

## LA OBLIGACIÓN DE PROVEER LA NAVEGABILIDAD DEL BUQUE EN EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1924

*Fernando Jiménez Valderrama\**

En las diversas modalidades jurídicas, bajo las cuales se realiza actualmente el transporte marítimo de mercancías, el concepto de navegabilidad del buque continúa jugando un papel fundamental en la definición de las distintas obligaciones que debe cumplir la parte encargada de la realización del transporte (fletante en el contrato de fletamento; porteador en el contrato de transporte marítimo de mercancías). Si bien el concepto de navegabilidad del buque puede entenderse lógicamente en las formas jurídicas fletamentarias, no sucede lo mismo cuando pretende articularse dentro del conjunto de obligaciones que nacen por la celebración de un contrato de transporte marítimo de mercancías bajo la modalidad de conocimiento de embarque, que actualmente se formula bajo la idea de la existencia de una sólo obligación genérica de transporte, considerada como obligación de resultado. A pesar de ello, la normativa vigente (artículo 1582 del Código de Comercio Colombiano, artículos 3,1 y 3,2 del Convenio de Bruselas y artículo 5 de la Ley de Transporte Marítimo Española de diciembre de 1949) menciona la navegabilidad como un deber de cumplimiento por parte del porteador. Por tanto resulta necesario, y a pesar de las dificultades de orden lógico - jurídico, intentar comprender la navegabilidad dentro de la figura del Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías.

165

\* Abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Doctor en Derecho Universidad de Salamanca, Profesor de la Universidad del Valle.

En este trabajo intentaremos presentar cual es el concepto y las características de la obligación de navegabilidad en el Convenio de Bruselas de 1924<sup>1</sup>, acudiendo a la interpretación que sobre este punto se ha realizado tanto en la jurisprudencia británica como las doctrinas francesa y española.

## 1. LA OBLIGACIÓN DE NAVEGABILIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

### 1.1. *En el derecho inglés*

Dentro de la estructura jurídica anglosajona, la obligación de navegabilidad ha ocupado un lugar específico asignado por los tribunales a través de las múltiples decisiones que se han emitido sobre su materia. La calificación que se le asigna no tiene un interés meramente teórico, sino que comporta consecuencias importantes frente a la sanción jurídica que se produce en caso de incumplimiento. Veamos cuál es la posición de la obligación de navegabilidad dentro de este entramado.

166

En el derecho inglés la navegabilidad constituye una cláusula implícita en el contrato (*implied undertaking*)<sup>2</sup>. Ello quiere decir, que las partes no necesitan establecerla expresamente en el contrato, porque es reconocida como parte de él por los tribunales, en cuanto que constituye un elemento necesario para dar al negocio jurídico la eficacia negocial propuesta<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Nos referimos al Convenio Internacional para la Unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924. A pesar de que Colombia no haya ratificado aún este Convenio, su normativa tiene una importancia fundamental en la regulación de los Contratos de Transporte Marítimo de Mercancías que se celebran en el ámbito internacional (incluyendo aquellos celebrados y/o ejecutados en nuestro país). La fuerza normativa del Convenio en estos casos, viene dada generalmente porque contractualmente las partes lo establecen como regulador de sus relaciones de transporte.

<sup>2</sup> Cfr. CARVER - COLINVAUX, Raoul: *Carver's Carriage by Sea*, London, Stevens & Sons, 13 ed., pág. 105; SCRUTTON, Thomas Edward: *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*/ Lennox McNair, W. y Mocatta, Alan, London, Sweet & Maxwell, 19th. ed., 1984, pág. 82; CHORLEY, Robert Samuel: *Shipping Law*/Njj Gaskell, C. Debattista, Rj Swatton, London, 8 ed., Pitman, 1992, pág. 181; WILSON, John: *Carriage of Goods by Sea*. London, Pitman Publishing, 2nd. ed., 1993, pág. 9.

<sup>3</sup> Cfr. CHESHIRE FIFOOT & FURMSTON, M. P.: *Law of contract*. London, Butterworths, 12 ed., 1991, pág. 133.

Dentro de la clasificación de *conditions, warranties e intermediate terms*, la jurisprudencia inglesa ha clasificado la navegabilidad como *intermediate term*, por lo cual ante su incumplimiento, si la contraparte se ve privada substancialmente del completo beneficio que perseguía con el contrato, puede “repudiar” (*repudiation*) el contrato o bien en caso contrario, puede solicitar la indemnización por daños y perjuicios<sup>4</sup>.

En el *Common law* se entiende por deber de navegabilidad (*seaworthiness*) la obligación para el porteador de proveer una nave adaptada para hacer frente a los peligros del mar y otros riesgos a que pueda ser expuesta en el curso del viaje. La navegabilidad del buque en el derecho anglosajón presenta las siguientes características:

**a) Carácter absoluto de la navegabilidad**

A diferencia de lo establecido posteriormente en el Convenio de Bruselas, para el *Common law británico* la obligación de navegabilidad es de resultado<sup>5</sup>. La obligación de navegabilidad se configura como una garantía implícita que, salvo estipulación en contrario, hacía responsable al armador de los vicios ocultos del buque. Es decir, en virtud de dicho vínculo jurídico el porteador o naviero debe proporcionar efectivamente un buque navegable, sin que baste el hecho de desplegar la debida diligencia para procurar dicha navegabilidad.

167

En virtud de este criterio conceptualmente riguroso, el porteador se obligaba frente al cargador, en forma absoluta, a utilizar un buque

<sup>4</sup> Debe recordarse que en materia de contratos en el derecho inglés existen tres tipos de cláusulas (*terms*): *conditions, warranties e intermediate terms*. La distinción entre cada una de ellas tiene importancia por cuanto, según se clasifiquen, se generan consecuencias diferentes ante su eventual incumplimiento. Las *conditions* son cláusulas esenciales cuyo incumplimiento anula el contrato en su totalidad; las *warranties*, que son cláusulas que contienen vinculaciones no esenciales, ante su incumplimiento autorizan a la contraparte para pedir una indemnización por daños y perjuicios. Por último, por el incumplimiento de una cláusula *intermediate term* la contraparte puede resolver el contrato dependiendo de la gravedad del incumplimiento. Cfr. CHORLEY & GILES: *Derecho Marítimo*, Traducida por Fernando Sánchez Calero, Barcelona, Bosch, 4 ed., 1962, pág. 157; SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*. Madrid, Civitas, 1a. ed., 1992, pag. 79; WILSON, John: *Ob. cit.*, pág. 11.

