



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

ISSN: 2346-2442

Universidad Externado de Colombia

CASTILLO, MARIANO CÉSAR

El "puerto seguro" en los contratos de fletamiento en los derechos argentino e inglés: cuestiones centrales y principales similitudes y diferencias*

Revista de Derecho Privado, núm. 43, 2022, Julio-Diciembre, pp. 317-352

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.13>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417572654012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org
UAEM

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El “puerto seguro” en los contratos de fletamento en los derechos argentino e inglés: cuestiones centrales y principales similitudes y diferencias*

» MARIANO CÉSAR CASTILLO**

RESUMEN. La seguridad del puerto resulta central en la operación del buque y por ende reviste gran importancia en el ámbito contractual marítimo, especialmente en los fletamientos. Se propone un análisis comparativo entre el derecho argentino e inglés respecto del “safe port”. El artículo parte de la importancia internacional del derecho inglés en materia de fletamientos marítimos, como así también de la aspiración de uniformidad de este derecho. Se analiza comparativamente la jurisprudencia, legislación y doctrina. Se destacan las principales similitudes y diferencias entre el derecho argentino y el inglés respecto al puerto seguro.

PALABRAS CLAVE: puerto seguro, fletamento a tiempo, fletamento por viaje, derecho marítimo, *common law*, derecho romano-germánico, derecho comparado.

* Fecha de recepción: 12 de enero de 2021. Fecha de aceptación: 29 de abril de 2022.

Para citar el artículo: CASTILLO, M. C., “El ‘puerto seguro’ en los contratos de fletamento en los derechos argentino e inglés: cuestiones centrales y principales similitudes y diferencias”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 43, julio-diciembre 2022, 317-352. doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n43.13>.

** Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina; profesor adjunto de derecho de la navegación. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja, Buenos Aires, Argentina; investigador. Magíster en Derecho Marítimo Internacional, International Maritime Law Institute – IMLI, Universidad de Malta, Malta. Contacto: mcastillo@derecho.uba.ar. Orcid: 0000-0002-7197-7471.

The “Safe Harbor” in Charterparties under Argentine and English Law: Central Issues and Main Similarities and Differences

ABSTRACT. The safety of the port is key in ship's operation, thus it is of great importance in the maritime contractual field, particularly in charterparties. This article offers a comparative analysis between Argentinian and English law regarding safe ports. It draws from the international relevance of English law in charterparty contracts, as well as from the desire of uniformity among national maritime law. This article offers a comparative analysis of jurisprudence, statutes and legal doctrine. Finally, it highlights the main differences and similarities between Argentinian and English law regarding the safe port undertaking.

KEYWORDS: safe port, time charterparty, voyage charterparty, maritime law, common law, civil law, comparative law.

SUMARIO: Introducción. Primera parte: i. Concepto de “puerto seguro”, su significado y alcance. ii. Garantía o promesa de puerto seguro. iii. Distinciones entre los fletamientos a tiempo y por viaje. iv. Cláusulas: AA, NAABSA y “so near as she may safely get to”. Segunda parte: v. Concepto de “puerto seguro”, su significado y alcance. vi. La obligación de nominar puertos seguros. Conclusiones. Referencias

Introducción

La utilización de buques involucra, en la generalidad de los casos, la interacción entre el buque y el ámbito terrestre por medio de la interfaz portuaria. Si se considera al contrato de fletamiento como una distribución de riesgos entre las partes, corresponde analizar los riesgos a los que el buque se expone en el marco de sus operaciones, en las inmediaciones del puerto. En este sentido, se destacan las disposiciones contractuales por las cuales las partes se comprometen al uso del buque solamente entre puertos seguros y donde el buque pueda permanecer siempre a flote. Esto resulta un punto nodal del contrato puesto que, por un lado, califica y limita el derecho de una parte para disponer del buque y, por otro, distribuye, entre las partes, el riesgo derivado de la operación en el puerto.

Cada tipo de fletamiento representa un modelo de negocio distinto, tanto en lo técnico, operativo y comercial, que exige y determina diferentes soluciones legales aplicables para cada caso. Por ello, es necesario identificar las soluciones jurídicas aplicables a cada tipo de fletamiento. La clasificación tradicional inglesa divide a los fletamientos en dos clases, *charterparties by demise* o *bareboat charter* y *charterparties not by demise*¹. Los primeros suponen una locación, por la cual se transfiere la

1 SCRUTTON, T., et al., *On Charterparties and Bills of Lading*, London, Sweet & Maxwell, 1974, 45; WILSON, J., *Carriage of goods by sea*, Harlow, Pearson Longman, 2010, 4, 7-8.

“possession”² del buque y, el locatario se encarga de la tripulación y gestión de este³. En los segundos, no hay tal transferencia y el fletante-armador se limita a brindarle al fletador los servicios del buque. Esta categoría, a su vez, se subdivide en dos tipos: los fletamientos a tiempo y por viaje. El primero implica una disociación entre la empresa náutica y la de transporte, de forma tal que el armador-fletante se encarga de la gestión náutica del buque y el fletador de la gestión comercial. En función de ello el buque está al servicio del fletador, este le impartirá órdenes al capitán respecto a los puertos donde el buque debe dirigirse y la carga a transportar. Al contrario, en el segundo tipo, el armador se encarga de ambas empresas y, si bien, en ciertos casos el fletador puede elegir los puertos de carga y descarga, no tiene a su disposición el servicio del buque, sino simplemente el viaje convenido. La misma distinción puede verse en la ley de la navegación argentina (ley 20.094 de 1973, en adelante LN). Esta regula, por un lado, el fletamiento a tiempo –artículos 227-240 LN– y, por otro, el denominado “fletamiento total” o “parcial” –artículos 241-258 LN–. Nótese que la ley argentina entiende que el fletamiento por viaje resulta un tipo dentro del género de fletamientos totales o parciales. Por último, en la práctica, existen otros tipos de contrato, como los “slot charter”⁴ y los “contract of affreightment”⁵, o configuraciones híbridas, como el “trip time charter”⁶ y el fletamiento por viajes sucesivos⁷. En este contexto, el presente artículo se aboca al estudio de la obligación de nominar puertos seguros bajo contratos de fletamiento a tiempo y por viaje.

Esta área del derecho marítimo se encuentra ampliamente influida por la denominada *lex maritima*. Su influencia se percibe tanto en la recepción de los usos y costumbres como en el uso de formularios contractuales estandarizados de carácter internacional. Habitualmente, los formularios estandarizados disponen que los puertos deben ser seguros. Esto califica a los puertos que el fletador pude válidamente nominar y, por ende, traslada el riesgo del puerto inseguro a esta parte. Sin embargo, este no es siempre el caso. El contrato puede variar tanto sobre qué parte pesa el riesgo como respecto al estándar de la garantía de seguridad del puerto. Los diferentes arreglos contractuales pueden provenir de la elección de un formulario estandarizado en particular o introducirse por una modificación de las cláusulas estandarizadas, ya sea mediante enmiendas o agregando cláusulas nuevas. Finalmente, la extensión de las obligaciones y distribución del riesgo puede verse afectada por su interacción

2 Posesión. En el derecho argentino, la locación transfiere la tenencia del buque y no su posesión.

3 COGHLIN, T., BAKER, A., KENNY, J., KIMBALL, J. y BELKNAP, T. JR, *Time Charters*, 7.^a ed., Oxon, Informa Law, 2014, 1-3; COOKE, J., YOUNG, T., ASHCROFT, M., TAYLOR, A., KIMBALL, J., MARTOWSKI, D., LAMBERT, L. y STURLEY, M., *Voyage Charters*, 4.^a ed., Oxon, Informa Law, 2014, 3-4.

4 COGHLIN, T. *et al.*, *Time Charters*, cit., 3.

5 COOKE, J. *et al.*, *Voyage Charters*, cit., 4.

6 BAUGHEN, S., *Shipping Law*, 6.^a ed., Oxon, Routledge, 2015, 190; WILSON, J., *Carriage of goods by sea*, cit., 4-5.

7 *Idem*.

con otras cláusulas del fletamento, como, por ejemplo, las cláusulas de guerra, terrorismo, hielos, contratación de seguros, NAABSA y “or so near as she may safely get”.

En la práctica se pueden presentar dos situaciones de conflicto: una donde la póliza disponga respecto del puerto seguro y otra donde la póliza guarde silencio. Desde la perspectiva inglesa, ambas suponen un ejercicio de interpretación contractual. En contraste, para el derecho argentino, de origen romano-germánico, la segunda situación es un caso de integración contractual. Esta distinción tiene consecuencias prácticas, considerando que las disposiciones de la LN en materia de fletamientos resultan supletorias y, por tanto, se aplican en defecto de estipulación expresa de las partes⁸. A su vez, la temática reviste actualidad práctica como se advierte en la reciente jurisprudencia inglesa⁹. Esta cuestión presenta un amplio desarrollo y evolución jurisprudencial en el derecho extranjero, su doctrina y jurisprudencia, mientras que su abordaje en el plano nacional argentino es más limitado. Un análisis de derecho comparado es relevante tanto desde una perspectiva académica como desde la práctica, si se tiene en cuenta que es muy habitual que se pacte como ley y jurisdicción el derecho y los tribunales ingleses. Aún más: si bien la ley de la navegación argentina se inspira en la práctica contractual internacional, introduce la cuestión del puerto seguro en forma dispersa, y en cierta medida incompleta, a lo largo de su articulado¹⁰. Por ello, esta investigación aborda una vacancia a nivel local¹¹, encaminándose a una sistematización y análisis de la ley de la navegación argentina. El enfoque propuesto aborda la cuestión bajo el derecho inglés y argentino, trazando un puente entre ambos. Esto permite una interpretación integradora de la norma argentina e identificar similitudes y diferencias con el derecho inglés.

Para establecer un vínculo analítico entre estos derechos se propone, como base teórica, que la especialidad marítima recepta, como uno de sus caracteres, una aspiración de uniformidad en sus soluciones jurídicas¹². Al mismo tiempo, se toma esta aspiración como una herramienta metodológica. En virtud de ello, se propone que un examen comparativo con el derecho inglés permite guiar el estudio bajo el derecho argentino. Esto tiene tres fundamentos. Primero, la relevancia práctica del derecho

8 Artículo 241 LN; véase también RAY, J. D., *Ley de la Navegación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 44; y RAY, J. D., *Derecho de la navegación*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, 248.

9 *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd*, [2017] UKSC 35, [2017] 1 W.L.R. 1793.

10 Malvagni utilizó como fuente de sus artículos las pólizas tipo de los *charterparty* internacionales, por ejemplo, el “Baltimé” y “Government form”, véase la exposición de motivos del Proyecto Malvagni, en RAY, J. D., *Ley de la Navegación*, cit., 99-100.

11 Nótese que la doctrina argentina es anterior a la LN vigente, por ejemplo, MALVAGNI, A., *Contratos de Transporte por Agua*, Buenos Aires, Depalma, 1956, o posterior a la LN vigente pero anterior al Código Civil y Comercial de la Nación vigente, por ejemplo, RAY, J. D., *Derecho de la navegación*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994; MONTIEL, B., *Curso de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Astrea, 1975; CHAMI, D., *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Perrot, 2010.

12 ARROYO, I., “Concept, Sources, and International Organizations relating to Shipping Law”, en ATTARD, D. (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. II, Oxford, 2016, 4.

inglés, su conexión con la *lex mercatoria* y con los formularios estandarizados. Segundo, que estos contratos estandarizados constituyen la fuente de la ley argentina. Tercero, que bajo el derecho inglés la seguridad del puerto supone una cuestión de hecho, que se juzga con base en estándares jurídicos¹³. Esto permite identificar, a partir de los casos jurisprudenciales, las circunstancias de hecho relativas a la seguridad del puerto, como también las normas legales que regulan la cuestión del puerto seguro. Ambas cuestiones ofrecen un insumo relevante para dilucidar las soluciones jurídicas correspondientes bajo la ley argentina; máxime frente al limitado tratamiento del puerto seguro en la normativa y la jurisprudencia argentinas.

Desde el punto de vista metodológico se realiza un análisis de fuente documental bibliográfica, normativa y jurisprudencial de derecho comparado, a través de la hermenéutica jurídica. La exposición se divide en dos partes. En la primera parte se aborda el derecho inglés, organizado a partir de una identificación de los puntos más salientes de la cuestión según surge de la jurisprudencia. Se comienza con el análisis del concepto de “puerto seguro”, su significado y alcance. Así, se identifican y explican los elementos que componen el concepto. Luego, se analiza la obligación del fletador de nominar puertos seguros bajo contratos de fletamiento a tiempo y por viaje. Se distinguen las características y problemáticas particulares de esta obligación en estos dos tipos de fletamiento. En la segunda parte se aborda el derecho argentino a partir de los puntos identificados en la jurisprudencia extranjera.

