

*¿Es necesario modernizar
el derecho marítimo peruano?
(La derogación del libro III del Código de Comercio
peruano de 1902, la sustitución de las Reglas de
La Haya de 1924, y la aprobación de una ley de
navegación y comercio marítimo)*

José Antonio Pejovés Macedo

1. Estado de la cuestión

En este trabajo abordamos la necesidad de afrontar la modernización de nuestro derecho marítimo, en su parte comercial —derecho marítimo privado—. La cuestión de la necesidad de reforma de la disciplina está vinculada a la vetustez de las normas vigentes que gobiernan actividades e instituciones marítimas de especial importancia para el crecimiento del comercio exterior peruano.

Como una breve alusión a la disciplina tratada por el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo —Proyecto del Código Marítimo en lo sucesivo—, que busca reformar por el mejor cauce posible nuestro ordenamiento marítimo, es oportuno hacer una referencia al concepto de derecho marítimo. En tal sentido hacemos nuestra la recurrida definición que sobre esta rama ha dado acertadamente el profesor de la Universidad Autónoma de Barcelona, Ignacio Arroyo: “El conjunto de las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar y lo marítimo”. Con esta definición amplia, aportada por Arroyo, que incluye además de institutos propios del derecho comercial marítimo, a otros del derecho internacional público y del derecho pesquero, cumplimos con hacer la

salvedad de que el Proyecto del Código Marítimo restringe su contenido a la temática navegatoria y comercial¹.

Los legisladores que elaboraron el Código de Comercio de 1902, tuvieron como fuente principal de inspiración el Código de Comercio que rige en España desde el 1º de enero de 1886, según lo dispuesto por el Real Decreto del 22 de agosto de 1885. Es por ello que, sin hipérbole, se puede afirmar que nuestra ley sustantiva marítima es extremadamente similar a la legislación marítima y mercantil española.

Por orden expresa contenida en un decreto supremo del 28 de febrero de 1898, firmado por don Nicolás de Piérola, se nombró una comisión integrada por los doctores Luis Felipe Villarán y Felipe de Osma, y por el señor José Payini, para que se encargaran de reemplazar el Código de Comercio de 1853 y adaptar a la realidad peruana el citado código de comercio hispano. Por tal motivo, el libro III de nuestro Código de Comercio, denominado "Del comercio marítimo", como se ha dicho, es similar al libro III del código español.

¹ Sobre la necesidad de reformar el derecho marítimo peruano y los alcances del Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, nos hemos referido en otros lugares. Así: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo, 25 ensayos (transporte marítimo, multimodal y puertos)*. Lima: Cultural Cuzco, 2007; "La reforma del derecho marítimo peruano". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XVI. Madrid: Escuela de Administración Marítima, Departamento de Transportes y Obras Públicas-Gobierno Vasco, 1999; "Hacia la modernización del derecho marítimo peruano". *Revista del Foro 2*. Lima: Colegio de Abogados, 1998; "El anteproyecto de la Ley General de la Navegación y del Comercio Marítimos". *Libro de Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República*. Tomo II, Lima: 1998-1999; "La reforma del derecho marítimo peruano". Ponencia presentada en el Seminario "El Código Civil y el Código de Comercio: Proceso de Reforma Legislativa", organizado por la *Revista Thémis* de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

También se puede ver: Vigíl Toledo, Ricardo. "La reforma del derecho marítimo en el Perú, la legislación regional en los países del Pacto Andino y propuesta para la unificación de las leyes marítimas en Iberoamérica". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XVII. Madrid: Escuela de Administración Marítima, Departamento de Transportes y Obras Públicas-Gobierno Vasco, 2000.

La vetustez del mencionado libro III, que regula gran parte del derecho marítimo peruano, se manifiesta por su rancia inspiración decimonónica, ya que por fuente formal inmediata tiene al mencionado libro III del código hispano de 1885; y más aún, por la evidente antigüedad de sus antecedentes mediatos, que entre otros son el *Código de Comercio Napoleónico* de 1807, las antiquísimas *Ordenanzas de Bilbao* de 1737 y las *Ordenanzas marítimas* de Juan Bautista Colbert de 1681. Este anquilosamiento normativo que adolece nuestro ordenamiento marítimo y que es igualmente sufrido por el español, condujo al célebre mercantilista español Joaquín Garrigues a opinar que:

Las disposiciones de nuestro Código en esta materia siguen fielmente en su mayoría el modelo del Código de 1829, inspirado a su vez en el Código francés de 1807 y en nuestras Ordenanzas de Bilbao. La sistematización de la materia es idéntica en ambos códigos y las innovaciones del vigente respecto del antiguo son bien escasas. Siendo, pues, pequeño el avance que significó ya en su época el Código vigente, no es extraño que en la nuestra se manifieste como un documento legal retrasado y arcaico, en irremediable desarmonía con las exigencias del moderno tráfico marítimo².

Esa similitud entre nuestro ordenamiento marítimo y el español, motivan que la doctrina española que se ha ocupado del asunto de la reforma de su derecho marítimo³, sea pasible de recepción en el Perú,

² Garrigues Diaz Cañabate, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Volumen V. Bogotá: Editorial Temis, 1987, p. 144.

³ Sobre la reforma del derecho marítimo español, véase: Arroyo Martínez, Ignacio. *Jornadas sobre la propuesta de anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006; Arroyo Martínez, Ignacio, "Criterios para la reforma: la codificación de la legislación marítima". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XVII. Madrid, 2000. El profesor Ignacio Arroyo, en la presentación del libro *La reforma de la legislación marítima* (p. 13), hace alusión a los siguientes trabajos: Uría, Rodrigo: "En torno a la reforma de la legislación marítima". *Estudios en homenaje al profesor Joaquín Garrigues*. Tomo I. Madrid: Tecnos, pp. 431 y ss.; Muñoz Planas, J. M. "Código de Comercio y

a efecto de facilitar el entendimiento de la necesidad impostergable de modernizar nuestro derecho marítimo, con mayor razón si en nuestro país son escasos los análisis doctrinales que abordan el asunto.

La antigüedad del libro III del Código de Comercio y de las Reglas de La Haya de 1924 —aprobadas mediante Resolución Suprema 687 de 1964—, vuelve imperativa la necesidad de reemplazar dichas normas, pues su vigencia hoy en día es incompatible con el surgimiento de nuevas formas en la organización de la actividad marítima, que se manifiestan en *pools*, alianzas armatoriales y en la concentración empresarial a través de fusiones; y con los adelantos que la ciencia y la tecnología han brindado a la navegación y al comercio marítimos, como, por ejemplo, el uso intensivo de contenedores y de los instrumentos portuarios para su manipulación, el intercambio electrónico de datos (EDI), la propulsión nuclear de buques y el uso en la navegación del Sistema de Posicionamiento Geográfico (GPS).

Es complejo afrontar la situación actual y avizorar el futuro, con normas inspiradas en una época en que los mares del mundo eran surcados por buques propulsados por la conjunción del viento y el velamen, sin antes hacer una revisión exhaustiva de nuestra legislación marítima que derive en la adopción de normas modernas que guarden armonía con el tráfico marítimo de especial incidencia en el crecimiento y desarrollo del país.

Ahora bien, es grato publicar este ensayo en la revista *Ius et Praxis*, y saludar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima por su apoyo a la investigación y difusión del derecho marítimo, y en espe-

Derecho Marítimo". *Centenario del Código de Comercio*. Volumen I. Madrid, 1986, pp. 389 y ss.; Arroyo, Ignacio. "Reflexiones sobre la reforma del código de navegación. Primera parte". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen VI. 1988, pp. 15-49; Arroyo, Ignacio. "Reflexiones sobre la reforma del Código de la Navegación. Segunda Parte". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen VII. 1989, pp. 19-39; y varios. *III Jornada de Derecho Marítimo de San Sebastián. El anteproyecto de contratos de utilización del buque*. Coordinadas por José María de Eizaguirre. Donostia, 1996.

cial por su contribución a reactualizar un debate de importancia para el Perú, como es el concerniente a la modernización de las normas sobre navegación y comercio marítimo. Como es conocido, toda reforma importante toma un tiempo de maduración, y desde 1999 contamos con un proyecto normativo de primer orden, perfectible, pero que debería constituirse en el principal pilar de la esperada reforma.

2. Características y evolución histórica del derecho marítimo

La doctrina "maritimista" más autorizada encuentra que el derecho marítimo posee características muy peculiares en su contenido, de ahí que se le atribuya que es universal, consuetudinario, conservador, particular y autónomo.

Es universal porque su normativa se ha ido extendiendo desde hace siglos de manera homogénea por todo el orbe. Prueba de ello son, en la actualidad, los convenios internacionales marítimos auspiciados por organismos internacionales gubernamentales tales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral), la Organización Marítima Internacional (OMI), la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), y la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y organismos internacionales no gubernamentales, entre los que cabe destacar la participación, desde hace más de un siglo, del Comité Marítimo Internacional (CMI). En esa línea, Ignacio Arroyo señala que:

Desde su origen y a lo largo de su evolución centenaria el derecho marítimo se ha caracterizado, sin solución de continuidad, por la búsqueda de la unificación internacional. Necesidades comunes exigen soluciones uniformes. Si en la tierra las fronteras son artificiales o administrativas, el mar no conoce fronteras⁴.

⁴ Arroyo Martínez, Ignacio y otros. *La reforma de la legislación marítima*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 21.

Algunos siglos antes de que el sociólogo norteamericano Marshall McLuhan hablara de la "aldea global", las normas de derecho marítimo, inspiradas en las costumbres universales de la gente de mar, la convertían en una rama jurídica mundial. En este orden de ideas tenemos que el dato de la universalidad del derecho marítimo comulga con la uniformidad de sus costumbres y reglas. Como lo advierte el profesor Arroyo, "La uniformidad del derecho marítimo, que en su origen fue sobre una base consuetudinaria, hoy se manifiesta bajo el signo de las convenciones internacionales"⁵.

El derecho marítimo es consuetudinario debido a que, históricamente, el derecho de la gente de mar es anterior al derecho romano y surge en las ciudades costeras del Mar Mediterráneo, emergiendo de usos y costumbres inmemoriales. Al respecto, el profesor Joaquín Garrigues alguna vez dijo con acierto que "con mayor exactitud que en ningún otro sector jurídico, puede decirse que las leyes marítimas no son más que un espejo de la costumbre".

Es conservador por el hecho de la estabilidad esencial de sus instituciones a través del tiempo. De ahí que perdure una relativa uniformidad de sus normas en todos los países.

El particularismo y la autonomía del derecho marítimo se manifiestan por las condiciones técnicas y económicas sui generis en las que se desenvuelve el transporte marítimo. Es evidente que el mar es impredecible y, para los seres humanos, muchas veces irresistible. Es así que un importante sector de la doctrina maritimista sostiene que la navegación impone al legislador su influencia para formar el complejo de reglas de excepción constitutivas del derecho marítimo, las que se expresan en un sistema orgánico que responde a ciertas directivas particulares requeridas por las exigencias del mercado acuático; la singular aleatoriedad del tráfico marítimo en atención a los mayores riesgos de este modo de transporte, así como la comunión de intereses

⁵ Arroyo Martínez, Ignacio. *Estudios de derecho marítimo*. Volumen I. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993, p. 72.

y de riesgo entre los agentes económicos partícipes de la denominada "aventura náutica", son rasgos característicos de la particularidad del derecho marítimo. En esta línea, el sistema del derecho de la navegación marítima tiene carácter autónomo, en cuanto contiene principios generales, doctrina y normativa propias. Sobre esta cuestión, el profesor uruguayo Rodolfo Mezzera Álvarez concurre con Julien Bonecase al señalar que:

La autonomía del derecho especial tiende a crear un sistema particular dentro del sistema general del derecho pero nunca un sistema independiente, contrapuesto a un sistema distinto. Un derecho especial, aun dotado de autonomía, es necesariamente fragmentario e incompleto y requiere la constante referencia a los principios generales del derecho⁶.

Ahora bien, la particularidad del derecho marítimo —la misma a la que el maestro Georges Ripert dedicó tantas páginas— en la actualidad es cuestionada, y se habla de su relatividad, la que en alguna medida encuentra sustento en el hecho de que los contratos de transporte de mercancías modernos cada vez son más genéricos —sin especificación del modo de transporte—, lo que ha derivado en el llamado transporte *door to door* o *warehouse to warehouse*⁷. Sin embargo, y en cuanto no se inventen medios más económicos y masivos para el

⁶ Mezzera Álvarez, Rodolfo. *Curso de derecho marítimo*. Montevideo: Editorial Medina, 1961, p. 32.

⁷ Es sintomático que Uncitral, tras la elaboración de un proyecto de convenio sobre el transporte (total o parcialmente marítimo) de mercancías, lo haya aprobado el pasado 3 de julio del 2008. Dicho instrumento será presentado a la Asamblea General para su aprobación, antes de que culmine el 2008. La evolución del referido proyecto está disponible en: Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional. "Grupo de trabajo III" [en línea]. <http://www.uncitral.org/uncitral/es/commission/working_groups/3transport.html> [Consulta: 29 de agosto del 2008.] Sobre el citado proyecto de Uncitral, entre otros, véase: Pejovés Macedo. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayo 17.

traslado de mercancías, el modo marítimo siempre será el más utilizado en el transporte unimodal, intermodal o multimodal⁸.

Desde la Edad Media se viene tratando el tema de la autonomía del derecho marítimo, y una visión histórica de su contenido sugiere que es anterior al derecho comercial terrestre, al cual ha enriquecido, transmitiéndole las bases o fundamentos de algunas de sus más importantes instituciones. El profesor Andrés León Montalbán, en un interesante trabajo, echa algunas luces al señalar que el contrato de comisión se encontraba regulado en el *Consulado del Mar*; que del seguro marítimo surgió el seguro terrestre; y que del antiguo *pacto de comanda* — con la instauración de la responsabilidad limitada — derivaron las sociedades anónimas y comanditarias⁹. Algunos otros autores ven en el conocimiento de embarque (*bill of lading*) el antecedente de los *warrants*.