<sup>5</sup> Cfr. TETLEY, W.: *Due diligence and Seaworthiness*. En: *Studi in Onore di G. Berlingieri*, Genova, Il Diritto Marittimo, 1964, pág. 575; POLO, Eduardo: *Alcance de la responsabilidad del fletante y del porteador por falta de navegabilidad inicial del buque*. En: *Revista Jurídica de Cataluña*, 1969, pág. 898.

navegable para el transporte, con suficiente capacidad para el traslado adecuado de las mercancías, e igualmente asumía la obligación de proporcionar un buque con condiciones idóneas para hacer frente a los peligros del mar, debiendo responder en todos los casos en que la ausencia o los defectos de navegabilidad hubiesen infringido daños a las mercancías, aún en el caso de haber desplegado la diligencia razonable o debida.

168 Como podemos observar, se trata de un criterio absoluto y muy riguroso para el porteador de las mercancías, el cual en caso de innavegabilidad del buque, con daño de las mercancías, hacía frente a una verdadera responsabilidad objetiva. A pesar de la existencia de esta reglamentación, en la práctica de la negociación marítima la situación era muy diferente debido a la profusión con que se utilizaban las cláusulas limitativas de la responsabilidad que permitían impedir la aplicación de los principios del *common law*, sustituyéndolos por un esquema más favorable a los intereses de los porteadores. A partir de esta situación, a todas luces contraproducente para los países cargadores, se inició la reforma de la legislación con el fin de configurar un ordenamiento imperativo que no pudiese ser modificado por quienes intervenían en este tipo de negocios. Simultáneamente, y con vistas a no trasladar todas las consecuencias derivadas del incumplimiento a la parte porteadora, era necesario cambiar la obligación de navegabilidad, tal como la concebía el derecho británico, convirtiéndola de obligación de resultado a obligación de medios. El *Harter Act* de 1893 significa el tránsito en esta evolución, que examinaremos más adelante, cuanto estudiemos la obligación de navegabilidad en el marco del Convenio de Bruselas de 1924.

### ***b) Contenido de la obligación de navegabilidad***

El concepto de navegabilidad del buque no sólo se limita al deber del porteador de proveer una nave físicamente apta para realizar la aventura marítima, sino que también incluye el compromiso para dotarla de un equipo conveniente y una tripulación suficiente y competente para la realización del viaje. Adicionalmente, incluye la

debida capacidad e idoneidad del buque para recibir y transportar convenientemente la carga (*cargoworthiness*), así por ejemplo, hace parte de la navegabilidad de un buque que las bodegas sean aptas y seguras para las mercancías y que los frigoríficos de la nave estén funcionando<sup>6</sup>.

### c) *Relatividad de la navegabilidad*<sup>7</sup>

Finalmente, la navegabilidad se caracteriza en el derecho inglés por su relatividad. Con esto quiere decirse que su concepto si bien contiene elementos teóricos claramente delimitados por el *Common Law*, en la práctica se aplica con relación al viaje concreto que realizará el transportador y a la mercancía que es objeto del transporte. De esta manera un buque puede perfectamente ser navegable para efectos de transportar una mercancía determinada a un puerto dado y puede no serlo para realizar otra travesía en la que se presenten diferentes circunstancias (por ejemplo, cuando la ruta a seguir normalmente ofrece condiciones más peligrosas, o bien, cuando se trata de una mercancía que requiere cuidados específicos). En conclusión, cada caso debe ser evaluado de acuerdo con sus circunstancias específicas<sup>8</sup>.

169

La relatividad de la obligación de navegabilidad y su consideración casuística a nivel jurisprudencial ha conducido a que en

<sup>6</sup> Casos *Cargo per Maori King vs. Hugues* ([1895] 2 QB 550), *Tattersall vs. National Steamship Co.* ([1884] 12 Q.B.D. 297 y *Stanton vs. Richardson* ([1874] 9 C. P. 390). Cfr. WILSON, John, Ob. cit., págs. 12 y 13; IVAMY, Hardy E.R.: *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea*. London and Edinburgh, Butterworths, 13 ed., 1989, pág. 111.

<sup>7</sup> Se dice que la navegabilidad es objetiva o absoluta, si se refiere a las condiciones que debe reunir el buque para hacerse a la mar y afrontar los riesgos de la navegación, con independencia de cualquier otra circunstancia que no sea el propio buque. Por el contrario, hablamos de una navegabilidad relativa cuando se hace referencia a la idoneidad de un buque determinado en función del viaje que debe emprender y de la naturaleza del transporte para el cual ha sido contratado, incluyendo la capacidad para recibir la carga. Cfr. POLO, Eduardo: Ob. cit., pág. 872.

<sup>8</sup> La innavegabilidad es una cuestión de hecho que debe analizarse en cada caso: En los casos *Northumbrian Shipping Co. Ltd. vs. Canadian Government Merchant Marine Ltd.* ([1939] AC 397), *The Makedonia, Owners of Cargo Laden on Makedonia vs. Makedonia Owners* ([1962] P 190) se consideró que se había producido innavegabilidad por falta de provisión de combustible para el viaje propuesto. En el caso *Riverstone Meat Co. Pty Ltd. vs. Lancashire Shipping Co. Ltd.* ([1961] AC 807), había innavegabilidad por un diseño de la nave defectuoso; o en el caso *President of India vs. West Coast SS Co., The Portland Trader* ([1964] 2 Lloyd's Rep 443, *US Court of Appeals*, existía innavegabilidad por no haber equipado a una nave con un radar, a pesar que este no se consideraba esencial para la navegación tramp. Cfr. IVAMY, Hardy E.R.: *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, pág. 113.

muchas ocasiones las compañías porteadoras no sepan con certeza cuales son las prestaciones concretas a las que están obligadas con el fin de cumplir con el deber de navegabilidad; ello las ha motivado en la práctica a realizar una “supervigilancia” de las condiciones de navegabilidad, con el fin de evitar cualquier incumplimiento que les pueda generar obligaciones indemnizatorias.