Primera parte

I. Concepto de “puerto seguro”, su significado y alcance

En los contratos de fletamiento, el fletador obtiene el provecho del buque indicándole al fletante hacia donde este debe dirigir el buque. Esta potestad contractual se conoce como la facultad de nominar los puertos. Conceptualmente, la obligación o garantía de puerto seguro impone al fletador el deber de nominar un puerto adecuado para que el buque fletado cumpla con las operaciones contratadas. El concepto de “puerto seguro” es el punto de partida para poder determinar en qué consiste un puerto adecuado. La doctrina y la jurisprudencia inglesas identifican la noción de “puerto seguro” en el *dictum* del juez Sellers en el caso *The Eastern City*¹⁴. Allí el juez dijo que

[...] a port will not be safe unless, in the relevant period of time, the particular ship can reach it, use it and return from it without, in the absence of an abnormal occu-

-
- 13 THOMAS, R., “The Safe Port Promise of Charterers from the Perspective of the English Common Law”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 18, 2006, 597-628, 598. Véase también COGHLIN, T. et al., *Time Charters*, cit., 209; COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 132.
- 14 *Court of Appeal*, sentencia del 30 de julio de 1958, *Leeds Shipping v. Société Française Bunge* [1958] 2 Lloyds’s Rep. 127, 131.

rrence, being exposed to danger which cannot be avoided by good navigation and seamanship [...]¹⁵.

Esta formulación jurisprudencial no ofrece una definición teórica; en cambio, brinda un criterio práctico que permite evaluar, en el caso concreto, si el puerto nominado resulta seguro. De todas formas, es necesario considerar si las disposiciones del contrato particular afectan la obligación de nominar un puerto seguro. El criterio del juez Sellers supone un estándar compuesto por varios elementos, que se detallan a continuación. Como elemento inicial, la seguridad se mide en función del buque objeto del contrato, así, sus características integran el estándar. Luego, la garantía u obligación de nominar un puerto seguro tiene un ámbito de aplicación temporal que se desagrega en dos aspectos. Por un lado, la interacción del buque con el puerto se compone de tres etapas, es decir llegar, utilizarlo y partir. Por otro, el puerto debe ser adecuado en el momento en que el buque deba utilizarlo, conforme lo estipulado contractualmente. Si el buque resulta expuesto a un peligro o daño durante ese periodo, primero, cabe analizar si ello tiene su causa en una ocurrencia anormal, pues esta ubica a la causalidad fuera del plexo obligacional de las partes. Segundo, y de no existir una ocurrencia anormal, se evalúa si la situación o el daño podrían evitarse mediante una buena navegación del buque. Esto sucede porque el estándar de peligro está calificado, requiriendo que exceda las situaciones que puedan sortearse mediante la diligencia náutica que el fletante debe brindar, por intermedio de sus dependientes.

Al contrario de lo que sucede con el peligro, la noción se refiere a la “seguridad” sin calificarla bajo ningún estándar. En este sentido, Teare J.¹⁶ entendió que la formulación clásica del puerto seguro es la mentada de Sellers J. en *Eastern City* y, en consecuencia, rechazó el uso del calificativo “razonable” que se había introducido en la sentencia de cámara de apelaciones del caso *The Evia* (n.º 2)¹⁷. Teare J. sostuvo que como criterio para evaluar la seguridad se debe considerar si los peligros eran evitables con el ejercicio de una buena navegación¹⁸. Esta cuestión no es discutida

15 *Idem*.

16 *England and Wales High Court (Commercial Court)*, sentencia del 30 de julio de 2013, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2013] EWHC 2199 (Comm), [2013] 2 C.L.C. 322, 350-353.

17 *Court of Appeal*, sentencia del 5 de febrero de 1982, *Kodros Shipping Corp of Monrovia v Empresa Cubana de Fletes (The Evia)* (n.º 2) (C.A.) [1982] 1 Lloyd's Rep. 334, 338.

18 Nótese que Teare J. considera que el párrafo cuestionado de la sentencia de cámara de apelaciones en *Court of Appeal*, sentencia del 5 de febrero de 1982, *Kodros Shipping Corp of Monrovia v Empresa Cubana de Fletes (The Evia)* (n.º 2) (C.A.) [1982] 1 Lloyd's Rep. 334, fue citado en el caso *Court of Appeal*, sentencia del 3 de marzo de 1994, *The Carnival* [1994] CLC 277, 291, por Hirst L. J., destacando que dicho párrafo no fue cuestionado cuando el caso *The Evia* (n.º 2) fue llevado ante el máximo tribunal, The House of Lords. Aun así, Teare J. considera que el *dictum* de Sellers J. es la definición clásica del ‘safe port’. *England and Wales High Court (Commercial Court)* sentencia del 30 de julio de 2013, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2013] EWHC 2199 (Comm), [2013] 2 C.L.C. 322, 350-353.

en la sentencia de cámara¹⁹, ni en la de Corte Suprema del Reino Unido (en adelante, UKSC), habiendo acuerdo entre las partes respecto a la vigencia de la doctrina sentada por Sellers J. Sin embargo, puede encontrarse una coherencia con la postura de Teare J. cuando la UKSC analiza la distribución del riesgo entre las partes respecto al puerto seguro y entiende que el armador-fletante asume el riesgo de aquellos peligros evitables por medio de una buena navegación²⁰.

En este orden de ideas, no se debe confundir el significado de la respuesta de Lord Clark a la pregunta sobre si hubo un incumplimiento respecto del “safe port undertaking”, en el caso *The Ocean Victory*. Lord Clark dijo:

[...] [T]he first question is whether a reasonable shipowner in the position of the particular shipowner trading the ship for his own account and knowing the relevant facts would proceed to the nominated port. If the answer is “yes unless there is an abnormal occurrence”, the port is prospectively safe for the particular ship and the promise is fulfilled. In a case where the vessel suffers loss or damage, a second question arises, namely whether there was damage caused by an abnormal occurrence as defined above²¹.

Allí el juez utiliza el estándar de “razonable” asociado al “shipowner” o armador-fletante. Este vínculo establece un parámetro con referencia al estándar de comportamiento razonable de un sujeto abstracto, determinado por un negocio, conocimiento e intereses específicos. De esta forma, si un armador-fletante, conociendo la plataforma fáctica pertinente, aceptara navegar su buque a un puerto, salvo que exista una ocurrencia anormal, el puerto resultaría prospectivamente seguro. Es decir, el fletador habría cumplido su obligación de nominar un puerto seguro. Ahora bien: si el buque sufre un daño corresponde analizar si la causa del daño es una ocurrencia anormal o una característica del puerto. Salvo que el contrato incorpore un estándar de debida diligencia, no se analiza la razonabilidad de la seguridad, ni la razonabilidad de la conducta desplegada por el fletador antes y al momento de realizar la nominación. La razonabilidad opera para medir el criterio de quien acepta la nominación y debe enviar su buque a enfrentar los riesgos que esta conlleva.

A. Tipos de riesgos

Los riesgos que afectan al puerto pueden clasificarse según surge tradicionalmente de la jurisprudencia comparada en peligros físicos o políticos, dando lugar a una in-

19 *England and Wales Court of Appeals*, sentencia del 22 de enero de 2015, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2015] EWCA Civ 16, [2015] 1 c.l.c. 72.

20 *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2017] UKSC 35, [2017] 1 w.l.r. 1793, 1803-1804.

21 *Idem*.

seguridad física y una política. Mientras que los peligros físicos se relacionan con las características materiales del puerto, los peligros políticos se definen por exclusión, es decir, aquellos que no se refieren a cuestiones vinculadas con la navegación²². Los primeros abarcan los relacionados con las aguas, el clima, las construcciones, los puentes, muelles y defensas, como a los topográficos, que comprenden las características naturales y el lecho marino. También se incluye en esta categoría la disponibilidad de remolcadores y prácticos, que forma parte de los sistemas de seguridad y gestión que debe disponer el puerto²³. En cambio, los peligros políticos abarcan lo relacionado con la guerra, rebeliones, epidemias y alcanzan los casos de desapoderamiento forzado del buque, como el embargo o la confiscación²⁴.

Coghlin sostiene que en la actualidad existe abundante información relativa a las características físicas y meteorológicas de los puertos. Por ello, los debates en tribunales arbitrales tienden a girar en torno a los sistemas que dispone el puerto para lidiar o abordar los peligros derivados de dichas características²⁵. En la jurisprudencia inglesa se consideró que la inexistencia de un sistema adecuado que permita la identificación y demarcación de obstáculos, o su advertencia a los buques, vuelve inseguro al puerto si de haber existido tal sistema el peligro se hubiese podido evitar con el empleo de una buena navegación²⁶. El caso *The Ocean Victory*²⁷ versa sobre el naufragio de un buque en el canal de acceso del puerto de Kashima.

- 22 *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes (the Evia)* (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736 (H.L.); *Court of Appeal*, sentencia del 26 de julio de 1992, *K/S Penta Shipping A/S v Ethiopian Shipping Lines Corporation (The Saga Cob)* [1992] 2 Lloyd's Rep. 545 (C.A.); King's Bench Division, sentencia del 15 de diciembre de 1915, *Palace Shipping Co Ltd v Gans Steamship Line* [1916] 1 K.B. 138.
- 23 *Privy Council*, sentencia del 26 de enero de 1956, *Reardon Smith v. Australian Wheat Board (The Houston City)* [1956] A.C. 266; *Queen's Bench Division (Commercial Court)*, Sentencia del 17 de junio de 2010, *Emeraldian Ltd Partnership v Wellmix Shipping Ltd (The Vine)*, [2010] 1 C.L.C. 993. *King's Bench Division*, sentencia del 21 diciembre de 1949, *Limerick Steamship v. Stott (The Innisboffin)* [1921] 2 K.B. 613; *King's Bench Division*, sentencia del 18 de noviembre de 1932, *Brostrom v. Dreyfus* (1932) 44 L.I.L.Rep. 136.
- 24 *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes (the Evia)* (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736 (H. L.); *Court of Queen's Bench*, sentencia del 27 de noviembre de 1861, *Ogden v Graham*, 121 E.R. 901; *Palace Shipping Co Ltd v Gans Steamship Line*, [1916] 1 K.B. 138; *Privy Council*, sentencia del 8 de febrero de 1872, *Duncan v Koster (The Teutonia)*, (1871-73) L.R. 4 P.C. 171; *Court of Appeal*, sentencia del 2 de diciembre de 1983, *C-Trade of Geneva SA v Uni-Ocean Lines Pte of Singapore (The Lucille)* [1984] 1 Lloyd's Rep. 244; *Court of Appeal*, sentencia del 26 de julio de 1992, *K/S Penta Shipping A/S v Ethiopian Shipping Lines Corporation, (The Saga Cob)* [1992] 2 Lloyd's Rep. 545; *Queen's Bench Division*, sentencia del 14 de julio de 2006, *Ullises Shipping Corp v Fal Shipping Co Ltd (The Greek Fighter)* [2006] 2 C.L.C. 497, 570-571; *King's Bench Division*, sentencia del 16 de mayo de 1915, *Ciampa v British Steam Navigation Co Ltd* [1915] 2 K.B. 774.
- 25 COGHLIN, T. et al., *Time Charters*, cit., 198-199. Véase también THOMAS, R., “The Safe Port Promise of Charterers from the Perspective of the English Common Law”, cit., 613.
- 26 MCKINNON, A., “Administrative shortcomings and their legal implications in the context of safe ports”, *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 23.2, 2009, 186-204.
- 27 *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2017] UKSC 35, [2017] 1 W.L.R. 1793.

Debido a diversos extremos climáticos característicos de ese puerto se requería que los buques, por su seguridad, abandonaran el puerto frente a determinados pronósticos meteorológicos. La otra característica material relevante del puerto de Kashima es la construcción particular de su canal de acceso que quedaba expuesto al oleaje proveniente del norte. En el caso, se considera que el puerto contaba con un sistema de alerta meteorológico y de reportes a los navegantes, indicándoles cuándo debían abandonar el puerto. En la sentencia de UKSC se concluye que si bien el oleaje producto de grandes olas y un severo vendaval del norte resultaban característicos del puerto, la combinación de ambos extremos climáticos no lo era. Como el buque zozobra por el efecto conjunto de los dos eventos climáticos, no se configura un puerto inseguro. Esto se debe a que la causa del naufragio es una ocurrencia anormal. La noción de “ocurrencia anormal” se explicará *infra*.

B. Etapas: llegar, usar y partir

El ámbito temporal de la seguridad comprende tres momentos: llegar al puerto, utilizarlo y partir de él. Tanto la operación del buque en relación con el puerto como ciertas obligaciones del fletante y del fletador justifican la lógica detrás de la identificación de estas tres etapas.

En las etapas de “llegar” y “partir”, la seguridad se extiende espacial o geográficamente desde afuera hacia el puerto o lugar de atraque, abarcando la zona o canal de acceso²⁸. Conforme el caso *The Mary Lou*²⁹, esta etapa concierne al canal necesario para el acceso o egreso, aplicándose siempre que no exista una ruta alternativa y segura. Dentro del espacio geográfico pueden darse las siguientes circunstancias que ilustran diversos peligros en esta etapa: la presencia de hielos que obstruyan el canal³⁰, o de puentes u obstáculos que requieran desmantelar o modificar la superestructura o los mástiles del buque³¹; igualmente, puede suceder que debido al calado del canal el buque necesite alistar su carga³²; el puerto puede carecer de un sistema de monitoreo y reporte de peligros de la navegación o su sistema puede resultar defectuoso³³; finalmente, podrían darse riesgos políticos como el caso de ataques hostiles³⁴.