El derecho marítimo, como sentenciaba Daniel Danjon, es “tan antiguo como el Derecho mismo”, y, como se ha señalado, ha contribuido al desarrollo del derecho mercantil. Es un dato comprobable que los objetos flotantes con alguna propulsión se inventaron antes que la rueda. De ahí que el hombre primero aprendiera a navegar y luego a jalar carretas. Esto ha sido confirmado científicamente en el Perú, mediante estudios realizados por el recordado profesor José Antonio del

⁸ Con relación al transporte multimodal, véase: Chami, Diego. *Régimen jurídico del transporte multimodal*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005; Ravina, Arturo y Héctor Zucchi. *Régimen de transporte multimodal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999; Aguirre Ramírez, Fernando y Cecilia Fresnedo de Aguirre. *Transporte multimodal*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999; López Rueda, Francisco Carlos. *El régimen jurídico del transporte multimodal*. Madrid: La Ley, 2000.

Sobre algunos aspectos relativos al multimodalismo y la armonización de la normativa sobre la materia en Sudamérica, véase: Pejovés, José Antonio. “Hacia la armonización de la normativa sobre transporte multimodal en la región: una apuesta por la integración”. *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

⁹ Véase: León Montalbán, Andrés. “Influencias del derecho marítimo en el derecho comercial”. *Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*. Lima: Cultural Cuzco, 1969.

Busto Duthurburu, quien logró desentrañar la destreza marina de Túpac Yupanqui y sus súbditos, los que lejos de conocer la rueda para trasladarse en tierra firme, llegaron navegando hasta la Polinesia¹⁰.

Como lo recuerda el profesor Garrigues...

... los usos y costumbres propios del transporte marítimo, fueron confiados a jueces legos, los que no conocían de derecho romano, pero sí de usos marítimos. La aspiración a la uniformidad movía a estos jueces a reducir a escrito los usos marítimos que ellos aplicaban, en concepto de buenas costumbres de la gente de mar¹¹.

Los usos marítimos escritos son los que se conocen como las *Colecciones de usos marítimos* (o *Compilaciones*), y fueron éstas, desde hace siglos, las que regularon la esfera del derecho marítimo de manera independiente hasta 1807, cuando Napoleón Bonaparte incorporó las *Ordenanzas* de Juan Bautista Colbert, el ministro de Hacienda de Luis XIV, a su Código de Comercio, con la conocida influencia que posteriormente generó éste sobre buena parte de los ordenamientos marítimos del Sistema Continental o Romano-Germánico.

Entre las *Colecciones de usos marítimos* más importantes tenemos: los *Roles de Olerón*, escritos por el año 1266; el *Consolat de Mar* o *Consulado del Mar*, que data del año 1370; el *Derecho de Wisby*, escrito en 1407; el *Guidon de la Mer*, escrito entre los años 1556 y 1586; y las *Ordenanzas de la Liga Hanseática*; que salen a la luz en los siglos XV y XVI. Estas manifestaciones marítimas escritas, junto con la celebre *Ley de Rodas*, además de regir en su época, han servido de fuentes básicas a los legisladores que han acometido la elaboración de leyes marítimas incluso hasta nuestros días. Una conocida anécdota incluida en el *Digesto*, citada por don Jorge Basadre Grohmann, cuenta que cierta vez llevaron ante el emperador Antonino un litigio sobre naufragio, a lo que

¹⁰ Véase: Del Busto, José Antonio. *Túpac Yupanqui, descubridor de Oceanía*. Lima: Fondo Editorial del Congreso de la República, 2006.

¹¹ Garrigues, Joaquín. Op. cit., p. 137.

el emperador sentenció: "Soy el soberano de la tierra, pero la costumbre es soberana del mar, sea este caso resuelto por la *Ley de Rodas* que nuestro Derecho acepta"¹².

Es así que las normas de derecho marítimo gozaron de independencia legislativa frente al derecho mercantil, en razón de la autonomía histórica antes aludida y que constituye una nota distintiva de una disciplina antiquísima que, como se mencionó antes, brindó además aportes fundamentales al derecho mercantil.

Vicente Solé de Sojo, que fuera presidente del Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, no parece exagerar cuando sostiene que:

... la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado es hoy totalmente ilusoria (...). En realidad la primera división del derecho es la que parte el mundo en dos hemisferios: el del Derecho marítimo y el del Derecho terrestre. Cada uno de ellos tiene su derecho público y su derecho privado, sustantivo y adjetivo, civil y penal, hipotecario, registral, notarial... Y con características totalmente diferenciables¹³.

3. El proceso de descodificación y el estado de los ordenamientos marítimos comparados

El proceso de descodificación —expresión acuñada por Georges Ripert— que viven los códigos de comercio influidos por el código francés de 1807, y que naturalmente ha experimentado el nuestro, como es sabido, no es por nada novedoso, debido a que con la dación de sucesivas normas se ha vaciado buena parte de su estructura normativa, segregando de su articulado diversos institutos propios del campo mercantil. Así encontramos que en el Perú este divorcio normativo es un proceso inexorable que empezó a manifestarse con la dación de la

¹² Basadre, Jorge. *Los fundamentos de la historia del derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú, 1956, p. 333.

¹³ Solé de Sojo, Vicente. *La asistencia marítima*. Barcelona: Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1959, pp. 6-7.

Ley Procesal de Quiebras (Ley 7556) del 2 de agosto de 1932; la Ley de Sociedades Mercantiles (Ley 16123) del 27 de julio de 1966; la Ley de Títulos Valores (Ley 16587) del 15 de junio de 1967; la Ley del Mercado Bursátil (Ley 17020) del 29 de mayo de 1968; y otras leyes sancionadas con posterioridad, entre las que cabe destacar nuestro Código Civil de 1984, que incorpora a su articulado los contratos de compraventa, mutuo, depósito y fianza de naturaleza mercantil, que estaban antes regulados en el Código de Comercio. Este fenómeno de unificar las obligaciones civiles y mercantiles es tratado académicamente como la comercialización del derecho civil.

Mencionar el proceso de descodificación resulta necesario por el dato de que nuestra vieja y lánguida Ley Sustantiva Mercantil de 1902 seguramente será derogada por una ley que regule la actividad empresarial, y precisamente una de las causas de su reemplazo es que buena parte de su contenido ha sido recogido por leyes especiales.

Tomando prestada la clasificación elaborada por la profesora María Isabel Martínez Jiménez, que atiende el grado de evolución de los ordenamientos marítimos¹⁴, encontramos en la legislación marítima comparada tres grupos: por un lado, los países en los que siguen vigentes las normas del Código de Comercio —que serían los ordenamientos menos evolucionados—; por otro lado, aquellos países que han reformado el derecho marítimo por medio de normas especiales sobre la materia, y aquellos países que han modificado su legislación marítima mediante la dación de leyes generales de navegación marítima.

3.1 Países en cuyo ordenamiento sigue vigente la regulación del Código de Comercio

Estas legislaciones (entre las que se incluye el Perú, pero esperemos que no por mucho tiempo más) tienen como característica común el hecho de seguir ancladas en sus códigos de comercio y el no haber

¹⁴ Martínez Jiménez, María Isabel. *Los contratos de explotación del buque. Especial referencia al fletamento por tiempo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1991, p. 142.

acometido una reforma completa de su normativa marítima; y tienen además, como común denominador, el mantener instituciones caídas en desuso, como el préstamo a la gruesa o el regular —casi exclusivamente— el contrato de fletamento por viaje¹⁵, sin abordar la regulación de otras modalidades importantes de utilización de buques, como el fletamento por tiempo y el arrendamiento de buque a casco desnudo. Algunos de estos países tienen normas relativas al transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, como consecuencia de haber incorporado a sus ordenamientos los convenios internacionales celebrados sobre esa materia: Convenio de Bruselas del 25 de agosto de 1924, conocido como las Reglas de La Haya, y sus Protocolos de Modificación de 1968 (Visby) y de 1979 (Derechos Especiales de Giro).

En el caso peruano, las Reglas de La Haya, como se mencionó anteriormente, se incorporaron a la legislación nacional mediante la Resolución Suprema 687, del 16 de octubre de 1964, por lo que es discutible la validez de dicha incorporación si se atiende a lo estatuido en la Constitución Política de 1933, la cual preceptuaba que la incorporación de convenios internacionales debía efectuarse mediante la aprobación de leyes o resoluciones legislativas. En esta línea, cabe recordar que ya se encuentran en vigor las Reglas de Hamburgo de 1978, convenio mejor elaborado, del cual era de esperarse que en algún momento su aceptación internacional sustituyera a las Reglas de La Haya.

Dentro de este primer bloque, en el que como ya hemos señalado se encuentra el Perú, se ubican países como Alemania, donde sigue vigente —aunque con leves modificaciones— el HGB o Código de Comercio alemán de 1897, Haití (1826), Brasil (1850), Costa Rica (1853) y Uruguay (1865). Otros países —como Guatemala (1942), Honduras (1950), Colombia (1971), México (Ley de la Navegación y Comercio Marítimo de 1963)— presentan la particularidad de que si bien han procedido a reformar sus viejos códigos de comercio, incluida la materia marítima,

¹⁵ *Ibidem*, p. 143.

en las nuevas legislaciones no se constata que la "novedad" coincida con la "modernidad"¹⁶.

3.2 Países que han "descodificado" su derecho marítimo y han optado por leyes especiales

Este segundo bloque está conformado por aquellos países que han procedido a reformar su ordenamiento marítimo, sancionando leyes especiales, las que regulan diversas instituciones del derecho marítimo.

El proceso de descodificación antes aludido, con relación al derecho marítimo, se traduce según opinión de la profesora María Isabel Martínez, por un lado, en una actitud de renuncia a codificar el derecho de la navegación marítima, y por otro, a un procedimiento de reforma técnica por el cauce de las leyes especiales, vaciando así de contenido el libro de los códigos de comercio marítimo.

Llama la atención, por lo paradójico, que sea la legislación francesa la más representativa en esta tendencia descodificadora. En Francia, cuna de la codificación, desde hace algunos años se han sancionado leyes como la del Estatuto Jurídico del buque y la concerniente a fletamentos y transporte, que han reformado el libro II del Código de Comercio francés. Parecida es la situación de la legislación marítima portuguesa, cuyo Código de Comercio de 1888 ha sido reformado a partir de 1986 mediante leyes especiales.

El derecho marítimo comercial español está recogido casi en su integridad en el Código de Comercio de 1885, y hace unos años se elaboraron sendos proyectos de ley sobre seguros marítimos y sobre contratos de utilización de buques, por lo que en un momento se pensó encarar la reforma mediante leyes especiales. Sin embargo, en la actualidad, España cuenta con un Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima (Algenmar), que ha sido elaborado por la Sec-

¹⁶ *Ibidem*, p. 144.

ción Especial de Derecho de la Navegación de la Comisión General de Codificación¹⁷.

3.3 Países que han optado por códigos o leyes generales de navegación y comercio marítimos, y la iniciativa de la Ley Modelo para Iberoamérica

Este grupo lo integran aquellos países cuya reforma del derecho marítimo se ha manifestado mediante su regulación en un Código Marítimo o en una Ley General de Navegación. Pueden, a su vez, distinguirse entre países que regulan unitariamente el derecho marítimo y aéreo, como es el caso de Italia, y otros que se han limitado únicamente a regular la navegación marítima. Entre éstos cabría una ulterior distinción, los que en atención al principio de integralidad del derecho marítimo abarcan normas de derecho público y derecho privado, como es el caso argentino, y los que han optado por regular separadamente de lo público las relaciones de contenido jurídico-privado, como los países nórdicos y Grecia.

En Italia, el Código de la Navegación de 1942 —que desde hace unos años viene siendo revisado por un grupo de expertos¹⁸— se caracteriza porque regula unitariamente el hecho técnico de la navegación, expresado en los modos de transporte acuático y aéreo. Dicho cuerpo normativo tiene el mérito de separarse del movimiento codificador del siglo XIX, representado por los códigos de comercio decimonónicos, que como es sabido por influencia del código francés, habían excluido las normas de carácter público-administrativo. Así tenemos que el *Código* no sólo acoge dichas normas, sino que también rompe con el criterio exclusivo de regular la comercialidad, considerando además el hecho técnico de la navegación.

¹⁷ Disponible en: Derecho marítimo. [en línea]. <<http://www.derechomaritimo.info>> [Consulta: 29 de agosto del 2008.]

¹⁸ Arroyo Martínez, Ignacio. *Estudios de derecho marítimo*. Volumen II. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995, p. 185.

El ejemplo italiano no tuvo mucha aceptación en los países que con posterioridad abordaron la tarea de elaborar leyes generales de navegación. Así se constata en la Argentina, país donde se advierte claramente el influjo italiano. La Ley 20.094, sancionada el 15 de enero de 1973, Ley General de Navegación de la Argentina¹⁹, cuerpo normativo que por su estructura sistemática y coherencia constituye más bien un código, ha regulado los aspectos públicos y privados vinculados con el derecho marítimo, pero ha excluido de su ámbito la navegación aérea. Los legisladores argentinos, quizá por tener vigente su Código de Comercio, en el artículo 622 de la Ley señalan que está íntegra en el referido código.

La Ley General de Navegación de la Argentina, junto con la Ley 18.680, que modifica íntegramente el libro III del Código de Comercio de Chile —que también se incorpora a éste—, son claros ejemplos de leyes marítimas modernas insertadas en los códigos mercantiles, solamente por el tradicionalismo de sus legisladores.

Venezuela cuenta con una nueva Ley de Comercio Marítimo, aprobada por Decreto 1.506 del 30 de octubre del 2001. Se trata del cuerpo normativo sobre derecho marítimo más moderno de Sudamérica. El profesor Luis Cova Arria reconoce como fuentes de la citada ley venezolana...

... la ley argentina de la navegación de 1973, la ley chilena N° 18.680 del 22 de diciembre de 1987, sustitutiva del libro III del Código de Comercio de ese país relativo al comercio marítimo, los convenios internacionales proyectados por organismos tales como el Comité Marítimo Internacional (CMI), la Organización Marítima Internacional (OMI) y la Organización de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD); los usos y costumbres, la doctrina y

¹⁹ El estudio más completo sobre la Ley General de Navegación de la Argentina, y uno de los aportes doctrinarios más sólidos sobre derecho marítimo, es el del profesor José Domingo Ray. Véanse los cuatro tomos de su *Derecho de la navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992-1997.

la jurisprudencia de naciones de intenso comercio marítimo. Con este criterio se renovaron cada una de las instituciones tratadas en el libro II del Código de Comercio²⁰.

El Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) está impulsando la elaboración de una Ley de Navegación y Comercio Marítimo Modelo²¹, que sea utilizada como fuente inmediata o referente para los países que son conscientes de la necesidad de modernizar su derecho marítimo y están comprometidos con su reforma. Una iniciativa como la del IIDM de suyo es muy interesante y podría complementarse —como esfuerzo en paralelo— con la elaboración de un Proyecto de Tratado de Navegación y Comercio Marítimo, que podría formalizarse como un acuerdo de alcance regional dentro del marco del Tratado de Montevideo de 1980, mediante el cual se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración (Aladi)²² y que encuadraría también dentro del Proceso Sectorial de Integración denominado Sistemas Operativos de Transporte Marítimo de la iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (Iirsa)²³. La fortaleza principal de negociar, aprobar y poner en vigencia un tratado radica en su carácter vinculante, que es generador de derechos y obligaciones, y en la posibilidad de poder involucrar para su elaboración a organismos internacionales gubernamentales y no gubernamentales, multilaterales y regionales, especializados en la materia. Hasta donde sabemos, en Centroamérica hay un Proyecto de Código Marítimo que también es objeto de paciente revisión.

²⁰ Véase: *El nuevo régimen de la navegación en Venezuela y la Ley de Comercio Marítimo*. Caracas: Luis Cova Arria & Asociados, 2002, p. 14.

²¹ Una ley modelo, que sigue la práctica que proponen algunos organismos internacionales como Uncitral.

²² Sobre la Aladi y su relación con los servicios de transporte acuático, entre otros, véase: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayos 11 y 12.

²³ Sobre los ejes de integración y desarrollo y los procesos sectoriales de integración —entre otros, los sistemas operativos de transporte marítimo— de la Iirsa, véase: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayo 16.

4. Antecedentes y fuentes del Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo

En el año 1988, la Asociación Peruana de Derecho Marítimo concluyó la elaboración de un Proyecto Sustitutorio del libro III del Código de Comercio de 1902, esfuerzo que se realizó gracias a un convenio suscrito, para ese efecto, con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), dentro del Proyecto Destransmar. Sin embargo, la esperada reforma no vio la luz, y en los últimos años la legislación marítima internacional que sirvió de fuente al citado Proyecto Sustitutorio ha experimentado importantes reformas, que motivaron su revisión.

En efecto, con posterioridad a la elaboración del Proyecto Sustitutorio de 1988, en el plano del derecho convencional marítimo han sido aprobados los siguientes instrumentos: la Convención Internacional sobre Salvamento Marítimo (Londres, 1989); la Convención Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval (Ginebra, 1993); y la Convención Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques (Ginebra, 1999). Ha sido aprobado también el Protocolo (Londres, 1996) de la Convención sobre Limitación de Responsabilidad en Caso de Reclamaciones Marítimas (Londres, 1976).

Además de los instrumentos internacionales citados, cabe anotar que se han tenido como fuentes inmediatas en la elaboración del Proyecto del Código Marítimo las siguientes: la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas de derecho relativas al abordaje de buques (Bruselas, 1910); la Convención de Atenas, relativa al transporte de pasajeros y equipaje por mar (PAL: Atenas, 1974) y su Protocolo (Londres, 1990); la Convención de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de Buques (Ginebra, 1986). Por último, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercancías por Mar (Hamburgo, 1978), mejor conocida como las Reglas de Hamburgo, a las que nos hemos referido anteriormente y que contienen un régimen más equilibrado de distribución de riesgos entre portadores y cargadores que el previsto en las antiguas Reglas de La Haya, que entró en vigencia en noviembre de 1992.

Con la aprobación de la Convención sobre Embargo Preventivo de Buques de 1999, culminó una etapa en que la UNCTAD y la OMI se avocaron a la tarea de perfeccionar la legislación marítima internacional. De ahí que lo coherente sería que los países implementen sus or-

denamientos marítimos mediante la adopción de las convenciones²⁴, con lo que se cumpliría un viejo anhelo de los maritimistas, que es lograr la uniformidad normativa universal que dé paso a la seguridad jurídica del tráfico marítimo y obviamente a una ostensible reducción en sus costos de transacción. Para el Perú, la incorporación de los convenios internacionales marítimos, mediante el mecanismo de internalización contemplado en la Constitución Política, o bien a través de normas supranacionales²⁵, o, mejor aún, por medio de una ley general, cobra mayor relevancia por el hecho de que excepto el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993²⁶, no somos parte de ninguno de ellos.

Mediante la Ley 26595 se creó la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Proyecto del Código de Comercio; comisión, como su nombre lo indica, de carácter especial, que fue integrada, entre otros, por representantes del Congreso de la República, de las facultades de Derecho y de la Cámara de Comercio de Lima, y que tuvo por objeto estudiar la mejor forma de acometer la reforma de nuestra legislación mercantil, incluida la marítima. La Comisión, a la cual se integró un grupo de asesores especialistas en derecho mercantil, se reunió semanalmente entre los años 1997 y 2000.

La Comisión, luego de un amplio análisis, acordó que lo más conveniente era recomendar la derogación del Código de Comercio y adoptar una Ley General de la Empresa. Ante la inminente desaparición

²⁴ Véase: Berlingieri, Francesco. "Las convenciones internacionales de derecho marítimo y su rol en el derecho interno". *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*. Op. cit.

²⁵ A través de la Decisión 487 de la Comisión de la Comunidad Andina, en el Perú se internalizan indirectamente las convenciones de 1993 y 1999 sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval, y embargo preventivo de buques, respectivamente.

²⁶ Mediante Decreto Supremo 010-2007, del 5 de febrero del 2007, se ratificó el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993. Según nota de la Cancillería del 23 de julio del 2007, dicho instrumento entró en vigencia para el Perú el 23 de junio del 2007.

ción del Código de Comercio, surgió la necesidad de delimitar el contenido de la Ley General de la Empresa, así que se acordó que el contrato de seguros y lo referente al derecho marítimo integraran leyes independientes. Con base en ello se constituyeron dos subcomisiones, una encargada de estudiar qué cauce sería el adecuado para afrontar la reforma de nuestro ordenamiento marítimo. La Subcomisión constituida para tal efecto, decidió elaborar un Anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, de carácter autónomo y general, que abarcara en lo posible la integridad de los institutos pertenecientes al derecho marítimo comercial, y al ser de contenido amplio, imposibilitar la atomización normativa, la cual muchas veces es perjudicial para la seguridad jurídica que todo ordenamiento debe ofrecer.

Dada la especialidad del derecho marítimo y en consonancia con el modelo italiano y español de reforma, se decidió que fueran juristas los que alejados de cualquier interés personal o gremial se encargasen de elaborar el Anteproyecto, es así que la Comisión le confirió tan honroso encargo a un grupo de especialistas, miembros de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo.

La Subcomisión, en cumplimiento del encargo, presentó el 6 de abril de 1999, en la sede del Congreso de la República, el Proyecto del Código Marítimo. El 22 de abril de dicho año fue publicado el documento en el diario oficial *El Peruano*, y luego se recibieron sugerencias de la comunidad marítima, que conllevaron al perfeccionamiento del mismo. En octubre de 1999, el pleno del Congreso de la República, tras el dictamen favorable de la Comisión de Reforma de Códigos, delegó facultades a la Comisión Permanente, a efecto de que apruebe el Proyecto del Código Marítimo; sin embargo, la Comisión Permanente nunca se instaló, viéndose así frustrada la posibilidad de aprobar el Proyecto.

En las legislaturas ordinarias del 2000 y 2001, la Comisión de Reforma de Códigos del —en aquel entonces renovado— Congreso de la República, acertadamente retomó la discusión para que se apruebe el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo. De ahí que luego de ingresarlo en su página web, y tras un seminario de carácter académico celebrado en abril del 2001, en el cual participaron los miembros que elaboraron el Anteproyecto junto con otros especialistas, el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo culminó dicha legislatura con un dictamen favorable de la Comisión de Re-

forma de Códigos, que no tuvo tiempo de ser visto por el pleno congresal en razón de los sucesos políticos del 2000.

En el 2001, con un nuevo Congreso instalado tras el cambio de gobierno, una parlamentaria presentó el Proyecto con el título de Ley General de Navegación. El documento, con el número 00241, fue presentado oficialmente el 7 de agosto del 2001. El 5 de septiembre del 2002 el Proyecto ingresó en la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso de la República, pero lamentablemente no fue discutido por la citada comisión, a pesar de la trascendencia que implica la necesaria reforma de nuestro derecho marítimo. A partir del 2002, la referida propuesta, elaborada por abogados especializados en la materia, no ha sido objeto de revisión ni discusión en foro alguno.

Estas líneas se escriben en agosto del 2008, y se espera que el Proyecto sea presentado como iniciativa legislativa y posteriormente sancionado como ley, porque es un asunto de interés nacional modernizar nuestro ordenamiento marítimo, con el objeto de fortalecer nuestra posición comercial en el contexto del crecimiento de nuestro comercio exterior y de la modernización de la infraestructura portuaria. El Proyecto, desde un punto de vista teleológico, implica la modernización del derecho marítimo peruano. Es por ello que resulta necesario incorporar en nuestra legislación reglas contempladas en las convenciones internacionales marítimas antes mencionadas. En ese sentido, no sería racional que en la búsqueda de la reforma de nuestro derecho marítimo evadamos aspiraciones universales que claman por su uniformidad. Incorporar dichas normas y trasladarlas a la realidad nacional es un compromiso ineludible, y es por esa razón que no podemos dar la espalda a la globalización, como lamentablemente viene sucediendo con el derecho del mar, concretamente con la adhesión del Perú a la vigente Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (Montego Bay, 1982).

A los convenios internacionales marítimos ya citados, que han sido fuentes de gran importancia para la elaboración del Proyecto del Código Marítimo, es oportuno agregar otras fuentes también trascendentes, como son el mencionado Proyecto Sustitutorio de 1988 del libro III del Código de Comercio del Perú; el Código de Navegación italiano; la Ley de Navegación argentina de 1973; la Ley de Navegación chilena de 1988; los códigos marítimos de los países escandinavos (Dinamarca, Noruega, Suecia y Finlandia); la Ley de Seguros inglesa de 1906; la Ley de la Marina Mercante de 1995 y la Ley de la Marina

Mercante y Seguridad Marítima de 1997, del Reino Unido; el Plan de Seguros Marítimos de Noruega; el Anteproyecto de la Ley de Seguros Marítimos elaborado por la Asociación Española de Derecho Marítimo; el Proyecto de Ley sobre el Estatuto Jurídico del Buque, elaborado por el profesor José Luis Gabaldón García para Centroamérica, dentro del Programa Legismar, auspiciado por la UNCTAD y la OMI; los fallos dictados por la Cámara de los Lores del Reino Unido en los casos: *The Evia* (N° 2), *The Johanna Oldendorff*, *The Maratha Envoy*, *The Laconia*; el informe elaborado por la Secretaría de la UNCTAD sobre seguros marítimos de 1978; el informe elaborado por la Secretaría de la UNCTAD sobre pólizas de fletamento de 1990; las ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre las Reglas de Hamburgo, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo en 1979; las ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre Seguros Marítimos, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo en 1980; las ponencias presentadas en el Seminario Internacional sobre Pólizas de Fletamento, Conocimientos de Embarque, Seguros Marítimos y Derecho del Mar, organizado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo en 1982.

En la elaboración del Proyecto se tuvieron en consideración prácticas internacionalmente reconocidas. Así tenemos la aplicación de las Reglas de York-Amberes —en su versión revisada de 1994²⁷—, para lo relativo a las averías generales; en materia de seguros marítimos, las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, para carga de

²⁷ Sería oportuno que en la revisión del proyecto se incorporen las Reglas de York y Amberes, 2004. Una traducción al español de estas Reglas, con notas del profesor Ignacio Arroyo, se puede ver en el *Anuario de Derecho Marítimo*, volumen XXII, 2005, p. 913, donde se lee el siguiente pie de página: "El Comité Marítimo Internacional (CMI) aprobó en la conferencia Internacional de Vancouver (Canadá), celebrada entre el 31 de mayo y el 6 de junio de 2004, una revisión completa de las Reglas de York y Amberes de 1994. La nueva versión se conoce como Reglas de York y Amberes, 2004 (*York-Antwerpen Rules, 2004*), y el CMI recomienda su aplicación para la liquidación de las averías comunes o gruesas a partir del 31 de diciembre de 2004".

1982 y para cascos marítimos de 1995; y con relación a los contratos de utilización de buques, las reglas de interpretación de términos relativos al tiempo de plancha en los contratos de fletamentos por viaje, elaboradas por la Baltic and International Maritime Conference (Bimco), la Federation of National Association of Ship Brokers and Agents (Fonasba), la International Association of Dry Cargo Shipowners (Intercargo) y por el CMI en 1993, así como las cláusulas incorporadas en las pólizas o formularios de fletamento de uso internacional, como son la Gencon para el fletamento por viaje (*voyage charter*), la Balttime para el fletamento por tiempo (*time charter*) y la Barecon para el arrendamiento a casco desnudo (*bareboat charter*).

La Subcomisión, para redactar el Proyecto, prestó también atención a la jurisprudencia nacional y a la doctrina más autorizada. En la elaboración del Proyecto, cuidó de armonizar dichas fuentes con los usos y costumbres de los agentes económicos que intervienen en la actividad navegatoria y comercial marítima del Perú.

Entender el alcance de la uniformidad y de la globalización del derecho marítimo, a la que nos referimos anteriormente, permite comprender la importancia de incorporar en nuestro ordenamiento marítimo, institutos vigentes en la legislación internacional.

5. Estructura y aspectos significativos del Proyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo

El Proyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo está dividido en secciones y títulos, y contiene 508 artículos, una disposición complementaria y dos disposiciones finales. Las siete secciones en las que se divide tratan lo concerniente a los buques y artefactos navales, las personas que intervienen en el comercio marítimo, los contratos de utilización de buques, los riesgos y averías, los seguros marítimos, las prescripciones y los procedimientos en el comercio marítimo.

Con posterioridad a la elaboración del Proyecto del Código Marítimo, se sancionó la ley marco para la producción y sistematización legislativa (Ley 26889) y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 008-2006-JUS, por lo que sería necesario adecuar el Proyecto a lo dispuesto en la referida ley.

