asegurado conforme a su valor de mercado, al menos, en lo que respecta a pólizas de casco y máquinas, protección e indemnización, y guerra y huelgas. Cuando el *owner* subcontrata las tareas aseguradoras al *manager*, es habitual que éste se obligue a reportar periódicamente respecto del estado de las reclamaciones y de la efectiva cobertura de seguro.

4. Obligaciones de las partes bajo el contrato SHIPMAN-2009.

Detalla la cláusula 8 del contrato SHIPMAN-2009 que el *manager* se obliga a usar su mayor empeño para procurar sus servicios de acuerdo con los estándares de una buena práctica en la gestión naval, y a proteger y promover los intereses del armador. Ese estándar al que se refiere el formulario es al que se remite la LNM, entendemos, cuando obliga al gestor a actuar “*con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, protegiendo los intereses del armador*”. De la misma manera, cuando los gestores contraen expresamente obligaciones en relación con las funciones técnicas del contrato, se obligan al cumplimiento de los requerimientos exigibles por el estado de bandera y a consentir su papel como *company* en los términos de los convenios ISM e ISPS, asumiendo igualmente la responsabilidad en la operación del buque.

Respecto de las obligaciones del armador, destaca en primer lugar (cláusula 9 del contrato SHIPMAN-2009) la del pago de la remuneración pactada. Adicionalmente, dependiendo de si el *manager* se obliga o no a proveer las funciones técnicas o laborales del buque, el armador estará compelido a una serie de extremos tales como reportar a las autoridades del estado de bandera o procurar que las tripulaciones cumplan con los requisitos del Convenio STCW-95.

5. Mención a otras cuestiones tratadas en el contrato.

Especial relevancia en el contrato tiene, por supuesto, el aspecto económico. De ahí que el contrato SHIPMAN-2009 preste atención a la cuestión remuneratoria hasta el punto de contener un anexo relativo a tal fin.

Es práctica que los contratos contengan en el anexo “C” un detallado presupuesto de los costes que habrá de asumir el *manager* por la necesaria administración del buque, presupuesto que se concreta para el primer año de la explotación del buque⁴⁸. Así, suelen incluirse bastantes partidas (huelga decirlo, dependiendo de las labores asumidas por el gestor) respecto de los costes laborales, los recambios y repuestos usuales, las previsiones de reparaciones y mantenimientos, los gastos previstos en lubricantes, combustibles, muestras, certificados, inspecciones... hasta el punto de detallar los gastos corrientes de explotación anual del buque.

⁴⁸ La cláusula 13 del contrato establece la obligación del *manager* de someter a la aprobación del *owner* los subsiguientes presupuestos anticipados con una antelación de tres meses.

De la misma manera, resulta usual que el presupuesto anual se divida mensualmente a prorrata, de modo que el armador remita los fondos al gestor por adelantado, sin perjuicio de que cualesquiera gastos adicionales sean requeridos por el gestor al propietario sujeto a aprobación de éste. La remisión de fondos mensual podrá incluir la remuneración del *manager*⁴⁹, lo cual es característico en los contratos de modalidad “*cost plus fee*”⁵⁰.

El formulario SHIPMAN-2009 presta igualmente atención a la cuestión de la responsabilidad. Al igual que sus predecesores, tiene como nota característica la inclusión de una cláusula que vino a poner fin a las distintas interpretaciones que, respecto de la responsabilidad, se hacía en los contratos *ad hoc* analizados por la BIMCO. Se señala que ninguna de las partes será responsable en caso de fuerza mayor, y se establece con carácter general la ausencia de responsabilidad del gestor salvo en los casos de negligencia, negligencia grave o dolo⁵¹, del gestor o de sus dependientes, supuesto en el cual estará en cualquier caso facultado para invocar el límite equivalente a diez veces la remuneración anual pactada.

Respecto de la ley aplicable al contrato y la jurisdicción competente para discernir las disputas, el contrato señala como elegibles la inglesa, la norteamericana o cualquiera otra que pacten las partes. Aplica en todo caso la posibilidad de someter cualquier disputa a mediación⁵².

6. Diferencia con otros formularios.

a. Contratos tipo CREWMAN.

Tras ver la luz el primer formulario SHIPMAN en el año 1988, la BIMCO ideó el juego de contratos tipo CREWMAN, al objeto de regular con mayor

49 La experiencia nos muestra que la remuneración asciende a un porcentaje de entre el 5% y el 10% de los costes de explotación del buque.

50 Destaca igualmente la existencia de ciertos estudios que abogan por la inclusión de cláusulas que establezcan una remuneración variable para el gestor, dependiendo del resultado de su labor.

51 “...*the Managers shall be under no liability whatsoever to the Owners for any loss, damage, delay or expense (...) unless same is proved to have resulted solely from the negligence, gross negligence or wilful default of the Managers or their employees or agents...*” (Cláusula 17.(b)).

52 Entendemos que esta opción es muy razonable, especialmente en aquéllos casos en los que la relación entre las partes es duradera en el tiempo y no se limita únicamente a la gestión de un buque, sino de una flota completa.

detalle las particularidades derivadas de la gestión por el *manager* de la contratación de tripulación para un buque.

Aunque en apariencia son contratos con una estructura similar, pueden señalarse como diferencias⁵³ (además de la relativa a su objeto, más limitado en el caso de los contratos CREWMAN) el hecho de que el *manager* contrata a la tripulación en nombre propio, así como la imposibilidad de que el contrato CREWMAN regule la contratación respecto de toda la flota (extremo éste que resulta posible en los formularios SHIPMAN).

b. Contratos tipo SUPERMAN y LAYUPMAN.

Entre las labores más recientemente desarrolladas por BIMCO en materia de contratos de gestión se encuentran la promulgación de los formularios LAYUPMAN (*Standard contract for the laying up of vessels*) en el año 2011, y SUPERMAN (*Standard agreement for the supervision of vessel construction*) en el año 2016. Ambos formularios tienen una estructura contractual muy similar a la del SHIPMAN-2009.

El formulario LAYUPMAN surgió en un contexto económico en el que, por existir superávit de flota en el mercado, numerosos armadores optaron por dejar sus buques en situación de fuera de servicio. El formulario está pensado para buques que van a estar en situación de *cold lay up*, esto es, en una situación suspensiva previsiblemente prolongada en el tiempo, con los motores desactivados y con una tripulación mínima o nula. Se trata de un contrato en el que igualmente prima la idea de la representación directa (el *manager* actúa, como agente, en nombre y por cuenta del armador) a cambio de una remuneración mensual. El contrato diferencia tres fases en la prestación de los servicios (un periodo de desactivación, un periodo de efectivo estado fuera de servicio, y un periodo de reactivación) y establece una separación de las labores de armador y gestor en las fases inicial y final del contrato. Al igual que sucede en el contrato SHIPMAN-2009, se establece que el gestor debe desplegar un estándar de diligencia similar al del ordenado empresario (*sound layup industry practice*) y se fija un límite respecto de la responsabilidad máxima en la que puede incurrir el *manager*, que en ausencia de un límite pactado no podrá exceder de diez veces del equivalente de la remuneración anual.

⁵³ Se analizan con detalle las diferencias entre ambos formularios en GORRIZ LOPEZ, C., “Análisis comparativo entre los acuerdos tipo shipman, para la gestión de buques, crewman, para la gestión de la tripulación”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XV, 1998, pág. 421.

Por su parte, el contrato SUPERMAN se crea al objeto de regular la provisión de servicios de supervisión durante la construcción, conversión o reparación de buques. Sus partes principales no son ya *owner* y *manager* (como sucede en los contratos SHIPMAN, CREWMAN y LAYUPMAN), sino las definidas como *company* y *supervisor*, sobre las que pesarán las distintas obligaciones definidas en el formulario (respectivamente, y de manera muy reducida, pagar al supervisor por sus servicios y facilitarle la información de base suficiente como para permitirle desarrollar sus servicios; y llevar a cabo los servicios de acuerdo con los estándares de una *sound industry practice for ship construction supervision*, manteniendo un registro de las tareas desarrolladas y reportando frecuentemente). Vuelven a darse las notas relativas a la representación directa del supervisor (*as agent for and on behalf of the company*), propias de los contratos de gestión naval estudiados.

V. GESTORES NAVALES Y SU ASEGURAMIENTO.

Tal y como se puede apreciar, el gestor naval puede incurrir en diversas responsabilidades derivadas del desarrollo de su actividad (ya sea frente a su principal, ya sea frente a terceros). De ahí que la prudencia le lleve a asegurar el riesgo de tener que soportar esa responsabilidad.

El mercado asegurador ofrece soluciones para cubrir esas responsabilidades, destacándose la existencia de compañías de aseguramiento de responsabilidad profesional que, funcionando a modo de mutualidades, otorgan cobertura respecto de reclamaciones de terceros en las que no existe responsabilidad del armador. Dichas pólizas, que ofrecen cobertura para riesgos tales como desempeño negligente, actos fraudulentos de empleados o pérdida de documentos (entre otros) suelen cubrir igualmente los costes de defensa, e incluso ofrecen cobertura para subcontratistas. Sin embargo, y como sucede en otros tipos de seguro, la naturaleza es de seguro de indemnización (*indemnity insurance*) y, en consecuencia, se exige como condición para la indemnización por parte de la aseguradora que el gestor haya pagado la reclamación con carácter previo.

Es usual que sea condición para acceder a dicho aseguramiento que el gestor haya contratado con el armador bajo los formularios de uso habitual⁵⁴ (en

54 De hecho, las aseguradoras que ofrecen cobertura en relación con la gestión de buques suelen exigir que los contratos no contengan términos que resulten más onerosos para el gestor que los que se incluyen en los formularios de la BIMCO.

los que constan tanto cláusulas que limitan la responsabilidad del *manager* como cláusulas de fuerza mayor) y que actúe siempre como agente del armador, así como el hecho de estar incluido como co-asegurado bajo pólizas de protección e indemnización o de casco y máquinas.

EL CONTRATO DE CONSIGNACIÓN DE BUQUES

Jesús Barbadillo Eyzaguirre
Abogado

Resumen: Analizamos la figura del consignatario sujetos al Derecho español vigente, así como al Proyecto de Real Decreto que, de ser aprobado, introduciría la consignación obligatoria de los buques nacionales. Se analizan, entre otras cuestiones, su concepto legal y naturaleza jurídica (comisión o agencia) y, sobre todo, su responsabilidad: (i) frente al naviero; (ii) por las mercancías transportadas (el fin de una aberración histórica); y (iii) administrativa, incluyendo la de prevención de riesgos laborales (una aberración pendiente de eliminar). Se estudia también la extinción del contrato de consignación y la indemnización resultante por (i) clientela y (ii) daños y perjuicios (incluyendo las partidas laborales) que, en su caso, procedería reclamar.

Palabras clave: consignatario, agencia, responsabilidad, indemnización por clientela, indemnización por daños y perjuicios

Abstract: We analyze the figure of the ship agent subject to the currently applicable Spanish law, as well as under the ongoing Project of the Royal Decree in this respect which, in case it is finally enacted, would establish that Spanish ships must be represented by a ship agent compulsorily. Amongst other issues, the chapter analyses the legal definition of ship agent, its nature (commission or agency agreements) and, more particularly, its liability regimes vis-a-vis (i) ship-owners, (ii) damages to goods carried by sea (bringing an end to an historical aberration), and (iii) other administrative matters, including occupational risks prevention (an aberration yet to be extinguished). This Chapter also studies the termination of ship agent agreements and the indemnities for (i) clientele and (ii) damages (including labor indemnities) that, as the case may be, could be claimed by ship agent.

Keywords: ship agent, agency, liability, indemnity for clientele, compensation for damages

I. EL CONSIGNATARIO EN GENERAL

La figura del consignatario de buques (*ship's agent* o *port agent* anglosajón o *raccomandatario* italiano¹ o al agente de buques² de algunos países de América Latina) tiene una gran importancia en el transporte marítimo mun-

1 GABALDÓN GARCÍA JL. y RUIZ SOROA JM. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Marcial Pons, Ed. 2ª, Madrid y Barcelona, 2002. Páginas 379 y 380.

2 GABALDÓN GARCÍA JL. *Curso de Especialista en Derecho Marítimo Internacional*, Instituto Marítimo Español, Ed. 4ª, Madrid, 2010. Páginas 356 y siguientes.

dial hasta el punto de que muchas legislaciones (incluida la española³ hoy vigente que sólo exige la consignación obligatoria para los buques extranjeros) prohíben la entrada a puerto de los buques que no tengan nominado previamente un consignatario que lo represente⁴.

Nótese que nos referimos exclusivamente al consignatario de buques mercantes como empresario autónomo e independiente. No nos referimos a las siguientes figuras afines que, pese a su similitud terminológica, son claramente distintas a la del consignatario: (i) *Consignee* o destinatario de la mercancías en un conocimiento de embarque (*bill of lading*) o el *holder* del mismo; (ii) Consignatario de la carga o el también llamado agente de carga⁵ que, como tal, busca captar y contratar la misma para una naviera; Y (iii) Consignatario de las mercancías o depositario de las mismas en determinados supuestos (no retirada por el *consignee*; venta en pública subasta por impago del flete; y otros supuestos similares previstos en los nuevos expedientes de jurisdicción voluntaria de los artículos 501 y siguientes de la LNM).

Ahora bien, en el transporte marítimo actual es habitual, y cada vez con más frecuencia e intensidad, que el consignatario de buques desarrolle también otras actividades distintas propias de otros auxiliares del naviero y de

3 Si bien el artículo 259.2 del TRLPEMM no exige que los buques estén consignados, el posterior artículo 10.2 de la LNM establece la obligatoriedad de consignación sólo para los buques extranjeros, aunque abre la puerta a que ello también se exija a los buques nacionales por vía reglamentaria. De hecho, y coincidiendo con el cierre de estas notas (18 de junio de 2018), hemos conocido un Proyecto de Real Decreto por el que se determinan las obligaciones para el establecimiento de los consignatarios de buques que, además de ciertas novedades (creación de un Registro de Agentes Consignatarios; obligación de contar con una oficina o establecimiento dónde se encuentre el puerto, etc.), exige también la consignación obligatoria a los buques nacionales. En cualquier caso, y debido a las exigencias actuales del *Shipping*, la consignación se convierte en cuasi obligatoria vía contrato (pólizas de fletamentos, clausulados de *bills of lading*, *vettings* previos, etc.) o vía administrativa (prescripciones y comunicaciones preceptivas APs). Y ello con independencia de que son tan variadas e importantes las funciones de un consignatario hoy día que, en la práctica, es difícil que un buque pueda entrar, atracar y salir legalmente de un puerto sin estar previa y debidamente consignado.

4 La figura no tiene sentido y apenas existe en la pesca (sobre todo en la bajura), navegación deportiva y buques de tráfico interior (golondrinas, etc.) por innecesaria, pues apenas hay funciones que aconsejen realmente la consignación y las pocas que, en su caso, pueda haber, son atendidas directamente por la propia dotación del buque o embarcación.

5 POLO G, CARLIER M y SECO E. *Temas de Tráfico Marítimo, Transporte Marítimo y Legislación*, ETSIN, UPM Madrid, 2014/2015. Página 267.

otras empresas de transporte. Así el consignatario es además transitario, depositario, terminalista, provisionista, agente de aduanas, operador portuario (carga/descarga de mercancías), etc.

1. Fuentes

El consignatario de buques está básica y fundamentalmente regulado en España por los siguientes preceptos: (i) Artículos 319/324 de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima (abreviadamente LNM); (ii) Artículo 259 del vigente Real Decreto Legislativo 2/2011 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en lo sucesivo TRLPEMM), si bien la redacción original del citado artículo venía dada por el artículo 73 de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante LPEMM); (iii) Artículos 244 y siguientes del Código de Comercio -en lo sucesivo Cco- (si bien también se aplican las normas del mandato civil de los artículos 1.709 y siguientes del Código Civil -abreviadamente CC-) si se trata de una consignación ocasional; y (iv) Ley 12/1992 sobre el Contrato de Agencia (en adelante LCA) que incorporó al Derecho español la Directiva de la UE 86/653 sobre agentes comerciales independientes si se trate de consignaciones continuadas o estables.

Además de las leyes citadas, cabe comentar la importancia práctica del contrato de consignación en sí. Aun cuando no existe una regulación uniforme internacional al respecto por cuanto que ello depende la normativa de cada país, sí existe una disciplina contractual internacional en forma de condiciones generales. Se trata del formulario de la FONASBA (*Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents*) y la BIMCO (*Baltic International Maritime Council*), cuya última versión es de 2017. El citado formulario está previsto tanto para los servicios de agencia local de navegación *trump* en varios puertos (*Agency Appointment Agreement*), como para los contratos de agencia de líneas regulares de un ámbito nacional o más general (*General Agency Agreement*⁶).

Ni la LNM ni el TRLPEMM exigen requisito formal alguno al contrato de consignación. De hecho, ni siquiera se exige que tenga forma escrita, si bien en la práctica se formaliza generalmente por escrito (y a veces en escritura pública y con inscripción registral) y siguiendo habitualmente el referido formulario FONASBA de la BIMCO u otros nacionales, bien tal cual, bien con

6 GABALDÓN GARCÍA JL., *Op. cit.* Página 357.

los cambios acordados. Sin embargo, la LCA (artículos 20 y 21) sí exige forma escrita para las cláusulas de limitación de competencia y, en todo caso, si lo pide una de las partes.

2. Funciones habituales del consignatario de buques

Si bien depende de lo que las partes (empresa armadora o naviera y consignatario) pacten en cada caso, así como del tipo de consignación en sí, las funciones más habituales del consignatario (atendiendo a la práctica generalmente observada) serían habitualmente las siguientes⁷: (i) Relación con las autoridades portuarias y marítimas (pago de tasas portuarias, despachos, aduanas y demás cuestiones relacionadas con la escala del buque) y atención a las necesidades relativas a la dotación de los buques (relevos, repatriación, etc.); (ii) Contratación y pago de servicios portuarios (atraque, practicaaje, remolcadores, amarradores, estiba, etc.) y de servicios relativos a la operativa de los buques (suministros diversos, *bunkering*, inspecciones, clasificación, reparación, carga/descarga y estiba/desestiba, etc.) y sus elementos de carga (contenedores, etc.); (iii) Emisión y firma de conocimientos de embarque, carga/descarga, trasbordos y entrega de las mercancías transportadas, cobros de fletes y otras partidas similares; (iv) Gestión y promoción comercial (venta de transporte, *canvassing*, etc.) debidamente compensada y remunerada (pago de comisiones y reembolso de gastos) con cargadores y afines (transitarios, tour-operadores, etc.) para conseguir mercancías y/o pasajeros para ser transportadas en los buques; y (v) Presentación, desglose, control y liquidación de la cuenta de escala (provisiones, gastos, comisiones, anticipos, etc.) con el naviero o armador.

3. Tipos de consignatarios

Atendiendo a la práctica habitualmente observable en el sector marítimo, podemos distinguir los siguientes tipos de consignatarios: (i) *Autoconsignatario*⁸ cuando es el propio armador o naviero (o principal) el que se presta a

7 GONZÁLEZ-LEBRERO RA. *El agente consignatario de buques en España*. Librería Bosch, Ed 1ª, Barcelona 1989. Páginas 36/61.

8 Sería el típico caso de empresa naviera que tiene muchas líneas regulares y sedes con establecimientos permanentes en los puertos en los que opera. Entendemos que, en puridad, no se trataría de un consignatario *strictu sensu*, pues ni es empresario autónomo

sí mismo los servicios de consignación; (ii) *Consignatario sucursalista*⁹ que, como dependiente terrestre del armador o naviero o como sucursal o filial del mismo atiende las necesidades en el puerto de los buques operados por la citada empresa; (iii) *Consignatario universal*¹⁰ es quién tiene facultades ilimitadas transferidas por el principal; (iv) *Consignatario general* es el que tiene facultades para representar al armador o naviero en todos sus asuntos o en todo lo relativo a un asunto o negocio en particular, incluyendo la promoción y realización de actividades comerciales encaminadas a captar clientela para los buques; (v) *Consignatario especial* es aquél cuya actuación está limitada estrictamente a las instrucciones recibidas; (vi) *Consignatario ocasional o estable* según represente respectivamente tráficos *tramp* (no regulares) o líneas regulares, bien de carga bien de pasaje; (vii) *Consignatario exclusivo*¹¹ o *no exclusivo* según represente a un único principal o represente a varios simultáneamente; (viii) *Sub consignatario*¹² es el consignatario contratado por otro consignatario; (ix) *Consignatario agente protector*¹³ (*Owner's agent*

ni es independiente como se requiere, pues se trata realmente de un naviero que se presta a sí mismo servicios de consignación.

9 Entendemos que tampoco se trataría de un consignatario, pues si bien sí es un empresario autónomo, no lo es independiente, dada la obvia relación societaria que mantiene con su principal. Ver SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN AM. *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*. Editorial Dykinson, S.L. y AEDM (Asociación Española de Derecho Marítimo). Madrid 2015. Páginas 269/280.

10 La doctrina británica clasifica a los agentes consignatarios en *universales, generales y especiales*. Ver GONZÁLEZ-LEBRERO RA, *Op. Cit.* Página 31. Mientras el primer tipo es excepcional y prácticamente inexistente, y el segundo suele darse cuando el principal no está establecido en el puerto dónde actúa el consignatario, el tercer tipo suele ser el más habitual en la práctica.

11 La exclusividad puede ser *total* (a todos los puertos, líneas marítimas y áreas de mercado) o *parcial* (limitada a algunos puertos, líneas o áreas) en función de la pactado (cláusulas con prohibición expresa total o parcial de competencia, etc.).

12 Se requiere que el contrato de consignación no lo imposibilite y, por lo general, precisa de la autorización expresa del principal. Tal figura se suele dar cuando el buque operado por un armador o naviero que ha nominado a un consignatario general tiene que hacer escala en un puerto dónde dicho consignatario no tiene sede, lo que obliga al nombramiento de un sub consignatario.

13 Normalmente es el armador (quién ostenta la gestión técnico-náutica del buque) quién nombra, contrata y paga al consignatario, si bien si el buque está fletado por tiempo suelen ser los fletadores por tiempo (o navieros que ostentan la gestión comercial) quienes se reservan tal derecho y generalmente lo imponen a través de la cláusula *charterers*

o *protecting agent* o *ship's husband*) es, en puridad, el consignatario nombrado por un fletante cuando el fletador nombra al agente consignatario en sí tras prever expresamente tal posibilidad (*charterers agent*) el contrato de fletamento por tiempo; y (x) Consignatario *indefinido* o *temporal* según sea la extensión temporal (indefinida o por un período de tiempo determinado) del contrato que le une al principal, sin perjuicio de las prórrogas que, en su caso, procedan o de la conversión en indefinida de una relación inicialmente limitada en el tiempo.

Ni el TRLP Emm ni la LNM regulan la variada tipología de consignatarios arriba descrita, si bien el artículo 320 de la LNM sí alude a las figuras del consignatario ocasional o estable (en cuyo caso prevé la posibilidad de que además sea exclusivo) al establecer la naturaleza jurídica de las mismas. Las citadas leyes tampoco determinan quién¹⁴ puede ser legalmente consignatario.

agent, pues, sobre todo en los últimos años, los fletadores por tiempo suelen tener una fuerza económica mucho mayor que los armadores por tratarse habitualmente de grandes empresas multinacionales del sector petrolero, gasero y energético. En estos casos, al agente consignatario le es difícil compatibilizar simultáneamente la representación del armador y del naviero, pues éstos no comparten necesariamente los mismos intereses. Por ello, el armador nombra, contrata y paga en estos casos un agente protector para que le represente y defienda debidamente sus intereses. Nótese que la propia LNM (artículo 319) prevé expresamente tal posibilidad cuando acertadamente establece que el consignatario es la persona que actúa "... por cuenta del armador o del naviero ...". En ocasiones, se llega a una solución práctica intermedia, pues algunas pólizas de fletamento establecen que el fletante debe instruir y pagar necesariamente al consignatario elegido por el fletador cuando éste le preste indirectamente servicios. Se refiere básicamente a los servicios prestados por el consignatario al buque (inspecciones, mantenimiento, algunas provisiones etc.) y a su tripulación (cambios, relevos, etc.) por ser competencias que estarían bajo el paraguas de la gestión técnico- náutica del buque que, como tal, compete al fletante. Tal opción imposibilita generalmente que el fletante puede elegir a su agente protector y, en la práctica, le obliga a utilizar necesariamente la red de consignatarios de la confianza del fletador, de ahí que éstos suelen imponer contractualmente tal opción. En el día a día, se pueden presentar algunos problemas para determinar qué *fees* concretos del consignatario (tanto por concepto como por cuantía) serían por cuenta del fletante y cuáles serían por cuenta del fletador.

14 Puede ser legalmente cualquier persona física o jurídica. Aun cuando una persona física puede ser legalmente consignatario (el artículo 319 de la LNM se refiere a "*persona*" y por ello entendemos tanto persona física como jurídica, y el artículo 259.1 del TRLP Emm alude expresamente a "*persona física o jurídica*"), tal posibilidad sería excepcional y no parece realmente dable hoy día en un *Shipping* tan internacional como globalizado. De hecho, no nos consta que se haya utilizado en la práctica. Sin perjuicio de los Pliegos de

4. Concepto legal

Mientras el artículo 319 de la LNM, que entró en vigor el 25 de septiembre de 2014, define al consignatario de buques “... como la persona que por cuenta del armador o del naviero se ocupa de las gestiones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto”, el artículo 259.1 del TRLPEMM, que entró en vigor el 15 de diciembre de 1992 y cuya redacción original no ha cambiado nunca a diferencia del resto del artículo, define a la citada figura como “la persona física o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque”. Entendemos que ambos conceptos, que hoy están simultáneamente en vigor, no sólo no son incompatibles entre sí, sino que además son perfectamente complementarios, si bien el primero es más detallado y concreto que el segundo.

Cabe resaltar que el concepto del TRLPEMM se debe entender más bien a los efectos administrativos y portuarios (artículo 1 del TRLPEMM) y el de la LNM a efectos de la navegación marítima (artículo 1 de la LNM y el Apartado I del Preámbulo *in fine*). De hecho, los apartados 2 (salvo su último inciso), 3 y 4 del artículo 259 del TRLPEMM se refieren claramente a cuestiones meramente administrativas y portuarias: (i) Responsabilidad solidaria con el naviero por las tasas portuarias y otros conceptos originados por la estancia del buque en puerto; (ii) Aval para ser consignatario ante las autoridades portuarias; y (iii) Renuncia a la consignación y su efectividad condicionada al pago de lo debido. Por su parte, y salvo lo referente al concepto y a la naturaleza jurídica del consignatario (artículos 319 y 320 de la LNM), los artículos 321-324 de la LNM se refieren a cuestiones más bien relacionadas con la navegación marítima: (i) Responsabilidad del consignatario por la firma de conocimientos de embarque; (ii) Por los daños a las mercancías transportadas por mar; y (iii) Por desempeñar otras actividades (operador portuario, transitario, etc.).

5. Naturaleza jurídica

El artículo 320 de la LNM establece expresamente que las relaciones entre

Prescripciones Particulares de cada AP, no se exige legalmente que la persona jurídica adopte una forma concreta y determinada, valiendo cualesquiera de las existentes en Derecho, si bien las sociedades mercantiles de responsabilidad limitada (SA, SL, etc.) son las más utilizadas en la práctica. Por último, tampoco se exige legalmente titulación alguna para ser consignatario de buques.

el consignatario y el armador o naviero se regularán por el régimen jurídico de la comisión mercantil si se trata de una consignación ocasional (siendo aplicables los referidos artículos 244 y siguientes del CCo y los artículos 1709 y siguientes del CC) y del contrato de agencia cuando se trate de consignaciones continuadas o estables (siendo de aplicación la LCA y la Directiva de la Unión Europea 86/653 de la UE antes citadas).

En el mismo sentido se ha venido pronunciando la práctica totalidad de la doctrina¹⁵ anterior y posterior a la entrada en vigor de la LPEMM y de la LNM, así como la jurisprudencia¹⁶, si bien haciendo constar que la naturaleza jurídica del consignatario de buques no es unitaria.

Por último, procede recordar que cada contrato tiene la naturaleza jurídica que realmente tiene *per se* con independencia de su nombre. Si un contrato no se denomina formalmente como contrato de consignación pese a serlo *per se*, ello implica que se reputará legalmente como contrato de consignación y, con independencia de su nombre, se le aplicará el régimen jurídico de la comisión mercantil si se trata de una consignación ocasional, y del contrato de agencia cuando se trate de consignaciones continuadas o estables.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL CONSIGNATARIO

1. La responsabilidad frente a su principal

Como ya hemos comentado, el artículo 320 de la LNM establece expresamente que las relaciones entre el consignatario y el armador o naviero se regularán por el régimen jurídico de la comisión mercantil si se trata de una consignación ocasional y del contrato de agencia cuando se trate de consignaciones continuadas o estables. Por lo tanto, y como en toda gestión de negocios ajenos (mandato, comisión, agencia, etc.), será el contrato de consignación en

¹⁵ GONZALEZ LEBRERO RA. *Op. Cit.* (páginas 20 y siguientes); GABALDÓN GARCÍA JL y RUIZ SOROA JM. *Op. Cit.* (página 381); VIDAL CALVO y SÁNCHEZ CUELLAR (página 664 del Capítulo 7 -*El contrato de Agencia*- del Tomo IV del libro *Contratos* de la Editorial Thomson Reuters Aranzadi de 2014); PULIDO BEGINES JL. (página 151 del *Curso de Derecho de la Navegación Marítima* de 2015); ARROYO MARTÍNEZ I (página 140 y siguientes del *Compendio de Derecho Marítimo*, Editorial Tecnos 2015); y GABALDÓN GARCÍA JL (página 87 del *Compendio de Derecho Marítimo Español*, Editorial Marcial Pons 2016).

¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1966, 25 de junio de 1977, 2 de noviembre de 1983 y de 14 de febrero de 1986.

sí y las normas citadas las que establezcan las reglas del juego. En general, el consignatario responderá frente al armador o naviero como lo haría cualquier comisionista o agente frente a su comitente o principal (o empresario), es decir debería responder de todos los daños y perjuicios que por incumplimiento culposo o doloso de sus obligaciones cause al armador o naviero.

2. La responsabilidad por las mercancías transportadas

El primer inciso del artículo 322 de la LNM establece que “*el consignatario no será responsable ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en la entrega*”. Tal precepto no sólo debe acabar definitivamente con la aberrante injusticia histórica posteriormente comentada y por la que se hacía responsable al consignatario del transporte marítimo, sino que además es completamente lógico y razonable, pues el consignatario ni puede ni debe responder nunca de un transporte del que no sólo no es parte (contractual), sino que además no ha realizado ni materialmente ni de ninguna otra forma, faltando consecuentemente el dolo o culpa legalmente exigible en materia de responsabilidad civil, y no siendo suficiente la responsabilidad *in vigilando* válida a efectos administrativos (ver al respecto lo comentado en el *Apartado 3*).

Sin embargo, el último inciso del citado artículo 322 de la LNM, que parece buscar una solución intermedia razonablemente equilibrada, establece que el consignatario sí “*será responsable frente al armador o naviero de los daños causados por culpa propia*”. Dado que estamos ante un concepto jurídico indeterminado sobre el que no nos consta jurisprudencia *stricto sensu*, relevante y consolidada por obvias cuestiones de tiempo, parece difícil determinar a qué supuestos concretos se puede referir el legislador. El Apartado VII del Preámbulo de la LNM establece que la idea central de la reforma es que el consignatario que no cobre el flete para sí mismo no debe responder como transportista, lo que si bien acota algo el asunto, tampoco lo aclara debidamente. Quizás podamos encontrar alguna luz al respecto si analizamos los riesgos habitualmente cubiertos en las pólizas de RC de los consignatarios¹⁷ y

17 SIERRA NOGUERO, E. Artículo: *La responsabilidad civil marítima del consignatario de buques y su cobertura aseguradora*. Siguiendo al citado autor, los riesgos habitualmente cubiertos por los seguros serían los errores del consignatario: (i) al suministrar al naviero información correcta sobre las reglamentaciones locales que el buque necesita cumplir (por ejemplo, normativa especial sobre mercancías peligrosas) con resultado de

que aseguran la responsabilidad civil de éstos por la comisión de errores que, en su caso, podrían generar responsabilidad del naviero frente a terceros o a la asunción de gastos imprevistos por parte del naviero.

Por otra parte, el consignatario sí responderá del transporte si firma los conocimientos de embarque sin hacer constar expresamente que actúa por cuenta del armador o naviero (fletador), pues en tal caso se ha convertido en porteador contractual. En tal caso, el consignatario responderá solidariamente del transporte con el armador o naviero. Ello es además completamente lógico y razonable de la misma forma que el consignatario responde como un transitario si actúa como tal (artículo 323 de la LNM) o como un operador portuario¹⁸ si opera en la citada calidad (artículo 324 de la LNM). Del mismo modo, el artículo 324 de la LNM establece un *numerus apertus* al respecto de forma que el consignatario debería respectivamente responder (y por las mismas razones) como un depositario, terminalista, provisionista, agente de aduanas, etc. si actuara en calidad de tales, pues lógicamente se le aplicarían las normas propias de cada actividad citada y el consignatario respondería no como consignatario sino como depositario, terminalista, provisionista, agente de aduanas, etc.

Por último, cabe resaltar que el inciso final del artículo 322 de la LNM establece que *“el consignatario habrá de recibir las reclamaciones y reservas por pérdida o daños a las mercancías que le dirija el destinatario del transporte, comprometiéndose a comunicarlas de modo inmediato al armador o naviero”*, lo cual surtirá los mismos efectos que las realizadas directamente al armador o al naviero. Ello nos da pie a comentar la posibilidad de que el naviero extranjero (sin sede en España) que vaya a ser demandado en nuestro país

retraso en la carga o descarga y responsabilidad civil del naviero frente a terceros o a las autoridades; (ii) al compilar los conocimientos de embarque y otros documentos de transporte en nombre y por cuenta del naviero (por ejemplo, un conocimiento de embarque con la mención errónea a *“flete prepagado”*, cuando realmente es pagadero en destino), imposibilitando así su repercusión al destinatario final; (iii) en el cálculo de fletes (por ejemplo, fijando un flete para un destino más económico), sin poder así reclamar la diferencia al cliente; (iv) en la correcta designación del destinatario, con gastos adicionales de reenvío del cargamento al destino real; (v) en la gestión de los contenedores propiedad o arrendados por el naviero; (vi) al entregar el cargamento sin presentación del conocimiento de embarque, etc.

¹⁸ Y ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del consignatario de las mercancías por las infracciones derivadas de la manipulación de las mercancías en el puerto (artículo 310.1.c del TRLPEMM).

sea emplazado en el domicilio del consignatario español con el objeto de evitar el lento y engorroso envío de comisiones rogatorias, traducciones y demás trámites procesales. Aun cuando el asunto pueda ser discutible y dependa de cada caso, el artículo 9.d de la LCA parece permitirlo al menos para los casos de consignaciones estables y duraderas (líneas regulares).

2.1. *El fin de una aberrante injusticia histórica*

Antes de la entrada en vigor de la LNM y de la LPEMM, el consignatario estaba básicamente regulado¹⁹ en el artículo 586 *in fine* del CCo y en el artículo 3 de la Ley de Transporte Marítimo de 1949²⁰ (LTM) que, al asimilar impropia y erróneamente la figura del consignatario con la del naviero, originó que determinada jurisprudencia del Tribunal Supremo²¹ equiparase *ope legis*

19 Tanto el artículo 586 *in fine* del CCo como el artículo 3 de la LTM han sido expresamente derogados por la LNM (Disposición Derogatoria Única), si bien antes de la citada derogación expresa ya había base jurídica suficiente para entender, a la luz de determinada jurisprudencia y doctrina, que ya habían sido implícitamente derogados por el artículo 73.2 *in fine* de la LPEMM en 1992 y por la ratificación por España del Protocolo de Visby en 1984.

20 Que introdujo en España las Reglas de la Haya-Visby.

21 Las principales Sentencias del Tribunal Supremo, que además fueron anteriores y posteriores a la LPEMM, son las siguientes: 25 de junio de 1977, 2 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1986, 18 de octubre de 1988 y, sobre todo, 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007 (dictada en pleno y en unificación de doctrina), pues no sólo fueron posteriores a la reforma citada del artículo 73.2 *in fine* de la LPEMM (por la Ley 62/1997 primero y por la Ley 48/2003 después) que pretendía justamente que el consignatario no respondiera de las mercancías transportadas por mar, sino que además eran absolutamente contradictorias con la Sentencia de 20 de marzo de 2006. Además, las citadas Sentencias entienden que las reformas citadas de la LPEMM eran sólo aplicables a efectos administrativos. Aun cuando la citada jurisprudencia ya ha sido afortunadamente superada por la LNM, sería deseable que tan purista y pulcra exigencia de técnica legislativa se generalizara en un país dónde, si políticamente interesa, cualquier reforma legal se introduce y aprueba casi por cualquier ley (en la que más fácil y rápido sea y menos debate genere) con independencia de la naturaleza (civil, mercantil, penal, administrativo, etc.) de las leyes afectadas. También cabe citar las posteriores Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero, 6 de junio y 4 de diciembre de 2008, así como la 29 de junio de 2009. Por último, cabe recordar que algunas Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia dictaron, entre 1998 y 2007, varias sentencias (destacan las de 3 de julio de 1988, 6 y 20 de julio de 1999, 6 de abril de 1999, así como la de 18 de enero de 2000 de la ínclita Sección 15ª de la AP de Barcelona) completamente contrarias a las comentadas y que exoneraban al consignatario de responsabilidad alguna.

a ambas figuras e hiciera responder al consignatario (solidariamente con el naviero) frente a cargadores y receptores (o aseguradores subrogados tras indemnizar) de las mercancías transportadas por el buque. Con el objeto de superar la citada jurisprudencia (considerada aberrante por la práctica totalidad de la doctrina²²), se modificó el artículo 73 de la LPEMM. Así, la primera reforma (por la Ley 62/1997) estableció que el consignatario “*no era responsable por las mercancías transportadas por mar*”. Pese a la claridad de la reforma y, dado que alguna jurisprudencia no la tenía en cuenta y seguía haciendo responsable al consignatario de las mercancías transportadas por mar, se cambió nuevamente la LPEMM (por la Ley 48/2003) y se introdujo la dicción literal citada de la “*legislación mercantil específica*” con el objeto de establecer que el consignatario sólo respondería de las mercancías transportadas si firmaba los conocimientos de embarque sin hacer constar expresamente que lo hacía por cuenta del naviero, pues, en tal caso, se convertía en naviero/porteador, al menos contractualmente. Tras la LNM, consideramos que por “*legislación mercantil específica*” se debe justamente entender²³ la LNM y, en concreto, su Capítulo II del Título V (consignación de buques) y no su Título III (sujetos de la navegación).

¿Qué podía haber detrás de las citadas Sentencias del Tribunal Supremo? Si bien no lo sabemos obviamente, parece que podría haber argumentos de justicia material²⁴, pues, según ya hemos comentado, no encontramos ningún

22 Salvo SÁNCHEZ-HORNEROS ADÁN AM. *Op. Cit.* (Páginas 269/280) que, en síntesis, entiende que el consignatario sí debe responder solidariamente con el naviero de las mercancías transportadas por mar, pero siempre que se trate del llamado consignatario sucursalista, pues, en realidad, no existe consignatario independiente alguno, sino una única empresa (la naviera) cuya sucursal actúa como consignataria.

23 BAENA BAENA, P.J. Artículo “*La regulación del consignatario de buques. Estudio de la Ley de Navegación Marítima*”. Revista de Derecho del Transporte. Página 20.

24 Entendemos que pudieran ser algunos argumentos como los siguientes: (i) Que el naviero/porteador está en muchos casos fuera de España y habitualmente muy protegido por las cláusulas de jurisdicción y arbitraje, por lo que, es complicado reclamarles en España (Si bien ello podría ser parcialmente cierto, el consignatario podría también oponer la misma declinatoria de jurisdicción si es equiparable al naviero *ope legis*. Además, ello se ha corregido en parte con el nuevo artículo 468 de la LNM); (ii) Que los cargadores, receptores y aseguradores son de menor fuerza y envergadura económica que los navieros/porteadores y merecen una especial protección (Ello no tiene sentido ni justificación alguna al menos en el tráfico *tramp* dónde ocurre justamente lo contrario, pues suelen existir pocos cargadores -y a veces un único cargador- que, por lo general, son económicamente mucho

argumento fáctico y jurídico mínimamente razonable. En cualquier caso, el equilibrado artículo 322 de la LNM debe acabar definitivamente con la injusticia histórica aquí comentada.

3.1 La responsabilidad administrativa del consignatario

3.1 Por tasas portuarias y otros conceptos afines

El artículo 259.2 del TRLPEMM establece que el consignatario (en el caso de que exista) “*estará obligado directamente ante las Autoridades Portuarias y Marítimas al pago de las liquidaciones que se establezcan por tasas u otros conceptos originados por la estancia del buque en puerto*”.

¿Qué se entiende “*por tasas u otros conceptos originados por la estancia del buque en puerto*”? Aun cuando se trata de un concepto jurídico indeterminado, atendiendo a la práctica observada, consideramos que debemos entender lo siguiente: (i) la tasa al buque, al pasaje, a las mercancías y otras tasas similares giradas por cada AP; (ii) los servicios portuarios prestados al buque tales como practicaaje, remolque, amarre y otros similares facturados por cada AP; y (iii) las tasas por conceptos varios (certificado de seguro por responsabilidad civil por daños por hidrocarburos o por combustible; tráfico marítimo, etc.) liquidadas por las Capitanías Marítimas, así como los derechos de inspección de buques o los premios de salvamento público, siempre que se hayan originado por la estancia del buque en el puerto.

más potentes que los naviero/porteadores); (iii) Que la mayoría de los consignatarios españoles son sucursalistas (Aun cuando ello pudiera ser parcialmente cierto, no vemos que ello cambie sustancialmente nada el fondo jurídico del asunto); (iv) Que algunos consignatarios suele tener asegurados tales riesgos bien directamente con su seguro de RC, bien de forma indirecta al constar como coasegurados, afiliados o asociados del *P&I Club* del naviero (Lo cual no cambiaría el fondo del asunto); y (v) Que el consignatario ya responde legalmente (sujetos al TRLPEMM) de varias cuestiones en materia administrativa según comentamos en el Apartado 3 (Si bien ello es cierto, se olvida que la responsabilidad administrativa no exige, a diferencia de la civil, ni dolo ni culpa, siendo suficiente la comentada responsabilidad *in vigilando*). Todo lo cual conllevaría que, a la postre y dada la relación naviero/consignatario existente, el consignatario pudiera recobrar fácilmente del naviero lo pagado previamente por vías diversas (cuenta de escala, seguro, etc.). Parece como si alguien con un establecimiento permanente en España tuviera que responder y pagar (aun cuando no tuviera nada que ver con el transporte) por el mero hecho de consignar un buque y porque, a la postre, podría quizás recobrar lo pagado del armador o naviero al que representa.

Nótese que el consignatario es obligado directo de los conceptos comentados y que el naviero o el propietario del buque consignado responden únicamente de forma subsidiaria (si no lo hace el consignatario) y solidariamente entre sí. Además, la responsabilidad del consignatario al respecto está previamente garantizada con las garantías económicas o avales bancarios suficientes exigidos legalmente (artículo 259.3 del TRLPEMM) por cada AP, por lo que, en caso de impago, cada AP puede intentar satisfacer fácilmente sus créditos con la ejecución de los citados avales sin reclamar nada al naviero o al propietario del buque. De hecho, el consignatario puede renunciar unilateralmente a la consignación de un buque si lo comunica previamente a las APs y Capitanías Marítimas, siempre que satisfaga las deudas pendientes (en su caso) devengadas hasta la citada renuncia (artículo 259.4 del TRLPEMM).

Por último, existen también otras obligaciones administrativas relativamente menores del consignatario en materia de ordenación administrativa de la navegación (artículos 7.3, 9.1, 10.2, 11.2 y 18.2 de la LNM).

3.2. En materia de prevención de riesgos laborales

El párrafo segundo del vigente artículo 65.1 del TRLPEMM establece que la responsabilidad por el control del cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades exigibles bajo la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) corresponde a: (i) Los titulares de concesiones y autorizaciones; (ii) Los consignatarios (en espacios portuarios no sujetos al régimen de concesión o autorización); y (iii) Las empresas prestadoras de servicios de estiba, carga, desestiba, descarga, transbordo de mercancías o embarque y desembarque de pasajeros.

Por tanto, según el TRLPEMM, la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones de coordinación durante la realización de operaciones de atraque, desatraque y fondeo del buque (y en general durante la estancia del buque en puerto) corresponde al consignatario y no a la AP como anteriormente²⁵.

²⁵ El párrafo 2º del citado artículo 65.1 del TRLPEMM tiene su origen en el artículo 13 de la Ley 48/2003 de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General y se refiere a los Planes de Emergencia y Seguridad. En su versión original, dicho artículo 132 imponía a la AP el control del cumplimiento de las obligaciones de coordinación de actividades establecido en el artículo 24 de la LPRL “*sin perjuicio de las competencias que correspondan a otros órganos de las Administraciones Públicas y de las responsabilidades que en esta materia correspondan a los usuarios y concesionarios del puerto*”. Posteriormente dicho artículo fue modificado en el sentido arriba explicado.

En definitiva, se impone al consignatario, en supuestos tasados y especiales, la responsabilidad solidaria de coordinación que, sujetos a la LPRL²⁶, debería incumbir primordialmente al armador como titular del centro de trabajo (buque).

Como ocurre en muchas ocasiones en Derecho Administrativo, se imputa legalmente responsabilidad administrativa a quien no resulta autor material de una infracción administrativa, disociando así “responsabilidad” de “autoría” (o culpabilidad). Con ello se pretende, además de liberar a la AP de las obligaciones de coordinación, identificar contra quién debe dirigirse cualquier expediente sancionador y a quién se le puede exigir el pago del importe de la multa, sin prejuzgar si el responsable señalado legalmente (el consignatario) es o no el culpable de la infracción contra la LPRL.

Como el anterior argumento es difícilmente asumible bajo el principio de culpabilidad (dolo o culpa), se recurre al argumento de la *culpa in vigilando*. No se impone en sí mismo al consignatario el cumplimiento de las obligaciones de coordinación, sino que se le hace responsable del citado cumplimiento por el mero hecho de actuar “en representación del armador”. En realidad, no se indica que el consignatario deba cumplir las obligaciones de coordinación, sino que debe responder de su cumplimiento.

El consignatario debe controlar o velar por el cumplimiento de las obligaciones de coordinación, vigilando que el armador las cumple y respondiendo solidariamente con él en caso contrario, todo ello al amparo del régimen sancionador del TRLPEMM. El efecto práctico es que, si el consignatario quiere evitar la responsabilidad solidaria *ex lege*, debe controlar o hacer que se cumplan esas obligaciones de coordinación en todo caso, para lo cual, de ser necesario, y sin perjuicio de una acción de repetición contra el armador, debe cumplirlas él mismo hasta donde le sea posible.

En principio, lo anterior sólo alcanza al ámbito administrativo, y no prejuzga ni la responsabilidad civil ni penal del consignatario, que podrá alegar en su defensa las posibles causas de exención de la responsabilidad civil y criminal que concurran. Sin embargo, el tenor literal del artículo 65.1 del

26 El artículo 24.2 LPRL impone esa obligación al “empresario titular del centro de trabajo”. Es obvio que el titular del centro de trabajo en un buque no es el consignatario, sino el armador. Tal incompatibilidad entre el TRLPEMM y la LPRL se ha resuelto por el principio de especialidad administrativa (*lex specialis derogat legi generali*) de forma que el criterio establecido en el TRLPEMM, como norma legal especial, puede apartarse puntualmente del régimen general establecido en la LPRL.

TRLPEMM contiene un título directo de imputación de responsabilidad al consignatario que podría eventualmente tener su trascendencia en el ámbito civil y penal, puesto que el consignatario también podría ser considerado como autor de la infracción del deber de prevenir infracciones de las obligaciones de coordinación, y su responsabilidad *in vigilando* podría extrapolarse al ámbito civil y/o penal.

3.3. Por sanciones en materia portuaria y de marina mercante

El régimen sancionador al respecto consta detalladamente regulado por los artículos 305 y siguientes del TRLPEMM. El artículo 310.1.b establece que cuando las infracciones estén relacionadas con la estancia del buque en puerto, el consignatario será responsable solidario con el naviero. El fundamento de la citada responsabilidad es igualmente la *culpa in vigilando* comentada.

III. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE CONSIGNACIÓN

Centrados exclusivamente en el consignatario *estable* (el de líneas regulares) y *general*, sobre todo si el mandato del naviero (principal) incluye la promoción y realización de actividades comerciales encaminadas a captar clientela (carga y/o pasaje para los buques), y especialmente si ello es en régimen de *exclusividad*, el naviero no tiene sede o establecimiento permanente en España, y la relación naviero-consignatario es además *indefinida* (al menos duradera), procede estudiar²⁷, sujetos a la LCA y a la Directiva de la UE 86/653, la indemnización (i) por clientela y (ii) por daños y perjuicios que, en su caso, el consignatario pudiera reclamar legalmente al naviero en el caso de que éste rompiera su relación con aquél²⁸.

27 El caso típico sería el de la naviera multinacional que, al carecer de sede o establecimiento permanente en España, empieza a operar en nuestro país a través de un consignatario estable, general, exclusivo y cuya gestión comercial consigue ingente clientela para el naviero. Tras ello, el naviero decide instalarse en España constituyendo su propia empresa y aprovechando la clientela conseguida por el consignatario, por lo que rompe el contrato que le unía al mismo. En otras ocasiones, la fusión de varias navieras internacionales provoca la extinción de determinados contratos de agencia. Anotar que este tipo de indemnizaciones tiene muy difícil encaje en la consignación ocasional (*tramp*) e incluso en la general y estable si el consignatario no ha aportado clientela y/o no ha realizado inversión o gasto alguno por la consignación.

28 La carga de la prueba (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de

1. Indemnización por clientela

El artículo 28.1 de la LCA establece que “cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”.

Consideramos que se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para que proceda legalmente la citada indemnización: (i) Que el contrato de consignación se haya extinguido a instancias del naviero²⁹; (ii) Que el el consignatario haya creado o incrementado la clientela³⁰; (iii) Que la clientela ge-

2014, 7 de abril de 2003 y 28 de enero de 2002) en materia indemnizatoria correspondería al consignatario, por lo que es fundamental contar con un informe pericial que pruebe debidamente todos los extremos requeridos. Y ello sería para cualquier escenario potencialmente dable (negociación o reclamación). Todo ello no sería nada fácil ni pacífico, pues siempre podría haber cuestiones opinables y discutibles (que la clientela generada por el consignatario sea susceptible de seguir produciendo ventajas al naviero o que la extinción depare notables perjuicios económicos al consignatario o los clientes perdidos por el consignatario, etc.) que, como tales, podrían ser rebatidas por el naviero y su previsible informe y/o contra-informe pericial. Además, la LCA no marca unas pautas muy claras sobre todo ello, existiendo cierta discrecionalidad y flexibilidad que no siempre resultan explicables por la obvia singularidad de cada caso. Aun cuando la jurisprudencia sí lo ha clarificado algo más, pese a las diferencias existentes entre la jurisprudencia española y la de la UE (ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de marzo de 2009 (Caso *Turgay Senen vs Deutsche Tamoil Ombh*), siguen existiendo algunas dudas como las siguientes: Cálculos sobre las inversiones no amortizadas; Si la cuantía correspondiente a la indemnización por clientela debe o no coincidir necesariamente con la del tope; y si para calcular la compensación por clientela y su tope debe atenderse al (i) *ingreso neto* o al *ingreso bruto* o al *beneficio neto*; (ii) si deben o no computarse los *impuestos* y los *gastos de comercialización*; y (iii) si se debe considerar las *remuneraciones* o las *comisiones* o los *ingresos*.

29 Se requiere que no concurren ninguna de las causas (artículo 30 de la LCA) por las que se perdería la compensación por clientela: (i) incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales (contrato de consignación) por el consignatario; (ii) denuncia del contrato de consignación por el consignatario; y (iii) cesión por el consignatario del contrato de consignación a un tercero con el VB del naviero.

30 Se exige que el consignatario haya aportado clientes nuevos (cargadores y afines)

nerada sea susceptible de seguir produciendo ventajas al naviero³¹; y (iv) Que su concesión resulte equitativa³².

Nótese que la indemnización por clientela que, desde luego y en general, es mucho más importante en términos cuantitativos que la de daños y perjuicios, no exige la existencia de dolo ni de culpa ni tampoco de daños y perjuicios *per se*, sino que se reconoce objetivamente cuando el consignatario haya aportado clientela (o mejorado la preexistente) de la que se siga beneficiando el naviero, tras la extinción del contrato de consignación.

Por otra parte, el artículo 28.3 de la LCA establece que *“la indemnización no podrá exceder, en ningún caso, del importe medio anual de las remuneraciones percibidas por el agente durante los últimos cinco años o, durante todo el período de duración del contrato, si éste fuese inferior”*³³. Si el contrato de consignación fuera indefinido, habría que tomar en consideración los últimos 5 años para calcular el tope indemnizatorio de un año referido. No

al naviero o que haya incrementado de forma sensible las operaciones realizadas (transportes marítimos y demás) por el naviero con la clientela existente previamente. Se entiende por clientes nuevos los que, no siendo ocasionales sino estables o permanentes (lo que sería dable lógico en las consignaciones de línea regular), han sido generados por la actividad profesional o comercial del consignatario, lo que excluiría los aportados por el naviero.

31 Aun cuando se trata de un requisito que sólo el paso del tiempo podría confirmar, entendemos que los clientes (cargadores y afines) optarían probablemente por seguir general y preferentemente al naviero dado que éste opera buques, lo cual no hace el el consignatario. Si se tratara de un contrato de consignación de líneas marítimas regulares en forma de agencia general en exclusiva, en toda España, con prohibición expresa de competencia, y que, además, estuviera vigente desde hace muchos años, se reforzaría, sin duda, tal idea, pues, en principio, el naviero apenas tendría competencia de otras navieras en las citadas líneas. Por ello, el consignatario difícilmente podría retener a los citados clientes y diferirlos a otras navieras.

32 Se trata también de un concepto jurídico indeterminado que se deberá analizar una vez, en su caso, se confirme el cumplimiento de los anteriores. En general, se entiende que se cumple el requisito si la extinción depara al agente notables perjuicios económicos como consecuencia del cese de las actividades. El artículo 28 *in fine* de la LCA enumera tres posibles supuestos al respecto: (i) existencia de pactos de limitación de competencia; (ii) comisiones que pierda y (iii) otras circunstancias que concurran.

33 A tales efectos, la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos para calcular el citado tope anual: intensidad en el cumplimiento de los requisitos exigidos para que proceda la indemnización (los comentados anteriormente); duración del contrato, remuneraciones, comisiones, compensaciones por limitación de competencia, etc.

obstante, cuando existen contratos sucesivos de agencia³⁴, se puede considerar a estos efectos todo el tiempo del contrato y no sólo los últimos 5 años, lo que, en su caso, quizás podría beneficiar al consignatario.

No conviene confundir la cuantía correspondiente a la indemnización por clientela con la del tope o límite aplicable al respecto, pues son cuantías distintas que, si bien sí pueden coincidir, no tienen necesariamente por qué hacerlo, pues ello dependería del cumplimiento de los distintos requisitos exigidos al respecto³⁵. No obstante, alguna jurisprudencia española cuantifica sistemáticamente la indemnización por clientela con la correspondiente al tope.

Por último, cabe decir que si el contrato de consignación tuviera cláusulas que eximieran o limitaran claramente la responsabilidad indemnizatoria del naviero en caso de extinción, tales cláusulas serían nulas en España, pues la jurisprudencia³⁶ así lo ha establecido dado el carácter imperativo del artículo 3.1 de la LCA y del artículo 19 de la Directiva de la UE 86/653.

2. Indemnización por daños y perjuicios

El artículo 29 de la LCA dice que *“sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”*.

Consideramos que se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para que proceda legalmente la citada indemnización: (i) Que el contrato de consignación se hubiera concluido por tiempo indefinido; (ii) Que su extinción tenga causa en la denuncia unilateral por el naviero y con un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato (si bien con un máximo de 6 meses); (iii) Que, a consecuencia de la sujeción del consignatario a las instrucciones del naviero, aquél hubiese realizado inversiones/gastos para la

34 Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2013.

35 Ver la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2015 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 26 de marzo de 2009 (Caso *Turgay Senen vs Deutsche Tamoil Ombh*).

36 Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2010.

ejecución del contrato³⁷, existiendo un régimen especial para las indemnizaciones laborales³⁸; y (iv) Que el tiempo transcurrido entre la asunción de los gastos y la extinción del contrato de agencia no permita la amortización de aquellos por el agente³⁹.

37 Por inversiones/gastos podrían computarse partidas como la compra o el alquiler de bienes muebles (vehículos, equipos informáticos, etc.) o inmuebles (naves, etc.), siempre que las mismas se realizaran por indicarlo el consignatario expresa o implícitamente (por ser razonablemente precisas para desarrollar la actividad contratada de la consignataria). La jurisprudencia más reciente (Sentencia del TS de 30 de mayo de 2016), que excluye cualquier gasto inherente a la comercialización, exige además que se trate de inversiones/gastos que, debiendo distribuirse entre varios ejercicios, tengan una naturaleza *específica* por cuanto no puedan ser destinados a otra actividad empresarial distinta.

38 Existe una solución jurídica diferenciada para determinar si procede incluir las indemnizaciones laborales por la extinción de los contratos de los empleados del consignatario que trabajan exclusivamente para el naviero y que tuvieran que ser despedidos por la extinción del contrato de consignación. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (Sentencias de 20 de mayo de 2009, 29 de octubre de 2013 y 30 de septiembre de 2016) ha venido admitiendo matizada y limitadamente las indemnizaciones laborales (al igual que las de lucro cesante) no por la vía de la LCA (fundamentalmente por las obvias dificultades de amortización que presentan), sino preferentemente por la vía civil genérica de los artículos 1101 y 1258 del CC sobre la responsabilidad contractual y la buena fe, exigiendo, en síntesis, el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) Que las contrataciones de los citados empleados las hubiera ordenado explícita o implícitamente el naviero en los términos anteriormente comentados; (ii) Que la causa de los despidos fuera la extinción del contrato de consignación por voluntad unilateral del naviero; (iii) Que las indemnizaciones se limiten a las del despido colectivo por causas objetivas (económicas, técnicas, organizativas o productivas) que son de 20 días por año con el máximo de 12 meses; Y (iv) que haya mala fe por parte del naviero (por no preavisar o incumplir el plazo al respecto, competencia desleal, otros casos de mala fe, etc.). Ahora bien, no necesariamente el cumplimiento del requisito del preaviso por el naviero implicaría *per se* la improcedencia de las referidas indemnizaciones laborales, si bien sí las podría abortar o reducir. Del mismo modo, habría igualmente que ponderar que no fueran jurídicamente dables otras soluciones alternativas (sucesión empresarial o contractual o de plantilla, subrogación, etc.). Otro camino distinto sería pedir las indemnizaciones laborales referidas por la vía de la LCA (lo que sería aún más complicado) o hacerlo por la vía civil genérica apuntada y, subsidiariamente, por la vía de la LCA.

39 La jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002, 9 de febrero de 2006 y 16 de marzo de 2016) exige además que la extinción anticipada del contrato imposibilite la amortización. Y también considera que no existe derecho a indemnización alguna cuando el contrato ha estado vigente durante un período de tiempo tal que posibilitara que el agente consignatario hubiera podido amortizar las inversiones realizadas.

Como ya hemos comentado, la indemnización por daños y perjuicios suele ser mucho menos importante en términos cuantitativos que la de clientela. Además, es legalmente mucho más restrictiva al ser adicional y complementaria de la misma. De hecho, el artículo 17 de la Directiva de la UE 86/653 permite reclamar una u otra indemnización pero no ambas a la vez, lo cual no impide que cada país vaya más allá (como ha hecho España con la LCA a diferencia de otros Estados de la UE) al ser una Directiva de mínimos.

EL CONTRATO DE MANIPULACIÓN PORTUARIA

Carlos Pérez
Abogado

Resumen: El contrato de manipulación portuaria, como contrato auxiliar del transporte marítimo, viene regulado en los artículos 329 a 338 de la Ley de Navegación Marítima (“LNM”). Se trata de un contrato bilateral, consensual y oneroso, cuyo amplio objeto puede incluir las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, las de transporte intraportuario, y las operaciones materiales similares o conexas a todas ellas. Pese a su naturaleza convencional, el régimen de responsabilidad del operador portuario en caso de pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías previsto en la LNM tiene carácter necesario e imperativo y no puede ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio. Las reclamaciones bajo el contrato de manipulación portuaria están sometidas a un plazo de prescripción de dos años desde la entrega de las mercancías (o, en caso de pérdida total de las mismas, desde el día en que hubieran debido ser entregadas). El operador portuario tiene un derecho de retención de las mercancías hasta tanto no perciba el precio pactado por sus servicios.

Palabras clave: objeto, responsabilidad, prescripción, derecho de retención.

Abstract: The port handling contract is governed by articles 329 to 338 of the Spanish Shipping Act (the “Act”). Being a bilateral, consensual and onerous contract, it has a wide object comprising a variety of cargo operations such as loading, unloading, stowage, un-stowage on board vessels, as well as receipt, classification, deposit and storage at piers or port warehouses, transport within the port area and similar or related operations. Despite the freedom of the parties to agree the terms of the contract, the liability regime provided for by the Act in case of damage, loss or delay of the cargo being handled is compulsory and cannot be modified contractually against the customer. Claims against the terminal operator under the port handling contract will be subject to a two-year limitation period from delivery of the goods or, in case of total loss, when the cargo should have been delivered. The port operator will have a right to lien on the cargo until such time as the agreed fees for his services have been fully paid.

Keywords: object, liability, time-bar, lien.

I. INTRODUCCIÓN

Es preciso iniciar el análisis haciendo una breve referencia al marco normativo regulador de las operaciones de manipulación portuaria en nuestro país.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (“LNM”), los servicios de manipulación portuaria estaban esencialmente regidos por normas de naturaleza administrativa o laboral. La crucial y largamente esperada reforma introducida por la LNM ha venido a incorporar un régimen específico de tales operaciones desde una perspectiva jurídico-privada, enmarcando el contrato de manipulación portuaria en el seno de los contratos auxiliares de la navegación y del transporte marítimo.

Así, pues, los servicios de manipulación portuaria se encuentran regulados actualmente en Derecho español por un doble conjunto normativo:

a) De un lado, desde un punto de vista del Derecho privado, por la LNM, al dedicar un Capítulo propio (Capítulo IV, artículos 329 a 338) dentro del Título V (“De los contratos auxiliares de la navegación”), a la regulación del contrato de manipulación portuaria.

Dicha tipificación legal específica constituye un reconocimiento expreso por parte del legislador del carácter autónomo de este tipo de relación comercial en el sector del tráfico marítimo.

b) De otro lado, desde una esfera jurídico-pública, el contrato viene regido por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en virtud del cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (“LPEMM”), básicamente en sus artículos 130 y 131 (“Servicio de manipulación de mercancías”), con las variaciones introducidas por el Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías¹.

II. EL CONTRATO DE MANIPULACIÓN PORTUARIA

1. Definición y naturaleza jurídica

a. Definición

La LNM define en su artículo 329 el contrato de manipulación portuaria como aquél en virtud del cual “*un operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o alguna de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto previstas en esta ley u otras de similar naturaleza*”.

¹ Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías, dando cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de diciembre de 2014, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052) («B.O.E.» 13 mayo).

Con buen criterio, el legislador abandona la tradicional denominación de contrato de carga y descarga, optando por una terminología más amplia y acorde con la variedad de operaciones que pueden ser objeto de ejecución por parte de un operador portuario.

Consciente de dicha amplitud de operaciones, la LNM contiene una lista abierta, ejemplificativa y no exhaustiva de las mismas, cuando señala que el contrato de manipulación portuaria de mercancías podrá incluir *“las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario”*.

Acto seguido, la ley enfatiza el carácter no omnicompreensivo de dicha relación, al añadir de forma genérica que el contrato de manipulación portuaria podrá incluir asimismo *“las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores”*.

Nótese en este punto que, al utilizar dicha fórmula combinada de lista no cerrada y cláusula general, el legislador se ha inspirado en el Convenio de Viena de 19 de abril de 1991 sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional (“CRET”, firmado, pero no ratificado aún por España), según se afirma en la propia Exposición de Motivos de la LNM.

Nos encontramos, por consiguiente, ante un contrato con un objeto muy variable, no limitado a la carga y descarga o a la estiba y desestiba de mercancías en sentido estricto, pudiendo alcanzar operaciones muy diversas dentro del espacio físico portuario, ya sean previas o posteriores al transporte marítimo de las mercancías objeto de manipulación.

Por último, debe destacarse que, al contrario que el CRET (el cual define de modo expreso al “Empresario de terminal de transporte”²), la LNM no contiene una definición de “operador portuario”, posiblemente por la propia naturaleza compleja del contrato de manipulación portuaria y por la diversidad de prestaciones que pueden ser objeto del mismo. Ello denota que el legislador se ha decantado por hacer referencia, sin carácter limitativo, a las

2 De conformidad con el art. 1.a) del CRET, se entiende por “Empresario de terminal de transporte” a *“toda persona que, en el ejercicio de su profesión, se hace cargo de mercaderías que son objeto de transporte internacional a fin de prestar o de hacer prestar servicios relacionados con el transporte con respecto a esas mercaderías en una zona que está bajo su control o sobre la que tiene un derecho de acceso o de uso. Sin embargo, no se considerará empresario a la persona que sea porteador en virtud de las normas aplicables por las que se rija el transporte”*.

operaciones encuadrables en la actividad de manipulación portuaria, en lugar de ceñir el concepto de operador a un tipo concreto de compañías especializadas en dicha actividad.