28 Queen's Bench Division, sentencia del 9 de abril de 1981, *Transoceanic Petroleum Carriers v. Cook Industries Inc. (The Mary Lou)* [1981] 2 Lloyd's Rep. 272.

29 *Idem*.

30 King's Bench Division, sentencia del 21 de diciembre de 1949 *GW Grace v. General Steam Navigation (The Sussex Oak)* (1949) 83 L.L.Rep. 297.

31 KHARCHANK, A.. *The meaning of a good safe port and berth in a modern shipping world*, Groningen, s.n., 2014, 62, disponible en [<https://research.rug.nl/en/publications/the-meaning-of-a-good-safe-port-and-berth-in-a-modern-shipping-world>] [consultado el 28 de julio de 2021].

32 CADWALLADER, F. J., “An Englishman's Safe Port”, *San Diego Law Review*, vol. 8, n ° 3, 1971, 639-652, en [<https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol8/iss3/9>] [consultado el 28 de julio de 2021]; 646.

33 MCKINNON, A., “Administrative shortcomings and their legal implications in the context of safe ports”, cit., 192-202.

En principio, los mismos peligros que pueden afectar el ingreso del buque al puerto pueden afectar su partida, como sucede en el caso de hielos que bloqueen los accesos³⁵. De todas formas, un cambio de circunstancias entre el ingreso y la partida puede dar lugar a problemáticas particulares de una u otra. Esto se puede exemplificar con un caso jurisprudencial donde el buque pudo acceder al puerto ya que venía en carga. Pero al descargar y partir en lastre, no pudo franquear cierta zona portuaria porque en esta condición superaba la altura de los puentes que cruzaban el canal de acceso³⁶.

En relación con la etapa de “usar”, el puerto le debe permitir al buque utilizarlo y permanecer en él, sin exponerlo a riesgos que no se puedan evitar mediante una buena navegación. Al mismo tiempo, las condiciones y características del puerto le deben brindar la posibilidad material de abandonarlo cuando, frente a un cambio de circunstancias, se manifieste algún peligro³⁷.

Los elementos del puerto relevantes en esta etapa son los avisos a los navegantes, la disponibilidad de prácticos y remolcadores, las ayudas a la navegación y las estructuras para atracar. Los avisos a los navegantes incluyen cuestiones meteorológicas y oceanográficas, y el reporte de accidentes de la navegación³⁸. La disponibilidad de prácticos y remolcadores resulta central para poder navegar apropiadamente en los accesos y dentro del puerto. Las ayudas a la navegación incluyen tanto la apropiada demarcación *in situ* con iluminación y boyas como la inclusión de los peligros en las cartas náuticas³⁹. Finalmente, las estructuras para atracar abarcan la calidad y el estado del muelle, defensas y *dolphin* que deba utilizar el buque⁴⁰.

Sin embargo, el riesgo puede tener su fuente en varias causas o características diferentes del puerto. Un ejemplo habitual se da cuando la póliza requiere que el buque pueda permanecer siempre a flote⁴¹. El riesgo puede provenir de las características

34 *King's Bench Division*, sentencia del 15 de diciembre de 1915, *Palace Shipping Co Ltd v Gans Steamship Line* [1916] 1 K.B. 138; *Queen's Bench Division*, sentencia del 27 de mayo de 1971, *Vardinoyannis v. Egyptian General Petroleum Corp. (The Evangelos Th)* [1971] 2 Lloyd's Rep. 200.

35 *King's Bench Division*, sentencia del 21 de diciembre de 1949 *GW Grace & Co Ltd v General Steam Navigation Co Ltd (The Sussex Oak)* [1950] 2 K.B. 383.

36 *King's Bench Division*, sentencia del 19 de noviembre de 1920, *Limerick Steamship Co Ltd v WH Stott & Co Ltd* [1921] 1 K.B. 568.

37 MCKINNON, A., “Administrative shortcomings and their legal implications in the context of safe ports”, cit., 193, 200. Véase también *Court of Appeal*, sentencia del 9 de noviembre de 1978, *Islander Shipping Enterprises SA v Empresa Marítima del Estado SA, (The Khian Sea)* [1979] 1 Lloyd's Rep. 545; United Kingdom Supreme Court, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2017] 1 W.L.R. 1793, 1803.

38 MCKINNON, A., “Administrative shortcomings and their legal implications in the context of safe ports”, cit., 197.

39 *Court of Appeal*, sentencia del 3 de marzo de 1994, *Prekookeanska Plovidba v Felstar Shipping Corp (The Carnival and The Danilovgrad)*, [1994] c.l.c. 277.

40 *Idem*. Véase también *Privy Council*, sentencia del 26 de enero de 1956, *Reardon Smith Line v. Australian Wheat Board (The Houston City)* [1956] A.C. 266.

41 *Court of Appeal*, sentencia del 29 de julio de 1897, *Carlton Steamship Co Ltd v Castle Mail Packets Co Ltd*, [1897] 2 Q.B. 485.

físicas del puerto y sus aguas, como de los fenómenos meteorológicos y oceanográficos a los que está expuesto. Por lo tanto, son elementos determinantes, en este supuesto, el correcto dragado y mantenimiento del calado, así como la información relativa al pronóstico meteorológico, de mareas y caudal de agua.

C. Peligros temporarios y demoras

El peligro u obstáculo temporal supone ciertas circunstancias no permanentes que le impidan al buque entrar, usar o salir del puerto. Esta situación puede impedir que el buque comience o termine el viaje. También pueden interrumpir el uso del puerto, exigiendo que el buque lo abandone para evitar el peligro, pero luego deberá volver a entrar para continuar operando en el mismo puerto. A modo de criterio práctico, Cooke plantea la importancia de distinguir entre los peligros temporarios ocultos de los evidentes⁴². En este sentido el peligro resultaría evidente si puede ser conocido por el capitán. Incluso cuando el riesgo resulte sorpresivo, puede constituir un puerto inseguro si es una de sus características. En consecuencia, se analizan dos cuestiones. Por un lado, se debe considerar si el puerto cuenta con un sistema de información y respuesta que le permita al capitán tomar las medidas necesarias, de acuerdo con el buen arte de la navegación, para esperar por la entrada o para salir del puerto según corresponda. Por el otro lado, se debe evaluar el tiempo que insuma la demora en relación con los contratos, pues una demora excesiva, es decir, más allá de un tiempo razonable, podría dar lugar a la frustración del contrato⁴³.

D. El buque en particular

El análisis de la seguridad del puerto no supone una consideración abstracta o general, sino que apunta a una situación específica, temporalmente determinada y vinculada con un contrato y un buque en particular. Por consiguiente, la seguridad se evalúa en relación con el buque fletado y en las condiciones en que este se encuentra o se debería encontrar, conforme al contrato, al momento de arribar, usar o partir del puerto. Con base en esto se pueden identificar varios elementos a considerar respecto del buque, por ejemplo, su tamaño y construcción –eslora y manga–, si está cargado o en lastre y sus calados, tanto el aéreo como el acuático⁴⁴.

42 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 143.

43 *Idem*.

44 *King's Bench Division*, sentencia del 19 de noviembre de 1920, *Limerick Steamship v. Stott (The Innisboffin)* [1921] 2 K.B. 613; *King's Bench Division*, sentencia del 18 de noviembre de 1932, *Brostrom v. Dreyfus* (1932) 44 L.I.L.Rep. 136; *Court of Appeal*, sentencia del 7 de marzo de 2008, *AIC Ltd v. Marine Pilot Ltd. (The Archimidis)* [2008] EWCA Civ 175, [2008] 1 C.L.C. 366.

E. Riesgo evitable con el empleo de buena navegación y cómo influye la negligencia del capitán y tripulación

Se puede deducir de la jurisprudencia que si el peligro es evitable con el ejercicio de una buena navegación o buenas prácticas marineras, este sería un peligro normal de la navegación. Esto requiere un estándar normal de cuidado y habilidad razonable, que es lo que normalmente se espera de un capitán hábil y prudente. Este aspecto se vincula a las obligaciones del fletante de poner al buque en estado de navegabilidad y con la tripulación apropiada⁴⁵.

El fletante, al reclamar al fletador, por el incumplimiento de su obligación de nominar un puerto seguro debe satisfacer los elementos de la responsabilidad contractual. Primero, tiene que determinar que el puerto resulta inseguro. Luego, debe establecer la relación de causalidad entre la inseguridad del puerto y el daño reclamado. Si un peligro concurre con una conducta negligente del capitán o de la tripulación, se debe evaluar si esa negligencia puede romper el nexo causal entre el incumplimiento del fletador, al nominar un puerto inseguro, y el daño⁴⁶.

F. Ocurrencia anormal

La inseguridad se establece a partir de los peligros derivados de las características o los atributos normales del puerto, o sea, de su configuración como tal⁴⁷. Entonces, la ocurrencia anormal supone un peligro que no deriva de las características normales del puerto. La sentencia de UKSC en el caso *The Ocean Victory*⁴⁸ revela la aplicación de este criterio a un caso extremo. En la situación de hecho, el peligro lo constituyó la combinación de dos condiciones climáticas que, consideradas individualmente, eran características normales del puerto. Sin embargo no había antecedentes de su acaecimiento conjunto. En consecuencia, al darse en simultáneo suponen una ocurrencia anormal.

La anormalidad se juzga al momento de realizar la nominación del puerto, cuando se evalúan prospectivamente las características normales del puerto para la época en que el buque arribe, utilice el puerto y zarpe. Entonces no supone un criterio de lo

45 Estas obligaciones del fletante se dan en tanto en fletamientos a tiempo como por viaje. Véanse las pólizas estandarizadas *Gentime* 1999, cláusulas 11, 12 y 15 (e) y *Gencon* 1994, cláusula 2.

46 *Privy Council*, sentencia del 26 de enero de 1956, *Reardon Smith v. Australian Wheat Board (The Houston City)* [1956] A.C. 266; *Court of Appeal*, sentencia del 5 de abril de 1955, *Compania Naviera Maropan SA v Bowaters Lloyd Pulp & Paper Mills Ltd, (The Stork)* [1955] 2 Q.B. 68.

47 *Privy Council*, sentencia del 26 de enero de 1956, *Reardon Smith v. Australian Wheat Board (The Houston City)* [1956] A.C. 266; *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes (the Evia)* (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736 (H. L.); *Court of Appeal*, sentencia del 26 de julio de 1992, *K/S Penta Shipping A/S v Ethiopian Shipping Lines Corporation (The Saga Cob)* [1992] 2 Lloyd's Rep. 545 (C.A.).

48 *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd*, [2017] 1 w.l.r. 1793, 1809-1810.

predecible, pues no se evalúa si era posible predecir la situación que se reputa como una ocurrencia anormal. En cambio, el criterio radica en determinar si el peligro resulta de una característica normal del puerto. Por consiguiente, si la situación era anormal cuando se nominó el puerto y luego se vuelve una característica normal de este, se presenta una situación de inseguridad sobreviniente⁴⁹.

II. Garantía o promesa de puerto seguro

A. Estándar de la obligación o garantía

El estándar de la obligación o garantía puede estar contemplado expresamente en la póliza o surgir “by implication” en la etapa judicial. Las cláusulas pueden incorporar la cuestión del puerto seguro en forma expresa mediante una promesa contractual por medio de la cual el fletador garantiza la seguridad del puerto. En este caso, bajo el *common law* inglés, la obligación es “absolute” o, dicho de otro modo, una obligación de resultados con un estándar objetivo de cumplimiento y responsabilidad objetivo. De esta forma el fletador, independientemente de su diligencia, incumple si el puerto era inseguro y aun cuando él no lo supiera⁵⁰. Sin embargo, las partes pueden calificar la obligación de nominar un puerto seguro mediante la redacción de la cláusula, incorporando como estándar de cumplimiento la diligencia debida o “due diligence”⁵¹. Este estándar de diligencia debida, o razonable, requiere que el fletador tome los recaudos para considerar que el estado del peligro no configuraría un puerto inseguro en el momento relevante⁵².

En ausencia de una cláusula expresa de puerto seguro en la póliza, bajo el *common law* inglés, el riesgo del puerto pesaría sobre el fletante. Si el tribunal encuentra una cláusula implícita, prácticamente se produce un traslado de ese riesgo del fletante al fletador. En este contexto, es necesario determinar en qué circunstancias es posible que la corte encuentre una cláusula de puerto seguro implícita o “by implication”. Las cortes inglesas reconocen que la omisión de la cláusula puede ser intencional, caso en el que no correspondería que el tribunal introduzca una cláusula donde las partes decidieron lo contrario⁵³. De esta forma, el estándar consiste en analizar si la cláusula es necesaria para dotar al contrato de eficacia comercial⁵⁴. Para implementar este criterio respecto de un fletamiento se debe contrastar con el grado de libertad

49 *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes (the Evia)* (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736 (H. L.).

50 *Lensen Shipping v. Anglo-Soviet Shipping* (1935) 52 Ll.L.Rep. 141 (C.A.).

51 *Shellvoy 6 Part II*, cláusula 4, o *Exxonmobilvoy* 2005, cláusula 16(b).

52 *Court of Appeal*, sentencia del 26 de julio de 1992, *K/S Penta Shipping A/S v Ethiopian Shipping Lines Corporation (The Saga Cob)* [1992] 2 Lloyd's Rep. 545 (C.A.).

53 BAUGHEN, S., *Shipping Law*, 6.^a ed., Oxon, Routledge, 2015, 203-204.

54 *Court of Appeal*, sentencia del 10 de junio de 2009, *Mediterranean Salvage & Towage Limited v. Seamar Trading & Commerce Inc., (The Reborn)* [2009] EWCA Civ 531; véase también *Queen's*

o disponibilidad que tiene el fletador para elegir el puerto a nominar. Si el fletador dispone de un amplio margen de libertad de elección, es razonable interpretar que el riesgo de la elección pese sobre esta parte. En cambio, cuanto más se especifiquen los puertos en la póliza, resulta más razonable interpretar que, en ausencia de una estipulación expresa, el fletante asume ese riesgo⁵⁵. Este análisis debe realizarse respetando las reglas de interpretación contractual. Por lo tanto, hay que considerar si el contrato como un todo, o alguna de sus cláusulas, opera en contra de la aplicación del puerto seguro como un término implícito⁵⁶.

B. Operación temporal prospectiva de la obligación de nominar puertos seguros

La obligación de puerto seguro no es una obligación continua, sino que debe juzgarse en el momento en que se realiza la nominación y funciona como una predicción⁵⁷. El fletador emite al capitán la orden indicando el puerto o lugar de carga al que el buque debe dirigirse. La obligación opera cuando el fletador emite esa orden y le exige nominar un puerto que resulte seguro para el momento futuro en que el buque deba arribar, utilizarlo y oportunamente partir. De esta forma, se entiende que opera prospectivamente porque se aplica cuando se realiza la nominación pero se refiere materialmente al momento futuro en que el buque intente cumplir con la orden. Lo que se predice es que, al tiempo de cumplir con la orden, las características normales del puerto solo representarán peligros que el buque podrá sortear mediante su buena navegación⁵⁸.

III. Distinciones entre los fletamientos a tiempo y por viaje

En el contrato de fletamiento por viaje, el fletante se compromete a realizar uno o más viajes estipulados en la póliza y, a cambio, recibe el flete estipulado. El flete se determina en función del viaje y carga a transportar. También se dispone un determinado lapso de tiempo para realizar las operaciones de carga y descarga. En caso de que se

Bench Division, sentencia del 7 de abril de 1998, *Aegean Sea Traders Corp v Repsol Petroleo SA (The Aegean Sea)* [1998] c.l.c. 1090.

55 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 125-126.

56 *Court of Appeal*, sentencia del 10 de junio de 2009, *Mediterranean Salvage & Towage Limited v. Seamar Trading & Commerce Inc.*, (*The Reborn*) [2009] EWCA Civ 531.

57 En *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2017] 1 W.L.R. 1793, 1802-1803, la UKSC reafirma el postulado sentado por Lord Roskill en *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes* (*the Evia*) (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736, 757 (H. L.).

58 *United Kingdom Supreme Court*, sentencia del 10 de mayo de 2017, *Gard Marine & Energy Ltd v China National Chartering Co Ltd* [2017] UKSC 35, [2017] 1 W.L.R. 1793; *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes* (*the Evia*) (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736 (H. L.).

exceda ese periodo el fletador compensa al fletante abonando el monto correspondiente de “demurrage”⁵⁹. En cambio, en el contrato de fletamiento a tiempo el fletante pone el buque a disposición del fletador por un tiempo determinado, a cambio de una suma de dinero que se calcula por día. A su vez, corren por cuenta del fletador los gastos relativos a la operación del buque, como el combustible y lubricantes. Estos tipos de fletamiento se diferencian puesto que en el fletamiento a tiempo el fletador obtiene los servicios del buque por un periodo de tiempo, mientras que en el fletamiento por viaje solo obtiene el provecho del viaje o viajes acordados. En consecuencia, el riesgo del tiempo, el rendimiento del buque y los costos de su utilización afectan al fletador en un contrato a tiempo y al fletante en un contrato por viaje.

En el fletamiento a tiempo el fletador obtiene el empleo del buque. Esto se implementa prácticamente por intermedio del capitán y tripulación, quienes siguen las órdenes del fletador, dentro de los límites estipulados por la póliza⁶⁰. En el fletamiento por viaje, el fletador tiene el derecho y la obligación nominar el puerto y lugar de carga o descarga⁶¹. Este doble carácter se debe a que tal nominación resulta necesaria para que el fletante pueda cumplir con sus obligaciones. Puesto que, como el riesgo del tiempo afecta al fletante, la demora o inacción del fletador lo perjudica. Por ello, dentro de los límites del contrato, funciona como una facultad, pero también como una obligación.

En ambos tipos de contrato las órdenes impartidas por el fletador se consideran legítimas si se encuentran dentro del ámbito permitido por la póliza. Habitualmente las pólizas requieren que el puerto nominado sea seguro para la operación del buque. Si el puerto nominado es inseguro, la orden se considera ilegítima y supone un incumplimiento contractual del fletador. Por ello, este deberá indemnizar los daños que le cause al buque, el cumplimiento de la orden ilegítima.

A. Primary obligation & secondary obligation en el fletamiento a tiempo

La denominada “obligación primaria” del fletador se cumple cuando realiza la nominación del puerto, comunicando la orden al capitán o fletante. La seguridad del puerto se evalúa en ese momento, pero el puerto debe ser “prospectivamente” seguro. Es decir, se vincula la seguridad con el momento y las condiciones imperantes cuando el buque deba entrar, utilizar el puerto o partir. Aquí existe una distinción lógica, de naturaleza temporal, entre el momento de dar y cumplir la orden. Esto permite que se realicen nominaciones a puertos que si bien al momento de la nominación no resultan seguros, lo serán para cuando el buque se encuentre en ellos. Estas nominaciones resultan válidas y coherentes. Un caso práctico supone un puerto que a la fecha de la nominación se encuentre bloqueado por hielo en sus canales de acceso, pero que

59 Sobreestadía.

60 COGHLIN, T. et al., *Time Charters*, cit., 334.

61 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 116-118.

para cuando el buque arribe se habrá producido el cambio de temporada y el hielo habrá desaparecido⁶².

El puerto que es prospectivamente seguro al momento de la nominación puede volverse inseguro por un cambio de circunstancias que ocurra luego de nominado y antes de que el buque arribe a él. En este caso surge la denominada “obligación secundaria” del fletador. El fletador deberá realizar una nueva nominación a otro puerto prospectivamente seguro. La obligación secundaria surge, también, si una vez arribado el buque se presenta un peligro que podría evitarse enviando el buque a otro puerto. En este supuesto, el fletador deberá ordenarle al buque que parta hacia otro puerto prospectivamente seguro⁶³.

El capitán o fletante pueden rechazar o negarse a cumplir una nominación inválida, es decir, a un puerto inseguro⁶⁴. La orden puede ser originalmente inválida o una orden originalmente válida que se vuelve inválida por un cambio de circunstancias. Si el capitán o fletante conocen el verdadero estado de situación, podrán negarse a continuar el viaje al puerto inseguro. Sin embargo, si el capitán o fletante conociendo la situación de peligro, deciden proseguir o aceptar la orden luego no podrán rechazarla. No obstante, ello no implica que necesariamente tendrán que soportar los daños, pues si estos se derivan de una orden inválida el fletador aun es responsable⁶⁵.

B. Fletamiento a tiempo y el reclamo por vía de las cláusulas de “employment” y de “indemnity”

En los fletamientos a tiempo el capitán se encuentra bajo las órdenes del fletador en lo que hace a la gestión comercial. Esto se relaciona principalmente con la carga y con la nominación de los puertos y lugares de atraque para la carga y descarga. El derecho y obligación de dar estas órdenes trae aparejada la responsabilidad del fletador. Éste responde por los daños que sufra el fletante por cumplir con esas órdenes, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al capitán y la tripulación⁶⁶.

62 *Ibid.*, 757.

63 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 764-765.

64 Una orden inválida implica una noción más amplia que puerto seguro. La orden al puerto puede ser inválida porque se encuentra fuera de los límites geográficos, o en contra de una cláusula específica de la póliza, el puerto resulta legal o físicamente imposible o, por ejemplo, el buque no puede mantenerse siempre a flote, aun cuando ello no le irrogue ningún daño. Véase *House of Lords*, sentencia del 7 de diciembre de 2000, *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hill Harmony)* [2001] c.l.c. 502, 518; *King's Bench Division*, sentencia del 21 de diciembre de 1949, *GW Grace v. General Steam Navigation (The Sussex Oak)* [1950] 2 K.B. 383, 396.

65 MARTIN-CLARK, D., “Charterparties”, en ATTARD, D. (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. II, Oxford, 2016, 278-279.

66 *House of Lords*, sentencia del 7 de diciembre de 2000, *Whistler International Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The Hill Harmony)* [2001] c.l.c. 502, 505; *Court of Appeal*, sentencia del 15 de junio de 1994, *Triad Shipping Co v Stellar Chartering & Brokerage Inc (The Island Archon)* [1994] c.l.c. 734, 741-742.

El problema para fundar un reclamo por vía de las cláusulas de *employment* y de *indemnity* radica en el solapamiento entre la responsabilidad que surge de esas cláusulas con la que emana de la cláusula de puerto seguro. Ya que, en esencia, el incumplimiento sería el mismo: la orden al puerto en que se causa el daño. La situación cambia si la extensión de esas obligaciones es diferente. Por ejemplo, porque la obligación de nominar un puerto seguro se encuentra calificada o restringida. En este caso, podría intentarse un reclamo por vía de las cláusulas de *employment* y de *indemnity*⁶⁷.

C. Fletamento por viaje

Bajo un fletamento por viaje, si la orden es originalmente inválida el capitán o fletante pueden rechazarla y requerirle al fletador una nominación válida⁶⁸. Pero, a diferencia del fletamento a tiempo, en el fletamento por viaje no se encuentra resuelta la cuestión respecto del derecho y obligación del fletador de renombrar en casos de inseguridad sobreviniente. En este sentido, Lord Roskill, en el caso *The Evia* (n.º 2), destaca una diferencia central en la naturaleza de los fletamientos a tiempo y por viaje. En sus bases, el fletamento a tiempo supone un control del empleo del buque por parte de las órdenes que emita el fletador, de acuerdo con la póliza. Mientras que en el fletamento por viaje el fletador no se encuentra en la misma situación. En este contrato, la nominación de un puerto originalmente válido tiene el efecto como si el puerto elegido hubiera estado expresamente indicado en la póliza desde un comienzo⁶⁹. Por consiguiente, según Cooke, resulta más conveniente considerar que bajo el *common law* inglés no existe ni derecho ni obligación de renombrar en los fletamientos por viaje. Sugiere que las partes acuerden en el momento como resolver la cuestión, por vía de una modificación al contrato⁷⁰. Al mismo tiempo, otras disposiciones del contrato pueden resolver la cuestión, como la cláusula que faculta al fletante a elegir el puerto seguro más cercano⁷¹.

D. Tercero beneficiario

En el ámbito de la utilización de buques es usual encontrar una cadena contractual entre el propietario del buque y quien dispone de la carga u operación comercial. De esta forma la cadena comienza habitualmente con un fletamento a casco desnudo –que supone una locación–, luego un fletamento a tiempo y posteriormente uno o varios fletamientos por viaje. Estos subfletamientos por viaje pueden contener derechos

67 COGHLIN, T. et al., *Time Charters*, cit., 223.

68 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 147.

69 *House of Lords*, sentencia del 29 de julio de 1982, *Kodros Shipping Corp. v. Empresa Cubana de Fletes (the Evia)* (n.º 2) [1983] 1 A.C. 736, 763 (H. L.).

70 COOKE, J. et al., *Voyage Charters*, cit., 132.

71 ‘[O]r so near as she may safely get to’.

y obligaciones distintos que los establecidos en el fletamiento a tiempo. En particular, pueden diferir en el estándar aplicable respecto a la nominación de puertos seguros. Esta situación requiere establecer si el subfletamiento por viaje otorgó un beneficio, o estipulación a favor de terceros, en cabeza del fletante a tiempo. Desde la perspectiva del derecho inglés, esto involucra tres aspectos. Primero, se parte del análisis de las disposiciones del fletamiento en particular. Segundo, se aplica la doctrina de la relatividad de los contratos como principio del *common law*. Tercero, se evalúa si corresponde aplicar al contrato la Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. En consecuencia, el reclamo directo del fletante a tiempo contra el subfletador por viaje puede verse impedido, en virtud de la doctrina de la relatividad de los contratos, por la combinación de dos circunstancias. Una, que las cláusulas contractuales del fletamiento a tiempo y del subfletamiento por viaje difieren entre sí, respecto a la obligación de nominar puertos seguros. La otra, que no proceda un beneficio ejercitable por vía de la Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999.

