

EL FLETAMENTO POR TIEMPO Y POR VIAJE Y LA OBLIGACIÓN DE NAVEGABILIDAD*

Paola Rodas Paredes

Profesora Agregada (interina) de Derecho Mercantil
Universitat Rovira i Virgili.

RESUMEN

La normativa reciente en materia de contratos de utilización de buque ha traído como consecuencia la necesidad de poner de relieve su adecuación a la práctica habitual. Este trabajo abordará el estudio de una de las obligaciones más generales, y por ello importantes, respecto de los contratos de fletamento por tiempo y por viaje, la obligación de navegabilidad, tanto desde la perspectiva normativa propuesta por la LNM como poniéndola en relación con los formularios de mayor uso en la práctica en uno y otro caso.

Palabras clave: navegabilidad del buque, contratos de explotación del buque, fletamentos, Ley de Navegación Marítima.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DEL BUQUE EN LA REGULACIÓN MARÍTIMA ESPAÑOLA: 1. La nueva propuesta de clasificación en la LNM. 2. El fletamento según la LNM: 2.1. Diferencias entre subcategorías contractuales. 2.2. El contenido de la regulación de la navegabilidad en el fletamento por tiempo y por viaje. 3. La regulación imperativa aplicable a los contratos de transporte marítimo de mercancías.—III. PERSPECTIVA PRÁCTICA EN MATERIA DE NAVEGABILIDAD EN EL FLETAMENTO POR TIEMPO Y POR VIAJE: 1. Los mecanismos de conexión con el Derecho anglosajón. 2. Los formularios tipo en el fletamento por tiempo: 2.1. La navegabilidad en la póliza BALTIME. 2.2. Contenido esencial de la obligación en el formulario NYPE 2015. 3. La navegabilidad en el formulario GENCON del fletamento por viaje.—IV. CONCLUSIONES.

Time and Voyage Charterparties and the Duty of Seaworthiness

ABSTRACT

The recent regulation on contracts for the use of maritime vessels have resulted in the need to emphasize their suitability for normal practice. This paper aims to deal with the study of one of the most general obligations included in the new regulation regarding Charterparties (time and voyage), the obligation of seaworthiness, both from the normative perspective proposed by the LNM and putting it in relation to the forms widely in use in practice in both cases.

* Fecha de recepción del trabajo: 25/10/2017. Fecha de aceptación del trabajo: 26/05/2018.

Keywords: seaworthiness of the vessel, maritime contracts, charterparties, Maritime Navigation Act.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. CONTRACTS FOR USE OF THE VESSEL IN THE SPANISH MARITIME REGULATION: 1. The new classification proposal in the LNM. 2. Chartering according to the LNM: 2.1. Differences between subcontractual categories. 2.2. Contents of the regulation of seaworthiness in Time and Voyage Charter parties. 3. The mandatory regulation applicable to contracts for the maritime transport of goods.—III. PRACTICAL PERSPECTIVE OF TIME AND VOYAGE CHARTERPARTIES: 1. The mechanisms of connection with English Law. 2. The standard forms in Time charters: 2.1. Seaworthiness in the BALTIME form. 2.2. Essential content of the duty of seaworthiness in the NYPE 2015 form. 3. Seaworthiness in the GENCON form for Voyage charter parties.—IV. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la diversidad de intereses que habitualmente componen las relaciones jurídicas necesarias para una navegación marítima sin incidencias, el cumplimiento del requisito de navegabilidad es un elemento nuclear. Por este motivo hemos creído necesario destacar ciertos aspectos de su contenido que, a la luz de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM), deberían tenerse en cuenta para delimitar su contenido. Como sabemos, nuestra regulación —al menos en relación con los contratos de fletamento por tiempo y fletamento por viaje— esta llamada a cumplir una función más bien residual en tanto que al ser normativa dispositiva su aplicación práctica será reducida¹. Ello no obsta para que un análisis como el propuesto sea necesario. Sin embargo, creemos que precisamente debido a la supletoriedad del régimen previsto en la LNM, nuestro estudio debe, a su vez, tomar como punto de referencia el contenido habitual de los formularios al uso para este tipo de contratos, pues de esta manera la visión teórica obtenida del análisis de la LNM en la materia encontrará su reflejo en la realidad propuesta por quienes emplean formularios estándar para regular este tipo de contratos. Por estos motivos la primera parte de este trabajo se centrará en analizar las novedades introducidas por la LNM en cuanto a la obligación de navegabilidad en los contratos «clásicos» de fletamento —por tiempo y por viaje— mientras que en el siguiente apartado analizaremos el contenido de esta figura en los formularios más habituales para la realización del transporte marítimo a través de contratos de fletamento, ello nos permitirá alcanzar una perspectiva crítica de cada uno de ellos de manera que resulte más sencillo entender las ventajas y deficiencias de unos y otros.

¹ Ya se señalaba esta vocación con ocasión de la redacción del texto del Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima de 2006, A. EMPARANZA SOBEJANO, «El contenido del contrato de fletamento», en A. EMPARANZA SOBEJANO y J. M. MARTÍN OSANTE (coords.), *Estudio sistemático de la propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria, 2006, p. 327.

II. LOS CONTRATOS DE UTILIZACIÓN DEL BUQUE EN LA REGULACIÓN MARÍTIMA ESPAÑOLA

Antes de abordar el estudio del contenido de la obligación de navegabilidad es necesario realizar una breve introducción al régimen jurídico vigente en materia de contratos de utilización de buque. Esto nos permitirá abordar con posterioridad los aspectos más relevantes de los contratos de fletamento por tiempo y por viaje sin necesidad de redundancias o lagunas en cuanto a la explicación de su papel en el sistema diseñado por el legislador. Con esta finalidad, en primer término realizaremos un brevísimos repaso del contenido de la regulación en materia de contratos de utilización de buque con exposición de las justificaciones que han dado lugar al sistema instaurado por el legislador y una concisa referencia a los criterios de diferenciación entre los diversos contratos incluidos en esta categoría. Con posterioridad, dentro de la categoría de «fletamentos» realizaremos nuevamente un ejercicio de diferenciación de los elementos esenciales de cada uno de los contratos, para finalizar con el tratamiento específico que la obligación de navegabilidad ha tenido en estos dos contratos.

1. La nueva propuesta de clasificación en la LNM

La renovación del marco regulatorio del Derecho marítimo ha supuesto la adopción expresa de una interpretación específica del contenido y naturaleza jurídica de los contratos de utilización de buque² basada en la asimilación del fletamento a un contrato de transporte de mercancías³. En efecto, si ya con anterioridad la doctrina mayoritaria había superado las carencias e imprecisiones del Código de Comercio de 1885⁴ al propugnarse una interpretación favorable a la asimilación de los fletamentos al contrato de transporte, a partir de la formulación de los Anteproyectos de Ley de Navegación Marítima de 2006 y 2012 se materializa esta interpretación en el contenido del texto legislativo, de manera que en la normativa vigente —heredera directa de dichos textos— se otorga a esta interpretación, carta de naturaleza en nuestro Derecho.

Como puede comprobarse al analizar el articulado del texto legal, la LNM regula los contratos de utilización del buque separando el arrendamiento del

² Con anterioridad la doctrina española discutía con cierta vehemencia este particular, *vid.* J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «La distinción del contrato de fletamento y del contrato de transporte de mercancías en el Derecho español», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 117, 1971, pp. 357 y ss., y las fuentes allí citadas.

³ Esta fue la propuesta realizada en el «Anteproyecto sobre contratos de utilización del buque» elaborados en 1989 y 1994 por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación [cuyo texto puede encontrarse en J. M. EIZAGUIRRE (coord.), *III Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián*, Donostia, 1996] y que con posterioridad se incorporó a los Anteproyectos de Ley de Navegación Marítima de 2006 y 2012, respectivamente.

⁴ J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «La distinción del contrato de fletamento...», *op. cit.*, p. 360; J. M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho del transporte marítimo*, 2.ª ed., Vitoria, 1986, p. 68; A. EMPARANZA SOBEJANO, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada, Comares, 2003, p. 214.

mismo del *fletamento* para, con posterioridad, tratar los contratos de pasaje, remolque y arrendamiento náutico (sin olvidar los denominados «contratos auxiliares de la navegación»: gestión naval, consignación de buques, practica y manipulación portuaria). Esta organización interna permite clasificar todos estos contratos según la causa última de cada uno de ellos. En el caso particular aquí analizado se ha considerado al transporte como elemento indispensable de la navegación marítima y por tanto al fletamento —de acuerdo con la definición de la LNM— como el acto jurídico central desempeñado por el buque⁵.

Esta opción legislativa ha procurado establecer un sistema unificado de contratos de utilización de buque de manera que será en la definición legal de cada uno de ellos en donde deberán buscarse los elementos que distingan a una figura de la otra. Ello se refleja en el concepto normativo del fletamento respecto del arrendamiento de buque. Consecuentemente este contrato debe distinguirse del otro⁶ en tanto que en este último el arrendador se compromete a entregar la posesión (*traditio*) del buque al arrendatario de manera que, una vez concluido el contrato, recae en este último la facultad de impartir órdenes al capitán y la tripulación⁷. Con todo, debemos destacar que este contrato no parece hacer distinción entre el arrendamiento de buque armado y equipado del arrendamiento a casco desnudo, pues la definición legal —ya de por sí escueta— parece centrarse en la primera categoría⁸, en todo caso, a los efectos de su distinción con el fletamento, la característica principal a tener en cuenta es que la causa del contrato es una *locatio rei*, mientras que en los fletamentos tratados posteriormente por la LNM, el contrato trata de una *locatio operis* en tanto que el fletador recibe como contrapartida solamente la dirección comercial del buque⁹.

⁵ A pesar de ello, es importante mencionar las objeciones planteadas por I. ARROYO, «Art. 203 Concepto», en I. ARROYO y J. A. RUEDA MARTÍNEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio, de navegación marítima*, Madrid, Civitas, 2016, pp. 625 y ss., a esta interpretación.

⁶ Art. 188 LNM.

⁷ Al respecto, como es bien sabido, en la práctica internacional más consolidada —proveniente del Derecho británico— además de ignorar la categorización sistemática de los contratos de utilización de buques, en el caso particular aquí reseñado incluye al arrendamiento como una modalidad más de los *charterparties*, es decir, de los contratos de fletamento, A. MOCATTA, M. J. MUSTILL y S. BOYD, *SCRUTON: On Charterparties and bills of lading*, London, Sweet & Maxwell, 1984, p. 427, y más recientemente S. BAUGHEN, *Shipping Law*, 5.ª ed., London, Routledge, 2012, p. 184, sin que ello obste para que a pesar de compartir en parte una denominación común, estos contratos tengan a todas luces diferencias esenciales en cuanto a su contenido, al respecto, M. DAVIS, *Bareboat Charters*, 2.ª ed., London, Informa, 2005, p. 4.

⁸ El art. 191 LNM señala entre las obligaciones del arrendador la de entregar el buque arrendado y sus pertrechos en las condiciones especificadas en el contrato y, en lo no previsto, en las adecuadas para el uso pactado.

⁹ Estas mismas afirmaciones pueden reiterarse respecto de la distinción entre el arrendamiento náutico (arts. 307-313 LNM) y los fletamentos, con el añadido de que en el caso del primero el ámbito de uso de la embarcación arrendada está restringida exclusivamente a su empleo en actividades deportivas o recreativas. Existen algunas otras diferencias entre arrendamiento de buque y arrendamiento náutico sin embargo las mismas notas que distinguen al fletamento del arrendamiento han de distinguirlo también del arrendamiento náutico. Por lo que respecta al contrato de pasaje, como su nombre indica, en este caso el elemento esencial que ha de distinguirlo de los fletamentos es subjetivo en tanto que el resultado del transporte se compromete a una persona y, en su caso, a su equipaje (art. 287 LNM). Así mismo, debe tenerse en cuenta que en esta modalidad contractual cobran especial importancia los *servicios* arren-

De esta breve relación puede colegirse que, al menos a nivel sistemático, el legislador —sin duda merced a los trabajos pre-legislativos que lo informan— ha procurado establecer un régimen claro en materia de contratos de utilización de buque, cuestión que no obsta para destacar que en determinados casos —y no es el fletamento el único de ellos— este esfuerzo de sistematización no necesariamente se verá compensado con una mayor seguridad jurídica para los contratantes, pues el recurso casi ineludible a los formularios tipo además de las cláusulas de remisión y de elección de foro hacen que la aplicación del Derecho interno continúe siendo, lamentablemente, residual.

2. El fletamento según la LNM

2.1. Diferencias entre subcategorías contractuales

Tal y como hemos puesto de relieve en el epígrafe anterior, tanto el fletamento por tiempo como por viaje reciben, en la nueva normativa marítima, un tratamiento singular que, a pesar de ello, depende —para conocer ciertos aspectos de su naturaleza jurídica y características contractuales— de la visión unitaria que los *fletamentos* reciben en el texto normativo¹⁰. Así, en el caso de la *causa* del contrato, esta será común tanto a ambos contratos además de aplicarse a los contratos de fletamento para el transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque¹¹. En la brevísima definición del contrato de fletamento proporcionada por la LNM, llama la atención que no se mencione el buque en el que se llevará a cabo el contrato, debido a la gran importancia que,

dados al porteador marítimo —tal es el caso del uso turístico— además de la aplicación de normativa jurídico-pública tanto nacional como internacional en materia de protección y seguridad de los pasajeros contratantes (al respecto, entre otros, F. RUIZ-GÁLVEZ VILLAVÉRDE, «El contrato de pasaje en la Ley de Navegación Marítima», en VVAA, *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 239-268). Por último, en relación con su distinción con el contrato de remolque (arts. 301-306 LNM) ambos contratos tienen como finalidad última el transporte [vid. la distinción realizada por A. RECALDE CASTELLS, «Los contratos de utilización de buque en la propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima», en A. EMPARANZA SOBEJANO y J. M. MARTÍN OSANTE (coords.), *Estudio sistemático de la propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Vitoria, 2006, p. 263, en relación con la naturaleza del contrato cuando se pacta el desplazamiento y cuando solo se contrata la colaboración en la realización de determinadas maniobras]. Sin embargo, la regulación ha querido ampliar el ámbito subjetivo el remolque no solo al buque sino también a cualquier otra *embarcación o artefacto naval* (por tanto, se aplicaría también a las construcciones flotantes en el sentido del art. 58 LNM, además de las embarcaciones descritas por el art. 57 LNM). Además de ofrecer un régimen jurídico mucho más claro que el que se deriva de los formularios al uso (así los destaca P. CONSTENLA, «El contrato de remolque en la Ley de Navegación Marítima», en VVAA, *Comentarios a la Ley de navegación marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 263) en materia de responsabilidad del remolcador.

¹⁰ Así también lo expresa, entre otros, J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El contenido del contrato de fletamento», en A. EMPARANZA SOBEJANO y J. M. MARTÍN OSANTE, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Marcial Pons, 2015, p. 295, respecto del primer texto que sirvió de base a la regulación actual, A. RECALDE CASTELLS, «Los contratos de utilización de buque...», *op. cit.*, p. 264.

¹¹ En base a lo dispuesto en la LNM, definiéndolo como aquel en virtud del cual el porteador o naviero se obliga a realizar un transporte de mercancías por vía marítima con el fin de entregarlas al destinatario, como contrapartida a la recepción de un flete (art. 203 LNM).

como más adelante se detallará, adquiere este en las modalidades contractuales aquí analizadas¹².

Hemos señalado ya que en el caso de los arrendamientos de buque, es esencial la puesta a disposición de un buque conservando el arrendador la propiedad pero con cesión de la posesión del mismo. Sin embargo, en los fletamentos regulados por la LNM el fletante¹³ no se desprende de la misma y continúa ejerciendo la dirección náutica, en tanto que el capitán continúa a sus órdenes.

Los problemas de distinción entre figuras contractuales se plantean más bien respecto de las subcategorías incluidas en el fletamento. Es el caso de la distinción entre el contrato de fletamento por tiempo y viaje y el de transporte de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque¹⁴.

Como sabemos, con anterioridad ya se afirmaba que la diferencia entre unos y otro, además de ser resultado de la evolución histórica, debía buscarse en el contenido de las obligaciones de las partes del contrato en uno u otro caso. Así en los fletamentos no se esperaba que el fletador pertrechara, dotara o avituallara el buque, mientras que en otro caso esta obligación corría por cuenta del armador¹⁵, de manera que al fletador no puede exigírsele el cumplimiento de deberes que corresponden a este último.