Como puede observarse, la obligación de proporcionar un buque navegable, tal como ha sido entendida en el *Common Law*, impone al porteador una pesada carga, que ha generado una reacción por parte de las compañías porteadoras que eludían frecuentemente el propósito legal, insertando en la práctica, fórmulas para limitar o excluir esta obligación. El principio de libertad contractual en virtud del cual es plenamente legítimo para las partes el establecer las condiciones que regirán su relación jurídica, permitía esta serie de pactos, muchas veces abusivos.

170 A pesar de que bajo este esquema la jurisprudencia inglesa reconocía y respetaba el principio de la autonomía de la voluntad como orientador de las relaciones contractuales entre particulares, la situación abusiva que frecuentemente se presentaba, hizo que los tribunales optaran por darle una interpretación restrictiva a este tipo de cláusulas atendiendo a su carácter puramente excepcional; así en el caso *Nelson Line v. Nelson* [1908] A.C. 16<sup>9</sup>, en el que se discutía el alcance de una cláusula que liberaba al porteador de responsabilidad “por cualquier daño a las mercancías que puedan ser cubiertas por el seguro” fue declarada dicha cláusula como no efectiva para excluir la responsabilidad resultante de la innavegabilidad. Para el Tribunal una referencia general a la exclusión de la responsabilidad del porteador, como la utilizada, no es suficiente para eliminar la responsabilidad por innavegabilidad del buque<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Citado por WILSON, John, Ob. cit., pag. 10.

<sup>10</sup> Otros casos citados por la doctrina inglesa, en los cuales se aplica el mencionado criterio restrictivo en la evaluación de las cláusulas limitativas de responsabilidad contractual son los siguientes: *Ingram & Royle Ltd. vs. Services Maritime du Treport* ([1914] 1 KB 541), *Tattersall vs. National SS Co.* ([1884] 12 QBD 297). Cfr. IVAMY, Hardy E.R.: *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, pág. 111 y 112.

## 1.2. En los derechos continentales

La referencia a los derechos continentales vigentes antes de la firma del Convenio de Bruselas de 1924, no alcanza a tener el interés que en este tema tuvo el derecho anglosajón. Ello tiene una explicación: mientras el tratamiento de la navegabilidad por el derecho anglosajón constituyó fuente directa de la reglamentación del Convenio de Bruselas, las mismas reglamentaciones procedentes de los derechos continentales apenas tuvieron alguna influencia en su elaboración final. Por lo tanto, examinando este punto desde una perspectiva actual, estas referencias del derecho continental tendrían apenas el valor de una referencia histórica, que poco aporta al punto que tratamos, por lo cual no nos detendremos en su análisis, sin perjuicio que examinemos brevemente una de sus características fundamentales que contrastan abiertamente con el régimen planteado en las Reglas de la Haya - Visby<sup>11</sup>: la obligación de navegabilidad entendida como de resultado.

171

Paralelamente a lo establecido por el *Common Law*, en el derecho continental existe igualmente un reconocimiento al principio de libertad de pactos, que permite la validez de cláusulas que excluyan la responsabilidad del porteador. Una libertad de este tipo constituye una garantía importante en favor de los intereses de los navieros o porteadores. Al igual que el derecho anglosajón, el derecho continental concibe la obligación de navegabilidad como una obligación de resultado, constitutiva de una garantía del estado del buque por parte del porteador frente a los cargadores. De esta forma, desde la Ordenanza Francesa de 1681, se establece la responsabilidad del porteador por la navegabilidad del buque, de la cual no puede exonerarse, en ausencia de pacto en contrario, ni siquiera alegando la existencia de

---

<sup>11</sup> Cuando mencionamos las *Reglas de la Haya-Visby*, nos referimos al Convenio de Bruselas de 1924, modificado por los protocolos de 23 de febrero de 1968 (Reglas de Visby) y de 21 de diciembre de 1979.

vicios ocultos. A partir de la Ordenanza Francesa de 1681, esta misma regla pasó al Código de Comercio Francés de 1807<sup>12</sup>.

La incorporación que hizo la legislación francesa del Convenio de Bruselas de 1924, mediante la ley de 2 de abril de 1936, fue parcial, en cuanto se apartó de su texto literal. Mientras la normativa del Convenio imponía al naviero la obligación de observar una debida diligencia en el cumplimiento de la obligación de navegabilidad del buque, la ley francesa omitía cualquier referencia a la naturaleza de esta obligación (como de mera diligencia o de resultado), por lo cual mantenía su vigencia el artículo 297 del Código de Comercio Francés que obligaba al naviero a garantizar el estado de navegabilidad del buque en el cual se realizaba el transporte<sup>13</sup>. Lo que originalmente se diseñó en el Convenio como obligación de medios, se convirtió, en el Derecho Francés, en una obligación de resultado, o lo que es igual, el porteador pasa de tener que realizar una actividad diligente, tendente a la puesta en condiciones de la nave, a responder de que el transporte será cumplido en condiciones de navegabilidad.

172

Posteriormente, con la promulgación de la Ley número 66-420 de 18 de junio de 1966, reguladora de los contratos de fletamento y de transporte marítimo, la legislación francesa cambia de orientación y adopta los postulados del Convenio de Bruselas de 1924 en cuanto a la obligación de realizar debida diligencia para poner el buque en estado de navegabilidad. En el Capítulo III, art. 2, a), establece que a pesar de haber pactado cualquier estipulación contraria (régimen imperativo), el transportista estará obligado, antes y al inicio del viaje, a desplegar una diligencia para poner el buque en estado de

---

<sup>12</sup> En el título III, art. XIII de la Ordenanza Francesa de 1681 se establecía: “*Si toutesfois le Marchand prouvoit que lors que le Vaisseau a fait voile, et estoit incapable de naviger, le Maistre perdra son fret, et répondra des dommages et interest du Marchand*”. Cfr. PARDESSUS, J.M.: *Collection de lois maritimes antérieures au XVIIIe. siècle*. Paris, L'imprimerie royale, 1845, pág. 362; DANJON, Daniel: *Tratado de Derecho Marítimo*, Traducción de A. Rodríguez Ramón, Editorial Reus, Ira. ed., Tit. III, Tomo II, 1934, pág. 378 y RODIÈRE, René y DU PONTAVICE, Emmanuel: *Droit Maritime*. Dalloz, 11 ed., 1991, pag. 216.