IV. Cláusulas: AA, NAABSA y “so near as she may safely get to”

La posición tradicional se advierte con la cláusula “always afloat/always safely afloat”. Esta requiere que el buque pueda mantenerse siempre a flote durante toda su estadía en el puerto, de no ser así, el puerto es inseguro y su nominación inválida. Sin embargo, las características del lecho marino en ciertas regiones permiten que el buque se apoye sin provocarle daños, salvo que intervenga un objeto abandonado o una formación rocosa no informada en las cartas náuticas. En el caso de estos puertos se utiliza la cláusula denominada “NAABSA”, que representa el acrónimo, en inglés, de “not always afloat but safely aground”. Esta disposición permite nominar un puerto en el cual el buque se mantenga a flote o se apoye en el lecho en forma segura. Esta disposición resulta útil en los puertos donde, por sus características, la profundidad puede reducirse o variar en gran medida. Por otra parte, la cláusula dispone un requisito de seguridad. Entonces, si bien el buque puede recostarse sobre el lecho, todo daño que sufra por ello representa un incumplimiento que genera responsabilidad⁷².

Por otra parte, la póliza de fletamiento puede disponer, a continuación del nombre del puerto, la fórmula “or so near as she may safely get to”. Esta disposición le da una alternativa de cumplimiento al fletante, en los casos en que resulte imposible llegar al puerto o en que la inseguridad sea sobreviniente. El fletante puede cumplir con su obligación dirigiéndose al puerto seguro más cercano, o a otro lugar dentro del puerto de destino, que sea el lugar seguro y más cercano al que debía dirigirse. Esta cláusula opera en el derecho inglés como una libertad o facultad concedida a favor del fletante⁷³.

72 Véase PLOMARITOU, E. y PAPADOPOLOUS, A., *Shipbroking and Chartering Practice*, 8.^a ed., Oxon, Informa Law, 2018.

73 *Court of Appeal*, sentencia del 10 de mayo de 1931, *Fornyade Red. Commercial vs. Blake & Co. (The Varing)* [1931] 79.

Segunda parte

V. Concepto de “puerto seguro”, su significado y alcance

La LN argentina no dispone una definición de “puerto seguro”, ni aborda la obligación de nominar puertos seguros en forma acabada. Por lo tanto, es necesario analizar e integrar la norma legal. Para esta tarea se parte de la autonomía del derecho marítimo y de la supletoriedad de la ley en materia de fletamientos. Las disposiciones de la LN son de aplicación supletoria, es decir, se aplicarán en ausencia de disposición expresa en la póliza. Así mismo, en caso de que las normas expresas de la LN para cada tipo de contrato de fletamiento no resulten suficientes, deberá resolverse por analogía, aplicando la norma que mejor se ajuste al caso⁷⁴.

Se sostiene que el concepto de “puerto seguro” brindado por la jurisprudencia inglesa resulta aplicable en el contexto de la ley argentina. Esto se funda en una serie de elementos presentes en la regulación de la LN sobre los contratos de utilización de buques. Primero, respecto al contrato de fletamiento a tiempo, el artículo 232 LN⁷⁵ habla de peligros no previstos en el momento de celebración del fletamiento. Luego, el artículo 256 LN⁷⁶, aplicable al fletamiento por viaje, dispone respecto al bloqueo del puerto de destino. Este artículo regula un caso que puede encuadrarse tanto como una imposibilidad o una demora excesiva. Por último, el artículo 288 LN⁷⁷, correspondiente a las disposiciones comunes al transporte, introduce las nociones de “imposibilidad”, “riesgoso”, “excesiva demora”, al referirse a la descarga en el puerto de destino. Estas nociones pueden combinarse para construir el concepto de “puerto seguro” con base en la noción inglesa. Siguiendo este parámetro, el puerto no será seguro si su uso resulta imposible, riesgoso o excesivamente demorado. La noción de inseguridad del puerto se integra con los peligros pactados en la póliza. Estos se deducen de diversas disposiciones del contrato, como son la descripción del buque, sus capacidades y tipo, las variedades de carga involucradas, la zona geográfica, el

74 *Court of Appeal*, sentencia del 10 de mayo de 1931, *Fornyade Red. Commercial vs. Blake & Co. (The Varing)* [1931] 79.

75 Artículo 232. “El fletante no está obligado a hacer navegar el buque fuera de los límites geográficos convenidos en el contrato o en condiciones o lugares que los expusieren a peligros no previstos en el momento de su celebración. En estos últimos casos, el contrato quedará resuelto si su ejecución resulta imposible por causas no imputables al fletador.”

76 Artículo 256. “Si después de iniciado el viaje se declara el bloqueo de puerto de destino el fletante debe intimar al fletador para que indique, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, el puerto de descarga de la mercadería. Este debe estar en el trayecto que el buque debía seguir para llegar a su primitivo destino. Si dichas instrucciones no llegan a tiempo, el fletante o el capitán determinarán el puerto de descarga.”

77 Artículo 288. “Cuando la descarga en el puerto de destino resulte imposible, riesgosa o excesivamente demorada, por causa fortuita o de fuerza mayor, el transportador puede descargar la mercadería en el puerto más cercano, resguardando los intereses del cargador, y dar por terminado el viaje exigiendo el pago del flete estipulado.”

viaje, las operaciones a realizar y el destino específico pactado, si lo hubiere⁷⁸. En la jurisprudencia argentina, por ejemplo, el caso del buque *Nea Moni* ilustra la cláusula de puerto seguro, aunque la cuestión debatida versa sobre la prórroga de jurisdicción en materia de fletamientos⁷⁹.

A. Tipos de riesgos

Al igual que en el derecho inglés, en el derecho argentino también la noción abarca riesgos físicos y políticos –o no relacionados con la navegación–. Los riesgos físicos pueden ilustrarse en un caso por demoras debidas a un bloqueo del canal producto de una colisión⁸⁰, como también en un caso de infraestructura eléctrica defectuosa y peligrosa en un canal de derivación portuario⁸¹. Los riesgos políticos pueden ejemplificarse con un caso sobre un contrato de transporte de carga cuyo destino original era Buenos Aires pero debió ser desembarcado en Uruguay. El desvío tuvo su causa en el riesgo político del puerto de Buenos Aires por los acontecimientos contemporáneos a la fecha de descarga⁸².

B. Etapas: llegar, usar y partir

En el derecho argentino no surge de modo expreso de la normativa que el ámbito temporal se extienda a los tres momentos identificados de llegar, utilizar y partir. Sin embargo, estas etapas pueden encontrarse, por vía hermenéutica, en las disposiciones de la ley de la navegación. Para empezar, en el lenguaje de la norma, “llegar” implica arribar al puerto y lugar de puesta a disposición del buque⁸³, como a aquellos puertos y lugares para cargar o descargar⁸⁴. Luego, “usar” comprende la ejecución de las operaciones de carga o descarga⁸⁵. Por último, “partir” supone el comienzo del viaje⁸⁶ y

78 Véanse los artículos 227, 229, 232, 241 y 242 LN.

79 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Causa n.º 9055. “Coprop S.A. c/ prop. y/o arm. buque de bandera griega ‘Nea Moni’ s/ resc. de contrato e indemnización de daños y perjuicios”, sentencia del 23 de septiembre de 1969.

80 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, Causa n.º 1276/98 –S.I.– “SHELL Compañía Argentina De Petróleo S.A. c/ ELMA S.A. y otros s/ Cobro de Sumas de Dinero”, sentencia del 2 de febrero de 2017.

81 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, Causa n.º 597/93 –S.I.– “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros S.A. C/Agua y Energía del Estado y Otro S/Daños y Perjuicios, y su acumulado Causa n.º 1195/97 Olaso y Azanza Rodrigo Jesús C/Agua y Energía Eléctrica Soc. del Estado y Otros S/Daños y Perjuicios”, sentencia del 7 de abril de 2009.

82 Sentencia “Pacífico Argentina Nav. Com. S.A. c/ Masilbyrena S.R.L.”, La Ley 18.III.61; Jurisprudencia Argentina 14.II.61, citado en RAY, J. D., *Derecho de la navegación*, cit., 293.

83 Artículos 229 y 241 LN.

84 Artículos 244, 245 y 247 LN.

85 Artículos 244 y 248 LN.

86 Artículos 249, 250, 253 y 256 LN.

alcanza a la navegación a través de las vías de acceso al puerto. Es más, el significado de estas tres etapas se puede interpretar implícito a partir de los artículos 229 y 231 LN. El primero dispone respecto a las obligaciones del fletante, y el segundo, sobre la distribución de gastos entre fletante y fletador. De allí se desprende que el uso del buque debe ser de acuerdo con el destino contractual acordado y, por ello, la distribución contractual de los riesgos del puerto se debe analizar conforme a ese destino. Además, el límite donde el buque debe navegar se determina por el ámbito geográfico y excluye a las “condiciones o lugares que los expusieren a peligros no previstos en el momento de su celebración”⁸⁷. En consecuencia, el texto de la ley permite inferir que se abarcaría temporalmente a la navegación para alcanzar el puerto, utilizarlo, circular dentro de él y partir. Todo ello, en virtud de lo estipulado en la póliza de fletamento y sin perjuicio de los usos y costumbres y las regulaciones portuarias.

A su vez, la doctrina argentina reconoce que se receptan los usos y costumbres internacionales como también el derecho extranjero, y coincide en las tres etapas indicadas⁸⁸. La consideración de estas etapas resulta, en última instancia, una consecuencia lógica de las operaciones navales. Cada etapa temporal relaciona una operación particular con determinadas cuestiones de seguridad. De esta forma, si el acceso al puerto se encuentra bloqueado solo afectaría al buque para llegar o partir, pero no para usar el puerto, salvo, claro está, que ese bloqueo le impida un desplazamiento necesario dentro del puerto o si se requiere salir de este para evitar un peligro durante la etapa de uso.

C. Peligros temporarios y demoras

Se pueden aplicar bajo el derecho argentino consideraciones similares a las explicadas respecto al derecho inglés. La ley argentina incluye soluciones jurídicas para los casos de excesiva demora para el puerto de carga, de descarga e incluso en el caso específico de bloqueo del puerto de descarga. Sintéticamente, se recepta la posibilidad que la demora frustre el contrato y brinda soluciones dependiendo de que esta se produzca antes o después de la partida⁸⁹. Adicionalmente, es útil distinguir si el puerto cuenta con los sistemas apropiados de información y aviso a los navegantes que le permita al capitán conocer la situación y tomar una decisión informada.

D. El buque en particular

La LN al disponer que el lugar del puerto debe ser seguro y permitirle al buque permanecer siempre a flote, lo hace en relación con el buque en particular, objeto del

87 Artículo 232 LN.

88 MALVAGNI, A., *Contratos de Transporte por Agua*, cit., 193; RAY, J. D., *Derecho de la navegación*, cit., 236; MONTIEL, B., *Curso de Derecho de la Navegación*, cit., 243-244.

89 Artículos 256, 288, 315 LN.

contrato. Esto surge de varias de sus disposiciones. Para empezar, los artículos 227^[90] y 241 LN se refieren al “buque determinado”. Estos artículos brindan las definiciones de los contratos de fletamiento a tiempo y por viaje, respectivamente. Ambos conceptos legales entienden que el contrato se refiere a un buque en particular, que se determina en la póliza. Luego el artículo 229 LN le impone al fletante a tiempo la obligación de ejercer diligencia razonable con el fin de poner al buque en un estado de navegabilidad apropiado para que “[...] pueda ser empleado en el destino establecido”. Por su parte, el artículo 241 LN dispone para el fletante por viaje una obligación de diligencia razonable relativa a la navegabilidad del buque. Esta norma agrega que ese fletante, además, deberá “[...] cumplir con las prestaciones comprometidas frente al fletador”. Aquí también, en ambos tipos de fletamiento, se concibe un contrato en torno a un buque identificado, que se define por sus características, las cuales le permiten brindar un determinado servicio y satisfacer el fin contractual acordado. Finalmente, este argumento se refuerza con el artículo 242 LN en cuanto a la individualización del buque y su tonelaje en la póliza, lo cual se debe vincular con el artículo 246 LN que faculta al fletador a resolver el contrato cuando la capacidad o porte del buque sea más de un diez por ciento menor de lo estipulado en la póliza.

E. Riesgo evitable con el empleo de buena navegación y cómo influye la negligencia del capitán y la tripulación

En la ley argentina la figura del capitán se encuentra específicamente regulada. De sus funciones y deberes puede deducirse la aplicabilidad del estándar que califica los riesgos aceptables bajo un puerto es seguro. Este criterio plantea que el puerto es seguro si expone al buque a riesgos que se pueden evitar ejerciendo una buena navegación. Además, de dicha regulación se puede analizar cómo opera la negligencia del capitán en relación con la inseguridad del puerto y la obligación del fletador de nominar puertos seguros.

Un aspecto central de la figura del capitán es su carácter de delegado de la autoridad pública en relación con la seguridad de su buque. De este carácter se desprende, primero, que debe adoptar las medidas necesarias para la salvar al buque, personas y carga, en caso de peligro^[91]. Segundo, que tiene la obligación de tomar los prácticos que sean necesarios^[92], pero, aun así, el capitán “[...] es el directo responsable de la conducción, maniobra y gobierno del buque [...]” incluso en casos de practicaje

90 Artículo 227. “Existe fletamiento a tiempo cuando el armador de un buque determinado, conservando su tenencia y mediante el pago de un flete, se compromete a ponerlo a disposición de otra persona, y a realizar los viajes que ésta disponga dentro del término y en las condiciones previstas en el contrato, o en las que los usos establezcan. En este contrato el armador se denomina fletante y la otra parte fletador.”

91 Artículo 131 inc. f LN.

92 Artículo 131 inc. g LN.

obligatorio⁹³. Tercero, que tiene el deber de encontrarse en el puente de mando cuando las operaciones revistan riesgos particulares. Finalmente, los incisos *k*, *l* y *ll* del artículo 131 LN le imponen ciertas obligaciones siempre y cuando no impliquen un riesgo para su propio buque. Este contexto normativo describe la obligación del capitán de conducir su buque en condiciones de seguridad.

Al mismo tiempo, este plexo obligacional se complementa con otros deberes, como la conducta prescripta por el artículo 214 LN, que le exige mantenerse en contacto con el armador y requerirle instrucciones conforme las circunstancias. Este deber de conducta tiene aplicación práctica frente a incidentes que involucren la seguridad del puerto. En este sentido, el artículo 216 LN supone la solución a los casos de guerra sobreviniente a la partida del buque y de bloqueo en el puerto de destino. En ambos supuestos, en primer lugar, el capitán debe estarse a las instrucciones disponibles y, en ausencia de instrucciones, se dispone idéntica solución al artículo 256 LN, permitiéndole elegir el puerto de descarga.

Si se integran estas obligaciones de seguridad con los deberes de conducta se puede concluir que el capitán no debe hacer navegar al buque en un puerto inseguro y debería negarse a entrar al puerto en esas condiciones. En los dos casos tiene que notificarlo, al armador, al fletante y en su caso al fletador, y esperar instrucciones o proceder conforme le autoriza la normativa en casos específicos.

Una navegación deficiente puede funcionar como un caso de culpa concurrente con la del fletador o como un caso de culpa de la víctima. Esto sucede cuando la conducta negligente del capitán es atribuible al fletante o configura un incumplimiento contractual de su parte. En el ámbito del fletamiento, se le atribuye al fletante la conducta del capitán por vía de dos razonamientos. En principio, el armador tiene una responsabilidad indirecta por los hechos del capitán o la tripulación, conforme el artículo 174 LN⁹⁴. A su vez, la navegación del buque siempre le corresponde al fletante. En el caso del fletamiento a tiempo surge de la división de las empresas de navegación y comercial. Se evidencia en el artículo 234 LN⁹⁵ cuando establece que el capitán depende del fletante en lo relativo a la gestión náutica. La situación es incluso más sencilla en el fletamiento por viaje, donde no opera ninguna división. Por lo tanto, el fletante por viaje es responsable de las gestiones comerciales y de la navegación. Para operar exonerando al fletador, la conducta negligente del capitán

93 Artículo 134 LN.

94 Artículo 174. “El armador es responsable de las obligaciones contractuales contraídas por el capitán en todo lo relativo al buque y a la expedición, y por las indemnizaciones a favor de terceros a que haya dado lugar por hecho suyo o de los tripulantes.

“No responde en el caso de que el capitán haya tenido noticia o prestado su anuencia a hechos ilícitos cometidos en fraude de las leyes por los cargadores, salvo la responsabilidad personal de aquél.”

95 Artículo 234. “A los efectos de la gestión náutica del buque, el capitán depende del fletante. También recibirá órdenes del fletador, dentro de lo estipulado en el contrato respecto del uso que haga del buque, especialmente en todo lo referente a la carga, transporte y entrega de efectos en destino, o al transporte de personas, en su caso, y a la respectiva documentación.”

o la tripulación deberá interrumpir el nexo causal entre la nominación de un puerto inseguro y el daño que efectivamente se produjo. Al interrumpir el nexo causal podría tener lugar incluso cuando la obligación de nominar un puerto seguro tenga un estándar de cumplimiento y responsabilidad objetivo, es decir, independiente de la culpa del fletador.

F. Ocurrencia anormal

El derecho inglés no dispone de un instituto general de caso fortuito o fuerza mayor, debiendo ser incluido en una cláusula contractual o formar parte de las formulaciones de los principios judiciales. Por ello, la jurisprudencia inglesa incorpora la ocurrencia anormal en el concepto de “puerto seguro”. Este aspecto es una forma de compaginar la solución jurídica con sucesos imponderables, independientemente del instituto de caso fortuito. Al contrario, el derecho argentino incorpora al caso fortuito o fuerza mayor tanto en el derecho común civil y comercial⁹⁶, como en la especialidad marítima⁹⁷. En consecuencia, dentro del contexto del puerto seguro, la noción de “ocurrencia anormal” del derecho inglés se asimila al caso fortuito o fuerza mayor bajo ley argentina.

Si bien el instituto del caso fortuito⁹⁸ encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, C. C. Co. N.)⁹⁹, debido a la autonomía del derecho marítimo se debe recurrir en primer lugar y por analogía a las disposiciones de la LN. En particular, los artículos 256 y 288 LN¹⁰⁰. Entonces, el punto de partida para asimilar los conceptos de “ocurrencia anormal” y de “caso fortuito” radica en la noción de la “normalidad”. Esta se relaciona con las características del puerto o lugar de atraque. Las características normales de un puerto seguro exponen al buque a un riesgo evitable con el empleo de buena navegación, mientras que las características normales de un puerto inseguro lo expondrán a peligros que el buen arte de la navegación no lograría evitar. Este último caso se puede exemplificar refiriéndose a un puerto con un deficiente sistema para dar alertas a los navegantes, o uno donde el buque no pueda permanecer siempre a flote por el régimen de mareas y la profundidad del puerto¹⁰¹.

96 Artículo 1730 C. C. Co. N.

97 Véanse, entre otros, los artículos 222, 288, 315 LN.

98 El caso fortuito y la fuerza mayor tienen las mismas consecuencias jurídicas conforme su regulación en el C. C. Co. N, y los términos se utilizan en forma indistinta.

99 Ley 26.994 de 2014.

100 Artículo 288. “Cuando la descarga en el puerto de destino resulte imposible, riesgosa o excesivamente demorada, por causa fortuita o de fuerza mayor, el transportador puede descargar la mercadería en el puerto más cercano, resguardando los intereses del cargador, y dar por terminado el viaje exigiendo el pago del flete estipulado.”

101 En este último supuesto se deberá incluir una cláusula *NAABSA* si las condiciones del lecho y subsuelo lo permiten.

No obstante, el principal escollo para asimilar estas nociones radica en el uso de la predictibilidad como criterio de la noción de “caso fortuito”. Esto entra en conflicto con el derecho inglés, donde la predictibilidad no resulta un criterio válido para evaluar si una determinada situación configura una ocurrencia anormal, según se analizó *ut supra*. Conforme la normativa argentina, el caso fortuito requiere que el suceso resulte imprevisible o inevitable¹⁰². Pero el evento no resultaría ni imprevisible ni inevitable si la causa o peligro deviene de una característica del puerto. Este argumento se refuerza con la doctrina de los actos propios¹⁰³ y de la asunción de riesgos¹⁰⁴. Puesto que el fletador conocía o debía conocer las características del puerto que nomina y, por ende, asumir los riesgos de la elección a la que tiene derecho. Ello, de la misma forma que el fletante asume los riesgos de la navegación. Esta asunción de riesgos sucede, por un lado, en el fletamiento a tiempo a través de los peligros previstos, artículo 232 LN, y la recepción normativa de la cláusula de suspensión del flete –*off-hire clause*– en los artículos 237, 234 y 235 LN. Por otro, en el fletamiento por viaje, el fletante asume el riesgo de la navegación y el riesgo temporal asociado a ella, conforme los artículos 245^[105] y 247 LN. A partir de esta argumentación se sostiene que aun cuando el instituto del derecho argentino requiera, a diferencia del derecho inglés, una evaluación respecto de la previsibilidad, esto no afectaría el resultado. De esta forma, sea bajo una ocurrencia anormal o bajo un caso fortuito, el fletador solo podría excusarse si demuestra que la causa del daño no proviene de una característica del puerto que ha nominado.

El caso de la cláusula de *off-hire*, o la no exigibilidad del flete, permite demostrar la aplicación de estos argumentos. El fletante se obliga a poner a disposición del fletador un buque en ciertas condiciones de navegabilidad y por un tiempo determinado, a cambio del pago del flete. Si el fletador no puede beneficiarse de los servicios del buque durante una parte de ese tiempo, el flete proporcional no debería abonarse al fletante, pues carece de causa. Siempre que el fletador no sea el responsable de esa privación de uso y, particularmente, cuando el fletante destine el tiempo a cumplir con sus obligaciones para que el buque recupere o mantenga su apropiado estado de navegabilidad. Esto es, en síntesis, la disposición del primer párrafo del artículo 237 LN sobre la no exigibilidad del flete. El segundo párrafo incorpora los casos en que el riesgo pesa sobre el fletador y, por lo tanto, aunque el buque se encuentre inmovilizado, aún corresponde el pago del flete. Este artículo pone de relieve tres puntos. Primero, que existe una distribución de riesgos entre las partes que determina y está

102 Artículo 1730 C. C. Co. N.

103 Artículo 1067 C. C. Co. N.

104 Artículo 1719 C. C. Co. N.

105 Artículo 245. “Salvo estipulación distinta, si el fletante no pone el buque a la carga en la época y puerto establecidos en el contrato del fletador, mediante notificación por escrito a aquél, puede resolver el contrato, quedando librado el resarcimiento de los daños y perjuicios a las circunstancias del caso.”

determinada por sus obligaciones. Segundo, que el fletador no puede beneficiarse de su inconducta. Si esta es la causa de la situación, no procede la suspensión del pago del flete, al igual, tampoco puede invocar el caso fortuito. Tercero, que ciertos casos fortuitos configuran riesgos asumidos, como, por ejemplo, si el buque se encuentra inmovilizado por una arribada forzosa debido a peligros del mar. Al igual que ocurre cuando el fletador se compromete a nominar un puerto seguro y, en cambio, indica un puerto cuyas características lo vuelven inseguro para el buque. Su conducta, su elección y su asunción del riesgo lo hacen responsable de las consecuencias. No puede argumentar que la situación le es ajena, que se interrumpió el nexo causal por un caso fortuito. Asumió el riesgo y se obligó a elegir un puerto seguro, las consecuencias de las características del puerto son previsibles y evitables.

VI. La obligación de nominar puertos seguros

A. Estándar de cumplimiento y responsabilidad

El estándar en la ley argentina también puede considerarse “absoluto” en el sentido de que no se lo califica. Es decir, la conducta del fletador no se considera un elemento, en relación con el cumplimiento de la obligación. El objeto de esta es nominar un puerto, o lugar dentro de este, que reúna las características exigidas por el contrato o la ley, es el *opus*, no su conducta. Ello, salvo que la póliza establezca un estándar de debida diligencia. Esta posición se advierte al correlacionar y contrastar varias disposiciones de la LN entre sí. El artículo 229 LN dispone que el buque se debe encontrar “[...] en el lugar del puerto convenido donde siempre pueda estar a flote”. Esto se relaciona con el artículo 244 LN¹⁰⁶, que se refiere al lugar de carga o descarga y dispone que “[...] debe ser seguro y permitir al buque permanecer siempre a flote”. Estas normas se contrastan con los artículos 229 y 241 LN, que califican las obligaciones del fletante bajo un estándar de diligencia razonable. Esa calificación está ausente en el referido artículo 244 LN. Por ello, la formulación de este último artículo podría analizarse como una obligación de garantía o de seguridad de origen legal¹⁰⁷. En este orden de ideas, la imposibilidad de ejecución que resulta de la elección de un puerto inseguro por parte del fletador supone una causa imputable a este en el contexto del artículo 232 LN.

106 Artículo 244. “Si la póliza no establece el lugar del puerto donde el buque debe colocarse para cargar o descargar, su designación corresponde al fletador, salvo disposiciones portuarias en contrario. El lugar debe ser seguro y permitir al buque permanecer siempre a flote. Si el fletador omite hacer la designación del lugar de carga o descarga o si siendo varios los fletadores no se ponen de acuerdo sobre el particular el fletante, previa intimación, puede elegir dicho lugar.”

107 Nótese que la obligación de seguridad no resulta ajena a la ley de la navegación, que la previó expresamente en el contrato de transporte de pasajeros, artículo 317 LN; LÓPEZ MESA, M., *Curso de Derecho de Obligaciones*, t. II, 2.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2018, 53-55; CALVO COSTA, C., *Derecho de las Obligaciones*, 3.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2020, 857 y ss.

La LN trata de establecer un balance entre las partes de acuerdo con cada uno de los tipos abstractos de fletamiento que regula. En caso de que el puerto presente riesgos no previstos al momento de la celebración del fletamiento, el fletante no está obligado a entrar a dicho puerto. Si el cumplimiento del contrato resulta imposible y esto no es imputable al fletador, el contrato se resuelve. Esta norma permite dar solución a la situación de los puertos subsiguientes al de puesta a disposición. En principio, el fletante a tiempo asumiría los riesgos de la navegación dentro de los límites geográficos y las condiciones o lugares que exponen al buque a peligros previstos al momento de la celebración del contrato. Por ello, es recomendable incluir en la póliza el requisito que los puertos sean seguros, si las partes acuerdan que el fletador asume ese riesgo. En cambio, si el armador-fletante desea asumir el riesgo del lugar del puerto deberá hacerlo expresamente en la póliza, pues, en caso de omitirlo, la LN lo suplirá, conforme fue expresado *ut supra*. Aún más, el artículo 227 dispone que el fletante se obliga, además de la puesta a disposición del buque, “[...] a realizar los viajes [...] dentro del término y en las condiciones previstas en el contrato o las que los usos establezcan”. Esto opera en forma similar bajo el fletamiento por viaje si se conjugan los artículos 241 y 244 LN. En consecuencia, cabe considerar de qué manera la individualización del puerto en la póliza determina la asunción de ciertos riesgos.

Ahora bien: si el puerto se encontraba determinado en la póliza, para Malvagni¹⁰⁸ el riesgo pesa sobre el fletante pues debía saber si su buque podría operar en el puerto acordado. En el caso contrario, estaría cometiendo un fraude ya que se compromete a lo que sabe o debe saber que no podrá cumplir. Esto se asemeja al derecho inglés, pues, según Martin-Clark, en el supuesto de un puerto nombrado en la póliza se presumiría que antes de aceptarlo el armador corroboró la seguridad del mismo respecto de su buque¹⁰⁹. Sin embargo, esta situación se contrasta con el caso *The Archimidis*, donde se consideró que, aunque se había nombrado expresamente el puerto, se había incluido el vocablo “safe”, lo cual debía interpretarse como que las partes acordaron que los fletadores garantizaban que el puerto nombrado era seguro¹¹⁰.

La aplicación supletoria de la ley argentina es equiparable derecho inglés cuando se encuentra la cláusula en forma implícita o “by implication”. Su implementación depende de la forma en que se identifiquen los puertos elegibles en la póliza. A este respecto, las pólizas pueden clasificarse en cuatro grandes grupos según cómo se identifiquen los puertos y lugares de atraque, a los que el buque deberá o podrá dirigirse. En un primer grupo, el caso más sencillo, tanto el puerto como el lugar de atraque para la carga y descarga se encuentran nombrados. En un segundo grupo, se nombra más de un puerto o lugar de atraque entre los que el fletador podrá elegir. El tercer grupo implica un rango de puertos, donde puede elegirse de aquellos ubicados entre

108 MALVAGNI, A., *Contratos de Transporte por Agua*, cit., 192-193.

109 MARTIN-CLARK, D., “Charterparties”, cit., 277.

110 *Court of Appeal*, sentencia del 7 de marzo de 2008, *AIC Ltd v. Marine Pilot Ltd. (The Archimidis)* [2008] EWCA Civ 175, [2008] 1 c.l.c. 366.

dos puertos expresamente nombrados. El cuarto grupo, con mayor amplitud de elección, supone la determinación únicamente de una zona geográfica, lo cual permite la elección entre aquellos puertos dentro del área determinada. Cuanto más delimitado se encuentra el puerto en la póliza, más definido está el riesgo y, a su vez, menos discreción tiene el fletador para elegir el puerto. A través de este criterio se puede percibir el balance de la distribución de los riesgos del puerto bajo el contrato particular. En función de ello, se podrá argumentar en qué medida la póliza incorpora una obligación implícita de puerto seguro.

B. Operación prospectiva de la obligación de nominar puertos seguros

La nominación funciona en forma prospectiva porque se realiza en un momento determinado, pero el requisito de seguridad –y el hecho de que el buque pueda permanecer siempre a flote– opera en el futuro. Es decir, tiene lugar en el momento del pago o cumplimiento de la obligación del fletante, el cual se desagrega temporalmente en tres etapas, arribar al puerto, usarlo y partir de él. Esta lógica es idéntica a la que aplica bajo el derecho inglés, puesto que se refiere a la seguridad del lugar de ejecución como un elemento condicionante de la nominación. Este elemento se vuelve materialmente relevante en el momento en que se debe cumplir con la orden, es decir, cuando la inseguridad puede afectar al buque. En el derecho argentino la LN encuentra esta distinción temporal entre los momentos de ejecución de las obligaciones de las partes del fletamiento. Por un lado, hay una “época” en la que el buque debe presentarse al puerto de carga. La LN obliga al fletante a que mediante su diligencia razonable el buque se encuentre navegable, en el tiempo y el lugar convenidos¹¹¹. Por el otro, el viaje al puerto de descarga tiene un comienzo, el que distingue entre dos momentos: antes y después de iniciado el viaje¹¹². Las soluciones legales frente a los casos de inseguridad sobreviniente a la descarga permiten resolver la cuestión determinando un destino alternativo. En estos casos, el buque evita el peligro. Por consiguiente, el peligro solo puede afectar materialmente al buque en el momento en que este se encuentre en cada etapa. Dicho de otro modo, la nominación es prospectiva.

C. Relación entre la obligación de nominar puertos seguros con la obligación del fletante

Los puertos a los que el buque debe dirigirse son un elemento central de las obligaciones del fletante en relación con el viaje comprometido¹¹³. Cuando el puerto no

111 Véase en el fletamiento total o parcial los artículos 241 y 245 LN, y en el fletamiento a tiempo los artículos 229, 230 y 234 LN.

112 Véase en el fletamiento total o parcial los artículos 256 y 315 LN, y en el fletamiento a tiempo el artículo 233 LN.

113 La obligación del fletante se refiere, en el fletamiento a tiempo, principalmente, a la realización de los viajes ordenados por el fletador, artículos 227, 229 y 234 LN. Esta comprende, en el fletamiento

se encuentre individualizado en la póliza su determinación es un requisito para el cumplimiento de la obligación del fletante. En este sentido, las obligaciones de las partes en el fletamiento se interrelacionan y son interdependientes. En consecuencia, Malvagni, en el contexto del código civil derogado y con anterioridad a la LN vigente, interpretaba que el requisito de nominar un puerto seguro operaba como una condición resolutoria de la obligación del fletante. Puesto que si se nominaba un puerto inseguro la obligación del fletante se extinguía, ya que no está obligado a hacer navegar su buque exponiéndolo a peligros que excedan lo acordado contractualmente. La póliza determina los límites a través de diferentes componentes, como el buque, los viajes a realizar, el destino establecido para el buque, los límites geográficos y demás asunción de riesgos pactados por el fletante. Al mismo tiempo, en ellos, la obligación de nominar el puerto encuentra límites y requisitos expresos.

Para evaluar cómo funciona la obligación de nominar puertos seguros del fletador respecto de la obligación del fletante, se parte de analizar la caracterización de esta última a la luz del C. C. Co. N. vigente. En principio, la obligación del fletante se desagrega temporalmente en tres etapas: arribar al puerto, usarlo y partir de él. Esto supone un plazo determinado tácitamente, pues se relaciona con la época en que se debe poner el buque en el puerto y lugar acordado para la carga o descarga¹¹⁴. A su vez, se vincula con la naturaleza y circunstancias de la obligación¹¹⁵ del fletante. Esta obligación tiene un objeto complejo, conjunto y determinable, de ejecución diferida y continuada. Conforme otro aspecto de la clasificación la obligación del fletante sería "potestativa mixta y múltiple", pues incluye dos requisitos: puerto seguro y permitirle permanecer siempre a flote. Pero también resulta "alternativa irregular", ya que le corresponde la elección entre las alternativas al acreedor¹¹⁶. En este sentido, respecto de una elección válida –nominación de un puerto seguro– opera la buena fe tanto como principio general y especial en el ejercicio de los derechos y la interpretación y cumplimiento de los contratos¹¹⁷. Mas funciona combinada con la necesaria cooperación por parte del acreedor para permitirle al deudor el cumplimiento de su obligación¹¹⁸. A su vez el acreedor debe hacer la elección en el tiempo propio, debiendo distinguirse entre el momento de la elección y el de cumplimiento de la obligación¹¹⁹. En este contexto se entiende que el deudor es el fletante respecto de la obligación de navegar su buque al puerto nominado, correspondiendo el carácter de

por viaje, a la obligación del fletante de que el buque se dirija al puerto de carga y arribe en la época estipulada, como, también, a la obligación de emprender y realizar el viaje al puerto de descarga, artículos 241, 247 y 253 LN.

114 Artículo 241 LN.

115 Artículos 775, 871 y 887 C. C. Co. N.

116 CALVO COSTA, C., *Derecho de las Obligaciones*, cit., 233-234 y 315.

117 Artículos 9, 729, 961 C. C. Co. N.

118 Artículo 886 C. C. Co. N.

119 CALVO COSTA, C., *Derecho de las Obligaciones*, cit., 316.

acreedor de dicha obligación al fletador. Es la cooperación del fletador, al nominar de un puerto seguro, lo que le permitirá al fletante cumplir con su obligación. En forma comparada, el régimen contractual inglés no reconoce un deber general de buena fe, mientras que el derecho positivo argentino lo incorpora expresamente a través de los artículos 9, 729, 961 C. C. Co. N.

D. Fletamento a tiempo, funcionamiento y viabilidad del reclamo por vía de las cláusulas de “employment” y de “indemnity”

En el caso argentino, en la regulación del fletamento a tiempo no surge del articulado específico la operación de la inseguridad del puerto como una condición resolutoria. Sin embargo, se puede llegar a esta solución, y a una aplicación similar al sistema inglés de *primary* y *secondary obligation*, por vía de hermenéutica del texto legal. Expresamente, el artículo 232 LN solo dispone la resolución contractual cuando el cumplimiento del contrato sea imposible porque el buque se expone a riesgos no previstos en el contrato y, que esto no sea imputable al fletador. Esta norma deja un espacio entre su texto que supone todo aquel margen de cumplimiento posible conforme los peligros y condiciones previstos en la póliza, el buque, su destino, los viajes y los límites geográficos. Frente a una orden inválida, el capitán deberá negarse y solicitar instrucciones. Las instrucciones respecto al puerto de destino alternativo se las brindará el fletador conforme surge del artículo 234 LN que recepta lo que contractualmente se conoce como la cláusula de *employment*. Esta operación a un puerto de destino alternativo no presenta grandes inconvenientes puesto que el fletador tiene la disponibilidad del buque durante el tiempo pactado. Por ello, solo operará como límite el artículo 233 LN cuando el viaje al puerto alternativo se extienda más allá de la duración pactada del fletamento. Así mismo, conforme el artículo 231 LN, los gastos necesarios para realizar el viaje al puerto alternativo también le corresponden al fletador y no implican un perjuicio al fletante.

De la misma manera, puede operar bajo el derecho argentino el reclamo alternativo por vía de las cláusulas de *employment* e *indemnity*. Para ello, corresponde interpretar en conjunto el artículo 234 LN con los párrafos primero y tercero del artículo 235 LN. En consecuencia, el fletador será responsable frente al fletante si le ordenó al buque dirigirse a un puerto inseguro que le produce daños o genera responsabilidades ejercitables por vía de los privilegios marítimos, salvo que concurra con una negligencia en la gestión náutica del buque.

E. Fletamento por viaje

Respecto al fletamento por viaje, el artículo 244 LN dispone específicamente sobre el lugar del puerto para la carga o descarga. Por un lado, esta norma permite sostener la aplicación de la obligación de nominar como condición resolutoria de la obligación del fletante, puesto que si el lugar no resulta seguro el buque no se encuentra

obligado a ir allí. Por otro lado, esta disposición limita geográficamente su ámbito de aplicación al lugar del puerto, distinguiéndolo del puerto en sí. De este modo, la situación se compatibiliza con el derecho inglés, donde Martin-Clark¹²⁰ destaca una diferencia entre el “puerto” y el “lugar de atraque”. En este contexto contractual, jurídicamente, el vocablo “puerto” incluye el lugar de atraque, por lo que la obligación respecto al primero es extensiva al segundo. Ahora bien: si el contrato dispone únicamente respecto del lugar de atraque, la obligación o garantía no resulta extensiva al puerto. Entonces, cabe aplicar este razonamiento del derecho extranjero al artículo 244 de la norma argentina. En principio, en el supuesto en que la póliza no establezca el puerto de carga le corresponde individualizarlo al fletador. Del mismo modo, no resulta apropiado que el fletante pueda elegir el puerto de carga suplantando la voluntad de aquel. En los casos de silencio del fletador, su omisión es la causa de la imposibilidad de cumplimiento del fletante y son soluciones jurídicas más ajustadas la intimación de cumplimiento o la resolución del contrato, aun por vía del pacto comisorio implícito de la ley común.

Al igual que sucede bajo el derecho inglés, el problema requiere distinguir entre el caso de un puerto prospectivamente inseguro del caso de la inseguridad sobreviniente a la nominación. La LN ordena sus soluciones respecto a la inseguridad del puerto, con base en una distinción entre puertos de carga y puertos de descarga. Esto surge de que si bien la carga tiene el interés de que se efectúe la descarga, el buque tiene la necesidad de hacerlo para poder continuar operando¹²¹. En la distribución de riesgo del fletamento por viaje, el tiempo que el buque se encuentre inoperativo porque la imposibilidad de acceso al puerto le impide descargar su carga juega en contra del fletante. Esto sucede porque el buque no se encuentra en condiciones de efectuar la descarga y, por ende, no puede cursar la notificación correspondiente para trasladar el riesgo y que comience a correr el plazo de estadías o sobreestadías¹²².

Nótese que, conforme el artículo 780 C. C. Co. N.¹²³, la obligación deja de ser alternativa desde que se notifica la elección. En consecuencia, al igual que en el derecho inglés, la elección cristaliza en única la obligación de dirigirse al puerto nombrado, como si este hubiera estado estipulado en la póliza. Pero para que eso suceda, la elección debe ser válida. Es decir, el puerto elegido debe ser lícito conforme el contrato. Aquí se distinguen los casos en que el puerto haya sido prospectivamente inseguro *ab initio*, como un opuesto a la inseguridad sobreviniente a la nominación. En estos casos nunca hubo una elección válida, pudiéndose encontrar también una similitud con el derecho inglés. Esta similitud radica en que una nominación inválida

120 MARTIN-CLARK, D., “Charterparties”, cit., 277.

121 Artículos 249, 250, 252, 255, 256 LN.

122 Artículos 241, 244, 245, 247 LN.

123 “La elección es irrevocable desde que se la comunica a la otra parte o desde que el deudor ejecuta alguna de las prestaciones, aunque sea parcialmente.”

importa un incumplimiento contractual del fletador y excede de las obligaciones a las que el fletante se ha comprometido¹²⁴. Por ello, le permite al capitán o fletante rechazarla y solicitarle al fletador que emita órdenes nuevas y válidas. Si bien el artículo 245 establece un pacto comisorio legal por medio del cual, si el buque no es puesto a su disposición a la carga, en el puerto y tiempo acordados, el fletador puede resolver el contrato. No obstante, si el fletador eligió un puerto o lugar de carga inseguro y el fletante se niega a que su buque entre, el fletador no podrá resolver el contrato en virtud del artículo 245 LN. Pues, si lo hiciera, estaría resolviendo el contrato por un incumplimiento de su parte.

En el caso argentino, cabe preguntarse si es posible tratar analógicamente una nominación inválida como una omisión, en los términos del artículo 244 LN. Esto podría argumentarse si se sostiene que la nominación del puerto inseguro, o donde el buque no pueda mantenerse siempre a flote, supone un acto jurídico nulo. Esta nulidad se fundamenta en que el acto jurídico de la nominación carece de objeto, ya que se opone al requisito legal de seguridad. En este supuesto, el fletante deberá intimar al fletador a realizar otra elección bajo apercibimiento de realizar la elección por él, dentro de los puertos autorizados por la póliza. En todo caso, el fletante tiene la opción entre esta última vía para el cumplimiento del contrato o por la alternativa de la cláusula resolutoria implícita, conforme el artículo 1087 C. C. Co. N.

Ahora bien: en el caso en que la inseguridad o imposibilidad sobreviniente del puerto de descarga no fuera imputable a las partes, o se debiera a un caso fortuito, el fletante puede cumplir con el contrato descargando la mercadería en el puerto seguro más cercano¹²⁵. En el supuesto de bloqueo del puerto después de iniciado el viaje, primero debe requerirle instrucciones al fletador y, en ausencia de instrucciones, el fletante o el capitán podrá elegir el puerto. En las mismas situaciones pero respecto a un puerto de carga se podrían aplicar analógicamente los artículos 232, 315, 256 y 288 LN; o supletoriamente la frustración de la finalidad contractual de la legislación civil y comercial, artículo 1090 C. C. Co. N. En este caso, el derecho argentino se diferencia del derecho inglés pues incorpora en la norma soluciones jurídicas que el derecho inglés requiere su expresa estipulación contractual. Por ejemplo, los artículos 256 y el 288 LN le brindan al fletante la posibilidad de descargar en el puerto seguro más cercano frente a la inseguridad sobreviniente del puerto. En cambio, esto bajo el derecho inglés debe incorporarse contractualmente como la cláusula “or so near as she may safely get”. Por último, el artículo 256 requiere que antes se le soliciten instrucciones al fletador, lo cual implica la posibilidad de renombrar. Al contrario, la posibilidad de renombrar no está resuelta en un fletamiento por viaje bajo el derecho inglés.

124 Particularmente respecto a los puertos a los que navegará su buque y los riesgos que asumió.

125 Artículos 288 y 256 LN.

VIII. Tercero beneficiario

En el derecho argentino, el C. C. Co. N. recepta el principio del efecto relativo de los contratos¹²⁶, lo cual *a priori* viene a limitar la operación de la cláusula entre distintos fletamientos en una cadena contractual. Sin embargo, dicho código también recepta la noción de los contratos conexos, en virtud de la cual se puede dar lugar al funcionamiento de reclamos directos entre las partes de diferentes contratos de una cadena¹²⁷. Una situación de conexidad contractual se puede dar entre un fletamiento a tiempo y un fletamiento por viaje, donde el fletador a tiempo es fletante por viaje. Otra situación de conexidad contractual se da en el caso de un subfletamiento por viaje, supuesto que está expresamente regulado en el artículo 257 LN. En resumen, puede aplicarse un razonamiento similar al descripto respecto del derecho inglés, pero basándolo en la normativa argentina. Por consiguiente, se debe analizar si existe conexidad contractual y en qué medida las disposiciones son similares como para permitir el reclamo directo. De todas formas, siempre subsiste la responsabilidad del fletador frente al fletante por sus obligaciones contractuales.

Conclusiones

Conforme el análisis precedente se sostiene que existen varias similitudes entre los derechos contrastados, pero sus diferencias, si bien sutiles, alteran radicalmente la situación en los casos concretos.

Para empezar, el derecho inglés ofrece un concepto evolucionado del puerto seguro que puede ser utilizado bajo el derecho argentino. Sin embargo, para implementarlo se requiere de interpretación integradora de varias disposiciones dispersas en la normativa argentina. El principal beneficio es que la noción inglesa brinda una serie de elementos que permiten estructurar el análisis de los casos particulares. Como punto de partida, la seguridad del puerto se juzga en relación con el buque en particular, objeto del contrato. A su vez, el riesgo relevante es aquel que deriva de las características normales del puerto, exceptuado los peligros que puedan evitarse mediante una buena navegación. Por último, la ocurrencia anormal excluye al riesgo, pues en este caso no proviene de las características normales del puerto.

Respecto a los términos particulares del contrato, bajo ambos derechos, es recomendable incluir expresamente en la póliza la exigencia de que los puertos nominados sean seguros. Sin embargo, es posible encontrar la cláusula en forma implícita bajo el derecho inglés o por aplicación supletoria de la ley, en el caso argentino. Para ello, corresponde evaluar el grado en que el puerto se encuentra individualizado en la póliza y, por lo tanto, que grado de discreción tiene el fletador al nominarlo. Esto,

126 Artículos 1021-1024 C. C. Co. N.

127 Artículos 1073-1075 C. C. Co. N.

junto a los demás elementos del contrato, permite determinar qué parte asumió el riesgo del puerto. Como parámetro, se puede considerar que cuanto más determinado se encuentre el puerto en la póliza, más pesa el riesgo sobre el fletante, salvo que se incorpore la cláusula de puerto seguro en la póliza.

No obstante, se destaca una diferencia específica respecto al lugar del puerto para la carga o descarga, en el fletamiento por viaje. La ley argentina dispone supletoriamente que el lugar debe ser seguro y permitirle permanecer siempre a flote. En consecuencia, si las partes desean alterar esta solución legal deben estipularlo expresamente en la póliza, pues de lo contrario se aplicará la exigencia legal. En cambio, bajo el derecho inglés, en principio, es necesario incluir cláusulas contractuales que incorporen la obligación de nominar puertos o lugares seguros. La cláusula de puertos seguros incluye a los lugares del puerto, salvo exclusión expresa, pero la cláusula sobre lugares seguros no es extensiva al puerto como un todo.

A la vez, la ley argentina dispone una aplicación supletoria de la solución jurídica de la cláusula “or so near as she may safely get”, *respecto al puerto de descarga*. En consecuencia, las partes deberán pactar expresamente si desean una solución distinta. A diferencia, el derecho inglés requiere la incorporación expresa de esta cláusula. Sin embargo, ambas jurisdicciones son similares respecto de la cláusula “NAABSA”, pues requieren su inclusión expresa.

Por otro lado, considerando que el plexo obligacional en el fletamiento es interrelacionado, se analizó la interacción de la obligación del fletador, de nominar puertos seguros, con las obligaciones del fletante. Estas dependen de la correcta ejecución de la obligación del fletador. Frente a un ejercicio deficiente del fletador se disparan consecuencias y soluciones jurídicas según los distintos tipos de fletamiento. Las soluciones jurídicas se determinan según como se configure la inseguridad del puerto. En este sentido, la inseguridad puede ser contemporánea o sobreviniente a la nominación. Si la inseguridad se presenta al momento de la nominación, esta es originalmente inválida. Al contrario, una nominación válida, a un puerto prospectivamente seguro, puede ser afectada por una inseguridad sobreviniente. Una nominación inválida supone un incumplimiento contractual del fletador y faculta al fletante a rechazarla y requerir nuevas instrucciones. Esta solución es aplicable en ambos tipos de fletamiento, tanto bajo el derecho argentino como bajo el inglés.

En el caso de una inseguridad sobreviniente se distinguen las soluciones entre los tipos de fletamiento abordados. Bajo el derecho inglés, en el fletamiento a tiempo operan una obligación primaria y una secundaria. Frente a la inseguridad sobreviniente, el fletador tiene la obligación secundaria de renombrar. Es decir, indicar otro puerto seguro al que el buque debe dirigirse. En la ley argentina se arriba a un resultado similar, pues se interpreta que la inseguridad funciona como condición resolutoria de la obligación del fletante; pero como esta parte deberá seguir prestando los servicios del buque durante el tiempo acordado, el fletador deberá realizar una nueva nominación. En cambio, en el fletamiento por viaje la cuestión no se encuentra resuelta bajo el derecho inglés, donde la doctrina sugiere que lo más conveniente

es considerar que no existe obligación de renombrar. En consecuencia, las partes deberían acordar la solución por medio de una modificación al contrato. La situación difiere bajo el derecho argentino, ya que la ley dispone soluciones específicas a través de tres casos. Primero, el supuesto de bloqueo del puerto de descarga por caso fortuito. Segundo, cuando la descarga resulte imposible, riesgosa o excesivamente demorada por caso fortuito. Tercero, en el evento en que el puerto de carga o descarga se vea afectado por un caso fortuito, antes del comienzo del viaje. Por ello, en este supuesto, no es necesario un nuevo acuerdo de partes, pues es suficiente con la regulación legal.

Referencias

- ARROYO, I., “Concept, Sources, and International Organizations relating to Shipping Law” en ATTARD, D. (ed.), en *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. II, Oxford, 2016, 1-18.
- BAUGHEN, S., *Shipping Law*, 6.^a ed., Oxon, Routledge, 2015.
- CADWALLADER, F. J., “An Englishman’s Safe Port”, en *San Diego Law Review*, vol. 8, n.^o 3, 1971, 639-652, disponible en [<https://digital.sandiego.edu/sdlr/vol8/iss3/9>] [consultado el 28 de julio de 2021].
- CALVO COSTA, C., *Derecho de las Obligaciones*, 3.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2020.
- CHAMI, D., *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- COGHLIN, T., BAKER, A., KENNY, J., KIMBALL, J., BELKNAP, T. JR, *Time Charters*, 7.^a ed., Oxon, Informa Law, 2014.
- COOKE, J., YOUNG, T., ASHCROFT, M., TAYLOR, A., KIMBALL, J., MARTOWSKI, D., LAMBERT, L. y STURLEY, M., *Voyage Charters*, 4.^a ed., Oxon, Informa Law, 2014.
- KHARCHANK, A., *The meaning of a good safe port and berth in a modern shipping world*, Groningen, s.n., 2014, disponible en [<https://research.rug.nl/en/publications/the-meaning-of-a-good-safe-port-and-berth-in-a-modern-shipping-wo>] [consultado el 28 de julio de 2021].
- LÓPEZ MESA, M., *Curso de Derecho de Obligaciones*, tomo II, 2.^a ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2018.

- MALVAGNI, A., *Contratos de Transporte por Agua*, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- MARTIN-CLARK, D., “Charterparties”, en ATTARD, D. (ed.), *The IMLI Manual on International Maritime Law*, vol. II, Oxford, 2016, 267-309.
- McKINNON, A., “Administrative shortcomings and their legal implications in the context of safe ports”, en *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 23.2, 2009, 186-204.
- MONTIEL, B., *Curso de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Astrea, 1975.
- PLOMARITOU, E. y PAPADOPOLOUS, A., *Shipbroking and Chartering Practice*, 8.^a ed., Oxon, Informa Law, 2018.
- THOMAS, R., “The Safe Port Promise of Charterers from the Perspective of the English Common Law”, *Singapore Academy of Law Journal*, vol. 18, 2006, 597-628.
- RAY, J. D., *Ley de la Navegación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- RAY, J. D., *Derecho de la Navegación*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- SCRUTTON, T., MOCATTA, A., MUSTILL, M. y BOYD, S., *On Charterparties and Bills of Lading*, London, Sweet & Maxwell, 1974.
- WILSON, J., *Carriage of goods by sea*, Harlow, Pearson Longman, 2010.