5.1 El buque

La primera parte del Proyecto está referida al buque, medio navegatorio cuya naturaleza jurídica es la de un bien registrable, y en esa determinación se atendió a la clasificación de los bienes que adoptó originalmente la Comisión de Reforma del Código Civil²⁸. La palabra "buque" empleada por el Proyecto del Código Marítimo, es acertada en la medida en que se dejaron de lado voces como "nave", "embarcación" o "barco". La palabra "buque", etimológicamente, proviene de la expresión celta *buc*, que significa magnitud, tamaño o masa, y es la voz utilizada por las legislaciones marítimas y por la doctrina maritimista.

La trascendencia del buque en la expedición marítima, se traduce —tal como se evidencia en todo ordenamiento marítimo— en un tratamiento legislativo significativo. El Proyecto contiene un concepto amplio de buque, al cual define "como toda construcción principal con propulsión propia, destinada a la navegación por agua y con un arqueo bruto no menor de 100 toneladas". La propuesta de reforma en cuanto a la conceptualización del buque, prescinde de la referencia al destino comercial de la actividad navegatoria, y respeta la normativa especial de los buques del Estado utilizados únicamente para un ser-

²⁸ Con la promulgación de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677), que modifica el Código Civil, los buques pasan a ser considerados como bienes muebles. El numeral 19 del artículo 4º de la citada ley, dispone que las naves —léase buques— son bienes muebles. Con relación a lo anterior, cabe señalar que algunas normas de la referida Ley 28677 vulneran la Decisión 487 de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN), lo cual coloca al Perú en situación de incumplimiento frente a las obligaciones asumidas ante la CAN. Sobre el particular, véase: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayo 7. También se puede ver: Pejovés, José Antonio. "La Ley de la Garantía Mobiliaria y la contravención del derecho marítimo comunitario". *Revista Jurídica del Perú* N° 67. Lima: Normas Legales, 2006, pp. 19-30.

vicio oficial no comercial. La amplitud del concepto va en beneficio de una mejor aplicación de las normas marítimas.

La Subcomisión desechó la definición restrictiva de buque, pues podría acarrear limitaciones en la aplicación efectiva del Código Marítimo; sin embargo, sentó una postura intermedia, que radica en considerar buque a un objeto flotante con propulsión propia y con un arqueo determinado, que lo diferencia de los denominados artefactos navales.

5.2 El registro de buques

El Proyecto busca la fusión del primer registro de buques. La denominación de primer registro tiene una connotación meramente didáctica: surge para diferenciarlo de los llamados segundos registros, que vienen a ser los registros especiales, y de los registros o banderas de conveniencia. En ese sentido, es válido denominar a los registros abiertos o de conveniencia, como terceros registros.

La publicidad naval en el Perú se manifiesta a través de la existencia de un doble registro o matrícula. Al igual que en el derecho hispano, en nuestro sistema coexisten dos primeros registros, los que aparentemente tienen una naturaleza y una finalidad distintas²⁹.

Como es conocido, de acuerdo con el derecho internacional, la inscripción de un buque en un registro determinado le confiere la nacionalidad y el derecho a enarbolar la bandera del país de su inscripción, y los efectos jurídicos que dimanen de la inscripción de acuerdo con el derecho común. Las fuentes jurídicas que se ocupan de uno y otro registro son de diversa jerarquía normativa, y van desde los códigos civil y de comercio, hasta los textos únicos de procedimientos administrativos y reglamentos de inferior jerarquía, emanados de resolu-

²⁹ Con relación a los registros de buques, sus modalidades e importancia, entre otros, véase Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayo 5.

ciones directorales, directivas e incluso oficios. En nuestro país, los actos y contratos que recaen sobre buques deben inscribirse por duplicado. Esta doble inscripción es económicamente irracional, ya que su exigencia eleva los costos de transacción.

Como se ha advertido, por un lado tenemos un primer registro de carácter administrativo, cuya publicidad no surte efectos frente a terceros, pero que tiene por finalidad el control público de los buques. Este registro, denominado "Matrícula de naves", se encuentra bajo el control de la Dirección General de Capitanías y Guardacostas del Perú (Dicapi) —órgano de la Marina de Guerra del Perú, Sector Defensa—, y está regulado, entre otras normas, por el Decreto Supremo 028-DE/MGP, que reglamenta la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres (Ley 26620).

Tenemos también un primer registro de efectos jurídico-privados bajo el control de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp, organismo público descentralizado del Sector Justicia), denominado "registro de buques", que se encuentra regulado, entre otras normas, por el Reglamento de las Inscripciones (Resolución de la Corte Suprema 509 del 21 de diciembre de 1936) y por la Ley de Creación del Sistema Nacional de los Registros Públicos (Ley 26366).

Mantener dos registros que en el fondo tienen similares alcances no es conveniente, ya que los usuarios son finalmente los perjudicados, por el hecho de tener que duplicar trámites y pagos ante la administración. El derecho no está divorciado de la economía; en tal sentido, dotar a la comunidad marítima nacional de normas eficientes es imperativo, porque éstas contribuyen a la consolidación de nuestro moderno sistema económico. Las leyes eficientes permiten que los agentes económicos que intervienen en el comercio y la navegación marítima tomen decisiones y actúen racionalmente en el mercado. Si bien en el mercado siempre se van a presentar costos de transacción, lo ideal es evitar costos altos que perjudiquen el intercambio comercial. Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente. En tal sentido, las normas del Proyecto relativas al registro público de buques propenden la fusión de los dos primeros registros de buques existentes, configurándose en un catalizador que busca abaratar las transacciones.

El Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo recoge de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de Buques (Ginebra, 1986), un importante mecanismo, como es la posibilidad de inscribir buques en el registro peruano, con la presentación de los contratos de arrendamiento a casco desnudo o de arrendamiento financiero. En tal sentido, se suspende temporalmente la nacionalidad originaria del buque, durante el plazo de duración del contrato, y los buques así inscritos en el registro nacional tienen derecho a enarbolar la bandera peruana. Este mecanismo es, junto con la constitución de un registro especial, el mejor freno para evitar la fuga de buques nacionales a las llamadas banderas de conveniencia.

Entre el 90 y 95% del comercio exterior peruano se transporta usando el modo marítimo. El mercado de fletes en el Perú, en ese tráfico, se calcula que fluctúa entre los 1.000 y 1.200 millones de dólares anuales. Un importante porcentaje de ese flujo de capitales no queda en el país, en razón de la situación crítica por la que atraviesan las empresas navieras peruanas y la casi inexistente presencia de buques de bandera nacional. La fuga de capitales distorsiona nuestra balanza de pagos, y no tener tonelaje propio se traduce en desempleo, en escasa presencia en los foros marítimos internacionales y en no contar con una reserva naval, tan necesaria frente a riesgos inesperados.

Es pertinente señalar también que la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677), en su quinta disposición final, modifica el artículo 2º de la Ley 26366 y dispone que el Registro de Bienes Muebles unifique el Registro de Naves y el Registro de Embarcaciones Pesqueras y Buques.

5.3 La hipoteca naval

El Proyecto adecua a la legislación nacional los privilegios marítimos —institución que trataremos más adelante— y la hipoteca naval, tal como se recogen estos institutos en el Convenio Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval de 1993, instrumento del cual el Perú es parte³⁰. Como veremos luego, el Proyecto guarda

³⁰ Véase el pie de página 26.

perfecta concordancia con la Decisión 487 de la Comisión de la Comunidad Andina (CAN). Esta Decisión 487 volvió inaplicables las partes que se mantenían vigentes de la —en la actualidad— íntegramente derogada Ley de Hipoteca Naval de 1916³¹, inspirada en la Ley de Hipoteca Naval española de 1893; y consiguió restituir, desde una moderna perspectiva, el sistema de privilegios marítimos que se encontraba contenido en la referida ley, y que fue eliminado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley 26702).

Es coherente que en el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, se contemplen la hipoteca naval y los privilegios marítimos, con el cuidado de no repetir innecesariamente lo que ya está regulado en la norma supranacional. Con esta perspectiva se debería respetar el *principio del complemento indispensable*, que informa al derecho comunitario andino³² y que básicamente consiste en que los países miembros de la CAN deben abstenerse de normar mediante sus leyes domésticas lo que ya está regulado en la norma comunitaria.

Como es conocido, la importancia de la hipoteca naval³³ se manifiesta en que es un mecanismo de fomento para la construcción y para la adquisición de buques, entendidos éstos como activos que concentran una alta densidad de capital. Sin las garantías reales no se puede

³¹ La sexta disposición final de la Ley de la Garantía Mobiliaria (Ley 28677) derogó el resto de articulado de la Ley de Hipoteca Naval (Ley 2411) que todavía quedaba vigente.

³² Sobre el derecho comunitario se pueden ver algunos alcances, entre otros, en: Pejovés Macedo, José Antonio. "El sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina (CAN), en el Mercado Común del Sur (Mercosur) y en los acuerdos de complementación económica suscritos entre los estados integrantes de ambos bloques comerciales". *Política Internacional* N° 83. Lima: Academia Diplomática del Perú, 2006.

³³ Sobre algunos aspectos relativos a la hipoteca naval y los privilegios marítimos, véase: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayos 7 y 9.

asegurar el plan financiero. Sin hipotecas navales es prácticamente imposible la financiación, y sin ésta no hay desarrollo.

El pacto de venta extrajudicial de buque hipotecado resulta un mecanismo de vital importancia para los armadores. El Proyecto establece que ante determinados supuestos de incumplimiento del deudor, se podrá proceder a la venta directa del buque hipotecado en la forma pactada al constituirse la obligación, con la condición de inscribir el poder para la venta en el registro donde está inscrito el buque; y asimismo dispone que será nula toda venta inferior a las dos terceras partes del valor del buque en el mercado internacional o de su valor comercial.

El mecanismo de la venta extrajudicial del buque hipotecado es un pacto relativamente novedoso, que no está recogido en la citada Convención Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval, ni lo está, hasta donde sabemos, en algún otro ordenamiento hipotecario naval del sistema continental, salvo en la citada Decisión 487 y en la legislación griega, como veremos más adelante.

Establecer legislativamente la posibilidad de que las partes, cuando celebren un contrato de hipoteca naval, puedan pactar la venta extrajudicial del buque hipotecado, posibilitará una reducción en el costo del crédito —entiéndase del mutuo con garantía hipotecaria—, en razón de que se podrá sortear la comparecencia ante el Poder Judicial cuando eventualmente se produzca el incumplimiento del deudor hipotecario. Este pacto de venta extrajudicial reducirá los costos de transacción, que en un alto porcentaje finalmente siempre son trasladados por las instituciones financieras a los peticionarios y receptores del crédito naval. Es dato comprobable que las entidades bancarias, al fijar el costo del dinero, previsiblemente incorporan a la estructura crediticia la posibilidad de terminar sus relaciones con el deudor ante un juzgado civil; y es por ello que la venta extrajudicial responde claramente al hecho de que por un lado se reconoce la ineficiencia del Poder Judicial en cuanto a la ejecución de garantías, y por otro a la necesidad de hacer que las operaciones sean lo menos onerosas posibles para los agentes económicos.

En el Perú, en caso de incumplimiento por parte del deudor hipotecario, el acreedor tiene el camino de iniciar un proceso de ejecución de garantías regulado por el Código Procesal Civil, el cual casi siempre resulta excesivamente costoso, pues hay que contratar un abogado, pa-

gar tasas judiciales, etc., bajo la certeza de que la duración de dicho proceso será indeterminada, ya que se podría llegar hasta la Corte Suprema de Justicia en vía de casación. El Poder Judicial peruano tiene una carga procesal pesada, la que contribuye a que los procesos sean vistos con lentitud, sobrepasando los plazos establecidos en el Código Procesal Civil. Es así que los justiciables soportan costos que finalmente recaen sobre los sujetos de crédito cuando acuden a las entidades financieras a negociar un mutuo con garantía hipotecaria.

La regulación de la venta extrajudicial en el Proyecto del Código Marítimo, se perfeccionaría con la presencia de un tercero que imparcialmente asegure la realización —venta— transparente del buque objeto de garantía. La Comisión de Reforma del Código Civil de 1984 incorporó, en la parte referente a las garantías reales, el pacto de venta extrajudicial del bien hipotecado, que también está regulado en la citada Ley de la Garantía Mobiliaria.

El profesor Francesco Berlingieri, presidente honorario del CMI, rescata los beneficios de la venta extrajudicial del buque hipotecado, al señalar que “La única ley [opinión nuestra: hasta la dación de la Decisión 487] que ha regulado este importante mecanismo, aplicando las tutelas propias del *mortgage* anglosajón, es la Ley griega N° 3899/1958”³⁴. A lo que se podría agregar que los griegos por algo son considerados como eficientes empresarios marítimos, y nos legaron hace más de dos mil años la célebre Ley de Rodas antes mencionada. Como bien dice Berlingieri:

La inserción en el contrato de hipoteca de un mandato para vender constituye quizás el mejor método para atribuir al acreedor hipotecario una tutela similar a la perteneciente al *mortgage*, porque de tal modo se evitan todas las dificultades conexas con la ejecución del crédito hipotecario mediante un procedimiento ejecutivo. El único riesgo que puede correr el acreedor hipotecario es una acción de da-

³⁴ Berlingieri, Francesco. *Derecho marítimo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 132.

ños por parte del deudor, por no haberse celebrado la venta en condiciones satisfactorias; para evitar o al menos reducir ese riesgo. Parece oportuno que el acreedor hipotecario adopte la cautela de proceder a la venta mediante la intervención de un mediador autorizado que dé a la venta una publicidad adecuada³⁵.

El tema del pacto de venta extrajudicial marca distancia con el *pacto comisorio*, que a nuestro entender es riesgoso. Como se ha señalado, la venta extrajudicial contribuirá a reducir el costo del crédito, y la hipoteca naval reforzará su valor de garantía para que los armadores domiciliados en el país puedan adquirir buques y renovar sus flotas mercantes.

Por último, conviene señalar que mediante Resolución Legislativa 28956, publicada el 16 de enero del 2007, se aprobó la Convención Internacional sobre los Privilegios Marítimos y la Hipoteca Naval.

5.4 Los privilegios marítimos y el embargo preventivo de buques

Rodolfo González-Lebrero anota que "se entiende por privilegio el derecho dado por la ley a un acreedor para que se le pague con preferencia a otros acreedores, concepto que puede hacerse extensivo a los privilegios marítimos"³⁶, y, concretamente sobre los privilegios marítimos, expresa:

... son privilegios especiales que tienen la particularidad de investir a los acreedores con una facultad de persecución del buque, independientemente de quien ostente el derecho de propiedad sobre él, aparte, desde luego, de la preferencia frente a los créditos con un privilegio general o a los ordinarios o quirografarios. La existencia de estos privilegios marítimos, que nacen inexorablemente con motivo del ejercicio de la navegación por el buque, ha chocado siempre

³⁵ *Ibidem*, p. 135.