<sup>13</sup> Cfr. FRAIKIN, Guy: *Traité de la Responsabilité du transporteur maritime*. Paris, Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1957, 464 pp.

navegabilidad, teniendo en cuenta el viaje que debe efectuar y las mercancías que debe transportar<sup>14</sup>.

Por su parte, el Derecho Español, en el régimen establecido en el Código de Comercio (art. 676), que continúa aplicándose a los transportes marítimos no regulados por la Ley de Transporte Marítimo de 1949, consagra una obligación de resultado en lo que a la obligación de navegabilidad se refiere. Esta disposición contrasta con la asumida en este tema por la Ley de Transporte Marítimo de 1949, que adopta, como obligación de medio, el criterio en la puesta del buque en estado de navegabilidad, aunque como ya lo hemos mencionado, esta última regulación opera sobre criterios imperativos, a diferencia del planteamiento establecido en el Código de Comercio que autoriza pactar en contra cuando así lo consideren las partes interesadas en el negocio.

## 2. LA OBLIGACIÓN DE NAVEGABILIDAD EN EL CONVENIO DE BRUSELAS DE 1924

173

### 2.1. *La debida diligencia como eje central de la obligación de navegabilidad en el Convenio de Bruselas de 1924*

Una de las principales innovaciones del *Harter Act* norteamericano de 1893 en la regulación del transporte marítimo es la incorporación del concepto de debida diligencia (*due diligence*), como presupuesto necesario para derivar la existencia de responsabilidad en cabeza del porteador. Este criterio fue integrado al articulado del Convenio de Bruselas, provocando un cambio sustancial en la apreciación de la obligación de proveer la navegabilidad del buque.

A partir de la introducción de la idea de la debida diligencia, la navegabilidad ya no constituye una garantía absoluta del estado de

<sup>14</sup> Capítulo III, Artículo 21: "*Nobstant toute stipulation contraire, le transporteur sera tenu, avant et au début du voyage, de faire diligence pour:*  
a) *Mettre le navire en état de navigabilité, compte tenu du voyage qu'il doit effectuer et des marchandises qu'il doit transporter.*

navegabilidad del buque, sino que ahora es necesario evaluar la existencia, o no, de un comportamiento debidamente diligente del porteador para establecer su responsabilidad<sup>15</sup>.

Desde el punto de vista de los ordenamientos jurídicos europeos continentales, esta nueva orientación del problema implica una nueva perspectiva en materia de responsabilidad del porteador, pasando de una responsabilidad objetiva<sup>16</sup> por el hecho mismo de la innavegabilidad a una responsabilidad por culpa, en la que el porteador responderá sólo por aquellos daños que hayan sido causados por la falta de navegabilidad del buque, causados por su falta de diligencia. Se modifica así lo establecido hasta el momento en legislaciones anteriores, en virtud de las cuales el porteador respondía en todo caso de falta de navegabilidad de la nave aún habiendo realizado diligentemente conductas tendentes a proveer dicha navegabilidad.

174 Conceptualmente, esta nueva perspectiva altera la categoría de obligaciones dentro de la cual podemos integrar la navegabilidad del buque. Si el naviero, como deudor de la obligación de navegabilidad, cumple ejerciendo diligentemente actos tendentes a obtener dicha navegabilidad, es claro que nos encontramos frente a una obligación de medios, en vez de una obligación de resultado, como la consagrada en los ordenamientos anteriores.

La evolución del concepto de navegabilidad desde una obligación de resultado a una obligación de medios, tiene consecuencias muy importantes especialmente en materia de responsabilidad. Como ya lo hemos explicado en párrafos anteriores, esta nueva situación no

---

<sup>15</sup> En opinión de CHORLEY & GILES mediante la incorporación de la idea de debida diligencia se consigue equiparar la situación del porteador (*common carrier*) a la del depositario ordinario y hacerlo responsable por negligencia. Cfr. CHORLEY & GILES: Derecho Marítimo, pág. 166.

<sup>16</sup> En criterio de POLO, la obligación de navegabilidad consagrada en el artículo 676 del Código de Comercio Español traduce la primitiva responsabilidad del derecho romano clásico. La garantía de los vicios del buque es la única que puede prosperar para justificar la responsabilidad absoluta del fletante por daños y perjuicios originados por falta de navegabilidad del buque. Si el naviero responde por el mero hecho de quedar demostrada la innavegabilidad, lo que hace es garantizar los vicios del buque. Es un típico caso de imposición legal en el cual se establece una responsabilidad basada en el riesgo profesional como manifestación de la responsabilidad objetiva. Cfr. POLO, Eduardo: Ob. cit., pág. 886 y ss.

ha tenido origen en el azar, sino que responde a un conflicto de intereses entre el porteador y el cargador, decantándose a primera vista a favor de los intereses del primero. Sin embargo, como veremos más adelante, un balance de toda la normativa consagrada en el Convenio de Bruselas, resulta más favorable para los intereses de los cargadores, especialmente en la medida que impone un régimen de responsabilidad del porteador imperativo del cual no pueden apartarse los contratantes al momento de celebrar el contrato de transporte marítimo de mercancías.