De ahí que resulte evidente que la figura del operador portuario no queda limitada a empresas tradicionalmente conceptuadas como tal (estibadoras o terminales portuarias, entre otras), sino que tendrá esa consideración todo sujeto o compañía que realice alguna operación de manipulación portuaria.

La única limitación, como es lógico, es que las operaciones citadas se lleven a cabo dentro del ámbito espacial portuario (pues la ley expresamente se refiere a la manipulación de mercancías “*en puerto*”).

b. Naturaleza jurídica

La LNM ha puesto fin a la clásica atipicidad del contrato de carga y descarga, pudiéndose afirmar, a partir de la regulación legal, que el contrato de manipulación portuaria es un contrato mercantil³, de carácter bilateral, consensual y complejo (puesto que los servicios objeto del contrato pueden incardinarse, según el caso, en el ámbito del arrendamiento de obra, del arrendamiento de servicios o, incluso, en el del depósito).

Es, además, un contrato de naturaleza onerosa, como expresamente establece el legislador cuando dispone en el art. 329 LNM que el operador portuario se encargará de llevar a cabo las operaciones de manipulación de las mercancías en cuestión “*a cambio de un precio*”.

No obstante la naturaleza convencional del contrato, no debe olvidarse que la LNM proclama el carácter necesario e imperativo del régimen de responsabilidad del operador portuario en caso de pérdida, daño o retraso en la entrega de las mercancías objeto del mismo, disponiendo de forma taxativa que dicho régimen no podrá ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio.

Como veremos más adelante en el epígrafe relativo a la responsabilidad del operador portuario, ello determinaría la invalidez *ope legis* de cualquier cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad que el operador tratara de insertar en sus relaciones contractuales con sus clientes, de tal suerte que el operador no podría beneficiarse, en modo alguno, de ningún régimen de responsabilidad convencional más favorable que el previsto en la LNM (no

³ En opinión de algunas voces autorizadas de nuestro país, se trataría de un contrato marítimo, antes que mercantil, en tanto que le es aplicable la LNM y sus fuentes (ARROYO MARTÍNEZ, I: “Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de Julio, de Navegación Marítima”, Ed. Civitas, 2016).

siendo ello óbice para que, si las partes así lo acuerdan mediante pacto expreso, puedan aplicarse en su vínculo negocial términos más ventajosos para el usuario de los servicios).

Adicionalmente, la propia inserción del contrato de manipulación portuaria en el Título V de la LNM lo configura, según ha quedado señalado anteriormente, como un contrato auxiliar de la navegación.

2. Elementos formales

a. Contratación

Dispone la LNM que las operaciones de manipulación portuaria de las mercancías podrán ser contratadas directamente por los cargadores o destinatarios de éstas, o bien por quienes hayan asumido ante aquéllos la obligación de verificarlas (art. 331).

Resulta, pues, que la contratación de los operadores portuarios podrá ser realizada o bien por los embarcadores o receptores de las mercancías directamente, o bien por los porteadores marítimos, transitarios o comisionistas de transportes que se hayan encargado de tales operaciones de manipulación portuaria por cuenta de los propietarios de las mercancías.

De este modo, el operador portuario podría ser contratado en ocasiones por el transportista marítimo en aquellos casos en los que éste haya asumido las labores de carga, estiba, desestiba y descarga de las mercancías del buque.

Si, por el contrario, tales operaciones no han sido asumidas por el porteador marítimo (en el caso, por ejemplo, de un transporte pactado en condiciones FIOST⁴), el operador será contratado por los cargadores o destinatarios, según el caso, o por terceros intermediarios (transitarios o comisionistas de transportes).

Ahora bien, aun cuando el operador portuario haya sido instruido por los porteadores, transitarios o comisionistas de transportes, la LNM deja meridianamente claro que los destinatarios de las mercancías tendrán *acción directa* contra el operador portuario, sin perjuicio de poder igualmente dirigir su reclamación contra quienes contrató, según la previsión contenida en el art. 336.

Así, a modo de ejemplo, en el supuesto que una empresa estibadora sea contratada por el armador de un buque para realizar la descarga de una mercancía, el destinatario podrá dirigirse frente al operador portuario vía acción

4 Acrónimo del inglés “Free in and out, stowed and trimmed”.

directa y, asimismo, contra el armador al amparo del contrato de transporte que le vincule con él (todo ello sin perjuicio de la acción de repetición que, en su caso, el operador pueda ejercitar frente al armador si el daño o pérdida se ha producido no ya por culpa o negligencia del operador, sino por la del Capitán o su tripulación).

b. Documentación

Por lo que se refiere a la prueba del contrato de manipulación portuaria, prevé la ley la posibilidad de que éste quede documentado por escrito, pudiendo revestir una doble forma (de manera análoga a lo prevenido en el art. 4 del CRET):

(i) un *recibo escrito*, emitido por el operador, en el que se hará constar la recepción de las mercancías, así como su condición y cantidad, siempre que haya podido verificarse a través de su examen.

Según la doctrina, debe entenderse que tal examen ha de referirse a un examen razonable⁵, debiéndose aplicar por analogía el régimen previsto en el art. 258 de la LNM para las reservas sin comprobación en el conocimiento de embarque, cuando el operador portuario no haya tenido medios adecuados para efectuar dicha verificación.

(ii) un mero *acuse de recibo*, emitido por el cliente, en el que el operador portuario plasmará la fecha y su firma.

Puntualiza la LNM que la emisión y firma del documento que acredite la recepción será obligatoria si lo solicita quien le entregue las mercancías al operador portuario. No obstante lo anterior, el operador tendrá, en tal situación, la facultad de optar entre la emisión del recibo escrito o de un mero *acuse de recibo*.

Huelga decir que resulta aconsejable la emisión del documento en todos los casos (exista o no solicitud por parte de quien realiza la entrega de las mercancías al operador), toda vez que el mismo cumple una triple función: (i) acreditación del contrato, (ii) prueba de la recepción de las mercancías por parte del operador portuario (momento que determinará el inicio del período de su responsabilidad) y (iii) prueba del estado y condición de las mercancías al tiempo de su recepción de manos del cliente (con la posibilidad de insertar en el documento las oportunas reservas u observaciones referentes al estado de las mismas). Sentado lo anterior, debe hacerse constar que ni el recibo ni

⁵ ARIAS VARONA, F.J., “El contrato de manipulación portuaria”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M. “Comentarios sobre la ley de navegación marítima”, Marcial Pons, Madrid, 2015.

el acuse de recibo tendrán valor de título de tradición o representativo de las mercancías, en contraposición con el régimen previsto para el conocimiento de embarque.

La ley también contempla la posibilidad de que no se emita un recibo escrito o, al menos, un acuse de recibo, estableciendo en tal supuesto la presunción de que el operador recibió las mercancías en aparente buen estado, salvo prueba en contrario.

Algún autor ha llegado a cuestionar si dicha presunción de culpa o negligencia con inversión de la carga de la prueba debe ser oponible frente al operador portuario en tal supuesto o, si por el contrario, debe limitarse ese efecto a aquellos casos en los que no emitió el recibo pese a habérselo exigido quien le haya hecho entrega de las mercancías. Sin embargo, la ley es muy clara al respecto, ya que señala sin ambages dicha presunción, manteniendo que la ausencia de recibo escrito debe perjudicar al operador. En nuestra opinión, dicha consideración está justificada, habida cuenta que el operador siempre tiene la facultad de emitir el citado recibo (lo exija o no su cliente), debiendo su falta perjudicarlo, sin perjuicio de su derecho a presentar prueba que desvirtúe tal presunción.

III. RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR PORTUARIO

1. Fundamento

La primera nota destacable del régimen de responsabilidad del operador portuario consagrado en la LNM es la de ser un *régimen imperativo y de carácter necesario*. Ello implica la imposibilidad de su modificación por vía convencional, salvo que las partes, tal y como ya ha sido apuntado, pacten unas condiciones más favorables para el usuario de los servicios.

Como establece el Preámbulo de la LNM en su apartado VII, su especialidad radica en el carácter inderogable del sistema de responsabilidad, establecido en beneficio de las partes que contraten los servicios de empresas de carga y descarga, de terminales de transporte o de cualquier otra compañía dedicada a la actividad de manipulación portuaria en sentido amplio.

El tenor literal de la norma determina que nos encontramos ante un *sistema de responsabilidad por culpa presunta* del operador portuario (sistema que también recoge el CRET en su art. 5). En consecuencia, su responsabilidad surgirá en el caso que las mercancías objeto de manipulación sufran daños, pérdidas o retraso en su entrega, siempre que se hayan causado du-

rante el periodo en que se encuentren bajo su control y custodia, salvo que el operador acredite que tuvieron su origen en causas fortuitas y que, para evitar sus efectos, el operador o sus auxiliares adoptaron todas las medidas que pudieran haberseles exigido razonablemente.

Por consiguiente, la ley exige una doble prueba por parte del operador portuario a los efectos de su posible exoneración de responsabilidad:

(i) por una parte, acreditación del carácter fortuito de la causa generadora de la pérdida, daño o retraso sufridos por las mercancías (es conveniente matizar que, si bien la ley no contempla la fuerza mayor, debe entenderse que también será considerada causa de exoneración de responsabilidad del operador portuario, al igual que el vicio propio de las mercancías); y

(ii) por otra, prueba fehaciente de que el operador portuario o sus auxiliares han adoptado todas las medidas razonables para evitar tal pérdida, daño o retraso (prueba que puede resultar complicada en la práctica, por mor de la amplitud e indeterminación de dichas medidas en el texto legal).

Se trata, por tanto, de un sistema estricto de presunción de culpa *iuris tantum*, con inversión de la carga de la prueba (prueba doble y acumulativa, según hemos visto). Presunción en línea con la establecida por el Código Civil en sus artículos 1.183 (“siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario”) y 1.769 (“se presume la culpa en el depositario, salvo la prueba en contrario”).

Por lo que respecta al período de responsabilidad del operador, el art. 333 de la LNM establece que éste se extiende desde el momento en que se hizo cargo de las mercancías hasta que las entregó o las puso a disposición de la persona legitimada para recibirlas. En otras palabras, dicho periodo coincide con el margen temporal durante el que las mercancías se encuentran bajo la custodia y control del operador portuario (o de sus auxiliares). No obstante, obsérvese que el texto legal habla de “entrega” o “puesta a disposición” de la persona legitimada para recibir las mercancías (puesta a disposición que producirá los mismos efectos que la entrega). Esta particular fórmula utilizada por el legislador está destinada a amparar situaciones en las que, una vez puestas las mercancías a su disposición, el destinatario rehúse su recepción de forma injustificada o no proceda a recibirlas pese a habersele notificado debidamente de su llegada.

De modo similar a las Reglas de la Haya-Visby en materia de responsabilidad del porteador marítimo, la LNM condiciona la viabilidad de la reclama-

ción por responsabilidad del operador portuario, en caso de pérdida o daño, a la realización de *reservas o protestas por escrito* por parte de los sujetos con derecho a la entrega de las mercancías, con descripción general de su naturaleza. El periodo dentro del cual deben efectuarse tales reservas o protestas variará según se trate de daños aparentes o no aparentes:

a) En el caso de *daños aparentes*, las reservas o protestas deberán ser realizadas en un plazo de tres (3) días laborables siguientes a la entrega.

b) En el supuesto de *daños no aparentes*, el plazo será de quince días (15) naturales.

La ausencia de tales reservas o protestas generará una presunción *iuris tantum* a favor del operador de que las mercancías fueron entregadas en el mismo estado y condición descritos en el recibo de recepción o, si no se hubiera emitido dicho recibo, en buen estado y condición. Presunción que deberá ser destruida por el reclamante mediante la necesaria aportación de prueba en contrario.

Observamos, no obstante, que en materia de plazos la LNM establece un régimen diferente al previsto para el transporte. Efectivamente, el art. 285 de la LNM dispone, en el contexto del contrato de fletamento, que el destinatario deberá dar al porteador o a su agente aviso escrito de la pérdida o daño sufridos por las mercancías durante el siguiente día laborable al de su entrega (en caso de ser aparentes) o dentro de los tres días laborables siguientes al de la entrega (si la pérdida o daño no fueran aparentes). Dada la diferencia sustancial de plazos (más amplios en el régimen aplicable al operador portuario), los reclamantes podrían tender a plantear sus reclamaciones contra éste, en lugar de frente al porteador.

Con carácter adicional, la LNM impone una obligación específica al operador portuario cuando actúe por cuenta de los cargadores o destinatarios de las mercancías: deberá efectuar en tiempo y forma las protestas o denuncias sobre su estado y condición en el momento en que las reciba del transportista (terrestre, en el puerto de carga, o marítimo, en el puerto de descarga). Dispone el legislador que en el supuesto de no efectuar tales protestas o denuncias o realizarlas de modo extemporáneo, el operador portuario será indefectiblemente responsable del perjuicio causado a sus mandantes (art. 330.2 LNM).

Al margen de lo anterior, el legislador establece que el régimen de responsabilidad del operador portuario y su limitación (a la que nos referiremos en el próximo epígrafe) será aplicable a toda acción que tenga por objeto una indemnización por daños, pérdidas o retrasos sufridos por las mercancías ma-

nipuladas, con independencia de cuál sea el procedimiento en que se ejercite dicha acción, así como su fundamento, sea *contractual o extracontractual* y tanto si se dirige contra el operador portuario o contra sus auxiliares (debiendo entenderse por éstos, tanto los colaboradores dependientes como los independientes o subcontratados).

El sistema utilizado por la LNM en materia de responsabilidad del operador o manipulador portuario tiene un doble objeto:

I. En primer lugar, la evitación de situaciones en las que los reclamantes, en aras a obviar el régimen de responsabilidad y los límites establecidos legalmente, dirijan sus acciones por vía extracontractual; y

II. En segundo lugar, la extensión de dicho régimen a los auxiliares del operador para, con ello, impedir que los reclamantes eviten su aplicación, incluida la referida limitación cuantitativa de la deuda resarcitoria. En definitiva, según destacan ciertos autores⁶, el legislador se hace eco, en este aspecto, de la típica protección operada por las clásicas Cláusulas *Himalaya*.

En cuanto a la *legitimación activa* para reclamar la responsabilidad del operador portuario, la LNM la concede tanto a aquella parte con la quien contrató las operaciones de manipulación de las mercancías, como al destinatario de las mercancías transportadas cuya manipulación haya sido asumida por el porteador, el transitario o el comisionista de transporte. En este último caso, según ya apuntábamos en anteriores líneas, el destinatario tendrá derecho a plantear una *acción directa* contra el operador portuario, sin perjuicio de poder también dirigir su reclamación frente a dicho porteador, transitario o comisionista de transporte (art. 336 LNM).

2. Limitación de responsabilidad

La institución de la limitación de responsabilidad, propia del Derecho marítimo, es aplicable a la figura del operador portuario y viene expresamente recogida por la LNM en su art. 334.

En su configuración, el legislador ha optado por utilizar un sistema híbrido inspirado, de un lado, en las Reglas de La Haya-Visby (al regular el límite de responsabilidad por daño o pérdida) y, de otro, en las Reglas de Hamburgo (cuando fija el límite por retraso en la entrega de las mercancías).

Como puede verse, el límite de responsabilidad aplicable a la actividad de

⁶ GABALDÓN GARCÍA, J.L.: “Compendio de Derecho Marítimo Español”, Ed. Marcial Pons, 2016.

manipulación portuaria dependerá del tipo de incumplimiento que origine el perjuicio causado al usuario de los servicios:

(i) *Pérdida o daño:*

En los casos de pérdida o daño en las mercancías, el límite quedará determinado por el peso bruto de las mismas. Establece la ley que, en este supuesto concreto, el importe máximo de indemnización estará limitado a una suma equivalente a dos derechos especiales de giro, definidos por el Fondo Monetario Internacional, por kilogramo de peso bruto (2 DEG/kg).

Contiene el texto legal una previsión específica en caso de que el perjuicio afecte al valor de otra parte del cargamento, al señalar que cuando la pérdida o daño de una parte de la mercancía afecte al valor de otra parte, se tendrá en cuenta el peso total de las mercancías perdidas o dañadas y de las mercancías cuyo valor haya resultado afectado, a los efectos de determinar el límite de responsabilidad.

(ii) *Retraso:*

Si el incumplimiento del operador tiene su origen en el retraso en la entrega de las mercancías, su responsabilidad quedará limitada a una suma equivalente a dos veces y media el importe de la remuneración que deba pagársele por sus servicios con respecto a las mercancías que hayan sufrido el retraso, sin exceder de la cuantía total de la remuneración debida por la remesa o cargamento de que formen parte esas mercancías.

Aclara el legislador que en los casos en los que se produzca *acumulación de responsabilidades* (es decir, responsabilidad acumulada por pérdida o daño más la derivada de retraso), en ningún caso el límite máximo indemnizatorio superará la suma que resultaría aplicable por pérdida total de las mercancías en aplicación del límite de 2 DEG por kilogramo de peso bruto.

Debemos reiterar en este punto, por su relevancia, que el régimen de limitación de responsabilidad del operador portuario será aplicable a toda reclamación por daño, pérdida o retraso, sin distinguir si la misma se plantea por vía contractual o extracontractual y ya se dirija contra el propio operador o contra los auxiliares que pueda haber empleado para la prestación de los servicios de manipulación.

Como cierre de este epígrafe, es necesario hacer referencia a la posibilidad de *pérdida del derecho al límite de responsabilidad* del operador encargado de la manipulación portuaria de mercancías. Aquí el legislador no establece una norma directa, sino una remisión a los supuestos de pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad del porteador previstos en el artículo 4.5.e) de las Reglas de Haya-Visby, disponiendo que serán asimismo aplica-

bles al operador de manipulación portuaria. Por ende, a través de la referida remisión expresa al régimen del Convenio, el operador portuario se verá privado de tal beneficio y no podrá acogerse al mismo si se acredita que el daño es resultado de un acto o de una omisión del operador, que se produjo o con intención de provocar un daño o temerariamente y con conocimiento de que probablemente de ello se deduciría un daño (es decir, pérdida del derecho a limitar la responsabilidad en supuestos de dolo o dolo eventual).

IV. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

De conformidad con lo previsto en el art. 337 de la LNM, las reclamaciones por daños, pérdida o retraso de las mercancías objeto del contrato de manipulación portuaria prescribirán a los *dos años* de haber sido entregadas por el operador responsable.

Añade dicho precepto que en el supuesto de pérdida total de las mercancías en cuestión, el plazo señalado anteriormente empezará a contar desde el día en que hubieran debido ser entregadas.

Debe destacarse que la ley establece, en materia de prescripción, un plazo más amplio para el operador portuario que el previsto para el transportista marítimo (plazo de 1 año regulado por el art. 286 de la LNM). Cierta doctrina⁷ mantiene que dicha diferencia de plazo tiene como objetivo facilitar al porteador, que ha sido demandado por la parte con derecho sobre las mercancías, el ejercicio de las acciones que puedan asistirle contra el operador portuario.

En cuanto al *dies a quo*, la LNM sigue la fórmula ya prevista en la Reglas de la Haya-Visby, el CRET (art. 12) o en la propia LNM (véase su art. 286 en materia de responsabilidad del porteador), por lo que se produce en este punto una verdadera equiparación entre el régimen del contrato de fletamento y el previsto para el contrato de manipulación portuaria.

V. DERECHO DE RETENCIÓN

Finalmente, otorga la LNM en su art. 338 un *derecho de retención* a favor del operador portuario sobre las mercancías que obren en su poder, hasta tanto no perciba el precio pactado por sus servicios.

Se constituye tal derecho como una garantía especial de aseguramiento

⁷ ARROYO MARTÍNEZ, I: “Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de Julio, de Navegación Marítima”, Ed. Civitas, 2016.

del cobro de la contraprestación por los servicios realizados por el operador portuario.

Conforme a la Exposición de Motivos de la LNM, se reconoce dicha posición al operador portuario como compensación al régimen de culpa presunta establecido en el Capítulo IV y al que nos hemos referido anteriormente.

No obstante, la brevedad con la que la ley contempla el derecho de retención ha llevado a algún sector de la doctrina⁸ a plantearse dudas sobre su contenido y extensión (concretamente, sobre si la garantía legal debe limitarse exclusivamente a las mercancías retenidas o también a otras mercancías manipuladas por encargo del mismo deudor). Sobre esta cuestión, algún autor se ha decantado por la no extensión, de tal suerte que el derecho de retención quedaría limitado estrictamente a las mercancías cuya manipulación hubiere devengado la deuda (por la necesaria conexión entre el crédito y la mercancía objeto de retención), solución que, en todo caso, estará sometida a la interpretación y refrendo de los tribunales.

Si bien la LNM concede al porteador los derechos de depósito y venta de las mercancías (vide art. 237.2), no contiene una previsión similar y expresa aplicable en el seno del contrato de manipulación portuaria. Ante esta laguna legal, la doctrina se divide, considerando algunos autores que la vía ofrecida por el legislador al porteador beneficiaría también al operador portuario, mientras que otros estiman que los procedimientos de depósito y venta de mercancías y de enajenación de efectos mercantiles averiados, previstos en los Capítulos IV y VI del Título X de la LNM (relativo a la “Certificación pública de determinados expedientes de Derecho marítimo”), quedarían reservados al porteador y no podrían ser invocados por el operador portuario (opinión que parece más acorde con la literalidad de la ley).

Por lo que se refiere a la oponibilidad del derecho de retención frente a terceros, tampoco la ley ofrece ninguna respuesta. Si bien la redacción genérica de la LNM pudiera dar cabida a la invocación de tal derecho frente a cualquier persona que exija la entrega de las mercancías en poder del operador, la naturaleza del derecho de retención, como una facultad esencialmente personal y cuya eficacia está limitada a la relación entre las partes, haría decantarse por una solución negativa a tal cuestión.

No podemos finalizar este apartado sin advertir que, en cualquier caso, el derecho de retención del operador portuario se verá limitado en el supuesto

8 PULIDO BEGINES, J.L., “Curso de Derecho de la Navegación Marítima”, Ed. Tecnos, Madrid 2015.

de insolvencia del deudor que se encuentre en situación concursal. Así, el art. 59 bis de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) regula la *suspensión del derecho de retención* al disponer que, una vez declarado el concurso, quedará suspendido el ejercicio del derecho a retener bienes y derechos integrados en la masa activa. Anotación práctica que deberá tener presente todo operador portuario a la hora de garantizar el cobro del precio de sus servicios.

BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ RUEDA, C.F.: *“El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías”*, Departamento de Transportes y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Vitoria, 2005.
- GARCIA ALVAREZ, B.: *“La carga y descarga en el contrato de transporte de mercancías”*, Marcial Pons, Madrid 2011.
- ARROYO MARTÍNEZ, I: *“Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de Julio, de Navegación Marítima”*, Ed. Civitas, 2016.
- GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *“Compendio de Derecho Marítimo Español”*, Ed. Marcial Pons, 2016.
- ARIAS VARONA, F.J., “El contrato de manipulación portuaria”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTIN OSANTE, J.M. “Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima”, Marcial Pons, Madrid, 2015.
- PULIDO BEGINES, J.L., “Curso de Derecho de la Navegación Marítima”, Ed. Tecnos, Madrid 2015.

EL CONTRATO DE PRACTICAJE

Alicia Velasco Nates
Abogada

*A Carlos, mi hermano, fallecido en las fechas
en que escribía este artículo (D.E.P)*

Resumen: El presente artículo analiza, en primer lugar, los aspectos característicos tanto del servicio como del contrato de practicaje, y ello teniendo en cuenta la interconexión existente entre ambos aspectos. Posteriormente, se analiza la viabilidad legal de evitar la limitación de responsabilidad consagrada para los prácticos y para las autoridades portuarias en la vigente Ley de Puertos. Adicionalmente, se efectúa también un estudio acerca de la posibilidad legal de entablar una reclamación patrimonial contra la Administración por accidentes o daños derivados de una deficiente prestación del servicio de practicaje y la eventual compatibilidad de ejercitar acciones de derecho público y privado.

Palabras clave: Practicaje, Limitación responsabilidad prácticos, Reclamación patrimonial por deficiente servicio de practicaje, Compatibilidad acciones derecho público y privado.

Abstract: This article primarily analyses the distinctive aspects of both the pilotage service and contract whilst considering the existing interconnection between both aspects. It then moves on to study the legal feasibility of avoiding the guaranteed limitation of liability for pilots and port authorities under the current Spanish Law on State Ports and Merchant Marine. Furthermore, it assesses the legal possibility of filing a claim against the Administration for accidents or damages resulting from poor provision of pilotage services and the potential compatibility between the exercise of actions under public law and those under private law.

Keywords: Pilotage, Limitation of liability of pilots, Damages claim for inadequate pilotage service, Compatibility between actions under public law and private law.

I. INTRODUCCIÓN

En la primera memoria de la federación de prácticos de 22 de junio de 1909, D. Ernesto Anastasio Pascual (figura clave en la organización colectiva de los prácticos españoles), manifestaba que *un práctico no es más que un marino dedicado a la especialidad del puerto*.

De la luz de las velas de cera iniciales que se utilizaban para señalar a los barcos un sitio seguro para su atraque, se ha pasado al sistema GPS.

Si nos remontamos a la historia, ya en la antigua Babilonia en el Código de Hamurabi (sobre 1700 A. C.) y, más tarde, en las Leyes Rodias (siglo III), aparecen referencias respecto a los derechos de practicaje. En algunas normas del siglo XVI se constata también la obligación de contratar prácticos para entrar en el río de Sevilla por la necesidad de evitar un naufragio que impidiera entrar en el río. Sin embargo, la primera norma que regula el practicaje obligatorio se encuentra en las Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y leal Villa de Bilbao, aprobadas por Felipe V en 1737, si bien la primera ley con carácter general no se promulga hasta las Ordenanzas Generales de la Armada de 1793, durante el reinado de Carlos III. Estas Ordenanzas contienen ya las características fundamentales de lo que es el servicio de practicaje: obligatoriedad de contratar el servicio, pago del mismo por los buques que lo utilizan, necesidad de nombramiento oficial para poder ejercer de práctico y dependencia del capitán del puerto.

En el presente artículo, se analizarán, en primer lugar, determinados aspectos básicos relativos tanto al contrato como al servicio de practicaje ya que, dada la interconexión entre el servicio y el contrato de practicaje, no se podrían analizar debidamente los aspectos contractuales sin tener en cuenta los aspectos relativos al servicio. En segundo lugar, se analizarán determinados aspectos conflictivos legalmente relativos al practicaje, como son la viabilidad legal de poder evadir la limitación de responsabilidad consagrada para los prácticos y las Autoridades Portuarias en la vigente Ley de Puertos, así como la viabilidad de entablar una reclamación patrimonial contra la Administración por accidentes o daños derivados de una deficiente prestación del servicio de practicaje y su eventual compatibilidad con el ejercicio de acciones de derecho público y privado.

II. DEFINICIÓN

El practicaje es un servicio portuario que, junto con el amarre y remolque, constituyen los tres servicios técnico náuticos establecidos en el Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 126 de dicha Ley, se entiende por practicaje el servicio de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes, prestado a bordo de éstos para facilitar su entrada y salida a puerto y las maniobras náuticas dentro de éste y de los límites geográficos de la zona

de practicaaje, en condiciones de seguridad y en los términos que se establecen en esta Ley, en el Reglamento regulador de este servicio y en el Pliego de Prescripciones Particulares del mismo. Por su parte, el artículo 279 del mismo cuerpo legal (la Ley de Puertos) define al practicaaje como el servicio de asesoramiento a capitanes de buques y artefactos flotantes definido en el art. 126.1 de esta Ley.

Por otro lado, el practicaaje es definido también en el art. 325 de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima como el contrato por el que una persona denominada práctico se obliga, a cambio de un precio, a asesorar al capitán en la realización de las diversas operaciones y maniobras para la segura navegación de buques por aguas portuarias o adyacentes.

Por lo que respecta al práctico, el mismo es definido también en el art. 2.e del Real Decreto 393/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaaje como la persona que previa su correspondiente habilitación y nombramiento, asesora a los capitanes de buques y artefactos flotantes para facilitar su entrada y salida de los puertos, ríos, rías o barras, fondeaderos, boyas, cargaderos exteriores y diques, en los movimientos tanto interiores como exteriores de los buques, en fondeos, atraques y desatraques, así como en otras áreas, indicando la derrota conveniente de la nave y las maniobras náuticas necesarias para una mayor seguridad de la navegación.

Como se puede observar, la nota principal del servicio de practicaaje es que se trata de un servicio de asesoramiento técnico para la navegación con seguridad de los buques. Resulta curioso observar que si bien el art. 126 de la Ley de Puertos de 2011 habla de asesoramiento a buques y “*artefactos flotantes*”, no se contiene, en cambio, ninguna referencia a los artefactos flotantes en el art. 325 de la Ley de Navegación Marítima.

Dicha omisión podría haber sido un olvido del Legislador, si bien sorprendería el mismo teniendo en cuenta que el art. 58 de la Ley de Navegación define expresamente los artefactos navales (“*construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación*”). Este aparente olvido contenido en el art. 325 de la Ley de Navegación Marítima, sorprende también si se tiene en cuenta que el art. 6 de la Ley de Navegación Marítima establece que las normas del Título I (“*Ordenación Administrativa de la Navegación*”), se entenderán referidas también a los artefactos navales, es decir, la Ley de Navegación ha contemplado expresamente a los artefactos navales en diversos apartados de la misma.

III. JUSTIFICACIÓN

Tradicionalmente, la existencia del practicaaje se ha justificado diciendo que la entrada o salida de un buque de un puerto genera peligros, que conviene evitar. En este sentido, se suelen esgrimir motivos de preservación de la seguridad marítima y de la vida humana en el mar, así como motivos de buena organización de la operatividad de los puertos y de protección del medio ambiente marino.

A tales efectos, se considera que la pericia y conocimientos de los capitanes no son suficientes para poder evitar dichos peligros, pues por mucho que sea la pericia y destreza del capitán, es necesaria la intervención de un práctico pues cada puerto tiene sus peculiaridades propias de anchura, extensión, tráfico., las cuales no pueden ser suplidas por los conocimientos de aquel, sino que se hace preciso adicionar también los conocimientos de un práctico. El tradicional apretón de manos entre el práctico y el capitán, cuando aquel sube a bordo está lleno de simbolismo ante el trabajo, en muchas ocasiones difícil y con riesgos, que se va a llevar a cabo.

En efecto, la entrada en el puerto sin el asesoramiento del práctico genera una situación de peligro, no solo para el propio buque, sino también para los demás usuarios del puerto, lo que obliga a introducir consideraciones de protección no solo para bienes (los buques y las instalaciones del propio puerto), sino también para las personas, por lo que se estima necesaria la intervención de los prácticos, pues, como acabamos de decir, cada puerto tiene sus peculiaridades, anchura, extensión, tráfico., y se considera que de no recibirse este asesoramiento se está poniendo en peligro el buque y todo su entorno¹.

IV. REGULACIÓN LEGAL

Dado que en el practicaaje confluyen aspectos públicos y privados, en su regulación inciden tanto normas administrativas como de derecho privado, si bien existe una importante interconexión entre ambos aspectos, por cuanto el contenido básico del contrato viene en parte definido por las normas que regulan el servicio.

El aspecto público del practicaaje está ligado al hecho de su carácter de servicio portuario que pretende garantizar la seguridad en los puertos. Por

1 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010. Sección Tercera. (Recurso 4894/2007).

su parte, la vertiente privada deriva de las relaciones que se generan entre el práctico y el naviero/capitán las cuales se regulan por las normas del derecho privado de los contratos.

Desde la perspectiva pública, el practicaaje está regulado principalmente en el Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (arts. 126 y 279 a 281), así como en el Real Decreto 393/1996 de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaaje. Por su parte, la Orden FOM 1621/2002 de 20 de julio regula los supuestos en los que es posible pedir una exención de la obligatoriedad del servicio de practicaaje (BOE Núm. 155 de 29 de junio de 2002). El reconocimiento de la capacitación profesional para la prestación del servicio de practicaaje portuario está regulado en la Orden FOM/2417/2007 de 25 de julio de (BOE Núm. 188 de 7 de agosto de 2007).

Desde la perspectiva privada, el practicaaje está regulado por su parte en los artículos 325 a 328 de la Ley de Navegación Marítima.

Por su parte, la eventual discrepancia entre práctico y autoridad portuaria está regulada en el art. 21 del Reglamento de Practicaaje de 1996. En el ámbito privado, en caso de discrepancia entre el Práctico y Capitán, el art. 327 de la Ley de Navegación Marítima concede preeminencia al criterio del Capitán.

V. TIPOS DE PRACTICAJE

Pueden distinguirse cuatro clases de practicaaje de conformidad con lo prevenido en el art. 2.2 del RD 393/1996, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaaje (de aquí en adelante Reglamento de Practicaaje de 1996), que son los siguientes:

1. Practicaaje de entrada.
2. Practicaaje de salida
3. Practicaaje de maniobras
4. Practicaaje voluntario.

El practicaaje de entrada consiste en el servicio de asesoramiento que prestan los prácticos para dirigir con seguridad un buque o artefacto flotante de acuerdo con las disposiciones particulares de cada puerto, hasta su destino en zona portuaria.

El practicaaje de salida consiste, por su parte, en el servicio de asesoramiento que se presta para dirigir con seguridad un buque o artefacto flotante

desde su lugar de atraque, fondeo, boya, dique pantalán, dique seco o varadero, hasta los límites geográficos de la zona de practica de acuerdo con las disposiciones particulares de cada puerto.

El practica de maniobras náuticas en el interior del puerto es el servicio de asesoramiento para trasladar un buque o artefacto flotante desde un lugar a otro dentro de los límites del servicio de practica.

Y finalmente, el practica voluntario es el servicio de asesoramiento prestado por el práctico a buques o artefactos flotantes, a solicitud del capitán, fuera de la zona de practica del puerto o el que se presta en puerto en los supuestos en los que no es obligatoria la contratación del servicio.

VI. COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN MARÍTIMA Y PORTUARIA

Las competencias de la Administración Marítima están reguladas en el artículo 279.5 de la Ley de Puertos de 2011. Entre las competencias que tienen atribuidas está la de establecer la necesidad de existencia en un puerto de servicio de practica o la no obligatoriedad, la determinación de los requisitos profesionales y de titulación mínimos de los aspirantes a prácticos, determinación de las condiciones de formación permanente y de reciclaje, decisión de realización de la maniobra de practica en caso de discrepancia entre prácticos y administración portuaria y la suspensión de la habilitación del práctico.

Por su parte, las competencias de las Autoridades Portuarias relativas al practica están establecidas en el art. 6 del Reglamento de Practica de 1996, en el cual se decreta que la Autoridad Portuaria es la titular del servicio de practica y establecerá las condiciones de prestación de éste, las tarifas aplicables a los usuarios, el control de la prestación y la competencia sancionadora, la determinación del número de prácticos necesarios para prestar con seguridad el servicio. En el caso del servicio de practica en forma indirecta, será quien establezca las condiciones técnicas, económicas y de calidad.

VII. CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO Y DEL CONTRATO

La principal característica del servicio de practica es que el mismo ha de prestarse obligatoriamente en todos los puertos que dependan de la Administración General del Estado en los que ello resulte preciso por razones de segu-

ridad marítima. Esta obligatoriedad se establece para todos los buques, con un arqueo igual o superior a 500 G.T. así como para las maniobras náuticas que estos buques precisen efectuar dentro del puerto (art. 8 8 del Reglamento General de Practicaje de 1996).

A pesar de esta obligatoriedad del servicio resulta, sin embargo, viable obtener exenciones temporales a la obligatoriedad de utilización del servicio, si bien esta exención temporal ha de concederse mediante resolución motivada, teniendo en cuenta (entre otros factores) el conocimiento preciso que sobre el puerto tenga el capitán, frecuencia de entrada y salidas. A los supuestos de exención se refiere el art. 9 del Reglamento de Practicaje de 1996 y la Orden FOM 1621/2002 de 20 de julio, por la que se regulan las condiciones para el otorgamiento de exenciones al servicio de practicaje.

En otro orden de cosas, hay que tener en cuenta que, entre otros, están excluidos de esta obligatoriedad los buques de guerra nacionales en determinadas circunstancias.

Por su parte, las principales características del contrato de practicaje son la de tratarse de un contrato oneroso y consensual (se perfecciona por el simple consentimiento, sin necesidad de que conste por escrito). Asimismo, hay que recabar en que el contrato lo efectúa el capitán con el práctico individualmente.

VIII. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Tradicionalmente, la mayoría de nuestra doctrina se ha inclinado por calificar de arrendamiento de obra al practicaje, alegando que no se dan las notas de sumisión y dependencia que requiere el arrendamiento de servicios (el práctico no formaría parte de la dotación del buque). Sobre esta base, el práctico gozaría de autonomía total sin estar sujeto a las instrucciones del receptor.

En apoyo de esta calificación como arrendamiento de obra, se podía esgrimir el art. 9 del Reglamento General de Practicaje de 1958 (derogado por el Reglamento de Practicaje de 1996), en cuanto el mismo calificaba al práctico como asesor técnico del capitán, asesoramiento que se ampliaba en su art. 1 ampliaba hasta que se hubiera conseguido la realización de la maniobra comprometida.

Sin embargo, como se puede ver en la definición de practicaje contenida en la legislación actual y a la que nos hemos remitido anteriormente, no se contiene en la misma ninguna referencia a la obligatoriedad de conseguir la

realización de la maniobra comprometida. Ello unido a la definición que se hace del practicaaje como servicio de asesoramiento técnico, hace que actualmente se pueda decir que el contrato de practicaaje tenga más connotaciones de arrendamiento de servicios que de arrendamiento de obra, y lo cual implica que la obligación de los prácticos sea una simple obligación de medios, y no de resultado (dato con importantes consecuencias prácticas de cara a la determinación de la responsabilidad). La autonomía y e independencia de que goza el práctico no sería óbice para esta calificación como arrendamiento de servicios, según manifiesta una parte de nuestra doctrina².

Pero si bien en las definiciones legales actuales de practicaaje no se hace referencia propiamente a la obligación que tendría el práctico de conseguir la maniobra comprometida, resulta que, al tiempo de regularse los tipos de practicaaje en el art. 2.2 del RD 393/1996 por el que se aprueba el Reglamento General de Practicaaje, sí se hace, en referencia a la obligación que existiría de conseguir el objetivo de dirigir con seguridad el buque, por lo que si bien a la luz de las definiciones que se hacen de practicaaje en la Ley de Navegación y en la Ley de Puertos de 2011 (art.. 325 y arts. 126.1 y 279 respectivamente) parecería estarse ante un arrendamiento de servicios, esta conclusión podría quedar cuestionada no obstante por la referencia que se hace al objetivo de dirigir con seguridad el buque, que se efectúa en el art. 2.2 del Reglamento General de Practicaaje.

IX. OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL CONTRATO

Entre las obligaciones del práctico, podemos citar las siguientes:

1) Asesorar técnicamente al capitán acerca de la maniobra que conviene para realizar en condiciones de seguridad para la entrada o salida del puerto, y cuyo asesoramiento ha de ser exacto y completo.

2) Planificar conjuntamente con el capitán la maniobra del buque, intercambiando la información necesaria para ello (art. 326.1 LNM). De hecho, en la práctica no han sido infrecuentes los accidentes sufridos por una falta de comunicación adecuada entre el práctico y el capitán, la cual es fundamental si se tiene en cuenta el práctico necesita conocer las características del buque y el capitán necesita, por su parte, saber qué maniobra tiene prevista realizar el barco.

² RUIZ SOROA, J.M y GABALDÓN GARCÍA, J.L. *Manual del Derecho de la Navegación Marítima*. Marcial Pons, Madrid, 1999.

3) Colaborar recíprocamente con el capitán durante la ejecución de la maniobra, aunque el capitán tiene una superior autoridad en lo que tiene que ver con el gobierno y dirección náutica (art. 326.2 de la Ley de Navegación Marítima).

Por su parte, las obligaciones fundamentales del naviero/capitán del barco, serían las siguientes:

1) Abonar el precio del servicio, el cual se fija por la Autoridad Portuaria por medio de un sistema de tarifas (art. 6.1 del Reglamento General de Practicaje de 1996).

2) Obligación de que el capitán del barco de acudir al puente y asumir directamente el gobierno del buque en las maniobras de entrada y salida al puerto (art. 182.2 de la Ley de Navegación).

3) Colaborar con el práctico durante la ejecución de la maniobra y hacer una planificación conjunta de la misma.

X. RESPONSABILIDAD DEL PRÁCTICO

La responsabilidad del práctico se origina cuando se causan daños o accidentes al buque o a terceros por inexactitud u omisión en el asesoramiento que el práctico debe prestar (art. 328 LNM).

A este respecto, hay que tener en cuenta que, contrariamente a lo que sucede en el contrato de transporte marítimo, el art. 328 de la LNM no sienta propiamente una presunción de responsabilidad por culpa del práctico, por lo que será necesario probar fehacientemente la culpa del práctico en caso de que se le quiera hacer responsable de los daños.

Los daños por los que el práctico habrá de responder son los daños que le son imputables exclusivamente a él. Sin embargo, en la práctica resulta a veces difícil poder atribuir toda la culpa de un accidente o daño al práctico, ya que no son infrecuentes los supuestos en que existe culpa compartida con el capitán, naviero y/o Autoridad Portuaria, por lo que la responsabilidad personal del práctico no resulta excluyente de la del capitán. Consciente de esta realidad, el art. 328.3 de la Ley de Navegación Marítima establece que, en caso de que exista culpa compartida, responderán solidariamente también el capitán y el armador.

Dada esta solidaridad con la que responden armador y práctico en casos de culpa compartida, es posible que el reclamante decidiese reclamar toda la responsabilidad al armador, dejando al margen al práctico, decisión que podría tomar también por razones de que la cantidad que podría obtener del

armador por limitación sería superior a la que podría obtener del práctico. Sin embargo, en este supuesto habría que contar con la posibilidad de que el armador tratase de eximir la responsabilidad alegando que se está ante una falta náutica, por la cual el armador podría estar exonerado de responsabilidad de conformidad con lo prevenido en el artículo IV.2.a de las Reglas de la Haya Visby, en cuyo caso podría no obtenerse resarcimiento.

Asimismo, y si bien la Ley de Navegación no lo explicita, pudiera ser también que únicamente hubiera ocurrido culpa del capitán por los daños acaecidos durante la entrada del buque a puerto. En este sentido baste reparar, por ejemplo, en los supuestos de daños causados porque el capitán se ha negado a seguir las instrucciones recibidas del práctico y/o porque ha errado en la cumplimentación de las instrucciones recibidas. Es evidente que en este caso la culpa será del capitán por entero, y no del práctico.

Asimismo, repárese en un supuesto en el que, como de hecho ha acaecido ya en la práctica, se originaran daños o accidentes debido a que el capitán decide omitir el asesoramiento del práctico a la entrada o salida del puerto porque considera que él tiene la suficiente destreza y pericia para ejecutar la maniobra de entrada o salida (Cfr. Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010 –Recurso 4894/2007–). Es evidente que en este último supuesto, además de la preceptiva sanción por omitir la contratación de práctico, no tendría sentido derivar responsabilidades al práctico.

XI. LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL PRÁCTICO: ESTUDIO DE LA VIABILIDAD LEGAL DE EVADIR DICHA LIMITACIÓN

El art. 328.4 de la Ley de Navegación Marítima establece que resultarán de aplicación las reglas de limitación de responsabilidad de armadores y prácticos en los supuestos de responsabilidad.

La limitación de responsabilidad de armadores en relación con el contrato de transporte vendrá establecida en un amplio número de supuestos por lo decretado en las Reglas de la Haya-Visby y en los arts. 392 de la Ley de Navegación. Las Reglas de la Haya -Visby establecen una limitación de 2DEG por Kg. peso bruto o 666,67 DEG por bulto o unidad, aplicándose la que resulte más elevada, a salvo de que concurra dolo o declaración de valor, en cuyo caso podrá llegarse a abonar la totalidad del importe (art. 4, 5º, letra a de las Reglas de la Haya Visby).

Por su parte, la limitación de responsabilidad del práctico está establecida en el art. 281 de la Ley de Puertos de 2011, el cual establece que no podrá exceder de la cuantía de 20 euros por unidad de arqueo bruto del barco para el que presta el servicio, con un tope de un millón de euros. La limitación establecida para los prácticos en la Ley de Puertos se extiende a supuestos en los que el perjudicado pudiera ser el propio naviero, por cuanto el art. 281 de la Ley de Puertos no contempla ninguna excepción al respecto.

Llegados a este punto, cabría cuestionarse si estaría justificada el establecimiento de una limitación de responsabilidad para los prácticos, por cuanto si bien el instituto de la limitación de responsabilidad es característico de la actividad naviera, la limitación establecida para los prácticos trasciende dicha actividad naviera para alcanzar a una actividad auxiliar marítima.

En efecto, y aunque en un principio esta extensión podría ser cuestionable al no concurrir en principio los motivos que tradicionalmente han sustentado la limitación de responsabilidad del naviero, algún sector de nuestra doctrina ha intentado justificar dicha extensión de la limitación de responsabilidad a los prácticos diciendo que la limitación es en sí misma un principio característico del Derecho de la Navegación, que se extiende a todas las actividades náuticas. Asimismo, y en apoyo de la existencia de esta limitación de responsabilidad de los prácticos en nuestra legislación, cabe invocar el argumento de que en derecho comparado tiende claramente también al establecimiento de una limitación de responsabilidad de los prácticos.

Asimismo, cabría preguntarse si pudiera ser factible tratar de evadir la limitación de responsabilidad del práctico establecida en el art. 281 de la Ley de Puertos de 2011 argumentando, por ejemplo, que ha concurrido dolo o culpa grave del práctico, y ello teniendo en cuenta que los cuerpos legales de transporte acostumbra a no declarar aplicable la limitación de responsabilidad en casos de dolo o culpa grave. Así, en el ámbito marítimo por ejemplo, el artículo 4, número quinto, letra e) de las Reglas de la Haya Visby, dispone que el porteador no podrá beneficiarse de la limitación de por pérdida o daños en las mercancías, *“si se demuestra que los daños se deben a una acción u omisión del porteador que ha tenido lugar (...) con intención de provocar daños”*. En parecido sentido, se pronuncian también el art. 121 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, el art. 29 del Convenio de Ginebra de 19 de mayo de 1956 relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera, entre otros.

Al respecto de esta cuestión, nos encontramos, en primer lugar, con el

hecho de que el art. 281 de la Ley de Puertos de 2011 no establece ninguna excepción a la aplicación del límite de responsabilidad, como sí lo hacen otros cuerpos legales de transporte donde se establece una limitación de responsabilidad (ya hemos expuesto que generalmente en los cuerpos legales de transporte se establece la posibilidad de evadir la limitación en caso de concurrencia de dolo o culpa equiparable al dolo).

En pos de una eventual evasión del límite establecido para el practicaje por la vía de la alegación de la concurrencia de dolo o supuestos asimilados al dolo, se podría invocar tanto lo dispuesto en el art. 1102 como en el art. 1107 del Código Civil. El art. 1102 del Código Civil establece que la responsabilidad derivada de dolo es exigible siempre, mientras que el párrafo segundo del art. 1107 del Código Civil establece que en caso de dolo responderá el deudor de todos los perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

De hecho, en el campo del transporte, nos consta que existe alguna Sentencia que autoriza a evadir la limitación de responsabilidad consagrada legalmente por la vía de lo dispuesto en el art. 1107 del Código Civil. A tales efectos, se podría argumentar el carácter supletorio del Derecho civil. Sin embargo, una eventual extrapolación del art. 1107 del Código Civil al campo de una norma de carácter administrativo como sería la Ley de Puertos donde está consagrada la limitación de responsabilidad del práctico podría encontrarse con el argumento de que, tal y como manifiesta una parte importante de doctrina civilista, el Código Civil no puede ser supletorio de una norma de derecho administrativo, sino únicamente lo podría ser de normas de derecho privado.

En estas circunstancias, entendemos que resultaría cuanto menos cuestionable la viabilidad de tratar de evadir la limitación del quantum resarcible que establece para los prácticos en el art. 281 de la Ley de Puertos de 2011 por la vía de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1107 del Código Civil.

XII. PRESCRIPCIÓN

No se establece ningún plazo específico de prescripción para las acciones derivadas del practicaje, y lo cual sorprende. Ante esta ausencia de regulación específica, las acciones habrán de seguir el régimen general del art. 1964 del Código Civil (cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación).

XIII. VIABILIDAD LEGAL DE ENTABLAR UNA DEMANDA POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN POR UNA DEFICIENTE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE PRACTICAJE Y ESTUDIO DE LA COMPATIBILIDAD DE AMBAS RESPONSABILIDADES (ADMINISTRATIVA Y PRIVADA)

Teniendo en cuenta que la titularidad que del servicio de practicaaje la ostenta la Administración, cabe preguntarse acerca de la viabilidad entablar una demanda por responsabilidad patrimonial contra la Administración en caso de daños o accidentes derivados de un deficiente servicio de practicaaje.

El primer aspecto a considerar a tales efectos sería si el servicio tiene la característica de ser un “*servicio público*”, En este sentido, y en línea de principio, hay que tener en cuenta que la prestación del servicio de practicaaje sí tiene determinadas notas características de un servicio público. Así por ejemplo la titularidad del servicio es de las Autoridades Portuarias, siendo éstas también quienes fijan las tarifas del servicio, otorgan las licencias y tienen asimismo competencias sancionadoras, entre otras. Por su parte, la Administración Marítima, como hemos expuesto, es la que fija la determinación de los requisitos profesionales y de titulación mínimos, la necesidad de existencia o no del servicio de practicaaje, la suspensión o inhabilitación de los prácticos.

La resolución del extremo relativo a la viabilidad de interponer una demanda de responsabilidad patrimonial contra la Administración por una deficiente prestación del servicio de practicaaje no es pacífica, por cuanto, conforme acabamos de decir, un presupuesto esencial para que pueda pedirse responsabilidad patrimonial a la Administración es que se esté ante un servicio público, y a tales efectos, uno de los aspectos fundamentales a considerar es que si las personas que prestan el servicio están adscritas a la Administración, lo que se acostumbra a reconducir tanto el sistema de gestión como a tratar de dilucidar el punto de si los prácticos pueden ser considerados funcionarios públicos.

En el pasado, el art. 5 del Reglamento de Practicaaje de 1958 decretaba que los prácticos estaban subordinados exclusivamente a la Autoridad local de Marina. Ello unido al carácter de servicio público que tendría el practicaaje hace que resultara, en principio, legalmente posible entablar una demanda contra la Administración por responsabilidad patrimonial. De hecho, en la Sentencia dictada en el asunto del Mar Egeo³ se declara haber lugar a la

3 Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2006. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 5^o (RJCA 2006/674).

responsabilidad de la Administración en caso un accidente derivado de una deficiente prestación del servicio de practicaje sobre la base de considerar el servicio de practicaje como un servicio público, prestado por funcionarios públicos, si bien hay que puntualizar que, pese a la calificación como funcionarios públicos que se hacía en la época, a éstos no se les consideraba como funcionarios en sentido estricto, al constituir su actuación un supuesto de ejercicio privado de funciones públicas, siendo ello el motivo por el que se les negaba la condición de funcionarios del Estado⁴.

Sin embargo, después del Reglamento General de Practicaje de 1996 podría resultar cuestionable el que los prácticos tengan la condición de funcionarios públicos por cuanto, si bien concurre la nota esencial de los funcionarios de ser seleccionados y nombrados por el Estado, habría que tener en cuenta que no perciben retribuciones periódicas del Estado, al ser retribuidos por arancel, y no por el Estado, sino por el naviero o quien haya contratado sus servicios.

En estas circunstancias, parece que no estarían vinculados directamente a una Administración Pública, o no al menos en el sentido de estar integrados en ella.

Por ello, un sector doctrinal considera a los prácticos actuales como unos empleados públicos, pero en sentido amplio, a caballo entre la figura del concesionario de servicios o funciones públicas y la del funcionario propiamente dicho o en sentido estricto.

Por su parte, la finalidad pública del servicio de practicaje no resulta cuestionable desde el momento en que el mismo se presta por razones fundamentalmente de seguridad en los puertos y esta seguridad es una necesidad de interés general.

El problema, como venimos exponiendo, es si se trata de una actividad que presta la Administración, lo que nos adentra en el famoso debate del modelo de gestión conforme al cual el servicio sea prestado, de tal forma que un sector doctrinal, mantiene que su configuración va a depender del concreto modelo de gestión utilizado para su prestación en cada momento legislativo, de tal manera que cuando sean los operadores privados los que ostenten la titularidad y gestión del servicio, el practicaje no tendrá la consideración de servicio público, sino de un mero servicio portuario básico.

En los casos en que la titularidad y la gestión del servicio sea pública, en-

4 ZURUTUZA, I: “Responsabilidad de la Administración por la actuación culposa del práctico”. *Revista del Derecho del Transporte* N° 2009. N° 2, págs. 35/70.

tonces la naturaleza será la de servicio público. Por su parte, en caso de que la Administración sea la titular del servicio, pero lo preste indirectamente a través de contratos con entidades privadas, la doctrina maritimista mantiene, con carácter general, que no tendría la consideración de servicio público, si bien la tendencia contraria tiene soporte jurisprudencial en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 –RJ 4487–, y en cuya virtud lo relevante es la existencia de servicio público, independientemente de la forma en la que se preste el mismo.

En la actualidad, el art. 5 del Reglamento de Practicaje de 1996 establece que en los puertos que dependan de la Administración del Estado el practicaje se ejercerá por las Autoridades Portuarias, a través de terceros (en cuyo caso los contratos estarán sujetos al derecho privado) o bien por gestión directa. Por su parte, la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento de Practicaje de 1996, establece que las Autoridades Portuarias deberán contratar los servicios con las respectivas corporaciones de prácticos. Adicionalmente, el art. 109.1 de la Ley de Puertos de 2011, establece que la prestación de los servicios portuarios se llevará a cabo por la iniciativa privada.

En este sentido, y como hemos expuesto, se ha mantenido por no pocos autores que cuando el servicio se presta a través de terceros o por iniciativa privada no se podría hablar de servicio público, al no existir adscripción a la Administración de las personas que prestan el servicio.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el art.35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE Núm. 236 de 2 de octubre de 2015) se podría mantener que si existe responsabilidad de las Administraciones públicas en estos supuestos de prestación del servicio a través de la iniciativa privada, por cuanto dicho precepto establece que cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los arts. 32 y siguientes.

Por su parte, el art. 32 al que se remite el art. 35 establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

Llegados a este punto, es importante destacar que el art. 35 de la Ley 40/2015 establece la responsabilidad de las Administraciones Públicas aún

cuando actúen a través de una entidad de derecho privado, y esta responsabilidad se establece incluso en los supuestos en los que la Administración concurre con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad, de donde se desprende también que la responsabilidad privada podría no ser excluyente en principio de la responsabilidad pública.

Un segundo argumento que podría, en su caso, esgrimirse en favor de poderse entablar una reclamación patrimonial contra la Administración por los actos culposos del práctico la avalaría el hecho de que el art. 281 de la Ley de Puertos menciona expresamente a la Autoridad Portuaria como ente susceptible de limitar la responsabilidad del práctico, lo que podría avalar el hecho de que se entiende que existiría esta posibilidad de reclamar patrimonialmente contra el Estado por los actos del práctico (obviamente, si se declara que la Autoridad Portuaria puede limitar la responsabilidad civil, es porque se presupone que la misma puede incurrir en responsabilidad, ya que no tendría sentido limitar una responsabilidad que se entiende que no existe).

Este segundo argumento tendría, no obstante, el inconveniente de que se podría alegar que la referencia que se hace en el art. 281 de la Ley de Puertos a las Autoridades Portuarias al tiempo de establecer la limitación de responsabilidad de los Prácticos, no estaría pensando propiamente en el hecho de que se pudiera entablar una reclamación patrimonial contra la Administración por los actos de los prácticos, sino sólo en los supuestos en los que el servicio de practicaje fuera gestionado directamente por la Administración (repárese en este sentido que es factible legalmente que la Administración pueda prestar el servicio de practicaje directamente cuando no haya interesados en su prestación). Y en este sentido, se pronuncia un sector de la doctrina maritimista⁵.

Un tercer argumento que, a nuestro entender, podría corroborar también la posibilidad de entablar una reclamación patrimonial contra la Administración lo podría dar también la Ley de Navegación Marítima. En este sentido, se impone hacer constar que la Ley de Navegación Marítima, no se pronuncia sobre la naturaleza jurídica del practicaje ni sobre la condición jurídica de los prácticos. Tampoco explicita la Ley de Navegación Marítima si es factible promover una reclamación patrimonial contra la Administración por una deficiente prestación del servicio de practicaje.

5 RUIZ SOROA, J.M y GABALDÓN GARCÍA, J.L. “Los contratos auxiliares de la navegación”, en *Manual del Derecho de la Navegación Marítima*. Marcial Pons, Madrid, 1999.

Sin embargo, en fase de anteproyecto de esta Ley de Navegación, existió un indicio que podría servir para confirmar la viabilidad de reclamar patrimonialmente al Estado por una deficiente prestación del servicio público de practicaje, y es que en el art. 386.4 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima se establecía que lo decretado en artículos anteriores en cuanto a la responsabilidad del practico, capitán y naviero, se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las reglas de responsabilidad patrimonial de la administración por la prestación de los servicios públicos, aunque matización desapareció después y la misma fue sustituida por la mención “*en los supuestos anteriores, resultaran de aplicación las reglas de limitación de responsabilidad de armadores y prácticos*”.

Esta desaparición de la mención de la posibilidad de entablar una reclamación patrimonial por la actuación del práctico puede interpretarse en el sentido de que se consideró obvio que podría entablarse la misma, y por ende, no se estimó que no había necesidad de hacerlo constar expresamente en la Ley. Sin embargo, algunos autores han interpretado esta supresión de la posibilidad de reclamar patrimonialmente en el sentido de que se quiso quitar dicha posibilidad por razones de que se estaba tendiendo a la privatización del servicio.

Y un cuarto argumento que podría esbozarse (*inter alia*) en pos de la posibilidad de entablar una reclamación patrimonial por los actos del práctico, estaría relacionado con el hecho de que, como hemos expuesto, existe alguna Sentencia de nuestro Tribunal Supremo que establece que el modelo de gestión conforme al cual se preste un servicio público no tiene relevancia al tiempo de decretar si existe propiamente servicio público, por cuanto lo relevante a tales efectos es que se trate de un servicio público propiamente, y no la forma conforme a la cual se gestione el mismo, de tal manera que aún cuando la iniciativa privada sea el modelo de gestión establecido en la Ley de Puertos de 2011, ello no obstaría para su calificación como servicio público, con la consiguiente consecuencia de que se pudiera entablar una reclamación patrimonial contra la Administración por los actos de los prácticos.

Finalmente, cabría asimismo plantearse las razones por las que el reclamante podría considerar más oportuno entablar una reclamación patrimonial contra la Administración que contra el práctico, capitán y/o armador.

A este respecto, se podría considerar, quizás, el hecho de que mediante la reclamación patrimonial a la Administración se podría evadir la limitación de responsabilidad establecida para los prácticos en la Ley de Puertos.

Sin embargo, la antedicha posibilidad parecería quedar descartada, en principio, a tenor de la dicción de lo estipulado en el art. 281 de la Ley de Puertos, el cual establece expresamente una referencia a las Autoridades Portuarias al tiempo de establecer la limitación. Recordemos en este sentido que el art. 281 de la Ley de Puertos estipula que la responsabilidad civil en que pudieran incurrir los prácticos o las Autoridades portuarias en la gestión del servicio de practicaaje, no podrá exceder de la cuantía de 20 euros por unidad de arqueo bruto del barco para el que presta el servicio.

En conclusión:

1) Una eventual responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado por una deficiente prestación del servicio de practicaaje sería viable legalmente en el supuesto de que la Administración prestase el servicio directamente con Prácticos integrados en su organización, es decir, en los supuestos de titularidad y gestión pública.

2) En los supuestos de titularidad pública del servicio y gestión indirecta del mismo (a través de corporaciones de prácticos, por ejemplo), un sector de la doctrina opina que no sería posible entablar una acción por responsabilidad patrimonial ya que, a tales efectos, se considera que la integración de los prácticos en la organización administrativa es un elemento indispensable para la atribución de responsabilidad patrimonial, si bien existe alguna sentencia que declara que es irrelevante la forma de prestación del servicio a los efectos de su consideración como servicio público, y en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989 –RJ 1989,4487-, a lo que hay que añadir el hecho de que el art. 35 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público parece avalar la posibilidad de poder entablar una demanda de reclamación patrimonial contra la Administración en casos de que el servicio se preste a través de iniciativa privada.

3) Por su parte, en los supuestos en los que la titularidad del servicio sea pública pero la prestación del servicio sea por iniciativa privada (titularidad pública y gestión privada), existe también un sector que niega la posibilidad de que en estos casos se pueda entablar una reclamación patrimonial contra la Administración, al no estar los prácticos integrados en la Administración, si bien nuevamente el art. 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público podría avalar la posibilidad de entablar una reclamación patrimonial, al decretar la existencia de responsabilidad de la Administración en los supuestos de que el servicio se preste a través de iniciativa privada.

LOS CONTRATOS DE MEDIACIÓN EN LA EXPLOTACIÓN DEL BUQUE

Carmen Codes Cid
Martín Prieto Sulleiro
Abogados

Resumen: Los corredores marítimos actúan como intermediarios en los contratos relativos a la adquisición y explotación del buque y realizan además otras funciones por cuenta de los propietarios, fletadores, operadores de buques o dueños de la carga, llegando incluso a negociar los contratos en nombre de sus principales. El cobro de la comisión, además del reintegro de los gastos en que haya incurrido en la prestación de sus servicios, es el principal derecho del corredor marítimo. Estos deben seguir siempre las instrucciones de sus principales. La relación entre el corredor marítimo y su principal se regirá por lo pactado entre las partes y, en su defecto, por los usos comerciales.

Palabras clave: Corredores marítimos. Derecho a la comisión. Instrucciones del principal. Usos Mercantiles.

Abstract: Shipbrokers act as intermediaries in contracts related to the acquisition and operation of ships. They also carry out other functions Owners, Charterers, Ship Operators or Cargo interests, including the negotiation of the contracts on behalf of their principal. The main right of the shipbroker is the broker commission plus the reimbursement of the expenses incurred in the performance of his services. Shipbrokers must always follow their principals instructions. The relationship between the shipbroker and the principal is subject to the terms agreed by both parties and, in the absence of any specific agreement, by Commercial Uses.

Keywords: Shipbrokers. Right to Commission. Principal's instructions. Commercial Uses.

I. INTRODUCCION.

1. Generalidades.

La explotación del buque puede llevarse a cabo a través de distintas figuras contractuales, dependiendo del tipo de buque y de la actividad a la que se dedique su armador o propietario. Este puede explotarlo mediante su cesión a un tercero, a cambio de una remuneración, en virtud de contrato de arrendamiento a casco desnudo. O también puede explotarlo realizando él mismo la actividad propia del buque que, en la mayoría de los casos, será el transporte de mercancías y en menor medida el transporte de pasajeros.

El transporte de mercancías por mar puede entenderse dividido en dos grandes categorías: el denominado tráfico *tramp* y el servicio de línea regular o *linner terms*. En el primero, la contratación del buque puede realizarse por un tiempo determinado (arrendamiento a casco desnudo o fletamento por tiempo) o para uno o varios viajes consecutivos (fletamento por viaje).

En todas estas formas de contratación del buque es frecuente que intervengan intermediarios que actúan, bien por cuenta del buque, bien por cuenta del fletador o de los intereses de la carga a transportar.

Estos intermediarios, a los que denominaremos corredores marítimos o *shipbrokers*, comenzaron ejerciendo su actividad de forma circunscrita a un solo puerto y prestando un servicio de carácter semi público, según veremos a continuación. No obstante, el crecimiento del comercio marítimo, unido a los avances tecnológicos y al desarrollo de una estructura de negocio cada vez más compleja, han hecho que la importancia de los corredores marítimos haya crecido de forma exponencial, en paralelo con la profesionalización de su labor. Así, en la actualidad la figura del corredor marítimo se ha convertido en un elemento fundamental en el marco de la negociación, conclusión y ejecución de los contratos de explotación del buque.

2. Antecedentes históricos.

Aunque de forma accesorio y eventual, la participación de intermediarios en el tráfico marítimo, ya sea para mediar entre capitanes y receptores, navieros y fletadores u otros interesados en el transporte de mercancías ha resultado constante a lo largo del tiempo.

Sin embargo, en un primer momento esta figura poseía unos elementos definitorios muy distintos a los que predominan en la actualidad. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737, los denominó “*Corredores de navíos, intérpretes de sus capitanes o maestros y sobrecargas*” y les dedicó todo el capítulo 16, que comprendía 13 artículos. Entre las primeras funciones que esta Regulación les encomendaba estaba la de servir de intérpretes a los Capitanes Extranjeros “*que no saben ese idioma vulgar castellano, pero ayudarán, además, a cualquier mercader o sobrecarga que condujere mercancía*”.

Dicha función interpretativa, junto con el ejercicio de labores de intermediación, tuvo su continuidad en el tiempo, apareciendo en el Código de co-

1 DE GAMECHOGOICOECHEA Y ALEGRIA, F.: *Tratado de Derecho Marítimo Español*, Ed. Grijelmo (1943).

mercio de 1829 con la denominación de “*Corredores Intérpretes de Naves*” y posteriormente, en los artículos 88 a 99 y 112 a 115 del Código de Comercio de 1885, con la denominación de “*Corredores intérpretes de buques*” como una categoría de mediadores y fedatarios mercantiles. Por Real Decreto de 1930 pasaron a denominarse “*corredores intérpretes marítimos*” y se organizaron como Cuerpo Orgánico, con Colegios que sólo podían establecerse en “*las provincias del litoral, en las islas adyacentes y colonias marítimas de la nación*”, en definitiva, en las plazas donde existían puertos de mar. También las Ordenanzas de Aduanas se referían a esta figura, permitiéndoles la intervención en las operaciones de despacho de buques².

Las funciones específicas que se atribuyen al corredor marítimo en el Código de Comercio (artículo 113) y en Real Decreto de 1930 ates citado pueden dividirse en cuatro grupos: a) como fedatarios, para intervenir en los contratos de fletamento, seguro marítimo, préstamos a la gruesa y otros, cuando sean requeridos para ello³; b) como intérpretes, para asistir a los capitanes y tripulación de buques extranjeros haciendo de intérpretes en las declaraciones que hayan de prestar ante los tribunales u oficinas públicas; c) como representantes, para representar en juicio a dichos sujetos; d) como traductores, para traducir los documentos que se hayan de presentar en las oficinas públicas.

Sin embargo, la figura del corredor intérprete marítimo tal y como se contemplaba en el Código de Comercio de 1885 ha ido desapareciendo en la práctica habitual del tráfico marítimo y sus funciones se han ido asumiendo por otras figuras del sector, como es el caso del despacho del buque, que hoy se hace por los consignatarios de buques, o el otorgamiento de fe pública que hoy corresponde a los notarios, si bien, en la actualidad la fe pública en los contratos marítimos está prácticamente en desuso en lo que respecta a la intervención de estos sujetos mediadores.

De este modo, de forma paralela a la desaparición del corredor intérprete y las notas que le caracterizaban (individual, colegiado y tipificado) comienza a desarrollarse una nueva actividad, libre y no colegiada que, impulsada por

2 El artículo 43 de las Ordenanzas se refiere las personas que pueden despachar, señalando en su párrafo segundo que “*los corredores intérpretes marítimos pueden intervenir en las operaciones de despacho de buques cuando sean requeridos, sin que para ello gocen de privilegio alguno*”.

3 La intervención de los corredores intérpretes marítimos no era ni es obligatoria, sino que obedece a la voluntad de la parte que requiere sus servicios.

el auge de las técnicas de comunicación y del desarrollo masivo del comercio, ha cobrado un papel clave en el ámbito de la mediación en la contratación marítima, convirtiéndose el *shipbroker* en un colaborador externo pero fundamental para los armadores y para otras muchas empresas implicadas en el comercio internacional. No obstante la importancia de esta figura, el ordenamiento español no cuenta con una regulación específica para los corredores marítimos, por lo que su actuación se sujetará a las normas generales sobre contratación mercantil que resulten aplicables en cada caso, según las funciones que desempeñe el corredor en cada caso concreto.

Por otro lado, hemos de advertir que el corredor marítimo o *shipbroker* no es el único sujeto que puede intermediar con el naviero, pues hoy en día existen otros actores que de hecho intervienen junto con el naviero en la explotación comercial del buque, tales como los agentes de buques, los transitarios y los tour operadores y agencias de viajes para los servicios de pasaje.

II. CONCEPTO Y CLASES DE CORREDORES MARITIMOS.

1. CONCEPTO DE CORREDOR MARITIMO.

En la actualidad, como se ha dicho, uno de los aspectos más característicos de la figura del corredor marítimo es la variedad de funciones que pueden llegar a realizar. Precisamente esa libertad y falta de tipificación a la que hemos hecho referencia le han dotado de mayor número de posibilidades, tanto en su actuación como en la naturaleza de su operativa y el régimen a aplicar. Por ello, no es sencillo proporcionar una definición unitaria de esta figura pero sí podemos establecer unos “mínimos” que, si bien en multitud de ocasiones se verán superados por realidad de la actuación del corredor marítimo, resultan de común aplicación para la totalidad de los sujetos dedicados a la mediación en la explotación de buques.

El profesor GABALDON define al corredor marítimo como “*la persona física o jurídica que se ocupa, profesionalmente y a cambio de una comisión, de mediar para facilitar la conclusión de negocios mercantiles relativos a la adquisición y explotación de buques*”⁴.

Como se puede observar, lo anterior es únicamente una definición básica, susceptible de resultar ampliada, siempre que el corredor realice gestiones

4 GABALDON GARCIA, J.L.: *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Ed. Marcial Pons (2012)

adicionales, lo cual se producirá de forma habitual, como veremos más adelante.

Esta definición de los corredores intérpretes marítimos contrasta con la que ofrecían antiguamente otros autores, que se referían a estos como aquellos “*agentes mediadores del comercio marítimo que intervienen en la contratación referente al mismo y prestan su asistencia a los Capitanes, Sobrecargos, etc., representándoles, sirviéndoles de intérpretes y traduciendo los documentos relacionados con dicho tráfico.*”⁵ En esta definición se incluye no solo la función de mediador del corredor sino también las demás funciones que le atribuía el Código de Comercio y que en la actualidad están, como se ha dicho, en desuso.

Por su parte, en las “Normas Mínimas de la UNCTAD aplicables a los Agentes Marítimos”⁶, se define el agente marítimo como cualquier persona natural o jurídica dedicada a prestar servicios marítimos por cuenta del propietario, fletador u operador de un buque o del dueño de la carga, incluyendo de forma expresa los siguientes: a) la negociación y conclusión de la compraventa del buque; b) la negociación y supervisión del fletamento del buque; c) el cobro de los fletes y/o el precio del arrendamiento cuando proceda, y encargarse de todos los demás aspectos financieros conexos; d) la gestión de la documentación aduanera y de la mercancía; e) las gestiones necesarias para el despacho de la carga; f) las gestiones necesarias para organizar la llegada y la salida del buque; y g) prestar asistencia de toda clase al buque durante su estancia en puerto.

Esta definición integra numerosas funciones que no siempre son desarrolladas por los corredores marítimos ya que los estándares mínimos a los que nos hemos referido resultan de aplicación tanto a los corredores marítimos como a los agentes consignatarios de buques.

En todas las definiciones que hemos apuntado, a los efectos que aquí interesan, se hace referencia a la labor del corredor como intermediario en los contratos que el armador o propietario del buque celebre para la explotación de este, siendo esta la función principal que desarrollaremos en este capítulo.

5 VIGIER DE TORRES, A.: *Derecho Marítimo*, Ed. Subsecretaría de la Marina Mercante (1977)

6 Aprobadas por la Secretaría de la UNCTAD con el objetivo de combatir el fraude marítimo, estos estándares carecen de fuerza vinculante pero pretenden servir de base a los Estados y las asociaciones profesionales de agentes para establecer sus propias normas sobre los agentes y corredores marítimos.

2. CLASES DE CORREDORES MARITIMOS.

Con la profesionalización y desarrollo del corredor marítimo se ha producido una paulatina aparición de subtipos, cada vez más especializados en función del determinado sector o sujeto para el cual actúan.

De este modo, aunque hay firmas que se ocupan simultáneamente de todas las modalidades, la mayoría de los corredores marítimos normalmente especializan en un campo concreto. Así, encontramos aquellos que se dedican, por ejemplo, a los fletamentos de carga líquida (tanker chartering broker), los fletamentos de carga seca (dry cargo chartering broker) o al fletamento a casco desnudo (demise charter broker), entre otros.

La subdivisión se puede realizar igualmente dependiendo de sujeto para el cual actúan, ya sea el fletador (charterer broker) o el naviero (owner broker). A ese respecto, es importante hablar del número de corredores que intervienen en cada operación, ya que no necesariamente se tratará de uno por cada una de las partes intervinientes. De hecho, si bien la configuración clásica partía de 3 corredores (uno por cada una de las partes intervinientes y un tercero que actuaba de “enlace” entre estos dos) dadas las facilidades de comunicación actual el número corredores se ha ido reduciendo, pudiendo encontrar en la práctica muchas operaciones donde únicamente opera un broker, que interviene de forma simultánea por las dos partes interesadas en la perfección del contrato (buque y carga).

III. NATURALEZA JURIDICA DEL CORREDOR MARITIMO: CONTRATO DE MEDIACION O CORRETAJE Y COMISION MERCANTIL.

En aras de determinar con precisión la naturaleza del negocio que vincula al bróker o corredor con su principal habrá que estar, en primer lugar, a las labores que las partes hayan concretado que ha de asumir el bróker en cada caso.

Y ello es así dado que las funciones del *shipbroker* -siempre dentro del marco de la intermediación en la contratación marítima -varían enormemente, pudiendo encontrar desde aquel que se limita a poner en contacto a las partes para un negocio concreto hasta el que interviene en nombre y representación de su principal, formalizando o concluyendo la eventual operación. De las tareas que se encomienden al corredor marítimo dependerá, pues, la calificación jurídica de su intervención.

1. CONTRATO DE MEDIACION O CORRETAJE.

Cuando la intervención del corredor marítimo se limite a la mera intermediación entre las partes intervinientes en el negocio jurídico (esto es, entre armador y fletador, entre porteador y cargador, etc.), nos encontraremos ante un contrato de mediación o corretaje. Se trata de un contrato atípico, existiendo únicamente cierta regulación sectorial para algunas clases de corredores en particular⁷. No obstante, a falta de regulación legal, la jurisprudencia se ha ocupado de completar sus caracteres principales, definiéndolo como “*aquel por el que una persona se obliga a pagar una remuneración a otra para que esta realice una actividad encaminada a ponerla en relación con un tercero, a fin de concertar un contrato determinado, en el que el mediador no tendrá participación alguna*”⁸ y como un contrato “*atípico, consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto, y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público*”⁹.

Además, nuestros Tribunales se han encargado de diferenciarlo de figuras afines, especialmente del contrato de agencia, destacando como elemento diferenciador entre ambos el carácter continuado y estable de este último¹⁰.

En cualquier caso, el legislador no parece haberse olvidado de esta figura, dado que se encuentra entre las previstas en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, una norma ambiciosa en proceso de gestación desde el año 2006 y que, entre sus objetivos, además de la actualización de los tipos contractuales ya existentes, contiene el de regular aquellos que todavía no tienen normativa específica, como es el caso de la mediación o corretaje.

El artículo 544 del citado Anteproyecto se refiere a este contrato como aquel por el cual “*una de las partes, denominada mediador, se obliga, a cambio de una remuneración, a promover o facilitar la celebración de un determinado contrato entre la otra parte y un tercero, que habrá de buscar al efecto*”. A

7 Como el Real Decreto 1294/2007 que Aprueba los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General o la Ley de Mediación en los Seguros Privados, con relación a los corredores de seguros.

8 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), Sentencia núm. 860/2011 de 10 enero. RJ 2011\151

9 Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia núm. 174/2010 de 18 marzo. RJ 2010\3908

10 LARA GONZALEZ, R.: “*¿Contrato de mediación o contrato de agencia? El carácter estable y continuado de la relación. Notas al hilo de la STS de 21 de mayo de 2015*”. Revista Doctrinal Aranzadi Civil –Mercantil, nº 11 (2015).

continuación define al mediador como el “operador de mercado que pone en relación a dos o más personas para la conclusión de un negocio jurídico, sin estar ligado a ninguna de ellas por una relación de dependencia, colaboración, agencia o representación”, que son los otros contratos de colaboración que se contemplan en la norma.

El resto del articulado se dedica a describir someramente los derechos y obligaciones del mediador, destacando los aspectos relativos a la retribución de este agente, ya que el Anteproyecto introduce importantes novedades sobre los criterios jurisprudenciales que venían hasta ahora definiendo la comisión en el contrato de mediación.

En primer lugar, dice el artículo 544-3 que la comisión la percibirá el mediador de ambas partes. Damos por supuesto que *ambas partes* se refiere a las partes en el contrato para el que sirvió el mediador. Con ello, se está dando por supuesto que el encargo lo recibe siempre el mediador de las dos partes a las que pone en relación para la conclusión del negocio jurídico de que se trate, lo que no siempre sucede en la práctica, aunque sí es frecuente que se dé en el campo de la mediación en los contratos de fletamento, como antes se dijo.

Por otro lado, el texto da un giro radical a la concepción clásica del derecho a la retribución del mediador al señalar que (art. 544-3.2) “*el mediador tendrá derecho a la remuneración aun cuando la mediación no hubiera dado resultado, siempre que hubiera desplegado una actividad y diligencia normal en el ejercicio de la mediación*”. Una asentada jurisprudencia viene manteniendo hasta la fecha que el derecho a la remuneración del mediador únicamente procede cuando se haya concluido el negocio jurídico objeto de la mediación y siempre que esa conclusión sea consecuencia de la mediación realizada por el mediador. La nueva regulación hace quebrar esta regla general para atribuir una retribución al mediador aun cuando no se llegue a concluir el negocio jurídico para cuya conclusión recibió el encargo, aunque condicionado, eso sí, a que haya realizado una actividad y haya empleado la diligencia normal en su actuar. Esta nueva concepción rompe con unos de los principios básicos del corredor -la obtención del resultado es la que da derecho a recibir la comisión pactada-, relativizando la necesidad de perfeccionamiento del contrato y primando todas aquellas gestiones realizadas con carácter previo.

Antes se ha dicho que el Anteproyecto obliga a las dos partes del negocio jurídico a pagar la comisión. En el caso de que no se haya concluido el negocio jurídico parece cuando menos complicado obligar al tercero, que no llega a

concluir ningún negocio y que tampoco hizo ningún encargo al mediador, a pagar la comisión de este último.

El régimen previsto para el reembolso de gastos establece que el mediador tendrá derecho a exigirlo solo a la persona que le hizo el encargo, aun cuando no se hubiera concluido el negocio jurídico objeto del encargo.

Por último, el Anteproyecto prevé el supuesto de que intervengan varios mediadores, disponiendo que en tal caso cada uno tendrá derecho a la parte de la retribución que le corresponda en función de la actividad desplegada. El precepto no parece contemplar el supuesto, que se da habitualmente, de que cada una de las partes del negocio haya solicitado la intervención de su propio mediador, sino que parece más bien pensado para los casos, a nuestro juicio poco frecuentes, en los que una misma persona solicita la intervención de varios mediadores.

2. EL CONTRATO DE COMISION MERCANTIL.

El contrato de comisión mercantil viene específicamente regulado en el Código de Comercio. La regulación actual del comisionista tiene su inmediato precedente en el Código de 1829, que a su vez se informa en el Code de Commerce francés¹¹. El origen de la figura del comisionista se relaciona con la necesidad de los comerciantes de recurrir a un colaborador para que se ocupara de comprar o vender mercancías en plaza distinta a la de su sede o establecimiento.

El Título III, Sección Primera, de nuestro Código de Comercio, del artículo 244 al 280, regula con detalle la figura de la comisión mercantil.

El artículo 244 se refiere a la comisión como “*el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista*”.

Partiendo de lo anterior se puede definir el contrato de comisión como aquel por el que el comisionista, en su condición de empresario mercantil, se obliga a prestar su actividad consistente en realizar un acto u operación de comercio por cuenta del comitente, a cambio de una retribución.

El comisionista puede actuar en nombre y por cuenta propia, sin revelar el nombre de su comitente o principal, en cuyo caso queda obligado de forma directa con el tercero con el que contrata. Por el contrario, si actúa en nombre y por

¹¹ SECO CARO, E.: “*El comisionista de transporte*”. Revista de Derecho Mercantil, nº 98 (1968).

cuenta de su principal, debe expresarlo en el negocio jurídico en que intervenga y facilitar todos los datos del comitente, de modo que este último y el tercero quedarán obligados por la actuación del comisionista. Tiene también derecho el comisionista al cobro de una comisión por los servicios prestados así como al reembolso de los gastos en que haya incurrido en el desempeño de la comisión.

En el contexto en el que se desarrolla hoy en día la actividad de los *shipbrokers*, que con frecuencia no se limitan a poner en contacto a las partes sino que actúan como representantes de las partes en la negociación y en la conclusión de los fletamentos, a nuestro juicio la figura del bróker marítimo está más próxima a la comisión mercantil que al contrato de mediación o corretaje. En efecto, en el campo de los fletamentos, los brokers marítimos se ocupan con frecuencia de realizar el llamado cierre del contrato de fletamento, negociando punto por punto todo el contenido de las pólizas y siguiendo las instrucciones de sus comitentes o principales, hasta firmar por su cuenta las pólizas de fletamento. Generalmente actúan en nombre y por cuenta de su principal, sin asumir ninguna obligación directa frente a las partes del contrato, más allá de desempeño adecuado de la comisión frente a su comitente.

Por consiguiente, las normas sobre la comisión mercantil son, a nuestro juicio, las que mejor se acomodan en la mayoría de los casos a la actuación del *shipbroker*.

3. OTROS INTERMEDIARIOS: CONTRATO DE AGENCIA.

Como se dijo al principio, además de los corredores o brokers marítimos, pueden intermediar en la contratación del buque otros sujetos que colaboran con los armadores en la intermediación del transporte de mercancías. Nos referimos en concreto a los agentes del buque o agentes marítimos, en inglés *ship agent*.

Además de las funciones propias del despacho del buque y de asistir al armador en todo lo necesario para la estancia del buque en puerto, los agentes pueden desarrollar funciones puramente comerciales encaminadas a promocionar y vender los servicios de transporte del armador.

Es bastante frecuente que las navieras que prestan servicios de línea regular tengan nombrados agentes marítimos en los puertos donde hacen escala sus buques. Estos agentes¹², que en ocasiones son empresas filiales de

¹² Regulados en los artículos 319 y siguientes de la Ley de Navegación en el capítulo dedicado al contrato de consignación de buques.

las propias navieras, además de cubrir las necesidades de los buques para su entrada y salida del puerto donde radican, se ocupan de ofertar los servicios de transporte de la naviera y de concluir los contratos de transporte con los cargadores u otros agentes que así lo soliciten.

En este caso, la naturaleza del contrato que une a estos agentes con la naviera se encuadra en el concepto del contrato de agencia.

Como se dijo anteriormente, la característica diferencial del contrato de agencia respecto de otras figuras afines, como pueden ser la mediación o la comisión mercantil, es la duración. Ello queda reflejado en el artículo 1 de la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia cuando señala que por el contrato de agencia un persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, *de manera continuada o estable* y a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena o a promoverlos y concluirlos en nombre y por cuenta ajenos, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones. Mientras que la actividad de mediadores o corredores es ocasional, la del agente se lleva a cabo de manera estable y duradera. Por tanto, cuando existan agentes nombrados por las navieras para promocionar y concluir servicios de transporte –lo que ocurre a menudo con las líneas de transporte marítimo regular- por cuenta de aquellas, la relación que une al agente con la naviera será la propia de un contrato de agencia, regulado en la Ley 12/1992 antes citada.

Además del derecho a una remuneración por los servicios que preste, el agente tiene derecho a percibir, una vez extinguido el contrato, una indemnización por clientela, cuando la actuación del agente haya contribuido a aumentar los clientes de la empresa o a incrementar el volumen de operaciones de los ya existentes y el empresario se siga beneficiando de ello después de extinguido el contrato.

Los agentes ligados a las navieras por un contrato de agencia no solo se dedican al transporte de mercancías sino también al transporte de pasajeros y, además de promocionar las operaciones con sus principales, se ocupan de concluir las mismas, emitiendo conocimientos de embarque, billetes de pasaje, etc., pero actuando siempre en nombre y por cuenta de la naviera, de manera que es esta la que queda obligada frente al cliente, sin que el agente asuma ningún riesgo por la operación. De hecho, en la práctica, los agentes so muy cuidadosos a la hora de expresar al cliente que actúan como meros agentes del armador o naviero.

IV. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL CORREDOR MARÍTIMO.

El régimen de derechos y obligaciones del corredor marítimo se habrá de determinar por la disciplina propia del contrato que una a aquel con su principal. No obstante, a falta de regulación una específica sobre la materia, probablemente resultado de la dificultad de tratamiento unitario¹³, distintas organizaciones de carácter internacional han elaborado ciertas normas que se consideran usos generalizados en la práctica y que sirven para completar o perfilar la regulación aplicable a la actuación de los corredores marítimos.

Entre ellas, destacamos los “Principios que se recomiendan para la utilización de las partes dedicadas a las prácticas de los fletamentos y consignaciones marítimas” (BIMCO/1987), el “Código de ética profesional” adoptado por la *Association of Ships Brokers Agents* de Nueva York (ASBA/1986), las “Normas Mínimas de la UNCTAD aplicables a los Agentes Marítimos” o el “Código de Conducta de los Agentes y Corredores Marítimos” adoptado por *The Federation of National Associations of Shipbrokers and Agents* (FO-NASBA/1988).

Esta colección de principios, al contrario que gran parte de la normativa nacional (o la totalidad, si obviamos las previsiones del Código de Comercio sobre los intérpretes marítimos) sí que se refiere con carácter expreso a los corredores marítimos. Se trata, por tanto, de principios que deben estimarse como universalmente consagrados, debiendo presidir la actuación de los corredores en su actividad diaria, a falta de una regulación expresa.

1. LA COMISION.

El derecho al cobro de la comisión se configura como el principal derecho que corresponde al corredor marítimo por su actuación, que también tiene derecho a percibir los gastos en que haya incurrido por cuenta de su principal.

El importe de la comisión así como todo lo relativo al derecho a su percibo se someterán, en primer término, a lo expresamente pactado por las partes. De ahí la importancia de que se establezca con claridad entre las partes no sólo a cuánto asciende la comisión sino cuándo, cómo y quién ha de pagar la comisión. A falta de pacto expreso al respecto, se aplicarán los usos mercantiles que sean habituales en la práctica.

Los principios que recomienda BIMCO para los fletamentos a los que an-

13 ARROYO MARTINEZ, I.: *Compendio de Derecho Marítimo*, Ed. Tecnos (2006)

tes se ha hecho referencia, mencionan en el número 8 el deber de las partes de pagar las comisiones adeudadas a los agentes en la forma pactada en la póliza de fletamento, recalando que tales comisiones no deben ser retenidas por ninguna de las partes cuando esté pendiente el saldo final de cuentas entre ellas o la resolución de cualquier disputa ajena a los agentes.

Por su parte, el Código de ética profesional adoptado por ASBA, también se refiere a la comisión en su artículo 7, disponiendo que la remuneración de los agentes no excederá de lo que es habitual, salvo pacto expreso que señale otra cosa.

El importe de la comisión suele ser un porcentaje sobre el flete que se devengue en una determinada operación.

Los formularios de contratación más extendidos en el mercado de fletamentos dedican un apartado a la comisión del *shipbroker*. A título de ejemplo, la póliza de fletamento tipo BALTIME de BIMCO dispone que el armador pagará una comisión al tipo estipulado sobre la totalidad del flete pagado, que en ningún caso será inferior a los gastos en que haya incurrido el agente y una cantidad razonable por el trabajo desempeñado. El formulario también prevé que, si no se llegase a pagar el flete completo debido a un incumplimiento del contrato de fletamento por cualquiera de las partes, la parte que hubiera incumplido deberá indemnizar al agente por la pérdida de la comisión. Y si ambas partes acuerdan cancelar el contrato, el armador deberá indemnizar al bróker por la pérdida de la comisión, pero en tal caso la indemnización a abonar no excederá el porcentaje pactado sobre el precio del fletamento de un año.

El detalle con que el formulario se refiere al pago de la comisión nos lleva una vez más a recalcar la importancia de que los corredores marítimos y sus principales determinen con la mayor precisión posible a cuánto asciende la comisión, en qué momento se devenga y quién ha de pagar la misma. Ello evitará sin duda numerosas disputas cuando por algún motivo el fletamento quede frustrado o el flete no se llegue a cobrar.

2. OBLIGACIONES DEL CORREDOR MARITIMO.

Las obligaciones que incumben al corredor marítimo en el desempeño de su cargo resultan de una combinación de los preceptos que rigen las distintas figuras que se han tratado anteriormente (contrato de mediación o corretaje, comisión mercantil, agencia) y de los principios generales o normas de conducta de carácter internacional aludidas.

De todo ello se deduce en primer lugar que el corredor marítimo debe actuar siguiendo en todo momento las instrucciones recibidas de su principal, sin extralimitarse en las atribuciones que le hayan sido expresamente encomendadas. De este modo, a los corredores les está vedado adoptar decisiones en nombre de sus principales, a menos que estos les hayan autorizado de forma expresa.

Su actuación ha de estar presidida por los principios de honestidad, probidad, integridad, imparcialidad y buena fe.

Como todo empresario, el corredor marítimo debe emplear la máxima diligencia en el cumplimiento de sus funciones, procurando siempre la máxima eficiencia económica para su principal.

También debe asegurarse de cumplir toda la normativa nacional e internacional que pueda resultar aplicable a la operación en la que esté interviniendo, procurando evitar en lo posible la comisión de fraudes marítimos.

Debe mantener la confidencialidad necesaria sobre todas las operaciones que realice, a menos que sea autorizado para revelar datos por parte de su comitente.

Los corredores no pueden cotizar un buque o un cargamento sin estar debidamente autorizados para ello por sus principales. Tampoco pueden hacer ofertas finales y en firme de forma simultánea a más de un armador o fletador sobre la misma carga o el mismo buque, debiendo respetar en todo momento los canales por los que se reciben y se envían las ofertas de carga o disponibilidad de buques.

Cuando se ocupen de cerrar un contrato de fletamento, procurarán que el contrato se ajuste a la legalidad y a la práctica habitual del sector, debiendo advertir a sus principales la presencia de cualquier cláusula o condición que se aparte de su contenido habitual.

Los estándares de actuación de los *shipbrokers* exigen también que mantengan un adecuado nivel de cualificación profesional y solvencia económica.

Por ello, deben, por un lado, contar con la formación y la experiencia necesarias para tener unos conocimientos apropiados del mercado de fletes y de la normativa aplicable a los contratos en los que intervienen.

Por otro lado, desde el punto de vista financiero, los corredores han de tener solvencia económica acreditada y suficiente para ejercer su cargo. Este deber cobra especial relevancia si se tiene en cuenta en muchas ocasiones los corredores se ocupan de cobrar y pagar los fletes por cuenta de sus principales, lo que implica que manejen importantes sumas de dinero y que deban

rendir cuentas a sus comitentes, que lógicamente no confiarán sus fondos a los corredores que no revistan un mínimo grado de solvencia.

Esta obligación de mantener una cierta capacidad financiera se completa con la tenencia de una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil en que puedan incurrir los corredores en el desempeño de su profesión. En efecto, el corredor marítimo será responsable frente al armador o fletador de los daños que pueda ocasionarles su actuación, bien por falta de diligencia en el desempeño de sus funciones o bien por incumplimiento de sus obligaciones para con su principal, sin olvidar la responsabilidad extracontractual que pueda tener frente a terceros por su actuación culposa. El mantenimiento de una póliza de seguro que cubra eventualidades responsabilidades no solo genera mayor confianza en los principales sino que protege la imagen y la capacidad económica de los corredores.

V. CONCLUSION.

A pesar de que el corredor marítimo es una figura que está presente en la práctica totalidad de los fletamentos que se cierran hoy en día, no tiene una regulación legal específica. La Ley de Navegación Marítima se refiere únicamente a los agentes consignatarios de buques –a los que remite a la legislación sobre la comisión mercantil o el contrato de agencia, según los casos. Parece que el legislador no consideró oportuno regular la figura de los corredores marítimos, no obstante la importancia que tienen en el mercado de fletes.

En cualquier caso, la regulación actual de la comisión mercantil y el contrato de agencia parecen suficientes para encuadrar a la figura del corredor marítimo y establecer el régimen que le es aplicable. Lo importante es tener claro cuáles son las funciones que en cada caso se atribuyen al *shipbroker* para poder encuadrar su actuación en el tipo contractual que mejor se acomode a las circunstancias. No parece que el Anteproyecto de Código Mercantil ofrezca una solución positiva a esta laguna legal, ni que el contrato de mediación, tal y como se perfila en dicho texto, pueda ser de aplicación al corredor marítimo. Por ello, a la hora de celebrar un contrato con un corredor marítimo, será fundamental que las partes –corredor, por un lado, y armador o fletador, por otro- dejen claro cuál es el cometido del bróker y qué atribuciones se le encomiendan para actuar en nombre de su principal. De este modo, aun a falta de regulación expresa, no será muy complicado perfilar el régimen aplicable a su intervención.

En cualquier caso, dada la proyección internacional del corredor marítimo, este debe tener presente los principios y recomendación internacionales a los que antes se ha hecho referencia, aun cuando no formen parte de ningún cuerpo normativo de carácter positivo.

EL CONTRATO DE REMOLQUE

Ana Sánchez-Horneros
Abogada

Resumen: La Ley 14/2014 de Navegación Marítima ha supuesto el primer reconocimiento expreso en España del remolque como institución propia del Derecho marítimo. Consciente de la novedad que ello supone, el Preámbulo de la Ley destaca la inclusión de la regulación del contrato de remolque en el Capítulo IV de su Título IV, junto con la del resto de los contratos de utilización del buque. Avanza que aquélla comprende “la doble modalidad de remolque-maniobra y remolque-transporte” y, expone, “se articula siguiendo las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios”. No es exactamente así, como quedará demostrado en el presente trabajo, sin que ello, en sí mismo, prejuzgue el acierto o error de la solución adoptada. El estudio que sigue a continuación analiza en qué aspectos la legislación nacional sigue el derecho de los formularios más comúnmente utilizados (United Kingdom Standard Conditions for Towage, Towcon y Towhire) en cuáles se separa del mismo, y cuáles pueden ser sus consecuencias.

Palabras clave: remolque marítimo, Ley de Navegación, BIMCO TOWCON y TOWHIRE, UK Standard Conditions for Towage, Knock for Knock

Abstract: The new Maritime Navigation Act 14/2014 is regarded as the first approach to regulate the Institute of Maritime Towing in Spain. It is because of this reason that its preamble points out the inclusion of the Towing Agreement among the other contracts for the operation of vessels. It reviews the concept and types of towing and the division of liability between tug and tow. According to its Preamble, the new regulation follows the international standards. However, this paper shows that this is not entirely true. This study analyses which issues have been regulated according to said international standards (United Kingdom Standard Conditions for Towage, BIMCO’s Towcon 2008 and BIMCO’s Towhire 2008) which ones has been regulated differently, and what the consequences may be.

Keywords: maritime towing, Spanish Navigation Act, BIMCO (TOWCON 2008 and TOWHIRE 2008), UK Standard Conditions for Towage.

I. INTRODUCCIÓN

La histórica incardinación del remolque marítimo en la órbita del Derecho público, plenamente justificada por la función de carácter netamente solidario que había venido cumpliendo durante toda la época de la navegación a vela y, muy probablemente, la escasa entidad económica que el incipiente

mercado del remolque implicaba a la fecha de promulgación del Código de Comercio, determinaron que el remolque no mereciera en él más que una modesta mención en su artículo 807, precisamente entre los “gastos menudos y ordinarios propios de la navegación” compartiendo cartel con los de cuarentenas y lazareto.

La Ley 14/2014 de Navegación Marítima ha supuesto el primer reconocimiento expreso en España del remolque como institución propia del Derecho marítimo. Consciente de la novedad que ello supone, el Preámbulo de la Ley destaca la inclusión de la regulación del contrato de remolque en el Capítulo IV de su Título IV, junto con la del resto de los contratos de utilización del buque. Avanza que aquélla comprende “la doble modalidad de remolque-maniobra y remolque-transporte” y, expone, “se articula siguiendo las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios“. No es exactamente así, como quedará demostrado en el presente trabajo, sin que ello, en sí mismo, prejuzgue el acierto o error de la solución adoptada.

II. CONCEPTO, MODALIDADES Y NOTAS CARACTERÍSTICAS DEL REMOLQUE REGULADO EN LA LNM

Dispone el artículo 301 de la LNM que “por el contrato de remolque el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o artefacto naval, o bien a prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado o, en su caso, el acompañamiento o puesta a disposición del buque”. La transcrita definición del contrato de remolque coincide esencialmente con la defendida por nuestra mejor doctrina¹ y, como se adelanta a señalar el Preámbulo, presenta efectivamente la ventaja de incluir el contenido esencial del contrato tanto en su modalidad de remolque transporte, a la que se refiere en primer término, como en la de remolque maniobra.

Aun sin un pronunciamiento expreso, los artículos 301 a 303 de la LNM parecen confirmar la diversa naturaleza jurídica de ambas modalidades de remolque, también defendida por la doctrina anterior a la promulgación de la LNM, que mayoritariamente entendía el remolque transporte incluido dentro del amplio género del arrendamiento de obra, considerando, sin embargo,

¹ En este sentido, PULIDO BEGINES, J.L.: *Los contratos de remolque marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, pág. 85; RUIZ SOROA, J.M., y GABALDÓN GARCÍA, J.L.: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2002, pág. 573.

que el remolque maniobra, en virtud del cual “el remolcador se obliga simplemente a desplegar su mejor diligencia (obligación de medios) colaborando en la ejecución de la maniobra, según las instrucciones recibidas del capitán del remolcado y sin comprometerse a resultado alguno” debía quedar encuadrado en el marco del arrendamiento de servicios². Sin pronunciamiento expreso, pero en línea con el referido planteamiento defendido por la doctrina mayoritaria, el artículo 301 establece como obligación fundamental del armador del remolcador en el remolque transporte la de “realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento” del remolcado, mientras que al referirse al remolque maniobra limita la obligación de aquél a la de “prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado”. En ese mismo sentido, conforme a lo expresado por el artículo 302, lo comprometido por el armador del remolcador en virtud del remolque transporte es, directamente, “el desplazamiento del buque o artefacto remolcado”, mientras que, a la hora de determinar el objeto del remolque maniobra, el artículo 303 lo limita a la asistencia a la maniobra del remolcado, sin referencia ninguna al resultado³. En definitiva, el tenor literal de los citados artículos 301 a 303 permite concluir que, a pesar de la ausencia de un pronunciamiento expreso, el remolque regulado en la LNM deberá ser encuadrado en la categoría del arrendamiento de obra o de servicios, según se trate de la modalidad de remolque transporte o remolque maniobra, respectivamente.

Por su parte, la referencia expresa al desplazamiento de otro “buque, embarcación, o artefacto naval” contenida en la definición del remolque transporte del artículo 301, contribuye a perfilar los elementos personales y reales del contrato superando debates doctrinales propiciados por la ausencia de regulación anterior. Así, en cuanto a sus elementos reales, la referida mención del “buque, embarcación, o artefacto naval” parece indicar que podrá ser objeto de remolque todo aquello físicamente apto para ser trasladado por el

2 RUIZ SOROA, J.M., y GABALDÓN GARCÍA, J.L., *op. cit.*, pág. 576.

3 El objeto del remolque maniobra expresado en los artículos 303 y 301 de la LNM coincide con la definición de remolque portuario contenida en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre. *Artículo 127*. Definición y características del servicio de remolque portuario. 1. Se entiende por servicio de remolque portuario aquél cuyo objeto es la operación náutica de ayuda a la maniobra de un buque, denominado remolcado, siguiendo las instrucciones de su capitán, mediante el auxilio de otro u otros buques, denominados remolcadores, que proporcionan su fuerza motriz o, en su caso, el acompañamiento o su puesta a disposición dentro de los límites de las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto.

agua y, por lo mismo, no sólo las plataformas sin gobierno, que habrían quedado en todo caso incluidas en el concepto de buque vigente bajo el régimen del Código de Comercio, sino también otros bienes, como boyas, contenedores, señales marítimas flotantes o carga flotantes, y ello es lo que justifica que, a la hora de determinar los elementos personales del contrato, deban entenderse potencialmente incluidos, entre los titulares de los bienes objeto de remolque, consumidores y usuarios, no navieros, supuesto que se dará, por ejemplo, en los casos en los que sea una embarcación de recreo el objeto remolcado.

Lo expuesto someramente hasta ahora permite avanzar que la definición legal recoge por sí misma, o como mínimo permite inferir, la naturaleza jurídica y algunos de los elementos esenciales que configuran el contrato, pero no todos.

Constatada la frecuente coincidencia material entre las figuras de remolque y salvamento, que técnicamente consistirá en la mayoría de los casos en una operación funcional de remolque, habría sido, quizá, aconsejable, integrar en el propio concepto de contrato de remolque previsto en el artículo 301 una referencia expresa al elemento que permite identificar y distinguir ambas figuras, la ausencia de peligro. La inclusión de una mención en tal sentido no habría evitado los muchos problemas que en la práctica supone determinar cuándo un buque está, o no, efectivamente en peligro. Como muy gráficamente ha sido señalado por la doctrina⁴, “ni se ha encontrado ni se puede encontrar una fórmula mágica” a tal efecto, y no tiene duda que la más que considerable trascendencia económica de la calificación de un supuesto como salvamento o remolque no contribuye, ni contribuirá, a facilitar tal distinción. En cualquier caso, y pese a su omisión en el artículo 301, la ausencia de peligro debe entenderse sin ningún género de duda elemento configurador del contrato de remolque en el régimen de la LNM, en todas sus modalidades, por aplicación de lo dispuesto en la regulación del salvamento y del remolque de fortuna recogidas en la propia Ley.

Por último ya en cuanto al concepto y modalidades de remolque previstos en la regulación contenida en la LNM, procede reseñar que, pese a la referencia a la “doble modalidad de remolque-maniobra y remolque-transporte” avanzada en el Preámbulo, considerada de forma expresa en los artículos 301 a 303, el legislador ha querido mantener en la LNM, como una tercera moda-

4 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: *El Contrato de Remolque*, Ed. Tecnos, Madrid, 1964, pág. 267 y ss.

lidad de remolque, el remolque de fortuna, nueva denominación del remolque en la mar contemplado en el derogado capítulo II del Título I de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques hallazgos y extracciones marítimas. Separándose en este punto de la doctrina, que mayoritariamente viene negando al remolque en la mar la consideración de figura contractual autónoma, la LNM dedica específicamente al remolque de fortuna uno de los seis artículos que conforman la regulación del remolque, el 305, definiéndolo y regulándolo en los términos que se transcriben:

“Cuando se soliciten servicios de remolque en situación extraordinaria, que no lleguen a constituir un supuesto de salvamento marítimo, sin haberse fijado previamente las condiciones de su prestación y precio, el armador del buque remolcador tendrá derecho a una remuneración adecuada por los servicios prestados. Esta remuneración incluirá los daños y perjuicios sufridos por su buque con ocasión del remolque, la ganancia dejada de obtener durante el tiempo de prestación, y un precio adecuado al servicio prestado. Esta remuneración no estará condicionada al éxito de la operación⁵”.

Mediante esta tercera categoría, intermedia entre salvamento y remolque, el legislador pretende ofrecer una solución equitativa para aquellos supuestos de remolque en los que concurren dificultades extraordinarias, que implican un incremento del riesgo ordinario inherente al remolque pero sin alcanzar el grado el peligro que permitiría calificarlo como salvamento, pareciendo razonable en tales casos atribuir al remolcador una remuneración, no tan elevada como la que le correspondería por salvamento, pero superior a la de un remolque ordinario.

Partiendo del tenor literal del artículo 305, son tres los elementos definidores del remolque de fortuna. En primer lugar, la inexistencia de peligro, que es precisamente lo que impide considerarlo como salvamento con la lógica consecuencia, de la que el legislador deja constancia expresa, de que la remuneración no estará condicionada al éxito de la operación. Para poder ser considerado remolque de fortuna deberá, además, haber sido solicitado sin previa fijación de las condiciones de prestación y precio. Como tercer supuesto, de necesaria concurrencia, los servicios de remolque habrán de solicitarse “en situación extraordinaria”. Ahora bien, qué situación deba entenderse como extraordinaria no lo dice la ley. Bajo el régimen de la Ley del 62⁶, la

5 Art. 305 de la Ley 14/2014, de 24 de Julio, de Navegación Marítima.

6 Art. 15 de la derogada Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques hallazgos y extracciones marítimas.

principal nota distintiva del remolque extraordinario frente al remolque ordinario era el lugar en el que se encontraba el buque remolcado en el momento de concertar el remolque. En concreto, disponía su artículo 15 que, fuera de los casos en que la operación fuese claramente subsumible en un supuesto de salvamento, el remolque prestado “a un buque que lo pida hallándose en la mar” daría derecho a la indemnización de los gastos, daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mismo por el buque que efectuara el remolque y al abono de un precio justo por el servicio prestado. Precisamente porque el legislador ha optado por mantener en la LNM el remolque extraordinario anteriormente regulado en la Ley del 62, es significativo que haya querido dejar de vincularlo al remolque prestado “a un buque que lo pida hallándose en la mar”, para pasar a asociarlo al prestado a un buque que lo solicite “en situación extraordinaria”. Para un destacado sector de la doctrina, ello supone que bajo el régimen de la LNM el solo hecho de encontrarse el buque remolcado en la mar al iniciarse el servicio no constituye base suficiente para calificar la situación como extraordinaria. En este sentido se pronuncia PULIDO BEGINES, cuyo criterio es sin duda relevante dado su amplio conocimiento del tema. Bajo el parecer, más que humilde, de quien suscribe estas líneas, con la referencia a esa situación extraordinaria el legislador ha querido ampliar los supuestos de aplicación del remolque de fortuna, no limitándolos al supuesto concreto de que el buque solicitante del remolque se halle en la mar, pero sí incluyéndolo.

Sea como fuere, a nadie se le escapa la dificultad que implicará en la práctica la concreción de las situaciones que deban considerarse extraordinarias⁷, a la que se enfrentarán los tribunales, o en su caso los Consejos de Arbitra-

7 PULIDO BEGINES, J.L.: “El remolque de fortuna”, Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa (19.12.2014): “En cualquier caso, resultará difícil concretar qué situaciones deben considerarse extraordinarias. De acuerdo con la doctrina producida en relación con el remolque en la mar regulado en la L.Aux., se defendió que esa figura se caracteriza por la existencia de una situación de anormalidad para el buque remolcado, de la que no puede substraerse por sus propios medios, pero sin que la misma se centre en una situación de peligro, siendo el elemento de la situación de anormalidad el determinante para la calificación de este tipo de remolque. A mi juicio, del texto de la L.Aux. no se desprende que fuera precisa la existencia de una situación anómala en el buque remolcado. Es cierto en la inmensa mayoría de los casos en que se pacta un remolque de esta clase concurre alguna circunstancia excepcional en el remolcado, por ejemplo, una avería de la máquina. Pero cabe imaginar supuestos donde el remolcado se encuentre en el mar sin presentar ninguna anomalía y concierte un remolque (por ejemplo tratándose del remolque de una plataforma de perforación de un lugar a otro del océano)”.

jes Marítimos y de Auditores de Arbitrajes Marítimos, una vez hayan podido concluir la inexistencia de peligro que, a su vez, habrá permitido configurar el supuesto enjuiciado dentro de los límites del remolque, excluyendo el salvamento. En cualquier caso, por aplicación de lo previsto expresamente en el artículo 305 de la LNM, estimando concurrentes los presupuestos avanzados hasta ahora, deberá ser reconocido el derecho del armador del buque remolcador a exigir una remuneración que incluya “los daños y perjuicios sufridos por su buque con ocasión del remolque, la ganancia dejada de obtener durante el tiempo de prestación y un precio adecuado al servicio prestado” tanto si la operación concluyó con éxito, como si no.

III. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS NACIDOS DEL REMOLQUE

La LNM no regula, ni siquiera menciona, los derechos y obligaciones que competen a cada una de las partes del contrato de remolque bajo ninguna de sus modalidades, limitándose a una remisión “a las normas del capítulo II relativas a la puesta a disposición del buque en el contrato de fletamento” cuya aplicación, circunscrita al remolque transporte, quedará en todo caso condicionada a su congruencia con el objeto del contrato⁸. En el origen de ese silencio normativo está, sin duda, la consciencia del legislador de la masiva utilización de formularios tipo a fin de documentar los contratos de remolque, y de la exhaustiva regulación de las obligaciones de las partes contenida en los más comúnmente utilizados.

Precisamente por esa ausencia absoluta de regulación de las obligaciones de las partes del contrato de remolque constatable en la LNM, es significativo que el legislador sí haya querido establecer en ella un régimen de responsabilidad por daños, común a todo contrato de remolque, bajo cualquiera de sus modalidades, cuyo ámbito alcanza tanto a los sufridos por los propios buques como a los soportados por terceros.

Empezando, en orden inverso al seguido en la Ley, por la responsabilidad por daños causados a terceros por el tren de remolque, el segundo apartado del artículo 304 de la LNM impone a los armadores de remolcador y remolcado una responsabilidad solidaria frente a tales terceros, que admitirá como única excepción que “se acredite por alguno de dichos armadores la inimputabilidad del daño a su elemento en el tren de remolque” y que, en todo caso, operará sin perjuicio del posterior derecho de repetición entre los armadores en atención

8 Art. 302 de la LNM.

al grado de culpa respectivo. Si con carácter general cabe afirmar que la declaración legal de solidaridad de los potenciales responsables de un daño juega en favor del perjudicado, el beneficio se multiplica en sede de contrato de remolque pues son muchas las ocasiones en las que, de hecho, resulta extremadamente difícil determinar con exactitud qué elemento del tren de remolque es el causante de los daños. Al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 304, al perjudicado le bastará con acreditar que el daño que reclama lo produjo el tren de remolque, quedando liberado de la carga de demostrar que, en concreto, fue causado por el armador al que demandó. Según ha quedado avanzado, la única excepción al principio de solidaridad admitida por la LNM es “que se acredite por alguno de dichos armadores la inimputabilidad del daño a su elemento en el tren de remolque”. Sin embargo, esa frecuente dificultad en la determinación del elemento del tren de remolque causante de los daños, operará en contra del armador que pretenda oponer dicha excepción sobre el que recaerá, además, la carga de la prueba. En definitiva, el régimen de responsabilidad por daños previsto en el segundo párrafo del artículo 304 responde, claramente, al objetivo de proteger a terceros perjudicados.

En cuanto a los daños soportados por los propios buques, prescribe el artículo 304 en su párrafo primero que “los armadores de cada uno de los buques serán responsables de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que le incumben”. El tenor literal de dicha disposición, y su cotejo con los artículos 302 y 303, que la preceden, permite comprobar una diferencia relevante. A la hora de atribuir la dirección de la maniobra al capitán del remolcador en el remolque transporte, y al capitán del buque remolcado en el remolque maniobra, el legislador prevé expresamente el posible pacto en contrario. A la hora de fijar el régimen de responsabilidad de los armadores implicados en el contrato de remolque, no lo prevé. De la ausencia de tal previsión en el artículo 304, presente en los artículos que lo preceden, de la propia expresión “serán responsables” empleada en la redacción del precepto, y de la regulación de la responsabilidad por daños frente a terceros, indisponible por su propia naturaleza, en el mismo precepto que la responsabilidad por daños inter partes, parece desprenderse, razonablemente, que mediante el artículo 304 el legislador ha querido establecer un régimen de responsabilidad por daños de carácter imperativo y, por lo mismo, inderogable.

Según quedó avanzado en la introducción del presente trabajo, el preámbulo de la Ley deja constancia de la novedad que supone la regulación del

remolque (en su doble modalidad de remolque-maniobra y remolque-transporte) cuya disciplina, afirma, se articula siguiendo las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios. La Ley, sin embargo, incurre en una evidente contradicción al establecer un régimen de responsabilidad por daños, común a ambas modalidades de remolque, absolutamente distinto, y en muchos casos contrario, al que resulta de la aplicación de ese derecho de los formularios que el legislador dice seguir. Las notables diferencias entre los criterios de responsabilidad plasmados en los formularios destinados a documentar las distintas modalidades de remolque aconseja su análisis separado a fin de poder comprobar, más claramente, la incidencia que en cada una de ellas tendrá, previsiblemente, la aplicación de la LNM.

1. La responsabilidad de las partes del contrato de remolque maniobra en el derecho de los formularios.

El origen de las pólizas de remolque, y más concretamente el de las de remolque maniobra, se remonta a los inicios del siglo XX y responde a la voluntad de las compañías de remolque británicas de rehuir la aplicación del régimen jurídico al que, en defecto de pacto, quedarían sometidas. Desde mediados del XIX los tribunales ingleses habían venido estableciendo a través de una reiterada jurisprudencia una serie de principios y reglas que se entendían implícitos en todo contrato de remolque, salvo pacto en contrario. De conformidad con tales reglas y principios, el remolcador quedaba obligado a llevar a cabo su prestación empleando la pericia media de un marino experto, resultando responsable de los daños causados a la otra parte como consecuencia del incumplimiento de dicha obligación. Precisamente para sustraerse a la aplicación de dicho régimen, las compañías de remolque inglesas comenzaron a emplear un documento preestablecido, mecanografiado o manuscrito, en virtud del que el remolcador quedaba exonerado de responsabilidad por todos los daños causados durante la operación de remolque, recurriendo para ello a diversas fórmulas, siendo la más común el “pacto” en virtud del que la tripulación del remolcador se convertía en “dependiente” del remolcado, resultando de este modo el remolcado responsable de todos los daños causados por el comportamiento negligente de la tripulación del remolcador durante la operación de remolque⁹. Estos primitivos formularios fueron inmediatamente

⁹ Una cláusula de este tipo se contenía en el contrato que fue objeto de litigio en en “The Westcock” (1911) pág. 208.

seguidos o directamente copiados por las compañías de remolque del resto de Europa y Norteamérica¹⁰.

Las United Kingdom Standard Conditions for Towage, en lo sucesivo UKSCT¹¹, cuya primera edición data de 1933, y que posteriormente fueron revisadas en 1974 y 1986, constituyen sin duda el formulario contractual más importante de cuantos se utilizan actualmente en el ámbito del remolque portuario. Siguiendo casi literalmente sus primitivos precedentes de principios del siglo XX, las UKSCT mantienen el “pacto” en virtud del cual el personal del remolcador se convierte en “dependiente” del remolcado durante la ejecución de la maniobra (*the tug is the servant of the tow*) del que resulta la exoneración del remolcador de toda responsabilidad por daños, con independencia de la causa de su producción, con dos únicas excepciones. En primer lugar, la exoneración de responsabilidad del armador del remolcador no operará si el remolcado prueba que los daños provienen, directa y exclusivamente (*directly and solely*), de la culpa “personal” del armador del remolcador en el cumplimiento de su obligación de ejercitar la diligencia razonable para proporcionar un remolcador navegable. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la revisión de dichas cláusulas en 1983 supuso, asimismo, la supresión de la cláusula, incluida en la revisión del 74, que amparaba la exoneración de responsabilidad del remolcador por la muerte o lesiones de cualquier persona, cualquiera que fuese su origen¹². El régimen exoneratorio previsto en las UKSCT opera, además, no sólo durante el periodo comprendido entre el momento en que se toma y el que se larga el cable de remolque, sino a lo largo de todo el tiempo en el que el remolcador está en las proximidades del remolcado y en disposición de ejecutar sus órdenes. El desequilibrio entre las partes que resulta de la regulación prevista en las UKSCT es, en definitiva, patente.

Pese a ello, o quizá precisamente por ello, el hecho es que las UKSCT vienen siendo utilizadas para regular el remolque maniobra en la práctica totalidad de los puertos españoles, bien por su incorporación directa o por la trasposición de sus disposiciones. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/1992 de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la Circular No. 29/1964 de la antigua Dirección General de Navegación, a imagen y semejanza de las UKSCT, imponía toda la responsabilidad al buque remolcado

10 PULIDO BEGINES, J.L., op. cit., págs. 65 y 66.

11 Cláusula No. 4 (c) de las UKSCT de 1986.

12 Cláusula No. 4(a) (iii) de la edición de 1974.

y, de hecho, en muchos puertos se empleaban las UKSCT como condiciones generales de remolque de carácter administrativo, o como complemento de aquéllas¹³. Tras la entrada en vigor de la Ley 27/92, y bajo el vigente Texto Refundido de la Ley de Puertos aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de Septiembre¹⁴, el remolque maniobra ha quedado configurado como servicio portuario de titularidad de la Autoridades Portuarias de posible prestación en régimen de gestión directa o indirecta. A las mencionadas autoridades compete, entre otras cosas, la aprobación y publicación de los respectivos Pliegos de Prescripciones Particulares de los servicios portuarios y, por tanto, también los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio de remolque y, siguiendo la tradición de las UKSCT, esos pliegos frecuentemente contienen, no sólo la atribución al remolcado de la dirección y control de la maniobra, en línea con la definición de remolque portuario contenida en el artículo 127 del Texto Refundido¹⁵ y en el artículo 303 de la vigente LNM, sino también la atribución al remolcado de la responsabilidad de la maniobra, en términos como los que se transcriben:

“El servicio se prestará bajo la dirección del capitán del buque o del práctico del puerto en su nombre, que asumirá la dirección, control y **responsabilidad de la maniobra** tan pronto como se establezca contacto por radio entre el remolcador y el buque en las inmediaciones del lugar en que se deba prestar el servicio¹⁶.

“Dirección del servicio:

El servicio se prestará bajo la dirección del capitán del buque o del práctico del puerto en su nombre, que asumirá la dirección, control y **responsabilidad de la maniobra**.

13 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: Op. cit. pág. 131: En no pocas ocasiones las condiciones generales de remolque no son más que un estatuto particular y liberatorio de la responsabilidad de la propia compañía de remolque.

14 Arts. 66 y 67 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y 108 y 113 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre.

15 *Artículo 127* Definición y características del servicio de remolque portuario. 1. Se entiende por servicio de remolque portuario aquél cuyo objeto es la operación náutica de ayuda a la maniobra de un buque, denominado remolcado, siguiendo las instrucciones de su capitán, mediante el auxilio de otro u otros buques, denominados remolcadores, que proporcionan su fuerza motriz o, en su caso, el acompañamiento o su puesta a disposición dentro de los límites de las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto.

16 Prescripciones particulares del servicio portuario básico de remolque en el puerto de la bahía de Cádiz.

Durante el desarrollo del servicio, tanto el remolcador como su capitán patrón y su tripulación quedan a disposición del buque remolcado al que prestan sus servicios¹⁷”

El régimen de las UKSCT se mantiene, en consecuencia, vigente en nuestros puertos.

2. La incidencia de la LNM en la determinación de la responsabilidad de las partes del contrato de remolque maniobra.

La LNM avanza en su Preámbulo la regulación del contrato de remolque “siguiendo las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios“. Es cierto que sigue, efectivamente, el derecho de los formularios en cuanto a la asignación de la dirección de la maniobra al capitán del remolcador, o al del remolcado, en cada una de las modalidades de remolque. Sin embargo, lo expuesto hasta ahora permite comprobar que el régimen de responsabilidad, común a ambas modalidades de remolque, establecido en el artículo 304 de la LNM, que se asienta en el principio de responsabilidad por culpa o negligencia de cualquier de los armadores de los buques implicados, no puede ser más opuesto al régimen previsto en las UKSCT, masivamente empleadas para documentar los contratos de remolque maniobra.

Antes de la promulgación de la LNM, la validez de los pactos de exoneración previstos en las UKSCT, incorporadas de forma directa o indirecta a las condiciones generales de remolque de carácter administrativo, o a los Pliegos de Prescripciones Particulares del servicio de remolque publicados por las autoridades portuarias, podía ser discutida en cuanto su aplicación pudiera suponer la exoneración de responsabilidad del remolcador por el daño causado mediando dolo o culpa grave por su parte, por contravenir lo dispuesto en los artículos 1255 y 1102 del Código Civil. Tales pactos mantenían, sin embargo, su vigencia en los supuestos en que su aplicación determinara la exoneración de responsabilidad del remolcador por los daños causados mediando negligencia, o culpa leve, por su parte¹⁸.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014 y, con ella, del régimen de responsabilidad por daños previsto en su artículo 304, de conformidad con el cual “los armadores de cada uno de los buques serán responsables

¹⁷ Prescripciones particulares del servicio portuario básico de remolque en el puerto de Valencia.

¹⁸ PULIDO BEGINES, J.L., op. cit., pág. 371.

de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que le incumben”, la validez de los pactos de exoneración previstos en las UKSCT, incorporados directa o indirectamente a los contratos de remolque portuario ejecutados en los puertos españoles podrá ser recurrida, además, en todos aquellos supuestos en que su aplicación determine la exoneración de responsabilidad del remolcador por los daños causados mediando simple negligencia, o culpa leve, por su parte.

En el ámbito del remolque maniobra se da, en consecuencia, la paradoja, de que siendo la voluntad del legislador afirmada en el Preámbulo de la LNM la de seguir “las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios“, la aplicación del régimen de responsabilidad previsto su artículo 304 ha producido el efecto contrario, limitando significativamente la validez del referido derecho de los formularios en el ámbito, crucial, de la responsabilidad por daños

3. La responsabilidad de las partes del contrato de remolque transporte en el derecho de los formularios.

Si en la primera mitad del siglo XX el principal volumen de negocio de las compañías de remolque procedía del remolque portuario, la aparición en los años 60 y 70 de plataformas de perforación produjo una mutación radical de su modelo de negocio. A finales de 1976 existían 374 plataformas de perforación registradas en 23 países, y se estaban construyendo 46 más. Las principales zonas de prospección se localizaban en el Mar Caribe, Mar del Norte y Golfo Pérsico¹⁹. El interés de las compañías de remolque en atraer a dicho mercado fortaleció, por primera vez, la posición negociadora de los usuarios que presionaron a las compañías de remolque para que modificaran las pólizas utilizadas hasta la fecha. Es entonces cuando aparecen las primeras pólizas específicas para el remolque transporte. Con tales antecedentes, BIMCO aprueba y edita en 1985 los formularios TOWCON y TOWHIRE, nacidos con el objetivo de establecer un régimen uniforme de responsabilidad aceptable para todos los operadores del remolque oceánico. El contenido de ambos formularios, que sería objeto de revisión en 2008²⁰, es idéntico salvo en lo que afecta a las condiciones de pago del precio, y regula de forma exhaustiva las

19 CHORLEY-GILES, *Shipping Law*, 8ª Ed. Pág. 424.

20 BIMCO's Towcon 2008 – International Ocean Towage Agreement (Lump Sum) y BIMCO's Towhire 2008 – International Ocean Towage Agreement (Daily Hire).

obligaciones de remolcador y remolcado conforme a los usos, reglas y principios vigentes en Common Law y en la práctica marítima internacional.

El régimen convencional de responsabilidad establecido por las pólizas de BIMCO, TOWCON y TOWHIRE, masivamente aplicadas en el remolque transporte, se rige por la cláusula conocida como *knock for knock*, en virtud de la cual cada parte soporta sus propios daños. Más concretamente, el armador del remolcador será responsable de todas las lesiones personales sufridas a bordo de su buque, por su personal o por cualquiera que se encuentre a bordo del mismo, de los daños sufridos por su buque y de los causados por éste a terceros. De forma idéntica, la responsabilidad del armador del remolcado se extenderá a las lesiones personales sufridas a bordo de su buque, a los daños sufridos por su buque, y a los causados por éste a terceros. Los defensores de este tipo de cláusulas afirman entre sus virtudes la de permitir que cada uno de los contratantes conozca de antemano el ámbito de responsabilidad que asume en caso de siniestro y ello, concluyen, no sólo permite una estimación más precisa del riesgo sino que reduce la litigiosidad, siendo clara la regla que determina los riesgos en que incurre cada una de las partes. Sus detractores destacan, por el contrario, la falta de equidad que puede derivarse de su aplicación²¹. Con sus ventajas e inconvenientes, siempre discutible, lo único cierto es que el régimen de responsabilidad por daños que resulta de dichas cláusulas es completamente distinto, y potencialmente contrario, al previsto en el artículo 304 la LNM, debiendo examinarse en qué medida la aplicación de aquella afectará a los remolques transporte documentados en este tipo de pólizas, que son la mayoría.

21 Buen ejemplo de esa falta de equidad podría ser la sentencia de 11 de Diciembre de 2008 dictada por el Admiralty Court en el asunto que enfrentó a los propietarios de la plataforma offshore "A Turtle" con los armadores del remolcador "Mightly Deliverer", después de que éste, ante la dificultad que encontraba para remolcarla debido a su insuficiente potencia y a la falta de combustible, decidiera desengancharse de la plataforma, que quedó a la deriva hasta que, dos semanas después, embarrancó en la playa de una isla remota. La sentencia resolvió que, incluso concurriendo el flagrante incumplimiento del contrato, documentado en una póliza Towcon, la cláusula *knock-for-knock* exoneraba plenamente al remolcador de cualquier responsabilidad por la pérdida de la plataforma, desestimando la demanda planteada por los propietarios de aquella por un importe aproximado de veinte millones de dólares

4. La incidencia de la LNM en la determinación de la responsabilidad de las partes del contrato de remolque transporte.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito del remolque maniobra, la referencia a “las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios” contenida en el Preámbulo de la LNM parece, en cierto modo, acertada en lo que respecta al régimen de responsabilidad previsto en los formularios TOWCON y TOWHIRE, de aplicación al remolque transporte, pues el equilibrio entre los riesgos atribuidos a cada una de las partes parece, precisamente, su objetivo, sin perjuicio de que, no teniendo en cuenta en absoluto si en la producción del daño concurrió, o no, un comportamiento culposo del contratante obligado a soportarlo, pueda derivar en situaciones nada equitativas. Ahora bien, lo que no tiene duda es que tampoco en el remolque transporte cumple el legislador su afirmación de haberlo articulado “siguiendo las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios”. Según ha quedado expuesto, los formularios en los que habitualmente quedan documentados los contratos de remolque transporte prescinden completamente de la existencia, o no, de la culpa o negligencia de los contratantes a la hora de atribuirles la obligación de soportar el daño y, por el contrario, en el régimen de responsabilidad por daños establecido por el artículo 304 de la LNM, la culpa o negligencia es, precisamente, el criterio de imputación, “los armadores de cada uno de los buques serán responsables de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que le incumben”.

Antes de la promulgación de la LNM, las cláusulas *Knock for Knock*, como la No. 18 de los formularios TOWCON y TOWHIRE, debían reputarse nulas, por contravenir la regla del *pactum de dolo non praestando* a la que responden los artículos 1.255 y 1.102 del Código Civil, en cuanto su aplicación pudiera suponer la exoneración de responsabilidad de cualquiera de los contratantes por los daños causados mediando dolo o culpa grave por su parte. Sin embargo, la cláusula mantenía su vigencia en los supuestos en que su aplicación determinara la exoneración de responsabilidad de cualquiera de los contratantes por los daños causados mediando simple negligencia, o culpa leve por su parte.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la Ley 14/2014, el régimen resultante de la aplicación de la cláusula *knock for knock* contenida en las pólizas TOWCON y TOWHIRE, que documentan la inmensa mayoría de los remolques transporte, ve restringido su ámbito de validez, resultando nula

y debiendo tenerse por no puesta, no sólo en cuanto su aplicación suponga la exoneración de responsabilidad de cualquiera de los contratantes por los daños causados mediando dolo o culpa grave por su parte, sino también mediando culpa leve o negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que le incumben, pues tal resultado sería radicalmente contrario al régimen de responsabilidad por daños previsto, con carácter imperativo, en el artículo 304 de la LNM.

Antes de la promulgación de la LNM operaba como límite, asimismo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Después de su promulgación, también, pero a ello hay que añadir que la referencia expresa a las embarcaciones entre los elementos susceptibles de ser remolcados contenida en el artículo 301 de la LNM, y la consiguiente potencial inclusión de consumidores y usuarios, no navieros, entre los titulares de los bienes objeto de remolque, determinará que, a partir de su promulgación, entre en juego en tales supuestos la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que operará como límite de la validez de los pactos exoneratorios contenidos en las pólizas.

En consecuencia, también en el ámbito del remolque transporte se constata la contradicción entre la voluntad de la LNM, expresada en su Preámbulo, y los efectos de su aplicación. Manifiesta haber articulado el remolque marítimo conforme al derecho de los formularios, pero, en definitiva, ha restringido su aplicación.

IV. NOVEDADES EN MATERIA PROCESAL

Por aplicación de lo previsto en el artículo 306 de la LNM, las acciones nacidas del contrato de remolque prescribirán en el plazo de un año.

De conformidad con la disposición derogatoria única de la LNM, su entrada en vigor ha supuesto la derogación de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, sobre auxilios, salvamentos, remolques hallazgos y extracciones marítimas, salvo su título II que continúa en vigor si bien manteniendo su calificación de norma reglamentaria (disposición derogatoria única de la LNM en relación con la disposición final tercera de la LPEMM).

La inclusión en la LNM del contrato de remolque marítimo entre los contratos de utilización del buque determina la aplicación de los criterios de atri-

bución de competencia previstos en el apartado segundo del artículo 469, que establece la competencia, a elección del demandante, de los tribunales del domicilio del demandado, del lugar de celebración del contrato, o del puerto de carga o descarga. Dichos criterios operarán a menos que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, cuya validez quedará en todo caso condicionada al cumplimiento de los presupuestos previstos en el artículo 468.

De conformidad con lo previsto en la disposición final décima de la LNM, se prevé la futura adscripción orgánica y funcional del Tribunal Marítimo Central y de los Juzgados Marítimos Permanentes a la Administración Marítima. La disposición transitoria primera de la LNM contempla, además, la constitución del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, llamados a sustituir al Tribunal Marítimo Central y a los Juzgados Marítimos Permanentes, respectivamente, y la disposición adicional segunda mantiene la competencia del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos para entender de las acciones de reclamación de las remuneraciones devengadas por los remolques de fortuna regulados en el artículo 305. No obstante, se prevé expresamente que los interesados en tales procedimientos puedan optar por acudir a los citados órganos de la Armada o a la jurisdicción civil ordinaria (Juzgados de lo Mercantil). Si no hubiere acuerdo entre los interesados, prevalecerá la jurisdicción civil ordinaria, tramitándose el procedimiento por los cauces del juicio ordinario o verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según corresponda.

Por último, quizá a raíz de la reciente tramitación judicial del asunto del “Prestige”, la disposición final décima de la LNM ha previsto, en su segundo apartado, la realización de un estudio sobre la posibilidad de atribuir competencia objetiva a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos aquellos asuntos de especial trascendencia y gravedad que pudieran suscitarse en cualquier materia relativa a la navegación marítima que, incluiría, en consecuencia, la relativa al remolque marítimo.

IV. EPÍLOGO

La LNM ha establecido en su artículo 304 un régimen de responsabilidad por daños, común a todo contrato de remolque bajo cualquiera de sus modalidades, cuyo ámbito alcanza tanto a los daños sufridos por los propios buques como a los soportados por terceros, y respecto del que el legislador no

prevé la posibilidad del pacto en contrario que sí admite, expresamente, en cuanto a la atribución de la dirección de la maniobra al armador del remolcador en el remolque transporte, y al del remolcado en el remolque maniobra (Arts. 302 y 303).

En el ámbito del remolque maniobra, el régimen de responsabilidad inter partes previsto en el artículo 304 de la LNM supone para los armadores de los remolcadores el regreso al principio de responsabilidad por culpa que es, precisamente, el que más de cien años atrás quisieron y consiguieron rehuir sus antecesores ingleses recurriendo para ello a la edición de los primeros formularios. Pese a ello, procede tomar en consideración que los efectos del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 304 sobre los armadores de los remolcadores se verán, en todo caso, sensiblemente suavizados por la atribución de la dirección de la maniobra al capitán del buque remolcado prevista, salvo pacto en contrario, por el artículo 303 de la LNM. Es cierto que nuestro Derecho no permite presumir la responsabilidad de quien asume la dirección de la maniobra pero, sin duda ninguna, ello será un factor de la máxima relevancia a la hora de realizar la imputación²². En conclusión, conforme al régimen que resulta del artículo 304 de la LNM, el armador del remolcador se verá obligado a responder si, por culpa o negligencia, se niega a seguir o ejecuta indebidamente unas órdenes del remolcado que son técnicamente correctas y, correlativamente, el armador del remolcado quedará liberado de soportar los daños resultantes de tal situación. Sin embargo, pesando sobre el capitán del buque remolcado la obligación de dirigir la maniobra, la probabilidad de que los daños resultantes de culpa o negligencia le sean imputables, se multiplican.

En el ámbito del remolque transporte, el régimen de responsabilidad inter partes previsto en el artículo 304 de la LNM supone un cambio radical respecto del que resulta, para ambas partes, del derecho de los formularios. Son, sin embargo, los armadores de los remolcadores los perjudicados en mayor medida por la aplicación del régimen instaurado por la LNM, habida cuenta de que éste se asienta en el principio de responsabilidad por culpa y es al capitán del remolcador a quien corresponde la dirección de la maniobra en esta modalidad de remolque, salvo pacto en contrario.

En cuanto a la responsabilidad del tren de remolque frente a terceros, el legislador ha adoptado la solución más favorable a los intereses de los terceros perjudicados de cuantas cabe encontrar en el Derecho comparado, previs-

22 En este sentido, RUIZ SOROA, J.M., y GABALDÓN GARCÍA, Op. cit., pág. 584.

ta, en concreto, en el Codice della Navigazione (art. 104). De conformidad con la declaración expresa contenida en el segundo párrafo del artículo 304 de la LNM, los armadores de remolcador y remolcado serán solidariamente responsables ante terceros por los daños causados por el tren de remolque, salvo que alguno de ellos pruebe que tales daños no derivan de causas imputables a su elemento en el tren de remolque. En definitiva, en atención al régimen de responsabilidad previsto en la LNM el perjudicado podrá dirigir su acción contra cualquiera de los armadores, sin verse obligado a indagar ni probar cuál de los dos fue el causante del daño, sin perjuicio de que opere, en todo caso y posteriormente, el derecho de repetición entre armadores en atención al grado de culpa respectivo.

Al inicio del presente trabajo se ponía de manifiesto la contradicción en que incurría la LNM, al avanzar en su Preámbulo el seguimiento de “las soluciones más equilibradas del derecho de los formularios” y establecer en su artículo 304 un régimen de responsabilidad radicalmente distinto al previsto en aquéllos, sin que ello, en sí mismo, prejuzgara el acierto o error de la solución adoptada. Situaciones tan clamorosamente injustas como la que resultó de la aplicación de la cláusula knock-for-knock por el Admiralty Court en el caso que enfrentó a los propietarios de la plataforma offshore “A Turtle” con los armadores del remolcador “Mightly Deliverer”²³, exonerados de toda responsabilidad por los daños por más de veinte millones de dólares causados por la pérdida de la plataforma, de la que el capitán del “Mightly Deliverer” directamente se desenganchó, dejándola a la deriva, tras comprobar en alta mar que no tenía suficiente potencia ni combustible para ejecutar el remolque, han llevado a que incluso la doctrina inglesa llegara a plantearse si el precio a pagar por la claridad que sin duda resulta del régimen de distribución de riesgos establecido por la cláusula knock-for-knock sigue mereciendo la pena. Sin duda el patrón bíblico del “ojo por ojo y diente por diente”, que supuso un más que considerable avance respecto del precedente sistema de resolución de conflictos, fue de una claridad meridiana. No parece descabellado, sin embargo, a fecha de hoy, tomar en consideración factores que, aun comprometiendo la claridad, con las consiguientes repercusiones económicas que ello conlleva, obliguen a tener en consideración la conducta de los sujetos obligados a la hora de distribuir los riesgos en el Derecho Marítimo.

23 Sentencia de 11 de Diciembre de 2008 dictada por el Admiralty Court en el asunto A.TURTLE OFFSHORES.A., ASSURANCE FORENINGEN GARD vs. SUPERIOR TRADING INC.

Ello es, precisamente, lo que resulta del régimen de responsabilidad previsto en el artículo 304 de la LNM.

EL CONTRATO DE REMOLQUE

Jaime de Castro
Abogado

Resumen: La Ley española de Navegación Marítima ha sistematizado el Derecho marítimo español y regulado el contrato de remolque. La falta de normativa específica se ha venido supliendo fundamentalmente a través de la utilización de diversos formularios sobre todo las UKSCT, TOWCON y TOWHIRE

Palabras clave: navegación marítima, contrato de remolque

Abstract: The Spanish Maritime Navigation Law has systematized Spanish maritime law and regulated the contract of towage. The lack of specific legislation has been solved mainly through the use of standard forms, especially the UKSCT, TOWCON and TOWHIRE

Keywords: maritime navigation, towage contract

I. DEFINICIÓN Y FUENTES LEGALES Y CONTRACTUALES

1. Introducción

La definición legal más reciente del contrato de transporte en nuestro ordenamiento es la prevista en el artículo 305 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima (en adelante LNM): “*Por el contrato de remolque el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o artefacto naval, o bien a prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado o, en su caso, el acompañamiento o puesta a disposición del buque*”.

Hasta la promulgación de esta esperada norma, puede afirmarse que no existía regulación específica de esta figura contractual en el Derecho mercantil español, pese a ser una conocida institución del Derecho marítimo, limitándose el tratamiento legislativo patrio a ciertas normas de Derecho administrativo, en el ámbito del remolque portuario y en el de las asistencias marítimas.

El artículo 127.1 de la vigente Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante entiende por *servicio de remolque portuario* *aquél cuyo objeto es*

la operación náutica de ayuda a la maniobra de un buque, denominado remolcado, siguiendo las instrucciones de su capitán, mediante el auxilio de otro u otros buques, denominados remolcadores, que proporcionan su fuerza motriz o, en su caso, el acompañamiento o su puesta a disposición dentro de los límites de las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto.

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 60/62, sobre el régimen de auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos, derogado por la LNM, contenía los elementos para identificar lo que dicha norma definía como “remolque en la mar” para diferenciarlos de los supuestos de auxilio y salvamento marítimo y que, en definitiva, disponía que en caso de prestación de servicios que puedan ser calificados como «remolque en la mar», el buque tenía derecho a percibir un precio justo y la indemnización *por gastos y perjuicios sufridos como consecuencia de la actuación.*

La falta de regulación específica y sistemática se ha venido supliendo por parte de los operadores de esta figura contractual, fundamentalmente a través de las condiciones generales de los contratos y de la utilización de diversos formularios propuestos por diversas organizaciones internacionales, sobre todo la UKSCT, de la Cámara de Navegación del Reino Unido, y las TOWCON y TOWHIRE de BIMCO, que son las usadas y adaptadas a nivel mundial.

2. Delimitación del concepto legal

Los elementos esenciales de esta figura contractual están presentes en la definición proporcionada por el expresado artículo 301 LNM, esto es, por parte de un buque, remolcador, se preste ayuda a otro u artefacto flotante, remolcado, con el fin pactado de desplazarlo en la mar o colaborar en su maniobra, acompañamiento o puesta a disposición, a cambio de un precio, si bien, es preciso que dicha actividad no llegue a constituir un supuesto de salvamento marítimo, ex art. 305 LNM.

Para empezar, parece obvio que el concepto patrio de remolque continúa excluyendo al realizado por vías fluviales, al contener expresamente la mención del medio marítimo.

El ámbito objetivo de la actividad abarca tanto el desplazamiento como la ayuda en la maniobra, acompañamiento o puesta a disposición del buque o artefacto flotante remolcado. Es novedosa la definición legal en este sentido, al contemplar expresamente como no solo la maniobra, esto es el suministro de fuerza motriz del remolcador al remolcado, sino también la prestación de

otros servicios tales como los de acompañamiento o escolta y puesta a disposición, en línea con el contenido de la cláusula 1 del formulario UKSCT¹. Es de destacar que las condiciones del remolque portuario de la mayoría de los grandes puertos nacionales solo contenían, hasta no hace mucho, una definición que solamente incluía la mención a la fuerza motriz del remolcador sobre el remolcado.

Completa dicho ámbito objetivo el artículo 308 que el ámbito del contrato de remolque llega, como tradicionalmente se ha venido considerando por la doctrina, hasta aquellos supuestos en los que la actuación no constituya un supuesto de salvamento marítimo.

En este punto, la nueva Ley contempla la figura del remolque extraordinario o de fortuna, reconocida hasta ahora por la jurisprudencia², como una categoría del contrato de remolque, aunque con ciertas notas del salvamento, en línea con la definición ya propuesta en su día por el Prof. Menéndez³. La

1 UKST 1 (b) (i): *'towing' is any operation in connection with the holding, pushing, pulling, moving, escorting or guiding or a standing by the Hirer's vessel, and the expressions 'to tow', 'being towed' and 'towage' shall be defined likewise.*

2 STS Sala 3^a, sec. 4^a, S 16-5-1988. Pte.: Jiménez Hernández, José Ignacio. El Derecho 1988/4165:

"De todo ello resulta que en momento alguno existió una verdadera situación de peligro para el barco averiado, deduciéndose ello, tanto de las características del ,buque que permitiese el aislamiento de partes del mismo, como de su falta de evacuación, pues aunque es cierto fue desalojado finalmente el pasaje, ello obedeció a causas distintas a las de la existencia de un verdadero e inminente peligro para la seguridad del buque y sus ocupantes; ello hace inaplicable al caso lo preceptuado en el artículo 1 de la Ley de 24 de diciembre de 1962 y que, por consecuencia, no puede estimarse como salvamento la actuación tenida por los mencionados ,buques lo que determina no pueda estimarse el recurso de apelación en su totalidad; pero el que ello así sea no permite estimar que el remolque e intervención de tales buques pueda estimarse como algo ordinario o de una entrada en puerto y para ello sí que es competente el Tribunal Marítimo Central, a tenor de lo establecido en el artículo 16 de la mencionada Ley, cuando, como en el caso anterior, no se produce acuerdo entre las partes; ello determina la pertinencia de estimar parcialmente la apelación y como no existen datos suficientes para, en este acto, fijar la indemnización a percibir por los armadores de los buques "Volcán de Timanfaya" y "Don Vicente", así como por el práctico del Puerto de Arrecife Sr. S., si no hubiese percibido cantidad superior a la normal por el ejercicio de su función, se relega la concreción de esas cantidades a trámite de ejecución de sentencia, debiendo ser ella proporcionada a la entidad de los servicios prestados, y añadiéndose a ellos el importe de los daños sufridos por tales buques si los hubo, con ocasión de los mismos."

3 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *El contrato de remolque*, Madrid, 1964, pág. 269.

característica de este tipo de remolque es la excepcionalidad de las circunstancias que rodean su ejecución, distintas de los remolques ordinarios, y la inexistencia de un peligro inminente para los buques intervinientes. La inclusión del remolque de fortuna en la nueva regulación da carta de naturaleza contractual a los remolques realizados ocasionalmente por buques no dedicados habitualmente a esta actividad.

Las consecuencias de la correcta conceptualización de la asistencia prestada son evidentes, ya que en el remolque de fortuna la remuneración no estará condicionada al éxito de la operación, y el remolcador tendrá derecho, de no haberse pactado otras condiciones, a una remuneración adecuada por los servicios prestados. Esta remuneración incluirá los daños y perjuicios sufridos por su buque con ocasión del remolque, la ganancia dejada de obtener durante el tiempo de prestación, y un precio adecuado al servicio prestado.

II. ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO

De acuerdo a la definición legal, el remolcador tiene que ser un buque. Esta precisión parece dejar al margen de la regulación positiva a los remolques prestados por embarcaciones, esto es, aquellos vehículos que carezcan de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización. Esta aparente, a mi juicio, laguna se hace más evidente cuando el remolcado puede ser otro buque, embarcación o artefacto naval, de acuerdo a las definiciones de los artículos 56 a 58 LNM. El remolque de fortuna, elevado a categoría de contrato por la LNM, es proclive a ser prestado entre embarcaciones. Atendiendo a la definición legal, estos supuestos de hecho no estarían expresamente regulados.

Como se ha dicho, el remolcado puede ser otro buque, embarcación o artefacto naval, incluyendo, por tanto, toda construcción flotante con capacidad y estructura para albergar personas o cosas, cuyo destino no es la navegación, sino quedar situada en un punto fijo de las aguas así como los buques que han perdido tal condición por haber quedado amarrados, varados o fondeados en un lugar fijo, y destinado, con carácter permanente, a actividades distintas de la navegación.

III. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO

Tras la promulgación de la LNM, el contrato de transporte es un contrato mercantil típico, sobre todo cuando tiene *las notas de comercialidad en el sentido económico o del tráfico*⁴. Por esa razón, los remolques de fortuna llevados a cabo por una embarcación no tendrían esa consideración y quedarían al margen de regulación de la LNM. Es igualmente un contrato consensual y oneroso. Comparte algunas características con otros contratos de utilización del buque de la LNM y especialmente con el contrato de fletamento, a cuyas normas relativas a la puesta a disposición del buque en el contrato de fletamento en tanto sean congruentes con el objeto del contrato de remolque se remite expresamente el artículo 302 de la Ley. Según la modalidad del contrato, de transporte o de maniobra, se trata respectivamente de un contrato con obligación de resultado y de actividad.

IV. MODALIDADES DE REMOLQUE Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

En línea con el parecer de una parte de la doctrina más autorizada⁵ ya adelantada por la STS de 15 de noviembre de 1997⁶, la LNM se ha decantado por la distinción, de acuerdo al criterio causal o de la finalidad económica del contrato, entre remolque transporte (artículo 302 LNM) y remolque maniobra (artículo 303 LNM), mayormente a los efectos de atribución de responsabilidad y la dirección de la maniobra al capitán del remolcador o del remolcado, respectivamente, a falta de pacto entre los contratantes. A estas categorías ha añadido una tercera, cual es el remolque de fortuna.

4 MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. *El contrato de remolque*, Madrid, 1964, pág. 269. “*El contrato de remolque, concluido ordinariamente por empresas dedicadas al ejercicio profesional de esta actividad, muestra los caracteres propios de la comercialidad en el sentido económico o del tráfico (mediación lucrativa en la prestación de un servicio)*”.

5 SÁNCHEZ CALERO, F. *Consideraciones sobre la clasificación de los contratos de explotación del buque*, en “*Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*”, EDERSA, Madrid, 1981, pág. 1.049.

6 STS 15 noviembre 1997. *El contrato de remolque es aquel por el que el armador de un buque -remolcador- se obliga a cambio de un precio, a utilizar éste para desplazar por mar a otro buque -remolcado- y en este contrato se distinguen dos subtipos: el remolque maniobra o portuario en el que la prestación del remolcador va dirigida a colaborar en las maniobras de atraque o desatraque del buque remolcado; y el remolque directo o transporte, en que el remolcador se obliga a desplazar por mar al remolcado hasta el lugar convenido.*

1. El remolque transporte

En el remolque transporte el armador del buque remolcador se compromete al desplazamiento del buque o artefacto remolcado, asumiendo, salvo pacto expreso en contrario, la dirección de la maniobra corresponde al capitán del remolcador. Ello implica, como ocurre frecuentemente en la práctica, que la dirección puede recaer también en el remolcado, así como que el remolcador asuma o no la guardia y custodia de aquél y, a su vez, con o sin dotación de tripulación.

Atendiendo al concepto legal, se trata por tanto de una obligación de resultado para el remolcador, que se compromete al desplazamiento pactado. Amén de esta obligación esencial, y la referencia a las normas sobre puesta a disposición del buque del contrato de fletamento, el legislador deja el resto del contenido a la autonomía de la voluntad de las partes, que en la práctica es el que se deduce de la adaptación, más o menos enmendada, de los formularios más usados a las que se ha hecho referencia.

Obligaciones de las partes en el remolque transporte.

Las obligaciones del remolcador, además de la del desplazamiento pactado, son las siguientes: designación del buque remolcador técnicamente adecuado para el transporte previsto y su posible sustitución por otro; determinación del momento de puesta a disposición del remolcador y aportación del material de remolque y dirección de las maniobras.

En cuanto a la designación del remolcador, precisar que de acuerdo a la información que proporcione el remolcado, la compañía de remolque designa el buque más adecuado. En esta elección hay que tener en cuenta también los requisitos de las pólizas de seguro que cubren el remolque. En la práctica, la designación suele ser precisa y específica del buque remolcador concreto que se pretende emplear, que solo puede ser sustituido por acuerdo de los contratantes⁷. La negativa del remolcado ha de ser razonable y en la práctica suelen

⁷ Cláusula 20 Towcon 2008: *Substitution of Tugs*.

The Tugowner shall at all times have the right to substitute any tug or tugs for any other tug or tugs of adequate power (including two or more tugs for one, or one tug for two or more) at any time whether before or after the commencement of the towage or other services and shall be at liberty to employ a tug or tugs belonging to other tugowners for the whole or part of the towage or other service contemplated under this Agreement. Provided however, that the main particulars of the substituted tug or tugs shall be subject to the Hirer's prior approval, but such approval shall not be unreasonably withheld.

centrarse en la potencia equivalente del remolcador o remolcadores, si son varios los contratados. Sin embargo, la Ley española establece en su artículo 302 que serán aplicables en tanto sean congruentes con el objeto del contrato las normas del capítulo II relativas a la puesta a disposición del buque en el contrato de fletamento por lo que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 211 LNM, si el contrato se refiere a un buque determinado, este no podrá ser sustituido por otro, salvo pacto expreso que lo autorice.

Dentro de esta obligación, hay que prestar atención a la navegabilidad del remolcador. En la mayoría de las pólizas, la obligación se centra en la mayor diligencia sobre la navegabilidad del buque antes del viaje, de modo parecido a las pólizas de fletamento más empleadas, por lo que, si el buque deviene inhábil en el transcurso del viaje, el armador del remolcador no se considera responsable. En este aspecto, la LNM establece en su artículo 212, aplicable a los remolques, que el estado de navegabilidad deberá existir en el momento de emprender el viaje, o cada uno de los viajes que incluya el contrato y termina aclarando que el porteador, entiéndase remolcador, deberá ejercer una diligencia razonable para mantener el buque en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato.

En cuanto a la puesta a disposición del remolcador, la norma española y la mayoría de los formularios contienen un régimen parecido al de los contratos de fletamento, esto es, el remolcador se llevará a cabo en el puerto y momento pactados. En lo que respecta a este último, se viene generalizando el empleo de cláusulas flexibles⁸, consistentes en la fijación de la fecha definitiva dentro de unos márgenes temporales y a través de unos avisos sucesivos del remolcador al remolcador. Además, se suele acordar la posibilidad de cancelación del contrato para el caso de que el remolcador no haya sido puesto a disposición del remolcador en el lugar y tiempo pactados, abriéndose la posibilidad de reclamar los daños y perjuicios derivados de la inmovilización. Así ha de entenderse que lo dispone igualmente la norma española aplicable, el artículo 214 LNM. En la norma española se requiere la declaración de incumplimien-

8 TOWCON 2008. Casilla 29. *Notices (Place of Departure) (CI. 13(c))*

Initial departure period (from/to).

Initial departure notice (days notice/daysperiod).

Final departure period and notice (days notice/daysperiod).

Final departure time and date notice (days notice).

Claúsula 13. *Place of departure. (c) The Tow shall be ready to sail from the Place of Departure between the dates indicated in Box 29 (a) hereinafter called the Initial Departure Period.*

to previo del remolcador; en las pólizas de BIMCO se contienen expresiones tales como *wilful default*, es decir incumplimiento deliberado.

En cuanto a la aportación del material de remolque, las pólizas de BIMCO contienen la regla⁹ de que es obligación del remolcador proporcionar el material necesario para el remolque, tanto los cables como todo el aparejo necesario al efecto, pudiendo emplearse, sin contraprestación, si no se descarta dicha posibilidad, los materiales útiles que estén a bordo del buque remolcado, tales como anchas y cables. La obligación del remolcador conlleva el mantenimiento adecuado de dichos elementos, siendo responsabilidad del capitán del remolcador inspeccionar el cable de remolque y las bitas.

La siguiente obligación, salvo que se pacte lo contrario, es la dirección de la maniobra de todo el tren de remolque a cargo del remolcador, salvo que se pacte otra cosa (artículo 302 LNM). La ley española es clara al respecto, ya que las pólizas más empleadas no contienen una disposición semejante, y solamente hacen referencia al mando del Capitán del remolcador sobre la tripulación de apoyo que se embarque en el remolcado.¹⁰

Por último, el remolcador tendrá que proporcionar a su contratante el resultado pactado, esto es, el desplazamiento hasta el lugar indicado, navegando con la debida diligencia. Esta es la obligación esencial del contrato y merece un tratamiento algo más extenso que las anteriores. La ley española no contiene indicación alguna y la jurisprudencia es casi inexistente, por lo que hay que deducir el régimen de obligaciones de la práctica contractual.

Es de suponer, pese a que las pólizas permiten fijar una ruta contemplada, que a falta de pacto sobre la ruta y velocidad a seguir el remolcador seguirá

9 TOWCON 2008. Cláusula 16. *Towing Gear and Use of Tow's Gear. (a) The Tugowner agrees to provide free of cost to the Hirer the use of all tow wires, bridles and other towing gear carried on board the Tug for the purpose of the towage or other services to be provided under this Agreement.*

10 TOWCON 2008. Cláusula 15a. *Riding crew*

Riding crew for the Tow, if so requested by the Hirer, shall be provided by the party stated in Box 31. The number of riding crew shall be as stated in Box 31. All costs and expenses for such personnel will be for the account of the Hirer and such personnel shall be at all times under the orders of the Tugmaster. If the riding crew are provided by the Tugowner the Hirer shall pay to the Tugowner the amount per man per day stated in Box 32. If the riding crew are provided by the Hirer they shall not be deemed to be the servants or agents of the Tugowner. Permission for the Hirer to provide a riding crew on the Tow as well as the composition and suitability of the riding crew shall always be in the discretion of the Tugowner.

la más directa entre los puertos de recogida y entrega, a una velocidad adecuada en función de las circunstancias, si bien es frecuente que se pacte¹¹ la posibilidad de desvío o navegación a baja velocidad en supuestos tales como la aparente inhabilidad- se entiende sobrevenida- del buque remolcado, la necesidad de reparación o recolocación de los elementos de remolque o de incorporación de nuevos elementos al remolque y, sobre todo, la adaptación a las circunstancias meteorológicas, presentes o previstas. Y se permite ese desvío no solo sin indemnización a favor del remolcador sino incluso con una compensación por el retraso sufrido. Por ello, y las especiales dificultades de la navegación en condiciones de remolque, el capitán del remolcador tiene que extremar su atención a las condiciones meteorológicas que van a rodear el viaje, a fin de evitar los daños que pudieran causarse al buque remolcado como consecuencia de su falta de previsión, de la que solo podría exonerarse en casos de condiciones atmosféricas del todo punto extremas e inesperadas.

Permiten los formularios igualmente la interrupción del remolque, dejando al buque remolcado en un lugar seguro, si el remolcador decide acudir a la asistencia de otro buque o embarcación que lo precise e incluso para entrar en cualquier puerto para suministros, avituallamiento, reparaciones u otras necesidades tales como desembarco de tripulantes impedidos, todo ello, sin que deje de devengarse el precio del servicio.¹²

11 TOWCON 2008. Cláusula 24 (a). *Necessary Deviation or Slow Steaming*

(a) If the Tug during the course of the towage or other service under this Agreement puts into a port or place or seeks shelter or is detained or deviates from the original route as set out in Box 23, or slow steams because either the Tugowner or Tugmaster reasonably consider

(i) that the Tow is not fit to be towed; or

(ii) the towing connection requires rearrangement; or

(iii) repairs or alterations to or additional equipment for the Tow are required to safeguard the venture and enable the Tow to be towed to destination; or

(iv) it would not be prudent to do otherwise on account of weather conditions actual or forecast; or because of any other good and valid reason outside the control of the Tugowner or Tugmaster, or because of any delay caused by or at the request of the Hirer, this Agreement shall remain in full force and effect, and the Tugowner shall be entitled to receive from the Hirer additional compensation at the appropriate Delay Payment rate as set out in Box 30 for all time spent in such port or place and for all time spent by the Tug at sea in excess of the time which would have been spent had such slow steaming or deviation not taken place.

12 TOWCON 2008. Cláusulas 24 (b) y (c)

(b) *The Tug shall at all times be at liberty to go to the assistance of any vessel in dis-*

A salvo de esos posibles supuestos pactados, la ruta habrá de ser la más directa y sin interrupciones. De tratarse de un remolque sometido a la legislación española, se estará a lo previsto en los artículos 219 y 222 LNM, esto es, que la desviación sin derecho a indemnización se permite si se ha realizado para salvar vidas humanas o por cualquier otra causa razonable y justificada que no se derive del estado de falta de navegabilidad inicial del buque remolcado.

Otra manifestación de esta obligación esencial es la de la señalización del tren de remolque, de tanta trascendencia para el tráfico marítimo, sobre todo en zonas con intenso tráfico y posibilidad de maniobra restringida. Por tanto, pese a que el buque, embarcación o artefacto remolcado tenga operativa su propia señalización¹³, es responsabilidad del remolcador que ésta funcione correctamente en todo momento.

Por otro lado, las obligaciones del remolcado son: la puesta a disposición del elemento a remolcar en el lugar y momento pactados, asegurar su remolcabilidad y pagar el precio pactado.

La puesta a disposición, según se establece en las pólizas de BIMCO, habrá de ser un lugar seguro y accesible.¹⁴ Corresponde su designación al remolcado, aunque siempre sometido a la aprobación del remolcador, que no podrá rechazar la propuesta salvo causa razonable. En cuanto al momento, ya se ha hablado de los periodos de disponibilidad y preaviso, frecuentes en

tress for the purpose of saving life or property or to call at any port or place for bunkers, repairs, supplies, or any other necessities or to land disabled seamen, but if towing the Tug shall leave the Tow in a safe place and during such period this Agreement shall remain in full force and effect, including the provisions of Clause 9(b)(i).

(c) *Any deviation howsoever or whatsoever by the Tug or by the Tugowner not expressly permitted by the terms and conditions of this Agreement shall not amount to a repudiation of this Agreement and the Agreement shall remain in full force and effect notwithstanding such deviation.*

13 Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, hecho en Londres el 20 de octubre de 1972. *REGLA 24. Buques remolcando y empujando.*

14 TOWCON Cláusula 13. *Place of Departure*

(a) The Tow shall be tendered to the Tugowner at the Place of Departure stated in Box 24.

(b) The place of connection and departure shall always be safe and accessible for the Tug to enter, to operate in and for the Tug and Tow to leave and shall be a place where such Tug is permitted to commence the towage in accordance with any local or other rules, requirements or regulations and shall always be subject to the approval of the Tugowner which shall not be unreasonably withheld.

los contratos actuales, frente a la fecha fijada para el inicio, que sigue siendo empleada en ocasiones. Dentro de esta obligación está normalmente la de obtener todas las autorizaciones y aseguramientos necesarios para llevar a cabo el remolque incluidas las autorizaciones de entrada en el lugar de destino previsto, sin las cuales no se considera que se haya producido la puesta a disposición del remolcador, que tendrá derecho a la oportuna compensación por el retraso, incluyendo los daños y perjuicios.

Esta esfera de la obligación esta directamente entroncada con la siguiente, que es la de asegurar la remolcabilidad del elemento puesto a disposición. No se trata en este caso de una obligación cuyo cumplimiento pueda medirse en base a la diligencia debida a la hora de comprobar el estado de la navegabilidad del buque previa al viaje, que es la que se aplica al remolcador¹⁵, sino que “*el titular del remolcado asume de manera absoluta que su buque estará en condiciones de emprender el viaje en la fecha pactada.*”¹⁶ Desde luego que la dicción literal de los apartados (a) y (b) de cláusula 18 de la póliza TOWCON se antoja contradictoria y es muestra del pretendido mayor equilibrio entre las partes que persigue la versión de 2008, desde luego nada conseguido, en mi opinión. Lo que parece claro, es que la remolcabilidad es responsabilidad exclusiva del remolcado, no resultando eximente ni atenuante de la misma la inspección previa que puede hacer el remolcador, ni la existencia de certificados o planes de remolque aprobados por las aseguradoras, las clasificadoras o las autoridades marítimas competentes. En ese sentido la STS 8 enero 1991¹⁷. Los certificados de remolcabilidad (toworthiness) a los que se refieren

15 TOWCON Cláusula 18 y TOWHIRE Cláusula 19 *Tow-worthiness of the Tow*

(a) *The Hirer shall exercise due diligence to ensure that the Tow shall, at the commencement of the towage, be in all respects fit to be towed from the place of departure to the place of destination.*

(b) *The Hirer undertakes that the Tow will be suitably trimmed and prepared and ready to be towed at the time when the Tug arrives at the place of departure and fitted and equipped with such shapes, signals, navigational and other lights of a type required for the towage.*

16 PULIDO BEGINES, J.L. *Los contratos de remolque marítimo*. J.M. Bosch Editor, 1996, pág. 344.

17 STS 8 enero 1991: “...que el transporte no se pudo llevar a cabo por la falta de navegabilidad de los artefactos pertenecientes a la entidad mercantil recurrente, que incumplió la esencialísima obligación a que venía constreñida por el contrato de entregar los elementos transportables en idóneas condiciones de navegabilidad, que dada la naturaleza del contrato adquiere trascendencia absoluta; obligación que no puede verse

los formularios suelen ser los de las sociedades de clasificación. A veces, los de un experto independiente. A ello hay que añadir los permisos y certificados emitidos por la administración o administraciones marítimas competentes, entre los que destaca el plan de remolque para obtener la autorización de la Capitanía Marítima competente.¹⁸

Cuestión de especial interés, por la mención que contiene la LNM, es la obligación de guardia y custodia del buque remolcado. Dice el artículo 302.2 que en los casos en que los elementos remolcados hayan sido entregados al remolcador se entenderá que este asume la custodia de ellos, con la consiguiente responsabilidad. La entrega hace que el contrato de remolque se asemeje al de transporte y que, por tanto, se invierta la carga de la prueba en casos apreciarse daños al momento de la entrega.¹⁹ Las mayores dificultades prácticas surgen cuando no se pacta expresamente la entrega, ya que no siempre es fácil determinar que ha habido traslación de la posesión del buque remolcado, que podría deducirse en los casos de ausencia de tripulación del remolcado a bordo y más fácilmente, cuando ésta es nombrada por el remol-

minimizada por la certificación de navegabilidad oficial y la aceptación de su transporte por el Capitán, que se fundan, en la “praxis” cotidiana, en la observación objetiva de la estabilidad y al examen superficial de los artefactos sin que pueda exigirse, dada la imperatividad del art. 57 del Código de Comercio, una meticulosa y exhaustiva inspección del casco bajo la línea de flotación para exculpar a la autoridad marítima y al Capitán en orden a la determinación de su capacidad de navegar lo que está reñido con la rapidez del tráfico mercantil y concretamente del marítimo”.

18 Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles, artículos 17.1 y 37.2 d). *d) Reconocimientos para autorización de remolques: se realizarán cuando se prevea el traslado del buque en estas circunstancias, de conformidad a lo dispuesto en la normativa de desarrollo de este Reglamento.* Para la autorización de un remolque, los operadores del buque deben presentar la solicitud, junto con un estudio técnico de realización del remolque, llamado proyecto o plan de remolque, realizado por un ingeniero naval o Titulado Superior de la marina Civil, un ingeniero técnico naval o un diplomado en Navegación Marítima, con al menos tres días de antelación a la prevista para el traslado del buque. La no presentación del plan supone una infracción administrativa grave (artículo 51.4 a del citado R.D. en relación con lo dispuesto en el artículo 116.2.a) de la LPEMM.

19 Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías. Artículo 47. *Supuestos de responsabilidad.*

1.El porteador responderá de la pérdida total o parcial de las mercancías, así como de las averías que sufran, desde el momento de su recepción para el transporte hasta el de su entrega en destino.

gador. Si se usan las pólizas más conocidas, es difícil articular la entrega de la posesión sin enmendar ampliamente varias de sus cláusulas propuestas. En el caso de la TOWCON 2008, la cláusula 15²⁰. El titular del remolcado es quien se hace cargo de la tripulación del buque, incluso si se trata de personal designado por el remolcador. Es más, se precisa que, en los casos de tripulación nombrada por el remolcado, sus miembros nunca serán considerados ni empleados ni agentes del remolcador, pese a quedar a las órdenes técnicas de su Capitán.

Resta por mencionar la obligación del pago del precio pactado. En este aspecto hay que distinguir claramente entre el precio del remolque transporte y el del remolque maniobra. En nuestro país, el precio del remolque maniobra está normalmente prefijado por los pliegos de condiciones de las autoridades portuarias, titulares del servicio, que se cede en régimen de concesión o autorización, de acuerdo a lo previsto en la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante²¹. En estos casos, el precio depende de las condiciones esta-

²⁰ TOWCON 2008. Cláusula 15 (a) *Riding Crew*

(a) Riding crew for the Tow, if so requested by the Hirer, shall be provided by the party stated in Box 31. The number of riding crew shall be as stated in Box 31. All costs and expenses for such personnel will be for the account of the Hirer and such personnel shall be at all times under the orders of the Tugmaster. If the riding crew are provided by the Tugowner the Hirer shall pay to the Tugowner the amount per man per day stated in Box 32. If the riding crew are provided by the Hirer they shall not be deemed to be the servants or agents of the Tugowner. Permission for the Hirer to provide a riding crew on the Tow as well as the composition and suitability of the riding crew shall always be in the discretion of the Tugowner.

²¹ Ley del Puertos del estado y de la Marina Mercante:

Artículo 108. Concepto y clases de servicios portuarios.

1. Son servicios portuarios las actividades de prestación que sean necesarias para la explotación de los puertos dirigidas a hacer posible la realización de las operaciones asociadas con el tráfico marítimo, en condiciones de seguridad, eficiencia, regularidad, continuidad y no discriminación, y que sean desarrolladas en el ámbito territorial de las Autoridades Portuarias.

2. Tienen la consideración de servicios portuarios los siguientes:

a) Servicios técnico-náuticos:...

2.º Servicio de remolque portuario...

Artículo 109. Régimen de prestación de los servicios portuarios y título habilitante.

1. La prestación de los servicios portuarios se llevará a cabo por la iniciativa privada, rigiéndose por el principio de libre concurrencia, con las excepciones establecidas en esta ley.

blecidas en las licencias y pliegos de prescripciones particulares del servicio. Se basa fundamentalmente en unas tarifas a calcular en función del arqueo bruto o GT del buque remolcado, a veces con unos mínimos fijos, con ciertas correcciones en función de la zona del puerto, si el remolcado dispone de propulsión propia, si se trata de entra o salida de varadero, cambio de atraque, horario del servicio, habitualidad del usuario, etc. Obviamente, se trata de tarifas máximas por lo que los titulares del servicio de remolque en cada puerto, que hoy día suelen ser más de uno por autoridad portuaria, pueden y suelen acordar descuentos y bonificaciones libremente con sus clientes.

Fuera de estos supuestos de tarifas regladas por la administración, propias del remolque maniobra, los contratos contienen necesariamente detalladas menciones del precio, fruto del acuerdo entre las partes. Los sistemas más habituales son los conocidos como *lump sum* (o a tanto alzado) y sistema *daily hire* (precio por día o fracción). Esta es la principal diferencia entre los dos formularios de BIMCO ya citados con reiteración, el TOWCON y el TOWHIRE.

El sistema *lump sum* contiene un precio a tanto alzado por todo el servicio, con independencia de su duración, si bien puede ser incrementado en ciertas situaciones previstas, ya analizadas, tales como las desviaciones y disminución de la velocidad de navegación. En el *daily hire*, por su parte, se fija el precio en función de los días empleados por el remolcador para llevar a cabo su actuación contratada. En ambos sistemas, se pueden establecer una serie de plazos de pago, en función de ciertos hitos tales como la firma del contrato, la salida del convoy del lugar de recogida, el paso por ciertas coordenadas geográficas y la llegada al lugar previsto de destino. En el *daily hire*, la diferencia es que los hitos pasan a ser simplemente temporales, esto es, el número de días que el remolcador ha sido empleado, sin perjuicio de la culminación o no del resultado previsto.

Atendiendo a la legislación española, el contrato se configura como de resultado, más cercano al arrendamiento de obra o el contrato de transporte, que el de arrendamiento de servicios. Sin embargo, de la cláusula del precio de los formularios BIMCO, se entiende que el precio se devenga en cualquier

2. La prestación de los servicios portuarios requerirá la obtención de la correspondiente licencia otorgada por la Autoridad Portuaria, la cual solo puede otorgarse previa aprobación del correspondiente Pliego Regulador y Prescripciones Particulares del servicio correspondiente.

La licencia no otorgará el derecho a prestar el servicio en exclusiva.

caso²² y que todo el precio se devenga por días y es irrevocablemente pagadero incluso en los casos de pérdida del remolcado (*tow or part of tow lost or not lost*), por lo que dicha naturaleza resulta, al menos, discutible a ojos de nuestra legislación.

El precio incluye normalmente cláusulas de estabilización en función del precio del combustible. Además de dichas sumas, los gastos que se originen como consecuencia del viaje (gastos de puerto, practicaje, derechos de canales ...) son normalmente pactados por cuenta del remolcado.

Por último, contienen las pólizas estudiadas dos garantías de pago de la ejecución del contrato o como consecuencia del contrato. Ambas son opcionales y acumulables. Se trata de una garantía financiera, entiéndase añadida a la personal del remolcado, y una garantía real²³, cual es el derecho de retención o *lien* sobre el objeto remolcado, institución nada extraña a nuestro ordenamiento en lo que al transporte terrestre o al arrendamiento de obra se refiere.²⁴

22 TOWCON Cláusula 3. *Price and Conditions of Payment*

(c) The Lump Sum and all other sums payable to the Tugowner under this Agreement shall be payable without any discount, deduction, set-off, lien, claim or counter-claim, each instalment of the Lump Sum shall be fully and irrevocably earned at the moment it is due as set out in Box 33, Tug and/or Tow or part of Tow lost or not lost, and all other sums shall be fully and irrevocably earned on a daily basis as per Box 30.

23 TOWCON Cláusula 28 y TOWHIRE Cláusula 26. *Lien*

Without prejudice to any other rights which he may have, whether in rem or in personam, the Tugowner, by himself or his servants or agents or otherwise shall be entitled to exercise a possessory lien upon the Tow in respect of any sum howsoever or whatsoever due to the Tugowner under this Agreement and shall for the purpose of exercising such possessory lien be entitled to take and/or keep possession of the Tow; provided always that the Hirer shall pay to the Tugowner by himself or his servants or agents or otherwise all reasonable costs and expenses and all costs of recovering same, including legal fees, howsoever or whatsoever incurred by or on behalf of the Tugowner by himself or his servants or agents or otherwise in exercising or attempting or preparing to exercise such lien and the Tugowner by himself or his servants or agents or otherwise shall be entitled to receive from the Hirer the Tug's Delay Payment at the rate specified in Box 30 / the Tug's rate of Hire for / through any reasonable delay to the Tug resulting therefrom.

24 Artículos 1.600 del Código civil y 41.1 Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías.

2. El remolque maniobra

El artículo 303 LNM define el remolque maniobra como aquel que tiene por objeto la asistencia del remolcador a la maniobra del remolcado. El concepto legal es amplio, atendiendo a la variedad de prestaciones que recibe el remolcado en estos supuestos, tales como sujeción, arrastre, empuje, escolta, asistencia, guía, etc. Con la expresión legal que contiene dicho artículo a continuación- *se entenderá que, salvo pacto en contrario, la dirección de la maniobra recae sobre el mando del buque remolcado*- es mi opinión que este tipo de contratos se configuran en nuestro Derecho como de arrendamiento de servicios, no de obra. Debemos calificarlo como contrato de arrendamiento de servicios, puesto que, a diferencia del práctico, en un “remolque maniobra” los remolcadores no deciden cómo ha de desarrollarse la misma, es decir, no la dirigen, y, por tanto, no se obligan a culminarla con éxito, sino que se limitan a ayudar al buque en sus movimientos, conforme a las instrucciones recibidas, es decir, a prestar fuerza motriz o acompañamiento, para contribuir a tal fin, según vayan siendo requeridos. En este mismo sentido, el art. 303 LNM deja claro que cuando el remolque tenga por objeto la asistencia del remolcador a la maniobra del remolcado se entenderá que, salvo pacto en contrario, la dirección de la maniobra recae sobre el mando del buque remolcado, mando que, como hemos visto, cuando el Práctico está a bordo corresponde, efectivamente, a éste, sin perjuicio de la autoridad del Capitán.²⁵

25 SJM Cádiz, 25 noviembre 2015. Id. Cendoj: 11012470012015100002. “Respecto de los remolcadores, también existió una relación contractual, contrato de remolque portuario o “remolque maniobra”. El art. 76 de la Ley 48/03, de 26 de noviembre, lo define como “aquél cuyo objeto es la operación náutica de ayuda a la maniobra de un buque, denominado remolcado, siguiendo las instrucciones de su capitán, mediante el auxilio de otro u otros buques, denominados remolcadores, que proporcionan su fuerza motriz o, en su caso, el acompañamiento o su puesta a disposición dentro de los límites de las aguas incluidas en la zona de servicio del puerto”. La misma definición contiene la actual Ley de Puertos. Debemos calificarlo como contrato de arrendamiento de servicios, puesto que, a diferencia del práctico, en un “remolque maniobra” los remolcadores no deciden cómo ha de desarrollarse la misma, es decir, no la dirigen, y, por tanto, no se obligan a culminarla con éxito, sino que se limitan a ayudar al buque en sus movimientos, conforme a las instrucciones recibidas, es decir, a prestar fuerza motriz o acompañamiento, para contribuir a tal fin, según vayan siendo requeridos. En este mismo sentido, el art. 303 LNM deja claro que cuando el remolque tenga por objeto la asistencia del remolcador a la maniobra del remolcado se entenderá que, salvo pacto en contrario, la dirección de la maniobra recae sobre el mando del buque remolcado, mando que, como hemos

Obligaciones de las partes en el remolque maniobra

Las obligaciones del remolcador son las siguientes: utilización del buque remolcador técnicamente adecuado para el servicio previsto y su posible sustitución por otro; puesta a disposición del remolcador en el lugar y momento acordados y cumplimiento de las órdenes del remolcado sobre la maniobra.

Los contratos de remolque maniobra en nuestro país se hayan notablemente influenciados cuando no directamente condicionados por la legislación administrativa, ya que la mayoría de las actuaciones se hacen en el ámbito del remolque portuario que, como se ha dicho, es un servicio técnico náutico necesario para la correcta explotación de los puertos, por lo que están sujetos a licencia temporal por parte de las autoridades portuarias que fijarán, entre otros requisitos, las características técnicas exigibles a los remolcadores.²⁶ Entre esas características, destaca la potencia del remolcador o remolcadores, que es además el elemento principal para la fijación del precio del servicio en muchos casos. En cualquier caso, sea cuales sean las prescripciones portuarias, no cabe duda de que el empresario remolcador debe proporcionar al remolcado la potencia necesaria para las maniobras previstas. Además de la potencia, es trascendente contractualmente el aparejo del remolcador y la tripulación adecuada, ya que ésta se configura en la mayoría de los contratos como subalterna o dependiente del remolcado mientras dura la maniobra, al menos en lo que a instrucciones de maniobra se refiere. En los puertos españoles rigen para los remolcadores las normas de navegabilidad y dotación mínima de personal establecidas por la Dirección General de la Marina Mercante por lo que son improbables los supuestos de remolque de maniobra llevado a cabo por remolcador innavigable, al menos en la teoría, pues carecería del despacho y autorización de funcionamiento.

En cuanto al posicionamiento del remolcador en el tiempo convenido, por las mismas razones, es improbable el incumplimiento, ya que el remolque portuario suele tener disponibilidad permanente, de acuerdo a las prescripciones de las licencias portuarias.

Más debate y conflicto suele tener la obligación de sometimiento a las ór-

visto, cuando el Práctico está a bordo corresponde, efectivamente, a éste, sin perjuicio de la autoridad del Capitán."

26 LPMM, art. 127.2 *Las Prescripciones Particulares del servicio contendrán las características técnicas exigibles a los remolcadores y los medios que deban incorporar para colaborar con las Administraciones competentes en los servicios de extinción de incendios, salvamento marítimo y lucha contra la contaminación marina.*

denes del remolcado, prevista tanto en la LNM como en la mayoría de los formularios, comenzando por el más extendido en este tipo de remolque, cual es el de la UKSCT.²⁷ Aunque trata de una cláusula con intención claramente exoneradora de ciertas obligaciones para el remolcador, no deja lugar a dudas de que la tripulación del remolcador queda bajo la dirección del remolcado. Así lo imponen incluso algunas de las prescripciones particulares del servicio portuario de remolque en nuestro país.²⁸

Por su parte, las obligaciones para el remolcado son el pago del precio, la dirección de las maniobras contratadas y la aportación del material de remolque.

La cuestión del precio en los puertos españoles depende del pliego de condiciones de la licencia de remolque, como ya se ha referido. Se trata de precios máximos fijados por las autoridades portuarias, aplicables a todos los operadores. En algunos pliegos se dispone que la estructura tarifaria será aplicada por todos los operadores, haya o no competencia, lo cual es legalmente dudoso en la actualidad. El pago suele hacerse a través de los agentes consignatarios del buque, una vez cerrada la cuenta de escala.

En cuanto a la dirección de la maniobra, la LNM y las pólizas la atribuyen al capitán del buque, con el asesoramiento del práctico. No obstante, es posible que se pacte en contrario, para los supuestos de artefactos sin capacidad

27 Cláusula 3.1.1b de la UKST v. 1986 *Whilst towing or whilst at the request, express or implied, of the Hirer, rendering any service other than towing, the Master and crew of the tug or tender shall be deemed to be the workers/employees/contractors/agents of the Hirer and under the control of the Hirer and/or his workers/employees/contractors and/or his agents, and anyone on board the Hirer's vessel who may be employed, directed, supervised and/or paid by the Tugowner shall likewise be deemed to be the worker/employee/contractor or agent of the Hirer and the Hirer shall accordingly be vicariously liable for any act or omission by any such person so deemed to be the worker/employee/contractor or agent of the Hirer.*

28 Resolución de 30 de marzo de 2017, de la Autoridad Portuaria de la Bahía de Algeciras, por la que se publica el Pliego de prescripciones particulares del servicio portuario de remolque.

Cláusula 2 Definición y ámbito del servicio. (...)

El servicio portuario de remolque comienza cuando el remolcador procede a la ejecución de la orden inicial dada por el mando del buque remolcado o por el práctico con el consentimiento del mando del buque remolcado, que tenga relación con el servicio a realizar y termina en el momento en que se ha cumplido la orden final dada por el mencionado mando o por el práctico con su consentimiento.

Durante el servicio, corresponde al capitán del buque remolcado el mando y la dirección de cualquier maniobra.

de maniobra o sin tripulación, por ejemplo. No dejan de ser supuestos excepcionales en los que se mezclan los elementos típicos del remolque maniobra con el de transporte.

Por contraposición a este último, los cabos de remolque los tiene que facilitar en este caso el remolcado y así se deduce de los formularios más empleados, ya que, si los pone el remolcador, éste queda exonerado de responsabilidad en caso de inhabilidad de dichos elementos.²⁹

V. Responsabilidades de las partes

Ha dispuesto el artículo 304 LNM, en cuanto a la responsabilidad por daños que los armadores de cada uno de los buques serán responsables de los daños causados al otro como consecuencia de la negligencia en el cumplimiento de las prestaciones que le incumben. Se trata de un sistema culpabilístico distinto al establecido en la mayoría de los formularios, en los que, tratándose de un supuesto de remolque transporte, con influencia de los formularios de BIMCO, cada buque normalmente soporta sus daños³⁰, el conocido como *Knock for Knock System*. Si el contrato es de remolque maniobra, con adaptación del formulario de la UKSCT, existe una casi total exoneración de responsabilidad para el remolcador, salvo en los supuestos de negligencia por parte de éste.³¹ En las adaptaciones españolas, la expresión empleada con más frecuencia es falta de diligencia.

29 UKSCT Cláusula 4. *The Tug owner shall not ...hereof be responsible for or be liable for: (iii) any claim by a person not a party to this agreement for loss or damage of any description whatsoever arising from any cause whatsoever, including (without prejudice to the generality of the foregoing) negligence at any time of the Tugowner his workers, employees, contractors or agents, unseaworthiness, unfitness or breakdown of the tug or tender, its machinery, boilers, towing gear, equipment, lines, ropes or wires, lack of fuel, stores, speed or otherwise.*

30 TOWCON Cláusula 25 y TOWHIRE Cláusula 23.

31 UKSCT. Cláusula 4 (b) *The Hirer shall (except as provided in Clause 4(c) and (e) and otherwise under this agreement) be responsible for, pay for and indemnify the Tug owner against and in respect of any loss or damage and any claims of whatsoever nature or howsoever arising or caused, whether covered by the provisions of Clause 4(a) hereof or not suffered by or made against the Tug owner and which shall include, without prejudice to the generality of the foregoing any loss of or damage to the tug or tender or any property of the Tug owner even if the same arises from or is caused by the negligence of the Tug owner his workers, employees, contractors or agents.*

Cuando se trata de la responsabilidad frente a terceros, ambos armadores serán solidariamente responsables por los daños causados por el tren de remolque, salvo en la medida en que alguno de ellos pruebe que tales daños no derivan de causas imputables a su elemento en el tren de remolque. En todo caso procederá el derecho de repetición entre armadores en atención al grado de culpa respectivo. Esto es, se ha instaurado, en la práctica, más que un régimen legal de responsabilidad frente a terceros, un sistema de atribución de carga de la prueba. Se basa en la unidad del convoy o tren de remolque frente a terceros, a los fines de facilitar la protección de éstos, que podrán reclamar solidariamente contra remolcado y remolcador, a los que les corresponderá no sólo defender la responsabilidad del tren de remolque en la causación del daño sino también la inimputabilidad de cada uno de ellos frente al otro.

Por último, la LNM señala en su artículo 306 que las acciones entre las partes nacidas del contrato de remolque prescriben en el plazo de un año. Las pólizas de BIMCO señalan también el plazo, en este caso de caducidad, de un año para interponer la demanda, previa reclamación dentro de los seis meses siguientes a la entrega del buque remolcado, o la finalización del contrato o de los servicios.³²

32 TOWCON Cláusula 31 y TOWHIRE Cláusula 29. *Time for Suit*

Save for the indemnity provisions under Clause 25 (Liability and Indemnity) of this Agreement, any claim which may arise out of or in connection with this Agreement or of any towage or other service to be performed hereunder shall be notified within 6 months of delivery of the Tow or of the termination of the towage or other service for any reason whatever, and any suit shall be brought within one year of the time when the cause of action first arose. If either of these conditions is not complied with the claim and all rights whatsoever and howsoever shall be absolutely barred and extinguished.

Any extension of time granted by the Tugowner to the Hirer or any indulgence shown relating to the time limits set out in this Agreement shall not be a waiver of the Tugowner's right under this Agreement to act upon the Hirer's failure to comply with the time limits.

EL CONTRATO DE SALVAMENTO

Luis Souto
Abogado

Resumen: La Ley de Navegación Marítima parece haber pretendido simplificar la regulación del Salvamento Marítimo, eliminando la dualidad de regímenes vigentes: el Internacional resultante del Convenio de Bruselas de 1910 y el interno resultante de la Ley 60/1962. En lo esencial la regulación material no ha experimentado cambios especialmente significativos en las cuestiones generales tales como el concepto de salvamento, su clasificación, obligaciones de las partes, el Derecho a premio, etc. El cambio más significativo se encuentra en la posibilidad de acudir a los Juzgados y Tribunales ordinarios en supuestos de disputa entre salvadores y salvados.

Palabras clave: Contrato de Salvamento, Premio, Órganos, Peligro

Abstract: It seems that the Maritime Navigation Law has tried to simplify the regulation on Maritime Salvage by eliminating the previous duality of applicable regime: the International one resulting from the 1910 Brussels Convention and the internal rules provided by Law 60/1962. The essence of the material regulation stands and no particularly significant changes have undergone on general points, such as salvage definition, its classification, duties of the parties, the right to the award, etc. The most significant change is the chance to submit the disputes between Salvors and the person liable for the payment of the salvage services before the ordinary Courts.

Keywords: Salvage contract, Award, Competent Courts, Danger

1. INTRODUCCIÓN

Sin ánimo de retrotraernos en exceso en el tiempo la regulación de la institución del Salvamento Marítimo, al igual que la mayoría de las instituciones del Derecho Marítimo en España, tenía un doble plano regulatorio: El internacional y el nacional o interno.

Así, a nivel internacional España en su día ratificó el Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de asistencia y salvamento marítimo, hecho en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 («B.O.E.» 9 marzo) que fue denunciado con efecto desde el 19 de enero de 2006 al ratificar el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, hecho en Londres el 28 de abril de 1989.

A nivel interno la regulación de la materia que nos ocupa se contenía en la

Ley sobre Auxilios , Salvamentos , Remolques , Hallazgos y Extracciones Marítimos (Ley 60/1962, de 24 de diciembre) y en el Decreto de 20 de Abril de 1967, por el que se aprueba el Reglamento de Aplicación de la Ley reguladora de los Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones Marítimos, con las modificaciones introducidas por el Decreto de 28 de Noviembre de 1968, Decreto amparado por la Disposición Adicional de la Ley 60/1962.

La dualidad de regímenes ha querido ser eliminada en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM); en su preámbulo se expresa en los términos siguientes:

“La ley remite al Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989, en la regulación de esa misma materia. La jurisdicción civil conocerá de las correspondientes reclamaciones, salvo que las partes acuerden someterse a un sistema de arbitraje marítimo administrativo ante órganos especializados de la Armada, o cuando la intervención de tales órganos se haga necesaria por tratarse de salvamento de bienes abandonados en la mar y de propiedad desconocida. La articulación de un concepto omnicompreensivo del salvamento y la habilitación del capitán y el armador para celebrar convenios al respecto, son mejoras técnicas importantes, que se acomodan a la intervención de la Administración Marítima en las operaciones de salvamento al objeto de asegurar la protección del medio ambiente. El reconocimiento de un derecho de retención del salvador, sin menoscabo del recurso a un posible embargo preventivo del buque y bienes salvados, es otra novedad”.

Toda una declaración de intenciones que traslada una aparente simplicidad; y escribimos aparente porque al día de la fecha y a efectos prácticos todavía parece que estamos vinculados a la Jurisdicción del Tribunal Marítimo Central.

Esta vinculación viene dada por la Disposición Adicional 2ª de la LNM que establece que los órganos competentes de la Armada que conocerán de las acciones relativas a los premios por salvamento (y a las remuneraciones por remolques de fortuna) son el Consejo de Arbitrajes Marítimos y los auditores de arbitrajes marítimos. Y la composición, régimen jurídico, ámbito territorial y demás extremos necesarios para el funcionamiento del Consejo de Arbitrajes Marítimos y los auditores de arbitrajes marítimos se establecerán reglamentariamente.

En la misma Disposición Adicional 2ª de la LNM se establece que los interesados en los procedimientos de salvamento podrán optar por acudir a los

citados órganos de la Armada o a la jurisdicción civil ordinaria. Pero si no hubiera acuerdo entre los interesados, se establece en la Disposición Adicional que prevalecerá la jurisdicción civil ordinaria, y que los procedimientos sobre salvamento se sustanciarán con arreglo al procedimiento declarativo ordinario o verbal previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, según corresponda en razón de la cuantía reclamada (i.e. Procedimientos verbales en los que la reclamación sea inferior a 6.000 Euros y Procedimientos ordinarios en los que la reclamación supere el importe indicado).

Por lo que respecta a los órganos competentes de la Jurisdicción ordinaria, parece lógico afirmar que serán en primera instancia los Juzgados Mercantiles conforme al art. 86 ter, 2.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de: aquellas pretensiones relativas a la aplicación del Derecho marítimo).

Al día de la fecha todavía la composición, régimen jurídico, ámbito territorial y demás extremos necesarios para el funcionamiento del Consejo de Arbitrajes Marítimos y los auditores de arbitrajes marítimos no se han establecido reglamentariamente.

Mientras tanto la Disposición Transitoria 1ª) establece que los expedientes administrativos sobre auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas que se hallaren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley, seguirán rigiéndose hasta su completa terminación por las disposiciones de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas.

Hasta la constitución del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, continuarán desempeñando sus actuales funciones el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre.

Pero si las anteriores Disposiciones no fueran suficientes, la LNM dedica dos Disposiciones más a la cuestión que nos ocupa; una Derogatoria -Única f)- conforme a la cual se deroga la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, excepto las disposiciones del título II, que continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias; y otra Disposición (Final 10ª) que habilita al Gobierno para que dentro de los 18 meses siguientes a la entrada en vigor de la LNM procediese a modificar las disposiciones de carácter reglamentario contenidas en el Título II de la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, a fin de recomponer la actual estructura del Tribunal Marítimo Central, de los Juzgados Marítimos

Permanentes y demás órganos allí previstos, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima.

En el punto 2. de la misma Disposición Final 10^a igualmente se habilita al Gobierno para que en el mismo plazo realizase un estudio sobre la viabilidad de atribuir competencia objetiva a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos aquellos asuntos de especial trascendencia y gravedad que puedan someterse a la jurisdicción en las indicadas materias y en cualesquiera otras relativas a la navegación marítima.

Pero pese a la entrada en vigor de la LNM en el mes de Setiembre de 2014, y trascurridos más de 3 años, todavía no se ha cumplido lo previsto en la Disposición 10^a de la LNM.

2. CONCEPTO DE SALVAMENTO

Conforme a lo avanzado ya en el Preámbulo de la LNM, su art. 357 establece que el salvamento se regirá por el Convenio internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989, así como por los Protocolos que lo modifiquen de los que España sea parte y, además, por las disposiciones de la propia LNM.

A continuación, en el art. 358 LNM se establece qué se entiende por Salvamento: todo acto emprendido para auxiliar o asistir a un buque, embarcación o artefacto naval, o para salvaguardar o recuperar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro en cualesquiera aguas navegables. Sin embargo, excluye la posibilidad jurídica de que exista salvamento en las aguas continentales que no estén en comunicación con las aguas del mar y no sean utilizadas por buques de navegación marítima (España hizo uso de las reservas autorizadas en el art. 30.1 (a), (b) y (d) del Convenio de 1989).

La definición más o menos descriptiva que resulta del art. 358 LNM nos traslada los elementos que configuran el salvamento desde la óptica de la LNM: la prestación de una ayuda a un buque, embarcación o artefacto naval que se encuentre en peligro con la finalidad, precisamente, de eliminar esa situación de peligro.

Es pacífico en la Doctrina que el peligro es un elemento que necesariamente debe concurrir para encontrarnos ante un salvamento; y debe ser un peligro real e inminente. Precisamente la existencia de la situación de peligro no sólo será un elemento determinante a la hora de fijar el precio del salvamento sino que, además, puede resultar determinante en el momento de la contratación.

En reciente Resolución el Tribunal Marítimo Central (5 de febrero de 2018) se expresaba en los términos siguientes:

Así pues, por lo que respecta a la calificación como salvamento que la parte asistente formula, es necesario determinar si en la misma han concurrido los requisitos que exige la normativa vigente en la materia.

... Por su parte, el art. 358 del mismo texto legal (LNM) establece que “1. Se considerará salvamento todo acto emprendido para auxiliar o asistir a un buque, embarcación o artefacto naval, o para salvaguardar o recuperar cualesquiera otros bienes que se encuentren en peligro ...”. Esta misma definición de “salvamento” es la que nos proporciona el art. 1 del Convenio de Londres. Parece evidente, visto lo anterior, que para poder hablar de salvamento, es necesario que se dé una circunstancia de peligro, peligro que debemos considerar no de forma genérica o como una mera circunstancia posible, sino que debe concretarse en la forma en que lo hace una reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo. ... entre otras, exigen, que la situación de peligro venga caracterizada por factores que, en mayor o en menor medida, acarreen verdadero riesgo y que, además, concurren circunstancias que exijan del auxiliador trabajos que puedan considerarse excepcionales, que excedan de lo normalmente exigible y que suponga riesgo para la tripulación o para el buque asistente, declarando además que el riesgo ha de ser de tal entidad que sitúe el buque asistido en trance de perderse o sufrir graves daños, estableciendo, por otra parte, que el peligro además de real y grave, debe ser inminente”

La Resolución parcialmente transcrita recoge resumidamente los requisitos que deben concurrir para atribuir a unos servicios prestados la calificación de salvamento.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS SALVAMENTOS

Atendiendo a la regulación de la LNM podemos distinguir entre los salvamentos obligatorios y los salvamentos voluntarios.

Los primeros están previstos en el art. 360 LNM al establecer la posibilidad de que las Autoridades públicas ordenen o supervisen un salvamento. En estos supuestos las Autoridades públicas o sus funcionarios no tendrán derecho a premio. Sin embargo, los salvadores que efectúen las operaciones ordenadas por las Autoridades públicas sí tienen derecho a premio de acuerdo con lo dispuesto en la LNM.

Por exclusión serán salvamentos voluntarios todos aquellos salvamentos que no sean ordenados por una Autoridad pública. Es obvio que en los salvamentos voluntarios al salvador actuará voluntariamente para la prestación de la ayuda a los bienes en peligro; sin embargo la voluntariedad presente en el

salvador no tiene porqué concurrir en el salvado; en efecto, el art. 364 LNM prevé el salvamento prestado pese a la prohibición expresa y razonable del armador o del capitán del buque asistido, o del propietario de cualesquiera otros bienes en peligro que no estén ni hayan estado a bordo del buque. En este supuesto, se establece que los servicios prestados de salvamento no darán derecho a premio. A sensu contrario, cuando la prohibición no sea expresa y/o razonable, los servicios sí darían derecho a premio.

Un supuesto de salvamento atípico es el regulado en el art. 368 LNM en el que concurre la voluntariedad del salvador pero no la del salvado sin que éste haya expresado prohibición expresa; es el supuesto de salvamento de bienes desposeídos y propiedad desconocida. En estos casos, el salvador deberá comunicarlo a la Armada en el primer puerto de escala. A continuación la Armada incoará un expediente destinado a la averiguación de los legítimos propietarios. Mientras tanto el salvador podrá retener los bienes salvados, si bien, lógicamente, adoptando las medidas necesarias para su adecuada conservación.

En el supuesto de que fuera localizado el propietario el órgano competente de la Armada notificaría su identidad al salvador, asistiéndole entonces al salvador los derechos previstos en el art. 8.2.c) del Convenio Internacional de Salvamento Marítimo y en el art. 365 LNM, ello sin perjuicio, además, de las acciones que le correspondan para resarcirse de los gastos de conservación y para obtener el precio que por el salvamento proceda.

En el supuesto de que el propietario no fuera localizado en el plazo de 6 meses desde el inicio del expediente administrativo establece el punto 4 del art. 368 LNM que la Armada adoptará las medidas pertinentes para la tasación de los bienes salvados. Realizada la tasación, si el valor tasado no excediera de 3.000 Euros, el salvador hará suyos los bienes una vez pagados los gastos del expediente.

Contempla también el precepto el supuesto en el que el valor tasado supere los 3000 Euros. En este caso los bienes salvados se venderían en pública subasta, y el salvador tendría derecho a percibir, después del pago de los gastos del expediente, la cantidad de 3.000 Euros además de un tercio de la parte del precio obtenido que exceda de los 3.000 Euros más los gastos del expediente; y el resto, si lo hubiera, se ingresaría en el Tesoro Público.

Retomando la categoría de salvamentos voluntarios, entendidos como aquellos en los que concurre por un lado voluntariedad del salvador y por otro voluntariedad del salvado, esta confluencia de voluntades puede expre-

sarse de forma tácita o de forma expresa; esta categoría de salvamentos (los voluntarios) es a la que la LNM dedica su especial atención.

4. EL SALVAMENTO CONTRACTUAL

Dejando al margen los Salvamentos obligatorios y los salvamentos regulados en el art. 368LNM, podemos afirmar, con carácter general, que el resto de los salvamentos son contractuales desde el momento en el que concurren los requisitos básicos para la existencia de un contrato; el art. 1254 CC establece que “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

En relación con la afirmación realizada en el párrafo anterior, parece que no presenta dudas en aquellos casos en los que existe una formalización escrita del contrato, ya sea antes del inicio de la prestación de los servicios, durante la prestación e, incluso, a la finalización de los servicios; sin embargo, la doctrina sí ha planteado dudas sobre la existencia real de un vínculo contractual entre salvador y salvado en aquellos supuestos en los que los servicios de salvamento son prestados espontáneamente por el salvador sin que haya mediado una solicitud expresa pero tampoco una oposición expresa del buque en peligro.

Parecería razonable estimar que en los supuestos de ausencia de solicitud y de oposición expresa estaríamos ante una auténtica relación contractual; sin perjuicio de otras justificaciones, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de Febrero de 2015 nos ofrece una justificación sobre la base de los “facta concludentia”:

“Sin embargo, el que la oferta y la aceptación se expresen, normalmente, por medio de declaraciones no significa que la voluntad de contratar no pueda exteriorizarse por actos concluyentes, este es, mediante comportamientos distintos de la declaración, a los que se les atribuye socialmente el mismo significado – la jurisprudencia no duda en admitir, con carácter general, la naturaleza expresiva de los “facta concludentia”: sentencias 621/2002 de 20 de junio, 564/2009, de 16 de julio, 67/2010, de 11 de febrero, entre otras muchas-.

Uno de esos actos concluyentes o actuaciones de voluntad jurídico negocial a los que cabe atribuir el significado de una propia aceptación, es el consistente en la apropiación o utilización de la prestación realizada por otro en interés de quien actúa.”

La Sentencia parcialmente transcrita se refiere a servicios de remolque pero sería extrapolable a los servicios de salvamento; el salvado pese a no solicitar

servicios de salvamento, al aprovecharse de tales servicios sin mostrar oposición expresa está, al fin y al cabo, prestando su consentimiento.

Frente a lo anterior nos encontramos con que la Resolución del Tribunal Marítimo Central referida anteriormente (de fecha 5 de febrero de 2018) traslada que no merece calificar de relación contractual los supuestos denominados “remolques de fortuna”; la Resolución se expresa en los términos siguientes:

“Pues bien, a este respecto, el art. 301 LNM establece el concepto de contrato de remolque, al que define como aquel por el que ‘el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque ...’. Nos encontramos ante una figura contractual que exige una concertación previa de un precio cierto y determinado y que encuentra su ámbito de aplicación dentro de unas circunstancias de normalidad. En caso contrario, si el remolque derivara de un supuesto excepcional, se excluye su consideración como relación contractual, en cuyo caso, será de aplicación la normativa prevista en la LNM, cuyo artículo 305 prevé el llamado ‘remolque de fortuna’ ...”

5. PARTES EN EL CONTRATO

En principio la identificación de las partes del contrato es clara: por un lado el prestatario de los servicios, el salvador, y por otro el beneficiario de tales servicios, el salvado. Sin embargo en la práctica la cuestión puede presentar matices varios.

Sin ánimo de intentar abarcar todos los supuestos, nos detenemos en una cuestión que la actual LNM ha clarificado (en línea con el Convenio de 1989 que en su art. 6.2 preveía la cuestión a la que nos referiremos). En efecto, en el art. 362.2 LNM se reconoce expresamente la facultad del Capitán y del armador del buque para celebrar un contrato de salvamento en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo.

Esta previsión, novedosa en la normativa española por lo que respecta a la institución del Salvamento, aunque podría resultar innecesaria evitará que surjan controversias sobre la vinculación de los propietarios de las mercancías a los contratos de salvamento suscritos por el capitán o el armador de un buque; la innecesariedad indicada vendría dada por existir Sentencias dictadas bajo la vigencia del Código de Comercio que afirmaban la vinculación con razonamientos varios; así la TSJ GALICIA, Sala de lo Contencioso – Administrativo, sec. 1^a, de fecha 16-10-2002 se expresaba en los términos siguientes:

“Transider argumenta que no otorgó ningún poder de representación al capitán para actuar en su nombre en el acuerdo de salvamento, pero no ha de olvidarse por una parte que dicha entidad pactó la sumisión a arbitraje y la liquidación de la avería gruesa, de la que forma parte el salvamento, a llevar a cabo en Londres, de acuerdo con las reglas de York y Amberes de 1974, y con arreglo a la legislación británica, que también reconoce aquella representación de la entidad propietaria de la carga, y por otra que el capitán actuó en salvaguarda y beneficio de los intereses económicos inherentes a los bienes comprometidos, entre los que indudablemente se hallaba la carga a bordo, de la que era responsable (art. 619 del Código de Comercio) ante la situación de emergencia producida por el encallamiento y las vías de agua que el casco presentaba y las demás circunstancias concurrentes, a lo que ha de añadirse que el capitán puede incurrir en el gasto que juzgue necesario para la salvación común, incluida la carga (arts. 813 y 814 del Código de Comercio), lo que incluye la contratación de un salvamento, por lo que las normas españolas reguladoras de la avería gruesa avalan aquella actuación de quien mandaba el buque”.

En cualquier caso, una norma expresa por la que se faculta al Capitán y al armador del buque para celebrar un contrato de salvamento en nombre del propietario de los bienes que se encuentren a bordo es bienvenida desde la óptica de la seguridad jurídica.

Parece coherente afirmar que la facultad reconocida se extiende no sólo a los contratos de salvamento en los que de manera expresa concurren la voluntariedad del salvador y la voluntad del salvado de recibir los servicios (i.e. contrato escrito) sino también a los salvamentos en los que pese a que el salvado no ha prestado su consentimiento expreso tampoco ha comunicado su oposición a recibir los servicios (“facta concludentia”)

6. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Las obligaciones de las partes en el contrato de salvamento están recogidas de manera genérica en el art. 8 del Convenio de Londres de 1989.

Así, el salvador tiene la obligación de efectuar las operaciones de salvamento con la debida diligencia; esta diligencia deberá medirse, creemos, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso. El incumplimiento de esta obligación parece lógico concluir que daría derecho al salvado a reclamar los correspondientes daños y perjuicios.

La jurisprudencia ha establecido que, tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido, y

de la existencia y del alcance de este corresponde a la parte que demanda la indemnización por incumplimiento contractual (SSTS de 14 de julio de 2005, RC núm. 971/1999 y 21 de junio de 2007, RC núm. 4486/2000).

Otra obligación del salvador es actuar igualmente con la debida diligencia para evitar o reducir al máximo los daños al medio ambiente. También se contempla como obligación del salvador la de solicitar, cuando las circunstancias lo exijan razonablemente, el auxilio de otros salvadores y, por último, la obligación de aceptar la intervención de otros salvadores , cuando razonablemente así lo pidan el propietario o el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro; en este supuesto el Convenio establece que la cuantía del premio del salvador originario no resultará afectada si se demuestra que la petición del propietario o del capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro no era razonable.

Ni que decir tiene que la regulación que acabamos de referir brevemente en la práctica puede dar lugar a innumerables conflictos; entre otras razones porque el criterio de “razonabilidad” deberá objetivarse caso por caso mediante la práctica, entendemos, de los oportunos medios de prueba ante la Jurisdicción que corresponda.

Las obligaciones del propietario y el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro están recogidas en el punto 2 del mismo art. 8 del Convenio de Londres:

- Colaborar plenamente con el salvador mientras se desarrollen las operaciones de salvamento.
- Actuar , cuando presten su colaboración, con la debida diligencia para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente; y
- Aceptar , una vez llevados a lugar seguro el buque u otros bienes , la entrega de éstos, cuando así lo pida el salvador y ello sea razonable

7. DERECHOS DE LOS SALVADORES

Bajo el título del presente epígrafe se regulan en el Capítulo III del Convenio de Londres una serie de cuestiones heterogéneas; desde las condiciones que deben concurrir para que el Salvador tenga derecho a una remuneración, pasando por criterios para determinar el importe de la remuneración en cuestión, la proporción en la que cada uno de los bienes salvados deberán participar en el pago del importe de la remuneración, el importe máximo de la remuneración, la compensación especial, el reparto de la remuneración entre

los salvadores, etc. Heterogeneidad que no permite calificar la sistemática del Convenio como especialmente adecuada. Máxime cuando en otros Capítulos del Convenio se recogen otros muchos derechos de los salvadores; asimismo resulta significativo que el Convenio no contenga una Capítulo destinado a establecer los derechos de los salvados.

Atendiendo a la LNM el derecho básico de los salvadores está recogido en el art. 362.1: el derecho al cobro de un premio en el caso de que las operaciones de salvamento hayan producido un resultado útil; este derecho está recogido igualmente en el art. 12.1 del Convenio de Londres; sin embargo, en el punto 2 del art. 12 del Convenio de Londres se realiza una mención que no se recoge en la LNM: “salvo que se disponga otra cosa, no nace obligación de pago alguno en virtud del presente Convenio si las operaciones de salvamento no han producido un resultado útil”. La referencia a “salvo que se disponga otra cosa” hace que deba plantearse la posibilidad de que en los contratos de salvamento expresos pueda pactarse un precio, incluso para el caso de que los servicios de salvamento no consiguieran un resultado útil.

La última de las afirmaciones del párrafo anterior, además de poder encontrar soporte en el artículo del Convenio de Londres indicado (i.e. art. 12.2) también lo encontraría en el art. 361 LNM conforme al cual “Las partes interesadas podrán contratar las condiciones libremente, sin más límite que su obligación inderogable de actuar con la diligencia necesaria para evitar o reducir al máximo los daños al medio ambiente”.

La amplitud con que se expresa el art. 361 LNM únicamente contiene una limitación que, obviamente debe ser completada con el art. 1255 CC (libertad contractual sujeta a la no contravención a las leyes, a la moral y al orden público). Y visto desde esta óptica nada impediría a que no habiendo resultado útil el salvador tuviera derecho a una remuneración pactada en un contrato.

8. EL PREMIO

El premio o remuneración es una de las cuestiones que con más amplitud se ha tratado por la Doctrina; no sólo para reiterar por activa y por pasiva que el derecho al premio o remuneración únicamente surge en el supuesto de que se haya obtenido un resultado útil, sino también para tratar o exponer los criterios para su determinación y reparto entre los salvadores; también ha merecido trato habitual la cuestión relativa a la forma de su distribución. Sin embargo la Doctrina quizás no haya tratado otras cuestiones igualmente relevantes.

Dejando al margen la cuestión relativa al momento en el que surge el derecho a premio (apuntada en el epígrafe anterior), expondremos brevemente el resto de las cuestiones.

Así, y por lo que respecta a los criterios para determinar la remuneración, debemos atender al art. 13 del Convenio de Londres:

- a) El valor del buque y otros bienes salvados;
- b) La pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para evitar o reducir al mínimo los daños del medio ambiente;
- c) La medida del éxito logrado por el salvador;
- d) La naturaleza y el grado de peligro;
- e) La pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para salvar el buque, otros bienes o vidas humanas;
- f) El tiempo empleado, los gastos efectuados y las pérdidas sufridas por los salvadores;
- g) El riesgo de incurrir en responsabilidad y demás riesgos que hayan incurrido los salvadores o su equipo;
- h) La prontitud con que se hayan prestado los servicios;
- i) La disponibilidad y la utilización de buques o de otro equipo destinados a operaciones de salvamento;
- j) El grado de preparación y la eficacia del equipo del salvador, así como el valor del mismo.

Se observa que la mayoría de los criterios listados se refieren al salvador mientras que únicamente dos de ellos se refieren a los bienes salvados; concretamente los criterios a) y d). En cualquier caso tanto en el Convenio de Londres como en la LNM se establece un límite del importe de la remuneración; en el art. 13.3 del Convenio se indica que la recompensa no excederá del valor del buque y demás bienes salvados, siendo este el mismo límite que se establece en el art. 362.1 LNM.

9. DERECHO A PREMIO

Se plantea la cuestión de si en el marco de un salvamento contractual cabe la posibilidad de que el salvador tenga derecho a premio incluso en el supuesto de que no haya existido resultado útil; en este punto la LNM (art. 362.1) indica que las operaciones de salvamento que hayan producido un resultado útil darán derecho a un premio a favor de los salvadores; sin embargo el art. 12.2 del Convenio de 1989 se expresa en los términos siguientes “Salvo que

se disponga otra cosa, no nace obligación de premio de pago alguno en virtud del presente Convenio su las operaciones de salvamento no ha producido un resultado útil”.

Parece pues posible que en un Contrato de salvamento se pacte un derecho a premio aun cuando no se produzca un resultado útil. Ello no obstante, esta cuestión puede presentar dudas respecto de los intereses de la carga que no interviniendo en la suscripción del contrato se vean obligados al pago del precio que les corresponda aunque no se haya obtenido un resultado útil.

En el mismo artículo 13 del Convenio, que lista los criterios para determinar la remuneración, se delimita los obligados al pago del premio: el pago se efectuará por todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados en proporción a sus respectivos valores. Sin embargo se prevé la posibilidad de que un Estado Parte estipule en sus leyes nacionales que el pago de la remuneración deba ser realizado por uno de esos intereses, a reserva, lógicamente, del derecho de ese interés a repetir contra los otros intereses por sus respectivas partes. Por su parte, el art. 362.2 LNM tiene una redacción muy similar a la del Convenio estableciendo la obligación de pago de todos los intereses vinculados al buque y a los demás bienes salvados, estableciendo la posibilidad de que el armador del buque salvado abone la totalidad de la remuneración, con la reserva de su derecho a repetir contra el resto de los intereses; sin embargo esta posibilidad parece ser a elección del propio armador del buque salvado.

10. REPARTO DEL PREMIO.

Otra de las cuestiones reguladas en el Capítulo III del Convenio de Londres, Capítulo titulado “Derechos de los Salvadores” es la relativa al reparto del premio; el art. 15 establece que el reparto entre el propietario, el capitán y las demás personas que haya al servicio de cada uno de los buques salvadores se regulará por la ley del país cuyo pabellón enarbole el respectivo buque salvador. Y en los supuestos en los que el salvamento no se haya efectuado desde un buque se regulará por la ley que rija el contrato celebrado entre el salvador y sus empleados.

Por lo que respecta a la regulación en la LNM el art. 363 establece que el premio (una vez excluida la parte que corresponda al resarcimiento de daños, gastos o perjuicios del salvador) en los casos en los que el buque salvador no sea un remolcador ni un buque armado y equipado para salvamento se repar-

tirá ente el armador del buque salvador y su dotación en la proporción de un tercio y dos tercios respectivamente , salvo pacto en contrario (se entiende entre el salvador y su dotación); adicionalmente se establece que la distribución de los dos tercios entre los componentes de la dotación se efectuará en proporción al sueldo base de cada categoría. En los casos en los que nos encontremos con que el buque sí sea un remolcador o armado y equipado para salvamento entonces los derechos de la dotación se regularán por lo establecido en sus respectivos contratos de embarque o en convenio colectivo.

Las anteriores disposiciones se entiende que se refieren a buques con bandera española; en el supuesto de que nos encontrásemos ante buques extranjeros se aplicarían las mismas reglas salvo que la ley del pabellón del buque dispusiera otra cosa.

11. MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES

Bajo la normativa derogada por la LNM se establecía la posibilidad de modificar todo convenio de salvamento estipulado en el momento y bajo el influjo del peligro si se estimase que las condiciones estipuladas no eran equitativas (art. 8 de la Ley 60/1962).

Igualmente, en el párrafo segundo del mismo art. 8 se contemplaba la posibilidad de anular o modificar el convenio, en este caso a requerimiento de la parte interesada, en aquellos supuestos en los que la parte interesada probase que el consentimiento había sido viciado por dolo o engaño o cuando la remuneración estuviera, por exceso o por defecto, fuera de proporción con el servicio prestado.

En ambos supuestos, el órgano con competencia para bien modificar, bien anular el convenio o bien únicamente la remuneración, era el Tribunal Marítimo Central.

En la LNM no se prevé expresamente lo anterior; sin embargo sí se regula en el art. 7 del Convenio de Londres; este artículo prevé la posibilidad de anular o modificar un contrato o cualesquiera de sus condiciones si:

- a) En la conclusión del contrato intervino una presión indebida o se concertó bajo la influencia del peligro y sus condiciones no son equitativas
- b) El pago pactado en el contrato es excesivamente alto o excesivamente bajo en relación con los servicios efectivamente prestados.

Por lo que respecta al primero de los supuestos parece que está destinado al salvado ya que será éste quien, en el momento de la suscripción del contra-

to, puede estar sometido a esa presión o a esa situación de peligro (pérdida del buque/ carga/ ...); sin embargo, el segundo de los supuestos está contemplando tanto la posición del salvado como la del salvador. La legitimación inicial para instar la correspondiente acción de nulidad o modificación de los términos del contrato de salvamento no ofrece muchas dudas; el salvador (armador del buque que presta los servicios) y el salvado (el armador del buque que recibe los servicios); sin embargo se plantea la cuestión de si, por un lado estarían legitimada la dotación del buque salvado para, por ejemplo, solicitar la modificación del precio (para incrementarlo, obviamente) y si, por otro lado, estarían legitimados los propietarios de los bienes (mercancías) a bordo del buque salvado para instar la nulidad del contrato o la modificación de alguna de sus cláusulas o bien la reducción del precio pactado.

Por lo que respecta al procedimiento a seguir pueden plantearse dudas; como hemos dicho anteriormente la posibilidad de modificación de las condiciones sí estaba prevista en la Ley 60/92, pero en su art. 8. Y este artículo está derogado conforme a la Disposición Derogatoria Unica f) de la LNM. Sin embargo las Disposición Transitoria 1ª de la LNM establece que hasta la constitución del Consejo de Arbitrajes Marítimos y de los Auditores de Arbitrajes Marítimos, continuarán desempeñando sus actuales funciones el Tribunal Marítimo Central y los Juzgados Marítimos Permanentes con arreglo a lo dispuesto en la Ley 60/1962. En definitiva, si se admite que el Tribunal Marítimo Central resulta competente para conocer de las solicitudes de modificación parece que se estaría admitiendo una competencia sobre la base de un precepto derogado.

12. GARANTIAS

En el art. 365 LNM se contempla el derecho de retención del Salvador; en efecto, el salvador tendrá derecho a retener el buque y otros bienes salvados bajo su control en el puerto o lugar al que se hayan conducido tras la terminación de las operaciones de salvamento; este derecho de retención durará hasta el momento en el que se constituya a favor del salvador una garantía suficiente por el importe del premio que se reclame.

En el párrafo 2º del mismo precepto se establece la obligación del armador del buque salvado, siempre y cuando se lo pida el salvador, a condicionar la entrega de las mercancías transportadas por dicho buque (y, por ende, objeto de los servicios de salvamento) a la constitución por los destinatarios de ga-

rantía suficiente para responder del premio que les pudiera afectar. Los costes de esta retención serán por cuenta del salvador. Y en caso de incumplimiento de la obligación por parte del armador del buque salvado, este armador será responsable de los perjuicios que por ello sufra el salvador.

Lo previsto en la LNM sigue la línea del Convenio de Londres 1989, que contempla diversas disposiciones pensadas para garantizar el derecho de cobro del salvador. Así, toda persona responsable del pago de premio, a petición del salvador, tendrá que constituir fianza bastante respecto a la reclamación del salvador, incluidos intereses y costas. A falta de la constitución de tal fianza bastante el salvador podrá retener los bienes salvados; obviamente, este derecho de retención se agota en el momento en el que la fianza bastante se presta.

Sin perjuicio de las anteriores garantías de pago, es evidente que los salvadores podrían solicitar el embargo preventivo del buque conforme al régimen previsto en la propia LNM.

Ello no obstante, en el marco del propio Expediente de salvamento que se pudiese seguir ante el Juzgado Marítimo Permanente, el propio Juzgado podría decretar, cuando lo considere oportuno, el embargo de “la embarcación, o aeronave asistida con sus pertrechos y respetos y, en su caso, del cargamento y flete”; este embargo podría eludirse o levantarse prestando fianza bastante a juicio del propio juez para responder del pago de las obligaciones del servicio prestado.

Será el Juez quien determine si la fianza en cuestión ha de constituirse en metálico, o si puede consistir en una garantía de una Entidad bancaria o de seguros legalmente autorizada para operar en España.

En relación con lo anterior téngase en cuenta que el embargo a decretar por el Juez instructor no requiere de petición de parte ni tampoco de que el beneficiado por la medida (i.e. el Salvador) preste una contra garantía para responder de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran derivar del embargo para el caso de que éste se demostrara como improcedente; tampoco el Juez se halla vinculado por máximos respecto del importe a garantizar por el salvado.

Frente a lo anterior nos encontramos con el régimen del embargo preventivo regulado en la LNM (art. 470 y ss.) y que sería de aplicación para adoptar la medida de embargo preventivo en el supuesto de que el Salvamento fuera conocido por la Jurisdicción ordinaria. Parece claro que la mediad cautelar de embargo preventivo al amparo de la LNM es más gravosa para el que se

presenta como titular del crédito. Esta realidad podría ser uno de los criterios para, en su día, valorar la conveniencia o no de acordar la elección de Jurisdicción prevista en la Disposición Adicional 2ª LNM.

13. PRESCRIPCIÓN

Las acciones para la reclamación del pago del precio del Salvamento prescribirán en el plazo de dos años a contar desde el día en que hayan concluido las operaciones de salvamento. Sin perjuicio de que el plazo se califique como de prescriptivo, el párrafo segundo del art. 23 del Convenio de 1989 establece que el reclamado puede prorrogar el plazo mediante declaración dirigida al reclamante. Esta mención traslada que, en realidad, nos podríamos encontrar ante un plazo de caducidad, afirmación sustentada atendiendo a la redacción inglesa del Convenio de Londres de 1989 que utiliza el término “time-barred”.

Por otro lado, en el punto 3 del mismo art. 23 del Convenio de 1989 se establece que la persona en quien recaiga responsabilidad podrá incoar una acción de repetición incluso después de transcurrido el plazo de prescripción establecido en el Convenio, siempre que la acción se interponga dentro de los plazos señalados por la Ley del Estado en que se haya iniciado el procedimiento.

14. CONCLUSIONES

1ª) Pese al intento de unificación y clarificación que persigue la LNM, parece que al día de la fecha tal unificación normativa no se ha conseguido en materia de Salvamento. Para conseguir medianamente el objetivo referido es necesario, como mínimo, el cumplimiento de lo ordenado en la Disposición Final 10ª LNM (“Habilitación al Gobierno para la modificación del título II de la Ley 60/1962”); el plazo establecido era el de 18 meses siguientes a la entrada en vigor de la LNM.

2ª) Mientras no se cumpla lo anterior el Salvamento estará sometido esencialmente a los Juzgados Marítimos Permanentes y al Tribunal Marítimo Central. Obviamente, esta afirmación no es una crítica a los órganos mencionados. Ambos órganos merecen el más alto reconocimiento por su labor. Tanto es así que lo razonable es pensar que los Juzgados de lo Mercantil que en su momento conozcan de los Salvamentos tomarán como referente la labor realizada por los órganos referidos.

3ª) Y el sometimiento a los Juzgados Marítimos Permanentes y al Tribunal Marítimo Central está presidido por cierta inseguridad jurídica desde el momento en el que la norma sobre la que descansa la habilitación tanto de los Juzgados Marítimos Permanentes como la del Tribunal Marítimo Central tiene naturaleza reglamentaria que, por otro lado, ha sido parcialmente derogada. Y esta derogación parcial hace que algunas cuestiones hayan podido quedar sustraídas de la Jurisdicción del Tribunal Marítimo Central.

4ª) Por otro lado la regulación material del Salvamento en su vertiente contractual parece que se queda un poco “corta”; habrá que acudir a la doctrina general de los contratos para aplicarla caso por caso en cuestiones tales como consentimiento, lugar de celebración, Ley aplicable, etc.

EL CONTRATO DE REMOCIÓN DE RESTOS

Verónica Meana
Abogada

Resumen: Los buques naufragados, hundidos, varados o a la deriva, así como sus cargamentos y combustible, pueden presentar un peligro para la seguridad de la navegación, de las personas y/o del medio ambiente. La legislación española prevé la posibilidad de que las autoridades marítimas exijan la remoción de los buques que presentan tal peligro. Para proceder a la remoción, los armadores, navieros o propietarios requeridos por las autoridades marítimas deberán contratar con empresas de salvamento y remoción los trabajos de puesta a flote, retirada, traslado, desguace o destrucción de dichos bienes.

El objetivo de este estudio es concretar una definición de contrato de remoción e indagar en su naturaleza jurídica así como analizar los modelos estándar actuales de la organización BIMCO, Wreckhire2010, Wreckstage2010 y Wreckfixed2010, y las características y diferencias entre estos.

Palabras clave: remoción, naufragio, hundimiento, seguridad de la navegación, formularios Bimco, Wreckhire2010, Wreckstage2010, Wreckfixed2010

Abstract: Vessels that are shipwrecked, sunk, stranded or drifting, as well as their cargoes and fuel, may present a danger to the safety of navigation, to people and/or to the environment. Spanish legislation provides for the possibility that the maritime authorities order the removal of vessels and goods that present such danger. To comply with such order, shipowners must contract with salvage and wreck removal companies the removal, scrapping or destruction of these goods.

The purpose of this study is to offer a definition of the removal contract and to study its legal nature as well as to analyze the current BIMCO standard forms, i.e., Wreckhire2010, Wreckstage2010 and Wreckfixed2010, their characteristics and the differences between them.

Keywords: removal, sunken vessels, wrecked vessels, safety of navigation, BIMCO standard forms, Wreckhire2010, Wreckstage2010, Wreckfixed2010

I. INTRODUCCIÓN

La remoción de restos constituye una de las instituciones jurídicas comprendidas dentro del concepto de recuperación de bienes que se encuentren naufragados o hundidos, junto con otras figuras como la extracción marítima, el salvamento y las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático.

Es habitual confundir la figura de la remoción de restos con la figura de

la extracción marítima, por lo que previamente al estudio que nos ocupa resulta imperativo delimitar las mismas. Así, mientras la extracción marítima obedece a un interés privado del titular del bien o buque naufragado o hundido en recuperarlo, la remoción persigue la protección de un interés público consistente en procurar la seguridad de la navegación y del medio ambiente. Es por ello que la Ley de la Navegación Marítima¹ (en adelante, LNM), en su artículo 369.2, establece la aplicación preferente de las normas sobre remoción de buques naufragados o hundidos (contenidas fundamentalmente en el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante², en adelante TRLPEDM) respecto de las normas sobre la extracción contenidas en la LNM.

Si bien el precepto antes citado alude indistintamente al hundimiento y al naufragio, conviene precisar que son conceptos distintos. Bienes o buques “hundidos” son “aquellos que se encuentran sumergidos plenamente en las aguas marítimas”. Por su parte, buques “naufragados” son “aquellos, que se encuentran en la mar, sumergidos o no después de haber sufrido un daño tan grave como para privarles de su propia naturaleza como buque”³.

II. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE REMOCIÓN

Previamente a abordar el concepto y las características del contrato de remoción, conviene precisar el alcance del concepto de la propia remoción. Así, hemos de acudir a la definición de remoción contemplada en el artículo 304.2 del TRLPEDM:

“Por remoción, a efectos de esta ley, debe entenderse la puesta a flote, la retirada, traslado, desguace o destrucción deliberada de buques naufragados, de su carga y su combustible, incluido todo lo que esté o haya estado a bordo de tal buque o de cualquiera otros bienes hundidos con la finalidad de evitar un peligro o un inconveniente para la navegación, para los recursos naturales o para el medio ambiente marino”.

En términos similares al TRLPEDM, el artículo 1, apartado 7, del Convenio sobre remoción de restos de naufragios, hecho en Nairobi el 18 de mayo de 2008, aún no en vigor en España, define la remoción como toda forma de

1 Ley 14/2014 de 25 de julio.

2 RDL 2/2011 de 5 de septiembre

3 GABALDON, J.L Y RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de derecho de la navegación marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.

prevención, reducción o eliminación del riesgo generados por los restos de un naufragio considerándose como “naufragio” cualquier buque o parte de un buque hundido o varado, incluyendo cualquier objeto que esté o haya estado a bordo; cualquier objeto en el mar que provenga de un buque varado, hundido o a la deriva; y, cualquier buque que, según un criterio de razonabilidad, se encuentre a punto de hundirse o varar.

Si bien la definición de remoción que aporta el TRLPEMM no se extiende a los buques que presenten peligro de hundimiento, los apartados 1 y 3 del artículo 304 se refieren a este supuesto previendo la posibilidad de que las autoridades tomen igualmente medidas cuando éstos, ya sea por el propio buque o por la carga transportada, puedan suponer un peligro notorio para las personas, para los bienes o para el medio ambiente.

Por tanto, basándonos en las anteriores definiciones, los bienes objetos de la remoción pueden ser el buque, su cargamento, combustible o cualesquiera otros bienes que estuvieran a bordo del buque, incluidos los pertrechos, que estén hundidos o naufragados, o en peligro de hundimiento o naufragio, y que constituyan un riesgo para la navegación, la actividad portuaria, las personas o el medio ambiente. La remoción de buques o bienes será requerida por la Autoridad Portuaria, previo informe de la Capitanía Marítima, cuando el peligro tenga lugar en aguas del puerto, o directamente por la propia Capitanía Marítima, cuando el peligro tenga lugar fuera de las aguas portuarias pero dentro de las aguas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción.

Los sujetos a quienes las autoridades pueden dirigirse para requerir la remoción son: el propietario, el armador, el naviero, el consignatario o la compañía aseguradora del buque hundido o naufragado⁴. Por tanto, una vez que las autoridades marítimas determinan que un bien o un buque hundido o naufragado constituye un peligro para las personas, bienes o medio ambiente, requerirán a sus propietarios, navieros, armadores, consignatarios o las compañías aseguradoras para que procedan a su remoción, señalando a tal efecto dónde deben situar su carga, combustible, sus restos o el buque una vez refluados. Las autoridades, asimismo, señalarán el plazo en el que se debe proceder a la remoción y las garantías o medidas de seguridad que éstos deberán tomar para evitar un nuevo hundimiento.

Ni que decir tiene que, de no ser atendido el requerimiento, las autorida-

4 Conforme al Convenio de Nairobi, sin embargo, el sujeto obligado a la remoción sería el propietario registral o, a falta de registro, el propietario.

des tienen la potestad de proceder a la remoción por sí mismas quedando obligado, en todo caso, el propietario o el naviero a sufragar los gastos ocasionados, sin que tengan derecho a limitar su responsabilidad conforme a la reserva formulada por España en el Instrumento de Adhesión al Protocolo de 1996, por el que se enmienda el Convenio sobre limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo, hecho en Londres el 2 de mayo de 1996.

En caso de que la Administración tenga que recurrir a la enajenación forzosa de los restos del buque, para satisfacer con ello los gastos de remoción incurridos, estos se pagarán con el producto de la venta antes de todos los demás créditos que pudieran estar garantizados con un privilegio marítimo sobre el buque, según dispone el artículo 122.2 de la LNM en relación con el artículo 12.3 del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993, hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993.

Una vez aclarado cuáles son los bienes objeto de remoción, y quiénes son los sujetos que pueden ser requeridos a tal efecto, podemos afirmar que un contrato de remoción es aquel celebrado entre, por un lado, el propietario, armador, naviero, consignatario o asegurador del buque hundido o naufragado, y por otro, una empresa especializada en las operaciones de remoción, que tiene por objeto la puesta a flote, retirada, traslado, desguace o destrucción de un buque, su carga, combustible o cualquier objeto que esté o haya estado a bordo del mismo, hundido o naufragado o que esté en peligro inminente de naufragar, hundirse o varar, y la eliminación del peligro que estos bienes suponen para la navegación, el medio ambiente marino y los recursos naturales, a cambio de un precio.

Se trata de un contrato atípico donde impera la libertad de pactos entre las partes y cuya única limitación, establecida de modo general para todos los contratos por el artículo 1.255 del Código Civil, sería la ley, la moral y el orden público.

En tanto que rige, en materia de remoción, el principio de autonomía de la voluntad contractual, la naturaleza jurídica del contrato dependerá de lo pactado entre las partes y de cómo éstas configuren el contenido de la prestación debida. Lógicamente, el interés del cliente y la finalidad del contrato serán siempre la eliminación del obstáculo o peligro que los bienes o buques hundidos o naufragados puedan constituir. Pero la realización de este interés primario no necesariamente constituirá el objeto de la prestación de la actividad de la empresa que se encargue de la remoción. Que estemos ante

un contrato de servicios o de obra dependerá de la regulación concreta del contrato y de si lo que impone es una obligación de medios o diligencia (o “*to use of skill and care*”) o la prestación debida de un resultado, (“*to achieve a result*”). La distinción entre las obligaciones de resultado y de medios no siempre resulta fácil. Con frecuencia los contratos no definen claramente cuál es la obligación pactada o no expresan claramente qué tipo de resultado debe realizar el deudor para cumplir. Esto puede ser particularmente aplicable a los contratos de remoción en los que rige la máxima de “*esperar lo mejor pero planificar para lo peor*” dada la dificultad de garantizar un resultado y el limitado control que el profesional puede ejercer razonablemente sobre la realización de éste. Sin embargo, esta distinción entre contrato de servicios o de obra (o mixto) tiene su importancia ya que de la calificación que se dé al contrato emanarán consecuencias prácticas, como la posible responsabilidad por incumplimiento.

En cuanto a la retribución de los contratos de remoción pueden configurarse varias modalidades. Las partes pueden pactar un precio por unidades de tiempo o contratar el servicio a tanto alzado. Incluso se puede dar la combinación de varias modalidades al mismo tiempo, como por ejemplo, en los contratos en los que se paga un precio por etapas o entregas parciales.

III. LOS CONTRATOS DE REMOCIÓN DE LA BIMCO

Con objeto de facilitar la contratación de los servicios de remoción, la BIMCO⁵ y la ISU⁶ han publicado una serie de formularios internacionales normalizados. Las primeras versiones de dichos formularios se elaboraron en 1999 y fueron actualizadas en 2010⁷. Con dichos formularios, la BIMCO pretende proporcionar una serie de términos y condiciones que resulten equitativos para ambas partes (naviero y empresa de remoción). Aunque dichos formularios se pueden utilizar directamente, en ocasiones sus cláusulas estandarizadas se modifican para adaptarse a las necesidades de cada operación de remoción y a los pactos particulares entre las partes.

5 The Baltic and International Maritime Council

6 International Salvage Union.

7 Dicha actualización se realizó a solicitud del subcomité de salvamento del grupo internacional de clubs de protección e indemnización que deseaba que los formularios fomentaran un mejor control sobre los costes, un mayor equilibrio entre las partes e incorporaran la vigente práctica comercial, tal y como señalan las notas explicativas publicadas por BIMCO.

A día de hoy, podemos encontrar tres contratos tipo diferentes: el *Wreckhire2010*⁸, el *Wreckstage2010*⁹ y el *Wreckfixed2010*¹⁰.

La estructura de los tres contratos BIMCO es idéntica, constando de tres partes separadas: Parte I, Parte II, y los Anexos.

La Parte I, contiene una serie de casillas donde se han de incluir los detalles específicos de los servicios que se contratan y los términos específicos del contrato. Las casillas a las que se debe prestar especial atención dentro de la parte I, puesto que serán esenciales a la hora de determinar la dificultad de los trabajos contratados, son las siguientes:

a. Casilla 4, donde deben quedar fielmente reflejadas las características del buque ya sean directamente o por remisión a un informe pericial.

b. Casilla 5, donde deben reflejarse todos los detalles de la condición y estado del buque que sean relevantes para el servicio.

c. Casilla 6, en la que se describirán tanto la posición del buque como las condiciones del lugar donde se realizarán los servicios; y

d. Casilla 7, que contendrá la definición de la naturaleza de los servicios. Es importante que los servicios queden delimitados de la manera más precisa posible para que en un futuro no existan disputas en la identificación de los servicios adicionales que puedan ser necesarios. Dentro de la casilla 7 existe, además, un apartado que se refiere al cumplimiento con las órdenes de las autoridades competentes y que va dirigida a aquella parte que deba obtener la confirmación que se identifica en la misma.

Debe añadirse, en relación con las cuatro casillas citadas, que una característica de estos contratos, a diferencia de otros contratos (como, por ejemplo, el *Supplytime2017*) es que no contienen una cláusula de derogación de pactos anteriores¹¹ por lo que las partes tienen la posibilidad de referirse a cualquier acuerdo anterior al contrato en relación con la extensión de los trabajos.

Las casillas posteriores, según proceda en cada tipo de contrato, contendrán la información relativa al precio de los servicios, posibles gastos extras, pagos adicionales o tarifas reducidas, precio, forma de pago, retrasos, coste de cancelación, una cláusula de sumisión a arbitraje o mediación, etc.

8 International Wreck Removal and Marine Services Agreement (Daily Hire).

9 International Wreck Removal and Marine Services Agreement (Lump sum-Stage Payments).

10 International Wreck Removal and Marine Services Agreement (Fixed Price – “No Cure, No Pay”).

11 En la versión inglesa, “*an entire agreement clause*”.

Por último, la Parte I incorpora una declaración expresa de la persona que firma el contrato garantizando que está autorizada para firmarlo. Ello implica que en caso de no contar con tal autoridad, la única opción para la otra parte contratante sería la de pedir responsabilidades al firmante.

En lo que se refiera a la parte II, esta contiene las condiciones generales, muchas de ellas comunes a los tres contratos. La versión de 2010 de los tres contratos cuenta con una serie de definiciones nuevas respecto de la versión de 1999, por ejemplo, de los términos “Compañía”, “Contratista” y “Servicios”, que se remiten al contenido de la Parte I en relación a dichos términos. Además contiene la definición de “buque”¹² que consiste en “cualquier buque, embarcación, propiedad o parte de la misma, cualquiera que sea su naturaleza, incluyendo todo lo que se encuentre dentro de la misma, como puede ser, entre otros, la carga y el combustible”.

En caso de conflicto entre las Parte I y II del contrato, las provisiones de la primera prevalecen sobre las de la segunda.

Para terminar, la Parte III viene constituida por tres anexos:

1. Anexo I, que detalla los medios de los que dispondrá el contratista para efectuar los trabajos;
2. Anexo II, que contiene el método de trabajo; y
3. Anexo II que no es sino un formato estándar para los “informes diarios” que el contratista está obligado a rellenar y entregar al contratante del servicio.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS WRECKHIRE, WRECKSTAGE Y WRECKFIXED.

Aun cuando el objetivo general de la BIMCO al elaborar estos formularios era representar de modo equitativo los intereses de ambas partes, las diferencias entre los mismos sitúan al *Wreckhire* como el más favorable a las empresas de remoción y al *Wreckfixed* como el más favorable a los armadores o navieros, quedando el *Wreckstage* entre medias de los anteriores. A continuación, pasamos a exponer las características y diferencias fundamentales entre los tres:

¹² Que no es otra que la definición usada por la ISU en el contrato “*Salvcon*” y que se utilizó para la versión de 1999 del *Wreckhire*, *Wreckfixed* y *Wreckstage*.

1. Pago del precio y distribución del riesgo.

Quizás una de las diferencias más significativas entre los tres formularios sea la relativa al pago del precio por las operaciones de remoción y a la distribución del riesgo entre las partes.

El *Wreckhire* es un contrato de “tiempo y materiales” en el que las partes pactan una tarifa diaria por el personal, embarcaciones y equipo o medios empleados. Dicha cantidad se devenga diariamente, de modo completo e irrevocable, con independencia de que la obra de remoción pretendida tenga éxito o resulte imposible y sea resuelto el contrato¹³. También se estipula el pago de una cantidad fija por cada día en el que el contratista no haya podido progresar en la ejecución de los servicios¹⁴ ya sea por motivo de las condiciones meteorológicas o de mar existentes, avería en los equipos o falta de disponibilidad del personal. En aquellas circunstancias en las que exista una reducción parcial, pero no paralización, de los servicios, el contrato prevé una tarifa reducida que se acordará entre las partes y, en caso de falta de acuerdo, por medio de un experto, mediación o arbitraje. Para incentivar la pronta terminación de las operaciones, se prevé una bonificación cuando el contratista termine la remoción en el plazo acordado, siendo, en contrapartida, penalizado con una tarifa reducida por todo el tiempo en que se exceda de dicho plazo. Si surgieran costes adicionales¹⁵, como pueden ser tasas portuarias, gastos de práctico, remolcadores, despacho o agencia, permisos o licencias, etc., éstos serían por cuenta del contratante. El riesgo en el *Wreckhire* de la falta de culminación de la remoción, recae sobre el contratante de los servicios. Con estas características, por tanto, podría decirse que el *Wreckhire* es un contrato de servicios.

El *Wreckfixed*, por su parte, es un contrato en el que los servicios se prestan bajo el principio anglosajón “*no cure, no pay*”. Las partes acuerdan el pago de una cantidad alzada, que incluye los costes adicionales¹⁶, cuyo devengo depende del buen fin de la operación pactada¹⁷ por lo que, si no se culmina con éxito, no hay pago. El riesgo en este contrato recae exclusivamente en el

13 Cláusula 10.

14 Se trata de la “*standby rate*” de la cláusula 7, ampliamente modificada en la versión de 2010.

15 Cláusula 13.

16 Descritos en la cláusula 10.

17 Cláusula 9.

contratista siendo por ello que la expectativa de remuneración es mayor. Por tanto, aquellas circunstancias que obliguen a demorar o suspender las operaciones juegan en contra del contratista que deberá tener los medios a disposición hasta culminar la operación. Este contrato, a diferencia del *Wreckhire*, podría calificarse de contrato de obra.

En el *Wreckstage*, al igual que en el *Wreckfixed*, el precio se fija a tanto alzado. Sin embargo, en el caso del *Wreckstage*, dicho precio es pagadero a plazos que se devengan de modo irrevocable a medida en que se vayan ejecutando las fases o etapas previstas de la remoción¹⁸. De este modo, el riesgo de la falta de terminación de la obra se comparte entre ambas partes, aunque las pérdidas de tiempo corren a cargo del contratista. En relación con la obligación de pago de gastos adicionales, se estará a lo pactado entre las partes¹⁹. Por tanto, con sus particularidades, el *Wreckstage* tendría encaje dentro de los contratos de obra.

Puesto que el pago en los contratos tipo *Wreckfixed* y *Wreckstage* depende de que el proyecto o las fases acordadas lleguen a buen fin, conviene que al negociar el contrato las partes definan lo mejor posible los hitos que desencadenan el pago y tengan en consideración los requisitos necesarios para la culminación del proyecto. Por ejemplo, si es necesaria la autorización o certificación de las autoridades, una cuestión a considerar a la hora de negociar será la dificultad y el plazo necesario para obtener dicha certificación o autorización y a quién le corresponderá solicitarla.

En cuanto al pago a la empresa de remoción, los tres modelos de contrato coinciden al disponer que dicho pago habrá de garantizarse por medio de un aval o garantía de carácter irrevocable e incondicional en la cantidad y forma que acuerden las partes. En el caso de que el contratista no hubiera solicitado una garantía al inicio de las operaciones podría solicitarla en un momento posterior y el contratante deberá prestarla cuando sea “razonablemente” requerido por el contratista. También podrá el contratista requerir al contratante que amplíe la garantía inicial cuando esta no fuera suficiente. Lo habitual es que las partes acuerden una garantía de Club²⁰ o una garantía bancaria²¹. A este respecto, debe tenerse en consideración que la cobertura de P&I del buque suele incluir las responsabilidades en las que el miembro pueda incurrir

18 Cláusula 10.

19 Según establece la cláusula 11 (en relación con la casilla 12).

20 Conocida como LOU o *letter of understanding*.

21 *Bank letter of Guarantee* o BLG.

por razón de la remoción así como los gastos y desembolsos con respecto a la puesta a flote, la retirada, traslado, destrucción, balizamiento del buque, su cargamento, equipos o cualquier otra propiedad que estuviera a bordo.

2. Los servicios

En los tres contratos tipo de la BIMCO, el contratista se obliga a aportar el personal, material y equipo que considere necesario para realizar la remoción en atención a las especificaciones, condición y posición del buque y el lugar donde se deben realizar los servicios. Dicho personal, material y equipo vendrá descrito en el Anexo I del contrato así como el método de trabajo y el tiempo estimado del mismo. El contratista se compromete a entregar informes diarios de su actuación en el formato estandarizado que se encuentra en el Anexo III del contrato. Dada la incertidumbre que se da en este tipo de trabajos, los contratos BIMCO prevén la posibilidad de efectuar modificaciones²². Cualquier cambio sustancial en el método de trabajo y/o en el personal, material y equipos acordados deberá ser consultado con el armador. En el caso de los contratos *Wreckfixed* y *Wreckstage*, cuando no haya tiempo para consultar con el armador o este deniegue injustificadamente su consentimiento, el contratista tendrá la facultad de realizar los cambios unilateralmente si bien, en el caso del *Wreckfixed*, será necesario contar con la aprobación previa de las autoridades cuando esta sea necesaria.

Si previo o durante la ejecución de los trabajos, sin mediar culpa del contratista, ya sea por una mala descripción o error en las especificaciones del armador o por un cambio material en la posición o condiciones del buque o el lugar de trabajo, resultase necesario un cambio en el método de trabajo o en el personal, material y medios a emplear, el contratista deberá informarlo por escrito y de inmediato al armador y deberá aportar una estimación de los costes adicionales para realizar los trabajos. Los cambios acordados se recogerán en una “orden de variación” que será firmada por ambas partes. La modificación del precio, cuando haya acuerdo entre las partes, constará en dicha orden de variación. Si en un plazo de cinco días desde que el contratista informe de la necesidad de gastos adicionales las partes no han llegado a un acuerdo sobre el nuevo precio, las partes podrán dar por terminado el contrato siempre y cuando lo permitan las autoridades competentes. En caso de no ser posible la terminación, el contratista continuará ejecutando los trabajos

22 Cláusulas 2 y 4 de los tres modelos.

sin perjuicio de su derecho a reclamar una remuneración adicional en un momento posterior.

Si, por el contrario, como resultado de un cambio material en las condiciones o posición del buque, resultare más sencillo ejecutar los trabajos en términos de método de trabajo, personal, o medios, el contratante podrá solicitar una reducción del precio. Cualquier acuerdo entre las partes al respecto constará igualmente en una “orden de variación”. Esta cláusula a favor del solicitante de los servicios²³ no es exactamente espejo a la que favorece al contratista dado que sería discutible si puede solicitarse una reducción de precio cuando por un cambio sustancial en las condiciones se acorta la duración de los trabajos a realizar pero se mantiene el mismo método de trabajo y el personal y los medios previstos.

Si no hubiere acuerdo entre las partes para la modificación al alza o a la baja del precio, las partes, en la orden de variación, pueden remitir la decisión sobre el nuevo precio a la valoración que realice un experto²⁴, o a mediación o arbitraje. En este caso, los trabajos proseguirán sin perjuicio de un ajuste posterior en el precio.

El contratista tendrá el derecho de intercambiar, rotar y reemplazar sus embarcaciones, equipos y personal por otros apropiados, siempre que cuente con la aprobación de la contraparte o, en su caso, su representante, consentimiento que no se podrá negar sin causa justificada²⁵.

Finalmente, sobre el nivel de cuidado exigible en la realización de los trabajos de remoción, los contrato tipo de la BIMCO prevén que los servicios se realizarán con la *debida diligencia* (“*due diligence*”)²⁶. Siempre que sea aplicable, la entrega y puesta a disposición del buque se realizará con la misma pauta de cuidado y diligencia lo que supone una modificación respecto de las anteriores versiones de 1999 que únicamente exigían del contratista que “procurase” (“*will endeavour*”) entregar el buque en el lugar indicado en el contrato. El contratista también cuidará del medio ambiente, previniendo²⁷ o minimizando los daños al mismo, con la debida diligencia²⁸ e imple-

23 Insertada a solicitud de los Clubs de P&I.

24 Lo cual constituye una mejora respecto de la versión de 1999 al ser una opción más ágil que la del arbitraje.

25 Cláusulas 25, 22 y 21 del *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed*, respectivamente.

26 Cláusula 2 de los tres contratos tipo.

27 Prevención que introduce la versión de 2010.

28 Obligación que reiteran las cláusulas 24, 21 y 20 del *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed*, respectivamente.

mentará y mantendrá durante la duración de los servicios un plan de lucha contra la contaminación que cumpla con los requisitos de las autoridades competentes.

3. La entrega

Concluidos los trabajos, el buque, su carga, el combustible o cualquier otro elemento proveniente del buque deberán ser aceptados por el propietario o por su representante autorizado. La entrega no siempre se realizará en un único acto, pudiendo designarse varios lugares y momentos de entrega en el contrato.

Como es lógico, el lugar de entrega o eliminación de los restos debe ser seguro y accesible. Si el contratista considera que es imposible o peligroso entregar el buque en el lugar indicado en los contratos BIMCO, y el propietario es incapaz de designar un emplazamiento alternativo que sea aceptable, el contratista tiene derecho a entregar o disponer del buque en el lugar más cercano al que pueda llegar con seguridad en un plazo razonable, siempre y cuando dicho lugar cuente con el beneplácito de las autoridades competentes.

En caso de que el buque o bienes objeto de remoción no sean aceptados por el contratante de los servicios por su representante autorizado, todos los costes incurridos por el contratista desde el momento del ofrecimiento de entrega serán por cuenta del propietario. En el caso del contrato *Wreckhire* continuará, además, devengándose la tarifa diaria. Si fuera una autoridad pública, o cualquier otra autoridad fuera del control del contratista, quien impidiera o retrasara la entrega o disposición de los restos, serán por cuenta del contratante los costes en los que incurra el contratista en los contratos *Wreckhire* y *Wreckstage* y por cuenta del contratista en el contrato *Wreckfixed*.

Sin perjuicio de cualquier otro derecho del que pueda ser titular el contratista, este tendrá derecho a vender o disponer del buque, sin necesidad de aviso al propietario, tanto en el caso de falta de recepción como cuando considere que es previsible que el buque se deteriore o pierda su valor de no venderse y podrá compensar la deuda con el precio. Si el precio de la venta no fuera suficiente para cubrir la deuda, el propietario deberá abonar la diferencia. Por el contrario, si una vez satisfecha la deuda con el precio de la venta quedase un remanente, este deberá devolverse al propietario.

4. Responsabilidades

Los tres contratos modelo de la BIMCO contienen la cláusula “*knock for knock*” según la cual cada parte renuncia recíprocamente a cualquier acción que pudiera tener frente a la otra en relación con las siguientes reclamaciones:

a) Muerte o lesiones de cualquier empleado, agente, subcontratista o cualquier otra persona que esté en el emplazamiento donde se están llevando a cabo los trabajos de remoción, o en sus inmediaciones, por cuenta o a requerimiento de la parte.

b) Daños físicos a las cosas, lo que incluye el buque, su cargamento, por un lado, y los medios y equipos aportados por el contratista, por otro;

c) Lucro cesante que resulte de la ejecución o falta de ejecución del contrato;

d) Y cualquier daño indirecto o consecuencial.

Por tanto, en virtud de la cláusula “*knock for knock*” se pretende que cada parte asuma los riesgos de las personas vinculadas o que actúan o trabajan por su cuenta o a su requerimiento así como de los daños materiales a su patrimonio si bien excluyendo dentro de este último los daños sufridos por los equipos portátiles utilizados que se pierdan, dañen o consuman durante los servicios²⁹. Sin embargo, en tanto que un contrato no puede tener efectos frente a terceros (por aplicación del artículo 1.257 CC), las partes se comprometen igualmente a mantenerse recíprocamente indemnes en caso de que se declaren responsabilidades frente a una de ellas en relación con la muerte o daños corporales de los empleados, agentes, subcontratistas o de las personas que actúan a requerimiento o por cuenta de la otra parte y que se hallen en el lugar del los trabajos o sus inmediaciones. Es decir, una vez se ha producido un deterioro en el patrimonio de una de las partes por razón de una reclamación cuyo riesgo en virtud del contrato le corresponde a la otra, esta última deberá resarcir a su contraparte por razón de ese deterioro patrimonial.

En relación con las responsabilidades de las partes, debe recordarse que, conforme a la reserva³⁰ formulada por España en el Instrumento de Adhesión

29 Estos daños se pagarán por el contratante como gastos adicionales en el modelo *Wreckhire*, conforme a la cláusula 13, o, conforme a la cláusula 11 del *Wreckstage*, por la parte a quien correspondan según se halla pactado en la casilla 12.

30 Reserva segunda contenida en el preámbulo del Instrumento de Adhesión y que refiere al derecho a excluir la aplicación de los apartados d) y e) del párrafo 1 del artículo 2 del Convenio.

al Protocolo de 1996, que enmienda el Convenio sobre limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo hecho en Londres el 2 de mayo de 1996, los propietarios de los buques o navieros no tendrán derecho a limitar su responsabilidad por las reclamaciones derivadas por la puesta a flote, remoción o eliminación de los peligros derivados de un buque hundido, naufragado, varado o abandonado, con inclusión de todo lo que esté o haya estado a bordo de tal buque y de su cargamento. Esta exclusión al beneficio de la limitación es reiterada por el artículo 304.6 del TRLPEMM y el artículo 397 de la LNM.

En cuanto a las responsabilidades nacidas de contaminación, los contratos tipo de BIMCO vuelven a proponer una cláusula “*knock for knock*”³¹. De una parte, dichos contratos establecen que el propietario o naviero contratante indemnizará y mantendrá al contratista indemne de cualquier reclamación por contaminación que resulte de la descarga, derrame o pérdida de cualquier contaminante del buque, excepto en aquellos casos en que la contaminación se haya producido por culpa o negligencia del contratista, sus empleados, agentes o subcontratistas. De otra parte, los contratos prevén que será el contratista quien indemnizará y mantendrá a la otra parte indemne respecto de cualquier reclamación por contaminación que resulte de cualquier descarga, derrame o pérdida de cualquier contaminante de las embarcaciones, ya sea a título de propiedad o alquiler, con las que efectúen los trabajos.

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que, por expresa disposición del artículo 304.7 del TRLPEMM, no podrá promoverse contra el contratista, sus empleados o sus agentes, ninguna reclamación de indemnización de daños por contaminación producidos por el combustible del buque o su cargamento, que se ocasionen en la realización de los trabajos, ya sea por acción u omisión, salvo que éstos hayan actuado con intención de causar los daños o bien temerariamente, a sabiendas de que probablemente se producirían tales daños. Ello implica que, de aplicarse Derecho español a las relaciones entre las partes, la cláusula “*knock for knock*” contra el contratista podría considerarse nula por aplicación del artículo 1.255 del Código civil que prohíbe las cláusulas contrarias a la ley, la moral y el orden público en caso de entenderse el artículo 304.7 una norma de carácter imperativo. En tal caso, la nulidad de tal cláusula no se extendería a la totalidad del negocio en virtud del pacto de divisibilidad del contrato o “*severability*” que contienen los modelos *Wreck-*

31 En las cláusulas 24, 21 y 20, respectivamente, de los contratos *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed*.

khire, *Wreckstage* y *Wreckfixed*³², y del principio de la conservación de los contratos (*favor contractus*) propugnado por extensa jurisprudencia³³ que entiende que la nulidad parcial no tiene por qué trascender forzosamente a la totalidad del negocio.

Todas las exoneraciones de responsabilidad de los contratos BIMCO, así como todos los derechos derivados del mismo, se aplican, por razón de la “*Cláusula Himalaya*”³⁴, no solo a las partes contratantes sino también a sus respectivos subcontratistas, operadores, propietario del buque, capitanes y tripulación y beneficiaran a todas las personas jurídicas con las que éstos estén relacionados así como a los directivos y administradores de éstas, empleados, agentes y a cualquier persona que esté realizando los servicios por o por cuenta del contratista o el contratante como empleados, agentes o subcontratistas de éstos.

Finalmente, los contratos modelo de BIMCO incluyen una provisión³⁵ según la cual tanto contratista como contratante se comprometen a mantener un seguro, ya sea con una mutua de protección e indemnización o aseguradora de otro tipo, que cubra la totalidad de los riesgos normales de responsabilidad civil de P&I de cada uno de ellos (incluyendo las responsabilidades por salvamento para el contratista) y que puedan surgir durante el periodo de ejecución del contrato de remoción.

5. Suspensión, cancelación o terminación

En el contrato *Wreckhire*³⁶, el contratante tiene derecho a suspender o terminar los servicios en cualquier momento, siempre que lo notifique por escrito al contratista, y deberá pagar al contratista todas las sumas debidas hasta el momento de la suspensión o terminación, pero no una tarifa de cancelación. El contratista deberá llevar a cabo la suspensión o terminación solicitada con razonable prontitud si bien teniendo en cuenta las limitaciones de la operativa del servicio. Cualquier gasto directo incurrido por razón de la

32 Cláusulas 26 (a), 23 (a) y 22 (a), respectivamente.

33 *Vid.* sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1983, 21 de febrero de 1984, 11 de marzo de 1985, 30 de abril de 1986, 22 de julio de 1993, 25 de octubre de 1994 o 10 de diciembre de 2014, entre otras.

34 Cláusula 17, 13 y 14, respectivamente, del *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed*.

35 Cláusulas 23, 20 y 19 de los contratos *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed*, respectivamente.

36 Cláusula 8.

suspensión o terminación deberá ser soportado por el propietario. Si las autoridades competentes no dieran su consentimiento a la suspensión o terminación, el contratista tendrá derecho a percibir una tarifa fija diaria durante el periodo de espera³⁷ y al pago de todos los gastos razonables y necesarios para la continuación del servicio.

La opción de terminación en el contrato *Wreckstage y Wreckfixed*³⁸ debe ejercitarse por el contratante antes de la movilización del personal o de los medios o equipos asignados por el contratista y previstos en el contrato. Cumplido este requisito, no existirá más responsabilidad que el pago de una tarifa de cancelación. Estos modelos contemplan además la posibilidad de que el contratista opte por la terminación del contrato cuando la culminación de los servicios o cualquier cambio consentido de método de trabajo, personal, equipos o medios resultaren imposibles, física o técnicamente. Dicha terminación deberá ser aprobada por el contratante, quien no podrá negarse injustificadamente. Cancelado el contrato, el contratista tendrá derecho a percibir las cantidades debidas hasta ese momento³⁹.

Al igual que ocurría en el contrato *Wreckhire*, el modelo *Wreckstage* prevé el devengo de una tarifa fija, en este caso la tarifa pactada para retrasos⁴⁰, durante el periodo de espera cuando las autoridades no dieran su consentimiento a la terminación.

6. Cláusulas de sumisión a ley y arbitraje

Los contratos *Wreckhire*, *Wreckstage* y *Wreckfixed* incorporan cláusulas de sumisión a ley y arbitraje concediendo la opción, a elección de las partes, entre ley inglesa y arbitraje en Londres o ley de los Estados Unidos y arbitraje en Nueva York. También incluyen provisiones para la mediación.

No obstante lo anterior, nada obsta para que las partes puedan acordar pactos de ley o jurisdicción diferentes a los anteriormente previstos en virtud del principio de la autonomía de voluntad de las partes.

37 El llamado *standby rate* de la casilla 11.

38 Cláusula 8 del *Wreckstage* y 7 del *Wreckfixed*.

39 Conforme a las casillas 9, 12 y 13.

40 De la casilla 13.

EL CONTRATO DE CLASIFICACIÓN DEL BUQUE

Jaime Rodrigo de Larrucea

Abogado. Profesor de Derecho Marítimo (UPC, UPF)

Resumen: En el presente capítulo se analizan las actividades de las Sociedades de Clasificación; las especiales características de su actividad; el contrato de clasificación del buque como tipo contractual y el marco jurídico de las responsabilidades, entre las partes (armador y clasificadora) y frente a terceros. Asimismo su responsabilidad administrativa. Clasificar buques, significa asignar a un buque una clase dentro del registro de buques de cada sociedad de clasificación, tras efectuar las inspecciones y reconocimientos que les permitan asegurar que el buque está diseñado, construido, equipado y mantenido de acuerdo con sus propias Reglas. La responsabilidad y funciones de las Sociedades de Clasificación han sido examinadas a la luz de dos de los siniestros más importantes de la historia: el caso *Erika* (1999) y el caso *Prestige* (2002) y han sido un factor determinante en las nuevas exigencias de rigor y responsabilidad a las empresas clasificadoras, incorporadas en el derecho comunitario (Paquetes legales ERIKA I, II y III). Por último se examinan los nuevos roles atribuidos a las sociedades de clasificación por la OMI, en las llamadas Normas basadas en objetivos (GBS).

Palabras clave: Contratos; Navegabilidad; Sociedades de Clasificación; Inspecciones; Clasificación del buque; IACS; Normas basadas en objetivos; Caso ERIKA; Caso PRESTIGE; Responsabilidad de las Sociedades de Clasificación.

Abstract: In this chapter the activities of the Classification Societies they are examined; the special characteristics of its activity; the contract for the classification of the vessel as the contractual type and the legal framework of responsibilities, between the parties (ship owner and class) and against third parties. Classifying ships means assigning a vessel a class within the registry of ships of each classification society, after carrying out the inspections and recognitions that allow them to assure that the vessel is designed, built, equipped and maintained in accordance with its own Rules. The responsibility and functions of the Classification Societies have been examined in the light of two of the most important casualties in history: the Erika case (1999) and the Prestige case (2002) and have been a determining factor in the new demands of rigor and responsibility to classification companies, incorporated in community law (Legal packages ERIKA I, II and III). Finally, the new roles attributed to classification societies by the IMO are examined in the so-called Goal -Based Standards (GBS).

Keywords: Contracts; Seaworthiness; Class; Ship Surveys; Classification Activity; IACS; Goal Based Standards (GBS); The cases ERIKA and Prestige; Liability of the Class.

1. INTRODUCCIÓN

Gran parte de los problemas prácticos del derecho marítimo se reducen a cuestiones y aspectos ligados a la navegabilidad del buque (*seaworthiness*)¹. Entendemos por navegabilidad del buque la aptitud del mismo para emprender la navegación con seguridad y en derecho. Resulta una de las obligaciones más importantes del armador². La verificación de la misma y el control preventivo del buen estado técnico del buque se efectúa básicamente a través de tres procedimientos:

1º) El control del Pabellón (*Flag State Control*): cada estado controla su flota y los estándares técnicos, si además dispone de administración propia los inspecciona y supervisa; en caso contrario delega sus funciones inspectoras y de control en las Sociedades de Clasificación. Esto es atribuye efectos civiles a los certificados expedidos por las Sociedades de Clasificación.

2º) El control del Estado del Puerto (*Port State Control*): con independencia del pabellón del buque, y con apoyos en el derecho internacional (CNUMAR 82), el estado ribereño que acoge al buque extranjero se encuentra legitimado para inspeccionar su buen estado y condición, en la medida que si se hunde o contamina el daño lo produce a dicho estado;

3ª) Las Sociedades de Clasificación, entidades públicas y/o privadas que mediante la “*clasificación del buque*” y de la asignación de un resultado de la

1 La navegabilidad del buque es un tema central y clásico del derecho marítimo; ver por todos, en relación al concepto jurídico de “Navegabilidad” y sus implicaciones: Navas Garatea, M. en “*La navegabilidad del buque en el derecho marítimo internacional*”. Ed. Servicio de Publicaciones Gobierno Vasco. Vitoria 2014.

2 Entre otros y con carácter meramente ilustrativo: *Artículo 212 LNM. Navegabilidad del buque.*

1. *El porteador cuidará de que el buque se encuentre en el estado de navegabilidad adecuado para recibir el cargamento a bordo y transportarlo con seguridad a destino, teniendo en cuenta las circunstancias previsibles del viaje proyectado, sus fases y la naturaleza del cargamento contratado.*

2. *El estado de navegabilidad deberá existir en el momento de emprender el viaje, o cada uno de los viajes que incluya el contrato. En el momento de recibir el cargamento a bordo, el buque deberá hallarse, por lo menos, en un estado que lo haga capaz de conservar las mercancías con seguridad.*

3. *El porteador deberá ejercer una diligencia razonable para mantener el buque en el estado de navegabilidad adecuado durante el tiempo de vigencia del contrato.*

Tanto en nuestro derecho, como en el anglosajón, la prueba de la debida diligencia (*due diligence*), es la tenencia de los certificados en vigor y sin observaciones.

evaluación (“Cota”), comprueban la navegabilidad y buen estado para los aseguradores de cascos y también para gobiernos y administraciones, que como hemos comentado no disponen de administración marítima propia y delegan sus funciones de inspección en las mismas.

La relevancia de la actividad de clasificación es tal que se ha llegado a afirmar que “un buque sin clase es un bien marginado en el tráfico jurídico”.

De manera más reciente y debido a esquemas legales de responsabilidad solidaria de los fletadores y la carga, han aparecido inspecciones privadas, denominadas “*vetting*”, (Del verbo *to vet* : inspeccionar, examinar) sumamente exigentes y rigurosas pero limitadas a los tráficos y buques de mercancías peligrosas³.

En el presente capítulo nos proponemos analizar las actividades de las Sociedades de Clasificación; las especiales características de su actividad; el contrato de clasificación del buque como tipo contractual y el marco jurídico de las responsabilidades, entre las partes (armador y clasificadora) y frente a terceros. Asimismo su responsabilidad administrativa.

1.1. Certificados de Clase (función privada) y Certificados Estatutarios (función pública)

Cuando las Sociedades de Clasificación actúan por delegación de estados o gobiernos, a sus certificados se les denomina “*Certificados estatutarios*”. (Certificado expedido por un Estado de abanderamiento o emitido en su nombre de conformidad con los Convenios). Esto es, se dota de efectos civiles a los certificados emitidos por la *Class*. Por tanto tendremos dos tipos básicos de certificados: los de la “*Clase*” y que atiende a la función privada de la Sociedad de Clasificación (seguros, etc.) y los “*Estatutarios*”, que son emitidos en nombre de una administración o estado de pabellón, y que cumplen una evidente función pública.

1.2. La actividad de clasificación y certificación en el derecho español

No es el caso de nuestro país donde conviene advertir con carácter previo

3 Ver TD dirigida por el autor Rodrigo de Larrucea, J ; Garcia Soto D. en *El “vetting” como instrumento preventivo de seguridad marítima : análisis y juicio crítico*; disponible en <http://upcommons.upc.edu/handle/2117/104390>

que en nuestro derecho no existe obligación legal alguna de tener el buque clasificado. En nuestro ordenamiento existe claramente una preeminencia de la inspección pública (Inspección de Buques, Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el *Reglamento de inspección y certificación de buques civiles*). Teniendo las inspecciones por organizaciones reconocidas un alcance complementario pero no sustitutivo⁴.

El contrato de clasificación del buque carecía de regulación en España hasta la aprobación de la LNM 2014 (artº.106) que posteriormente estudiaremos y analizaremos.

2. LAS SOCIEDADES DE CLASIFICACIÓN (CLASS)

Las denominadas Sociedades de Clasificación proporcionan servicios técnicos y de inspección a la industria marítima y a los Estados (de pabellón). Emiten certificados de clase para el buque a requerimiento de su propietario y pueden llevar a cabo reconocimientos en nombre de los Estados que las hayan reconocido previamente para ello (*Certificados estatutarios*).

Las Sociedades de Clasificación tienen su origen entre los siglos XVII y XVIII, fruto de las necesidades del mercado asegurador, que no disponía de información fiable para el cálculo de las primas. En aquella época, toda la información que obtenían los aseguradores provenía de entrevistas personales con los capitanes y sus tripulaciones y estas entrevistas solían hacerse en hospedajes, bares o cafés del entorno portuario.

De estos lugares sobresale el café de Edward Lloyd abierto en 1685, lugar de encuentro de comerciantes, aseguradores marítimos y otras personas relacionadas con el mundo marino que divulgaba informaciones y comenzó a circular listas con datos de buques de una forma estructurada. En 1760 sus clientes dieron forma a la “*Sociedad de Registro*” que lleva su nombre y se creó un comité con los principales aseguradores y corredores para examinar los buques mercantes y clasificarlos de acuerdo a su condición ofreciendo información básica que incluía las características técnicas de los buques asegu-

4 Ver del autor Rodrigo de Larrucea, J. en “*Inspección de seguridad marítima por el estado del pabellón (FSC) e inspección por organizaciones reconocidas (class): problemas planteados*”; disponible en Upcommons : <http://hdl.handle.net/2117/8482>. Igualmente en relación a la inspección de buques: “*El reglamento de inspección y certificación de buques civiles*”(https://upcommons.upc.edu/handle/2117/16650). En relación a las embarcaciones deportivas: “*Inspección técnica de buques*” (https://upcommons.upc.edu/handle/2117/18204).

rados. El primer registro de buques del que se tiene antecedentes se imprimió en 1764.

Al principio se elaboró el llamado *Libro Verde* bajo las indicaciones de los aseguradores, pero los armadores no estaban de acuerdo y publicaron el llamado *Libro Rojo*. En 1834 se dirimieron las diferencias y se estableció una nueva sociedad para elaborar un registro de buques, el *Lloyds Register of Shipping* que incluía en su consejo de administración a grupos de comerciantes, armadores y aseguradores que representaban al conjunto del sector del transporte marítimo, aunque la influencia y poder sobre la gestión la mantenían de forma predominante los aseguradores.

Desarrollaron una red territorial de inspectores y se estableció un sistema de inspección regular de los buques, pero su principal objetivo seguía siendo elaborar un registro catalogando a los buques.

De su inicial actividad básica de clasificación, estas Sociedades pasaron a la certificación de forma gradual, pues a los armadores no les bastaba con asignar una clase y exigían un sistema que fuera válido por un plazo razonablemente largo después de que el buque hubiera sido inspeccionado y clasificado.

De esta manera se instauró el sistema de emisión de certificados y las llamadas “*Rules*”, reglas para el mantenimiento de clase, que pasó a convertirse en la actividad fundamental de las Sociedades de Clasificación.

3. LA ACTIVIDAD DE CLASIFICACIÓN

Clasificar buques, significa asignar a un buque una clase dentro del registro de buques de cada sociedad, tras efectuar las inspecciones y reconocimientos que les permitan asegurar que el buque está diseñado, construido, equipado y mantenido de acuerdo con sus propias “Reglas”. El *Certificado de Clasificación* acredita la condición del buque y es el comprobante de su estado y de su mantenimiento, documento que habitualmente requiere el sector en sus relaciones comerciales.

Ese certificado y mediante unas imágenes, marcas y codificación propia de cada sociedad⁵, se especifican las “*cotas*” y “*Notaciones*” que describen la clasificación del buque: en el caso de *Lloyd’s Register of Shipping* todos los buques clasificados figuran con los símbolos:

⁵ La IACS trabaja en la adopción de una simbología común que evite las confusiones. En la actualidad cada sociedad conserva sus propias marcas y distintivos.

EJEMPLO DE MARCAS Y NOTACIONES PARA UN BUQUE CLASIFICADO POR LLOYD'S REGISTER OF SHIPPING		
Buque	Dragon of the Seas	Buque petrolero
Class status	LR Classed	Clasificado por Lloyd's Register
Classification	+100A1	+ o la cruz de Malta: El buque ha sido construido bajo la supervisión de una sociedad de clasificación; 100: el casco de acero puede durar cien años navegando; A1: el casco, la maquinaria, los sistemas y el equipo cumplen los requisitos de las reglas de Lloyd's Register of Shipping
Survey types	SS 06/12	
Hull notation	Double Hull oil tanker	Buque tanque de doble casco
	ESP	Enhanced survey program, programa de inspección reforzado
	SPM	Single point mooring, se asigna a buques provistos de sistema de amarre por un único punto de amarre
	*IWS	In-water survey, inspección a flote cuando el reglamento de Lloyd's Register lo admite
	LI	Los instrumentos de carga se han instalado como requisitos de clasificación
Ship right	SDA	Evaluación de diseño estructural. Los cálculos directos se han aplicado de conformidad con los procedimientos Ship right
Ship right	FDA	Evaluación de diseño de fatiga. Los comportamientos de fatiga de la estructura del casco se han evaluado según los procedimientos Ship right
Ship right	CM	Supervisión de construcción. Notación complementaria cuando se han aplicado y verificado los controles en las tolerancias de construcción que se detallan en los procedimientos Ship right
Machinery Notation	+LMC	Maquina principal y auxiliares construidos, instalados y probados bajo inspección que cumplen las reglas de Lloyd's Register of Shipping
	UMS	Unattended machinery space, máquina desatendida
	IGS	Inerting gas system, sistema de gas inerte

4. INSPECCIONES

Una vez el buque operativo, para mantener la clase, el armador está obligado a someter el buque a un programa claramente establecido de inspecciones periódicas, llevadas a cabo a bordo del barco por inspectores de la *Class*, para verificar que el buque continúa cumpliendo las condiciones establecidas en las Reglas⁶.

Estas se programan sobre un ciclo de cinco años, con inspecciones *Anuales*, inspecciones *Intermedias* y la inspección *Especial o de renovación de clase* que se realiza a al final de dicho periodo de 5 años.

Cada tipo de inspección tiene un alcance y cobertura determinada y en general son más profundas y rigurosas al envejecer el buque.

La preponderancia de los intereses de los armadores en la expedición de los Certificados por las Sociedades de Clasificación generó en los años sesenta del siglo pasado una fuerte desconfianza por parte de las mutuas aseguradoras P&I (*Protection & Indemnity insurance*) que crearon sus propios sistemas de verificación e inspección conocidas en el sector como inspecciones “*full condition survey*”, en las que se tienen cuenta no sólo el estado del buque sino que incluyen también el factor humano, como la titulación de la tripulación y los sistemas de prevención de accidentes instalados.

En el mismo sentido, la *Unión de Aseguradores Marítimos (IUMI)* criticó abiertamente a las Sociedades de Clasificación por su excesiva dependencia de los armadores con el consiguiente conflicto de intereses que podía redundar en un menor nivel de exigencia en el mantenimiento de los buques.

Estas críticas forzaron a las Sociedades de Clasificación a crear en 1968 la *Asociación Internacional de Sociedades de Clasificación (IACS)* con el fin de recuperar un dialogo constructivo con las aseguradoras ofreciendo una progresiva uniformidad de reglas y para representar sus intereses ante organizaciones como la OMI, en la que mantiene el estatus de órgano consultivo. Al mismo tiempo se han dotado de unos estándares técnicos comunes para todos sus miembros:

Reglas Estructurales Comunes (*Common Structural Rules*),
 Requisitos Unificados (*Unified Requirements*),
 Requisitos Procedimentales (*Procedural Requirements*),
 Interpretaciones Unificadas (*Unified Interpretations*),
 Recomendaciones y Guías (*Recommendations and Guidelines*),

6 Ver Reyero, J. A., en *Las Sociedades de Clasificación*, ed. Gobierno Vasco Vitoria 2010; págs... 135 y ss.

Además dispone de un libro verde (*Green book*) y un libro azul (*Blue book*), sobre los procedimientos y criterios de IACS, para sus miembros y para los no miembros⁷.

Las principales sociedades de clasificación en todo el mundo son miembros de la IACS. En el año 2017 está formada por 12 miembros: *American Bureau of Shipping (ABS)*; *Bureau Veritas (BV)*; *China Classification Society (CCS)*; *Croatian Register of Shipping (CRS)*; *Det Norske Veritas Germanischer Lloyd (DNV GL)*; *Indian Register of Shipping (IRS)*; *Korean Register of Shipping (KR)*; *Lloyd 's Register (LR)*; *Nippon Kaiji Kyokai (NK/ClassNK)*; *Polish Register of Shipping (PRS)*; *Registro Italiano Navale (RINA)*; *Russian Maritime Register of Shipping (RS)*⁸.

Los desafíos que enfrentan a la IACS, como se expone en su documento *IACS Objectives and Strategy (2017-2022)*⁹, son los que se abordan en el plan estratégico de la OMI para la industria marítima, que incluye entre otras cuestiones: la globalización, la seguridad marítima y la seguridad, la conciencia ambiental y la eficiencia del buque, la innovación y las nuevas tecnologías, cambiando el énfasis en las personas, promoviendo la cultura de la seguridad. Estos desafíos se ven por la IACS como oportunidades a fin de promover y mejorar aún más el papel de la clase y sus funciones en el mundo marítimo. Hoy en día se puede afirmar que las sociedades de clasificación son una de las claves de bóveda de la seguridad marítima, quizá la más relevante y crítica.

5. LAS NORMAS BASADAS EN OBJETIVOS (GBS): NUEVAS FUNCIONES PARA LAS SOCIEDADES DE CLASIFICACION

La noción de “*normas basadas en objetivos*” se introdujo en la OMI en la 89ª reunión del Consejo en noviembre de 2002 a través de una propuesta de dos Estados miembros, Bahamas y Grecia (C 89/12/1), lo que sugiere que la OMI busca desempeñar un papel más activo en la determinación de las normas sobre los nuevos buques que se construyen, tradicionalmente una responsabilidad atribuida a las sociedades de clasificación y astilleros.

El planteamiento conceptual es que la OMI debe desarrollar estándares iniciales de construcción de buques que permitan diseños innovadores, pero al mismo tiempo garanticen que los buques que se construyen de tal mane-

7 <http://www.iacs.org.uk/publications/>

8 <http://www.iacs.org.uk/about/members/>

9 <http://www.iacs.org.uk/media/4524/iacs-objectives-and-strategy-2017-2022.pdf>

ra que, si se mantienen adecuadamente, puedan permanecer activos durante toda su vida económica (25 años).

Las “*normas orientadas a objetivos*” no especifican la manera de conseguir el cumplimiento sino que establecen unos objetivos que permiten vías alternativas para su cumplimiento. La normativa preceptiva tiene inconvenientes suficientemente conocidos¹⁰. A los obligados en su en su aplicación sólo se les exige que cumplan las obligaciones legales para que se exoneren de su responsabilidad jurídica. Si posteriormente se demuestra que estas acciones son insuficientes para evitar un accidente, los responsables serían las normas y quienes las establecieron, y no quienes las cumplen.

Durante dos años, el asunto fue discutido ampliamente en el Comité de Seguridad Marítima (MSC), el Consejo y, finalmente, la Asamblea de la OMI que, en su vigésimo tercer período de sesiones en 2003, incluyó el tema “*nueva normas de construcción de naves basadas en objetivos*” en el plan estratégico (A. 944 (23)) y el plan de trabajo a largo plazo (A. 943 (23)) de la Organización.

Verificación de la conformidad

La verificación de la conformidad de las normas de construcción de buques de las organizaciones reconocidas individuales y / o administraciones marítimas nacionales con el GBS se llevará a cabo por los equipos de auditoría de GBS internacional establecidos por el Secretario General de la OMI, de conformidad con las Directrices de verificación. Estas Directrices prevén que las organizaciones reconocidas y / o administraciones marítimas nacionales que presenten solicitudes para la verificación de sus normas de construcción de buques al Secretario General, quien remitirá estas solicitudes a los equipos de auditoría que deban establecerse para la verificación de la información presentada a través de una revisión independiente

Resulta evidente que en este nuevo planteamiento de “*normas basadas en objetivos*”, el papel y funciones de las sociedades de clasificación resulta extraordinariamente importante y unas nuevas funciones que incrementan su ya extraordinario papel en la seguridad marítima.

¹⁰ Ver Hoppe H. (OMI) en *Normas basadas en objetivos (GBS – Goal-Based Standards): un nuevo enfoque en la regulación internacional de la construcción de buques*. Boletín Informativo de ANAVE nº 460 - Marzo 2007. Traducción ANAVE.

6. LOS PRECEDENTES JUDICIALES: LOS CASOS “ERIKA” Y “PRESTIGE”

La responsabilidad y funciones de las Sociedades de Clasificación han sido examinadas a la luz de dos de los siniestros más importantes de la historia: el caso *Erika* (1999) y el caso *Prestige* (2002) y han sido un factor determinante en las nuevas exigencias de rigor y responsabilidad a las empresas clasificadoras, incorporadas en el derecho comunitario (Paquetes legales ERIKA I, II y III) que posteriormente comentaremos.

6.1. El Caso *Erika*

El *Erika* fue un petrolero, con bandera de conveniencia maltesa construido en Japón en 1975 y propiedad de la empresa Tevere Shipping y gestionado por Panship Management and Services Srl. En el momento del incidente estaba fletado por TTC (Total Transport Corporation). En diciembre de 1999 se encontraba transportando de Dunkerque a Livorno (Italia) 30.000 toneladas de fuel pesado adquirido por la compañía eléctrica italiana ENEL a Total Bermuda, que a su vez se lo había comprado a Total-Fina-Elf. En plena travesía del Cantábrico y con una mar de fuerza 8 a 10, el barco (que tenía todos los permisos en regla) se partió en dos debido a un defecto estructural y al desgaste normal en un barco de su edad (25 años), provocando una catástrofe ecológica en forma de marea negra sobre las costas de Bretaña.

En enero de 2007 el tribunal de París dictó sentencia condenando a Total, al armador, al gestor del petrolero, y a la sociedad italiana de clasificación RINA a pagar colectivamente 192 millones de euros en indemnizaciones a las víctimas de la marea negra.

En la última sentencia de 25 de septiembre 2012, el Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) ha confirmado en gran parte las decisiones del Tribunal de Apelación. No obstante, en relación con RINA, el Tribunal de Casación decidió que el Tribunal de Apelación se había equivocado al declarar que una sociedad de clasificación no podía beneficiarse de las disposiciones contenidas en el artículo III.4 del Convenio de Responsabilidad Civil de 1992 (CLC). El Tribunal decidió, sin embargo, que los daños habían sido consecuencia de la temeridad de RINA, por lo que esta no podía acogerse a la protección y limitaciones de responsabilidad otorgadas por el CLC de 1992.

6.2. El Caso *Prestige*

El petrolero *Prestige* fue un buque monocasco liberiano, operado bajo bandera de las Bahamas, que el 19 de noviembre de 2002 se hundió frente a las costas españolas de Galicia, ocasionando un vertido de crudo que provocó uno de los mayores desastres ecológicos de la historia de España.

El Reino de España interpuso demanda estimada en mil millones de dólares ante el Tribunal de Distrito de Nueva York, contra la clasificadora americana ABS debido al derrame de fuel-oil cargado por el buque *Prestige*, que naufragó cerca de las costas españolas y causó una gran contaminación en las mismas. ABS otorgó al *Prestige* certificado de clase y también certificados estatutarios en nombre de Bahamas, cuya bandera enarbolaba el *Prestige*. Cabe destacar que el *Prestige* poseía un fallo estructural, causa que fue decisiva en su naufragio. La demanda no fue admitida, dado que el tribunal consideró que, al no ser Estados Unidos parte del Convenio CLC 92, los tribunales norteamericanos no tenían competencia para conocer del asunto.

La apelación fue igualmente rechazada por las siguientes razones: 1^a) el actor debía, a los efectos de poder iniciar un procedimiento judicial, demostrar suficientemente que ABS actuó con negligencia grave o temeridad. 2^a) Para acreditar la temeridad por parte de ABS, el Reino de España debía demostrar que la clasificadora ignoró un “*riesgo injustificadamente alto de daño por sus acciones, el cual era obvio y por lo tanto debería haber sido conocido por esta*”.

En agosto de 2012, el Tribunal de Apelación de Nueva York dictó su sentencia respecto de la acción judicial incoada por España contra la sociedad de clasificación del *Prestige*, American Bureau of Shipping (ABS). En su sentencia, el Tribunal sostuvo que el Estado español no había establecido que ABS hubiera actuado de forma temeraria y, en consecuencia, rechazó la reclamación de España.

7. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ACTIVIDADES DE CLASIFICACIÓN E INSPECCIÓN (*ORGANIZACIONES RECONOCIDAS Y ORGANIZACIONES AUTORIZADAS*). DIRECTIVA 2009/15. REAL DECRETO 877/2011.

Dentro del Paquete legal ERIKA III y con la finalidad de incidir en el ámbito normativo que regula la inspección de buques se encuentra la Directiva

2009/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, *sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas*.

El régimen vigente, en nuestro derecho, se encuentra en el Real Decreto 877/2011, de 24 de junio, *sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima*, que traspone la Directiva 2009/15.

La Directiva 2009/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, enmienda y refunde el contenido de la anterior Directiva 2001/105/CE que modificaba profundamente la Directiva inicial, 94/57/CE del Consejo, de 22 de noviembre de 1994, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y peritaje de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas

La incorporación al derecho interno de la Directiva 2001/105/CE estaba recogida en el Real Decreto 90/2003, de 24 de enero, sobre reglas y estándares comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de la Administración marítima, por lo que se hace preciso derogar esta norma al objeto de trasponer la nueva Directiva 2009/15.

La entrada en vigor de la Directiva 2009/15/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas, y del Reglamento (CE) n.º 391/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques, han producido cambios en la regulación de las organizaciones de inspección, lo que hace necesario la adaptación del derecho español. El régimen jurídico de estas organizaciones ha quedado regulado en dos normas comunitarias, el Reglamento (CE) no 391/2009, de aplicación directa y una directiva que se transpone en este real decreto. El mismo además nos proporciona una definición de las mismas (artº.2):

g) Organización reconocida: “organización reconocida de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 391/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimientos de buques”.

h) Organización autorizada: “una organización reconocida a la que el Ministerio de Fomento haya habilitado para realizar las inspecciones y reconocimientos previstos en este real decreto”.

También el RD contempla tres nuevos supuestos los casos en que una organización reconocida pueda actuar en nombre de la Administración marítima española, regulados en el artículo 39.1 del Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de inspección y certificación de buques civiles, lo que redundará en una disminución de los tiempos de espera para la obtención de los certificados obligatorios por parte de los agentes intervinientes en la industria marítima.

8. EL CONTRATO DE CLASIFICACIÓN Y EL TRATAMIENTO DE LAS RESPONSABILIDADES

8.1. Contrato de Clasificación:

El artículo 106.1 de la Ley de Navegación Marítima, en vigor desde el día 24 de septiembre de 2014, define el contrato de clasificación, en los siguientes términos “*la sociedad de clasificación certifica que un buque o cualquiera de sus partes o pertenencias cumple con lo establecido en las correspondientes reglas de clase*”.

Dicha definición tiene un carácter descriptivo clásico con las actividades y funciones de dichas sociedades. La responsabilidad de las Sociedades de Clasificación ha tenido un tratamiento muy escaso en nuestro derecho, podemos decir testimonial. El caso más relevante es la STS de 20 marzo de 2013, de las que destacamos sus aspectos más relevantes.

El alto tribunal se pronuncia sobre las funciones de las clasificadoras, en su FD III, en un sentido muy descriptivo de su actividad y funciones: inspección y certificación:

“la misma entidad demandada (Sociedad de Clasificación) admite que tenía encomendada la clasificación del buque, siguiéndose el procedimiento de vigilancia especial, asumiendo la sociedad clasificadora las siguientes funciones: -proceder al examen de los plazos cuya lista figura en el Reglamento propio de la entidad. -Inspeccionar en fábrica los materiales y equipos utilizados para la construcción del buque e indicados en el Reglamento. -Seguir la construcción del buque para asegurarse de que los escantillones y la construcción son conformes a los planos aprobados y al Reglamento. -Seguir las pruebas y ensayos previstos en el Reglamento. -Asimismo, y en relación al control de las hélices,

expresamente expone que su actuación consiste en: -La aprobación de los planos, en los que deben indicarse la naturaleza y características del material utilizado. -El material debe satisfacer las prescripciones aplicables del volumen de materiales del Reglamento. -Los controles exigidos son: verificación de las características mecánicas, examen visual y control por líquidos penetrantes sobre la cara en presión de las palas, extendiéndose este control desde la base hasta una distancia de 0'4R. - Examen de la hélice una vez finalizada comprobándose que sus características se corresponden con el plano aprobado."

Para finalizar afirmando la responsabilidad de la Sociedad Clasificadora:

"Debe concluirse que la recurrente (Clasificadora) incumplió la obligación asumida que no era otra que la vigilancia especial durante todo el proceso de fabricación y construcción con inspección de los materiales empleados para que cumplieran no sólo las características señaladas en los planos, sino las especificaciones técnicas recogidas en su propio Reglamento".

Pronunciándose expresamente sobre el alcance y valor de la "Certificación":

"La sentencia a quo reconoce que no corresponde a la "clasificadora "hacer el control de calidad de los materiales utilizados, pero certificó en este sentido y otorgó la máxima clasificación al buque inspeccionado, por lo que garantizaba con ello la sujeción de los materiales empleados a lo contenido en su Reglamento en cuanto a especificaciones".

8.2. Régimen de responsabilidad de las Sociedades de Clasificación:

¿Cuál es el régimen de responsabilidad de las sociedades de clasificación?

El citado artículo 106 LNM dedica el párrafo 2º) a la responsabilidad contractual y el párrafo 3º) a la responsabilidad extracontractual :

8.2.a) Responsabilidad contractual

Art.106.2 LNM: "Las sociedades de clasificación responderán de los daños y perjuicios que se causen a quienes contraten con ellas y que sean consecuencia de la falta de diligencia de aquéllas en la inspección del buque y en la emisión del certificado.

Desde la perspectiva contractual el planteamiento es simple: la sociedad de clasificación será responsable de los daños y perjuicios causados por la

negligencia en la inspección o en la emisión de los certificados conforme al régimen de culpa acreditada (como puede verse en la sentencia comentada del TS de 20 de marzo de 2013).

Conviene tener muy presente que tanto el contrato de *Germanisher Lloyd* (GL) como el de *Lloyds Register of Shipping* (LR), se someten al derecho inglés en sus respectivos contratos de clasificación. Los mismos son sumamente restrictivos en el tratamiento de cualquier responsabilidad, especialmente LR¹¹.

8.2.b) Responsabilidad extracontractual

Art.106.3 LNM: “La responsabilidad de las sociedades de clasificación frente a terceros se determinará con arreglo al Derecho común, sin perjuicio de la normativa internacional y comunitaria que sea de aplicación.”

Extracontractualmente, responderá frente a terceros conforme a las normas de la culpa aquiliana establecidas en el ordenamiento jurídico común –arts. 1.902 y siguientes del Código Civil. El mayor problema que se plantea desde el tratamiento de la responsabilidad extracontractual es la delimitación del concepto de “tercero” esto es la determinación de los sujetos legitimados para reclamar por esta vía una indemnización por los daños ocasionados por los certificados de clase incorrectos, erróneos o inexactos. La respuesta a la cuestión depende de la vinculación y estatus que atribuyamos a las mismas su vocación íntimamente ligada al control de la seguridad marítima y su carácter público o semipúblico en muchos supuestos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que incluso los jueces anglosajones que rechazan mayoritariamente el establecimiento de la responsabilidad extracontractual de las sociedades de clasificación, no desconocen ese papel y función institucional¹².

Puede considerarse tercero legitimado para el ejercicio de la acción de res-

11 En el Contrato de GL, ver *Liability* (I) y (J) *Jurisdiction -Governing Law*; se someten a arbitraje en Londres y sujeto al derecho inglés. En el caso de LR, *Block Fee Contract* (2013), Ver Cl.^a 10.1: sumisión a los tribunales ingleses y derecho inglés. Sobre la responsabilidad, Ver 4) *Liability* y tras un principio general de negación de cualquier responsabilidad, la misma en cualquier caso queda limitada al valor económico de los *fees* (honorarios) por los servicios prestados.

12 En sentido contrario a admitir la responsabilidad extracontractual, ver en el derecho americano: “*The Sundancer*” 1992.AMC 2946; en el derecho inglés “*The Nicolas H: Marc Rich. Co. Vs. Bishop rock marine co, Ltd et altri*” ;LLR (1995),Vol. 2, pág. 299.

ponsabilidad aquiliana a toda persona que, teniendo un interés legítimo vinculado a la información proporcionada por la sociedad, la emplea de forma razonablemente de acuerdo con las prácticas habituales del tráfico marítimo, siempre que sea capaz de acreditar el vínculo causal entre el comportamiento dañoso de la sociedad y perjuicio sufrido¹³. En este concepto podemos incluir sin duda a los fletadores, los aseguradores de cascos y mercancías; los cargadores y/o embarcadores y los compradores de buques y embarcaciones.

8.2. c) Responsabilidad administrativa

Desde la perspectiva comunitaria y administrativa la Directiva 2009/15 y especialmente el Real Decreto 877/2011, en su artículo 8, plantea el tratamiento de las “autorizadas” y la obligación de indemnización a favor de la Administración. Para las Organizaciones “reconocidas” ver la Directiva en igual sentido (artº.5).

“Artículo 8.

Responsabilidad de las organizaciones autorizadas.

1. Cuando un tribunal declare, por sentencia firme, o cuando se determine como solución de un litigio en el marco de un procedimiento arbitral, que la Administración marítima es responsable de un accidente y que debe indemnizar a los perjudicados por los daños materiales, daños físicos o fallecimiento y resulte probado que tales daños están causados por una acción u omisión dolosa o por negligencia grave imputable a la organización autorizada, sus servicios, su personal, sus agentes u otras personas que actúen en nombre de la misma, la Administración tendrá derecho a recibir una indemnización de la organización autorizada, en la medida en que dichos daños materiales, daños físicos o fallecimiento hayan sido causados, a criterio del tribunal o del órgano arbitral, por la citada organización”.

Todo ello sin perjuicio de la revocación de licencias o autorizaciones o del régimen sancionador previsto en la Directiva 2009/15 y en Real Decreto 877/2011.

8.3. Conclusiones

¹³ Ver Pulido Begines J.L. en *Las sociedades de clasificación en la nueva LNM: ¿Quiénes son los terceros legitimados para reclamar contra la sociedad una indemnización por los daños ocasionados por un certificado de clase erróneo?*. Disponible en: <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=142>

La importancia y los nuevos roles atribuidos a las Sociedades de Clasificación (especialmente las *normas basadas en objetivos GBS*), rebasan las clásicas funciones del tráfico mercantil y los intereses en juego para el transporte marítimo en el que nacieron y se desarrollaron dichas entidades. La dimensión pública de sus funciones es tan evidente, y de tanta importancia para la seguridad marítima: estados y organismos internacionales confían en ellas, que lógicamente cabe esperar que su marco jurídico, ya exigente en el momento actual, se vea todavía incrementado con los nuevos roles y funciones que van a desempeñar. El tratamiento público de la actividad de clasificación, debería llevar a un tratamiento más equilibrado en sus relaciones contractuales con sus clientes: los navieros. No resultan aceptables en relación al tratamiento de la responsabilidad en el momento actual, un marco contractual tan laxo y tan desigual para las partes como el de la mayoría de las Sociedades de IACS, aunque resulten significativas las pequeñas diferencias entre unas y otras.

EL SEGURO DE CASCO Y MAQUINA

Carlos Cerdá Donat
Diego de San Simón Palacios
Abogados

Resumen: El seguro de buque, más conocido como seguro de casco y máquina, ha venido en la práctica incorporando a sus pólizas los modelos y cláusulas más comunes del mercado asegurador inglés. Como no podía ser de otra manera, la Ley de Navegación Marítima ha venido a regular este seguro de grandes riesgos siguiendo tales modelos y cláusulas, pero ajustando e integrando este a conceptos más propios del ordenamiento jurídico español. Los autores del presente artículo se proponen realizar un análisis de la nueva regulación que en materia de seguro dispone la Ley de Navegación Marítima para ponerla en comparación con estos modelos y cláusulas de tipo anglosajón.

Palabras clave: seguro de buque, grandes riesgos, casco y máquina, riesgos de la navegación, seguro de daños, disposiciones especiales.

Abstract: The ship insurance, better known as hull & machinery insurance, has in the practice incorporated into its policies the most common models and clauses of the English insurance market. As it could not be otherwise, the Maritime Navigation Act has come to regulate this kind of large risks insurance following such models and clauses, but adjusting and integrating this to more proper concepts of the Spanish legal system. The authors of this article intend to carry out an analysis of the new regulation provided by the Maritime Navigation Act in order to compare it with these Anglo-Saxon models and clauses.

Keywords: ship insurance, large risks, hull & machinery, risks of navigation, damage insurance, special provisions.

I. RÉGIMEN JURÍDICO Y CONCEPTO.

En materia del contrato de seguro marítimo, la LNM ha venido a sustituir el régimen del Código de Comercio, siendo conceptualizado como un seguro de grandes riesgos por lo que este seguro quedaba fuera de la regulación de la LCS, siendo su aplicación supletoria. En la práctica se han seguido, los modelos de pólizas y cláusulas de tipo anglosajón, pero bajo moldes conceptuales más propios de nuestra tradición jurídica.

Tal y como dice la exposición de motivos de la LNM “*La significación preferentemente dispositiva de sus normas, exigida por el Derecho de la Unión Europea sobre Seguros de Grandes Riesgos, obedece a la equiparable po-*

sición de fuerza que disfrutaban ambas partes contratantes”, por lo tanto, sigue ciertamente la tradición del contrato de seguro entre empresarios, con la excepción de las embarcaciones de recreo de esta regla. En cuanto a su ámbito de aplicación, se cubren los daños propios de la navegación marítima, por lo que es un seguro de daños. Se establece la presunción que el contrato lo concluye el que resulte ser titular del interés asegurado. Se tiene también como estimado el valor asegurado que figura en la póliza. Por otro lado, la validez del seguro múltiple no depende de que venga concertado por un mismo tomador y en relación al coaseguro la ley establece de forma clara la plena legitimación procesal del cabezalero o abridor de la póliza para actuar activa o pasivamente por cuenta de todos los coaseguradores.

El contrato de seguro de casco y máquina pertenece a la variedad de seguros contra daños, si bien se discute que ello sea estrictamente cierto puesto que, de entre las coberturas aseguradoras se añaden dos típicas del seguro de responsabilidad civil como son los daños por abordaje y la contribución a la avería gruesa o salvamento. La especialidad de este seguro, la encontramos en los riesgos específicos a los que hace referencia su cobertura. Es una de las modalidades de seguro marítimo, concretamente, el que asegura el buque y sus pertenencias contra los riesgos de la navegación marítima, es decir, accidentes que sucedan en el mar, aunque no provengan del mar, denominado tradicionalmente seguro de “casco y máquina” tal y como lo denominan las pólizas españolas, o seguro de casco, influenciado por la expresión inglesa *hull insurance*.

Entre sus características la doctrina viene tradicionalmente destacando:

Es un contrato bilateral y sinalagmático, por cuanto el cumplimiento es recíproco para las partes, por lo que la obligación del asegurador de indemnizar no nace mientras no se le haya pagado la prima (art. 425.2 LNM y art. 15 LCS).

Es un contrato oneroso, ya que en el cumplimiento del contrato recíproco se producen prestaciones patrimoniales para ambas partes, el pago de la prima por el asegurado y la liquidación del siniestro por el asegurador.

Es un contrato aleatorio, puesto que la obligación del asegurador nace de un acontecimiento incierto, lo que distingue entre riesgo y siniestro, el riesgo es una certeza y el siniestro una posibilidad. El riesgo viene dado por la navegación marítima, que podrá acaecer o no, pero si acontece el siniestro, el asegurador deberá indemnizar.

Es un contrato de tracto sucesivo o duradero, a diferencia de las relaciones obligatorias instantáneas o de tracto único¹.

1 Sentencia de AP Madrid de 1 de diciembre de 2009, “(...) hasta que no se produce

Es un contrato de indemnización estricta por la que el asegurador repara el daño sufrido por el asegurado, sin que pueda obtener enriquecimiento con el siniestro, regulando el sobreseguro y el doble seguro (413.1 y 3 LNM), salvo que el valor sea convenido o de póliza estimada, estableciéndose una presunción iuris tantum del valor asegurado que figura en la póliza como estimado y vinculante salvo dolo del asegurado cuando el valor sea notablemente superior al interés (414 LNM).

Es un contrato de buena fe superlativa (*uberrima bona fide*) y de interpretación estricta. Todos los contratos deben celebrarse bajo el principio de la buena fe (art. 1258 CC y art. 57 CdC). En el seguro de casco resulta esencial que el asegurador conozca exactamente en qué situación se encuentra el buque como interés asegurado².

Es un contrato sometido a una pluralidad de riesgos propios de la navegación marítima, en este sentido la LNM especifica qué riesgos son incluidos y qué riesgos son excluidos.

Es un contrato de carácter dispositivo, salvo las disposiciones de carácter imperativo contenidas en la LNM.

Como novedad al régimen tradicional de contrato entre empresarios de la navegación, al introducirse en la LNM el seguro de casco y máquina de las embarcaciones de recreo, solo a éstas deben aplicarse las normas relativas a los contratos de adhesión, protegiendo a la parte más débil, y ello además del art. 1288 del CC, sobre la interpretación de las cláusulas oscuras.

En la actualidad, el seguro de casco se regula en la LNM, en el Título VIII, del contrato de seguro marítimo, artículos 406 a 467, que se divide en tres capítulos, uno de disposiciones generales que son comunes a todos los seguros marítimos y dos especiales dedicadas a las clases de seguros marítimos, en concreto la sección primera del Capítulo III, está dedicada al seguro de buques en sus artículos 439 al 452. Por lo tanto, la LNM de un lado, regula unas disposiciones comunes del seguro de buques como seguro marítimo, y de otro lado figuran las disposiciones típicas y diferenciadas del seguro de buque.

El artículo 406.1 párrafo segundo establece “*En lo no previsto en esta ley, será de aplicación la Ley de Contrato de Seguro*”, que junto con el artículo 407.1 que dice “*Salvo que expresamente se disponga de otra forma, las par-*

el pago de la prima no comienzan los efectos materiales del contrato de seguro para el asegurador, en el sentido de que no se inicia su cobertura del riesgo asegurado”.

² Ver artículos 423 declaración del riesgo y 424 efectos de la inexactitud, ambos de la LNM.

tes del contrato podrán pactar libremente las condiciones de cobertura que juzguen apropiadas.”

Por lo tanto, el régimen jurídico será la autonomía de la voluntad reflejada en el contrato para el establecimiento de las condiciones de cobertura, en el resto será de aplicación la LNM, y en lo no previsto la LCS.

El contrato de seguro de buque se puede definir como un contrato por el cual, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado a cambio de una prima dentro de los límites convenidos, los daños patrimoniales que sufra el buque y sus pertenencias con ocasión de la navegación marítima. Por su carácter de seguro de daños, su objeto es restituir al buque a su indemnidad física³, se considera que el buque navega por un medio que se considera peligroso y que queda expuesto a los “peligros del mar” y, por lo tanto, ante la probabilidad de que exista tal clase de riesgos, el dueño del buque tiene interés en que tales riesgos queden suficientemente asegurados. Esto nos lleva a que lo que se protege es el interés asegurado. Este interés asegurable se asume con independencia de su mayor o menor aleatoriedad, en el que el punto definitivo se situará en la “*privacy*” del asegurado.

Hay que contemplar además de la navegación marítima al buque durante su construcción, en referencia al interés del constructor o del comprador, según corresponda, durante la construcción del casco y su maquinaria y pertrechos.

3 La sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 15 de septiembre de 2015 expone que “con anterioridad a la vigencia de la *Ley General de Navegación Marítima (ley 14/2014 de 24 de julio)* es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (cfr. SSTS 22 de abril de 1991 y las de 29 de junio y 23 de julio de 1998) la de que el contrato de seguro por riesgos marítimos se rige por los arts. 737 a 805 del Código de Comercio, tal como establece, además, el artículo 2 de la LCS (EDL 1980/4219), de forma que el principio de la autonomía de la voluntad aparece como la principal fuente de las obligaciones de las partes, en línea con lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil y en el art. 758 del Código de Comercio. Es sabido que esta doctrina es matizada en otras resoluciones, pero manteniéndose como criterio interpretativo general el de que la LCS operará siempre en defecto de pacto, como regulación subsidiaria (STS 2.12.1997, entre otras), en buena medida con base en la experiencia general de que, en nuestros días, la igualdad que se suponía a las partes del contrato (en ocasiones, incluso, invertida ante el potencial de las empresas marítimas) se ha alterado notablemente, salvo excepciones, recuperando las aseguradoras el papel de parte más fuerte de la relación jurídica, frente al empresario asegurado. Este criterio se recoge ahora de forma expresa en el art. 406,1 del nuevo texto legal.”, añadiendo que “la principal fuente del contrato de seguro viene constituida por el clausulado contractual previsto en la póliza”.

También la entrada del buque al astillero para efectuar reparaciones nos sitúa ante una suspensión necesaria de los riesgos de navegación, pero no es menos cierto que el taller o astillero tendrán una responsabilidad frente a terceros por los eventuales daños que el astillero pueda causar al buque. Ello se contempla en las pólizas de seguro de constructores y de reparadores de buque y sin perjuicio de no olvidar que aún cuando el buque no pueda ser objeto de daños por los riesgos del mar, si puede ser dañado por los riesgos en puerto y puede generar daños a terceros.

El buque además es susceptible de causar daños a terceros por su explotación, por lo que determinadas personas tales como sus propietarios, tripulantes y operadores, pueden tomar decisiones, actuar negligentemente y generar daños a las personas, dentro o fuera del buque, a las cosas transportadas y a los bienes propiedad de terceros.

Se trata de la responsabilidad del armador u operador de un buque que constituye un claro interés asegurable. Estaríamos hablando no tanto del buque sino de los riesgos de daños a terceros, colisiones, hundimientos, contaminación, daños a infraestructuras portuarias..., que generan las responsabilidades de los grandes siniestros marítimos.

La LNM entiende como el seguro del buque, el de éstos, las embarcaciones de recreo y los artefactos navales. Entendemos que las plataformas fijas deben quedar fuera del seguro de buque ya que no participan de su elemento esencial, su capacidad de navegar y transportar.

En resumen, el seguro de buques es un seguro marítimo en el que el interés asegurado, es una cosa mueble que navega por un medio acuático y susceptible de sufrir daños.

El buque además está compuesto de partes constitutivas, pertenencias y accesorios, se integra de cosas susceptibles de individualización y separación, es posible asegurar separadamente el casco, el aparejo, máquina, víveres, combustibles y demás accesorios que constituyen el armamento.

La LNM sigue por razones prácticas, los modelos de pólizas y cláusulas de tipo anglosajón, pero bajo moldes conceptuales más propios de nuestra tradición jurídica.

La significación preferentemente dispositiva de sus normas, exigida por el Derecho de la Unión Europea sobre Seguros de Grandes Riesgos, obedece a la equiparable posición de fuerza que disfrutaban ambas partes contratantes. En cuanto a su ámbito de aplicación, este seguro cubre los daños propios de la navegación marítima, presumiéndose concluido siempre el contrato por

quien resulte ser titular del interés y, en los seguros de cascos, se tiene también como estimado el valor asegurado que figura en la póliza. Por otro lado, la validez del seguro múltiple no depende de que venga concertado por un mismo tomador y en relación con el coaseguro la ley establece de forma clara la plena legitimación procesal del cabezalero o abridor de la póliza para actuar activa o pasivamente por cuenta de todos los coaseguradores.

Los riesgos asegurados se delimitan por vía de pacto. Salvo acuerdo en contrario no cubren los extraordinarios (bélicos y asimilables), tampoco el vicio propio, el desgaste natural (con alguna particularidad para el seguro de buques) y la culpa grave del asegurado (el dolo nunca queda cubierto y, a estos efectos, la culpa grave del asegurado incluye la de los dependientes en tierra, a quienes incumbe el mantenimiento del objeto asegurado). Tienen reglas propias los contratos de seguro celebrados sobre buenas o malas noticias, así como los contratados con posterioridad a la terminación del riesgo o producido ya el siniestro, haciendo depender la ley su validez del estado subjetivo de conocimiento que de todo ello tengan las partes.

II. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

1. Elementos personales.

El asegurador es quien asume a cambio de un precio (prima) el riesgo de tener que subvenir las consecuencias patrimoniales negativas de un determinado evento (siniestro) sobre intereses ajenos.

El coasegurador, según el art.414 LNM⁴ el elemento diferenciador del coaseguro será el reparto de cuotas entre más de un asegurador determinadas previamente sobre un mismo interés asegurado.

El reasegurador, nada se dice de él en la LNM por lo que habrá que estar a su regulación en la LCS, quedando definido en el artículo 77 de la LCS⁵, y

4 Artículo 416.1 LNM: “Cuando mediante uno o varios contratos de seguro, referentes al mismo interés, riesgo y tiempo, se produce un reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores, previo acuerdo entre ellos y el tomador, cada asegurador está obligado al pago de la indemnización solamente en proporción a la cuota respectiva.”

5 Artículo 77 LCS: “(...) el reasegurador se obliga a reparar, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, la deuda que nace en el patrimonio del reasegurado a consecuencia de la obligación por éste asumida como asegurador en un contrato de seguro” y “El pacto de reaseguro interno, efectuado entre el asegurador directo y otros aseguradores, no afectará al asegurado”. Artículo 78 LCS: “El asegurado no podrá exigir directamente del reasegurador indemnización ni prestación alguna”.

el asegurado carece de relación jurídica con él, salvo la excepción prevista de la insolvencia del asegurador. Por ello el asegurado carece de acción directa contra el reasegurador.

El asegurado y el tomador.

Asegurado es el titular del interés según el art 412 de la LNM “*quien resulte titular del interés en el momento del siniestro*”, y en ese preciso momento, no antes.

Tomador es el contratante directo de un contrato de seguro.

Beneficiario del seguro, que es persona distinta del tomador y del asegurado, es la persona a la que la póliza o documento complementario atribuyen el derecho a la indemnización con independencia de que sea o no titular del interés asegurado y con independencia de que haya sufrido o no perjuicio alguno. En el seguro de buques es muy rara la cláusula beneficiario con excepción de los acreedores del asegurado o con algún derecho de garantía.

Los dos supuestos que nos encontramos son los llamados acreedores con garantía real. A estos acreedores el asegurador podrá oponerles las mismas excepciones en cuanto a existencia y cobertura del contrato que hubiera podido oponer al asegurado mismo.

Aunque los titulares de un crédito marítimo privilegiado, puedan parecer acreedores con garantía real en virtud del *ius persecuendi* que tienen sobre el buque, no son beneficiarios del seguro en virtud del crédito marítimo privilegiado que ostentan por disposición del Convenio sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval hecho en Ginebra el 6 de mayo de 1993, puesto que en su artículo 10 se prohíbe la subrogación en los derechos del propietario del buque a la indemnización debida en un contrato de seguro.

La posición del acreedor hipotecario con respecto al seguro del buque, viene regulada en los artículos 135 y 136 de la LNM, que impone al acreedor hipotecario la obligación de comunicar (notificación fehaciente) al asegurador del buque la existencia de la hipoteca, si quiere salvaguardar sus derechos para que el asegurador no pueda pagar cantidad alguna al asegurado como indemnización por la pérdida del buque o averías no reparadas sin su consentimiento expreso.

Se protege además al acreedor hipotecario con la posibilidad que celebre un seguro sobre el buque si se le hubiere excluido de la indemnización operando como límite asegurado el valor del buque y si concurre con un seguro del propietario y hubiere que reducirse, en primer lugar, se reduce el del propietario y luego el del acreedor hipotecario.

La cláusula de acreedor hipotecario, como beneficiario del seguro, mejora la situación del derecho a la indemnización y no sobre la indemnización. Y solo deberá operar en casos de pérdida total del buque, por último, el seguro del interés del acreedor hipotecario sobre el buque queda limitado al valor hipotecario pendiente, quedando el resto de la indemnización a favor del armador.

Puede existir también que se ceda la posición del asegurado mediante pólizas nominativas, a la orden y al portador, que serán válidas mediante la transferencia de la póliza, mediante la cesión de crédito, y el asegurador podrá oponer excepciones derivadas del contrato de seguro y además las excepciones personales que tuviera contra el cedente.

2. Elementos formales.

El elemento formal es la póliza o documento o certificado de seguro (artículo 421 LNM). Establecía el derogado artículo 737 del Código de Comercio, que el contrato de seguro para ser válido debía constar por escrito en póliza firmada por los contratantes. La LNM no ha roto radicalmente con dicho artículo. La LNM ha pretendido dar una mayor agilidad a lo que sucede con la celeridad en la contratación del seguro de buques y establece un juego entre el artículo 407.2 LNM que regula el requisito para su validez, como el de mayor libertad de forma posible, y el artículo 421 LNM, que no elimina dicha necesidad de constar por escrito pues establece la obligación del asegurador *“a entregar la póliza o documento o certificado provisional de cobertura”*, lo que en definitiva está exigiendo es una forma escrita del contrato, pero éste requisito solo es de solemnidad y no de validez, ya que, continúa el 421 LNM diciendo, que antes de estos documentos sean entregados (póliza o certificado) el contrato puede ser probado por cualquier medio que demuestre la aceptación de la cobertura por el asegurador, pensemos en la cobertura en el seguro de buques en la que se efectúen ampliaciones o restricciones, por ejemplo, guerra, se suelen pactar verbalmente, y ése pacto será válido desde que se puede demostrar que se ha aceptado aunque días después se redacte formalmente, pero el acuerdo entra en vigor desde la aceptación de la cobertura que podrá ser probada por cualquier medio que demuestre la aceptación de la cobertura por el asegurador.

Sobre la póliza, en la práctica los modelos de pólizas de buques se componen de unas condiciones generales redactadas en 1934 conocidas como Póliza

Española para el Seguro de Buques a la que se le añaden como condiciones particulares, las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres (ILU) que no dejan de ser unas condiciones generales también redactadas de antemano, incluso en inglés.

En cuanto a la proposición y solicitud de seguro, nada dice la LNM por lo que debemos estar a lo previsto por el art. 6 LCS por el cual la solicitud no vincula al solicitante, pero la proposición si vincula durante quince días al asegurador, pudiendo retrotraer los efectos al momento de la proposición (artículo 6 LCS).

3. Elementos reales

a) *El interés asegurado*

El elemento real no es el buque como objeto del seguro sino el interés asegurado en el mismo como dice el art. 408 LNM⁶, por lo que se distingue entre interés asegurado y objeto del seguro. Así queda reflejado en el artículo 408 de la LNM⁷. El artículo 409 de la LNM nos indica lo que puede ser objeto del seguro marítimo, es decir, “*los intereses en los buques, embarcaciones y artefactos navales, incluso en construcción o desguace*”, al que completamos con el artículo 410 LNM “*El seguro del buque comprende el interés sobre sus partes integrantes, pertenencias y accesorios*”.

El buque es objeto del seguro en cuanto es un interés patrimonial legítimo expuesto a los riesgos de la navegación marítima, en similares términos se manifiesta el derecho inglés en el artículo 5 de la *Marine Insurance Act*⁸. El

6 A este respecto, GIRGADO PERANDONES P.: “Contrato de Seguro Marítimo: Disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 627-650., que indica: “Una de las cuestiones más destacadas en este apartado es la clara y precisa distinción del legislador entre el interés asegurado y el objeto asegurado”.

7 Art. 408 de la LNM: “*Podrán ser objeto de seguro los intereses patrimoniales legítimos, presentes o futuros, expuestos a los riesgos de la navegación marítima. La inexistencia de interés determinará la nulidad del contrato, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 422*”.

8 “(...) *Toda persona interesada en una aventura marítima tiene un interés asegurable*”, “*en particular, una persona se considere interesada en una aventura marítima cuando se encuentra en una relación de derecho o equidad respecto a esa aventura o a cualquier propiedad asegurable en riesgo en ella, a consecuencia de la cual puede bene-*

artículo 412 de la LNM se refiere al titular del interés asegurado en el momento del siniestro, entendemos que ésta es una especialidad que se da en el seguro de buques, cuando sobre el buque recaen contratos de utilización que en un momento dado cambian la titularidad del interés asegurado.

b) *Valor del interés y suma asegurada*

El valor del interés y suma asegurada se regulan en el artículo 413 y ss. de la LNM y se deduce de los mismos la prohibición del enriquecimiento injusto que se expresa en el sobreseguro (art. 413.2 LNM) e infraseguro (art. 431.1 LNM), la póliza estimada (art. 414 LNM) y los seguros múltiples (art. 415 LNM) y coaseguro (art. 416 LNM). La suma asegurada operará siempre como límite máximo.

Con respecto al valor del interés asegurado en el seguro de buques se dedica el artículo 414 LNM, cuyo antecedente está en el artículo 752 del derogado Código de Comercio y 28 de la Ley del Contrato de Seguro al tratarlo como póliza estimada, estableciéndose como presunción *iuris tantum* el valor declarado en la póliza⁹.

Por lo tanto, entendemos este artículo como de carácter imperativo, y el asegurador solo podrá impugnar el valor de la suma asegurada si prueba el dolo del asegurado al convenir el valor del buque o como dice el artículo, es decir, sin dolo, que notablemente el valor sea superior. Lo importante no es que se haya producido un error en el sentido técnico, sino precisamente que, por cualquier causa que no sea la libre voluntad del asegurador, el valor estimado sea al tiempo del siniestro muy superior al real del interés asegurado. Bastará esta diferencia notable para que pueda impugnarse la póliza estimada por error. Para que pueda prosperar la impugnación del asegurador el valor del interés asegurado no debe ser pactado entre las partes y que quien lo evalúe no sea dependiente del asegurador y que la entidad aseguradora pueda tasar y evaluar previamente el valor. En este sentido ver la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 17 de noviembre de 2016 y sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 6 de junio de 2016 entre otras¹⁰.

ficiarse de la salvación o buena llegada de la propiedad asegurada o sufrir un perjuicio por su pérdida, daño o detención, o incurrir en responsabilidad respecto de ella”.

9 Artículo 414 LNM “el valor declarado en la póliza o con posterioridad a la celebración del contrato es un valor estimado vinculante para las partes del contrato, salvo dolo por parte del asegurado o cuando por error sea notablemente superior al valor del interés”.

10 SAP de Baleares de 6 de junio de 2016: “Pero, -como se ha indicado-, no se está ante un seguro de daños, sino marítimo, y la póliza contiene los criterios y la adecuación

de la suma asegurada y la prima al valor del interés, como pacto de inicio y de referencia, pero establece durante la vigencia del contrato, a modo de plena cobertura. Y, ante el seguro marítimo, queda excluida la aplicación del art. 26 de la L.C.S. (EDL 1980/4219), máxime ante la fijación pactada del valor del interés asegurado, que sirve de tasa para el cálculo de la indemnización, en el caso igual al valor estimado del interés (art. 752 del Código de Comercio (EDL 1885/1), y art. 28 de LCS). En el caso, no sólo hay un valor declarado, sino convenido con el asegurador.

Pues bien, cuando el asegurador acepta de forma expresa el valor que en la póliza se ha asignado al interés asegurado, ha querido el legislador extraer, a modo de presunción, la conclusión de que se está ante una póliza estimada. El asegurador no tiene por qué aceptar el valor que al interés asigna unilateralmente el tomador y, por lo tanto, la expresa aceptación del mismo ha de tener algún significado y debe acarrear determinada consecuencia, que no es otra que la dicha de entender que estamos ante una póliza estimada, aunque las partes no hayan empleado esta denominación o no hayan hecho ninguna indicación en tal sentido. Obviamente, no será constitutiva de la aceptación expresa que da lugar a la presunción de estimación de la póliza la simple firma que el asegurador, en cuanto parte contratante, pone al pie de la póliza en la que figura la suma asegurada, sino que habrá de exigirse una clara mención de dicha aceptación, pues así podrá tenerse ésta por expresa.

La consecuencia fundamental de la póliza estimada es que queda fijado el valor del interés asegurado en orden al cálculo de la indemnización. Ya no será necesario proceder a esta determinación en función del valor que tuviera en el momento inmediatamente anterior al siniestro. No podrá discutirse el valor que se precisó en la póliza -o en un momento posterior-, lo que simplificará enormemente la liquidación del siniestro. Queda el asegurado liberado de la prueba del valor de los bienes asegurados, bastándole con la acreditación de la existencia del siniestro y de la destrucción del interés. La razón inmediata de ello no es otra que la de que el asegurador se comprometió a calcular la indemnización partiendo del valor que se quiso de mutuo acuerdo al interés asegurado, o que el tomador asignó y él expresamente aceptó, si se trata del supuesto a que hace referencia el párrafo segundo del art. 28. Ya no será necesario acudir al complejo procedimiento de valoración pericial del art. 38 de la LCS.

Por demás, establece el último párrafo del art. 28 de la Ley de Contrato de Seguro que: “El asegurador únicamente podrá impugnar el valor estimado cuando su aceptación haya sido prestada por violencia, intimidación o dolo, o cuando por error la estimación sea notablemente superior al valor real, correspondiente al momento del acaecimiento del siniestro, fijado pericialmente”.

Resulta que, como consecuencia de la dicción legal, quedan reducidas las posibilidades que tiene el asegurador de impugnar el valor estimado, toda vez que no podrá hacer uso de las causas o motivos genéricos de impugnación de los contratos, al quedar expresamente limitadas aquellas posibilidades por mor de lo que dispone el precepto citado, al utilizar el adverbio “únicamente”.

c) *Seguros múltiples y coaseguro*

En el seguro de buques se puede dar la existencia de seguros múltiples y por lo tanto, la posibilidad que tienen las aseguradoras, que pagan la indemnización a su asegurado de repetir contra la otra aseguradora del mismo riesgo en la proporción a la suma asegurada por cada una de ellas; consiste pues el seguro múltiple en la suscripción por un mismo tomador, de dos o más contratos con distintos aseguradores que cubren los efectos de un mismo riesgo sobre un mismo interés y durante el mismo período de tiempo sin que, por tanto, se produzca un previo reparto de cuotas determinadas entre varios aseguradores. Queda ello regulado en artículo 415 de la LNM con un concepto más preciso que el del artículo 32 LCS.

El coaseguro desempeña un papel relevante en los seguros de buques¹¹ donde el legislador mantiene el criterio de responsabilidad mancomunada en proporción a la cuota que le corresponde, así como la posibilidad de repetir contra el resto de los aseguradores cuando haya abonado una cuota superior a la que le corresponde (art. 416.1párr.2º LNM).

d) *Riesgos incluidos.*

A diferencia del extinto artículo 755 del Código de Comercio que enumeraba cuales eran los riesgos incluidos, la LNM opta por el principio de universalidad del riesgo, con la redacción el artículo 417 LNM titulado como riesgos cubiertos, es decir, está incluido todos los daños que provengan de los riesgos de la navegación, lo que no es un todo riesgo. Ha desaparecido la tradicional lista de riesgos cubiertos.

El seguro de buques sigue el principio de universalidad del riesgo que se refleja en el artículo 417 LNM¹² *“El asegurador indemnizará al asegurado, en los términos fijados en el contrato, por los daños que sufra el interés asegurado como consecuencia de los riesgos de la navegación”*. Y dedica la sección tercera a dicho principio titulándolo *“de los riesgos de la navegación”*, manteniendo ese principio que proviene del derecho continental asumido por

Quiere ello decir que el asegurador tan sólo podrá fundar la impugnación de la estimación en alguna de las causas que expresamente enumera la Ley de Contrato de Seguro.”

11 *Op. Cit. GIRGADO PERANDONES P.:* “Contrato de Seguro Marítimo: Disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo”, págs. 627-650.

12 Artículo 417 LNM: *“El asegurador indemnizará al asegurado, en los términos fijados en el contrato, por los daños que sufra el interés asegurado como consecuencia de los riesgos de la navegación”*.

el derecho anglosajón “*perils of the sea*”, aunque en un sistema u otro no significan lo mismo, siendo mucho más restringido la concepción anglosajona de dicha cláusula, lo que obliga a ser salvada mediante ampliación de riesgos en las pólizas inglesas¹³.

e) *Riesgos excluidos*

A este respecto, al artículo 755 del derogado Código de Comercio, enumeraba catorce riesgos cubiertos permitiendo la exclusión que las partes tuvieran por convenientes. Hoy el artículo 418 de la LNM excluye los siguientes riesgos, que admite pacto en contrario en sentido de aumentarlos o disminuirlos y que son comunes a los seguros marítimos. Para su aseguramiento deben ser objeto de cobertura especial respondiendo al principio de autonomía de la voluntad como son a) La guerra, declarada o no, civil o internacional, el bloqueo y los apresamientos que resulten de ella. b) La captura, el embargo o la detención por orden de alguna autoridad nacional o extranjera. c) La piratería, el motín, el terrorismo y las situaciones de alteración del orden público. d) Las huelgas y los cierres patronales. e) Las explosiones atómicas o nucleares, las radiaciones y las contaminaciones radioactivas.

Dolo o culpa grave del asegurado.

Bajo este concepto debemos distinguir lo que sería el dolo o culpa grave del asegurado de la de sus dependientes, tanto durante la navegación como en tierra. El dolo de los dependientes es un concepto asegurable.

Tradicionalmente se ha conocido el dolo de los dependientes como la batería del patrón, lo que significa es una clara negligencia del patrón y no su propia impericia¹⁴. Es sabido que la mayoría de los siniestros marítimos son causados en mayor o menor medida por negligencias técnicas en el gobierno del buque¹⁵, lo que si interpretamos estrictamente el término se dejaría sin contenido el contrato de seguro de casco y máquina.

En las condiciones de las pólizas españolas, se excluye el siniestro causado por dolo o culpa grave del armador¹⁶.

13 RUIZ SOROA, J.M; ARRANZ DE DIEGO A.; ZABALETA SARASUA, S.: *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Eusko Jaurlariza, 1993.

14 SAP de Baleares de 22 de noviembre de 2011: “*ya que cualquier profesional se inicia en una primera ocasión y no por ello puede atribuirse a su falta de experiencia todo eventual accidente que ocurra, sino que deberá siempre probarse tal negligencia, como si de un profesional avezado se tratase*”.

15 RUIZ SOROA, J.M; ARRANZ DE DIEGO, A.; ZABALETA SARASUA, S.: *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Eusko Jaurlariza, 1993.

16 Artículo 2 de las Condiciones Generales de la Póliza española.

En la LNM el artículo 419 se ocupa del dolo del asegurado bajo el título de dolo y culpa del asegurado y sus dependientes, y establece claramente la excepción a la autonomía de la voluntad¹⁷.

Por lo tanto, cualquier pacto en el contrato dirigido a eliminar esta exclusión será nulo y se tendrá por no puesto.

Sin embargo, se distingue el dolo de la culpa grave del asegurado, en la que, si nada se pacta, no responderá el asegurador, pero si se acordase lo contrario de la liquidación del siniestro se deducirá un diez por ciento de la cuantía de los daños que será de a cargo del asegurado. Y termina diciendo que *“Este mínimo del diez por ciento es indisponible para las partes”*, lo que entendemos que por convenio no se puede modificar dicho porcentaje.

La razón de ser de este artículo, debemos entenderla como una regulación más amplia que la que nos ofrece la LCS, en lo que se refiere a la culpa grave, ya que incluye a los dependientes del asegurado, que como dice el párrafo segundo del artículo 419 son los que desempeñen en tierra funciones de gerencia o dirección de las que dependa el estado de conservación o de mantenimiento del buque. La penalización del diez por ciento del daño debe ser un freno a la falta de diligencia del armador asegurado.

El resto de los dependientes, es decir, los que no desempeñen funciones de gerencia o dirección de las que dependa el estado de conservación o mantenimiento del buque, el asegurador responderá de los siniestros causados por su dolo o culpa. Entendemos, que habrá que estar más a las funciones de la persona dolosa o negligente que al cargo nominal, por ejemplo, si del Capitán dependen las decisiones de conservación o mantenimiento, entendemos que será de aplicación el deducible del diez por ciento, en caso contrario no.

El vicio propio y el vicio oculto en el seguro de buques.

El vicio propio se ha asimilado a la negligencia del asegurado, en el sentido de considerar que la razón de exclusión del daño provocado por el vicio de una parte o pieza del buque, lo que significa que el armador asegurado no ha reparado o evitado ese vicio en el buque o embarcación.

El vicio propio viene regulado en el art. 422 LNM quedando excluidos de la cobertura los daños que tengan por causa el vicio propio o la naturaleza intrínseca del objeto asegurado y los que tengan por causa el desgaste y uso natural.

Pero si el vicio propio, no es detectable, estaríamos ante el vicio oculto, es

¹⁷ Ver artículo 419 LNM *“El asegurador no responde de los daños causados al interés asegurado por dolo del asegurado, sin que valga pacto en contrario.”*

decir, que no pueda ser detectado por el armador empleando una diligencia razonable, lo que viene siendo objeto de cobertura si se contrata expresamente, como ocurre en las cláusulas del Instituto para cascos, con la *cláusula Inchmaree*¹⁸.

III. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

1. Obligaciones del asegurado.

a) *Declaración del riesgo.*

La declaración del riesgo viene regulada en el artículo 423 de la LNM¹⁹, destacando su deber antes y durante, siempre que suponga agravación de la conclusión del contrato, incluso si se celebre por cuenta de otra persona se extiende “a las circunstancias conocidas o debidas de conocer por esta”. Su incumplimiento, se regula en el art. 424 que sanciona con la resolución del contrato en el plazo de un mes desde el conocimiento por el asegurador. Si ocurriera el siniestro antes, se aplicará la regla de la prorrata, salvo dolo o culpa grave que da derecho a la liberación del pago por parte del asegurador.

b) *Pagar la prima*

Como se ha dicho con anterioridad, la prima constituye la contraprestación del asegurado a cambio de la cobertura de los riesgos de la navegación marítima a quien resulte titular del interés asegurado.

La LNM en su artículo 425 se ocupa del pago de la prima sin que en su contenido encontremos mención especial en cuanto al seguro de casco y máquina, quedando regulada la obligación de pago, el lugar y las consecuencias de la falta de pago.

18 “(...) pérdida de o daños al objeto asegurado causados por (...) defectos latentes en el casco o en la máquina, rotura de ejes o estallido de calderas (excluyendo el coste y gasto de sustituir o reparar la parte defectuosa, el eje roto o la caldera estallada)”.

19 Artículo 423 LNM: “Declaración del riesgo 1. El tomador del seguro deberá declarar al asegurador antes de la conclusión del contrato todas las circunstancias que conozca, o que razonablemente deba de conocer, que puedan influir sensiblemente en la apreciación del riesgo por un asegurador prudente. Si el contrato se celebre por cuenta de otra persona, el deber de declaración se extenderá a las circunstancias conocidas o debidas de conocer por esta. 2. El tomador del seguro o el asegurado deberá durante el curso del contrato comunicar al asegurador, tan pronto como le sea posible, todas las circunstancias que agraven el riesgo y sean de tal naturaleza que si hubieran sido conocidas por este en el momento de la perfección del contrato, no lo habría celebrado o lo habría concluido en condiciones más gravosas.”

La prima se considera económica, indivisible e invariable, el artículo 425 LNM se ocupa de ella, estableciendo al tomador del seguro como el deudor que está obligado a su pago en las condiciones estipuladas en la póliza o en el certificado. Se admite la periodificación de la misma y el lugar de pago.

La consecuencia por falta de pago es que el asegurador debe requerir primero de pago al tomador, y si durante un mes no es atendida el pago permite al asegurador resolver el contrato o suspender sus efectos hasta que se abone. La otra consecuencia es que si se trata de la falta de pago de la prima única, de la primera fracción de prima o de la primera de las primas periódicas, el asegurador no responde de los siniestros acaecidos antes del pago, aunque todavía no haya mediado requerimiento de pago.

c) *Comunicación del siniestro*

El aviso del siniestro queda regulado en el art. 426 que establece la obligación de “*comunicar al asegurador o al comisario de averías designado en la póliza el acaecimiento del siniestro en el plazo de siete días*”, y la consecuencia de su incumplimiento solo producirá la pérdida del derecho a la indemnización solo si media “*dolo o culpa grave*”. La impone, otra de las excepciones a la regla general de libertad de pacto, solo si hay negligencia o retraso culposo en la omisión o tardía comunicación del siniestro, para que el asegurador sea indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieren causado por ello, “*sin que valga pacto que pretenda imponer al asegurado peor situación*”.

d) *Evitar o aminorar el daño, el deber de salvamento.*

En cuanto al deber de salvamento viene impuesto en el art. 427 LNM, “*deben emplear todas las medidas razonables a su alcance para salvar o recobrar los efectos asegurados y, en general, para evitar o disminuir el daño consecuencia del siniestro*”, lo que tradicionalmente se ha dicho que el asegurado debe actuar como si no tuviera seguro.

El que el asegurador actúe en el salvamento no implica aceptación tácita del siniestro, lo que da tranquilidad al asegurador, y concluye el art. 427 con la obligación al asegurador de reembolsar los gastos razonables efectuados en cumplimiento de esta obligación.

e) *Colaborar en la subrogación contra el responsable del siniestro.*

Deber de colaborar en la subrogación contra el responsable del siniestro, viene impuesta en el art. 437.5 LNM en relación con el art. 427 LNM “*(...) o recobrar los efectos asegurados*”.

f) *Deber de notificar la transmisión del interés asegurado.*

Por último, y para el caso de la transmisión del interés asegurado el artículo 428 LNM, dedicado a los buques y artefactos navales, requiere una obligación de notificación y aceptación expresa por el asegurador en caso de la enajenación del buque o el cambio de titular en su gestión náutica. En ausencia de notificación y confirmación expresa se extingue el contrato de seguro.

2. Obligaciones del asegurador.

a) *Entregar la póliza.*

Dicho deber se establece tal y como se comentó al tratar de los elementos formales en el artículo 421 LNM, destacando que el incumplimiento del asegurador no tiene sanción específica sino que traslada al asegurado la carga de la prueba “*por cualquier medio que demuestre la aceptación de la cobertura por el asegurador*”, siendo esta una de las tantas especialidades procesales de la LNM que afectan al régimen de la prueba en el proceso judicial.

b) *Obligación de indemnizar.*

Este deber se establece en el art. 421 LNM, salvo en los supuestos de exclusión de responsabilidad de dolo y culpa grave del asegurado y sus dependientes ya tratado en los riesgos excluidos, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto. Este artículo da entrada a que los otros supuestos de exclusión puedan ser cubiertos por las cláusulas oportunas, salvo el dolo que nunca podrá ser cubierto por pacto.

El otro efecto es el traslado de la carga de la prueba de la existencia y alcance del daño al asegurador, siendo esta otra de las tantas especialidades procesales de la LNM que afectan al régimen de la carga de la prueba en el proceso judicial.

c) *Cuantía y reemplazo.*

La cuantía de la indemnización queda regulada en el art. 430 LNM y comprenderá “*los daños materiales que sufra el objeto asegurado hasta el límite de la suma asegurada*”, y además si se han contratado las coberturas complementarias de contribución a la avería gruesa y remuneración por salvamento hasta sus límites, además de los gastos razonables efectuados por el tomador del seguro, el asegurado y sus dependientes para aminorar el daño.

El art. 431 LNM, establece otra norma que entendemos no puede ser impuesta ni derogada por acuerdo entre las partes, como es obligar al asegurador “*a reemplazar o reparar los objetos asegurados*”.

d) Daños y perjuicios

Se excluye de la indemnización según el artículo 432 LNM que el asegurador deba pagar “*los perjuicios derivados del siniestro, tales como retrasos, demoras, paralizaciones, pérdidas de mercado, diferencias de cambio, lucro cesante y, en general, cualquier daño indirecto, salvo los expresamente incluidos en esta ley.*”, así como “*los daños y perjuicios ocasionados por el objeto asegurado a personas*”.

IV. DE LAS DISPOSICIONES ADICIONALES DEL SEGURO DE BUQUE.

1. Modalidades de seguro de buque: Por tiempo o por viaje.

a) Modalidades.

Según se adelantó, el seguro de casco y máquina sigue la práctica generalizada del mercado asegurador, basado en los modelos de pólizas y cláusulas de tipo anglosajón. En este sentido, el artículo 439 de la Ley de Navegación Marítima viene a regular los distintos modos de seguro de buques, que puede ser para viaje, ya sea para un viaje o varios viajes sucesivos, o bien para un tiempo determinado.

A este respecto, no deben confundirse ambas modalidades de contrato de seguro de casco y máquina con algunos de los distintos modos contractuales que existen para la explotación comercial del buque, como son el fletamento por tiempo y por viaje. Los contratos de seguro y de explotación sobre el buque son modalidades totalmente independientes los unos de los otros; siendo el contrato de seguro por tiempo el tipo de seguro usado en la mayoría de las ocasiones²⁰, con independencia de que sobre el buque exista un contrato de fletamento por tiempo o por viaje, incluso de arrendamiento²¹.

b) Comienzo y fin de la cobertura.

Según nos encontremos ante un seguro de buque por tiempo o por viaje, la duración del contrato de seguro será una u otra, siendo la cuestión del comienzo y fin de la cobertura del seguro, la única nota diferenciadora de ambas modalidades. Esto no hace sino seguir el modelo de las pólizas de asegu-

20 N.G Hudson citado en LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 651-677.

21 SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima” en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, S.L., Madrid, 2015, págs. 377-396; *op. cit.* LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, págs. 651-677.

miento ILU. Sin embargo, cabe hacer al respecto alguna crítica y comentario:

Establece el artículo 440 que en el caso del seguro para uno o varios viajes, la responsabilidad del asegurador comienza en el momento de recibir la carga a bordo y termina al concluir la descarga, y en todo caso a los quince días desde su llegada al puerto de destino.

Surge aquí una primera cuestión ciertamente criticable, y que se aleja de la práctica aseguradora, ya que, por un lado, según la redacción del artículo 440, la cobertura del seguro no comenzará hasta no ser recibida la carga a bordo, es decir, no entrarán dentro del ámbito temporal de la cobertura del seguro algunas de las operaciones de carga (momento este el de la manipulación de las mercancías, indudablemente sensible), lo que hace que, en ausencia de pacto expreso, el asegurador no responda por los daños al buque como consecuencia de dichas operaciones. Y por otro lado, nos hace preguntarnos en qué momento debe entenderse por recibida la carga²².

Y decimos que se aleja de la práctica aseguradora, pues las pólizas más usadas, como pueden ser las ITCH e IVCH, tanto de 1983 como de 1995, así como las IHC de 2003, incluyen todas las operaciones de carga dentro de la cobertura del seguro. Por lo que no parece por tanto muy lógica la redacción actual de la norma en cuanto al inicio de cobertura por viaje, y más aún cuando se da la circunstancia de que las operaciones de descarga en el seguro por viaje sí se encuentran cubiertas. En este sentido, al menos se debería aclarar cuál debe ser el momento exacto de recepción de las mercancías. En su ausencia, parece que lo más acertado es entender que dicho momento es del comienzo de las operaciones de carga²³.

22 A este respecto, *vid. op. cit.* SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs.377-396., que muy acertadamente indica:

“*La terminología de este artículo nos parece mejorable. En primer lugar, en cuanto al dies a quo, porque decir que el seguro comienza al «recibir» la carga a bordo, excluye parte de la operación de carga de las mercancías, momento en que la experiencia demuestra que son frecuentes los daños al buque. Nótese que ni siquiera dice «al pasar la borda» del buque, sino que habla de «recibir» la carga a bordo, con lo que incluso podría entenderse que la cobertura empieza cuando la mercancía, ya en bodega, comienza su proceso de estiba (FIO) o de trincaje (FIOS/T) o incluso, en casos de FIOS & LS, al terminar toda la operativa de carga. Esta incoherencia es todavía más clara, cuando, para la descarga, sí que se señala que el dies ad quem es cuando termina la operación de descarga. Por ello, entendemos que la norma debe interpretarse como que cubre desde el momento en que se inician las operaciones de carga.*”

23 GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Compendio de Derecho Marítimo Español*, Comple-

Por otro lado, si el viaje se realiza en lastre, la responsabilidad del asegurador comenzará al levar anclas o desamarrar en el puerto de salida y termina cuando el buque fondea o amarra en el puerto de destino. Redacción igualmente criticable, pues no es inusual que un buque deba permanecer fondeado un tiempo a la espera de su definitivo amarre en puerto²⁴.

Por último, en cuanto al seguro por tiempo, la cobertura del riesgo comenzará a las cero horas del día siguiente al de la celebración del contrato, terminando a las veinticuatro horas del último día del seguro. Estableciendo la LNM que a tales efectos, se tendrá en cuenta el horario vigente en el lugar donde se celebró el contrato.

2. Riesgos “especiales” incluidos y excluidos.

a) *La responsabilidad civil en el abordaje como riesgo cubierto.*

Ya hemos estudiado al inicio de este capítulo la cuestión de los riesgos cubiertos y excluidos en el seguro de buque. Sin embargo, queda por tratar algunas de las coberturas y exclusiones especiales, y exclusivas, del seguro de buque.

Una de estas coberturas especiales es el de la responsabilidad civil del armador producida como consecuencia de un abordaje. Así, el artículo 443 de la LNM establece que el seguro de buques cubre la responsabilidad civil del armador por los daños y perjuicios causados a otro buque, embarcación o artefacto naval, y a sus cargamentos en caso de abordaje. Siendo imperativo que tal cobertura sea complementaria de la de los propios daños del buque.

La LNM se aleja del sistema tradicional de cobertura por abordaje, y por el cual el seguro de casco y máquina cubre habitualmente 3/4 de la responsabilidad civil por abordaje, mientras que el 1/4 restante queda cubierta por el seguro de P&I²⁵. Esto no significa que la LNM impida el pacto en contrario, sin embargo, a falta de éste la cobertura por responsabilidad será de 4/4²⁶.

mentario al Curso de Derecho marítimo Internacional, Marcial Pons, 2015. págs. 227-247. En la misma línea, *op. cit.*, SALINAS ADELANTADO, Carlos, “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs. 377-396.

²⁴ *Op. cit.*, SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs. 377-396.; *op. cit.*, LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, págs. 651-677.

²⁵ Las ITCH e IVCH, tanto de 1983 como de 1995, así como las IHC de 2003, siguen el sistema de 3/4 de responsabilidad por abordaje.

²⁶ *Op. cit.*, SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs. 377-396.

Ya sea que nos encontremos ante la cobertura de 3/4 o la de 4/4, el asegurador responderá de los daños producidos a terceros como consecuencia del abordaje, siempre y cuando sea declarada la responsabilidad del buque asegurado. Siendo que, la cobertura alcanzará la indemnización por los daños y perjuicios sufridos por el buque abordado, así como a las personas, propiedades, cargamento y demás cosas a bordo del mismo, y los causados fuera de ellos, y que, las condiciones de las pólizas más comunes incluyen, las demoras y la pérdida de uso o pérdida de explotación del buque abordado, o propiedad a bordo del mismo, así como la avería gruesa y el salvamento del buque o propiedad a bordo del mismo cuando tales (pagos) sean consecuencia del abordaje. En todo caso, cuando la responsabilidad sea compartida por ambos buque, la indemnización será calculada según el sistema o principio de responsabilidad cruzada.

Al ser esta una cobertura de indemnización por responsabilidad civil, que no de daños, en principio el asegurador solo vendría obligado a indemnizar (al asegurado) una vez que el asegurado hubiera pagado a los terceros las sumas correspondientes como consecuencia de los daños y perjuicios producidos, sin perjuicio de la aplicación de las normas que sobre el seguro de responsabilidad civil establece la Sección 3ª del Capítulo III de la LNM, y en concreto el de la posible acción directa contra el propio asegurador consagrado en el nada pacífico artículo 465, y de limitada aplicación práctica en el ámbito internacional.

Por último, la cobertura por el asegurado podrá extenderse a la responsabilidad civil del armador por los daños y perjuicios producidos por choque con plataformas fijas u otras obras o instalaciones.

b) *Navegabilidad del buque.*

Establece la LNM que el asegurado deberá mantener la navegabilidad del buque asegurado durante toda la duración de la cobertura. Es decir, se impone una obligación específica al asegurado, que puede ser o no el tomador del seguro, de cuidar y mantener del estado de navegabilidad (*seaworthiness*), o mejor dicho de actuar y cuidar diligentemente de que el buque se encuentre en tal estado de navegabilidad, no sólo al momento de contratar el seguro, sino durante toda su vigencia.

Entendemos que tal obligación hace referencia no solo a la navegabilidad del buque en cuanto a su aptitud para echarse a la mar y realizar un viaje sin exponerse a mayores riesgos que los normales de la navegación marítima, sino a su aptitud e idoneidad para recibir a bordo una carga concreta para un

viaje igual de concreto y que haya sido contratado (*cargoworthiness*), pues si el buque no cumpliera con la obligación de *cargoworthiness*, además de los posibles riesgos sobre el propio cargamento, se expondría al propio buque a mayores riesgos que los propios y habituales de la navegación marítima, pareciendo incongruente que pudiera alegarse la debida diligencia, aun cuando el buque se encontrase en perfecto de estado para la navegación pero no fuera el adecuado para recibir un determinado cargamento²⁷.

En cuanto a las consecuencias por el incumplimiento de la obligación de navegabilidad, si bien la LNM guarda silencio al respecto, nuestra mejor doctrina entiende que, ante un siniestro, el incumplimiento, o cuidado negligente, de la obligación de navegabilidad tendrá como consecuencias el rechazo de cobertura de tal siniestro, siempre que este siniestro traiga causa del incumplimiento de la obligación de navegabilidad.

c) *Vicios ocultos como riesgos excluidos.*

Desligándose en este caso de la práctica aseguradora en la que es habitual la cobertura de los daños como consecuencia de los vicios ocultos, la LNM, que, aun cuando son conceptos distintos asimila en cierta medida el vicio propio (artículo 420) con el vicio oculto (artículo 445), considera este último como riesgo excluido, entendiéndose por tal aquel vicio que no pudiera descubrirse empleando los medios razonablemente exigibles a un armador.

Por tanto, según la LNM, con independencia de la diligencia mostrada por el asegurado en la detección de los vicios ocultos, estos quedarán excluidos legalmente, salvo pacto expreso. Pacto éste a su vez que, según hemos adelantado, es más que habitual en la práctica aseguradora a través de la denominada *Inchmaree clause*, por lo que en la mayoría de las ocasiones, el vicio oculto (o el análogo defecto latente) quedará cubierto en virtud de tal clausula, teniendo el artículo 445 muy poco alcance práctico.

3. Especialidades en materia de liquidación.

a) *Subrogación contra los miembros de la dotación.*

Según se ha visto, el artículo 437.5 de la LNM se encarga de regular con carácter general el régimen aplicable del derecho de subrogación del asegurador en el seguro marítimo en general. Adicionalmente, el artículo 446 de la

²⁷ *Op. cit.*, SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs. 377-396.

LNM viene a completar dicho régimen indicando que, en materia de seguro de buques, el asegurador subrogado en los derechos de su asegurado, no podrá ejercer tales derechos contra los miembros de la dotación del buque asegurado, salvo que dichos miembros hubiesen causado el siniestro (por el que el asegurador indemnizó y se subrogó posteriormente) dolosamente.

Lo dispuesto en el artículo 446 de la LNM no es cuestión baladí, pues esta previsión especial tiene por objetivo el prohibir toda subrogación del asegurador frente a los miembros de la dotación, aun incluso en el caso en que el asegurado fuera el propietario del buque y no el armador, escenario a su vez nada improbable en el tráfico marítimo²⁸, y en el que el asegurador podría llegar a la disyuntiva de considerar dirigirse contra los miembros de la dotación al no ser estos dependientes del propietario (asegurado) sino del armador (no asegurado). Por lo que, de no existir este artículo, en principio nada impediría al asegurador dirigirse contra la dotación en un escenario como este.

Lo anterior sería igualmente aplicable para el caso en que, aun siendo el armador del buque el asegurado, la dotación hubiera sido contratado por tercero²⁹, u otras posibles situaciones, teniendo en cuenta que sobre un mismo buque pueden recaer diferentes intereses de forma simultánea³⁰.

b) *Reconstitución automática del capital asegurado.*

Tal y como ya establecían otras legislaciones europeas, y al igual que ya lo hacía nuestra Ley del Contrato de Seguro en su artículo 27 respecto al seguro terrestre, el artículo 447 de la LNM consagra el principio de reconstitución automática del capital asegurado para cada uno de los eventuales siniestros, indicando que, “la responsabilidad del asegurador alcanza a la totalidad de la suma asegurada en cada siniestro que se produzca durante la vigencia del contrato”. Es decir, que, siendo la suma asegurada el límite máximo por la que el asegurador debe responder frente al asegurado, tal límite será exclusivo y aplicable para cada siniestro, sin que se vea en ningún caso reducida la suma asegurada (pactada en la póliza) para otros futuros posibles siniestros.

28 A este respecto, *op. cit.*, LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, págs. 651-677. En la misma línea, *op. cit.*, SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, págs. 377-396.

29 *Op. cit.*, LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, págs. 651-677.

30 Como puede ser el caso “*del dueño de determinadas pertenecías a bordo; o el acreedor hipotecario naval*”. En este sentido, *op. cit.*, GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Compendio de Derecho Marítimo Español, Complementario al Curso de Derecho marítimo Internacional*, págs. 227-247.

Todo ello, “sin perjuicio del derecho del asegurador a exigir después de cada siniestro el complemento de prima que haya sido pactado”.

c) *Deducción de nuevo a viejo.*

En línea con la práctica aseguradora, y en lo que respecta a la indemnización de daños, el artículo 448 de la LNM prohíbe la deducción de nuevo a viejo por el asegurador³¹. Tal prohibición aparece en la mayoría de las pólizas utilizadas, tales como las ITCH e IVCH, tanto de 1983 como de 1995, y que vienen estableciendo que “las reclamaciones serán pagaderas sin deducción de nuevo a viejo” (cláusula 14)³². Por tanto, el asegurador no podrá realizar la correspondiente depreciación del valor de los materiales nuevos empleados sobre el buque, o de la obra realizada sobre este, y que previo al siniestro tuvieran un valor inferior al instalado o reparado.

d) *Liquidación por abandono. Casos y plazos para su ejercicio.*

La LNM tasa los casos en que el asegurado podrá ejercer el derecho al abandono, y que en definitiva son los comunes de pérdida total real, pérdida total constructiva o económica, y pérdida total presunta:

- a) Pérdida total del buque.
- b) Inhabilitación definitiva para navegar o imposibilidad de reparar el buque.
- c) Cuando el importe de las reparaciones alcance el valor de la suma asegurada de la póliza.

31 *Vid.*, al respecto GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 859-868.

32 Otras como las IHC 2003 y las Institute Yacht Clauses de 01/01/1985 (IYC) así lo recogen igualmente, sin embargo, la IYC en su cláusula 12 sobre “Exceso y Franquicia” establece:

“12.1 No se pagará ninguna reclamación por un riesgo cubierto por el presente seguro, a menos que el conjunto de todas las reclamaciones resultantes de cada accidente o evento por separado, exceda de la suma establecida para, este propósito en el condicionado de la póliza (incluyendo las reclamaciones bajo las cláusulas 11, 14 y 15), en cuyo caso dicha cantidad será deducida. Esta cláusula 12.1 no será de aplicación a las reclamaciones por pérdida total o pérdida total constructiva del buque, aunque existiesen reclamaciones asociadas bajo la cláusula 15 y sean consecuencia del mismo accidente o evento.

12.2 Antes de aplicar la cláusula 12.1 y adicionalmente a ella, a discreción de los Aseguradores podrán hacer deducciones de nuevo a viejo, no superiores a 1/3 del valor, con respecto a pérdida o daños a:

12.2.1 fundas protectoras, velas y jarcia firme y de labor

12.2.2 motores fueraborda, esté n o no asegurados en este seguro por valor aparte.”

d) La pérdida del buque por falta de noticias en el plazo de noventa días.

Pérdida total real

La Pérdida total del buque (letra a), o su inhabilitación definitiva para navegar o imposibilidad de ser reparado (letra b), es lo que se conoce como pérdida total real, consistente en la pérdida o destrucción definitiva del buque, o bien, aun cuando no siendo la pérdida o la destrucción del buque definitiva en sentido estricto, esta es de tal magnitud que se hace imposible su reparación o rehabilitación, o aun cuando habiendo sido robado o sustraído, la recuperación del buque se antoja imposible.

Pérdida total constructiva o económica

Por otro lado, e igualmente aun cuando la pérdida no sea definitiva pero el importe de las reparaciones para reparar o rehabilitar el buque alcance el valor de la suma asegurada de la póliza, se entenderá como pérdida total constructiva o económica. Nótese que en este caso, la LNM establece que a efectos del cálculo, se sumará al importe de las reparaciones las contribuciones a cargo del buque en la avería gruesa o en el salvamento.

Pérdida total presunta

Para el caso en que, aun no teniendo constancia de la pérdida definitiva del buque, transcurriera un plazo de noventa días sin tener noticia alguna del buque, el asegurado tendrá derecho a declarar su pérdida (letra d), entendiéndola como pérdida total presunta. A este respecto, la LNM establece que la pérdida se entenderá verificada el último día del plazo de 90 días, que se contará a partir del día en que se recibieron las últimas noticias.

Pérdida total convenida

La LNM no regula la pérdida total convenida, si bien por medio del pacto las partes podrán acordar (la menos habitual) pérdida total convenida, en virtud del cual en aquellos casos no contemplados por los tres supuestos anteriores, las partes acuerdan liquidar un siniestro recurriendo al procedimiento del abandono, acordando tanto el importe de la indemnización como todo lo relativo a la posesión de los restos³³.

Plazo para ejercer el derecho de abandono

En cuanto al plazo para ejercer el derecho de abandono, la LNM establece un plazo de caducidad de noventa días contados desde la fecha del siniestro, y en los cuales el asegurado deberá presentar la correspondiente declaración

33 *Op. cit.*, GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, págs. 859-868.

de abandono. En el caso de Pérdida total presunta, el plazo de noventa días empezará a contarse una vez transcurridos los otros noventa días señalados para la falta de noticias.

Pasados estos plazos, el asegurado sólo podrá reclamar la indemnización mediante la acción de avería.

4. Primas y extornos.

Finalmente, de forma complementaria al artículo 425 de la LNM, y conforme al principio de indivisibilidad de la prima, el artículo 451.1 de la LNM indica que, en lo que respecta al seguro por viaje, el asegurador adquirirá el derecho a la prima desde el inicio del viaje, mientras que para el seguro por tiempo, el asegurador adquirirá tal derecho a partir del momento en que comience a correr el plazo fijado. Es decir, que la prima devengará íntegra, desde el inicio del viaje o a partir del momento en que comience a correr el plazo, según sea por viaje o por tiempo, sin derecho por parte del asegurado a su devolución.

Sin embargo, el mismo artículo 451.2 de la LNM establece que “*en cualquier caso, todo extorno de la prima se entiende subordinado a que el buque no haya sido abandonado al asegurador, conforme a lo previsto en el artículo 449, o no se haya producido una pérdida total cubierta por el contrato*”. Es decir, que reconociendo de forma genérica la posibilidad del extorno de la prima³⁴, excluye la posibilidad del extorno para el caso en que el buque ha sido abandonado (de conformidad con el artículo 449), o para el caso en que la pérdida total del buque se encontrase cubierta por el contrato de seguro.

VI. BIBLIOGRAFÍA.

GIRGADO PERANDONES P.: “Contrato de Seguro Marítimo: Disposiciones generales y disposiciones comunes a los distintos tipos de seguro marítimo”, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M (dirs.), *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 627-650.

RUIZ SOROA, J.M; ARRANZ DE DIEGO A.; ZABALETA SARASUA, S.: *Manual de Derecho del seguro marítimo*, Ed. Eusko Jaurlaritza, 1993.

LÓPEZ QUIROGA J., “El Seguro Marítimo de Buques”, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, en EMPARANZA SOBEJANO, A. y MARTÍN OSANTE, J.M. (dirs.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, págs. 651-677.

34 *Op. cit.*, LÓPEZ QUIROGA, J., “El Seguro Marítimo de Buques”, págs. 651-677.

SALINAS ADELANTADO, C., “El Seguro de Buques en la Ley de Navegación Marítima”, *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Dykinson, S.L., Madrid, 2015, págs. 377-396.

GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Compendio de Derecho Marítimo Español, Complementario al Curso de Derecho marítimo Internacional*, Marcial Pons, 2015. págs. 227-247.

GABALDÓN GARCÍA, J.L., *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2012, págs. 859-868.

LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I)

Miguel Caballero
Abogado

Resumen: Tras una breve contextualización histórica por medio de la cual se detalla cómo los Clubes de Protección e Indemnización (P&I) nacen a raíz del progresivo incremento de la responsabilidad del armador frente a terceros desde finales del siglo XVII, los próximos párrafos se centran en explicar las principales características de la relación entre los Clubes de P&I y sus mutualistas. Entre estas cabe destacar las reglas ómnibus y “*pay to be paid*” o el principio de mutualidad. Asimismo, se discuten otras cuestiones fundamentales tales como los riesgos cubiertos por los Clubes de P&I, el pago de primas, los retornos, las reservas, los derechos de subrogación, la cancelación o la terminación de la cobertura.

Palabras clave: Clubes de Protección e Indemnización (P&I); mutualidad; primas; reservas; retornos, coberturas; regla ómnibus; regla “*pay to be paid*”; subrogación.

Abstract: Following a brief historical contextualisation about the creation of the P&I Clubs as a result of the progressive increase of liability towards third parties since the end of seventeenth century, the text explains the main characteristics of the P&I Clubs, such as the omnibus and “pay to be paid” rules or the principle of mutuality upon which P&I insurance is founded. Furthermore, the following paragraphs discuss other fundamental issues such as risks covered, calls, returns, reserves, rights of subrogation, cancellation or termination.

Keywords: P&I Clubs; mutual; calls; reserves, returns, risks covered; omnibus rule; “pay to be paid”; subrogation.

I. LOS ORÍGENES DE LOS CLUBES DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I)

1. Los Clubes de Casco

La creación del seguro marítimo se remonta a las antiguas civilizaciones asentadas en el Mediterráneo, tales como la fenicia. Sin embargo, no es hasta finales del siglo XVII cuando comienza su auge.¹

En el año 1688 Edward Lloyd abre una cafetería en Londres – *Lloyd’s Coffee House* – que se convierte en el punto de referencia para capitanes,

¹ NORTH OF ENGLAND P&I ASSOCIATION: *An Introduction to P&I Insurance and Loss Prevention* (2^a Edn.), North of England P&I Association Limited, Newcastle upon Tyne, 2012.

armadores y mercaderes que buscan asegurar sus buques.² En esta cafetería los suscriptores de riesgos (*underwriters*) firman en la parte inferior de los términos y condiciones de la póliza de seguro a cambio de la prima pactada.

Unos años después, en 1720, el Parlamento inglés aprueba una ley conocida como la *Bubble Act*³, por medio de la cual se prohíbe la creación de sociedades por acciones dedicadas al seguro marítimo sin una Cédula Real. Asimismo, por medio de esta norma se otorga dicha cédula a dos compañías únicamente: la *Royal Exchange Assurance Corporation* y la *London Assurance Corporation*.

Las elevadas primas de estas compañías provocan el rechazo entre los armadores que, en lugar de contratar sus pólizas de seguro a través de las mismas, optan por cooperar entre ellos para asegurar los riesgos por posibles daños al casco del buque. De esta manera, los armadores se asocian en clubes o mutualidades de suscripción de daños al casco (*Hull Clubs*).⁴

La derogación de la *Bubble Act* pone fin al monopolio vigente hasta entonces y posibilita la entrada de nuevas compañías aseguradoras en el mercado. Esto se traduce en primas más competitivas para los armadores, las cuales originan el comienzo del declive de los *Hull Clubs*.⁵

2. Los Clubes de Protección

La Ley de Marina Mercante de 1745 (*Merchant Shipping Act 1745*) prohíbe a los armadores asegurar sus responsabilidades en cuantías que excedan el valor del buque y, hasta bien entrado el siglo XIX, los armadores perciben que el buque es el único bien que debe ser asegurado. Nada más lejos de la realidad. En años posteriores se prueba que existe una necesidad creciente de asegurar otros posibles riesgos y se crean los clubes de protección (*Protection Clubs*).⁶

Uno de los eventos que contribuye a la creación de los clubes de protección

2 WRIGHT, C. & FAYLE, C.E.: *A History of Lloyd's from the Founding of Lloyd's Coffee House to the Present Day*, Macmillan, London, 1928.

3 Royal Exchange and London Assurance Corporation Act 1719.

4 HAZELWOOD, S. J. & SEMARK, D.: *P&I Clubs Law and Practice* (4^a Edn.), Informa, London, 2010.

5 HAZELWOOD, S. J. & SEMARK, D.: *P&I Clubs Law and Practice* (4^a Edn.), Informa, London, 2010.

6 INTERNATIONAL GROUP OF P&I CLUBS: *Module 2 – P&I Insurance: History, Operation and Practice*, International Group of P&I Clubs, London, 2017.

es el caso *De Vaux v. Salvador*⁷, del año 1836, en el que se decide que bajo una póliza de casco estándar, la responsabilidad del asegurado por daños causados a otro buque durante una colisión no quedan cubiertos por dicha póliza lo cual incrementa considerablemente la exposición de los armadores a estos riesgos. Los armadores deciden entonces reunirse con sus suscriptores, quienes acuerdan cubrir tres cuartos de dicha responsabilidad. Los suscriptores creyeron que al quedar los armadores expuestos al cuarto restante, éstos tendrían más cautela en la navegación de sus buques. Dado que la exposición a estos riesgos seguía siendo considerable, los armadores optan por buscar un seguro adicional.⁸

En el año 1846 el Parlamento inglés aprueba una ley que se denomina comúnmente como la *Lord Campbell's Act*⁹ por la cual se otorga a los representantes del fallecido el derecho a reclamar daños y perjuicios cuando el fallecimiento se debe a un hecho ilícito, negligencia u omisión. No está de más aclarar que previamente, cualquier acción por estos daños había de ser interpuesta por la persona que sufría el daño y, en caso de fallecimiento de la misma, sus familiares quedaban desamparados. Dado que el tráfico de pasajeros entre Europa y América comienza a vivir su época dorada, esta ley representa un incremento considerable en la responsabilidad que podrían llegar a asumir los armadores de buques de pasajeros.

Al año siguiente es aprobada una nueva Ley de Puertos¹⁰ que permite a las Autoridades Portuarias recuperar del armador el daño causado a las instalaciones portuarias, independientemente de que hubiera mediado o no negligencia alguna.

En vista de que los armadores están expuestos tanto a estos como a otros riesgos, algunos acuden a los *Hull Clubs* en busca de una mayor cobertura. Las consecuencias del incremento de la demanda no solo frena la debacle de estas asociaciones sino que además contribuye a la creación, en el año 1855, del primer Club de Protección.¹¹

7 *De Vaux v. Salvador* (1836) 4 Ad&E 420.

8 NORTH OF ENGLAND P&I ASSOCIATION: *An Introduction to P&I Insurance and Loss Prevention* (2^a Edn.), North of England P&I Association Limited, Newcastle upon Tyne, 2012.

9 *Fatal Accidents Act* 1846 (9 & 10 Vict. c.93).

10 *The Harbour, Docks and Pier Clauses Act* 1847 (10 & 11 Vict. C. 27).

11 *The Ship Owners Mutual Protection Society* (predecessor de *Britannia Steam Ship Insurance Association*).

3. Los Clubes de Indemnización

Durante el siglo XIX, los armadores encuentran difícil evitar lidiar con reclamaciones de carga conforme al derecho común inglés. La razón fundamental radica en que los armadores son estrictamente responsables en los supuestos en los que la mercancía se pierde o daña, siempre y cuando la misma se encontrara custodiada por el porteador. No obstante, dado que impera el principio de libertad contractual, los armadores no tienen problema en exonerarse de cualquier responsabilidad en relación a la carga gracias a la inclusión de cláusulas favorables a sus intereses en el contrato de porte de mercancías.¹²

El hundimiento del buque *Westerhope* en el año 1870 supone un cambio drástico. El buque, en lugar de hacer escala en Puerto Elizabeth, pasa de largo y opta por dirigirse primero a Ciudad del Cabo. En el viaje de vuelta a Puerto Elizabeth, el buque se hunde con la mercancía y el propietario de la carga interpone una acción contra el armador a sabiendas de que los conocimientos de embarque contienen cláusulas que le exoneran de cualquier pérdida o daño a la carga. El reclamante argumenta que se ha producido una desviación del buque de la ruta contratada y que, de no haber mediado misma, la mercancía habría sido descargada sin problema alguno. De acuerdo con el propietario de la mercancía, la desviación supone un incumplimiento fundamental del contrato y, por tanto, el armador no puede escudarse en las exoneraciones comprendidas en este contrato. Los Juzgados dan la razón a los intereses de la carga y condenan al armador a compensar al propietario de la mercancía por el total de la mercancía perdida.¹³

El armador solicita a su Club de Protección el reembolso de la cuantía pagada en concepto de indemnización. A pesar de que se produce un pago *ex gratia* de parte de la cuantía solicitada, los directores del Club rechazan su solicitud con base en que no se trata de un riesgo cubierto por las reglas del Club.¹⁴

En vista de estos acontecimientos, un suscriptor de riesgos de *Newcastle*

12 INTERNATIONAL GROUP OF P&I CLUBS: *Module 2 – P&I Insurance: History, Operation and Practice*, International Group of P&I Clubs, London, 2017.

13 HAZELWOOD, S. J. & SEMARK, D.: *P&I Clubs Law and Practice* (4^a Edn.), Informa, London, 2010.

14 HAZELWOOD, S. J. & SEMARK, D.: *P&I Clubs Law and Practice* (4^a Edn.), Informa, London, 2010.

upon Tyne redacta un artículo que alerta a los armadores de los potenciales riesgos por daños a la carga a los que se exponen y que no cuentan con cobertura alguna. Varios armadores toman en serio estas advertencias y en el año 1874 se forma el primer Club de Protección e Indemnización¹⁵, el cual tiene como objetivo cubrir estas posibles contingencias.¹⁶

No es cuestión baladí que se utilice la palabra “indemnización” para nombrar a los Clubes de P&I. La intención es dejar sentado que estos son solamente responsables de reembolsar o indemnizar a sus asegurados por la responsabilidad incurrida frente a terceros y que el Club no tiene obligación alguna frente a terceros.

Los Clubes de Protección toman buen ejemplo y añaden estos riesgos a la cobertura que ofrecen. Algunos prefieren formar asociaciones independientes otros en cambio deciden crear una nueva clase dentro de la asociación.

4. Los Clubes de P&I

Durante los siglos XIX y XX se incrementa notablemente el comercio internacional y con ello el tonelaje mundial que requiere seguros de P&I. Los cambios en la legislación y varios incidentes con gran repercusión contribuyen al desarrollo de los Clubes.

A día de hoy, en torno al 90% del transporte del tonelaje mundial queda cubierto por los Clubes de P&I pertenecientes al Grupo Internacional (IGP&I).¹⁷ Por tanto, al referirnos en las siguientes secciones a los Clubes de P&I, estaremos concretamente haciendo mención a los Clubes del Grupo Internacional.¹⁸

15 *Steamship Owners' Mutual Protection and Indemnity Association*.

16 INTERNATIONAL GROUP OF P&I CLUBS: *Module 2 – P&I Insurance: History, Operation and Practice*, International Group of P&I Clubs, London, 2017.

17 EQUASIS: *The world merchant fleet in 2015*, Equasis Statistics.

18 El IGP&I se conforma por: *American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc; Assuranceforeningen Skuld; Gard P&I (Bermuda) Ltd; The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited; The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association; The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited; The North of England Protecting & Indemnity Association Limited; The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (Luxembourg); The Standard Club Ltd; The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited; y The Swedish Club*.

II. CARACTERÍSTICAS DE LOS CLUBES DE P&I

Los Club de P&I son, en pocas palabras, unas asociaciones de armadores y operadores de buques que se unen, sin ánimo de lucro y bajo un régimen de prestaciones mutuas, con la finalidad de cubrir potenciales responsabilidades frente a terceros, así como ciertos gastos y costes que pueden surgir como consecuencia de la operativa de los buques.¹⁹ En los próximos párrafos se detallan sus principales características.

1. Mutualidad

El régimen sobre el que los Clubes de P&I se asientan es el de prestaciones mutuas. Es decir, los armadores y operadores de buques comparten ciertas responsabilidades en los que otros mutualistas pueden incurrir con motivo de la operativa diaria de sus buques, siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

Los perfiles de los mutualistas son de muy diversa índole y los potenciales riesgos y responsabilidades a los que los asegurados se enfrentan, por ende, varían de forma considerable según las particulares circunstancias de cada mutualista. Factores como el volumen de tonelaje asegurado por cada miembro, el tamaño de los buques, edad de los buques, rutas en las que operan o el tipo de mercancías que portan han de tenerse en cuenta para establecer la contribución de cada uno de los asociados de una forma justa.

2. Membresía y cesión de derechos

El Club de P&I no emite una póliza de seguro como tal, sino que, desde el momento de la formalización del contrato - por medio del certificado de ingreso del buque o flota -, los mutualistas quedan sujetos a las reglas del Club.²⁰

Estas reglas suelen disponer que los propietarios u operadores del buque asegurado se convierten, desde el momento en el que aseguran sus buques, en miembros del Club. Otras personas, como por ejemplo los acreedores hi-

¹⁹ INTERNATIONAL GROUP OF P&I CLUBS: *Module 2 – P&I Insurance: History, Operation and Practice*, International Group of P&I Clubs, London, 2017.

²⁰ Cada Club de P&I tiene sus propias reglas, las cuales varían tanto en la forma como en el fondo.

potecarios o fletadores del buque, pueden también llegar a obtener el estatus de beneficiarios de la cobertura, ya sean como entidades afiliadas o coasegurados.

Es, no obstante, necesario aclarar que la cobertura no se extiende a las personas que no cuentan con un interés mediato en el buque asegurado y que no se encuentran nombradas en el certificado de ingreso como miembros. Es más, las reglas suelen habitualmente prohibir cualquier cesión de derechos a terceros no autorizados por el Club.

3. Primas, retornos y reservas

El periodo de vigencia de la cobertura de los Clubes de P&I suele comenzar a mediodía (GMT) del 20 de febrero de un año hasta la misma hora y fecha del año siguiente. Durante los meses previos a la renovación, el Club a de evaluar la prima que sus mutualistas habrán de pagar para el periodo en cuestión. Se habrán de tener en cuenta reclamaciones, reaseguro y gastos de gestión. Además, como muchas otras entidades aseguradoras, los organismos reguladores correspondientes requieren unos niveles mínimos de reservas.

El Club obtiene reembolsos de los contratos de reaseguro, de los frutos de sus inversiones, de las cantidades que se recuperan de terceros y de la prima que pagan los asociados.

Si los gastos, no obstante, exceden las previsiones, los asegurados podrían tener que pagar una o varias primas adicionales. Es más, la póliza no se cierra hasta que todas las incidencias acaecidas durante el periodo de vigencia de la póliza no quedan debidamente cuantificadas, lo cual suele rondar los dos años desde el fin del periodo de vigencia de la póliza.

En situaciones como la no renovación de la póliza, la venta del buque a un tercero u otras que finalmente resultan en el abandono de la asociación por parte del mutualista, este suele estar sujeto al pago de una consigna o al depósito de una garantía bancaria. De esta forma el asegurado queda exento del pago de cualquier prima adicional, salvo ciertas excepciones. Los Clubes de P&I también suelen permitir, en lugar del pago de este recargo, el depósito de una garantía bancaria.

Hay supuestos en los que los armadores deciden dejar de operar el buque, el cual se atraca o fondea por un tiempo (*lay-up*). Si se cumplen ciertos requisitos, en estos supuestos los asociados podrían llegar a recibir incluso una devolución de parte de la prima.

4. Coberturas y exclusiones

Los riesgos cubiertos por la póliza de P&I se pueden clasificar en las siguientes categorías: los relativos a las personas (por ejemplo: lesiones causadas a los pasajeros, a los estibadores, a los miembros de la dotación del buque, polizones, etc.); los concernientes a la carga (por ejemplo, daños a la carga, demoras, mermas, etc.); los relacionados con la navegación del buque (por ejemplo: colisiones, avería gruesa, casos de polución, remoción de restos, etc.); y otros riesgos cubiertos (por ejemplo: multas, *sue and labour*, etc.).

También existen riesgos que quedan exentos de cobertura (por ejemplo: riesgos de guerra, nucleares, bloqueos, sanciones, etc.). Estos se enumeran junto con las coberturas en las reglas del Club.

Además de los riesgos cubiertos bajo la póliza estándar de P&I y los expresamente excluidos, existe un tercer tipo de riesgos: los que se engloban dentro de las coberturas especiales. Estas pueden, en ciertos casos, contratarse adicionalmente y engloban riesgos tales como los causados durante las operaciones de remolque o suministro, por la operación de un buque bajo régimen de contrato de fletamento, perforaciones, operaciones bajo el agua, etc.

Una de estas coberturas adicionales merece una mención aparte dado que no asegura riesgos derivados de la operativa del buque como tal. En su lugar asegura los costes que un armador u operador de un buque puede incurrir en la defensa de sus intereses o en la interposición de una demanda frente a un tercero. Esta es la cobertura conocida como FD&D (del inglés, *Freight, demurrage and defence*). Las disputas más comunes cubiertas por la cobertura FD&D suelen ser reclamaciones en relación al contrato de fletamento, (por ejemplo: fletes, planchas, demoras, velocidad y consumo, bunkers, etc.), controversias surgidas en relación al contrato de compraventa o construcción de buques, sobre el contrato de seguro de casco y maquinas o el de guerra.

5. La regla Ómnibus

Tal y como se ha explicado previamente, la cobertura de los Clubes de P&I ha ido evolucionando con el paso del tiempo. La realidad es cambiante y las reglas del Club deben ser flexibles para adaptarse a nuevos riesgos que requieran cobertura.

Pues bien, por medio de la cláusula ómnibus se suelen otorgar poderes a

los directores del Club para poder, a su entera discreción, decidir si cubrir ciertos riesgos no cubiertos dentro de la cobertura de P&I.

La realidad es que el consejo de dirección de los Clubes de P&I se compone por los mismos propietarios y operadores de buques. Con lo cual, siempre y cuando el nuevo riesgo tenga una naturaleza de "P&I" y la solicitud esté debidamente formulada, la cobertura del nuevo riesgo suele contar con la aprobación del consejo.

6. La regla "*Pay to be paid*"

Históricamente el seguro de P&I asienta sus cimientos sobre la regla "*Pay to be paid*" o "pagar para ser pagado". Por medio de esta regla, tal y como se deduce de su propio nombre, se requiere al mutualista el previo pago indemnizatorio a un tercero afectado para poder requerir la correspondiente indemnización al Club.

Ya hemos explicado en secciones anteriores que los Clubes de P&I tratan, desde el momento de su creación, de evitar su responsabilidad directa frente a terceros y convertirse así en un seguro de cobertura de responsabilidades. La regla "*Pay to be paid*" no hace más que consagrar este principio.

No obstante lo anterior, las reglas del Club suelen dejar cierta libertad a los directores y gestores del Club para la aplicación de la regla "*Pay to be paid*" y lo cierto es que la estricta postura del Club al respecto se ha suavizado de forma considerable en los últimos años.

Buen ejemplo de ello es que muchos de los Clubes del Grupo Internacional han incorporado hace unos años una excepción a la regla "*Pay to be paid*" con respecto a los marinos. En ciertos supuestos en los que el armador u operador del buque no indemnice a un marinero por enfermedad, lesión o muerte, las reglas del Club disponen ahora que habrá de ser este quien indemnice directamente al marino o a sus dependientes.

Algunos Clubes creen que pueden existir ciertas situaciones en las que resulta más práctica la no aplicación de la regla "*Pay to be paid*". Esto sucede, por ejemplo, cuando el pago en primer lugar por parte del asegurado causaría su insolvencia o un grave perjuicio, cuando la liquidación de una reclamación se realiza mediando una carta de obligación o *letter of undertaking*, etc.

Muchas veces la no aplicación de la regla *Pay to be paid* viene impuesta por el Derecho positivo. Ciertas convenciones internacionales, como por ejemplo el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a

la Contaminación por Hidrocarburos de 1969²¹ y su Protocolo de 1992²², el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de los Buques de 2001²³ o el Protocolo de 2002²⁴ al Convenio de Atenas de 1974²⁵, permiten la acción directa frente a los Clubes de P&I. A nivel nacional destaca el caso del Estado de Luisiana en Estados Unidos de América, que no solo permite la acción directa sino que además prohíbe la incorporación de cualquier cláusula en contrario.²⁶

7. Los Derechos de Subrogación

En ciertas ocasiones el mutualista, tras haber compensado a un tercero afectado, tiene el derecho a interponer una acción de repetición frente al tercero causante del daño o contraparte contractual. Pensemos, por ejemplo, en situaciones en las que el asegurado no es más que un eslabón en una cadena de contratos de fletamento que incorporan el *NYPE Interclub Agreement*²⁷ y los intereses de la carga han interpuesto una acción frente al porteador nombrado en el conocimiento de embarque por unos daños a la carga causados por los estibadores durante la descarga.

Pues bien, cuando el asegurado obtiene una compensación de su correspondiente Club de P&I, este último puede, en ciertas ocasiones, subrogarse en los derechos del asegurado. Cuando el asegurado ha renunciado a sus derechos frente a terceros, el Club podría incluso denegar la cobertura de dicha incidencia por haber perjudicado los derechos del Club.

21 Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1969.

22 Protocolo de 2002, que enmienda el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, hecho en Bruselas el día 29 de noviembre de 1969.

23 Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de los Buques (BUNKERS 2001), hecho en Londres el 23 de marzo de 2001.

24 Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002.

25 Convenio relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974.

26 *Louisiana Direct Action Statute* (Parte XIV del *Insurance Code*, LSA-R.S. 22: 655).

27 *Inter-Club New York Produce Exchange Agreement* (1996).

8. Terminación del contrato de seguro de P&I

El periodo de vigencia de la cobertura de un buque podrá terminar el día 20 de febrero del año de vencimiento a mediodía, siempre y cuando el asegurado preavise al Club, con al menos 30 días de antelación, de su intención de no renovar.

En caso de que el mutualista no notificase dentro del plazo establecido al efecto, el contrato de seguro quedaría automáticamente renovado hasta el 20 de febrero del siguiente año en las condiciones originalmente pactadas.

9. Cancelación

El Club puede cancelar la cobertura del mutualista cuando acaecen ciertos acontecimientos que afectan a su capacidad jurídica. Aunque varían en función de las reglas de cada Club, estos eventos son, *inter alia*, la liquidación o disolución de la sociedad del armador u operador, la muerte del armador si se trata de una persona física, etc.

En caso de que el mutualista no se encontrase al corriente del pago de las correspondientes primas y que el Club le haya notificado debidamente de esta circunstancia, por regla general todos sus buques asegurados por el Club quedarían sin cobertura, incluso en algunos casos por sucesos que hayan dado lugar a responsabilidad antes de la falta de pago por parte del asegurado.

En ciertas ocasiones es la cobertura del buque la que queda afecta al cese desde el momento en que acaecen algunos eventos, tales como la venta del buque, su arrendamiento a casco desnudo a terceros, su gravamen con una hipoteca, el cambio de su gestor o de su bandera o la pérdida total del mismo.

10. Ley aplicable y resolución de conflictos

Las reglas de los Clubes de P&I suelen disponer que, en caso de existir alguna controversia entre el asegurador y el asegurado, la disputa habrá de someterse en primer lugar a la decisión del consejo de dirección.

Si el asegurado no queda conforme con la resolución de los directores, este puede someter la controversia a arbitraje u otro método de resolución de conflictos, que variará en función de las reglas de cada Club. Por ejemplo el *Japan P&I Club* dispone que la disputa habrá de resolverse en el *Japan Shipping Exchange, Inc.* a menos que todas las partes acuerden expresamente so-

meterse a la *London Maritime Arbitrators Association*.²⁸ *The Swedish Club* en cambio dispone que la disputa será resuelta por un liquidador de averías sueco o, a instancia de una de las partes, a arbitraje en Gotemburgo.²⁹

La ley aplicable para interpretar las reglas también puede variar en función del Club. Por ejemplo, las reglas del American Club disponen que se aplicará la ley del Estado de Nueva York,³⁰ los Clubes Noruegos suelen disponer que la disputa se rija por la ley noruega.³¹

28 Regla 46, Japan P&I Club Rules 2017.

29 Regla 18, The Swedish Club Rules 2017/2018.

30 Regla 50, The American Club Rules 2017.

31 Regla 47.3, Skuld P&I Rules 2017; Regla 90, Gard P&I Rules 2017.

EL SEGURO DE PROTECCIÓN E INDEMNIZACIÓN (P&I)

Jaime Albors
Abogado y *solicitor*

Resumen: El propósito del presente artículo es analizar el seguro de protección e indemnización o P&I desde la perspectiva de nuestra Ley de Navegación Marítima y la regulación que ésta hace del seguro de responsabilidad civil. También se hará particular énfasis en el estado de la acción directa frente al asegurador de P&I a la luz de su consagración en nuestro ordenamiento jurídico.

Palabras clave: seguro de responsabilidad civil, seguro de protección e indemnización, acción directa contra el asegurador

Abstract: The purpose of this article is to analyse the concept of P&I insurance in light of the provisions regarding civil liability insurance of our Spanish Shipping Act. The article will focus on the status of the right of direct action against P&I insurers as a matter of Spanish law in view of the recognition of such right against civil liability insurers in our legislation.

Keywords: civil liability insurance, protection and indemnity insurance, direct action against the insurer

I. INTRODUCCIÓN

Hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2014 de Navegación Marítima el 25 de septiembre (“LNM”), el seguro de responsabilidad civil del armador carecía de regulación positiva en nuestro ordenamiento jurídico.

El legislador no había sido ajeno al hecho de que el seguro de P&I nace y se desarrolla en jurisdicciones extranjeras; fundamentalmente en Inglaterra y Gales, pero también en Noruega, Suecia o en los Estados Unidos de América. Ya en el Marine Insurance Act de 1906¹, el Derecho inglés reconocía la res-

1 Sección 3 del MIA: “Marine adventure and maritime perils defined (1) *Subject to the provisions of this Act, every lawful marine adventure may be the subject of a contract of marine insurance. (2) In particular there is a marine adventure where— (a) Any ship goods or other moveables are exposed to maritime perils. Such property is in this Act referred to as “insurable property”; (b) The earning or acquisition of any freight, passage money, commission, profit, or other pecuniary benefit, or the security for any advances, loan, or disbursements, is endangered by the exposure of insurable property to maritime perils; (c) Any liability to a third party may be incurred by the owner of, or other*

ponsabilidad del armador como interés asegurable. Además, se somete, como es lógico, a sus propias leyes.

Sin embargo, a pesar de que, salvo contadas excepciones en relación con algunos buques de pesca y recreo, el seguro de P&I sigue contratándose en el extranjero y bajo ley extranjera, la LNM incorpora como novedad la cobertura aseguradora de responsabilidad civil del armador. Consciente de ello la LNM no ha optado por una regulación extensa de la figura del seguro de responsabilidad del armador, ya que hacerlo habría sido un esfuerzo en vano.

El objetivo del presente estudio es analizar las características fundamentales del seguro de P&I y sus coberturas, teniendo muy en cuenta, como no puede ser de otra forma, el tratamiento de estas pólizas en su ordenamiento de origen, y analizar el impacto de la regulación que hace la LNM para este tipo de seguros, sobre todo en lo relativo a la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de P&I.

II. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DEL SEGURO DE P&I

1. Naturaleza del seguro de P&I

La naturaleza del seguro de P&I siempre ha sido una cuestión controvertida en nuestra doctrina por sus indudables rasgos diferenciadores con el seguro de responsabilidad civil que podríamos categorizar como “ordinario”². De hecho, en su ordenamiento de origen, es unánime su categorización como un seguro de indemnización efectiva³, distinto del seguro de responsabilidad civil⁴, ya que lo que viene a cubrir es el resarcimiento de la lesión o quebranto

person interested in or responsible for, insurable property, by reason of maritime perils. “Maritime perils” means the perils consequent on, or incidental to, the navigation of the sea, that is to say, perils of the seas, fire, war perils, pirates, rovers, thieves, captures, seizures, restraints, and detainments of princes and peoples, jettisons, barratry, and any other perils, either of the like kind or which may be designated by the policy.

2 Véase, ALBORS, E. y PORTALES, J.: “La acción directa en el seguro de protección e indemnización (P&I). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 2003”, *La Ley*, 1528/2003.

3 *West Wake Price & Co v Ching* [1957] 1 WLR 45.

4 STS 11/2016 de 14 de enero de 2016, pág. 58: “Los contratos de seguro P&I (protección e indemnización) o contratos de protección e indemnización, carecieron de regulación positiva en Derecho español hasta la reciente Ley de la Navegación Marítima. Se tratan de seguros de responsabilidad civil del naviero, como seguros de base mutualista, en los

patrimonial sufrido por el asegurado y no la obligación de indemnizar a un tercero como consecuencia de un riesgo cubierto⁵. Bien es cierto que los convenios internacionales sobre contaminación (CLC⁶, BUNKERS⁷ y HNS⁸) y de remoción de restos⁹ han venido a diluir en cierta medida esta distinción.

Nuestra LNM aparca en cierto modo ese debate al referirse al mismo como un seguro de responsabilidad civil sin diferenciarlo del seguro de indemnización efectiva. La decisión del legislador, como veremos, va íntimamente ligada al reconocimiento de la acción directa.

2. Antecedentes históricos de los clubes de P&I

Los clubes de P&I, descendientes de los llamados “Hull Clubs”, surgen como consecuencia de una serie de importantes carencias del mercado asegurador londinense en el siglo XIX. Según Hazzelwood y Semark¹⁰, estas carencias pueden resumirse en la incertidumbre que rodeaba la capacidad de las aseguradoras para hacer frente al pago de las indemnizaciones; la alta litigiosidad de los aseguradores; y los retrasos en el pago de las primas. Son estas deficiencias las que explican la decisión de muchos armadores de formar mutualidades de seguros para asegurar los tradicionales riesgos de casco

que los propios armadores o personas relacionadas se organizan mediante clubs para darse cobertura entre sí mismos, sometidos a la legislación del país en que se han constituido, siendo válida la sumisión a una legislación determinada. En este tipo de seguro, el riesgo asegurado es la responsabilidad que genera el daño que se pueda causar a tercero, en el sentido de que satisfacen aquella indemnización que ya se ha tenido que pagar al tercero, respecto al que no contemplan acción directa, con el devastador efecto que ello supone para los perjudicados. Es un seguro de indemnización efectiva, que cubre al asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero”.

5 STS 675/2003 de 3 de julio de 2003.

6 Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos (1969 y 1992).

7 Convenio Internacional sobre la responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos por combustible de los buques (BUNKERS 2001) de Londres de 23 de marzo de 2001.

8 Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996, y el Protocolo de 2010 relativo al Convenio.

9 Convenio Internacional de Nairobi sobre la remoción de restos de naufragio, 2007

10 HAZELWOOD, S. y SEMAR, D.: *P. & I. Law and Practice*, 4 ed., Informa, 2010, pág. 1.

de sus buques. Dichos “Hull Clubs” empiezan su declive a mediados del siglo XIX debido a la liberalización del mercado asegurador inglés y la mejora de condiciones y competitividad de los sindicatos de Lloyd’s.

Sin embargo, los avances económicos y tecnológicos de mitad del siglo XIX vienen acompañados de un aumento en los riesgos para los armadores que, de nuevo, el mercado asegurador inglés no es capaz de absorber. En primer lugar, las pólizas tradicionales de casco sólo cubrían $\frac{3}{4}$ de las responsabilidades por abordaje, dejando al armador expuesto por el cuarto restante. Empiezan además a incrementar las reclamaciones de los intereses de la carga y de lesiones de los miembros de la tripulación, a los que se les reconoce expresamente un crédito frente al armador¹¹ por lesiones en el transcurso de su jornada laboral. Si a ello le añadimos que el cálculo de la limitación de responsabilidad en aquel momento¹², en base a un precio fijo por tonelada, dejaba expuestos a muchos armadores cuyos buques tenían un valor real muy inferior al de la limitación de su propia responsabilidad, las bases estaban sentadas para que los armadores decidieran, de nuevo, sindicarse sus riesgos, esta vez en clubes de protección e indemnización.

3. Coberturas fundamentales del seguro de P&I

a. Introducción

El tradicional seguro de protección e indemnización ha venido progresivamente actualizándose y modernizándose en la medida en que han aumentado los riesgos para los armadores y endureciéndose la legislación relativa a la seguridad marítima y las responsabilidades del naviero, de forma que hoy en día el elenco de coberturas es muy grande y difícil de categorizar con un grado mínimo de casuística. Su denominador común es que se trata de riesgos que afectan a los armadores en el desarrollo de la actividad y que están intrínsecamente conectados con explotación del buque. Ello en contraposición con aquellos riesgos que afectan a los armadores por el mero hecho de ser empresarios, pero que no guardan relación alguna con la explotación del buque.

Aunque el seguro de P&I nace como un seguro para propietarios de buques, hoy en día el asegurado también puede ser el fletador de un buque, en cuyo caso las coberturas que ofrece el seguro de P&I tienen ciertos matices

¹¹ Employers’ Liability Act 1880.

¹² HAZELWOOD, S. y SEMAR, D.: *P. & I. Law and Practice*, 4 ed., Informa, 2010, pág. 6.

respecto de las que tradicionalmente se ofrecen a los armadores por razón de los diferentes riesgos que unos y otros asumen.

Para entender este aumento y diversificación de los riesgos cubiertos no hay que perder de vista que los propios armadores son los propietarios de las aseguradoras de P&I de base mutualista y, por tanto, son ellos los encargados de decidir los riesgos que deben y pueden cubrirse en sus pólizas.¹³

Al hilo del carácter mutuo de los clubes de P&I, destaca por encima de cualquier otra cobertura la llamada cláusula “Omnibus”, que permite conceder cobertura a los armadores por riesgos incidentales a la operación del buque no expresamente cubiertos en la póliza de seguro, pero que, en opinión de los directores del Club, entran dentro del ámbito conceptual de cobertura. Es decir, los directores del Club, que a su vez son los propios armadores, se reúnen y deciden de forma totalmente discrecional si una reclamación en concreto debe tener cobertura a pesar de no estar expresamente contemplada en la póliza de seguros. En la práctica, el uso de esta cláusula es limitado¹⁴.

El último aspecto fundamental de la operativa de las coberturas es que el asegurado solo se encuentra cubierto hasta aquellas sumas que haya pagado¹⁵. Se trata de la aplicación práctica de la concepción del seguro de P&I como un seguro de “*indemnización efectiva*” a la que antes hacíamos referencia.

Este principio quedó blindado en relación con los P&I cuyas reglas se someten a Ley inglesa como consecuencia de la sentencia del House of Lords inglés en el *Fanti & Padre Island (No 2) [1990] 2 Lloyd's Rep 191*.

b. Cobertura de responsabilidades por abordaje

Junto con las coberturas de salvamento y avería gruesa, la cobertura de abordaje es un gran ejemplo de la interrelación entre las pólizas de casco y el seguro de P&I. En principio, cuando se produce un abordaje tanto (i) el daño al propio buque asegurado; como (ii) las responsabilidades en las que pueda incurrir el asegurado frente al otro buque y a terceros están cubiertos por el asegurador de casco y máquina. Sin embargo, tradicionalmente las pólizas

13 Los seguros de P&I de prima fija suelen seguir las tendencias de los seguros de P&I mutualistas en cuanto al tipo y alcance de las coberturas.

14 HAZELWOOD, S. y SEMAR, D.: *P. & I. Law and Practice*, 4 ed., Informa, 2010, pág. 191.

15 Con la excepción de aquellos elementos de la cobertura de P&I que sean de carácter obligatorio y permitan una acción directa contra el asegurador como el Convenio CLC y el Convenio BUNKERS.

de casco y máquina solo cubren $\frac{3}{4}$ de las responsabilidades por abordaje¹⁶, asumiendo $\frac{1}{4}$ de la misma el armador del buque.

Dicho $\frac{1}{4}$ de responsabilidad por daños al otro buque y las posibles responsabilidades frente a terceros son las que cubre el Club de P&I, siempre y cuando no estén cubiertas por las pólizas de casco.

El seguro de P&I también cubre el exceso de la responsabilidad por abordaje no cubierta por la póliza de casco. Así, por ejemplo, si la suma asegurada en la póliza de cascos es inferior a la responsabilidad en la que incurre el armador como consecuencia de un abordaje, el seguro de P&I cubre esa diferencia. Ahora bien, sería contrario al principio mutualista del seguro de P&I que un armador infra-asegure un buque con la expectativa de que el Club cubriese tal diferencia. Por ello, es habitual que los clubes encarguen valoraciones de los buques en cuestión para determinar en qué valor debería haberse asegurado. Solo prestarán cobertura a partir de esa valoración.

En cuanto a los llamados abordajes sin contacto, que tradicionalmente han quedado excluidos de las pólizas de casco¹⁷, estos gozan de cobertura bajo el seguro de P&I dentro de las coberturas de daños contra objetos fijos y flotantes o las coberturas generales por daños a la propiedad de terceros.

c. Cobertura frente a reclamaciones de carga

Es esta quizá la cobertura más importante del seguro de P&I, pues el principal riesgo para un armador es que se dañen las mercancías que transporta el buque asegurado. En definitiva, lo que se pretende cubrir son las responsabilidades, costes y gastos adicionales en los que el armador del buque asegurado incurra como consecuencia del transporte de las mercancías. A partir de ahí, el elenco de situaciones que gozan de cobertura es muy amplio; reclamaciones por mermas, daños por innavegabilidad, por estiba incorrecta, falta de ventilación etc., siempre que sean consecuencia de un incumplimiento del armador, su tripulación o sus dependientes. En definitiva, lo que se pretende cubrir son los incumplimientos del contrato de transporte.

En cuanto a las exclusiones de cobertura, de ellas merece la pena destacar cuatro debido a su importancia práctica. En primer lugar, el Club no cubre las responsabilidades en las que incurra el armador como consecuencia de haber

¹⁶ Este no es el caso, por ejemplo, de los aseguradores de casco y maquinaria que ofrecen coberturas en base a las condiciones noruegas, que cubren los $\frac{4}{4}$ de responsabilidad por colisión.

¹⁷ Por ejemplo, la póliza de casco del Instituto de Aseguradores de Londres (1/11/95) requiere expresamente contacto entre dos buques para que se active la cobertura.

pactado un régimen de responsabilidad más oneroso que el régimen de la Haya-Visby, salvo acuerdo previo entre el Club y el asegurado. En relación con las reglas de Hamburgo, los clubes pertenecientes al Grupo Internacional¹⁸ sí extienden la cobertura cuando las reglas de Hamburgo sean aplicables al viaje en cuestión por imperativo legal, pero no cuando el asegurado se someta voluntariamente a su régimen. Ello explica por qué la mayoría de las cláusulas Paramount que circulan en los conocimientos de embarque no mencionan el régimen de las Reglas de Hamburgo, o, si lo hacen, solo se someten al mismo cuando éste sea aplicable por imperativo legal.

En segundo lugar, en línea con el régimen de responsabilidad de las reglas de la Haya-Visby¹⁹, el Club no cubre las responsabilidades en las que incurra el asegurado como consecuencia del transporte de mercancía sobre cubierta cuando el contrato de transporte no indique expresamente que las mercancías van a ser transportadas en cubierta. Sin embargo, el Club puede, discrecionalmente, cubrir la cuantía equivalente a aquellas responsabilidades en las que el armador hubiese incurrido de haber indicado expresamente que la mercancía iba a ser transportada en cubierta.

En tercer lugar, el Club excluye las responsabilidades que se deriven de la emisión de un conocimiento de embarque cuya descripción de la mercancía no sea veraz. Esta es quizá la exclusión que genera más divergencias entre el asegurado y su Club debido fundamentalmente a la enorme presión comercial a la que son sometidos por los fletadores para que emitan conocimientos de embarque limpios.

El problema consiste en que la emisión de conocimientos de embarque que no sean limpios puede suponer para el vendedor un incumplimiento del

18 American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc; Assuranceforeningen Skuld; Gard P&I (Bermuda) Ltd; The Britannia Steam Ship Insurance Association Limited; The Japan Ship Owners' Mutual Protection & Indemnity Association; The London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association Limited; The North of England Protecting & Indemnity Association Limited; The Shipowners' Mutual Protection & Indemnity Association (Luxembourg); The Standard Club Ltd; The Steamship Mutual Underwriting Association (Bermuda) Limited; Sveriges Ångfartygs Assurans Förening / The Swedish Club; United Kingdom Mutual Steam Ship Assurance Association (Bermuda) Limited; The West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (Luxembourg).

19 El artículo I(c) de las Reglas de Haya Visby excluye del ámbito de aplicación de las Reglas el transporte de mercancías sobre cubierta si no se indica expresamente en el conocimiento de embarque que van a ser transportadas sobre cubierta.

contrato de compraventa del que nace el transporte. Además, si la compraventa lleva aparejada un crédito documentario, el banco no liberará los fondos si el conocimiento de embarque no es limpio. De hecho, el artículo 32 de las Reglas y Usos Uniformes Relativos a Créditos Documentarios (UCP 500) exige que los documentos de transporte sean “limpios”²⁰. Estos problemas se solventan en la práctica con la emisión de cartas de garantía por parte del fletador o cargador, pero la emisión de estas cartas no puede llevar al capitán a cometer un fraude documentario si es evidente que las mercancías no figuran en las condiciones descritas en el conocimiento de embarque.

Por último, tampoco gozan de cobertura las responsabilidades en las que pueda incurrir un asegurado como consecuencia de la entrega de mercancías sin la presentación de los conocimientos de embarque originales en el puerto de descarga.

Como título valor, el conocimiento de embarque tiene eficacia traslativa y permite al tenedor legítimo del mismo exigir la entrega de las mercancías²¹. *A sensu contrario*, y en virtud del artículo 252.2 de la LNM, el porteador responde frente al tenedor legítimo del conocimiento de embarque por el valor de las mercancías si entrega las mismas a una persona no legitimada. En ciertos sectores del transporte de mercancías, como el transporte de crudo o de productos químicos, es muy habitual que las mercancías se revendan varias veces durante el tránsito del buque al puerto de destino. Este tipo de transacciones suelen dar lugar a complejas cadenas contractuales con varios créditos documentarios y bancos involucrados. Todos ellos deben tener la oportunidad de analizar los conocimientos de embarque originales conforme a las normas uniformes aplicables. La consecuencia práctica más habitual es que el buque arribe a puerto antes que los conocimientos de embarque originales. Esta problemática se solventa, de nuevo, con la emisión por parte del fletador de cartas de garantía. Tan habitual es esta práctica que muchos con-

20 Artículo 32. Documentos de Transporte “limpios”. a) Un documento de transporte limpio es un documento que no contiene cláusulas o anotaciones que hagan constar expresamente el estado deficiente de las mercancías y/o del embalaje. b) Los Bancos rechazarán los documentos de transporte que contengan tales cláusulas o anotaciones, salvo que el Crédito estipule expresamente las cláusulas o anotaciones que pueden ser aceptadas. c) En los casos en que un Crédito requiera que el documento de transporte lleve la cláusula “limpio a bordo” (clean on board) , los Bancos considerarán cumplido este requisito si tal documento cumple con los requerimientos del presente artículo y de los artículos 23, 24, 25, 26, 27, 28, o 30.

21 Artículo 250 y siguientes LNM.

tratos de fletamento incluyen cláusulas que obligan expresamente al armador a aceptar este tipo de cartas de garantía.

d. Coberturas frente a reclamaciones de la tripulación y pasajeros por muerte, lesiones y enfermedades

El seguro de P&I cubre también, la responsabilidad en la que incurra el asegurado en su faceta de empleador como consecuencia de la muerte, lesiones o enfermedades de la tripulación del buque asegurado; la responsabilidad en la que incurra el asegurado frente a terceros vinculados con la operación del buque; y la responsabilidad en la que incurre frente a los pasajeros que se encuentren a bordo del buque asegurado²².

Adicionalmente, el Club cubre las responsabilidades en las que incurra el armador frente a los *supernumerarios*²³, entendidos como aquellas personas que sean ajenas a la operación del buque, pero que puedan encontrarse en un momento dado a bordo, como pueden ser prácticos, peritos e incluso abogados, pero también familiares de la tripulación a los que históricamente se les permitía la estancia a bordo del buque.

e. Cobertura frente a responsabilidades por contaminación

Como bien señalan Hazzelwood y Semark²⁴, pocas áreas del derecho han experimentado semejante cambio en tamaño y complejidad en el último cuarto de siglo como el Derecho del medioambiente en general y la contaminación marítima en particular. La OMI, que nació como una agencia de la ONU para la seguridad marítima, tiene ahora la protección del medioambiente como uno de sus principales objetivos. Son innumerables las piezas legislativas que se han adoptado en el seno de la OMI, pero también en otros foros internacionales, comunitarios y estatales. Es por ello que realizar un análisis siquiera somero de esta regulación excede ampliamente el alcance de este trabajo, además de que no es su objeto²⁵.

22 La responsabilidad del porteador vendrá regulada por el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974, hecho en Londres el 1 de noviembre de 2002.

23 A título de ejemplo, las reglas del North of England P&I Club definen a los supernumerarios como “relative of a Seaman, or any other person whom a Member has agreed to maintain or carry on board an Entered Ship (except a Passenger) and including persons engaged under articles of agreement for nominal pay.”

24 *Op. cit.* para 10.220.

25 Para un análisis detallado acudir a DE LA RUE y ANDERSON, *Shipping and the Environment: Law and Practice*, Informa, Londres, 2009.

Se trata, además, de una temática con especial repercusión en nuestro país, que ha sido víctima de dos de las mayores catástrofes medioambientales en Europa; el “*Aegean Sea*” en 1992 y el “*Prestige*” en 2002, ambos desgraciadamente frente a las costas gallegas.

Los clubes de P&I ofrecen cobertura por las responsabilidades en las que incurra el armador por daños y perjuicios consecuencia de vertido de productos contaminantes al mar (principalmente, pero no de forma exclusiva, petróleo y sus derivados); los gastos de prevención y limpieza de la contaminación; y aquellos gastos en los que se incurra como consecuencia del cumplimiento de órdenes de las autoridades competentes.

Estas responsabilidades están limitadas en base a los distintos convenios de responsabilidad civil por vertidos de productos contaminantes al mar (CLC, HNS y BUNKERS). El *quid pro quo* es una responsabilidad objetiva y cuasi-absoluta del armador registral del buque, así como la posibilidad de accionar directamente con el seguro de P&I.

Como anticipábamos en la introducción, la responsabilidad directa del Club de P&I por daños por contaminación supone una excepción a la regla del “*pay to be paid*”²⁶ y contraviene la naturaleza de este tipo de seguro como un seguro de indemnización efectiva. Sin embargo, ello no obedece a razones estrictamente jurídicas, sino que es una consecuencia casi ineludible del seguro obligatorio que fijan los Convenios como forma de asegurar la indemnización efectiva hasta los límites de responsabilidad del convenio aplicable.

f. Salvamento y avería gruesa

Desde la perspectiva del armador, tanto la institución del salvamento como la avería gruesa han sido problemáticas que tradicionalmente han afectado casi exclusivamente a los seguros de casco y maquinaria de los buques. Ello porque el interés asegurado que está en riesgo en una situación de salvamento o avería gruesa es el casco y la maquinaria del buque. Sin embargo, el seguro de P&I ha venido paulatinamente cubriendo ciertas lagunas en las que los armadores quedaban expuestos.

En materia de salvamento, la recompensa del salvador ha venido tradicionalmente referenciada al valor del buque y la mercancía salvada. Sin embargo, la entrada en vigor del Convenio de Londres sobre Salvamento Marítimo de 1989 supuso una profunda revisión de la institución, naciendo el derecho a premio del salvador por su compromiso con el medio ambiente, aunque no se

²⁶ Esta regla también viene limitándose en las reclamaciones por muerte, lesiones o enfermedades.

llegue a un resultado útil en el sentido del tradicional “*no cure no pay*”²⁷. Esta alteración del principio *no cure no pay* viene reflejado, fundamentalmente, en el artículo 14 del Convenio de Londres, que establece una compensación especial para los salvadores por la adopción de medidas tendentes a evitar o reducir los daños al medioambiente.

Adicionalmente, en el plano contractual, es extremadamente frecuente que el salvador y el armador pacten, vía el conocido Lloyd’s Open Form of Salvage Agreement²⁸, un contrato de salvamento. La última versión de dicho contrato incorpora, además, una cláusula adicional conocida como SCOPIC (Special Compensation P&I Club Clause) que fija una remuneración por medidas de prevención de daños al medioambiente basada en unas tarifas calculadas en base al tiempo y materiales utilizados. La SCOPIC se plantea como una alternativa a la remuneración especial del artículo 14 del Convenio de Londres²⁹.

Tanto la compensación especial del artículo 14 como la compensación en base a la cláusula SCOPIC son responsabilidades en las que incurre el armador cubiertas por el seguro de P&I en la medida en que el bien jurídico protegido ya no es el casco del buque o su maquinaria, sino las eventuales responsabilidades civiles del armador por daños al medioambiente.

En relación con la avería gruesa, los clubes reembolsan a sus asegurados aquellas cuantías no repercutibles en avería gruesa frente a los distintos intereses como consecuencia de un incumplimiento del asegurado del contrato de transporte. Por último, también ofrecen cobertura por el exceso que no cubra el seguro de casco en aquellos casos en los que el valor de mercado del buque a los efectos del cálculo de la avería gruesa es superior al valor asegurado en la póliza.

g. Cobertura frente a responsabilidades por remoción de restos

Los clubes cubren las responsabilidades en las que incurra el armador como consecuencia de la remoción de un buque asegurado, siempre y cuando

27 Para un análisis de la institución y de la Cláusula SCOPIC, PENDÓN MELENDEZ y ROMERO MATUTE “La Special Compensation P/I Club Clause 2014 (Cláusula SCOPIC 2014) en los contratos de salvamento marítimo. Fundamento y contenido” en BAENA y LÓPEZ SANTANA, *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la ley de navegación marítima*, Ed Aranzadi, Pamplona, 2017.

28 La última versión es el Lloyds Open Form de 2011.

29 PORTALES, J.: “El salvamento marítimo y la compensación especial” en *El Derecho Marítimo de los nuevos tiempos*, Ed. Civitas, Madrid, 2018.

exista una obligación legal de efectuar dicha remoción³⁰. Los costes que indemniza el Club de P&I son muy diversos y alcanzan los costes de reflotación, destrucción, señalización o desguace del buque.

La cobertura por remoción de restos ha pasado de ser una cobertura de carácter residual, a tener una importancia capital para los clubes de P&I. La creciente concienciación social y gubernamental sobre la necesidad de proteger el medioambiente³¹ ha obligado a los armadores a acometer operaciones de remoción de restos de enorme envergadura, que son sufragadas por los clubes de P&I a través de la cobertura de remoción de restos.

Como ejemplo paradigmático, la remoción y posterior desguace del “Costa Concordia” se estima que ha superado los quinientos sesenta millones de euros³²; pero han existido otros muchos supuestos de remoción de restos de envergadura en los últimos años como el MSC Napoli en 2007, o el RENA en 2011.

En el año 2007 fruto de los trabajos de la OMI, vio la luz el Convenio de Nairobi sobre Remoción de Restos. El Convenio está en vigor desde abril de 2015 en 16 estados, entre los cuales no se encuentra España, pero que incluyen estados con tradición marítima como el Reino Unido, Panamá o Francia.

El Convenio tiene por objeto uniformar las normas y procedimientos en materia de remoción de restos, canalizando la responsabilidad hacia el armador registral del buque y, por consiguiente, su P&I, instaurando la figura del seguro obligatorio de remoción de restos, pero sin alterar el régimen de limitación de la responsabilidad aplicable.

³⁰ *Smit Tak Offshore Services and Others v Youell and General Accident Dire & Life Assurance Corporation plc* [1992] 1 Lloyd’s Rep 154. La Corte de Apelación de Londres entendió que debe tratarse de una obligación legal, no siendo suficiente que haya presión comercial para efectuar la remoción.

³¹ Basta, por ejemplo, con significar la creciente intervención legislativa en el seno de la Unión Europea en relación con el correcto tratamiento del desguace de buques, entre las que destacan Directiva del Consejo 75/442/CEE del 15 de Julio de 1975 relativa a los residuos; Directiva del Consejo 78/319/CEE del 20 de Marzo de 1978 relativa a los residuos tóxicos y peligrosos; Directiva del Consejo 84/631/CEE del 6 de Diciembre de 1984 relativa al seguimiento y control en la Comunidad de los traslados fronterizos de los residuos peligrosos; Reglamento del Consejo nº 259/93 del 1 de Febrero de 1993 relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea; Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº 1013/2006 del 14 de Junio del 2006 relativo a los traslados de residuos.

³² *The challenges and implication of removing shipwrecks in the 21st Century*, Lloyd’s 2013.

III. EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA LNM: LA ACCIÓN DIRECTA

1. Introducción

La regulación del seguro de responsabilidad civil se encuentra inserta en la Sección 3ª del Capítulo III del Título VII relativo al contrato de seguro marítimo de buques. Como habíamos anticipado, se trata de una regulación novedosa con respecto al régimen del Código de Comercio. Sin embargo, la regulación es sucinta, apenas 5 artículos, pues el legislador no pretende regular de forma exhaustiva el objeto y alcance de este tipo de seguro. El legislador no ha sido ajeno a la realidad mercantil que ya hemos descrito y ha querido respetar la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 407 de la LNM, si bien con una importante excepción, que se convierte en el centro de la regulación del seguro de responsabilidad civil del armador; el reconocimiento de la acción directa del tercero perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil.

El primero de sus artículos, el 463 clarifica que las normas de la Sección 3ª se aplicarán a otro tipo de seguros marítimos cuando el riesgo cubierto sea la obligación de indemnizar a terceros pensando en la cobertura de responsabilidad civil por abordaje en los seguros de casco.

El artículo 464 viene a establecer la aplicación supletoria de las normas de esta sección respecto de aquellos seguros de responsabilidad civil obligatorios; y el artículo 466 confirma que el asegurador responde hasta la suma asegurada.

2. La acción directa en la LNM

Como veníamos adelantando, el artículo 465 consagra la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil en los siguientes términos: *“La obligación del asegurador de indemnizar en esta clase de seguros existe desde que surge la responsabilidad de su asegurado ante el tercero perjudicado. Este último tendrá acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de su obligación. Será inválido cualquier pacto contractual que altere lo dispuesto en este artículo.”*

En primer lugar, el pronunciamiento que hace la primera frase del artículo 465 respecto del momento del nacimiento de la obligación de indemnizar es relevante pues es una auténtica declaración de intenciones de nuestra LNM frente a la regla del *“pay to be paid”*. Seguidamente, la segunda frase del ar-

título consagra la acción directa del tercero perjudicado frente al asegurador de responsabilidad civil. Por último, la LNM convierte esta norma en imperativa, sin que quepa pacto en contrario.

Adicionalmente, el artículo 467 establece el régimen de excepciones que el asegurador podrá hacer valer frente al tercero, aclarando que serán las mismas que le correspondan al asegurado y, en especial, “*las limitaciones cuantitativas de responsabilidad de que este último gozase de acuerdo con la ley aplicable o el contrato del que derivase la responsabilidad*”. Nótese que el artículo se refiere a las excepciones *del asegurado* que el asegurador podrá hacer valer frente al tercero, no las excepciones del asegurador en base a su contrato de seguro.

En el ámbito de nuestro derecho interno, la norma no plantea muchas y llega todo lo lejos que puede llegar como norma especial propia del derecho marítimo. Sin embargo, no resuelve, porque no puede, la cuestión de su aplicabilidad cuando el contrato de seguro de P&I se someta a jurisdicciones extranjeras y leyes extranjeras y a la regla “*pay to be paid*”. A partir de ahí la cuestión se convierte en una materia enormemente compleja de Derecho internacional privado con indudables matices de orden público.

3. El estado de la cuestión previo a la entrada en vigor de la LNM

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LNM, la cuestión de la acción directa contra el club de P&I era un debate casi zanjado tras un pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo en el asunto del “*Seabank*”³³ que casó y revocó una Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 1997. Brevemente, la Audiencia Provincial de La Coruña desestimó una declinatoria planteada con base a una cláusula arbitral contenida en las reglas del desaparecido Ocean Marine P&I y, seguidamente, entendió que la acción directa era una cuestión de orden público.

Dicha sentencia fue revocada por el Tribunal Supremo acogándose al planteamiento del Club de P&I y aceptando la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje. Adicionalmente, el Tribunal Supremo dejó una serie de interesantes pronunciamientos *obiter dicta*. En primer lugar, el Tri-

33 STS de 3 de julio de 2003. Para un análisis de la sentencia ALBORS, E, y PORTALES, J. “La acción directa en el Seguro de Protección e Indemnización (P&I). Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003”, *Diario La Ley*, N° 5850, Sección Doctrina, 16 de septiembre de 2003.

bunal Supremo acepta la categorización del seguro de P&I como un seguro de “grandes riesgos” y, por tanto, la autonomía de la voluntad de las partes para someterse a leyes extranjeras. En el capítulo de la acción directa, el Tribunal Supremo entiende que la acción directa del artículo 76 de la LCS no cabría contra el Club de P&I pues ésta no se encuentra contemplada en la ley aplicable al contrato de seguro ni en el propio contrato de seguro mismo.

Tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo, era posible concluir con carácter general que el ejercicio de la acción directa en España por el tercero perjudicado contra el seguro de P&I estaba sujeta a serios obstáculos en cuanto a su viabilidad³⁴.

4. La cuestión tras la entrada en vigor de la LNM

Un sector de la doctrina considera que la acción directa que consagra la LNM no es de aplicación a los contratos de P&I en los que las partes hayan decidido elegir un derecho extranjero, mientras que otra es de la opinión que el 465 de la LNM elimina los obstáculos para el ejercicio de esta acción³⁵.

En todo caso, el estudio de la cuestión debe conectarse indudablemente con la validez de los pactos sumisorios a jurisdicciones extranjeras o a arbitraje, a la ley aplicable al fondo y a cuestiones de orden público.

a. La problemática de la jurisdicción. La sentencia del TJUE Assens Havn y Navigators Management (UK) Limited (C-368/16)

En el ámbito comunitario, las normas de jurisdicción se encuentran en el Reglamento de Bruselas No. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

El Reglamento contiene normas específicas de atribución de competencia en relación con los contratos de seguros de responsabilidad civil. Así, según el artículo 13.1, el asegurador podrá ser demandado ante el órgano que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuanto la ley de este órgano jurisdiccional lo permita. Esta norma, interpretada de forma individual, nos llevaría a concluir que en la medida en que los tribunales españoles tengan jurisdicción sobre el litigio entre el armador y el tercero, también la tendrán frente al asegurador de responsabilidad civil.

³⁴ *Op. cit.*

³⁵ SIERRA NOGUERO, E., *El Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la navegación de buques*, Ed. Fundación Mapfre, Madrid, 2016, pág. 118.

Sin embargo, el artículo 15 del Reglamento dispone que prevalecerán sobre las disposiciones de la sección de foros de competencia del artículo 13 los acuerdos que, entre otros, se refieran a un contrato de seguro de buques de navegación marítima.

Lo anterior había llevado a un importante sector de la doctrina a concluir que, en relación con los seguros de buques, los terceros quedaban vinculados por las cláusulas de jurisdicción de los contratos de seguro incluso en el ejercicio de una acción directa.

Esta problemática ha sido objeto de una reciente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶. El litigio principal versa sobre una reclamación de la autoridad portuaria de Assens, Dinamarca, en el ejercicio de una acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil de un remolcador como consecuencia de unos daños a unas instalaciones. La póliza del asegurador demandado, Navigators Management U.K, incluía una cláusula de jurisdicción y ley aplicable a favor de la ley inglesa y los tribunales ingleses. La cuestión prejudicial se plantea para dilucidar si el tercero perjudicado que entabla la acción directa está vinculado por el pacto atributivo de competencia del contrato de seguro³⁷.

En Sentencia recaída el pasado 13 de julio de 2017, el TJUE entiende que los terceros perjudicados no quedan vinculados por las cláusulas de jurisdicción de los contratos de seguro en el ejercicio de una acción directa reconocida por la legislación aplicable al litigio principal. Lo hace en base al sistema de disposiciones del Reglamento, entendiendo que no resulta que un acuerdo atributivo de competencia vincule a la persona perjudicada, y haciendo referencia a la delimitación de las prórrogas de competencia en la protección de la persona económicamente más débil. Adicionalmente el TJUE señala que *“la situación del tercero perjudicado por el daño asegurado se halla mucho más alejada aún de la relación contractual en la que hay un acuerdo atributivo de competencia de lo que lo está la situación del asegurado beneficiario que no ha prestado expresamente su consentimiento a dicho acuerdo”*.

Sea como fuere, la sentencia despeja el camino en relación con la atribución de jurisdicción a los tribunales de Estados miembros en el ejercicio de la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de responsa-

³⁶ Assens Havn y Navigators Management (UK) Limited (C-368/16).

³⁷ La cuestión prejudicial se plantea sobre la base del Reglamento 44/2001, ya derogado, pero las disposiciones no se han visto alteradas tras la refundición en el Reglamento 1215/2012.

bilidad civil y elimina uno de los principales obstáculos al ejercicio de esta acción.

Sin embargo, lo anterior solo resuelve parte de la problemática, ya que, en la mayoría de los casos, los clubes de P&I someten sus disputas a arbitraje, no a la jurisdicción de los tribunales de un Estado Miembro.

b. Sumisión a arbitraje.

En lo relativo al arbitraje, la validez de los pactos de sumisión a arbitraje se regula por la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje y por el Convenio de Nueva York de 1958³⁸. La validez y eficacia de los pactos arbitrales exige que este conste aceptado expresamente por las partes o resulte de un canje o intercambio de cartas o telegramas. A raíz de la doctrina del Tribunal Supremo en el “*Seabank*”, la cuestión de la oponibilidad de una cláusula arbitral a un tercero en el contexto de la acción directa no ha tenido excesivo recorrido jurisprudencial. Sentencias posteriores han venido confirmado la doctrina del Tribunal Supremo³⁹.

Sin embargo, la cuestión no está exenta de dificultades. La naturaleza de la acción directa en España no se configura como una subrogación del tercero en la posición contractual del asegurado, como ocurre, por ejemplo, en Inglaterra en virtud del *Third Parties (Rights Against Insurers) Act 2010*, sino que la Ley española permite entablar la acción directa incluso antes de que se haya determinado la responsabilidad del asegurado. Desde este punto de vista, si no hay subrogación en los derechos del asegurado, resulta difícil advertir cómo un tercero puede cumplir con el requisito de “aceptación expresa” del convenio arbitral.

En la hipótesis de que el convenio arbitral no vincule al tercero, el asegurador de responsabilidad civil se preguntará por qué un tercero ajeno al contrato de seguro puede situarse en mejor posición que su asegurado. La respuesta está en la creación misma de la acción directa por parte del legislador, que expone al asegurador más allá de los contornos propios del contrato de seguro.

Queda por ver, por tanto, si el criterio de nuestro alto tribunal se verá modificado por la consagración de la acción directa en la LNM en lo relativo a la validez y eficacia frente a un tercero del convenio arbitral suscrito entre asegurador y asegurado. Aunque la cuestión de la validez de un convenio arbitral debe atenderse caso por caso, en realidad, la decisión sobre la excepción de

³⁸ Convenio de 10 de junio de 1985 sobre Reconocimiento y ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

³⁹ Por ejemplo, SAP Málaga de 8 de julio de 2003.

sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje en el extranjero no tendría por qué quedar afecta por la existencia de la acción directa de la LNM.

c. La ley aplicable al ejercicio de la acción directa

La cuestión de la ley aplicable a la acción directa es otro de los grandes obstáculos a su efectividad. En aquellos contratos de seguro de responsabilidad civil del armador a los que se le aplique la ley española, la efectividad del 465 de la LNM será plena. Sin embargo, cuando se aplica ley inglesa al contrato de seguro de P&I, o ley noruega, o ley sueca, habrá que determinar si los tribunales españoles deberán aplicarla en todo caso, o podrán aplicar la ley española. La importancia de la cuestión reside en que estas jurisdicciones tienen normas que son favorables para el asegurador de responsabilidad civil⁴⁰. En el caso de la ley inglesa, los clubes quedan totalmente blindados en virtud de la ya mencionada *Third Parties (Rights Against Insurers) Act 2010* y las sentencias del *Fanti & Padre Island*⁴¹.

A la hora de determinar la ley aplicable a la acción directa, se argumenta que el primer paso es determinar su naturaleza para, así, poder fijar qué normas de conflicto son de aplicación. En el “*Seabank*”, el Tribunal Supremo asume la aplicación de las normas de conflicto aplicables a las acciones contractuales, si bien algunos sectores de la doctrina apuntan hacia la naturaleza extracontractual o incluso mixta⁴² de la acción directa.

La cuestión de la caracterización de la acción directa también es controvertida en el derecho inglés, destacando en este punto fundamentalmente la sentencia de la Corte de Apelación inglesa en el “*Prestige*”⁴³ y una sentencia relativa a la acción directa bajo el ordenamiento jurídico turco, “*The Yusuf Cepnioglu*”⁴⁴.

En ambos casos los tribunales analizaron con detalle la caracterización y

40 La legislación noruega sí reconoce la acción directa. La legislación sueca reconoce la acción directa en el caso de seguros obligatorios, insolvencia del asegurado o disolución del mismo.

41 [1990] 2 Lloyd’s Rep 191.

42 SIERRA NOGUERO, E., *El Seguro de Responsabilidad Civil derivada de la navegación de buques*, Ed. Fundación Mapfre, Madrid, 2016, pág. 126, que se hace eco de una vía alternativa consistente en permitir la utilización de ambas normas de conflicto, tanto contractual y extracontractual más favorables para el perjudicado.

43 *The London Steamship Owners’ Mutual Insurance Association Ltd v The Kingdom of Spain and French State* [2015] EWCA Civ 333.

44 *Shipowners’ Mutual Protection and Indemnity Association (Luxembourg) v Containerships Denizcilik Nakliyat ve Ticaret AS* [2016] EWCA Civ 386 (20 April 2016).

naturaleza de una acción directa en virtud de una norma jurídica extranjera y si dicha acción quedaba vinculada por la cláusula de arbitraje del contrato de seguro de P&I y, por ende, la regla del “*pay to be paid*”. En ambos casos los tribunales fallaron a favor del Club de P&I por entender que la acción directa en virtud del ordenamiento jurídico español y turco eran acciones de naturaleza contractual y, por tanto, el tercero que ejercía esa acción quedaba vinculado por las disposiciones del contrato, incluida la cláusula de ley y arbitraje. Sin embargo, en relación con “*The Yusuf Cepnioglu*”, tras la sentencia de la Corte de Apelación inglesa, se publicaron una serie de artículos de prestigiosos juristas criticando la decisión incluyendo, entre ellos, al prestigioso Catedrático de la Universidad de Oxford, Adrian Briggs QC ⁴⁵. Al final, las partes llegaron a un acuerdo antes de que se pronunciase el Tribunal Supremo, que había admitido a trámite el recurso haciendo mención expresa a las publicaciones mencionadas.

Asumiendo el carácter contractual de la acción directa, deberemos acudir al Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio, de ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que consagra en su artículo 3.1. el principio de libertad de pacto de elección de ley aplicable. Dispone que “*los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o sus circunstancias*”. Esta libertad de elección se ratifica en el ámbito del seguro por la calificación de “gran riesgo” del seguro de responsabilidad civil de buque.

Este principio solo se quiebra en el Convenio de Roma II por aplicación de las “leyes de policía” consagradas en el artículo 9 del Convenio y el orden público español conforme al artículo 12.3 de nuestro Código Civil.

Como concepto indeterminado, la aplicación del orden público a una situación jurídica determinada debe analizarse caso por caso. El hecho de que una norma sea indisponible no supone *per se* que sea contraria al orden público internacional. Este se configura como la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto únicamente cuando la Ley extranjera resulte contraria a los principios fundamentales de la *lex fori*⁴⁶.

45 ADRIAN BRIGGS QC.: *Direct actions and arbitration: All at sea*, Lloyd’s Maritime and Commercial Quarterly, Informa, 2017; ANDREW DICKINSON: *The Right to Rome? The law applicable to direct claims against insurers, and anti-suit injunctions*, St Catherine’s College, Oxford, 2017.

46 CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol 1, 17 ed., Comares, Granada.

Los defensores de la consideración de la acción directa como cuestión de orden público entienden que la protección de terceros es una cuestión de orden público.⁴⁷A favor de la categorización de orden público de la acción directa se posicionó la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 2 de julio de 1997. En contra, hay al menos un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid⁴⁸.

Se trata, en definitiva, de un ejercicio de ponderación de intereses, pues si bien es cierto que la consecuencia efectiva de la aplicación de la ley inglesa al contrato de seguro de P&I es que habrá casos en los que se negará al tercero el derecho de recobro efectivo, no lo es menos que los aseguradores de P&I celebran sus contratos conforme a la ley que pactan con su asegurado. Lo hacen en virtud del principio de autonomía de la voluntad, de forma consciente y tras un ejercicio exhaustivo de ponderación de riesgos que ve su reflejo en la prima que paga el asegurado. El efecto de la acción directa es alterar de forma sustancial lo pactado entre asegurado y asegurador en el ámbito de un seguro de grandes riesgos.

Matices más claros de orden público cobran las reclamaciones de terceros perjudicados por muerte o lesiones, pero estas sí se reconocen en todos los ordenamientos jurídicos a los que se someten los seguros de P&I (incluido el inglés).

IV. CONCLUSIÓN

Los Clubes de P&I juegan un papel fundamental en la industria marítima, sobre todo a la luz de la creciente regulación medioambiental y la necesidad de asegurar el resarcimiento de los perjudicados. Desde este punto de vista, la LNM los regula por primera vez y sigue la tendencia de la mayoría de las jurisdicciones europeas reconociendo expresamente la acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador de P&I. Sin embargo, queda por ver si nuestros tribunales mantendrán o no vigente la doctrina del “*Seabank*”. En caso afirmativo su eficacia práctica se circunscribirá únicamente a los aseguradores de P&I que sometan sus contratos a derecho español y, por tanto, solamente afectará a las aseguradoras de algunos pesqueros y embarcaciones de recreo que aseguren su responsabilidad civil con arreglo a la ley española.

47 *Op. cit.* pág. 131.

48 SAP de 2 de marzo de 2002.

EL SEGURO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Luis F. Gómez de Mariaca Fernández
Abogado

Resumen: Breve estudio acerca del seguro del acreedor hipotecario en el Derecho y Seguro marítimos, su origen y evolución histórica hasta la actual Ley 14/2014 de 24 de julio Ley de Navegación Marítima, con especial énfasis en la tutela legal y convencional dada al interés asegurable que tiene el acreedor hipotecario en salvaguardar su derecho sobre el bien hipotecado, el buque, de los riesgos inherentes de la navegación.

Palabras clave: Acreedor Hipotecario, Hipoteca, Interés Asegurado, Regulación, Pólizas

Abstract: Brief study on the Mortgagees Interest under Maritime Law and Insurance; its origin and historical evolution up to the actual n^o 14/2014 Maritime Navigation Law, with special emphasis on the Legal and Conventional protection of the insurable interest the mortgagee has in preserving his rights over the ship, from the inherent risks of navigation.

Keywords: Motrgagee, Mortgage, Insurable Interest, Regulation, Policies

I. INTRODUCCIÓN.

La historia de la navegación moderna ha sido y es testigo de la gigantesca evolución tanto técnica como económica que ha sufrido el principal sujeto de la misma: el buque.

Desde los primeros barcos a vela hasta los actuales buques a motor, la marina mercante ha experimentado una evolución tecnológica enorme, que a su vez ha implicado de modo paralelo una evolución económica importantísima, no ya solo en la propia economía marítima sino también en lo referente al coste de las unidades de todo tipo que cruzan y “habitan” nuestros mares, ríos, puertos y ensenadas.

El coste de estas unidades, entre las que incluimos los buques, embarcaciones, artefactos navales y plataformas fijas de todo tipo¹ (permítaseme unificarlas a los efectos del presente capítulo bajo la denominación general de “buques”), se ha visto incrementado en las últimas décadas de manera exponencial, no solo debido a la especialización y tecnificación de las mismas de

1 Arts. 56 a 59 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

cara a las particularidades de los distintos tráficos, sino también debido a la ingente cantidad de requisitos técnicos que la normativa internacional exige para su construcción y navegación, con la seguridad como objetivo.

Es evidente por tanto, que su adquisición requiera de esquemas y sistemas de financiación económica, que a su vez han ido complicándose con el paso de los tiempos, pero que permiten a Armadores y Navieros de todo el mundo la adquisición de estas unidades en condiciones asequibles en cada momento del mercado.

No obstante las especializaciones y complicaciones anteriormente apuntadas, lo que no ha dejado de existir en el esquema básico de la Financiación de buques ha sido el hecho de que alguien (Banco, Institución, Fondo, persona, etc.) presta el dinero para la construcción o adquisición de los buques, deviniendo en Acreedor, frente al receptor de dichos fondos, quien deviene Deudor.

Independientemente del tipo o naturaleza del contrato o relación jurídica que vincule al acreedor y al deudor, lo cual no es objeto del presente capítulo, lo que tampoco ha variado con el paso de los tiempos es la necesidad del acreedor de garantizar su “desposesión monetaria” a favor del deudor, o crédito nacido.

En este sentido debemos de señalar de modo indubitado, que las Hipotecas (en nuestro caso naval) como medio de garantizar el crédito, sigue siendo el instrumento jurídico más utilizado, y con mayor éxito y desarrollo en el mercado marítimo.

No obstante, siguiendo el axioma de “no existe comercio sin crédito, ni crédito sin riesgo”² podemos afirmar que el crédito, aún garantizado con hipoteca, no está exento de cierta inseguridad, bien por el incumplimiento del deudor de sus obligaciones de pago, bien por que a pesar de la ejecución hipotecaria la garantía resulte insuficiente.

Estos riesgos desde un punto de vista del seguro pueden ser cubiertos a través de los *seguros de hipotecas*, el *seguro de amortización* y el *seguro de crédito hipotecario*³.

Sin embargo, el mayor riesgo que puede sufrir el acreedor hipotecario es el daño o destrucción por siniestro del bien hipotecado que sirve de garantía, y que quiebra en si misma la función de garantía de la hipoteca.

² ANCEY: *Les risques du crédit*, 1932.

³ Para ulterior referencia al respecto MADRID PARRA, A.: *El Mercado Hipotecario (EE.UU-España)*, Madrid, 1988, págs. 1012 y ss.

Es por ello que una correcta cobertura frente a posibles riesgos a los que puede estar expuesto el bien hipotecado, es fundamental a la hora de instrumentar el crédito hipotecario, y por tanto es normal que el acreedor hipotecario exija el aseguramiento del bien inmueble a la hora de conceder el crédito, y que en las correspondientes escrituras se contengan estipulaciones relativas al seguro del bien hipotecado.

A lo largo del presente capítulo intentaremos desgranar cual es la situación actual en España en cuanto protección aseguradora del acreedor hipotecario de buques, sobre todo a la luz de los cambios, si los hubiese, con la publicación de la Ley de Navegación Marítima y la derogación de la Ley de Hipoteca Naval que aquella establece.

II. EL INTERÉS ASEGURADO EN LOS SEGUROS DE DAÑOS

El concepto de interés asegurado, a pesar de la profusa literatura existente respecto del mismo, no deja de tener en si mismo una cierta abstracción que complica su entendimiento.

Como tradicionalmente se ha venido definiendo, el interés en los seguros de daños es la relación de contenido económico-patrimonial que vincula al asegurado con el bien objeto de seguro expuesto a riesgo⁴.

Tal y como defendió la doctrina alemana, seguida por la española, en los seguros de daños lo que se asegura no es el bien en sí mismo, sino el interés que el asegurado pudiera tener en la conservación del mismo, y por ende elevándose el interés a la categoría de objeto del contrato.

Este carácter abstracto y subjetivo del interés y su concepto viene a implicar que el valor del mismo no tiene por qué corresponder con el valor de la cosa en sí, sino al valor de la relación entre la persona y la cosa; relación que, por otro lado, no ha de ser necesariamente jurídica, sino que basta una mera relación de hecho.

Trasladando lo expuesto a nuestro caso podemos decir, que si bien el interés del propietario del bien hipotecado coincidiría con el valor del mismo, el interés del acreedor hipotecario sería más bien el coincidente con la cuantía del crédito garantizado.

Ello significa que habiendo conceptualizado el interés como una relación subjetiva con un bien, debe admitirse que sobre el mismo pudieran existir diversos intereses de igual o distinta naturaleza.

4 URÍA, R.: *El seguro marítimo*, Barcelona, 1940, págs. 73 y ss; y GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t II, Madrid, 1940, págs. 354 y ss y págs. 380 a 386.

Así la doctrina más autorizada⁵ viene distinguiendo los *intereses independientes*, los *intereses competitivos* (a su vez *intereses de disfrute e intereses de garantía*) y los *intereses coincidentes*.

A fin de proteger y tutelar estos intereses concurrentes, los distintos países y los diversos ordenamientos jurídicos han adoptado formas y sistemas tanto legales como convencionales, sin que por ello pueda decirse que los intereses de los acreedores hipotecarios se hayan visto desprotegidos.

III. LA TUTELA LEGAL Y CONVENCIONAL DE LOS INTERESES CONCURRENTES.

Tal y como señala VARGAS VASSEROT⁶ lo habitual es que sea el propietario quien asegure el bien sobre el que pueden recaer intereses de diversa naturaleza, si bien habrá de asegurar *por cuenta propia* su interés y *por cuenta ajena* el interés de los otros intereses concurrentes, mediante una cobertura que ha de ser establecida en el propio contrato de seguro.

Ahora bien, el esquema sinalagmático respecto a los contratos que consagra nuestro Derecho patrio en el Art. 1257 del Código Civil, y que supone que los mismos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan, no contempla el caso de todos los posibles intereses concurrentes en un contrato de seguros.

Es esta excepcionalidad la que ha contemplado el Derecho de Seguros, al proteger a sujetos diferentes al asegurado y asegurador. En este Derecho el legislador, en función de la trascendencia jurídica y económica de los derechos que estos sujetos ostentan, amplía los efectos del contrato a personas terceras, tutelando así por Ley dichos intereses.

La tutela legal de estos intereses comenzó en los derechos reales inmobiliarios de hipoteca, usufructo y censo⁷, evolucionando a través de la historia de los diversos países hasta nuestros tiempos, donde podemos encontrar una tutela legal de los mencionados intereses, como la llevada a cabo por nuestro ordenamiento jurídico (Arts. 40 a 42 LCS⁸) y hasta una unificación en cuanto al trato dispensado a los diversos titulares de intereses de garantía como lo son los hipotecarios, pignoratias y privilegiados.

5 VARGAS VASSEROT, C.: *El acreedor hipotecario en el seguro de daños*, Universidad de Almería, 2000.

6 *Op. Cit.*

7 Arts. 518, 1626 y 1877 CC, Arts. 109 y 1102^o LH.

8 Ley 50/80 del Contrato de Seguro.

Básicamente la protección otorgada a estos intereses se concreta en los derechos que, tras el siniestro, se les otorga sobre la indemnización del seguro, y de modo previo al siniestro, derechos que tratan de asegurar la efectividad el contrato de seguro (inoponibilidad de excepciones contractuales, y pago por ellos de la prima).

En los derechos que se otorgan tras el siniestro haciéndoles partícipes de la Indemnización, los ordenamientos jurídicos o bien conceden un derecho *propio* a la indemnización o bien una *extensión* de la hipoteca, prenda o privilegio a la indemnización. Es la fórmula de la extensión del gravamen sobre la indemnización la que suele contemplarse en la mayoría de las legislaciones de nuestro entorno y en la nuestra (Art. 40 LCS), suponiendo un supuesto de subrogación real.

Son diversas las formas utilizadas a nivel legal con el fin de asegurar la realidad y efectividad de los derechos de los acreedores sobre la indemnización, y así nos encontramos desde el derecho a bloquear el pago⁹ hasta, en ciertos supuestos, el depósito de la indemnización¹⁰, o incluso estableciendo ciertas previsiones si la indemnización se destinase a reconstruir el bien siniestrado¹¹.

Alternativa a la tutela legal de los intereses de los acreedores nos encontramos con una tutela convencional de dichos intereses concurrentes, los cuales son objeto de cobertura de múltiples formas.

Toda vez que lo normal es que sea el propietario del bien que sirve de garantía, quien contrate el seguro, lo habitual es que se introduzcan en póliza cláusulas que estén diseñadas para tutelar los intereses de sujetos como, en nuestro caso, el acreedor hipotecario o pignoraticio.

Entre estas cláusulas podemos destacar las *cláusulas de vinculo indemnizatorio* y las *cláusulas de reconstrucción o reposición*.

Las primeras consisten simplemente en una estipulación contractual dentro del contrato de seguro por la que el acreedor somete a su voluntad, control y pago de la indemnización, bien con vinculo simple o complejo¹²; mientras que las segundas son estipulaciones contractuales por medio de la cual se

9 Art. 40.2º LCS.

10 Art. 40.2 y 42 LCS.

11 Art. 42 LCS.

12 Según distinción elaborada por DUSI, E.: "Il vincolo convenzionale nel contratto di assicurazione", *Ass.* 1954, I, pág. 344, por la cual en el simple se reclama el concurso y consentimiento expreso del acreedor para el pago de la indemnización, y en complejo el asegurador se obliga a pagar directamente al acreedor.

acuerda destinar la indemnización a la reconstrucción o reposición del bien siniestrado.

Bien es cierto que existen diversas posturas a nivel doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las mismas.

Parte de la doctrina concibe dichas cláusulas como un *contrato a favor de tercero*, del que nace una acción directa del acreedor del asegurado para reclamar la indemnización del asegurador. Según dicha tesis, se atribuye al acreedor un derecho propio a la indemnización en caso de siniestro, independientemente de que sea titular del interés asegurado y de que haya sufrido perjuicio real o no, deviniendo el acreedor en beneficiario del seguro de daños¹³.

Sin embargo, parte de la doctrina está en contra de dicha concepción, toda vez que la estipulación de un beneficiario no titular del interés asegurado vulneraría el principio indemnizatorio del contrato de seguro¹⁴, y considera que la figura que mejor se adecua sería la de la *cláusula de cesión* del crédito indemnizatorio¹⁵.

IV. EL SEGURO DEL ACREEDOR HIPOTECARIO Y SU INTERÉS

Tal y como hemos visto anteriormente la protección del interés del acreedor hipotecario se lleva a cabo, o bien a través del seguro de su interés, o bien a través del seguro por el Propietario del bien hipotecado, y tutelándose los derechos del acreedor mediante disposiciones legales o convencionales.

Ello no obsta para que puedan coexistir ambos seguros como independientes, sin que ello suponga ni un caso de seguro múltiple ni doble seguro, existiendo simplemente una pluralidad de seguros y sin que se colisione el principio indemnizatorio, por cuanto cada asegurador indemniza a su asegurado en función de la cuantía de su interés.

El único problema sería de índole económica, pues al pagarse dos primas

13 HERNÁNDEZ MARTÍ, J.: *Contrato de Seguro marítimo: la póliza de buques*, Valencia, 1982, págs. 63 a 68, también en “Consideraciones en torno a la posición del acreedor hipotecario en el seguro del buque”, ADM, 1981, vol I, págs. 357 a 360, y RUIZ SOROA, J. M.: *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, Vitoria, 1993, págs. 4 y ss.

14 VARGAS VASSEROT, C.: *op. cit.* págs. 23 y 24.

15 BERLINGIERI, F.: “Notte sulla clausola di vincolo dell’indennità assicurativa in favore del creditore ipotecario” *Dir. Mar.* 1964, págs. 298 a 303, y FERRARINI: “Sul vincolo Della indennità assicurativa a favore del creditore avente ipoteca sulla nave” *Ass.* 1988, II, págs. 83 y ss.

se encarece el coste global de la cobertura. Por ello habitualmente el uso del seguro de interés hipotecario se hace con el fin de complementar con carácter *subsidiario* el seguro del propietario.

El seguro del acreedor hipotecario como seguro independiente del seguro del propietario, es frecuente en el Derecho Marítimo Internacional, y conocido como *Mortgagees Interest Insurance*. Este tipo de seguro es utilizado en los esquemas básicos de operaciones de financiación internacional de buques, obligándose a la parte financiada a contratar y pagar la prima de los mismos. Exponente *ad hoc* de este tipo de seguro lo encontramos en el clausulado tipo *Institute Mortgagees' Interest Clauses-Hull*¹⁶ del antiguo Institute of London Underwriters, o la versión más actual¹⁷ del International Underwriting Association of London, heredero del ILU.

En el mercado marítimo nacional estas cláusulas son las habitualmente utilizadas, y ello por razones de la colocación del reaseguro español en el mercado internacional, especialmente Londres, el cual exige un conocimiento claro y preciso de las cláusulas de cobertura, requisito cumplido por las aludidas cláusulas¹⁸.

Asimismo, dichas cláusulas tuvieron predicamento en nuestro mercado gracias al impulso que de las mismas dio la Administración Española a través de la Orden de 27 de abril de 1965¹⁹, por la cual se exigía a todos los navieros propietarios la utilización de modelos de ILU en la contratación de los seguros de buques acogidos al crédito naval.

V. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PROTECCIÓN LEGAL DEL INTERÉS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

Nuestra Ley Hipotecaria de 1861 es el primer texto legal donde se regula y recoge la protección de los acreedores hipotecarios en el contrato de seguro de daños, aunque limitada al derecho de extensión de la hipoteca *sobre* la in-

16 Versión 30/5/86.

17 Versión 1/3/97.

18 Tanto RUIZ SOROA, J.M.: *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, Vitoria, 1993, págs. 18 y ss., como SÁNCHEZ CALERO, F.: "Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo" *RES*, num. 73 y 74, 1993, págs. 75 a 77, explican las razones de su utilización.

19 Orden de 27 de abril de 1965 por la que se aprueban las normas para la contratación de pólizas de seguros de buques acogidos a los beneficios del crédito naval – BOE núm. 112 de 11 de mayo de 1965 págs. 6727 a 6729.

demnización, en contraposición al modelo existente en Derecho comparado de *acción directa*, como en Francia o Bélgica²⁰.

Son los Arts. 110 y 111.5º de la Ley Hipotecaria de 1861 donde se regula la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones del seguro, recogiendo en herencia el precedente inmediato del Art. 1.801 del Proyecto de Código Civil de 1851, que establecía: “*También se extiende la hipoteca al importe de la indemnización concedida o debida al propietario por los aseguradores de bienes hipotecados*”.

La redacción de dicho artículo, obra de Claudio Antón de Luzuriaga, pasó sin apenas variación al Art. 110 de la Ley Hipotecaria, al Art. 1.877 del Código Civil de 1889 y al Art. 40 de la LCS.

El Art. 110 de la Ley hipotecaria de 1861 establece que la hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados, apostillando el Art. 111 su carácter legal (“...*aunque no se mencione en el contrato*,...”), y ampliándose a los frutos en su apartado 5º. Esta redacción y contenido perviven en nuestra legislación hipotecaria actual, producto de la reforma de 8 de febrero de 1946, si bien cambiando a los Arts. 109 y 110-2º.

Aparte del Derecho hipotecario terrestre, el Derecho Marítimo fue consciente de la necesidad de trasladar a su derecho positivo similares disposiciones respecto al seguro de la nave hipotecada, y ello con el fin de potenciar tanto la construcción naval como el crédito marítimo²¹.

20 Es un derecho *sobre* la indemnización frente a un derecho *a* la indemnización, tal y como distinguieron los Profesores SÁNCHEZ CALERO y DUQUE DOMINGUEZ en la ponencia de la SEAIDA al III Congreso Mundial de Derecho de Seguros de la AIDA (Derechos de los Terceros frente al Asegurador, cit. pág. 31).

21 GÓNZALEZ REVILLA, L.: *La hipoteca naval en España. Estudio de la legislación mercantil comparada*, Madrid, 1888, págs. 346 y ss. decía: “*Con mayoría de razón han de existir preceptos análogos a éstos en el derecho hipotecario naval, puesto que ... uno de los obstáculos que se han opuesto a la constitución de la hipoteca sobre las naves, es la fragilidad de esta garantía, sus constantes e inminentes peligros, y la facilidad de que por algunos de éstos desaparezca toda seguridad del acreedor: si las fincas inmuebles son frecuentemente objeto del seguro, en los tiempos actuales se aseguran acaso con más frecuencia los bienes muebles, y en las naves el seguro es por la razón indicada de uso tan constante, que casi no se concibe una expedición cualquiera sin que previamente haya sido la nave asegurada. El seguro completa normalmente la garantía del acreedor por hipoteca naval, y tiene por tanto este tratado aquí aún más importancia que en el derecho común hipotecario*”.

Nuestra Ley de Hipoteca Naval de 21 de agosto de 1893, vigente hasta la entrada en vigor de la actual Ley de Navegación Marítima de 2014²², y que compartía criterio similar a los ordenamientos jurídicos francés y belga en cuanto a la necesidad de otorgar a los acreedores hipotecarios una protección legal específica, ya en su Art. 6º partía de la base de que en el contrato constitutivo de la hipoteca naval constasen las estipulaciones relacionadas con el seguro²³, para a renglón seguido, proceder a regular dicha protección en sus Arts. 7º, 8º y 9º.

La LHN regula dos derechos fundamentales del acreedor por hipoteca naval: la extensión de la hipoteca a las indemnizaciones del seguro de buque (Arts. 7º y 8º), y el derecho a asegurar la nave por su interés hipotecario (Art. 9º).

Los Arts. 7º y 8º básicamente establecen que “*se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque*” las indemnizaciones que al buque correspondan por seguro en caso de siniestro, y que para hacer efectiva dicha extensión, el acreedor hipotecario tiene derecho a bloquear la indemnización del seguro, siempre y cuando notifique de modo fehaciente²⁴ de la existencia de la hipoteca al asegurador, en cuyo caso “*la Compañía aseguradora a quien se haga la notificación no podrá pagar cantidad alguna a los dueños o navieros sino de acuerdo y con consentimiento expreso del prestamista*”²⁵.

Por su parte, el Art. 9º de la LHN, al reconocer el derecho del acreedor hipotecario de asegurar de modo independiente su interés (crédito hipotecario²⁶), en caso de que la indemnización por el seguro se hubiese excluido expresamente en la hipoteca, adopta la postura del Derecho anglosajón sobre la materia recogida en la *Marine Insurance Act* de 1906.

No obstante, como bien señala el anterior artículo, caso de que tanto deudor como el acreedor hayan asegurado sus “intereses” de modo independiente, el seguro en su totalidad y por ambos conceptos no puede “*exceder nunca*

22 Vid supra.

23 Art. 6º LHN: “*En todo contrato en que se constituya hipoteca naval se hará constar ... 3º estipulaciones que establezcan los contratantes sobre... seguros.*”

24 Art. 8º LHN: “*...por medio de Notario, agente de Bolsa y Cambio, Corredor o Intérprete de buque.*”

25 Art. 8º pfo. 2 LHN y ver SSTS de 2 de enero 1930 y 11 de febrero 1930.

26 Al utilizar el Art. 9º LHN el término crédito hipotecario podría quizás haber confusión sobre los riesgos asegurables (riesgos de navegación o riesgos de insolvencia) aunque siguiendo a HERNÁNDEZ MARTÍ, J. *op. cit.* págs. 61 y ss. hay que entender que puede asegurar el buque por la cuantía de su crédito.

del valor del buque asegurado". Por ello, el seguro del deudor/dueño únicamente puede cubrir la diferencia entre el valor del buque y el importe del crédito garantizado.

De superarse el valor del buque por ambos seguros, primero se reduciría el del dueño y posteriormente el del acreedor hipotecario.

Independientemente del tratamiento que otras disposiciones legales del Ordenamiento jurídico Español hubieran prestado respecto del acreedor hipotecario mobiliario, pignoraticio y otros acreedores reales inmobiliarios en sus regulaciones específicas con relación al contrato de seguro, si debemos señalar que en el régimen del Contrato de Seguro dado por el Código Civil y por el Código de Comercio, no se hacía referencia alguna a los derechos de los acreedores reales sobre la indemnización del seguro. Es más ni el Código de Comercio de 1829 ni el de 1885 respecto de los seguros marítimos, que si regulaban, contenían protección alguna del acreedor hipotecario con hipoteca naval respecto al contrato de seguro marítimo.

VI. REGULACIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO EN LA LEGISLACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGUROS

No es hasta la publicación de la actual Ley del Contrato de Seguro²⁷ (en adelante LCS) cuando se produce la unificación de todas las dispersas disposiciones que nuestro Ordenamiento contemplaba respecto a la posición del acreedor hipotecario en el contrato de seguro del bien objeto de garantía.

Dicha Ley en sus Arts. 40 a 42 resume, a mi entender de modo magistral aunque no falto de cierta falta de sistemática, los derechos de los acreedores hipotecarios, pignoraticios y privilegiados sobre bienes especialmente afectos.

El Art. 40 es la disposición que actúa como eje de la protección que la LCS contempla para los acreedores hipotecarios y acreedores con privilegios especiales, toda vez que en su párrafo primero contempla la *extensión* de la hipoteca, prenda y privilegios especiales a las indemnizaciones de seguro, para a renglón seguido establecer una serie de derechos más procedimentales que intentan asegurar la efectividad de la misma, tales como la inoponibilidad al titular del derecho real, el privilegio del pago realizado sin su consentimiento o el depósito de la indemnización.

Por su parte el Art. 41 contempla situaciones antes del siniestro en las que

²⁷ Ley 50/80 de 17 de octubre del Contrato de Seguro (BOE núm. 250).

este tipo de acreedores están protegidos, resumidas en la inoponibilidad de la extinción contrato de seguro a los mismos hasta que no haya transcurrido un mes desde que se le comunicó la causa que dio lugar a la extinción, y por otro lado legitimando a estos acreedores a pagar la prima impagada, aún con la oposición del tomador o asegurado, siempre previa comunicación del impago por parte del asegurador.

Finalmente, el Art. 42 contempla el supuesto de que la indemnización haya de destinarse a la reconstrucción de las cosas dañadas y el asegurado y los acreedores no se ponen de acuerdo sobre las garantías con las que aquellas han de quedar afectadas a la reconstrucción, en cuyo caso se procederá al depósito de la indemnización conforme a lo estipulado en el Art. 1.176 y siguientes del Código Civil, según lo estipulado en el Art. 40 anterior.

VII. REGULACIÓN DEL ACREEDOR HIPOTECARIO EN LOS SEGUROS MARÍTIMOS Y OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS.

En Derecho Marítimo y desde un punto de vista subjetivo, con objeto de primar al acreedor con hipoteca naval, la regla general ha sido la de reservar a éste los derechos sobre el contrato de seguro de buque, en contra de la tendencia del Derecho comparado terrestre de dar una equiparación de trato a los acreedores hipotecarios, pignoratícios y privilegiados.

Dejando aparte la vieja, y a mi entender superada, cuestión de la aplicación subsidiaria de la LCS al seguro marítimo, reiterada de forma repetida por nuestra doctrina²⁸, entiendo que el principal problema para la aplicación de los referidos artículos al seguro marítimo, reside como he dicho anteriormente en el distinto ámbito subjetivo que dan los ordenamientos terrestre y marítimo respecto al seguro.

Mientras que la LCS extiende la protección a los acreedores hipotecarios,

28 Entre otros HERNÁNDEZ MARTÍ, J. "La ley del Contrato de Seguro y los seguros marítimos", en *Comentarios*, págs. 253 a 262; RUIZ SOROA, J.M., "El seguro marítimo ante la nueva Ley de Contrato de Seguros", *Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya*, 1982, págs. 47 a 72 y en *Manual de Derecho del Seguro Marítimo*, Vitoria, 1993, págs. 20 a 22; TIRADO SUÁREZ, F.J., "Consideraciones preliminares sobre la aplicación al seguro marítimo de la Ley del Contrato de Seguro", *Boletín Asociación Española de Derecho Marítimo*, num. 4, 1985, págs. 39 a 45; RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L.: "Fuentes e interpretación del contrato de seguro marítimo", *ADM*, vol IV, 1986, págs. 279 a 314; SÁNCHEZ CALERO, F.: "Sobre la regulación del contrato de seguro marítimo", *RES*, núms. 73 y 74, 1993, págs.73 a 88.

pignoraticios y privilegiados, dicha extensión en Derecho marítimo solo alcanza al acreedor con hipoteca naval no haciéndose mención expresa a otros acreedores privilegiados respecto al seguro del buque.

1. Situación previa a la Ley de Navegación Marítima

Con anterioridad a la reciente publicación de la actual Ley de Navegación Marítima, el seguro marítimo como tal venía regulado en los Arts. 737 a 805 del Código de Comercio (Sección 3ª, “De los seguros marítimos”, del Título III, “*De los contratos especiales del comercio marítimo*”, del Libro III “*Del comercio marítimo*”, circunscribiéndose a dichos artículos la aplicación subsidiaria de los preceptos de la LCS que, como decíamos con anterioridad carecen de toda mención a la protección del acreedor hipotecario en el contrato de seguro.

No obstante, nuestro derecho positivo contenía otras disposiciones de derecho marítimo como pueden ser las ya mencionadas de la LHN (Arts. 7º, 8º y 9º), en las que también hemos visto se trata la protección del acreedor hipotecario en el contrato de seguro.

En primer lugar, como cuestión de interés, podemos significar que el Art. 7º de la LHN, hoy derogada por la Ley de Navegación Marítima, establecía que “*se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque, y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario... las indemnizaciones que al buque correspondan... por la del seguro en caso de siniestro*”. No obstante no menciona a qué seguros se está refiriendo, podemos entender que se está refiriendo no solo a los seguros de buque como tal, sino también a los seguros de flete, por cuanto anteriormente la Ley entiende hipotecados junto con el buque a los “*fletes devengados y no percibidos*”.

Otra cuestión que merece un tratamiento diferenciado debido a su importancia, es la relativa a la extensión de los Privilegios Marítimos a las indemnizaciones del seguro del buque hipotecado.

Ya sabemos que ni el Código de Comercio ni la antigua LHN hacían referencia al tema, lo cual suscita la posibilidad de si por la aplicación supletoria de la LCS se pudiera extender la protección a los acreedores con privilegios marítimos.

La cuestión no es pacífica a nivel doctrinal. Mientras que autores como

RODRIGUEZ CARRIÓN²⁹ y GARCIA GABALDÓN³⁰ entres otros apoyan dicha extensión, hay autores como HERNANDEZ MARTÍ³¹ que se posicionan en contra de dicha extensión; o incluso autores que primero defendieron la extensión, y posteriormente no, como es el caso de RUIZ SOROA³².

No obstante, y aunque mayoritariamente la doctrina patria apoya la extensión de los créditos privilegiados a las indemnizaciones del seguro, tradicionalmente los ordenamientos marítimos y los Convenios internacionales han venido negando a los acreedores privilegiados los derechos sobre la indemnización del seguro del buque, y básicamente con el objeto de reforzar la hipoteca naval como impulsor del crédito naval.

Tres son los Convenios que regulan la materia de los privilegios y las hipotecas marítimas a nivel internacional: el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de Bruselas de 1926³³, el Convenio Internacional sobre privilegios e hipotecas marítimas de Bruselas de 1967 (que nunca vio la luz a nivel internacional) y el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de Ginebra de 1993³⁴.

Si bien pudiera parecer que el Art. 4-1º del Convenio del 26 hace una extensión de los privilegios a las “*indemnizaciones*” en general por razón de daños materiales sufridos por el buque, con la puntualización contenida en ese ordinal 1º de “*debidas al propietario*” y la puntualización posterior en el párrafo tercero de “*indemnizaciones debidas al propietario en virtud de contratos de seguros*”, no considerándolas como accesorios del buque, queda claro que no hay tal extensión de los privilegios a las indemnizaciones.

Por su parte el texto del Convenio del 67 guarda silencio sobre el particular, mientras que el Convenio del 93, más vigente aún con la LNM de 2014,

29 “La aplicabilidad de los intereses moratorios del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro al seguro marítimo”, ADM, vol. IX, 1994, págs. 403 a 425.

30 “Caracterización y régimen de los privilegios sobre el buque”, ADM, Vol. XII, 1995, págs. 215 a 291.

31 *Contrato de seguro marítimo: la póliza de buque*, Valencia, 1982, págs. 32 a 34.

32 “Crédito marítimo con garantía real sobre el buque. Normativa española de origen interno e internacional”, ADM, Vol, IV, 1986, págs. 217 a 219, concluye por la plena aplicación del art. 40 LCS, aunque posteriormente en *Manual de Derecho de Seguro Marítimo*, op. cit. págs. 42 y ss admitiendo el carácter de norma interna del Convenio de Bruselas de 1926, y en concreto la exclusión que hace el art. 4, rechaza la extensión.

33 Gaceta de Madrid, Núm. 212 de 31 de Julio 1930.

34 BOE. Núm. 99 de 23 de abril 2004.

con una terminología más clara al cambiar el vocablo “indemnizaciones” por “créditos” al referirse a los privilegios, en su Art. 10.2 claramente indica que los acreedores privilegiados marítimos no podrán subrogarse en los derechos del propietario del buque a la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro.

Si acudimos al Derecho comparado, podemos observar una casi unívoca tendencia a negar a los acreedores privilegiados derechos sobre las indemnizaciones derivadas del seguro de buques. En esta línea encontramos a Italia (Arts. 553 y 572 del *Codice Della navigazione* de 1942) o a Francia (Arts. 35 y 47 de la *Loi portant statut des navires et autres bâtimients de mer* de 1967), frente a Alemania en la que si bien no se equiparan los derechos de los acreedores hipotecarios y privilegiados, se estima oponible al acreedor con hipoteca naval el pago a los acreedores titulares de privilegio de rango superior a la hipoteca.

2. Situación tras la publicación de la Ley de Navegación Marítima

La Ley de Navegación Marítima ha supuesto la culminación de los anhelos de unificación de gran parte de las disposiciones que de Derecho Marítimo existían dispersas por nuestro Ordenamiento.

Fruto de esta unificación es la derogación expresa de Leyes y disposiciones en nuestros Códigos que venimos señalando en este trabajo, si bien en mi opinión lo acontecido ha supuesto mucho más de unificación y aclaración, que de cambio.

En concreto, y a los efectos que nos ocupan, la Disposición derogatoria única de la LNM ha venido a derogar todo el Libro III de nuestro Código de Comercio en el que quedaban incluidas las disposiciones relativas a los seguros marítimos, sustituidos por los Arts. 406 a 467, y ha derogado de modo expreso la vetusta ley de Hipoteca Naval sustituyéndola por los Arts. 126 a 144, inmersos en el Título II Capítulo VII “*de los derechos de garantía sobre el buque*”, en el que se tratan igualmente los privilegios marítimos (Sección 2^a).

En cuanto al seguro del acreedor hipotecario, no vemos que el legislador de modo expreso haya contemplado, bajo las disposiciones relativas al seguro marítimo, la tutela que anteriormente el ordenamiento venía contemplando de modo disperso.

Si aclara de modo definitivo la Ley, en su Art. 406. 1^o inciso segundo, la aplicación subsidiaria de la LCS, dejando zanjada de una vez por todas las

eventuales discusiones doctrinales al respecto, y dando paso a poder aplicarse los Arts. 40 a 42 de la misma, que como hemos visto anteriormente, si tutelan de un modo positivo la posición del acreedor hipotecario.

Ni que decir tiene, en nuestra opinión de modo correcto, que la LNM recoge la tradición de nuestro Ordenamiento positivo de seguros acerca del interés asegurado, lo que permite nuevamente afirmar la existencia del interés del acreedor hipotecario en asegurar el principal objeto de la aventura que es el buque, Así el Art. 409 e) establece que podrán ser objeto de seguro marítimo “*cualesquiera otros intereses patrimoniales legítimos expuestos a los riesgos de la navegación marítima*”.

Al igual que la antigua LHN en sus artículos 7º, 8º y 9º las actuales disposiciones de la LNM sobre Hipoteca naval, tras contemplar en su Art. 132 h) que pueden formar parte del contrato de hipoteca naval “*las demás estipulaciones que establezcan los contratantes sobre... seguros*”, en sus Arts. 134 (Extensión de la hipoteca), 135 (Notificación de la hipoteca) y 136 (Aseguramiento del buque), contempla de idéntica forma aunque con distinto texto los principios tutelares de la figura del acreedor hipotecario respecto a las indemnizaciones de los contratos de seguro sobre el buque.

En el punto 2 del Art. 134, y con una sintaxis a mi entender menos precisa que la antigua LHN para cualificar las indemnizaciones de los contratos de seguro, se consagra la extensión de la hipoteca naval, salvo pacto expreso en contrario, “*a las indemnizaciones por daños materiales ocasionados al buque y no reparados por abordaje u otros accidentes, así como a la contribución a la avería gruesa y a la del seguro, tanto por averías no reparadas por el buque, como por pérdida total del mismo*”.

Por su parte el Art. 135 establece claramente la tutela del acreedor hipotecario, al concederle un derecho de bloqueo del pago de la indemnización por el asegurador a su asegurado³⁵, si no es con el previo y expreso consentimiento del acreedor y siempre que éste haya notificado de modo fehaciente la existencia de la hipoteca al asegurador del buque. Vemos como el antiguo requisito de notificación del Art. 8º mediante “*Notario, Agente de Cambio y bolsa, Corredor o intérprete de buque*” ha quedado modificado por una notificación “*fehaciente*”.

Finalmente, el Art. 136 establece que en caso de haberse excluido expresa-

35 Recordemos en este punto la expresión acuñada por SÁNCHEZ CALERO y DUQUE DOMINGUEZ de derecho “*sobre*” la indemnización y no derecho “*a*” la indemnización.

mente la indemnización del seguro de la hipoteca, tanto deudor como acreedor quedarán en libertad para asegurar el buque y el crédito hipotecario respectivamente (reconociendo así la diversidad de intereses), pero sin que el seguro en su totalidad pueda por ambos conceptos superar o exceder el valor del buque asegurado. Resulta chocante la casi identidad en los textos de este Art. 136 y su paralelo el 9º de la LHN, de no ser por el inciso final del nuevo artículo, y que no se contenía en el de la LHN “*salvo que se refieran a riesgos distintos*”. Fijémonos que dice “*riesgos*” y no “*intereses*” con lo que parece dar a entender que el acreedor hipotecario está en disposición de asegurar el buque por riesgos distintos a aquellos que le causen daños.

Como vemos del anterior análisis, la LNM únicamente introduce cambios *estéticos* mínimos, y no de contenido, sobre lo que ya preveía la LHN. Buena prueba de ello es que copia la sistemática de la LHN criticada por parte de la doctrina, al colocar las situaciones *posteriores* al siniestro antes en orden sistemático que las situaciones *previas* al siniestro.

Otra de las cuestiones que no estaba exenta de cierta discusión doctrinal y que veíamos en los tiempos anteriores a la publicación de la LNM, era si los acreedores privilegiados, en nuestro caso titulares de privilegios marítimos, tenía tutelados sus derechos como el acreedor hipotecario, y extendían los privilegios marítimos a las indemnizaciones derivadas de los contratos de seguro de los buques.

Como hemos visto anteriormente, la doctrina estaba dividida respecto a dicha extensión, y si la situación era ciertamente dudosa de conformidad con la sistemática y lenguaje del Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a los privilegios e hipotecas marítimas de Bruselas de 1926, tras la ratificación por España del Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de Ginebra de 1993, no quedaron dudas de que su Art. 10.2 negaba cualquier derecho de los acreedores marítimos privilegiados sobre la indemnización debida en virtud de un contrato de seguro.

Pero es más, con la publicación de la LNM, y la remisión al Convenio del 93 contenida en el Art. 122.1, no creo que pudiera defenderse con coherencia tal extensión; si a ello añadimos que el Art. 125 establece de modo explícito que “*los privilegios marítimos no se extienden ni a la indemnización del seguro por pérdida o daños ocasionados al buque...*”, mucho menos.