³⁶ González-Lebrero, Rodolfo. *Curso de derecho de la navegación*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1998, p. 227.

con el derecho real de hipoteca naval, figura usual en los contratos de préstamo para la construcción o la compra de buques³⁷.

Dado lo oneroso que resulta el hecho de que un buque permanezca inmóvil en un puerto, como consecuencia de ser objeto de una medida cautelar, se han introducido en el Proyecto normas que van a permitir agilizar y ordenar los procesos judiciales. Es así que en garantía de determinados créditos marítimos, se puede solicitar ante el juez una medida cautelar específica que es el embargo de buques. No es ocioso destacar que las normas de esta parte se inspiran en la mencionada Convención sobre el Embargo Preventivo de Buques.

El profesor Ignacio Arroyo, al referirse al embargo preventivo de buques, afirma:

... en el estudio de los privilegios marítimos merece particular atención el embargo de buques como garantía especial de los créditos marítimos. La doctrina mercantil apenas se ocupa de esta figura, por entender quizás que se trata de una institución del derecho procesal. Pero, en todo caso, varias son las razones que justifican su tratamiento. Destaca, en primer lugar, la concepción amplia del derecho marítimo, que abarca todas las relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar; a la misma conclusión se llega además en las concepciones más limitadas del derecho de la navegación marítima, pues se trata de una institución que incide directamente en el fenómeno de la navegación: el embargo entre otros efectos produce la paralización del buque, alterando radicalmente su finalidad de desplazamiento. En segundo lugar, consecuencia de lo anterior, la regulación es especial porque difiere de la normativa general³⁸.

Ahora bien, la mejor técnica en el Proyecto, con la que se ha regulado lo concerniente a los créditos marítimos privilegiados, tanto en

³⁷ *Ibidem*, p. 227.

³⁸ Arroyo, Ignacio. *Curso de derecho marítimo*. Barcelona: J. M. Bosch, 2001, p. 395.

su relación con la hipoteca como en su aplicación en la medida cautelar de embargo, permitirá que las transacciones comerciales marítimas sean más seguras.

Como se indicó, la Decisión 487 también regula el embargo preventivo de buques³⁹. Cuando se revisó el Proyecto de Decisión, participaron miembros de la Subcomisión que elaboró el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Los que redactaron la Decisión cuidaron de atender la uniformidad del derecho marítimo, y evitaron alejar dicha norma supranacional de la impronta de los convenios internacionales marítimos antes citados; como, por ejemplo, la Convención Internacional sobre Embargo Preventivo de Buques (Ginebra, 1999). Como se dijo antes, el Proyecto del Código Marítimo peruano guarda perfecta concordancia con la citada norma comunitaria, y sólo debería contener preceptos complementarios a ella.

En el Perú, el embargo preventivo de buques encuentra sustento legal en la citada Decisión 487 y en el Código Procesal Civil, sin embargo deberían darse normas complementarias que faciliten, por ejemplo, un despacho judicial con la ventanilla siempre abierta⁴⁰.

5.5 Las personas — empresarios — que intervienen en la navegación y comercio marítimo

En la parte referente a las personas — empresarios — que intervienen en la navegación y el comercio marítimos, se abordan las figuras del naviero o armador, del capitán y de los agentes.

³⁹ Sobre el embargo preventivo de buques en la Comunidad Andina, véase: Sarmiento Rodríguez, Guillermo. "Embargo preventivo de buques en la Comunidad Andina". *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*. Op. cit.

⁴⁰ Sobre cómo funciona en España la intervención judicial en las medidas cautelares de embargo preventivo de buques, véase: Zabaleta Díaz, Marta. "Notas sobre la competencia jurisdiccional en el embargo preventivo de buques". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XXI. Madrid, 2004.

5.5.1 El naviero o armador

Con relación a los términos “naviero” o “armador”, voces que el Proyecto comprende como sinónimas, recae tal investidura en la persona que se encarga de la gestión náutica de un buque en nombre propio, ya sea o no propietario del mismo, e independientemente de que actúe o no con ánimo de lucro. Tradicionalmente la voz “armador” ha estado asociada con la persona encargada de preparar el buque para navegar, es decir, equiparlo, avituallarlo y tripularlo para la expedición marítima o para la histórica aventura náutica. Tales actos preparatorios se conocían como armar el buque, y la persona que efectuaba esa actividad recibía el nombre de armador. Antiguamente, era común que la figura del armador coincidiera con la del propietario del buque; sin embargo, en la actualidad muchos armadores o navieros no son propietarios del buque. Por ejemplo, en los contratos de arrendamiento —o fletamento— a casco desnudo, el fletador se encarga de equipar y armar el buque para explotarlo comercialmente.

La figura del naviero normada en el libro III de nuestro Código de Comercio, surge como consecuencia de la copropiedad naval, en un supuesto de que el propietario no podía realizar actos de comercio. El Código de Comercio se refiere al propietario armador —figura usual en la época, siglo XIX y antes— y también lo denomina naviero. Dicha figura es casi inexistente en estos tiempos.

El profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, José Domingo Ray, sostiene que “El propietario, como titular del dominio del buque, es una figura estática en comparación con la del armador”⁴¹, y agrega que:

... el armador se caracteriza por ser la persona que *utiliza* el buque, del cual tiene la disponibilidad (...) tiene la posibilidad de su utilización, aunque no sea el titular del dominio del buque. El término

⁴¹ Ray, José Domingo. *Derecho de la navegación*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, p. 26.

disponent owner se aplica para calificar a quien tiene la disponibilidad del buque y no es *propietario*⁴².

El armador o naviero, al ejercer una actividad empresarial —comercial—, es decir, una actividad económica, mediante la explotación de uno o más buques, puede ser una persona natural o una persona jurídica, y en este sentido el Proyecto no recoge ninguna limitación sobre el particular.

La posibilidad de constituir un fondo para limitar la responsabilidad es un aporte que se debe destacar, y que ha sido tomado de la citada Convención sobre Limitación de Responsabilidad en caso de Reclamaciones Marítimas de 1976 y su Protocolo de 1996. El sistema de limitación de responsabilidad que se propone, consiste en la fijación de una cantidad máxima, distinta según sean daños personales o materiales, y se calcula en función de dos magnitudes: el tonelaje o el número de pasajeros en caso de transporte de personas. Para todos los casos de limitación de responsabilidad contemplados en el Proyecto, se recurre a una unidad de cuenta, que son los derechos especiales de giro (DEG), tal como son definidos por el Fondo Monetario Internacional (FMI). La limitación de responsabilidad podrá ser invocada por el propietario del buque, así como por el naviero, fletante, porteador y salvador del buque. La limitación de responsabilidad únicamente podrá ser invocada frente a determinados créditos marítimos, es por ello que la doctrina marítima establece que la limitación está en función del crédito y no de quien la invoca.

El Proyecto, al acoger la Convención de 1976, asimila el sistema de responsabilidad inglés —también conocido por *forfatario*— y deja de lado el sistema por el cual sólo el buque —la *fortuna de mar*—, mediante su abandono, responde por los créditos marítimos.

⁴² *Ibidem*, p. 27.

5.5.2 El capitán

El maritimista español Rafael Matilla, con relación a la figura del capitán, sostiene:

... en la época de la navegación a vela, el capitán disfrutaba de una consideración equivalente a la del armador: con frecuencia era copropietario del buque; su retribución consistía en una participación en los beneficios que pudiese arrojar su explotación; ejercía funciones profesionales (dirigir la navegación, la conservación y manejo del buque) y comerciales (como representante legal del naviero, e incluso de los cargadores); era responsable de la conservación y entrega del cargamento; estaba facultado para fletar el buque, disponer su reparación, pertrecharlo, equiparlo y aprovisionarlo y para contratar su tripulación; se le entendía legitimado substantiva y procesalmente para cobrar el flete y en general para ejercitar los derechos del naviero, y pasivamente, en las demandas que pudieran interponerse contra éste; y habilitado para actuar procesalmente sin necesidad de abogado, ni procurador... Según una fórmula usual en los conocimientos, era el único Señor a bordo después de Dios⁴³.

Tradicionalmente, al capitán se le atribuyen tres facultades: la primera es una facultad técnica, que consiste en dirigir la actividad navegatoria; la segunda es una facultad comercial, pues antiguamente fungía como agente comercial del armador; y la tercera es una facultad de carácter público, la cual comprende una función notarial —en la actualidad, normada en el artículo 716^o del Código Civil— y una judicial, pues las personas a bordo del buque quedan sometidas a su autoridad.

Hoy, las funciones del capitán han sufrido ciertas transformaciones motivadas por los avances de la ciencia y la tecnología, que han irrumpido en el tráfico marítimo. Los adelantos en las comunicacio-

⁴³ Matilla Alegre, Rafael. *El naviero y sus auxiliares, el buque*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1995, pp. 88-89.

nes han derivado en que el capitán de un buque puede mantener un diálogo permanente, en tiempo real, con el armador y los agentes.

5.5.3 Los agentes

El Proyecto contiene una parte dedicada a los agentes. En las disposiciones generales se menciona al agente general, al agente marítimo, al agente embarcador y a los demás agentes que intervengan en el transporte marítimo. En el desarrollo del articulado relativo a los agentes, no se estipula ninguna norma especial dedicada al agente general y al denominado agente embarcador.

El agente general es una figura que el Proyecto menciona pero no desarrolla. Tiene una actividad importante en la actividad empresarial marítima, pues interviene en el mercado como representante de empresas navieras extranjeras, es decir, empresas cuya casa matriz u oficina principal no se encuentra ubicada en el país.

Del conjunto de agentes que intervienen en el transporte marítimo⁴⁴, el más trascendente es el agente marítimo, que el Código de Comercio denomina *consignatario de buques*. El agente marítimo es la persona que en el puerto tiene una serie de funciones relacionadas con la atención del buque. Asimismo, tiene la representación del propietario, armador, porteador, fletador y capitán, en los puertos integrantes del Sistema Portuario Nacional⁴⁵. De acuerdo con las normas

⁴⁴ El agente de carga —transitario o *freight forwarder*— ha asumido con el tiempo una mayor presencia en el transporte internacional, ya que su rol se ha ido extendiendo bajo diferentes aristas. Además de buscar los medios para transportar la carga y de consolidarla cuando es requerido, su figura se perfila en algunos casos semejante a la del operador de transporte multimodal, aunque formalmente eluda el compromiso de responsabilidad que este tipo de operadores tienen, de acuerdo con las normas que gobiernan dicha actividad. El agente de carga no está normado en el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

⁴⁵ El Sistema Portuario Nacional tiene reconocimiento legal en el Perú a partir de la aprobación de la Ley del Sistema Portuario Nacional (LSPN, Ley 27943, modificada por el Decreto Legislativo 1022, del 16 de junio del 2008). La LSPN

que regulan el mandato, el agente marítimo no se hace responsable de las obligaciones propias de su representado, sin embargo tiene ante las diversas autoridades la responsabilidad que establezcan las leyes sobre la materia. El agente marítimo, de acuerdo con el Proyecto, asume la representación judicial activa y pasiva de los buques que agencie y se encuentren inscritos en un registro de buques extranjero. El Proyecto también establece que el propietario, el armador o el capitán pueden nombrar como agente protector a un agente marítimo distinto de aquel que tenga a su cargo la atención del buque, cuando este último haya sido designado por el fletador de acuerdo con las facultades del contrato de fletamento. Además, dispone que tanto el propietario como el armador, capitán, porteador o fletador, podrán designar otros apoderados especiales para que los representen judicialmente, en reemplazo del agente marítimo.

Rafael Matilla recuerda que:

... en la época a que se remite el Código de Comercio (y los anteriores, como el Código de Napoleón), los buques permanecían en puerto el tiempo suficiente para que el capitán pudiera ocuparse de la ejecución de los contratos de fletamento (...) y de los demás asuntos (...) y trámites que requerían la debida atención del buque y del transporte (...); una situación que tiene su reflejo en tales Códigos que hacen todo ese conjunto de operaciones de la competencia del capitán. Pero esas circunstancias no se dan en el tráfico moderno, en que el naviero es representado en cada puerto mediante la apertura de una agencia o sucursal y, normalmente, por un consignatario como empresario independiente⁴⁶.

tiene normas reglamentarias que integran el nuevo ordenamiento portuario peruano.

⁴⁶ Matilla, Rafael. Op. cit., p. 103.

5.6 Contratos de utilización de buques

En lo relativo a los contratos de utilización de buques, cuyo tratamiento se encuentra ubicado en la sección tercera del Proyecto, tenemos que ésta contiene una regulación moderna de los contratos de fletamento por tiempo, fletamento por viaje —que podrá ser total o parcial— y arrendamiento a casco desnudo; además de los contratos de transporte de mercancías, de pasajeros y de remolque.

Las normas que regulan los contratos de utilización de buques —sin considerar el contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque— tienen carácter dispositivo, primando la autonomía de la voluntad de las partes, y están inspiradas en las pólizas a las que nos hemos referido anteriormente, en lo que puede entenderse como una manifestación más del denominado derecho de los formularios.

Resulta importante, en esta parte, mencionar la opinión del profesor José Domingo Ray, en lo que denomina *generalidades de los contratos de utilización de buques*. En este sentido, el profesor de Buenos Aires señala lo siguiente:

Uno de los temas del derecho marítimo, al que la doctrina latina le asignó mayor importancia, es el de la *clasificación* de los contratos de utilización de buques y la tipificación del contrato de fletamento.

Al respecto se plantearon muchas divergencias, con repercusión en problemas prácticos, y la mayoría de ellas derivaron de la falta de concordancia entre la *terminología* legal y contractual y la asignación de ciertos calificativos a personas o contratos, sin analizar respectivamente sus funciones y las obligaciones de las partes.

En líneas generales, podemos decir que en el *derecho inglés* esos problemas no se debatieron porque se estudió la realidad contractual, distinguiendo el transporte realizado en buques de línea (*liners*) y documentado por conocimientos (*bill of lading*) y el efectuado en buques *tramps* (changadores) como consecuencia de contratos de locación o fletamento (*bare-boat charters* o *charters parties*).