Igualmente, dicha evolución refleja las necesidades jurídicas de dos épocas cuyos sistemas económicos eran diferentes. En un primer momento, la situación contemplada en los ordenamientos jurídicos vigentes correspondía a una realidad, en donde la navegación era menos desarrollada y menos compleja, en forma tal que se permitía un mayor nivel de exigencia en la responsabilidad del porteador de las mercancías. Esta época coincide con la formulación legal codificada, que por un lado establecen una responsabilidad rigurosa del porteador si se prueba el hecho mismo de la innavegabilidad del buque y por otro permiten a los porteadores y sus asociaciones eludir dicha responsabilidad pactando expresamente la no responsabilidad, basándose en el principio de libertad de pactos, manifestación de la autonomía de la voluntad privada como pilar de la contratación en derecho privado.

175

A partir de la codificación, se empiezan a producir cambios que alterarán considerablemente la forma de realización de transporte marítimo, se produce un mejoramiento de las técnicas de transporte y navegación y un mayor volumen de los intercambios comerciales. Esta etapa que se extiende hasta nuestros días, configura un tráfico de mercancías diferente en el que la situación de un porteador es similar a la de un depositario. En un mundo complejo, con multitud de intercambios comerciales marítimos, quizás es más apropiado un esquema en el que el porteador responda frente al cargador por culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de su obligación de navegabilidad, complementado por un sistema de protección que impida que las compañías navieras impongan en el articulado de los

formularios de contratos cláusulas exoneratorias de responsabilidad atentatorias del equilibrio legalmente establecido.

176      Aparentemente la nueva concepción de la obligación de navegabilidad, establecida en el Convenio de Bruselas, y por ende introducida en el ordenamiento de los países miembros del mismo, mejora la situación del porteador frente a la garantía absoluta que regía en el régimen anterior. Como lo hemos mencionado, esta idea a la que nos llevaría una visión rápida del problema, debe ser abandonada si examinamos la dimensión de la reforma en conjunto. En cumplimiento de la finalidad pretendida por el *Harter Act* de poner fin a los abusos que venían cometiendo las compañías navieras en la celebración de contratos en masa de transporte marítimo, se modificó un sistema que giraba en torno al principio de libertad de pactos entre los contratantes por otro con marcado carácter imperativo, en el cual los mínimos legales establecidos tanto en materia de obligaciones, exoneraciones y montos de indemnización, debían ser respetados y respecto de los cuales los contratantes no podían pactar en contra, so pena de declarar la nulidad de las disposiciones contrarias a ese mínimo establecido por ley<sup>17</sup>.

## **2.2. Grado de diligencia que debe desplegar el porteador en cumplimiento de la obligación de navegabilidad**

Uno de los interrogantes que desde un primer momento surgen cuando se considera la navegabilidad como una obligación de diligencia, es cual es el grado de diligencia que debe serle exigido al porteador para que se estime ejecutada dicha prestación. Tal como se ha entendido en la jurisprudencia británica examinada con ocasión de los temas antes expuestos, la navegabilidad de un buque es un asunto de hecho que debe examinarse en cada caso concreto (recuérdese

---

<sup>17</sup> RODIÈRE y DU PONTAVICE comentan esta diferencia de criterio de interpretación de un régimen de libertad contractual a un régimen imperativo, de orden público, como el consagrado en el *Harter Act* norteamericano y posteriormente en el Convenio de Bruselas de 1924, la Ley Francesa del 2 de abril de 1936 y las normas que posteriormente la modificaron (Ley del 18 de junio de 1966 y Decreto del 31 de diciembre de 1966). Cfr. RODIÈRE, René y DU PONTAVICE, Emmanuel: *Droit Maritime*, pág. 217.

el carácter relativo de la navegabilidad en el derecho inglés), por tanto, depende no solamente del buque en sí, sino también del viaje que deba realizar y de la mercancía que se vaya a transportar. Por ello, desde el derecho británico resulta realmente difícil conceptualizar el criterio de diligencia que deba desplegarse<sup>18</sup>. En la medida que este sistema opera sobre la base de la doctrina del precedente, no se pueden anticipar hechos o actitudes que aseguren el cabal cumplimiento de la obligación de navegabilidad. La mera similitud de dos situaciones no es garantía de aceptación por los tribunales que juzgan cada caso en forma individual, obligando por tanto a las compañías navieras a desplegar un gran cuidado a fin de asegurar que se cumpla con esta obligación. Por el contrario, el derecho continental, concretamente la doctrina española, ha establecido el modelo de conducta a tener en cuenta sobre la base del concepto de diligencia vigente en derecho civil. El punto de referencia ha sido un modelo de conducta, que sirve como paradigma para estimar si la conducta se puede entender como diligente o negligente.

El concepto de diligencia, con base en el cual se ha concebido la obligación de navegabilidad en el Convenio de Bruselas de 1924, integra varios modelos de conducta a los cuales es necesario acudir para evaluar el cumplimiento o incumplimiento de dicha obligación. La cuestión que surge ahora es establecer el grado de diligencia que legalmente debe observar el porteador para cumplir con la navegabilidad del buque. 177

Es pacífico en la doctrina española<sup>19</sup> que la diligencia que configura esta obligación corresponde a la categoría que debe desplegar un

<sup>18</sup> A pesar de ello, jurisprudencialmente se ha intentado definir el concepto de debida diligencia: Caso *The Europa* (1863) 2 New Rep. 194 at 196. Juez Lushington afirmó: "Reasonable diligence (means) not the doing of everything possible, but the doing of that which, under the ordinary circumstances, and having regard to the expense and difficulty can be reasonably require". Due significa todo lo que es apropiado, mientras *diligence* hace referencia al cuidado con los deberes, obligaciones. Ambos vocablos significan que un porteador promete que pondrá toda la atención y el cuidado a sus deberes para proveer una nave navegable como sería de esperarse de un porteador marítimo. Cfr. CADWALLADER, F. J. J., *Due diligence at sea*. En: *Il Diritto Marittimo*, 1972, pág. 6.

<sup>19</sup> Por todos cfr. HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: *Contrato de transporte marítimo de mercancías*. Valencia, 1984, pág. 109 y SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *El contrato de transporte marítimo de mercancías*. Roma - Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1957, pág. 51 y 52.

profesional o artífice. Por lo tanto, la conducta del porteador sólo puede ser razonablemente evaluada frente al modelo de actuación de un transportista profesional, perito en la materia y conocedor de las técnicas que el adecuado desarrollo de esta actividad exige. No sería lógico tomar como patrón de conducta el modelo abstracto no profesional del buen padre de familia, ya que el porteador es por definición un empresario que desarrolla habitualmente la actividad del transporte de mercancías profesionalmente y con ánimo de lucro<sup>20</sup>.