Puede argumentarse que un claro elemento diferenciador parte de la cualidad de la normativa aplicable a cada uno de ellos, pues ambos son contratos de transporte

¹² En este punto es necesario no perder de vista que la regulación anterior el Código de Comercio regulaba el fletamento como un contrato de transporte de mercancías por mar en los arts. 652 a 692 y 706 a 718, pero no señalaba regulación alguna al fletamento por tiempo pues se centraba en el fletamento *por viaje*, en virtud del cual el fletante se obliga a realizar un viaje o los viajes acordados en el contrato con un buque determinado y a cambio de una cantidad de dinero determinada o flete. Se compromete, por tanto, a llevar a cabo viajes determinados en condición de porteador y, asumiendo la obligación de entregar las mercancías indemnes a su destinatario. Junto a esta obligación principal también tiene el deber el fletante de custodiar y conservar dichas mercancías durante el viaje. En todo caso, en menor medida que en el fletamento por viaje, en la regulación del fletamento por tiempo adquiere relevancia la identidad del buque que ha de realizar el transporte, cuestión que no es determinante en el transporte documentado en conocimiento de embarque, pues en estos casos la normativa anteriormente vigente había prescindido de normativa al respecto.

¹³ También es necesario señalar que, a efectos de la regulación aquí estudiada la LNM ha prescindido de la denominación *fletante* a favor del empleo del término *porteador*, sin duda en coherencia con el sistema unificado de contratos propuesto por el art. 203 LNM. A pesar de ello, dado que en la práctica es poco probable que los formularios al uso empleen esta misma nomenclatura nos inclinamos por —al menos mientras explicamos el contenido y características del contrato de fletamento por tiempo y por viaje regulado por nuestra LNM— mantener los apelativos habituales de los sujetos del contrato (fletante/fletador) sin perjuicio de incluir en algún apartado la aclaración de referirnos al fletante como porteador a efectos de la LNM.

¹⁴ En su momento señalaba MARTÍNEZ JIMÉNEZ (*Los contratos de explotación del buque*, Barcelona, J. M. Bosch, 1991, p. 259) que en el fletamento por tiempo el aspecto convencional adquiere una singular importancia y que a consecuencia de ello conviene abordar primero la realidad jurídica en la que se fundamenta antes de intentar la formulación de un concepto unívoco del contrato. A pesar del esfuerzo realizado por el legislador y que se ha visto reflejado en el texto de la LNM, no podemos sino suscribir lo ya dicho puesto que incluso la regulación del nuevo texto legal es, como sabemos, dispositiva de manera que en la mayoría de los casos serán las controversias judiciales en la materia las que nos permitan intuir, a demás de los formularios al uso, los elementos esenciales del contrato analizado.

¹⁵ J. DUQUE DOMÍNGUEZ, «La distinción del contrato de fletamento y del contrato de transporte...», *op. cit.*, p. 397.

pero en los primeros rige la libertad de pactos entre las partes y, en el segundo, la normativa es de carácter imperativo —merced a los compromisos internacionales asumidos y lo establecido en el texto de la LNM— pero sin duda alguna, ambos son modalidades de un mismo tipo contractual: el contrato de transporte marítimo¹⁶.

En el caso concreto del fletamento por tiempo, el fletante/porteador se diferencia del porteador de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque en que la gestión comercial del buque en el que estas son trasladadas se realiza en nombre y bajo la responsabilidad del fletador, quedando el capitán y la tripulación del buque bajo las órdenes de este, cuestión que no ocurrirá en el transporte de mercancías determinadas.

En cuanto a la diferencia más acusada entre fletamento por viaje y transporte determinado en régimen de conocimiento de embarque, además de distinguirse por el medio de documentación del contrato, la diferencia más relevante puede encontrarse en relación con el objeto del contrato, puesto que es habitual que el fletador por viaje este interesado en disponer de toda la cabida del buque, mientras que en el otro caso, tal y como su apelativo habitual describe, es esencial el transporte de las mercancías incluidas en el conocimiento, independientemente del espacio que estas ocupen en el buque.

Por otra parte, una distinción común entre los fletamentos por tiempo y por viaje respecto del transporte de mercancías determinadas puede señalarse respecto de la capacidad de los buques empleados en uno u otros contratos para decidir la vía más adecuada para realizar el transporte contratado. Así, en el caso de los fletamentos, suelen emplearse buques *tramp*, es decir que no siguen un rumbo preestablecido marcado por su integración en una ruta concreta, cuestión que sí suele ocurrir en el caso del transporte documentado en conocimiento de embarque, pues en estos se suelen emplear buques *liner*, es decir, integrados en una línea regular preestablecida¹⁷.

Sin embargo, la diferencia más notoria entre fletamentos y transporte determinado creemos se encuentra en el régimen jurídico, pues el fletante podrá exonerarse de responsabilidad por daños o pérdidas ocasionadas a las mercancías cuando pruebe que cumplió con sus obligaciones contractuales o que las pérdidas o averías sufridas no tienen causa en un incumplimiento del fletante o en una falta náutica. Sin embargo, el porteador de mercancías determinadas en régimen de conocimiento de embarque no tiene esta posibilidad a menos que pruebe la existencia de alguna de las causas que expresamente supongan la exoneración de su responsabilidad¹⁸.

¹⁶ A. RECALDE CASTELLS, «Los contratos de utilización de buque...», *op. cit.*, p. 265.

¹⁷ También al respecto, T. J. SCHOENBAUM, *Admiralty and Maritime Law*, 5.^a ed., West, St. Paul, 2012, § 11-1.

¹⁸ Desde el punto de vista del sector doctrinal tendente a interpretar los fletamentos como relaciones jurídicas con un objetivo distinto al transporte, puede añadirse esta diferencia en la finalidad del contrato como otro elemento diferenciador entre estos y el transporte de mercancías en régimen de conocimientos de embarque, *vid.* I. ARROYO, «Art. 204 Fletamento por tiempo y por viaje», en I. ARROYO y J. A. RUEDA MARTÍNEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014...*, *op. cit.*, p. 643.

Por lo que respecta a los elementos diferenciales entre fletamento por tiempo y viaje, habiendo aceptado la unificación de categorías, una de las diferencias más llamativas entre uno y otro es la variabilidad de los gastos derivados de la navegación. En el caso del fletamento por tiempo estos correrán por cuenta del fletador mientras que en el fletamento por viaje responde de ellos el fletante/porteador¹⁹.

Además de ello, es necesario tener en cuenta que en el fletamento por tiempo, como su nombre indica uno de los elementos esenciales del contrato es la determinación de su *duración*. Así, la vigencia del contrato se pacta en relación a fechas determinadas o determinables específicamente, mientras que en el caso del fletamento por viaje existe una variabilidad en el periodo de vigencia pues el elemento esencial es el cumplimiento del *número de viajes* pactados por las partes²⁰.

Consecuencia de las características anteriormente señaladas, y respecto de la determinación de la obligación de navegabilidad, esta podría señalarse como una característica ciertamente diferenciadora entre un contrato y otro. En efecto, en la documentación del contrato de fletamento por tiempo cobra especial relieve la descripción precisa y detallada de las características del buque, como el nombre, el pabellón, la clasificación, velocidad o consumo²¹, pues deviene esencial para el fletador adquirir un buen conocimiento del buque previa asunción de su explotación comercial. No es que estos detalles sea irrelevantes en el fletamento por viaje, sino que en estos casos será el fletante quien deberá conocerlos y asumirlos como parte de los costes operativos de, posiblemente, una relación contractual con el naviero/armador independiente y distinta a la establecida con el fletador²².

Por último, cabe añadir, como elemento práctico de diferenciación entre uno y otro contrato, que en la mayor parte de los formularios al uso en la práctica internacional, se intuye que la pólizas de fletamento por viaje suelen partir del supuesto de carga y transporte de mercancías *homogéneas* —ya sea carga seca o no—²³ cuestión que no es preceptiva en los fletamentos por tiempo.

2.2. El contenido de la regulación de la navegabilidad en el fletamento por tiempo y por viaje

2.2.1. Consideraciones comunes

Dentro de los elementos esenciales de los contratos de fletamento por tiempo y por viaje y que, como hemos podido señalar ya, contribuyen a fundamentar su

¹⁹ Art. 204.2 LNM.

²⁰ Ya señalaba esta diferencia J. M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho del transporte marítimo*, op. cit., p. 66.

²¹ M. I. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *Los contratos de explotación del buque*, op. cit., p. 263.

²² T. J. SCHOENBAUM, *Admiralty and Maritime Law*, op. cit., § 11-8; J. COOKE, J. D. KIMBALL *et al.*, *Voyage Charters*, 4.^a ed., London, Informa Law, 2014, pp. 236 y ss.; T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY *et al.*, *Time Charters*, 7.^a ed., London, Informa Law, 2014, pp. 162 y ss.

²³ *Vid.*, p. ej., el formulario GENCON, MULTIFORM, NORGRAIN, GASVOY, etc. También al respecto, I. ARROYO, «Art. 204 Fletamento por tiempo y por viaje», op. cit., p. 650.

independencia jurídica de otras figuras debemos resaltar en primer término la determinación e individualización del buque²⁴. Así el art. 211 LNM constituye una obligación expresa a cargo del porteador/fletante de poner a disposición del fletador el buque concreto y determinado descrito en detalle en la documentación del contrato.

Consecuencia directa de lo anterior es el cumplimiento de la obligación por parte del fletante/porteador de garantizar la *navegabilidad* del buque²⁵. En efecto, a diferencia del transporte de mercancías documentadas en conocimiento de embarque o del fletamento por viaje, en el fletamento por tiempo, deviene esencial para el fletador el contar con el buque en las condiciones estipuladas en el contrato y durante el tiempo contratado²⁶. A pesar de ello, debe resaltarse la diferencia de status jurídico de este deber, puesto que si bien la regulación anterior parecía más categórica en sus afirmaciones²⁷ en la actualidad la descripción general del deber de navegabilidad recurre a términos amplios que permiten afirmar que este deber engloba también sin lugar a dudas la *cargoworthiness*²⁸ o capacidad para poder llevar y trasladar adecuadamente el cargamento a los destinos previstos²⁹.

A pesar de esta declaración aparentemente categórica, la LNM divide el contenido de la obligación en la navegabilidad inicial y posterior, además de señalar que en el caso de cumplimiento de la obligación de *cargoworthiness* esta deberá estar disponible siempre que deba recibirse carga a bordo³⁰. Respecto al momento inicial del viaje, se ha planteado como solución a la determinación de la naturaleza de la obligación, el interpretar su contenido como objetivo en el momento de iniciarse el viaje —o cada uno de ellos— y subjetivo durante la realización

²⁴ A. EMPARANZA SOBEJANO, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 333; J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 297; I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «Art. 212 Navegabilidad del buque», en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014...*, *op. cit.*, p. 715.

²⁵ Con todo, la LNM regula la navegabilidad en el art. 212 sin señalar distinciones relativas a su contenido en uno u otro *fletamento*.

²⁶ Ya resaltaba su importancia para la ejecución del contrato, J. GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 669; más recientemente, A. EMPARANZA SOBEJANO, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 336.

²⁷ Una revisión del derogado art. 676 del CCo así nos lo confirma. Contraria a esta interpretación, M. I. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *Los contratos de explotación del buque*, *op. cit.*, p. 74. Por otra parte, como señalaba J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, Madrid, Civitas, 1992, p. 31, la interpretación relativa al alcance de la obligación de navegabilidad tenía un variado contenido según se incluyera en uno u otro contrato; también al respecto, M. NAVAS GARATEA, *La navegabilidad del buque en el Derecho marítimo internacional*, San Sebastián, SCP Gobierno Vasco, 2013, pp. 645 y ss.

²⁸ I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «Art. 212 Navegabilidad del buque», *op. cit.*, p. 715; J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 299.

²⁹ M. I. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *Los contratos de explotación del buque*, *op. cit.*, p. 268, realiza una detallada descripción del contenido habitual del deber de navegabilidad distinguiendo entre la navegabilidad técnica, navegabilidad funcional y navegabilidad operativa. Una muestra de la interpretación británica puede encontrarse en A. MOCATTA, M. J. MUSTILL y S. BOYD, *SCRUTTON: On Charterparties...*, *op. cit.*, p. 83; S. BAUGHEN, *Shipping Law*, *op. cit.*, p. 81, también al respecto, J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *La innavegabilidad del buque...*, *op. cit.*, p. 69.

³⁰ J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 29.

del mismo, en aplicación de la referencia a la *diligencia razonable* del fletante/porteador³¹.

Por otra parte, respecto de la navegabilidad técnica derivada directamente del estatus documental del buque, el apartado siguiente (art. 213 LNM) se encarga de expresar y hacer extensible a todos los fletamentos regulados por la LNM el concepto de *legal fitness* derivado del fletamento por tiempo³², en tanto que se prevé que el incumplimiento de las condiciones fijadas en el contrato en materia de descripción de las características técnicas del buque objeto del contrato pueden dar lugar al derecho del fletador a exigir una indemnización por los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

Como ha quedado patente de la explicación anterior, la desventaja principal surgida de la nueva redacción del contenido de la obligación de navegabilidad³³ reside en la disminución de las defensas al alcance del fletador en caso de incumplimiento. Si bien con anterioridad se había establecido que este autorizaba al fletador a extinguir el contrato³⁴, la nueva normativa ofrece alternativas —así, por ejemplo, la reexpedición por cuenta y cargo del porteador/fletante— que denotan los recursos al alcance del fletador en caso de incumplimiento³⁵ y que descartan que —sobre todo en el caso del fletamento por viaje— pueda resolver el contrato por este incumplimiento.

A pesar de ello, este deber jurídico impuesto por la LNM en la práctica derivada de formularios ha sido interpretado de manera exhaustiva en cuanto que su incorporación al contrato resultaría —según nuestras categorías contractuales— en su elevación a la categoría de auténtica obligación contractual en algunos casos³⁶, mientras que en otros solamente otorgaría derecho a la percepción de indemnizaciones o al establecimiento de términos de cumplimiento alternativo³⁷.

³¹ I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «Art. 212 Navegabilidad del buque», *op. cit.*, p. 716. Sobre esta obligación específica, T. J. SCHOENBAUM, *Admiralty and Maritime Law*, *op. cit.*, §§ 11-12.

³² T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY *et al.*, *Time Charters*, *op. cit.*, p. 169.

³³ Vigente el sistema anterior, J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, *La innavegabilidad del buque...*, *op. cit.*, pp. 126 y ss., exponía correctamente los problemas derivados de la aplicación del Convenio de Bruselas a los contratos de transporte tanto fletamentos como en régimen de conocimiento.

³⁴ Art. 688.5 del CCo. Al respecto, M. NAVAS GARATEA, *La navegabilidad del buque*, *op. cit.*, pp. 604 y ss., en relación con el contrato de fletamento por viaje, del mismo autor en relación con la frustración del contrato de fletamento por tiempo, *id.*, p. 712.

³⁵ También en este sentido, J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, «El contenido del contrato de fletamento», *op. cit.*, p. 299.

³⁶ Tal sería el caso de la frustración del contrato por incumplimiento de las obligaciones impuestas al fletante/porteador en el art. 213 LNM.

³⁷ Una explicación técnica iluminadora de este particular puede encontrarse en J. M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho del transporte marítimo*, *op. cit.*, p. 74, en relación con la diferencia entre *conditions*, *warranties* e *innominate terms* en el Derecho británico. También sobre el particular, M. I. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, *Los contratos de explotación del buque*, *op. cit.*, p. 264. Teniendo en cuenta que será a través de este que, en la mayoría de los casos, se interpretará el contrato de fletamento por tiempo, se comprende la necesidad de determinar en cuál de estas categorías se encuentran los diversos compromisos que adquiere el fletante/porteador respecto del fletador. Ello independientemente de la finalidad legislativa expresada en la LNM que, como sabemos, tiene muy pocas posibilidades de ser aplicada directamente.

2.2.2. Elementos particulares

Respecto al contenido específico de la obligación de navegabilidad, en el caso de los fletamentos por viaje, la LNM ha incluido la regulación expresa del contenido del deber de *cargoworthiness* en caso de arribada forzosa por inhabilitación del buque durante la realización de alguno de los viajes³⁸. Así, en estos casos, el fletante/porteador deberá procurar la conservación de las mercancías a la espera de la subsanación de las causas que motivaron la arribada. En caso de que el buque quedara permanentemente inhabilitado o el retraso previsto para su puesta en marcha pudiera causar graves perjuicios a la carga, deberá poner a disposición del fletador el transporte necesario para alcanzar el destino pactado, pues de otro modo desaparecería la obligación de pago del flete³⁹. Al respecto, es necesario señalar que el precepto aludido (art. 224 LNM) deja a salvo los procedimientos habituales seguidos y previstos en caso de avería gruesa, cuestión que nos lleva a señalar la necesidad de tener en cuenta que en el caso de los transportes en régimen de conocimiento de embarque suele ser habitual la remisión a la Reglas de York-Amberes para determinar la clasificación de los diversos grados de avería.

3. La regulación imperativa aplicable a los contratos de transporte marítimo de mercancías

A diferencia de lo que ocurría con el Código de Comercio, que indicaba claramente el carácter dispositivo de las normas en relación al contrato de fletamento, el texto de la LNM no señala en detalle qué preceptos aplicables son imperativos y cuáles son dispositivos sino que opta por hacer una declaración genérica, hecho que dificultará la interpretación de los mismos. Por otra parte, derivado de la equiparación entre fletamento y transporte, en la nueva LNM, el legislador ha optado por dotar del mismo régimen de responsabilidad al porteador en el transporte marítimo, ya actúe en virtud de un contrato de fletamento o un contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Es evidente que en el segundo caso la aplicación imperativa del Convenio de Bruselas de 1924, sobre Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque y sus Protocolos de modificación de 23 de febrero de 1968 y de 21 de diciembre de 1979 (Reglas de La Haya-Visby) es incuestionable. Sin embargo, a los efectos de nuestro objeto de estudio, como es conocido, no es preceptiva su aplicación salvo incorporación expresa en el contrato⁴⁰.

³⁸ La referencia a la normativa vigente con anterioridad debe buscarse en el art. 819 del CCo.

³⁹ I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «Art. 224 Arribada por inhabilitación del buque», en I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ (dirs.), *Comentarios a la Ley 14/2014...*, op. cit., p. 757.

⁴⁰ I. ARROYO, «Art. 203 Concepto», op. cit., p. 628; A. EMPARANZA SOBEJANO, «La responsabilidad del porteador marítimo», en A. EMPARANZA SOBEJANO y J. M. MARTÍN OSANTE, *Comentarios sobre la Ley de Navegación Marítima*, op. cit., p. 380; T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY et al., *Time Charters*, op. cit., p. 5; J. COOKE, J. D. KIMBALL et al., *Voyage Charters*, op. cit., p. 13.

Por otra parte, a nivel comunitario existe normativa reguladora de ciertos aspectos de la navegación marítima que, en determinados casos, afectan al cumplimiento de ciertas obligaciones contenidas en los contratos de transporte marítimo. Como sabemos, los Tratados constitutivos de la Unión Europea, el Tratado de la Unión Europea (TUE), y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) han establecido una serie de órganos legislativos de la Unión Europea, en concreto el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, que a diferentes niveles han ido aprobando un importante volumen de normativa aplicable por los Estados miembros de la Unión. En materia de Derecho marítimo, la adopción de normativa comunitaria se ha efectuado con posterioridad a la creación de normas pertenecientes a otros ámbitos del Derecho. Esta normativa pretende, esencialmente, armonizar las normas de desarrollo para todos los Estados miembros, sin embargo la mayor parte de la normativa comunitaria existente gira en torno al Derecho marítimo administrativo. Tal es el caso de la normativa en materia de seguridad en la navegación⁴¹, la relativa a los protocolos de prevención de accidentes marítimos⁴² o en materia de organismos de inspección⁴³.

Con todo, esta normativa, en tanto forme parte —incluso indirecta— del contenido documental o técnico de la obligación de navegabilidad⁴⁴ puede alterar o dar sentido a ciertos elementos del contrato de fletamento, razón por la cual se incluyen en este apartado relativo a la regulación normativa del mismo.

III. PERSPECTIVA PRÁCTICA EN MATERIA DE NAVEGABILIDAD EN EL FLETAMENTO POR TIEMPO Y POR VIAJE

1. Los mecanismos de conexión con el Derecho anglosajón

Como sabemos, los contratos de fletamento tanto por tiempo como por viaje, así como la mayor parte de los contratos de transporte marítimo se caracterizan por su naturaleza esencialmente internacional, pues en la mayor parte de los casos cada una de las partes contratantes se encuentra en un país diferente. Por ello, la determinación de la ley aplicable al contrato en caso de litigio señala es esencial para determinar la jurisdicción competente para conocer el mismo. Es en este punto en el que se deben emplear las normas de Derecho internacional privado,

⁴¹ Por ejemplo, el Reglamento (CE) 324/2008, de la Comisión, de 9 de abril, por el que se fijan los procedimientos revisados para las inspecciones de la Comisión en el ámbito de la protección marítima.

⁴² Directiva 2002/59/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio, relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo y por la que se deroga la Directiva 93/75/CEE, del Consejo.

⁴³ Reglamento (CE) núm. 391/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques.

⁴⁴ Ya sea que este deba cumplirlo un buque de bandera europea o simplemente uno que pretenda utilizar un puerto europeo, estará sujeto a la normativa comunitaria en esa materia —*Código IMDG*— por mor de su incorporación al acervo comunitario además de por los compromisos adquiridos por España como Estado firmante del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en alta mar (SOLAS), 1974.

respetando tanto el principio de competencia como el de jerarquía de las normas. Como ya es muy conocido en el Derecho marítimo, el Derecho británico otorga gran relevancia a la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección del Tribunal competente para conocer las reclamaciones judiciales y la ley aplicable al mismo. Esta elección puede ser de forma expresa o quedar implícita en el clausulado del contrato. En cuanto a la ley aplicable, y salvo que quede patente una voluntad en contrario de las partes, el Tribunal o el árbitro designado por ellas utiliza y aplica su propia ley. En el supuesto de que no exista pacto alguno de sumisión expresa o de elección implícita, opera el criterio de la ley más estrechamente vinculada al contenido del contrato firmado⁴⁵.

En nuestro caso, la competencia judicial internacional está regulada en el art. 22 de la LOPJ, mientras que los criterios relativos a la determinación de la ley aplicable a las relaciones jurídicas privadas debe buscarse, por regla general en el Código Civil español. A pesar de ello, la ley aplicable a los contratos innominados suele determinarse la sumisión a la normativa que expresamente hayan convenido las partes. En el caso de que no se haya acordado someter el contrato a una determinada ley, operan las normas de conflicto previstas en la legislación interna, disponiendo conexiones como la ley nacional común de las partes, la residencia común o la ley del lugar de celebración del contrato. En relación a la forma del contrato, se suelen exigir las formalidades previstas en la ley aplicable al contenido del contrato, y en defecto de ellas las que se establezcan en el lugar de celebración del contrato o la común de los contratantes. En el caso de que los contratos se hayan celebrado a bordo de un buque, el contrato se entiende celebrado en el país del pabellón del buque.

En el caso de un contrato de fletamento, ya sea por tiempo o por viaje, con un elemento de conexión europeo debería aplicarse a nivel comunitario el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I)⁴⁶. Debemos recordar que esta norma determina la ley aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, siempre en defecto de que las partes hayan elegido expresamente una ley en virtud de la cual regir el contrato firmado. Esta elección debe ser inequívoca y provenir de la libre voluntad de las partes. El Reglamento se basa en tres principios para determinar la ley aplicable a un contrato: el principio de especialidad, la prestación característica⁴⁷ y los vínculos más estrechos. En relación al objeto de este trabajo, el Reglamento

⁴⁵ Otro tanto ocurre con el Derecho norteamericano, sin embargo, por razones de espacio, circunscribimos nuestro análisis exclusivamente al Derecho británico.

⁴⁶ Aplicable a todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca, desde el 17 de diciembre de 2009.

⁴⁷ El principio de la prestación característica, regulada en el art. 4.2 del Reglamento Roma I, solo determinable cuando no resulte de aplicación aquello comprendido en el apartado 1 del referido reglamento, es aquella que distingue un tipo contractual de otros, mientras que el criterio de los vínculos más estrechos, está regulado en el art. 4.4 del Reglamento Roma I y resulta configurado como criterio excepcional, conforme a la naturaleza, contenido y configuración del contrato, haciendo referencia al lugar de residencia de alguna de las partes contratantes o al lugar donde se localiza el objeto determinante del contrato.

Roma I dispone en el art. 5.1 que el contrato de transporte de mercancías, en el que incluimos los fletamentos, se rige por la ley donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre que el lugar de recepción de la carga, el lugar de entrega, o bien el de la residencia habitual del remitente esté situado en el Estado del ordenamiento jurídico que resulta de determinar la normativa aplicable. Como remitente se entiende incluida cualquier persona que haya celebrado un contrato de transporte con el transportista y como transportista aquella persona que se obliga a realizar el trayecto de las mercancías hasta el punto de destino. En el caso de que el contrato presente vínculos más estrechos y profundos con un Estado distinto de aquel en que su ordenamiento resultaría de la aplicación de las normas de conflicto, será de aplicación la ley de aquel otro país, conforme al art. 5.3 del referido Reglamento⁴⁸.

2. Los formularios tipo en el fletamento por tiempo

Una vez conocido el estado de la regulación dispositiva e imperativa, es necesario fijar nuestra atención en la realidad práctica que emana de las pólizas uniformes. Como es conocido en el sector, existe una gran variedad de ellas: entre las más usuales han de ser citadas la póliza *Baltic and International Maritime Conference Uniform Time-Charter, BALTIME*⁴⁹, ampliamente utilizada en nuestro continente para desplazamiento de buques de carga seca. Por su parte el formulario *New York Produce Exchange Time-Charter, NYPE*, formulada por

⁴⁸ En cuanto a las obligaciones extracontractuales, resulta de aplicación el «Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil», denominado habitualmente «Reglamento Roma II». Este Reglamento posee un carácter universal ya que la ley que resulte de la aplicación del Reglamento se aplica aunque el receptor no pertenezca a un Estado miembro. En primer lugar, antes de exponer lo dispuesto en el referido Reglamento respecto a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, prevalece el pacto sobre ley aplicable entre partes cuando la elección sea manifestada de forma expresa y no perjudique a derechos de terceros y, siempre que este haya sido convenido con anterioridad al hecho generador del daño, según lo dispuesto en el art. 14 del citado Reglamento. Incluso puede tratarse de una elección anterior cuando las dos partes desarrollen una actividad comercial. El Reglamento dispone, como regla general, que la ley aplicable al litigio será la del lugar donde se haya producido el daño directo (*lex loci damni*), independientemente del país donde se haya generado el mismo, según lo dispuesto en el art. 4.1 del mismo. Existe una excepción a la regla general, recogida en el art. 4.2 del referido Reglamento, conforme a la cual si en el momento de producirse el daño, tanto la persona causante del daño como la perjudicada tienen su domicilio en el mismo Estado miembro, se aplicará la ley de ese Estado. Asimismo, la «cláusula de escape» constituye otra excepción a la regla general, en virtud de esta, podrá aplicarse a un contrato una ley de un Estado distinto de los mencionados anteriormente, cuando el hecho presente una conexión más estrecha con otro país, tal y como dispone el art. 4.3 del Reglamento Roma II. El Reglamento también contempla reglas especiales de interés para el Derecho marítimo como aquellas referidas al Derecho medioambiental (establecido en el art. 7 del Reglamento Roma II). En este caso, la persona perjudicada puede escoger entre la aplicación de la ley del lugar donde se haya producido el daño directo o la del lugar en el que se produjo el hecho que generó tal daño. Por último, conforme al art. 18, normas que faciliten la acción del perjudicado facultándolo para accionar directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil de la persona responsable, en caso de que aquello sea lo dispuesto en la ley aplicable a la obligación extracontractual o a la ley aplicable al contrato.

⁴⁹ Redactada por la Conferencia del Báltico (BIMCO) en 1909 y revisada posteriormente en 1939, 1950, 1974 y 2001.

primera vez en 1913 y enmendada en múltiples ocasiones⁵⁰ de amplio uso en el ámbito norteamericano también en buques de carga seca. Por otra parte, en el tráfico de contenedores es habitual el recurso a la BOXTIME. En relación con los buques-tanque es más habitual que cada empresa petrolífera prepare un clausulado acorde a sus necesidades. Tal es el caso de la SHELLTIME, BPTIME o MOBILTIME que centran su atención en el transporte de crudo y derivados del petróleo. En este ámbito también debemos mencionar la póliza GASTIME publicada por BIMCO.

De todos estos formularios hemos decidido centrarnos en aquellos que nos parecen de mayor relevancia económica, y por tanto práctica en mercados abiertos. Así, descartamos en esta ocasión la referencia a los formularios relativos a buques-tanque para centrarnos en las pólizas más habituales del mercado de carga seca: BALTIME y NYPE.

Con todo, debe tomarse en cuenta que, incluso en el caso de la utilización de estos formularios estándar, en muchas ocasiones sus usuarios añaden o modifican la póliza para adecuarla al uso concreto requerido, ya sea mediante la incorporación de anexos⁵¹ o directamente mediante el uso de programas informáticos que adecuan el contenido de la póliza antes de su impresión.

2.1. La navegabilidad en la póliza BALTIME

De acuerdo con los elementos previamente analizados en nuestra legislación, en la póliza BALTIME, la primera cláusula se ocupa de determinar no solamente el momento de puesta a disposición del buque objeto del contrato, sino también de determinar al fletante/porteador (*owner*). Sobre este particular, no existe especial mención a la calidad del porteador, en cuanto si es el auténtico armador o es que ha obtenido la gestión del buque a través de alguna otra relación contractual⁵², ello no es necesariamente un inconveniente, sin embargo dada la importancia de las relaciones subyacentes para la determinación de la responsabilidad del porteador/fletante, es un dato que podría servir de utilidad.

En relación a la obligación de navegabilidad, BALTIME no es particularmente extensa en el detalle de las expectativas, pues la fórmula general (*«in everyway fitted for ordinary cargo service»*) puede interpretarse, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial relativa a esta obligación, suficientemente detallada como para comprender tanto la navegabilidad técnica como la funcional y operativa. Por otra parte, es necesario mencionar que este formulario completa la definición de navegabilidad con la obligación de diligencia en el cumplimiento del deber de

⁵⁰ En 1981 fue reeditada por ASBA bajo la denominación ASBATIME mientras que con posterioridad volvió a reformularse y circular como NYPE/93, contando con una muy reciente edición en 2015.

⁵¹ Cuestión problemática si no se tiene el cuidado de aludir claramente a la cláusula del formulario estándar que se pretende dejar sin efecto o modificar. También al respecto, J. M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho del transporte marítimo*, op. cit., p. 71; J. L. GARCÍA GABALDÓN, «Nociones generales sobre las pólizas de fletamento», *Anuario de Derecho Marítimo* núm. 10, 1993, p. 391.

⁵² No es este el caso en la versión 2015 de la NYPE, pues ahora permite ofrecer ese tipo de detalle.

navegabilidad⁵³, diligencia que alcanza no solamente al fletante/porteador sino también al capitán, la tripulación y la equipación. En este sentido, interpretaciones más recientes de la frase *fit for service* o similar⁵⁴ señalan que esta implica una obligación «superior» a la de navegabilidad ordinaria, pues comprende la obligación de que la embarcación estuviera equipada adecuadamente y que contara con todas las autorizaciones y certificaciones necesarias para llevar a cabo el servicio para el que se contrata, o que fuera capaz de obtener dichas certificaciones en caso necesario⁵⁵. En esta obligación también cabría la obligación de adecuar la dotación a las necesidades que razonablemente pudieran surgir de la utilización de la embarcación⁵⁶. En el caso del equipamiento, es necesaria la referencia a *The Arianna*⁵⁷ en la que se subrayaba la diferencia entre una embarcación «navegable» y otra «adecuada» para la navegación, en tanto que la falta de provisión de máquinas limpiadoras de tanques por parte del fletante no permitía calificar a la embarcación como *innavigable*, pero sí como *inadecuada*⁵⁸.

Otra expresión que permite conocer el alcance de la obligación de navegabilidad en relación con el deber de *cargoworthiness* deriva de la regulación de uno los deberes del fletador relativa a las mercancías peligrosas. En efecto, BALTIME es quizá una de las pólizas actualmente más omnicomprendivas en cuanto a la prohibición de embarque de mercancías peligrosas en general. Así la cláusula 2 además de establecer la obligación del fletante/porteador de utilización de puertos seguros a lo largo de la duración de la relación contractual⁵⁹, establece una exclusión expresa de utilización del buque para el transporte de animales vivos y cierto tipo de mercancías, incluyendo una lista no exhaustiva con una declaración general de prohibición de embarque de cualquier mercancía inflamable o peligrosa. Como se colige, este será el límite general al deber de navegabilidad respecto de la carga y la obligación de tener y mantener las condiciones óptimas del buque para la recepción de la carga.

Finalmente, es necesario señalar que a nuestro entender, el formulario BALTIME en su versión más reciente ha procurado mantener la estructura habitual de este tipo de contratos incluyendo en su regulación ciertos detalles relativos a carga y puertos que señalan su vocación de especialización en carga seca y «ordinaria». A pesar de ello, no puede dejar de señalarse que en muchos casos, incluida la regulación del deber de navegabilidad, la formulación de las cláusulas

⁵³ Vid. cláusula 12.

⁵⁴ T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY *et al.*, *Time Charters*, *op. cit.*, p. 160.

⁵⁵ Al respecto, *ibid.*, p. 171, señalan que el contenido de la obligación de tener u obtener todas las certificaciones/documentos para navegar tiene como límite la habitualidad con la que dicha certificación fuera necesaria para atracar en un determinado puerto o no, de manera que solamente en caso de que el documento no fuera habitualmente necesario se exoneraría al fletante de la obligación de tenerlo o tener la capacidad de obtenerlo.

⁵⁶ En este punto es necesaria la referencia a *The Hong Kong fir* [1961] 2 Lloyd's Rep. 478, que utilizaba una póliza BALTIME y en la cual se determinó la falta de navegabilidad de la embarcación debido a las deficiencias profesionales y de número del personal del cuarto de máquinas.

⁵⁷ *The Arianna* [1978] 2 Lloyd's Rep. 376.

⁵⁸ En nuestra doctrina, I. ARROYO MARTÍNEZ y J. A. RUEDA MARTÍNEZ, «Art. 212 Navegabilidad del buque», *op. cit.*, p. 715, ha comentado una obligación similar dimanante de la expresión «adecuado para recibir el cargamento» del art. 212 LNM.

⁵⁹ Al respecto también, *vid.* la regulación de puertos excluidos en la cláusula 14.

parece descansar particularmente en la interpretación judicial ya realizada de ciertos vocablos y frases empleadas por el texto a estudio, ya que, en contraste con otros formularios al uso, el detalle en la descripción de ciertas conductas o el alcance de algunas de las obligaciones aquí explicadas descansa en vocablos genéricos abiertos a múltiples interpretaciones⁶⁰.

2.2. Contenido esencial de la obligación en el formulario NYPE 2015

Hemos señalado ya la evolución histórica del formulario NYPE⁶¹, así, creemos conveniente centrar nuestro análisis en la regulación incluida en la versión más reciente del mismo. Ello no significa que no tomaremos en cuenta el contenido «clásico», sino que este nos servirá de referencia —al mismo tiempo que la póliza BALTIME— para determinar la dirección tomada por la nueva versión del formulario.

Como detalle preliminar al estudio aquí propuesto, debemos mencionar una característica general de esta nueva versión del NYPE, y es que como ya se hiciera con anterioridad para regular la elección de ley aplicable y foros de resolución de conflictos⁶², la versión 2015 emplea las opciones de elección de contenido en numerosas ocasiones, de manera que sea aún mucho más sencillo sin llegar a alterar el documento, amoldarlo a las necesidades de las partes. Para mayor claridad, el texto ofrece, en todos los casos en los que se incluyen alternativas, una opción concreta solamente aplicable si las partes no se han pronunciado expresamente a favor de ninguna de las opciones incluidas en el formulario⁶³.

En primer término, la regulación de navegabilidad del buque recibe un tratamiento extenso. Si la versión de 1993 ya utilizaba una formulación calificada como clarificadora en su momento⁶⁴, el nuevo contenido abunda en detalles en cuanto a la descripción de la funcionalidad técnica requerida de la embarcación a momento de su puesta a disposición⁶⁵, además de detallar la calificación profesional esperada del capitán y la tripulación⁶⁶.

⁶⁰ Quizá la explicación más lógica es la ofrecida por P. TODD, «NYPE 2015: Wholesale reform or an invitation to cherry-pick?», *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2006 (2), p. 308, en cuanto a señalar que BALTIME es una póliza pro-fletante (porteador), mientras que NYPE es una póliza pro-fletador.

⁶¹ *Vid. supra* nota 57.

⁶² A modo ilustrativo, *vid.* cláusula 22 *Dispute Resolution* de la póliza BALTIME.

⁶³ Tal es el caso de las cláusulas 2 (c) *Delivery*, 9 (a) *Bunkers*, y 38 (a) *Slow steaming*, entre otras.

⁶⁴ La cláusula 2 del NYPE 1993 utiliza la misma formulación que BALTIME: «*In every way fitted for ordinary cargo service*», la redacción de la nueva NYPE 2015 separa la obligación de navegabilidad de la de adecuación: «*The Vessel on delivery shall be seaworthy and in every way fit to be employed for the intended service*», de manera que al igual que en el caso del formulario la obligación adquirida va más allá de la navegabilidad «ordinaria».

⁶⁵ Particularmente en referencia al manejo de la carga, aunque debemos hacer mención a la regulación de la velocidad y consumo en la cláusula 12, puesto que se establece la obligación de expresar el ratio de consumo esperable y que, de no cumplirse el fletador pueda reclamar el coste extra asumido por incumplimiento.

⁶⁶ Se exige estar en posesión de las certificaciones STCW, por tanto, si con anterioridad se señalaba una obligación indeterminada de contar con una dotación competente (T. COGLIN, A. W. BAKER, J. KEN-

Relacionado con el cumplimiento de esta obligación la cláusula 6 (*Owners to provide*) señala en mayor detalle las expectativas de cumplimiento técnico que deberá alcanzar el porteador/fletante no solo en cuanto a provisiones y avituallamiento del buque sino también a la documentación necesaria para operar durante toda la duración del contrato⁶⁷. En concreto, la nueva versión incorpora un mayor detalle de los costes a cubrir por el fletante además de señalar como expresa obligación del fletante el pago de los costes de fumigación⁶⁸ y los relativos a aparejos necesarios para retener mercancías especiales.

Por otra parte, la nueva redacción deja claramente establecido que el cumplimiento de la obligación de *cargoworthiness* por parte del porteador/fletador dependerá de la adecuada descripción que el fletante haga de la carga que espera recibir a bordo del buque. En efecto, la NYPE 2015 señala que: «*The Vessel on delivery shall be seaworthy and in every way fit to be employed for the intended service*», y también que las bodegas de carga deben estar preparadas para recibir «*the intended cargo*⁶⁹ [...] or any permissible cargo».

Por lo que respecta a las obligaciones del fletador, en el caso de la determinación de la carga aceptada a bordo, la novedad más relevante es su reordenación en la cláusula 16 bajo el título de *Cargo exclusions*, de manera que ya no forma parte de los primeros preceptos del formulario aunque el contenido material sea esencialmente el mismo, excepto que en este caso el formulario permite añadir algún detalle más de manera que pueda excluirse expresamente algún otro tipo de carga que no este ya descrita en la cláusula general.

NY *et al.*, *Time Charters*, *op. cit.*, p. 172) de utilizarse la versión 2015 del formulario, esta pasaría a ser una obligación específica.

⁶⁷ Certificados de registro, el *International Tonnage Certificate*, certificados relativos a la responsabilidad económica por contaminación, etc. Al respecto, T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY *et al.*, *Time Charters*, *op. cit.*, p. 169, ya habían comentado estos extremos en cuanto a la necesidad de que el buque sea *legally fit* aunque sin la especificación de la nueva versión. Anteriormente la disputa habitual se hallaba en determinar la solución a su incumplimiento debido, precisamente, a su contenido inespecífico. Por otra parte, respecto a la versión anterior de la NYPE, puede afirmarse que la jurisprudencia anglosajona había determinado que esta obligación de cumplimiento documental no requiere que el fletante tenga, a momento de comenzar la vigencia del contrato, todos los certificados de todos los puertos que es plausible visitar durante la vigencia del contrato, sino que esta obligación dependerá de el tipo de documentación que sea habitualmente necesario haber obtenido por los buques que realizan esas travesías, *vid. id.*, p. 171.

⁶⁸ Con anterioridad este punto había sido sujeto de controversia al entenderse tradicionalmente que la capacidad de recibir la carga no debía necesariamente ser absoluta, pues bastaba que en el momento de recibir la carga esta pudiera serlo sin mayor dilación (*de minimis rule*) para el fletador incluso si, como ilustraba *The tres flores* [1972] 2 Lloyd's Rep. 284, en el momento de *delivery* la embarcación precisaba la fumigación de las bodegas de carga.

⁶⁹ T. COGHLIN, A. W. BAKER, J. KENNY *et al.*, *Time Charters*, *op. cit.*, p. 173, señalaban respecto de anteriores versiones del NYPE que el fletador no necesariamente debía contar con equipamiento especial para cualquier tipo de carga «especial», sino que solo con aquel que fuera habitualmente necesario para carga ordinaria. La redacción 2015 sin duda ha tenido en cuenta las controversias surgidas en este punto y por ello incluye la referencia a la carga propuesta.

3. La navegabilidad en el formulario GENCON del fletamento por viaje

Al igual que en el caso de los fletamentos por tiempo, en el fletamento por viaje es habitual que los formularios al uso estén destinados a utilizarse según el tipo de carga: habitualmente la carga seca utiliza los modelos GENCON o MULTIFORM. En cambio, si la carga es líquida, los formularios aplicables pueden ser tanto la INTERTANKVOY 1976, como la TANKERVOY 1987⁷⁰. De todos ellos, por coherencia con el criterio de elección de formularios utilizados en carga seca nuestro análisis se centrará en el contenido de la obligación de navegabilidad del formulario GenCon.

De acuerdo con la percepción general, la cláusula 2 del GENCON 1994 a pesar de hacer referencia a la responsabilidad del fletante contiene, en realidad, una amplia exoneración de la misma⁷¹ pues los casos de responsabilidad se encuentran limitados a aquellos en los que la estiba incorrecta o negligente hubiera sido realizada por este y no por el fletador, o en los casos de falta de diligencia personal de quienes estuvieran a cargo de la administración del buque —siempre que sean distintos de los empleados o agentes del fletante y por quienes este sería en todo caso responsable— o por causas motivadas por los actos o faltas personales de dichos individuos.

En el primer caso, la estiba incorrecta o defectuosa es, con toda probabilidad el concepto más amplio de los tres ya mencionados. Al respecto, la jurisprudencia anglosajona señala que su definición debe realizarse *a sensu contrario* de las Reglas de La Haya en cuanto estas se refieren a una estiba *adecuada y cuidadosa*⁷², sin embargo, ello no significa que en todos los casos se reconocerá la responsabilidad pues en ciertos casos la distinción dependerá del tipo de acción llevada a cabo⁷³.

En este punto es menester recordar, tal y como ya ha quedado expresado al analizar el contenido de esta obligación en la LNM, que la obligación de navegabilidad como «garantía implícita absoluta» comprende la *cargoworthiness* que comprendería el deber del fletante de prever los casos en los que la estiba de la carga a su cargo pueda resultar en daños a la mercancía⁷⁴. Al respecto,

⁷⁰ También se han desarrollado formularios en función del cargamento que se requiera transportar o en función de un tráfico determinado, a modo de ejemplo la BIMCO ha desarrollado los formularios POLCOALVOY, CEMENCO o GASVOY, entre otros, pero también existen pólizas tipo integradas dentro de este grupo y desarrolladas por otros organismos, como por ejemplo ORE7 o BALTIMORE C. Por último, debemos mencionar los formularios redactados por empresas que utilizan muy frecuentemente contratos de fletamento, y por ello suelen ser denominados modelos «de casa»: ASBATANKVOY, SHELLVOY, etcétera.

⁷¹ J. COOKE, J. D. KIMBALL *et al.*, *Voyage Charters*, *op. cit.*, p. 228.

⁷² *Ibid.*, p. 230.

⁷³ A modo de ejemplo, en casos en los que el daño es causado para remover la carga del buque esta acción no estaría de acuerdo con la descripción contenida en la cláusula 2, sin embargo, si los daños ocurren en el momento de cargar la mercancía en el buque, sí habría una negligencia por la que debería responder el fletante, *vid. The Visurgis* [1999] 1 Lloyd's Rep. 218 Queen's Bench Division (Admiralty Court).

⁷⁴ Siempre y cuando el deber de diligencia tenga en cuenta los estándares y prácticas de la rama de actividad en cuestión, y dichos estándares y prácticas sean razonables, *The westerdok* (M.D.C. Ltd. v.

también es necesario señalar que el contenido básico de deber de navegabilidad comparte muchas características con las ya señaladas para los fletamentos por tiempo⁷⁵.

Por lo que respecta al contenido de la obligación de navegabilidad respecto de las condiciones técnicas generales del buque, es necesario reiterar la necesidad de cumplimentar esta obligación a la luz de los deberes de implementación de medidas y medios de seguridad incluidos —a modo de ejemplo— en el Código ISM. Cuestión que no obsta para señalar que el mero cumplimiento de estos deberes documentales no basta para probar la efectiva navegabilidad del buque⁷⁶, aunque sí son tomados como un buen indicio de la diligencia del fletante.

En relación con el segundo supuesto de responsabilidad, su contenido debe entenderse en el contexto de sociedades de gestión naviera que pueden o no formar parte de la empresa llamada a responder como fletante de acuerdo con la redacción del contrato. Por ello, para determinar la aplicabilidad de la responsabilidad prevista en este caso, deberá previamente determinarse si el individuo responsable del daño puede subsumirse o no en alguna de las categorías de responsabilidad prevista para el fletante o no⁷⁷.

Por último, la tercera categoría de conductas de responsabilidad del fletador comprenden a todos los individuos previamente identificados en el supuesto anterior, pero en este caso la conducta dañosa que origina responsabilidad puede estar causada por otro tipo de actuación no necesariamente comprendida en la *negligencia*. A este respecto se ha apuntado que un buen referente del tipo de acción o acto comprendido en este punto es el que se incluye en el art. IV, reglas 2 (i) y 3 de las Reglas de La Haya-Visby⁷⁸.

IV. CONCLUSIONES

Ha quedado establecido que la regulación propuesta por la LNM en materia de fletamento por tiempo y por viaje tiene el objetivo de incorporar a nuestra legislación la regulación más acorde con la práctica actual en la materia. Por ello creemos que debe ponerse en valor este esfuerzo y propugnar, en la medida de lo posible, el uso, si quiera residual de dicha normativa. Ello contribuiría a generar una base interpretativa de acuerdo con los principios generales seguidos por la legislación española además de contribuir a clarificar aspectos prácticos siempre necesitados de interpretación y contenido.

N. V. Zeevoort Maatschappij «Beursstraat») [1962] 1 Lloyd's Rep. 180, más recientemente *The Kriti Rex* [1996] 2 Lloyd's Rep. 171, volvió a pronunciarse sobre el contenido de la obligación de tener lo necesario para hacer frente a los peligros «ordinarios» de la navegación.

⁷⁵ Así lo demostró recientemente *The Aconcagua* [2010] 1 Lloyd's Rep. 1, en cuanto a la necesidad de tener el equipamiento y sistemas de la embarcación en un estado de *readiness* adecuado.

⁷⁶ J. COOKE, J. D. KIMBALL *et al.*, *Voyage Charters*, *op. cit.*, p. 237.

⁷⁷ El caso más relevante al respecto en la jurisprudencia británica así lo señala, *The Lady Gwendolen* [1965] 1 Lloyd's Rep. 335, Court of Appeal.

⁷⁸ J. COOKE, J. D. KIMBALL *et al.*, *Voyage Charters*, *op. cit.*, p. 252.

Por otra parte, es innegable que el ejercicio de la libertad contractual hará esta labor muy difícil puesto que es evidente que las opciones de regulación a través de formularios estándares convienen a los operadores del mercado con auténtica fuerza negociadora, de manera que serán estos los que seguramente continuarán acumulando el grueso de los contenidos de estos contratos. En este trabajo hemos intentado centrarnos en los aspectos más relevantes del contenido de la obligación de navegabilidad en los contratos de fletamento por tiempo y por viaje, conscientes de que tal objetivo solo puede cumplirse haciendo uso de una enorme simplificación y esquematización que puede dejar muchas incógnitas importantes sin resolver. Sin embargo, esperamos que aquellas referencias que sí se han realizado contribuyan a la mejor comprensión y discusión del contenido de esta obligación en los contratos de fletamento.