Hoy día se conocen *figuras contractuales nuevas* que resultan de la combinación de las tradicionales: *time-charter* (fletamento a tiempo, con modalidades especiales), *voyage charter* (fletamento por viaje) y *liner terms* (transporte en buques de línea). A estas nuevas formas se las denomina *contracts of affreightment* (contratos de fletamento), con las siglas C.O.A., y han sido el resultado de la vinculación que tie-

nen las compraventas marítimas con los contratos para el transporte de las mercaderías⁴⁷.

También consideramos necesario, por la autoridad de la opinión, transcribir las expresiones del profesor Ignacio Arroyo, en lo que denomina *teoría general de los contratos de utilización del buque*. En este orden de ideas, el profesor de Barcelona afirma lo siguiente:

Las expresiones utilización o explotación del buque vienen siendo utilizadas indistintamente para designar el empleo del buque por el naviero. Esa utilización significa destinar el buque a fines o actividades distintos, todos ellos reconducibles, sin embargo, al fenómeno técnico de la navegación. El buque, objeto central del derecho marítimo, nace y vive para navegar. De ese principio elemental derivan consecuencias importantes; por ejemplo, el tratamiento especial del tiempo en el derecho marítimo, que conoce instituciones típicas como las estadías y sobrestadías. Cuestión distinta, aunque íntimamente relacionada con la anterior, es la finalidad o destino último de esa navegación, pues hablando en términos jurídicos, no es indiferente la calificación que merecen las distintas formas o modos de utilización, en función no solo del objeto, el buque, ni del sujeto, el naviero, sino de la finalidad de esa explotación. Esto ha dado lugar a la formulación de una teoría general en torno a los contratos de utilización del buque, que al margen de su contribución a la especialidad del derecho marítimo, ayuda a resolver cuestiones relevantes en torno a la naturaleza jurídica de los contratos, algo a lo que no es ajena la autonomía de algunas modalidades contractuales.

Para comprender en sus justos términos el alcance y significación de la teoría general de los contratos de utilización del buque conviene establecer tres consideraciones previas. La primera, que la realidad del tráfico marítimo demuestra que existe una pluralidad de contratos, aunque no tengan su equivalente en el derecho positivo. La segunda, que el

⁴⁷ Ray, José Domingo. Op. cit., pp. 155-156.

criterio doctrinal para distinguir y clasificarlos consiste en una escala o parámetro móvil y tiene en cuenta las obligaciones esenciales asumidas por las partes. La tercera, que las consecuencias son preferentemente de orden didáctico y expositivo, deben influir en la reforma del derecho positivo y despliegan sus efectos más inmediatos en el grado de analogía como instrumento de interpretación⁴⁸.

El libro III del Código de Comercio solo regula el contrato de fletamento por viaje, debido a que en el siglo XIX, época en que fueron elaborados los cuerpos normativos que sirvieron de inspiración a los legisladores de 1902, dicha modalidad contractual era la principal fuente generadora de obligaciones en el tráfico marítimo.

En ese orden de ideas, y apoyada en la doctrina más actualizada, la Subcomisión denomina contratos de utilización de buque —a los que un sector de la doctrina también denomina contratos de explotación de buque⁴⁹— a aquellos que tienen por objeto la explotación comercial de un buque. En sintonía con el hecho de que el buque es utilizado como medio o vehículo de transporte de carga y de pasajeros, reconoce principalmente, en lo que atañe al acarreo de mercancías, dos clases de contratos: el contrato de fletamento y el contrato de transporte marítimo de mercancías. Sin embargo, como se indicó antes, el Proyecto también trata lo relativo al contrato de remolque y al contrato de pasaje.

El Proyecto contempla normas que precisan conceptos tales como: puerto seguro, navegabilidad, desviación y mercancías comunes; que se aplican finalmente al universo de los contratos de utilización de buques. Es oportuno señalar también que en la actividad navegatoria, el armador, el fletante o el porteador se obligan a ejecutar determinadas prestaciones de cuya eficacia depende el éxito de la empresa. Una de ellas es el ejercicio de la debida diligencia, que consiste en actuar

⁴⁸ Arroyo, Ignacio. *Curso de derecho marítimo*. Op. cit., pp. 417-418.

⁴⁹ Véase: Sánchez Calero, Fernando. "Sobre la reforma de la legislación marítima (breve alusión al régimen proyectado de algunos contratos)". *La reforma de la legislación marítima*. Op. cit., p. 129.

con la diligencia ordinaria requerida por las circunstancias, para poner el buque en condiciones de navegabilidad y que asegure a la contraparte contractual que el vehículo tiene capacidad para trasladar la carga y para hacerse a la mar. Otra obligación fundamental, por intermedio del capitán y de la dotación del buque, es la de cuidar la carga durante el lapso que ésta se encuentre bajo su custodia, de acuerdo con lo que se haya estipulado en el respectivo contrato.

Los contratos de fletamento propiamente dichos, normalmente están recogidos en pólizas o formularios de fletamento (*charter parties*). Como se señaló, la Subcomisión ha tenido en consideración las pólizas existentes en el mercado, elaboradas por entidades como Bimco o Fonasba. Las pólizas tienen la naturaleza del contrato paritario —no del contrato pre-dispuesto— y tienen por objeto facilitar la contratación en un mercado dinámico, como es el de los fletamentos. Los *brokers* que intervienen en las negociaciones contractuales, aplican a plenitud el principio de libertad contractual y emplean los formularios como documentos básicos.

El contrato de transporte marítimo de mercancías usualmente se documenta en un conocimiento de embarque (*bill of lading*), y también en cartas de porte marítimo (*sea way bills*).

La legislación peruana, en lo que atañe al menos al tráfico internacional, distingue entre contratos de fletamento y contratos de transporte en régimen de conocimiento de embarque. Ello se manifiesta con la vigencia del libro III del Código de Comercio y con la ratificación del Convenio de Bruselas de 1924 (Reglas de La Haya). Esta distinción trae aparejada la aplicación de dos regímenes jurídicos diferentes, uno supletorio —libro III— y otro imperativo para las partes —Reglas de La Haya—.

5.6.1 Contrato de fletamento por viaje

La naturaleza jurídica del contrato de fletamento por viaje (*voyage charter*) es la de locación de servicios, y es el típico contrato utilizado en lo que en el Perú se conoce como "servicio irregular", es decir, sin itinerarios y sin frecuencias predeterminadas; o conocido también como tráfico *tramp*, expresión ésta que viene del inglés "vagabundo". Aparejada a esta modalidad contractual, es común encontrar el tráfico de carga general no contenedorizada, como, por ejemplo, la carga a granel.

Rafael Matilla Alegre señala:

... la Ley francesa define el fletamento por viaje como aquel contrato por virtud del cual el fletante pone a disposición del fletador un buque para llevar a efecto uno o varios viajes determinados (art. 5), y, en el mismo sentido, aunque sin referirse expresamente a la obligación de poner un buque a disposición del fletador, el Código de la Navegación, en el que se define como aquel contrato en el que el fletante, a cambio de un flete, se obliga a llevar a efecto uno o más viajes preestablecidos con un buque determinado (art. 384)⁹⁰.

En esta modalidad de contratos, el armador fletante asume la gestión náutica y comercial del buque, y se obliga a trasladar la carga de un puerto determinado, de donde es embarcada a otro puerto determinado, donde es descargada, a cambio de una contraprestación dineraria que se denomina flete.

El fletamento por viaje puede ser total o parcial. En el primer caso, el fletante pone a disposición del fletador todas las bodegas y espacios del buque susceptibles de recibir carga. En el fletamento parcial, el fletador solo dispone de determinados espacios del buque. Son por cuenta del fletante todos los gastos que genere la operación del buque; por ejemplo, el denominado "rancho de naves" —que incluye los combustibles— y los tributos que inciden sobre el buque. El fletador soporta los gastos y tributos relativos a la carga, y es usual que se comprometa a solventar los gastos del embarque y de la descarga.

En el contrato de fletamento por viaje y en todos los contratos de transporte, la obligación de entrega por parte del fletante es una obligación de resultado. En el formulario de fletamento, se consigna usualmente el plazo para llevar a cabo el embarque y la descarga, lo cual acarrea obligaciones que pueden originar responsabilidad por demora. Las pólizas contienen referencias al "tiempo de plancha" (*lay time* o estadía), a la "demora" (*demurrage*) y al premio por embarcar o desembarcar anticipándose al plazo previsto (*despatch money*). El Proyecto, al referirse a dichos institutos, busca una solución al cómputo

⁹⁰ Matilla Alegre, Rafael. *Contrato de utilización del buque. Lecciones*. Barcelona: Librería Bosch, 1988, p. 67.

del plazo que se da en ellos, lo que generalmente suscita una serie de efectos generadores de consecuencias jurídicas.

El tráfico marítimo es muy dinámico, y en la actualidad esa movilidad va en aumento como consecuencia de la presencia de buques de mayor capacidad, que cuentan con sistemas de propulsión y de gobierno más sofisticados. Desde la posición del fletante, éste siempre buscará que la estancia de su buque en el puerto sea lo más corta posible, ya que con ello su operación será más rentable; y desde la perspectiva del fletador ocurre algo similar, con mayor razón si su carga es susceptible de padecer la volatilidad de los mercados, como ocurre usualmente con los *commodities*.

5.6.2 Contrato de fletamento por tiempo

En los contratos de fletamento por tiempo⁵¹ (*time charter*), el fletante —junto con el capitán y la dotación— es responsable de la gestión náutica del buque, y el fletador lo es de la gestión comercial.

Sobre la naturaleza jurídica del fletamento por tiempo, la profesora María Isabel Martínez Jiménez sostiene que “la cuestión más controvertida que suscita el estudio de los contratos de explotación del buque es, sin duda, la calificación jurídica del fletamento por tiempo”⁵². Agrega la profesora española que “para un sector representativo, el ‘time charter’ no responde a una naturaleza jurídica unívoca; depende de las cláusulas contractuales que en unos casos pueden configurarlo como un contrato de fletamento, y en otros como un contrato de arrendamiento”⁵³. La citada profesora española, que ha estudiado el fletamento por tiempo con hondura, lo define como “el contrato por el cual el fletante se compromete a poner su buque en estado de navegabilidad a disposi-

⁵¹ Sobre el fletamento por tiempo, véase también: Arroyo, Ignacio. “El contrato de fletamento por tiempo en la teoría de los contratos de utilización de buques”. *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XVIII. Madrid, 2001.

⁵² Martínez, María Isabel. *Op. cit.*, p. 395.

⁵³ *Ibidem*, pp. 395-396.

ción del fletador, con el fin de cumplir los servicios de transporte que éste ordene durante el periodo que dure el contrato”⁵⁴.

En la práctica comercial del fletamento por tiempo, es usual que el fletador sea a su vez un armador que requiere, por presión del tráfico, incrementar temporalmente su flota. El fletador, entre otras obligaciones, asume los gastos vinculados con la operación del buque, tales como el “rancho de nave”, practicaje, remolque y derechos de puerto, y tiene la obligación de indemnizar al fletante como consecuencia de los daños que éste soporte por la gestión comercial.

5.6.3 Contrato de fletamento a casco desnudo

La naturaleza jurídica del contrato de fletamento o arrendamiento de buque a casco desnudo (*bareboat charter*) es la de un arrendamiento o locación de un bien (*locatio rei*). En estos contratos de utilización de buque, el propietario le cede el buque al fletador “sin nada encima”, es decir, sin la dotación, compuesta ésta por el capitán y la tripulación. El fletador contrata la dotación, pertrecha el buque y ejerce su gestión comercial y náutica.

El profesor Ray expresa con respecto al contrato de fletamento a casco desnudo, también denominado arrendamiento o locación de buque, que “es conocido como *cocque nue* en el derecho francés, *imbrago* en el derecho italiano y *bare-boat charter* (locación a casco desnudo) en el derecho inglés, escandinavo y en los formularios tradicionales”⁵⁵.

Una práctica que está recibiendo bastante aceptación en distintas legislaciones marítimas, consiste en inscribir —como se mencionó anteriormente— los contratos de arrendamiento a casco desnudo, suspendiendo la nacionalidad originaria del buque y otorgándole de manera provisional —durante la vigencia del contrato— la nacionali-

⁵⁴ *Ibidem*, p. 425.

⁵⁵ Ray, José Domingo. *Op. cit.*, p. 219.

dad que desee concederle el fletador o arrendatario⁵⁶. La inscripción de los contratos de arrendamiento o fletamento a casco desnudo se recoge, entre otras, en las legislaciones argentina y venezolana. Esa opción también es contemplada por la referida Convención de las Naciones Unidas sobre las condiciones de inscripción de buques, y también por el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, y por la Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional. Sobre esta práctica internacional, el profesor Ray señala: "el locatario puede incorporar el buque a la bandera nacional para gozar de privilegios como, por ejemplo, utilizar el buque para el transporte de cargas reservadas o en el cabotaje interno o fronterizo que en muchos estados está limitado a los buques de bandera nacional o a los buques de los estados fronterizos"⁵⁷.

El CMI ha prestado atención al desarrollo de los contratos de fletamento o arrendamiento a casco desnudo. Como recuerda el profesor Ray:

En el seminario sobre 'bareboat-charter parties' organizado por el C.M.I. en abril de 1989, en Knokke-Zoute (Bélgica), se analizaron las nuevas formas de locación que se han difundido en los últimos veinte años (...) Se trataron esquemáticamente los formularios 'Barecon' A y B, que dieron origen al 'Barecon' 1989⁵⁸.

5.6.4 Contratos de transporte marítimo de mercancías y de pasajeros

Con respecto al régimen de responsabilidad derivado de un contrato de transporte de mercancías⁵⁹ o de pasajeros, amparados en conoci-

⁵⁶ Sobre el registro de los contratos de fletamento o arrendamiento a casco desnudo, entre otros, véase: Pejovés, José Antonio. *Derecho marítimo...* Op. cit. Ensayos 6 y 15.

⁵⁷ Ray, José Domingo. Op. cit., p. 225.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 224.