178 Tal como lo expresa DIEZ PICAZO<sup>21</sup>, en materia contractual la institución jurídica de la diligencia cumple funciones muy importantes, dentro de las cuales y respecto a éste específico contrato es conveniente destacar la función de integración y la función de definición del título de imputación de la responsabilidad por negligencia. La diligencia cumple por una parte, un papel integrador de la navegabilidad en cuanto dota de contenido a la prestación, identificada por la ley y por las partes en una forma genérica y cuyo examen e interpretación judicial exige acudir a un modelo determinado de conducta de cuya comparación resulta un juicio de cumplimiento o incumplimiento como presupuesto básico para el posterior juicio de responsabilidad. Por otro lado, la diligencia cumple el papel de título de imputación de responsabilidad, en la medida que impone un parámetro de conducta que debe ser atendido por el porteador para en caso de no realización de la misma derivar a través de la figura de la culpa o negligencia la responsabilidad del porteador.

### 2.3. *Contenido de la obligación de navegabilidad*

La obligación de navegabilidad que consagra el Convenio de Bruselas en su artículo 3º apartado primero se integra técnicamente

<sup>20</sup> Para BERLINGIERI el concepto de due diligence establecido en el *Harter Act* expresa una diligencia media que debe ser observada en el cumplimiento de las obligaciones, evaluándose respecto a una actividad profesional del transportista. En un sentido similar, en el caso *The Irrawaddy* (117 U.S. 187) la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó que el grado de diligencia del transportista corresponde al máximo esfuerzo que un deudor puede ejecutar en el cumplimiento de sus obligaciones. Cfr. BERLINGIERI, Francesco: *La disciplina della responsabilità del vettore di cose*. Varese, Giuffrè, 1978, pág. 43.

<sup>21</sup> Cfr. DIEZ PICAZO, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Civitas, Vol. II, 4a. ed., 1993, pags. 95 y ss.

en tres subapartados correspondientes a los diferentes aspectos de la navegabilidad que está obligado a procurar diligentemente el porteador. Los apartados a) y b) hacen referencia a la navegabilidad que podríamos llamar “física” del buque, es decir aquella que consiste en procurar diligentemente que el estado del buque sea materialmente el adecuado para hacer frente al viaje que se pretende realizar, incluyendo también el hecho de contar con los equipos y aparejos necesarios y la suficiente y competente tripulación. Por otro lado, el apartado c) hace referencia al deber de “limpiar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y frigoríficas, y los demás lugares del buque, cuando se carguen las mercancías para su recepción, transporte y conservación.

Por lo antes examinado, el Convenio adopta un concepto amplio de navegabilidad, integrando no solamente la llamada navegabilidad física del buque, sino también la capacidad del buque para transportar la mercancía de un puerto a otro en condiciones de almacenamiento adecuadas, denominada en derecho inglés *cargoworthiness*. Al igual que en el *Common Law* esta obligación se refiriere tanto al viaje concreto como a la clase de mercancía que se pretende trasladar<sup>22</sup>.

179

#### 2.4. *Carácter Personal de la Navegabilidad*

La obligación de navegabilidad es asumida por el porteador en forma personal, ello quiere decir que aún en el caso de que delegue su cumplimiento, bien sea a alguno de sus subordinados o a algún tercero, siempre será responsable en caso de innavegabilidad<sup>23</sup>. Esta idea ha sido afirmada por la jurisprudencia británica en repetidas sentencias cuando el porteador ha pretendido alegar el cumplimiento de la obligación de diligencia en virtud de haber encargado la reparación

<sup>22</sup> El carácter relativo de la navegabilidad elaborado y aceptado por la jurisprudencia anglosajona y continental anterior se ve reconocido tanto en la letra del mismo convenio (sin él no podríamos entender el artículo 3, 1 - c) como en las distintas normativas que lo han introducido en la legislación interna de los diferentes países firmantes (valga el ejemplo el artículo 21, apartado a) de la Ley Francesa de 18 de junio de 1966, sobre contratos de fletamento y transporte marítimo, o el artículo 5, 2 de la Ley Española de Transporte Marítimo de 1949).

<sup>23</sup> Cfr. TETLEY, W.: *Due diligence and seaworthiness*, pág. 584.

y puesta en estado de navegabilidad del buque a una empresa astillera de reconocido prestigio. En el célebre caso *The Muncaster Castle*<sup>24</sup>, el armador había entregado el buque a una empresa de reconocido prestigio para que le hiciese trabajos de reparación. Una vez terminados estos trabajos el buque había superado una inspección cuyos resultados fueron positivos; sin embargo, en el viaje de regreso a Inglaterra se produjo una falla que causó daños a la mercancía transportada.

180 El armador en el juicio argumentó que había cumplido con la diligencia debida o razonable al encargar la reparación del buque a una compañía altamente competente y de reconocido prestigio en este tipo de tareas; en consecuencia, desde su óptica se habían realizado todos los actos que podían ser exigibles a cualquier naviero profesional. Adicionalmente, alegaba que como el daño había sido ocasionado por la deficiente reparación realizada por un tercero ajeno al contrato, no existía culpa por su parte, por lo que se consideraba que había cumplido con el requisito de navegabilidad del buque. Si bien las decisiones de Tribunales inferiores estimaron que existía diligencia en proporcionar la navegabilidad, la Cámara de los Lores rechazó este argumento y estableció que aún en el caso de delegación del cumplimiento de la obligación de diligencia, la responsabilidad por innavegabilidad continuaba radicada en cabeza del porteador. Los errores cometidos por un tercero independiente eran imputables al porteador, por lo tanto no se había probado la debida diligencia.

Esta decisión de la Cámara de los Lores provocó una airada polémica en los medios de armadores y porteadores ingleses, cuyos intereses

---

<sup>24</sup> Citado por WILSON, John: Ob. cit., pág. 10, *The Muncaster Castle (1961) A.C. 807*. La *House of Lords*, al momento de pronunciar esta decisión, se encontraba de un lado frente a numerosos pronunciamientos judiciales que establecían el principio de responsabilidad del porteador por innavegabilidad del buque al inicio del viaje de carácter no personal, ni delegable. De otro lado, la decisión *Angliss (1927)* había establecido que la prueba del ejercicio de la diligencia razonable se entendía cumplida cuando el armador había empleado constructores competentes en la puesta a punto de la nave (por ejemplo si se encarga este trabajo a técnicos de confianza, debidamente habilitados y notoriamente expertos). Respecto al caso *Angliss*, la *House of Lords* afirmó no estar vinculada por este precedente pues en su criterio ambos casos correspondían a supuestos de hecho diferentes. Cfr. RIGHELLI, Giorgio: Difetto di riparazione e responsabilità del vettore per innavigabilità della nave. En: *Il Diritto Marittimo*, 1961, pág. 369 y ss.

se veían afectados por un precedente en tal sentido. Los representantes de estos gremios intentaron elevar a nivel de convenio internacional una modificación expresa que considerara que el encargo a una empresa competente de la puesta en estado de navegabilidad de un buque, implicaba el cumplimiento de la debida diligencia. Una propuesta en este sentido fue redactada y luego incorporada en el proyecto de reforma del Convenio de Bruselas de 1924, discutido en el Congreso de Estocolmo de 1963, pero finalmente no llegó incorporarse al Protocolo del 23 de febrero de 1968, modificadorio de las normas del Convenio<sup>25</sup>.

Otros supuestos, como la inspección del buque por parte del cargador en la que se verifique su navegabilidad, declarándose satisfecho por el aparente estado de navegabilidad, o aquellos en los cuales el armador obtiene un certificado de navegabilidad del buque emitido por una empresa experta en este tipo de evaluaciones, es de creer que tendrían la misma consideración por parte de los tribunales<sup>26</sup>, puesto que frente al derecho se tratan de situaciones similares.

181

### **2.5. *Momento en el cual se debe ejercer la diligencia para proveer la navegabilidad del buque***

De acuerdo con el artículo 3-1 del Convenio de Bruselas de 1924, la debida diligencia para proveer la navegabilidad del buque debe realizarse “antes de comenzar el viaje”. La consideración de la navegabilidad como obligación personal del porteador sugiere como

<sup>25</sup> Cfr. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: Ob. cit., pág. 135 y ss.

La jurisprudencia inglesa ha establecido que un certificado de un inspector de la Lloyd's podría aceptarse por la Corte como prueba concluyente para demostrar que el transportista ejerció debida diligencia en los casos en que él hubiese construido o comprado el buque al constructor, mas no se puede aceptar cuando se refiere a su deber diario de mantenimiento y puesta a punto del buque. Casos *W. Angliss & Co. (Australia) Proprietary Ltd. vs. P&O Steam Navigation Co.* [1927] 2 KB 456; *Waddle vs. Wallsend Shipping Co., The Thorloc* [1952] 2 Lloyd's Rep. 105. Cfr. IVAMY, Hardy E.R.: *Payne & Ivamy's Carriage of Goods by Sea*, pág. 115. En opinión de MANCA, estos certificados de navegabilidad constituyen una prima facie evidence, que es refutable por prueba en contrario respecto a la causa de innavegabilidad por defectos no descubribles en el ejercicio de la debida diligencia. MANCA, Plinio: *International Maritime Law*. Antwerpen, European Transport Law, Vol. II, 1970, págs. 198.

criterio temporal de su ejecución el control directo que éste pueda tener sobre el buque. Parece claro que el porteador, como deudor de la obligación de navegabilidad, esté obligado a su cumplimiento sólo en la medida que esté en sus manos el proveer la navegabilidad del buque, es decir, en cuanto ejerza un control directo sobre el mismo, que temporalmente coincide con el período anterior al inicio del viaje, puesto que luego de su partida resulta imposible la realización de cualquier acto tendiente a proveer su navegabilidad, en los términos del desarrollo tecnológico imperante a comienzos de siglo, al momento de la redacción del Convenio de Bruselas.

182 Actualmente, el grado avanzado de la tecnología en materia de comunicaciones permite al naviero o porteador mantenerse informado sobre las incidencias de la aventura marítima y por ende tomar las decisiones que al respecto puedan corresponderle. Esta modificación en el terreno de los hechos puede sugerir la pérdida de justificación del criterio de control directo sobre el buque como delimitador temporal de la prestación de navegabilidad, o al menos un cambio sustancial en su interpretación. Sin embargo, consideramos que ninguna de las dos alternativas es acertada. Como más adelante veremos, estas nuevas circunstancias nos servirán para interpretar la navegabilidad, dentro de un esquema amplio en el cual el concepto principal será la obligación de transporte como prestación fundamental del contrato.

Existen algunos supuestos a los que la doctrina y la jurisprudencia, especialmente la anglosajona, les otorga un tratamiento diferente a los regulados de manera general. Nos referimos a aquellos supuestos en los cuales el transporte debe realizarse en varios trayectos bien sean marítimos o marítimos y fluviales. Para resolver tales casos, la doctrina anglosajona ha creado la doctrina de las etapas (*doctrine of stages*) por la cual se entiende que la obligación de navegabilidad debe renovarse al comienzo de cada uno de los trayectos a realizar<sup>27</sup>,

---

<sup>27</sup> Cfr. RIGHETTI, Giorgio: Sull'obbligo del vettore di porre e mantenere la nave in stato di navigabilità nella fase anteriore alla partenza. En: *Il Diritto Marittimo*, 1960, pág. 108.

no siendo por tanto una obligación que debe ejecutarse exclusivamente al comienzo del transporte entendido como viaje total<sup>28</sup>.