⁵⁹ Sobre la responsabilidad en el transporte marítimo de mercancías, véase: Pejovés, José Antonio. "El sistema de responsabilidad aplicable al porteador en el transpor-

mientos de embarque, cartas de porte marítimo, boletos o documentos similares, que incorporen contratos por adhesión o contratos estándar, se han proyectado normas de carácter imperativo que en cierta medida buscan equilibrar la asimetría entre cargadores, pasajeros y porteadores. El Proyecto acaba con la dualidad de regímenes aplicables a una misma modalidad de transporte, según ésta se desarrolle en tráfico nacional —cabotaje— o en tráfico internacional.

a) Contrato de transporte marítimo de mercancías y régimen de responsabilidad

La parte del Proyecto relativa al transporte marítimo de mercancías, norma un servicio vital para el comercio nacional e internacional. El transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque (*bill of lading*), es equiparable a los servicios regulares o *liners* —que tienen itinerarios, rutas y frecuencias preestablecidos—, y moviliza importantes volúmenes de carga en contenedores⁶⁰.

En el caso concreto del transporte de mercancías, como se ha mencionado, se incorporarán las Reglas de Hamburgo. Como se sabe, el régimen de responsabilidad de estas Reglas es similar al adoptado por las decimonónicas Reglas de La Haya⁶¹, ambas se basan en la culpa o responsabilidad subjetiva. Las Reglas de Hamburgo, de forma lamentable, son injustificadamente satanizadas, ya que se les acusa de

te marítimo de mercancías y su tratamiento en el ordenamiento marítimo peruano". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XXIII. Madrid, 2006.

⁶⁰ Los contenedores trajeron una auténtica revolución, que impactó notablemente en el transporte marítimo de mercancías. La masificación de su uso ha cambiado el panorama de la siniestralidad de bienes, y ha generado cambios tecnológicos muy favorables al tráfico marítimo, y que van desde diseños de buques portacontenedores cada vez más gigantes, hasta cambios en las infraestructuras y equipamientos portuarios; todo ello ha generado economías de escala muy favorables al comercio de bienes.

⁶¹ Con relación al transporte marítimo de mercancías y las Reglas de La Haya-Visby, véase: Sánchez Calero, Fernando. *El contrato de transporte marítimo de mercancías, Reglas de La Haya-Visby*. Navarra: Aranzadi, 2000.

ser contrarias a los intereses armatoriales. Dicha posición lejana a la verdad no encuentra sustento. Chile es un claro ejemplo de cómo las Reglas de Hamburgo cohabitan con los armadores más eficientes de la región, quienes en sus buques finalmente transportan un alto porcentaje de la carga generada por el comercio exterior peruano. El hecho de que se haya suprimido la *falta o culpa náutica* como eximente de responsabilidad, responde, además de la presión justificada ejercida por los intereses de la carga —entre otras causas—, a una visión más cercana al sistema continental (*civil law*) que tienen las Reglas de Hamburgo a diferencia de las Reglas de La Haya.

Como bien señala el profesor José Domingo Ray:

... el tema de la responsabilidad del transportador es de fundamental importancia en el comercio exterior, porque el transporte se encuentra en el centro de las transacciones comerciales, principalmente de las internacionales, y de ahí que la mayor parte de la labor realizada para la armonización del derecho comercial ha girado alrededor de la formulación de convenciones internacionales sobre transporte marítimo, aéreo y terrestre⁶².

El régimen de responsabilidad adoptado en las convenciones internacionales sobre transporte marítimo de mercancías es el subjetivo, fundado en la culpa o negligencia, y tiene carácter imperativo, es decir, es inderogable para las partes. Como anota el profesor Ray:

Cabe recordar que cuando hablamos de responsabilidad subjetiva y objetiva o 'estricta' como sistemas contrapuestos, se quiere señalar que es responsabilidad subjetiva la fundada en la negligencia, y ob-

⁶² Ray, José Domingo. "Responsabilidad de los porteadores en las convenciones internacionales sobre conocimientos de embarque". Texto de la conferencia pronunciada por el profesor Ray en la Universidad de Lima, en octubre de 1993, y publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el Anticipo de *Anales*, segunda época, año XXXVIII, número 31, Buenos Aires, 1994, p. 7.

jetiva la que se funda en el riesgo y en la obligación de indemnizar, cuando se prueba la relación de causalidad entre el hecho y el daño, prescindiendo de toda idea de culpa⁶³.

En el transporte marítimo de mercancías, la responsabilidad del porteador es contractual, pues radica en un acuerdo de voluntades entre aquél y el dueño de la carga, y deriva del hecho de que el porteador no ejecute el contrato de transporte marítimo, o, de ejecutarlo, su prestación sea mal hecha. Al respecto, González-Lebrero sostiene:

... la responsabilidad no puede ser sino contractual, y significa, en el orden práctico, que el transportista responde de los hechos resultantes de ese incumplimiento frente al cargador o destinatario, a quienes basta probar el contrato y el daño sobrevenido a sus bienes para hacerse indemnizar, con exclusión de toda consideración relativa a las causas de la inexecución. A su vez, el transportista debe probar, para eludir toda responsabilidad, que ha obrado sin culpa, es decir que su acción, aparentemente violatoria del contrato, se ha debido a causas extrañas que no se le pueden imputar⁶⁴.

Como lo indica el profesor Fernando Sánchez Calero:

... las Reglas de La Haya se redactaron en 1921, con la preocupación de elaborar un conocimiento de embarque-tipo, que sirviera para fijar un mínimo de protección a los cargadores. De ahí que se transcribieran en esas Reglas las cláusulas usuales de los conocimientos de entonces, eliminando aquellas que se estimaban inadecuadas. Las Reglas de Hamburgo, aun cuando siguen adoleciendo de un cierto casulismo, han mejorado extraordinariamente en su estilo con relación a las de La Haya. Si la redacción de éstas fue una obra de prác-

⁶³ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁶⁴ González Lebrero, Rodolfo. *Op. cit.*, pp. 437-438.

ticos, la de las de Hamburgo ha sido una labor de juristas, mucho más depurada y perfecta⁶⁵.

Como se ha mencionado, las Reglas de Hamburgo son más equilibradas, en cuanto a los intereses de los armadores y de los cargadores; es un conjunto de normas moderno, elaborado con mejor técnica y cuya aplicación práctica no distorsiona el mercado, pues no influye a favor de ningún interés y solo cuida de racionalizar las transacciones entre cargadores y armadores.

El profesor Georges Ripert, con relación a las Reglas de La Haya, afirma:

... estas reglas, redactadas en inglés, se presentan como una especie de conocimiento tipo; contienen todas las cláusulas del contrato de transporte y comprenden, lo que es muy curioso, reglas sobre el ejercicio de la acción de responsabilidad, aunque el ejercicio de la acción no pueda depender evidentemente de la voluntad de las partes. Lo más sorprendente es que estas reglas convencionales agregaban que, fuera de las cláusulas expresamente permitidas por ellas, todas las demás cláusulas eran afectadas de nulidad (...) Las reglas de La Haya están redactadas, según la técnica inglesa, en artículos muy largos, divididos en párrafos y en letras del alfabeto, lo que hace incómodas las citas. Además, los mismos ingleses confesaron que, redactadas por hombres prácticos, estas reglas no son impecables desde el punto de vista jurídico⁶⁶.

En la conferencia anual del CMI, celebrada en Singapur en febrero del 2001, se trató el tema del régimen de responsabilidad en el transporte de mercancías. En nuestra opinión, sumar un nuevo régimen de

⁶⁵ Sánchez Calero, Fernando. *Las Reglas de Hamburgo sobre el contrato de transporte marítimo de mercancías, una valoración crítica*. Barcelona: Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1981, p. 23.

⁶⁶ Ripert, Georges. *Derecho marítimo* (Traducción de Pedro G. San Martín). Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 276.

responsabilidad —por lo menos sería el quinto— atentaría contra la pretendida uniformidad del derecho marítimo en el plano multilateral, y asimismo un nuevo estatuto contribuiría a sembrar más incertidumbres en el tráfico marítimo, con el consiguiente perjuicio de la seguridad jurídica. Uncitral ya aprobó el Proyecto de Convenio sobre Transporte (total o parcialmente marítimo) de Mercancías⁶⁷, basado en un borrador que le entregó el CMI; sin embargo, ello no significa *a priori* una derogación de las Reglas de Hamburgo. El proceso de formación y aprobación de un convenio internacional además es largo y complejo. Lo sensato ahora que estamos reformando el derecho marítimo peruano, es acabar con el *statu quo* vigente, mediante la adopción de las Reglas de Hamburgo; no hacerlo sería quedarnos anquilosados en las Reglas de La Haya, que, como se ha mencionado, son poco técnicas, distantes de nuestro sistema jurídico, desequilibradas y anacrónicas.

De acuerdo con lo dicho antes, es oportuno resaltar la superioridad en técnica legislativa de las Reglas de Hamburgo frente a las Reglas de La Haya, lo cual es aseverado por la doctrina maritimista más autorizada, y que básicamente se manifiesta por el hecho de que las Reglas de Hamburgo fueron elaboradas por abogados maritimistas conocedores de la materia, cuya ausencia fue por demás notoria en la redacción de las Reglas de La Haya.

Un dato relevante es el referido a la cercanía que tienen las Reglas de Hamburgo con el sistema romano-germánico, al cual está adscrito nuestro sistema jurídico. Este dato es importante para entender que naturalmente la aplicación de las Reglas de Hamburgo hará más eficiente la solución de controversias derivadas de la imputación de responsabilidad en el transporte marítimo, pues la sistemática latina adoptada por dichas Reglas se presta mejor al encuentro de soluciones equitativas y comprensibles, sobre todo cuando interviene el Poder Judicial, que todavía no cuenta con jueces especializados en derecho marítimo.

⁶⁷ Véase el pie de página 7.

El que las Reglas de Hamburgo contribuyan a una distribución más equilibrada de los riesgos entre el propietario de la carga y el porteador, es trascendente, sobre todo en un país como el Perú, que es eminentemente cargador. Esa trascendencia se traduce fundamentalmente en quebrar el *statu quo* que significa mantener inequidades en cuanto a la distribución de los riesgos generados por el transporte marítimo. El profesor Ray, con acierto, ha dicho que:

En la consideración del tema de la responsabilidad del transportador, debemos tener muy presentes los intereses económicos y, en especial, los de nuestros países, que son cargadores, es decir, exportadores e importadores de mercaderías, pero también con una loable pretensión de desarrollar sus flotas mercantes⁶⁸.

b) Contrato de transporte marítimo de pasajeros

La parte sobre el contrato de transporte marítimo de pasajeros, contenida en el Proyecto, recoge, como se dijo, las estipulaciones sobre la materia inmersas en la Convención de Atenas, relativa al transporte de pasajeros y equipaje por mar (PAL: Atenas, 1974) y su Protocolo (Londres, 1990)⁶⁹.

Cabe anotar que en el Perú no se ha desarrollado una industria del transporte de pasajeros como la existente en América del Norte o en Europa. El transporte de pasajeros en nuestro país tiene cierto dinamismo en el oriente, concretamente en los ríos de la Hoya Amazónica⁷⁰; sin em-

⁶⁸ Ray, José Domingo. "Distintos enfoques sobre la responsabilidad en el derecho". Anticipo de *Anales*, segunda época, año XL, número 33. Buenos Aires: 1996, pp. 25-26.

⁶⁹ En la revisión del Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo, sería oportuno que se introduzcan las enmiendas contenidas en el Protocolo del 2002 de la Convención de Atenas, relativas al transporte de pasajeros y equipaje por mar.

⁷⁰ Es pertinente precisar que el transporte fluvial en el Perú cuenta con una normativa especial.

bargo, la Subcomisión entendió que era pertinente normar dicha actividad en el Proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

5.7 Riesgos de la navegación

La sección cuarta del Proyecto está dedicada a los riesgos de la navegación, y en ella están reguladas las averías generales y particulares, los abordajes, y la asistencia y salvamento. Asimismo, se han incorporado las reglas y convenios atinentes a tales institutos, los cuales ya han sido mencionados.

5.7.1 Averías generales y particulares

El Proyecto define la avería general o común como la pérdida causada por un acto de avería general. Y constituye un acto de avería general el sacrificio o el gasto extraordinario, voluntario y razonablemente efectuado en un momento de peligro, a fin de preservar la propiedad amenazada en la aventura común. Por avería particular o simple, el Proyecto se refiere a aquella avería que no constituya avería general o común. Y la define como la pérdida parcial o el daño que sufra el bien asegurado como consecuencia de un riesgo cubierto por la póliza.

Como se señaló, en lo relativo a la avería general o común, la Subcomisión se remitió a las Reglas de York-Amberes en su versión revisada de 1994 —aunque, como se indicó, se recomienda que en la revisión del Proyecto se incluya la versión de 2004—, en atención a una práctica comercial marítima internacionalmente reconocida, que acude a dichas Reglas, las cuales son revisadas cada cierto tiempo por el CML.

En esta parte resulta oportuno transcribir una cita del profesor Arroyo, referida a la avería general o común, en la cual menciona:

El origen de la avería común está unido al origen del derecho marítimo. Se trata, en efecto, de una de las instituciones más antiguas que han pasado a los textos vigentes, conservando lo esencial o más característico de la disciplina. Es pacífico mencionar que los griegos conocieron ciertos casos de avería gruesa y los romanos incorporan al Digesto, en la llamada *Lex Rhodia de jactum* (Libro XIV. Título II), el supuesto clásico de la echazón o acto voluntario del capitán que arroja mercancías al mar para salvar el buque. La noción fundamental no ha cambiado a lo largo de una historia milenaria: reparto entre todos los interesados en una aventura marítima común del coste

económico de los daños o gastos que sufre uno de ellos. En el derecho marítimo medieval la idea de la contribución asociativa descansa en una base contractual. El libro del Consulado de Mar conoce el contrato de hermanamiento (*agermanement*) en el que los interesados en la expedición común acuerdan, antes de zarpar, contribuir a los gastos o daños exigidos por el éxito del viaje. Eso permite ampliar la primitiva echazón a los demás casos aceptados contractualmente. Pero el reconocimiento legal y la regulación completa de la avería gruesa tiene lugar en las Ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737, que como en otras instituciones marítimas, sirven para la redacción de nuestros códigos posteriores⁷¹.

5.7.2 Abordajes

Lo concerniente a la institución del abordaje se ha tratado en el Proyecto mediante la adopción de las normas contenidas en la Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas de derecho relativas al abordaje de buques (Bruselas, 1910), sistema de reparación de daños distinto y más equilibrado que el adoptado por el libro III del Código de Comercio de 1902 y por los códigos de comercio descendientes del Código de Napoleón.

El Perú no es parte de la Convención de 1910, que tiene un tratamiento más justo en cuanto a la obligación que tiene cada armador de soportar los daños acaecidos por el choque de los buques objeto del abordaje.