Como bien lo afirma SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU<sup>29</sup>, la doctrina de las etapas tiene justificación en algunos casos en los cuales su aplicación permite una solución racional del litigio; por ejemplo, pensemos en aquellos supuestos en los cuales el transporte se compone de fases marítimas y fluviales, dentro de los cuales resulta adecuada la exigencia de navegabilidad respecto al buque al inicio de cada una de estas etapas. Por el contrario, resultaría absurdo un concepto de navegabilidad que exigiese el cumplimiento de la prestación tan sólo al comienzo del viaje entendido como totalidad. Iguales observaciones podemos realizar en los casos de un largo trayecto por vía marítima, con paradas en distintos puertos, en los cuales no resulta lógico exigir al porteador la provisión de combustible para todo el viaje. Se entiende que la provisión de combustible hasta el próximo puerto, basta para cumplir con el deber de navegabilidad.

Por otro lado, existen otros eventos en los cuales este criterio no resulta tan racional en su aplicación, especialmente teniendo en cuenta que la finalidad técnica de la doctrina de las etapas era delimitar la posible operatividad de las cláusulas de negligencia. De esta forma se dividía el período inicial de cualquier aventura marítima en una fase de carga (*loading stage*), una de espera (*lying stage*) y finalmente, una fase de partida para excluir la posibilidad de solicitar la exoneración por faltas "*in the management of the ship*" en todas aquellas fases fuera de aquella en que las mercancías son cargadas en el buque.

En forma mayoritaria la doctrina española se ha mostrado reacia a aceptar la aplicabilidad de la doctrina de las etapas en la interpretación

<sup>28</sup> Cfr. *Maxine Footwear Co. Ltd. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1959] 2 All E.R. 740, En: IMAMY, E. R. Hardy: *Casebook on carriage by sea*, págs. 101 y 102. Por su parte la Jurisprudencia Española no ha tratado profusamente este tema aunque indirectamente ha afirmado que el vicio de innavegabilidad del buque debe producirse antes del inicio del viaje. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, 11 de mayo de 1900, Col. Leg. núm. 118, pág. 621, Tomado de ARROYO, Ignacio: *Jurisprudencia Marítima (1865 - 1987)*. Barcelona, Bosch, Vol. I, 1989, pág. 90.

<sup>29</sup> Cfr. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: *La innavegabilidad del buque en el transporte marítimo*, pág. 82 y ss.

del Convenio de Bruselas de 1924. Esta opción se enmarca en una tendencia continental, dentro de la cual se entiende que las instituciones tradicionales jurídico - mercantiles vigentes en Europa continental pueden resolver el problema en las mismas o mejores condiciones que aplicando la teoría de las etapas<sup>30</sup>.

De esta manera, si partimos de un concepto amplio de la obligación de transporte como prestación fundamental en el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, que exige la producción de un resultado, debemos integrar en la relación jurídica que engloba la obligación, todas aquellas conductas que deben ser realizadas por el porteador y cuya finalidad es permitir la consecución del objetivo propuesto. Esta serie de deberes jurídicos, de carácter accesorio a la obligación principal, pueden adquirir tal relevancia que por virtud de su incumplimiento puede generarse responsabilidad contractual para el porteador. Esta perspectiva de la obligación de transporte puede sernos de utilidad a fin de dilucidar la cuestión que venimos tratando: si consideramos el transporte como obligación fundamental en el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, es claro que el porteador está obligado a ejecutar todas aquellas conductas que permitan la realización del resultado transporte; dentro de ellas, aquellas tendentes a la puesta en estado de navegabilidad del buque en el cual se realizará el transporte y que dicha prestación no sólo está obligado a proveerla (ejecutando una debida diligencia) al inicio del viaje sino que adicionalmente debe mantenerla durante toda la travesía.

La obligatoriedad de la ejecución de la debida diligencia y su mantenimiento durante el viaje se evidencia en la responsabilidad que eventualmente se generaría para el porteador por la pérdida o daño de la mercancía como consecuencia de dicha innavegabilidad

<sup>30</sup> RODIÈRE considera que en caso de transportes sucesivos no se aplica la doctrina de las etapas. En derecho continental el estado de navegabilidad requerido a partir del comienzo del viaje es aquel en el cual el buque debe estar provisto para todas las etapas que emprenda. Por el contrario algunos juristas ingleses consideraron que el porteador estaba obligado a poner su nave en estado de navegabilidad en la primera etapa, sin que por ello estuviese obligado a ponerla en la segunda cuando la primera hubiese terminado. Cfr. RODIÈRE, René: *Traité Général de Droit Maritime*, Paris, Dalloz, Tome II- Les contrats de transport de marchandises /Affrètements et Transports, pág. 391.

en cualquier momento de la travesía. De esta forma, si aceptamos esta interpretación, la debida diligencia para proveer la navegabilidad del buque debe ejecutarse «antes de comenzar el viaje», existiendo simultáneamente una obligación de mantener durante el mismo este estado de navegabilidad para alcanzar la finalidad última del contrato, esto es la realización del resultado transporte.

### ***3. Tratamiento dado por las Reglas de Hamburgo de 1978 a la obligación de navegabilidad.***

Las Reglas de Hamburgo constituyeron una modificación sustancial en esta materia en cuanto unificaron el tratamiento dado a las distintas obligaciones consagradas en el Convenio de Bruselas de 1924, amparándolas todas bajo una sola obligación general de transporte de mercancías (artículo 1,6) y fundamentando la responsabilidad en el incumplimiento de la obligación de transporte, «a menos que pruebe que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias» (artículo 5)<sup>31</sup>.

185

La obligación de proveer la navegabilidad del buque subsiste, con los criterios de interpretación hasta ahora enunciados, en la regulación de este tipo de contratos aunque ya no en forma independiente y con un tratamiento diferente, sino integrado a la obligación de transporte. El concepto de debida diligencia sigue siendo útil para determinar el alcance e interpretación de qué debemos entender por «medidas razonables», cuyo cumplimiento evita la responsabilidad del porteador frente al cargador<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> En este sentido Cfr. HERNÁNDEZ MARTÍ, Juan: Ob. Cit., pág. 113.

<sup>32</sup> Cfr. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos: Ob cit., pág. 172. 2