Sostiene Ripert que "la palabra 'abordaje' indica por su etimología que se trata del encuentro de dos embarcaciones cuyas bordas se chocan; es el choque material de dos buques. En Inglaterra se dice: colisión en mar (*collision at sea*)"⁷². Es así que se produce un abordaje cuando chocan buques, y hay colisión cuando un buque choca con un objeto fijo.

⁷¹ Arroyo, Ignacio. *Curso de derecho marítimo*. Op. cit., p. 675.

⁷² Ripert, Georges. Op. cit., p. 310.

5.7.3 Asistencia y salvamento

La parte del Proyecto relativa a la asistencia y salvamento recoge fundamentalmente las normas de la Convención Internacional sobre Salvamento Marítimo (Londres, 1989). Respecto al origen de la asistencia marítima a buques, Vicente Solé de Sojo lo atribuye al derecho canónico, así recuerda que "en el siglo XVI, un Pontífice S. S. Pío V, en su bula 'Cum nobis' ordenó a navegantes y pescadores la prestación de auxilio a los buques en peligro"⁷³.

El Proyecto define como operación de asistencia y salvamento "todo acto o actividad emprendida para ayudar a un buque o a cualquier otro bien que se encuentre en peligro, en aguas navegables o en cualquier otro tipo de aguas". La asistencia y el salvamento son dos institutos del derecho marítimo, estrechamente vinculados y denotadamente humanistas, que históricamente han sido regulados de manera conjunta. Prueba de ello resulta la adopción de la Convención de Bruselas de 1910.

Señala Luis Beltrán Montiel, respecto de dichas instituciones, que:

... aun cuando entre una y otra figura pueden trazarse algunas distinciones, desde el punto de vista jurídico no median diferencias sustanciales. En la práctica, por otra parte, pueden darse muchas situaciones frente a las cuales resultaría sumamente difícil, a la vez que bizantino, determinar si se trata de una asistencia o de un salvamento, máxime cuando sus efectos jurídicos, de conformidad con el sistema legal adoptado, son idénticos. Indudablemente, puede intentarse caracterizar, teóricamente, uno y otro instituto. En efecto, puede auxiliarse a un buque que, aun encontrándose en grave peligro, está, sin embargo, en condiciones de navegar y maniobrar necesitando, por tanto, sólo de *asistencia*. En cambio, si el auxilio recae sobre un buque que ha perdido toda posibilidad de maniobra, su objeto será salvarlo conjuntamente con las personas y cosas que se encuentran a bordo. La asistencia, en otros términos, supone el auxilio prestado con la finalidad de evitar un eventual siniestro. El sal-

⁷³ Solé de Sojo, Vicente. Op. cit., p. 9.

vamento, en cambio, supone el auxilio brindado con el propósito de conjurar, evitar o disminuir las consecuencias de un siniestro ya producido⁷⁴.

5.8 Seguros marítimos

El Proyecto dedica la sección quinta a los seguros marítimos⁷⁵, instituto tan arraigado al derecho marítimo y del que derivaron los seguros terrestres. Georges Ripert manifiesta que:

... el seguro tiene una importancia considerable en derecho marítimo. Muy a menudo una regla propia de ese derecho no se explica sino porque todos los interesados están asegurados. Se puede decir, en efecto, que prácticamente ningún navegante y ninguna mercancía es despachada sin que los riesgos no estén cubiertos por el seguro⁷⁶.

Y agrega:

... este contrato nació en la Edad Media, probablemente en el siglo XIV, tal vez recién en el siglo XV, por la separación de una cláusula usual del contrato en que ella estaba insertada, convirtiéndose esta cláusula en estipulación principal mientras que hasta entonces era accesoria. La primera idea fue la de hacer un préstamo o una venta, poniendo como condición la buena llegada del navío (*sana eunte navi*)⁷⁷.

⁷⁴ Beltrán Montiel, Luis. *Curso de derecho de la navegación*. Buenos Aires: Astrea, 1988, pp. 411-412.

⁷⁵ Sobre seguros marítimos, además de la doctrina que trata el derecho marítimo comercial en su integridad, véase, entre otros: Rodríguez Carrión, José Luis. *Estudios de seguro marítimo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1992; Radovich, Jorge. *Curso de seguros en el comercio exterior*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999; Soto Abeledo, Javier. "Las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres". *Anuario de Derecho Marítimo*. Volumen XVIII. Madrid, 2001; Zapata Martínez, Jorge. "Deber de declarar el estado del riesgo en los seguros marítimos". *Estudios de derecho marítimo en homenaje al doctor José Domingo Ray*. Op. cit.

⁷⁶ Ripert, Georges. Op. cit., p. 375.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 375.

En la línea de la importancia de los seguros en el sector marítimo, los profesores José Luis Gabaldón García y José María Ruiz Soroa anotan:

... la trascendencia del seguro en el campo marítimo deriva, en primer lugar, de su misma necesidad. No es concebible en términos económicos una actividad naviera o de comercio marítimo que no cuente con el respaldo del seguro. Los riesgos de daño, pérdida o responsabilidad conexos a la navegación marítima son tan acentuados que exigen ineludiblemente el recurso generalizado al seguro como medio de garantizar la supervivencia de los patrimonios implicados en ella. En ese sentido, el seguro opera en la actualidad una función de reparto de riesgos entre la colectividad sobre las bases de la técnica actuarial, reparto que es base indispensable de la actividad navegatoria⁷⁸.

La parte del Proyecto referente a los seguros marítimos tiene como característica la naturaleza eminentemente dispositiva de su regulación. La presencia de nuevos riesgos en la actividad marítima, sumada al valor económico de los siniestros, ha sido referencia puntual, considerada al momento de desarrollar el articulado.

Como se ha señalado, las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres para carga (*Institute cargo clauses*), de 1982, y para cascos marítimos (*Institute hull clauses*), de 1995, han servido de fuentes principales en la elaboración del Proyecto. En la actualidad rigen las normas sobre seguros contenidas en el libro III del Código de Comercio, que se aplican supletoriamente a la voluntad de los contratantes.

Es habitual, tal como ocurre en todas las plazas, que el contrato se documente en una póliza impresa. Y también, al ser una práctica empresarial marítima aceptada, en las pólizas se incorporan las cláusulas inglesas antes citadas como condiciones particulares.

La comisión especial encargada de elaborar el Proyecto del Código de Comercio, elaboró, junto con los proyectos del Código Marítimo y de Ley General de la Empresa, el Proyecto de Ley del Contrato de Se-

⁷⁸ Gabaldón García, José Luis y José María Ruiz Soroa. *Manual de derecho de la navegación marítima*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 854.

guero, que tras una prolongada revisión también espera ser aprobado por el Congreso de la República, con lo cual dicho cuerpo normativo se aplicaría como un marco general.

Como ha sido referido, el Proyecto persigue normar con carácter supletorio casi en su totalidad, institutos propios de la "gran institución" que constituye el seguro marítimo. Así tenemos que trata lo concerniente al contrato de seguro, al interés asegurable, al valor asegurable, a las declaraciones del tomador para la estimación del riesgo, a la póliza —sus clases—, al deber de no incrementar la magnitud del riesgo, a las garantías, a la prima, a los riesgos cubiertos por el seguro, a las pérdidas totales, a las pérdidas parciales, a la indemnización, a los derechos y obligaciones derivados del siniestro, y a las disposiciones especiales para ciertos tipos de seguro: buques, carga, flete y responsabilidad.

Conviene tener presente lo sostenido por Juan Monfort Belenguer, cuando señala:

... si el seguro ha nacido en el mar, concretamente en el mar Mediterráneo, en ese luminoso *Mare Nostrum*, que siempre tuvo el singular privilegio de servir de bello marco a los grandes hechos y a las grandes inspiraciones, y en el mar se formó y alcanzó grados de desarrollo francamente admirables, es natural que sea exactamente el clima marino el que siga ejerciendo un poderoso influjo sobre el seguro marítimo, circunstancia que se impone tener muy presente al enfrentarnos con toda cuestión relativa al seguro marítimo, si no se quiere incurrir en posibles desvíos, desorientaciones y hasta incomprendiones, que, de otro modo, tan fácilmente pueden ser evitadas⁷⁹.

5.9 Aspectos procesales

Por último, el Proyecto contiene dos secciones procesales importantes: una que regula las prescripciones, en la que se ha cuidado de sentar

⁷⁹ Monfort Belenguer, Juan. *Aspectos de la cobertura de los riesgos en el seguro marítimo*. Barcelona: Comité de Derecho Marítimo de Barcelona, 1959, p. 7.

plazos especiales para el inicio de las acciones que derivan de la actividad comercial y navegatoria marítima, y otra que regula los procedimientos especiales del comercio marítimo.

5.9.1 Las prescripciones

El Proyecto recoge una parte referida a las prescripciones —sección sexta—, la que regula fundamentalmente, con mejor claridad para su aplicación, los plazos de prescripción relativos a las relaciones jurídicas vinculadas con la navegación y el comercio marítimo.

Sin abordar de lleno la precisión —con base en el otorgamiento de plazos más razonables— con que se han tratado todos los plazos de prescripción en el Proyecto, labor en que la Subcomisión cuidó de contrastar la aplicabilidad de las normas del Código de Comercio con la realidad, solo nos limitaremos a mencionar en este ensayo el tratamiento dado a la prescripción de las acciones relativas al cobro de la contribución por avería general o común.

En esa línea, y por poner un ejemplo, el Proyecto aclara lo estipulado en el artículo 962º del Código de Comercio. Como se indicó antes, el instituto de la avería general se encuentra recogido en las Reglas de York-Amberes, las que se aplican de acuerdo con una práctica generalizada en el comercio marítimo. Asimismo, en la avería general se utilizan el bono de avería (*Lloyd's average bond*), que el interesado deberá suscribir para recibir su carga de manos del armador, y la garantía (*Lloyd's average guarantee*), que la compañía de seguros que aseguró la carga deberá emitir, de acuerdo con la cual el titular de la carga y su asegurador se obligan a honrar el pago de la contribución que aplique el ajustador marítimo al practicar la liquidación respectiva. Este proceso es complicado, sobre todo si se presentan distintos titulares de la carga esparcidos por diversas partes del mundo, lo que puede demandar un tiempo excesivamente dilatado. En virtud de ello, en algunos casos los aseguradores se han apoyado en el transcurso de más de seis meses para beneficiarse de la prescripción. El Proyecto soluciona dicho *impasse*, surgido por la existencia de un plazo legal relativamente corto —de seis meses—, al ampliarlo por un plazo razonable de un año.

5.9.2 Los procedimientos especiales del comercio marítimo

La sección séptima del Proyecto está referida a los procedimientos especiales en el comercio marítimo. En las normas generales de esta

parte, se ha regulado la competencia de los tribunales nacionales ordinarios y de los tribunales arbitrales en materia marítima.

Dada la especialidad del derecho marítimo, el Proyecto establece como regla general que el conocimiento de toda controversia derivada de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio o la navegación marítimos, sea sometida a arbitraje. También establece que, salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la Ley General de Arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo.

Frente a la regla de acudir a la vía arbitral para solucionar las controversias marítimas, el Proyecto contempla una serie de excepciones, en las que las partes pueden optar por acudir al fuero común. Así tenemos, por ejemplo, cuando las partes expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción nacional ordinaria y cuando la cuantía del proceso no exceda de 600 unidades de referencia procesal (URP), el demandante podrá optar por recurrir a la jurisdicción arbitral o a la ordinaria. En la parte especial se regulan los procedimientos sobre ejecución forzada de la hipoteca naval, inspecciones, arresto de buques, limitación de responsabilidad, cobro de flete, gastos por cuenta de la carga, contribución en avería general y retribución por salvamento.

6. A modo de conclusión

Es un dato conocido el evidente desplazamiento en la importancia económica de las cuencas oceánicas. La trascendencia en las transacciones económicas que tuvo en su momento el Mediterráneo, se trasladó posteriormente al Atlántico, y tras abordar el siglo XXI todo indica que el Pacífico y toda su cuenca se presentan como el corredor que liderará en el mundo el tráfico comercial marítimo.

En la Cuenca del Pacífico, el Perú tiene como principal ventaja competitiva su posición estratégica, al encontrarse ubicado en el centro del corredor del Pacífico Sur. Si conducimos bien la atracción de inversiones para modernizar nuestra infraestructura portuaria, podremos convertir nuestros puertos en *hubs* especializados que transborden y distribuyan la carga —de todo tipo— generada por el comercio exterior de nuestros socios andinos y mercosureños.

Otra ventaja competitiva en el Pacífico se presenta por nuestra membresía plena en el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico

(APEC), que nos acerca y vincula con las principales economías del mundo. Este acercamiento e interrelación comercial se constata este año 2008 en que el Perú ha sido un feliz anfitrión de las reuniones convocadas por dicho Foro.

A lo anterior hay que agregar otras ventajas, como la entrada en vigor del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, mejor conocido como TLC con Estados Unidos, que probablemente se dé en los primeros meses del 2009; los acuerdos comerciales que se han celebrado —con Canadá, por ejemplo— o que están en proceso de negociación —por citar algunos, con China, Corea del Sur, Japón y la Unión Europea—; más los acuerdos de complementación económica (ACE), como el que se encuentra vigente con el Mercado Común del Sur (Mercosur)⁸⁰ y el que se ha celebrado con Chile.

Como se puede apreciar, nuestra ubicación estratégica —que la geopolítica ha estudiado a profundidad— y nuestros acuerdos comerciales —los que se encuentran en vigor y los que se están negociando— tornan necesario que contemos con un derecho positivo marítimo moderno, que nos acompañe a enfrentar los grandes desafíos del presente siglo. En este sentido, todos los sectores vinculados con la actividad marítima (el Estado, la Academia, los armadores y usuarios) deberían hacer la sinergia necesaria para poder contar con un código marítimo de vanguardia, pues los intereses del país en cuanto a tener presencia en los océanos así lo demandan.

No podemos pretender hacer buenos negocios internacionales y contar con una infraestructura portuaria moderna, con el mantenimiento de un derecho marítimo desfasado y anacrónico, y en esa línea resulta necesario modernizar nuestro ordenamiento marítimo mediante la aprobación de la Ley General de Navegación y Comercio Marítimo.

⁸⁰ En esta línea, no hay que perder de vista la convergencia entre la CAN y el Mercosur, Chile, Guyana y Suriname, que ha generado la constitución de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur).