

# *El contrato de fletamento en el Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima: ¿Un derecho de aplicación marginal en la práctica marítima?*

CARLOS SALINAS ADELANTADO\*

*Prof. Titular de Derecho mercantil*

*Universidad de Valencia*

*Abogado*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONTRATO DE FLETAMENTO Y CLÁUSULAS DE SUMISIÓN A FORO Y A LEY APLICABLE: LA DA 10ª ALNM. 1. La Interpretación de la norma. 2. Sus deficiencias técnicas y sustantivas. III. CONTRATO DE FLETAMENTO Y FORMULARIOS MARÍTIMOS. IV. CONTRATO DE FLETAMENTO Y REGLAS DE LA HAYA-VISBY. V. CONTRATO DE FLETAMENTO Y REGLAS DE ROTTERDAM.

## I. INTRODUCCIÓN

Recientemente el Ministerio de Justicia ha reactivado la tramitación del Anteproyecto de Ley de Navegación<sup>1</sup>. Se trata de una gran obra legislativa, tanto en extensión como en profundidad que, sin duda, va a suponer una más que necesaria modernización del Derecho marítimo español.

Sin embargo, la realidad es que *muchas partes del ALNM van a tener una aplicación muy marginal en la práctica*. La generalizada existencia de cláusulas

---

\* Quiero manifestar públicamente mi admiración y agradecimiento a mi maestro, el Prof. Vicent por su ejemplo, no sólo de buen universitario y abogado sino, sobre todo, de hombre bueno, honesto y trabajador. Y por habernos transmitido que el esfuerzo personal, la rectitud y la seriedad en el trabajo es la senda a seguir, y que siempre tienen su recompensa. Gracias por su magisterio. Este estudio es una versión reducida de uno más extenso que actualmente está en proceso de elaboración.

<sup>1</sup> Utilizamos para este artículo la versión de 29 de octubre de 2012, aunque sabemos que la DA 10ª está siendo objeto de una importante discusión que podría someterla a cambios. Sobre versiones anteriores de este Anteproyecto, con carácter general, y sin ánimo exhaustivo, vid. EMPARANZA SOBEJANO, A./ MARTÍN OSANTE, J. M. (coord.), *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Gobierno Vasco, Victoria-Gasteiz, 2006.

las de sumisión a ley y foro distintos del español, los Tratados Internacionales que son de aplicación preferente al Proyecto<sup>2</sup> y el extendido uso de formularios de una gran aceptación internacional<sup>3</sup> determinan que *la utilidad de muchas partes del ALNM vaya a ser más didáctica que normativa. Con ello en modo alguno queremos decir que el ALNM no sea ni necesario ni útil. Es importante modernizar el Derecho marítimo español, y lo es que se haga con carácter general y sistemático, pero también es cierto que debemos encuadrar y reconocer el ámbito real de aplicación que van a tener muchas de sus normas.*

El ejemplo quizás más claro de lo que decimos son las normas que para el contrato de fletamento contiene el Capítulo II del Título IV del ALNM. Nada más y nada menos que 70 artículos, con opciones doctrinales audaces como la unificación de todos los contratos de fletamento por viaje, tiempo, volumen y transporte de mercancías, bajo el supraconcepto “fletamento”; la opción por entender que siempre el fletamento es transporte; muchas y valiosas adiciones del mundo de los formularios... pero cuya aplicación práctica va a ser en muchos casos muy reducida<sup>4</sup>.

No obstante, y reconociendo esta realidad, *la tesis que defendemos en este trabajo es que la protección de la nueva Lex Mercatoria o el fomento del Comercio Internacional no pueden servir de excusa para defender interpretaciones interesadamente restrictivas del ámbito de aplicación real del Derecho marítimo español más allá de lo que legalmente le corresponda.* Y es que en los últimos años hemos asistido a una “evolución pendular” desde posiciones muy cercanas al imperialismo jurisdiccional; hacia una, en nuestra opinión, “indiscriminada

<sup>2</sup> Como reconoce el propio art. 2.1. ALNM. Esta norma ha sufrido un importante cambio en las últimas versiones del ALNM, donde se pretendía establecer un sistema de fuentes específico para el Derecho marítimo que ahora ya no aparece. Para ver la versión anterior vid. EIZAGUIRRE, J. M. “Las fuentes del Derecho marítimo proyectado (Título Preliminar. Disposiciones generales), en EMPARANZA/MARTÍN OSANTE, *Estudio sistemático...*, cit. p. 32 ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. “Las fuentes del Derecho marítimo”, en GARCÍA PITA Y LASTRES, J. L. (coord.), *Estudios de Derecho Marítimo*, Madrid, 2012, pp. 37 ss..

<sup>3</sup> Por citar algunos ejemplos: Formularios BIMCO en contratos marítimos; cláusulas ICC e IHC (en Derecho de seguros); Reglas de York y Amberes (YAR) (en avería gruesa); INCOTERMS (en compraventa); UCP 600 (en créditos documentarios).

<sup>4</sup> Entre otros, sobre esta materia, se puede consultar: RECALDE CASTELLS, A. “Los contratos de utilización del buque”, en EMPARANZA/MARTÍN OSANTE. cit. p. 253 ss.; EMPARANZA, A. “El contenido del contrato de fletamento”, *op. ult. cit.* pp. 325 ss.; MARTÍNEZ SANZ, F. “La responsabilidad del porteador marítimo”, *op. ult. cit.* pp. 355 ss.

huida” del Derecho marítimo español<sup>5</sup>. Por lo que procede, en nuestra opinión, la corrección de algunos excesos.

## II. CONTRATO DE FLETAMENTO Y CLÁUSULAS DE SUMISIÓN A FORO Y A LEY APLICABLE: LA DA 10ª ALNM

Sin duda alguna, esta corrección debe de empezar por la materia que determina una mayor exclusión del Derecho Marítimo Español en la práctica, que son las cláusulas expresas de sumisión a jurisdicción y ley aplicable. Y es que, como sabemos por experiencia, casi el 100% de los contratos de fletamento en la práctica marítima incluyen “*Law and Jurisdiction Clauses*”. Cláusulas que, en contratos de fletamento por viaje, tiempo y volumen, casi nunca señalan como aplicable el Derecho español y la Jurisdicción española<sup>6</sup>. Mientras que, en los contratos de mercancías determinadas, sólo suelen contener la aplicación del Derecho español y Jurisdicción española los conocimientos de embarque “House” emitidos por los transitarios españoles<sup>7</sup>; y casi nunca los “Master” de Línea Regular, ni mucho menos en los

<sup>5</sup> Coincide con esta idea, hablando de las cláusulas de sumisión a arbitraje, ESPINOSA CALABUIG, R. “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los “usos” del tráfico comercial internacional”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, pp. 20-21.

<sup>6</sup> Lo normal es la sumisión a Ley y Jurisdicción o Arbitraje en Londres o Ley de USA y Jurisdicción o Arbitraje de Nueva York. Aunque en Asia se están desarrollando otras sedes alternativas como Hong Kong o Singapur. Véase, como un buen ejemplo, BIMCO Standard Dispute Resolution Clause 2013, que incluye ya la posibilidad de arbitraje en Singapur. [www.bimco.org/en/News/2012/12/21\\_Revised\\_Law\\_and\\_Arbitration.aspx](http://www.bimco.org/en/News/2012/12/21_Revised_Law_and_Arbitration.aspx).

<sup>7</sup> Normalmente los transitarios cuando intermedian un transporte marítimo, contratan con el naviero el transporte, emitiéndose el correspondiente “master bill of lading” en el que el transitario aparece como cargador o destinatario y el naviero como porteador. Pero, además, emite un conocimiento “house” para el mismo viaje pero en el que el porteador es el transitario y el cliente es cargador o destinatario. Ello se debe, básicamente, a razones comerciales, tanto por el temor del transitario a que el naviero pueda conocer sus clientes finales y pueda intentar captarlos para sí (ya que cada vez más los consignatarios tienen funciones directas de captación de carga); y también por el deseo de mantener opaco frente al cliente final el precio al que ha conseguido el flete marítimo del “master bill of lading”, en relación con el flete que efectivamente carga a su cliente final (normalmente bastante superior).

“short form”<sup>8</sup> emitidos en los tráficos *tramp*. Es decir, en las líneas regulares hay un ámbito mayor de aplicación para el Derecho español, pero sin duda todavía muy minoritario.

Por ello, no podemos sino aplaudir que la DA 10ª ALNM haya tratado esta cuestión cuando dice: “*Cláusulas de Jurisdicción y Arbitraje: Sin perjuicio de lo previsto en los Convenios internacionales vigentes en España y las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o a arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y expresamente*”. La inserción de una cláusula de jurisdicción en el condicionado impreso en un conocimiento de embarque no evidencia, por sí sola, la realidad de un acuerdo concertado entre el naviero emisor del conocimiento y el titular de la carga contratante del transporte a fin de determinar la jurisdicción competente para conocer de los litigios que pudieran surgir en relación con el transporte documentado en dicho título.

### 1. La interpretación de la norma

Transponiendo esta norma a la práctica marítima, lo primero que parece claro es que su ámbito de aplicación más importante van a ser los contratos de pasaje, que no son objeto de este estudio y cuentan con importantes peculiaridades<sup>9</sup>, y los transportes documentados en conocimientos de embarque o documentos similares, donde sólo aparece la firma del porteador, y el contrato son unas condiciones generales que el porteador impone al cargador y posteriores tenedores del documento. El resto de los contratos de utilización de buque o auxiliares, o suelen<sup>10</sup> ser objeto de negociación individualizada (arrendamien-

<sup>8</sup> Se llaman conocimientos cortos porque el contenido del contrato se completa *per relationem* remitiéndose al fletamento por viaje del que el conocimiento trae causa. Los *long form* o *liner bill of lading* son los utilizados en los tráficos regulares y, a diferencia de los *short form* cuyo reverso casi no contiene información, tienen un reverso donde aparecen unas extensas condiciones generales del contrato de transporte marítimo.

<sup>9</sup> Tanto por ser los pasajeros normalmente consumidores (cfr. art. 17 Bruselas I); como por la influencia del REGLAMENTO (CE) No 392/2009 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de abril de 2009 sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. Como una primerísima aproximación sin ánimo exhaustivo vid. GABALDÓN GARCÍA, J. L. *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Madrid, 2012, pp. 605-606.

<sup>10</sup> Un campo en el que pueden darse contratos de adhesión son, por ejemplo, el chárter de embarcaciones de recreo, contrato muy específico que a veces es pa-

to, fletamento por viaje o por tiempo, contrato de volumen, contrato de gestión naval) o no suelen reflejarse en documentos contractuales (y por tanto no contienen cláusulas de sumisión) o si se hacen son negociados individualmente (contrato de consignación, practicaje y terminal portuaria).

Centrándonos, pues, en el transporte de mercancías determinadas, que una cláusula no haya sido “negociada individual y expresamente” puede interpretarse de dos formas: Una primera, que considerase que en contratos con condiciones generales, las cláusulas *nunca* son negociadas individual y expresamente, lo que llevaría a la  *nulidad* de todas las cláusulas de sumisión que tienen prácticamente todos los conocimientos de embarque. Y una segunda interpretación, menos radical, que obligue a que las partes hayan podido tener constancia expresa de esta cláusula a la hora de aceptar el contrato. Es decir, que imponga que los conocimientos de embarque u otros contratos resalten de forma clara y expresa la cláusula de sumisión para que dicha cláusula sea válida. Por ejemplo, redactándola en negrita o de otra forma especialmente visible o estableciéndola en el anverso del conocimiento en un lugar donde sea fácilmente visible e identificable<sup>11</sup>.

Aceptar la primera interpretación supondría una verdadera “revolución” en esta materia, ya que privaría de validez casi al 80% de las cláusulas que existen en la práctica de los conocimientos de embarque, pero, en virtud de lo que impone el propio art. 2 ALNM, una interpretación acorde con la normativa y jurisprudencia comunitarios existentes, creemos que obliga a acoger la segunda interpretación. Además el enigmático y mal redactado segundo párrafo de la DA 10ª *a contrario sensu* parece negar la genérica invalidez de las cláusulas preimpresas (“no evidencia”) por sí sola.

Y es que, como se encarga de recordar la propia DA 10ª ALNM, existe una normativa internacional que es de aplicación preferente al propio

---

recido al arrendamiento (chárter sin patrón) y otras al fletamento (chárter con patrón); aunque la práctica en esta materia es muy diversa.

<sup>11</sup> Es importante resaltar que el hecho de que la mayor parte de los contratos de utilización de buque o auxiliares utilicen formularios preexistentes (normalmente de la BIMCO); no debe llevarnos a pensar que la primera interpretación pudiese ser de aplicación a dichos casos. Y es que una cosa es usar un formulario, y otra bien distinta es imponer unas condiciones generales como contrato de adhesión, lo que entendemos que sólo sucede de forma sistemática en contratos de pasaje y transporte de mercancías determinadas. Algunas dudas podría plantear el practicaje, pero como en dicho caso no hay cláusulas de sumisión, el problema de la posible aplicación de la DA 8ª no se plantea.

ALNM en algunos casos y que milita también claramente en contra de la primera interpretación.

Esta normativa la componen, por un lado, los muchos Tratados Internacionales en materias concretas de Derecho marítimo que contienen normas al respecto (y que no podemos tratar específicamente en este estudio)<sup>12</sup>; y de forma genérica, el Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, Bruselas I) y el Convenio de Lugano de 2007 (en adelante, Lugano II), sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil para la sumisión a tribunales y el Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante Convenio de Nueva York) y Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (en adelante, convenio de Ginebra) para el arbitraje<sup>13</sup>.

Si es posible sintetizar una materia tan compleja, podríamos decir que, siguiendo la estela del art. 23 del Reglamento 44/2001 de la Unión Europea (Bruselas I)<sup>14</sup> y de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la

<sup>12</sup> Vid. al respecto, aunque por fechas no contiene la entrada en vigor para España del Convenio de Embargo Preventivo de 1999 (cuya prevalencia ex. art. 71 Reglamento UE 44/2001, plantea serias dudas), GABALDÓN GARCÍA, J. L./ RUIZ SOROA, J. M. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3. Ed. Madrid, p. 920 ss. Para una enumeración más amplia de los Tratados preferentes a Bruselas I y Lugano II, que incluye también otros importantes tratados en materia de transportes vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C./ SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho Internacional Privado*, 6. Ed. Madrid, 2011, pp. 54-55.

<sup>13</sup> No es posible citar aquí toda la bibliografía que existe sobre estas importantes normas, por ello, nos limitaremos a citar las dos obras generales de referencia sobre la materia: CALVO CARAVACA, A. L./ CARRASCOS GONZÁLEZ, J. *Derecho Internacional Privado*, T. I. 12 Ed. 2011, p. 139 ss. (competencia judicial internacional) y 599 ss. (arbitraje); y FERNÁNDEZ ROZAS/ SÁNCHEZ LORENZO, *op. cit.* pp. 55 ss. (para competencia judicial internacional) y 203 ss. (para arbitraje).

<sup>14</sup> Artículo 23: 1. *Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; o b) en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente*

Unión<sup>15</sup>, existe una *communis opinio* que considera que hay un uso del comercio internacional que admite que, aunque los conocimientos de embarque sean impuestos por los porteadores y no firmados por los cargadores, sí que vinculan las cláusulas de sumisión contenidas en los mismos.

Esta *vis atractiva* del art. 23 Reglamento 44/2001 es ciertamente un tanto sorprendente porque, atendiendo al mismo precepto, *éste sólo es de aplicación a las cláusulas de sumisión a Tribunales (no a arbitraje) en las que una de las partes tiene su domicilio en un Estado miembro y se someten a la jurisdicción de otro Estado miembro*. El resto de los casos o se determinan por la Ley interna del Estado miembro o por la normativa aplicable al arbitraje<sup>16</sup>. Dicho de otra forma, dicha doctrina *no es de forma imperativa de aplicación universal con lo que, fuera de su ámbito de aplicación, podría defenderse cualquier otra posición (como la apuntada de nulidad total de todas las cláusulas de sumisión en los conocimientos de embarque ex DA 10ª ALNM)*.

En todo caso, reiteramos que no creemos que deba irse tan lejos. Sin embargo, sí estamos convencidos de que la DA 10ª ALNM *puede ser un punto de inflexión para evitar interpretaciones excesivamente extensivas de doctrinas como la citada del TJUE*. Esto es, *que incluso admitiendo el uso del comercio internacional citado, éste no es ni ilimitado ni incondicionado*.

Por ello mismo, y *aunque no existiera la DA 10ª ALNM* entendemos que, tanto en casos de aplicación de Bruselas I, o Lugano II, o el Convenio de Nueva York de Arbitraje o el de Ginebra, o nuestra LOPJ, la recta inter-

---

*conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.* (...). Es muy importante recordar que, en 2015 esta norma será sustituida por el Reglamento (UE) No 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I Bis), cuyo artículo 25 es equivalente al actual 23 (salvo porque extiende su ámbito de aplicación a los pactos de sumisión a estado miembro, con independencia del domicilio de las partes y porque subordina la validez del pacto a que no sea nulo según las normas materiales del Estado miembro elegido en el pacto de sumisión).

<sup>15</sup> STJUE 16 de marzo de 1999 (TRASPORTI CASTELLETTI); STJUE 19 junio 1984 (TILLY RUS); STJUE 9 noviembre 2000 (Coreck Maritime); STJUE 15 noviembre 2012 (SAMSKIP). Sobre estas sentencias, salvo la de 2012, vid. ESPINOSA CALA-BUIG, cit. p. 8 ss.

<sup>16</sup> Sobre el complicado ámbito de aplicación del art. 23 Bruselas I, y cómo se regulan los casos excluidos vid. FERNÁNDEZ ROZAS/ SÁNCHEZ LORENZO, p. 71 ss. Y, sobre su relación con los otros criterios contenidos en el Reglamento vid. muy claro, *op. ult. cit.* pp. 69-70.

pretación de validez de las cláusulas de sumisión en los conocimientos de embarque implica:

**Primero** que, para que sean válidas, es necesario que la cláusula de sumisión aparezca de forma visible en el conocimiento para que el cargador y destinatario sean más fácilmente conscientes de su existencia<sup>17</sup>.

**Segundo**, en conocimientos *liner* o *long form* ello se deberá conseguir, o poniendo la cláusula de sumisión en el anverso<sup>18</sup>, o si no, de forma relevante en el reverso (por ejemplo, en *negrita*)<sup>19</sup>.

**Tercero**, en el caso de los títulos *short form* o *tramp*, será necesario que la remisión a la póliza de fletamento incluya expresamente la remisión a su cláusula de sumisión. Por ejemplo, el texto que al respecto tiene el CONGENBILL 2007: “*All terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, including the Law and Arbitration Clause/Dispute Resolution Clause, are herewith incorporated.*” No bastará, por tanto, que el conocimiento se refiera a “todas las cláusulas de la póliza de fletamento”; y deberá, además, identificar con claridad por lo menos la fecha<sup>20</sup> de emisión de la póliza del fletamento al que hace referencia y preferiblemente

<sup>17</sup> Sobre la importancia de la claridad de los términos de la incorporación en la doctrina norteamericana e inglesa vid. ESPLUGUES MOTA, C. *Arbitraje marítimo internacional*, Madrid, 2007, p. 179 ss. Téngase en cuenta, por la importancia que tiene el Derecho inglés, la aproximación restrictiva que refleja la jurisprudencia inglesa a este tipo de cláusulas, pp. 242. ss.

<sup>18</sup> Un caso dudoso puede ser la siguiente redacción que aparece en el anverso de un conocimiento de línea regular de una naviera: *ACCEPTING THIS BILL OF LADING THE MERCHANT EXPRESSLY ACCEPTS AND AGREES TO ALL THE TERMS AND CONDITIONS, WHETHER PRINTED, STAMPED OR OTHERWISE INCORPORATED ON THIS SIDE AND ON THE REVERSE SIDE OF THIS BILL OF LADING AND THE TERMS AND CONDITIONS OF THE CARRIER'S APPLICABLE TARIFFS IF THEY WERE ALL SIGNED BY THE MERCHANT.* A pesar de que no dejan de ser un avance, entendemos que, a la luz de la DA 10ª ALNM, de la misma forma que se habla de tarifas, debería hacerse mención a la cláusula de sumisión.

<sup>19</sup> El principio rector, siguiendo la estela de la jurisprudencia inglesa (*op. ult. cit.* pp. 242 ss.), debe ser garantizar la posibilidad (que no la realidad efectiva) de tener conocimiento de la existencia de la cláusula. Las cláusulas de sumisión *no son* una cláusula más del contrato, sino una cláusula de especial importancia. Por ello, de la misma forma que a nadie nos parecería oportuno que el precio del contrato o el plazo de entrega estuviesen semiocultos en un condicionado general de difícil consulta, lo mismo debe predicarse de la cláusula de sumisión.

<sup>20</sup> Aunque pueda sorprender, son muchos los casos de *short form* en los que no se referencia de forma correcta la póliza de fletamento del que trae causa el contrato, no poniéndose la fecha de la póliza de fletamento (a pesar de que el CON-



también el lugar de emisión y las partes<sup>21</sup> del mismo<sup>22</sup>. Este es, en nuestra opinión, el sentido que se debe dar al párrafo segundo de la DA 10<sup>a</sup>.

**Cuarto**, las cláusulas de sumisión en conocimientos de embarque son oponibles al cargador y a cualquier tenedor legítimo del título-valor, así como a las aseguradoras que se hayan subrogado en la posición de alguno de éstos<sup>23</sup>.

**Quinto**, en cambio, no son oponibles a los terceros que no tengan la condición de tenedores del título-valor<sup>24</sup>. Todo ello, incluso si, por aplica-

---

GENBILL 2007 tiene un casillero específico para ello). Grave irregularidad que, entendemos, debe tener consecuencias como las que defendemos en el texto.

<sup>21</sup> Es muy importante resaltar que la aproximación de la jurisprudencia estadounidense e inglesa, sí suelen exigir estos elementos como necesarios para la incorporación de la póliza, aunque dicha jurisprudencia no es unánime, existiendo decisiones discordantes; *sobre todo porque, como muchas veces el conocimiento se somete a estas legislaciones, serán la ley aplicable a la cláusula de sumisión sobre la que valorar si se ha incorporado correctamente*. Al respecto vid. ESPLUGUES, *op. cit.* pp. 195 ss. y 242 ss.

<sup>22</sup> Es oportuno reseñar, por la cercanía al supuesto que nos ocupa, que cuando en la práctica se está negociando un contrato de fletamento por viaje, y se establece lo que se llama un "RECAP" "*Recapitulation*" (*resumen en correo electrónico de los términos del fletamento que las partes acaban de convenir*), se suele poner una expresión como sigue: "*Other conditions as per GENCON FORM. English Law and Arbitration in London.*". Es decir, se considera necesario aclarar la cláusula de sumisión a ley y foro como algo que no puede quedar a la mera remisión genérica entre las partes al formulario correspondiente. Si tenemos en cuenta que cada vez más asistimos a casos en que contratos de fletamento por viaje no llegan nunca a documentarse en póliza de fletamento y sólo se tiene el RECAP para probar el contenido del contrato, *se comprenderá que pedir algo semejante a lo que se hace en los RECAPs para los conocimientos "short form" (p. ej. CONGENBILL) como sostenemos en el texto, es algo perfectamente acorde con los actuales usos marítimos y, por tanto, directamente enlazable con el art. 23 de Bruselas I y la jurisprudencia comunitaria que lo ha desarrollado*.

<sup>23</sup> Aunque han existido algunas dudas en el pasado (vid. ESPLUGUES, *op. cit.* p. 401 ss.); la jurisprudencia más reciente es clara en cuanto a la aplicación al asegurador de la cláusula de sumisión que fuese oponible al asegurado sobre el que el asegurador se haya subrogado (vid. p. ej. STS 16/05/2008 (RJ. 2008/3080); SAP Madrid 17/11/2011 (AC 2012/98); SAP Madrid 16/01/2012 (AC 2012/437)).

<sup>24</sup> Sobre los requisitos para aplicar a terceros las cláusulas de sumisión vid. CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.* p. 189. Es muy importante resaltar que el precedente que se usa para esta cuestión, fundamentalmente STJUE 9 noviembre 2000 (Coreck Maritime), deja bien claro que la extensión de las cláusulas de sumisión a terceros en los conocimientos de embarque, *lo es sólo para los que tengan la condición de terceros tenedores del conocimiento, no para cualquier*

ción el art. IV Bis RHV, fuesen de aplicación las Reglas de la Haya-Visby a la acción extracontractual ejercitada por dichos terceros. Por ejemplo, si el propietario receptor final no destinatario ni tenedor del conocimiento de embarque de unas mercancías que han sido transportadas en un fletamento por viaje, demanda al fletante por vía extracontractual, o al propio porteador del conocimiento *short form*, la cláusula de sumisión del contrato de fletamento *no le vincula, aunque sí puedan serle de aplicación las RHV*.

**Sexto**, son nulas las cláusulas muy habituales de casi todos los conocimientos del embarque en los que se pretende hacer extensivo el contrato a favor del porteador a todos los sujetos definidos como *merchant* en el conocimiento, nulidad que lo será sólo en la parte que se extienda a sujetos diferentes de cargador y destinatario cartulares y tercero tenedor del título<sup>25</sup>.

**Séptimo**, tampoco es oponible al destinatario de un *seawaybill* o de un *express bill of lading* (documento no negociable que, por tanto, no tiene la condición de título-valor). Precisamente porque no son legítimos tenedores del título-valor<sup>26</sup>.

*tercero*. Postura que es reiterada en la recientísima STJUE de 7 de febrero 2013, JUR/2013/46654.

<sup>25</sup> Véase, como ejemplo, la que extraemos de un conocimiento de línea: *Merchant: includes the Shipper, Consignee, holder of this Bill of Lading, the receiver of the Goods and any Person owning, entitled to or claiming the possession of the Goods or of this Bill of Lading or anyone acting on behalf of this Person*. A lo que añaden: *CONTRACTING PARTIES AND WARRANTY The contract evidenced by this Bill of Lading is between the Carrier and the Merchant. Every Person defined as "Merchant" is jointly and severally liable towards the Carrier for all the various undertakings, responsibilities and liabilities of the Merchant under or in connection with this Bill of Lading and to pay the Freight due under it without deduction or set-off. The Merchant warrants that in agreeing to the terms and conditions in this Bill of Lading, he is the owner of the Goods or he does so with the authority of the owner of the Goods or of the Person entitled to the possession of the Goods or of this Bill of Lading*. Se comprende cómo se está pretendiendo extender los efectos del conocimiento más allá incluso de los legítimos tenedores del título, lo que es jurídicamente inaceptable no sólo con respecto a las cláusulas de sumisión sino sobre cualquier otra parte del contrato.

<sup>26</sup> Vid. sobre este punto, la muy acertada SAP Valencia 29/05/2012 (JUR 2012/294176), que dice que: *De cuanto hasta aquí se ha expuesto cabe concluir, en primer lugar, la imposible estimación de la declinatoria de jurisdicción, pues no tratándose de supuesto en el que el transporte se haya realizado en régimen de conocimiento de embarque —de modo que el destinatario no viene obligado a su contra-entrega para recepcionar la mercancía pues le basta para ello su identificación como tal destinatario—, resulta evidente la imposibilidad de que quede obligado por una cláusula de sumisión contenida en un documento —sea waybill— en el que no tiene condición de parte contratante ni necesita*

**Octavo**, la cláusula de sumisión no es oponible en una reclamación contra el transitario cuando no ha emitido conocimiento house y se le reclaman daños por el transporte marítimo derivados del *master* de la naviera en el que el reclamante no aparece ni como cargador ni destinatario ni es legítimo tenedor del título<sup>27</sup>.

**Noveno**, la Cláusula Himalaya<sup>28</sup> no implica la extensión a la Terminal Portuaria u otros “agentes independientes” (*independent contractor*) de la cláusula de sumisión si no se dice expresamente en la misma.

Estas precisiones pueden parecer que no sean mucho, pero basta con comprobar la práctica actual de las navieras para entender que muchas cláusulas de sumisión en conocimientos de embarque no serían válidas atendiendo a esta regla. Y, además, permitirán a la jurisprudencia evitar algunas decisiones excesivamente generosas en la extensión de las cláusulas de sumisión.

## 2. Sus deficiencias técnicas y sustantivas

A pesar de la opinión en general favorable de la norma que acabamos de dar, lo cierto es que adolece de una serie de deficiencias tanto técnicas como sustantivas que convendría mejorar.

*de su presentación para que le sea entregada la mercancía transportada. Cabe añadir, además, que los términos en que viene redactada la cláusula de sumisión en el documento de referencia —“cualquier reclamación o disputa bajo este conocimiento será determinada en Inglaterra o Kuwait a elección del Porteador”, según traducción que la entidad promotora de la declinatoria ofrece en su escrito (f. 156 y ss.)—, carece de la necesaria concreción que, a los efectos de la sumisión expresa, establece el artículo 55 de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). La segunda conclusión que resulta de la doctrina jurisprudencial expuesta es que, tratándose de supuesto de carta de porte marítimo, sea waybill o waybill, resulta inaplicable el Convenio de Bruselas (Reglas de La Haya-Visby) y, en consecuencia, también resulta inaplicable la Ley de Transporte Marítimo de 1949, por la que se incorporaba al Derecho español el referido Convenio, por lo que la presente reclamación ha de resolverse a la luz de las disposiciones propias del Código Civil (LEG 1889, 27) y del Código de Comercio (LEG 1885, 21). También es muy interesante sobre seawaybill SAP Barcelona (Sección 15ª). Sentencia núm. 241/2006 de 15 mayo JUR/2007/187330.*

<sup>27</sup> Contiene la solución correcta la SAP Zaragoza 16/12/2011 (AC 2012/52).

<sup>28</sup> No podemos entrar aquí en los complicados problemas que presenta esta cláusula. Recomendamos eso sí, el lúcido trabajo de TETLEY, W. “The Himalaya Clause-Revisited”, en *JIML*, 2003, pp. 40-64. En todo caso, sí señalar que una vez aprobado el ALNM, la importancia en nuestro Derecho de la cláusula Himalaya quedará muy reducida por la aplicación de una normativa muy parecida a las RHV en los arts. 313 ss. ALNM.

Empezando por las imprecisiones técnicas, en primer lugar, es muy criticable que se hable sólo de jurisdicción y *no de Ley Aplicable*. A pesar de que la normativa aplicable no es la misma (en este caso, fundamentalmente Roma I y, si se admitiese la extensión del ámbito de la DA 10ª a extracontractual, Roma II), entendemos que éste es un grave error, ya que implicará una anulación parcial de una la cláusula, la de sumisión, en la que van indisolublemente unida en la práctica la elección de foro y ley<sup>29</sup>.

En segundo lugar, es incomprensible que no se hayan incluido los contratos de compraventa de buque y construcción naval o los propios contratos de seguro marítimo, en los que hay razones muy semejantes que justificarían la aplicación de esta previsión. Incluso sería discutible la exclusión de los accidentes de la navegación, dado que el REGLAMENTO (CE) No 864/2007 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II") recoge la posibilidad de la existencia de acuerdos previos de elección de la Ley aplicable y no es impensable que dicho tipo de pactos incluyan una sumisión expresa de jurisdicción.

Además, desde un punto de vista sustantivo<sup>30</sup>, esta norma no permite evitar todas las prácticas dudosas que existen en los clausulados de los contratos marítimos. Por ejemplo, someter el contrato a una jurisdicción o cámara arbitral tan costosa que haga imposible cualquier reclamación de pequeña o mediana cuantía contra el porteador<sup>31</sup>. Como sucede cuando se exige un arbitraje en Londres con *tres* árbitros para cualquier tipo de reclamación *independientemente de su cuantía*. Lo que, por su exorbitado coste, hace imposible las reclamaciones incluso de cuantías medianas, violando, entendemos, el art. 24 CE.

<sup>29</sup> Desde un punto de vista técnico, no existiría ningún problema en que, anulada la jurisdicción, se viese en España un asunto respetando la ley elegida en la cláusula, pero entendemos que la voluntad de las partes suele ser indisoluble a la hora de elegir ley y foro, por lo que eliminado el foro, debería también decaer la ley que se quiso adjuntar al foro elegido.

<sup>30</sup> Sobre los límites genéricos de carácter sustantivo que tienen todas las cláusulas de sumisión vid. CALVO CARAVACA/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, T. I., p. 114 y ss.; donde se habla expresamente del principio de "la defensa de la tutela judicial efectiva"; que entendemos muy relacionada con lo que exponemos *supra* en el texto.

<sup>31</sup> Desde la mejor doctrina maritimista se defienden posiciones similares en GABALDÓN GARCÍA/ RUIZ SOROA, *Manual de Derecho...*, cit. p. 931; con el interesante argumento de que el foro costoso podría suponer una forma indirecta de reducir de forma espuria los límites cuantitativos establecidos en las Reglas de la Haya-Visby.

Otra cláusula que sirve para ilustrar la cuestión es la parte de la versión de 2010 de la BIMCO de la Cláusula Himalaya<sup>32</sup>, que directamente prohíbe demandar al agente independiente y además amenaza con reclamar daños si se hace. Que entendemos que es claramente contraria al orden público español ya que impide, vía pacto, la tutela judicial efectiva con respecto a dichos agentes.

Incluso entendemos que serían nulas las variantes en las que el porteador, después de haber impuesto el foro y la Ley de su conveniencia (normalmente muy oneroso para las demandas que puedan dirigirse contra él), se reserva la facultad de elegir foro entre el de sumisión expresa y el domicilio del demandado, con la consecuencia de que el porteador sí pueda reclamar, por ejemplo, el fleté en una jurisdicción mucho menos costosa que a la que somete al cargador o tenedor del conocimiento<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> *International Group of P&I Clubs/BIMCO Revised Himalaya Clause*

(a) It is hereby expressly agreed that no servant, agent, direct or indirect subcontractor or other party employed by or on behalf of the Carrier, or whose services or equipment have been used in order to perform this contract (such persons so employed, or whose services or equipment have been used, hereinafter termed "Servant") shall in any circumstances whatsoever be under any liability whatsoever to the shipper, consignee, receiver or other party to this contract (hereinafter termed "Merchant") for any loss, damage or delay of whatsoever kind arising or resulting directly or indirectly from any act, neglect or default on the Servant's part while acting in the course of or in connection with the performance of this contract.

(b) Without prejudice to the generality of the foregoing provisions in this clause, every exemption, limitation, condition and liberty contained herein (other than Art III Rule 8 of the Hague/Hague-Visby Rules if incorporated herein) and every right, exemption from liability, defence and immunity of whatsoever nature applicable to the Carrier or to which the Carrier is entitled hereunder including the right to enforce any jurisdiction or arbitration provision contained herein shall also be available and shall extend to every such Servant, who shall be entitled to enforce the same against the Merchant.

(c) (i) The Merchant undertakes that no claim or allegation whether arising in contract, bailment, tort or otherwise shall be made against any Servant which imposes or attempts to impose upon any of them or any vessel owned or chartered by any of them any liability whatsoever in connection with this contract whether or not arising out of negligence on the part of such Servant. The Servant shall also be entitled to enforce the foregoing covenant against the Merchant; and (ii) The Merchant undertakes that if any such claim or allegation should nevertheless be made, he will indemnify the Carrier against all consequences thereof.

(d) For the purpose of sub-paragraphs (a)-(d) of this clause the Carrier is or shall be deemed to be acting as agent or trustee on behalf of and for the benefit of the Servant who shall to this extent be or be deemed to be a party to this contract.

<sup>33</sup> Defienden la nulidad de este tipo de cláusulas, aunque hablando de forma genérica sobre las cláusulas de sumisión a favor de una parte, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, cit. T. I. P. 181. Como ejemplo

Por ello mismo estamos convencidos de que sería conveniente *ir más allá* e introducir, por ejemplo, el siguiente párrafo en la DA 10ª ALNM: “Se considerará contrario al orden público español cualquier cláusula de sumisión que implique un fraude de ley o abuso de derecho o impida de facto o de iure el acceso a la jurisdicción a alguna de las partes”.

Proteger el comercio internacional no puede considerarse como “patente de corso” para encubrir situaciones abusivas y, aunque es evidente que el orden público incluye evitar los fraudes y el abuso de derecho, sería bueno aclararlo expresamente, para que los Tribunales españoles “pierdan todo complejo” a frenar situaciones como las que acabamos de exponer.

### III. CONTRATO DE FLETAMENTO Y FORMULARIOS MARÍTIMOS

De lo que llevamos expuesto, creemos haber demostrado que van a ser muy marginales los casos en que se aplique el Derecho español, pero es que incluso en aquéllos casos en los que así sea, lo cierto es que, como sabemos por experiencia, *la utilización de formularios de origen anglosajón* va a determinar que muchos artículos del ALNM, al ser dispositivos, no sean los que rijan el contrato marítimo en cuestión. Todo ello, a pesar de que la realidad de los formularios ha sido muy tenida en cuenta por los redactores del ALNM, grandes conocedores de la práctica marítima<sup>34</sup>. Esta circunstancia implica dos interesantes cuestiones a responder: La primera, es saber qué artículos del ALNM son imperativos. Y la segunda, si la utilización de un formulario supone “en bloque” negar cualquier uso de las normas dispositivas del ALNM, o se puede hacer una aplicación de esas normas a las posibles “lagunas” que presente el formulario.

---

de este tipo de cláusulas se puede referir la siguiente: *For shipments to or from the U. S. any dispute relating to this bill of lading shall be governed by U. S. law and the United States Federal Court of the Southern District of New York is to have exclusive jurisdiction to hear all disputes in respect thereof. In all other cases, this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with English law and all disputes arising hereunder shall be determined by the English High Court of Justice in London to the exclusion of the jurisdiction of the courts of another country. Alternatively and at the Carrier's sole option, the Carrier may commence proceedings against the Merchant at a competent court of a place of business of the Merchant.*

<sup>34</sup> Conf. RECALDE CASTELLS, *op. cit.* 270; EMPARANZA, *op. cit.* pp. 329-330. Por ejemplo, en un fletamento por viaje es muy probable que se use un GENCON; o en un conocimiento de transitorio, que se inspire en el modelo FIATA; o que use, en un contrato de línea, por ejemplo, el CONLINEBILL.

En cuanto a la imperatividad de las normas del contrato de fletamento, la norma básica es el art. 264 ALNM que dice: "Régimen de Responsabilidad: 1.— El porteador es responsable de todo daño o pérdida de las mercancías, así como del retraso en su entrega, causados mientras se encontraban bajo su custodia, de acuerdo con las disposiciones previstas en esta sección, *las cuales se aplicarán imperativamente a todo contrato del transporte marítimo*. No tendrán efecto las cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente *atenuar o anular* aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Sin embargo, tales cláusulas, cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y *no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador*, tendrán valor exclusivamente en las relaciones entre éste y el fletador, *sin que puedan oponerse, en ningún caso al destinatario que sea persona diversa del fletador*.

Es decir, en principio, sólo el régimen de responsabilidad por pérdida, daños o retraso a las mercancías es imperativo, con la única salvedad de las pólizas de fletamento y sólo en cuanto a la relación de fletante y fletador *siempre que no entrañen la exoneración en casos de dolo o culpa grave del porteador*<sup>35</sup>.

Inmediatamente surge la duda de si esta redacción permite mantener la validez de la conocida cláusula 2 del GENCON, que sólo hace responsable al fletante de la falta de navegabilidad originaria, de faltas directamente imputables al fletante y de la carga y descarga si han sido asumidas por el mismo<sup>36</sup>. Dado que se habla de dolo o culpa grave del porteador, y la cláusula 2 GENCON no exonera al fletante de sus propias faltas, sino de las de

<sup>35</sup> Muy acertadamente señala RECALDÉ (*op. cit.* pp. 283-284); que la referencia a la prohibición de las cláusulas de exoneración del dolo y la culpa grave enraízan directamente con los arts. 1102 y 1107.2 Cc; pero también critica que la imposibilidad de excluir la culpa lata es mucho más discutible. Por otro lado, acertadamente también recuerda que el texto de la norma impide exonerar pero no atenuar o limitar la responsabilidad. Aunque, obviamente, si la atenuación o limitación lleva a una quasiexoneración de facto de la responsabilidad, habría que considerar dichas cláusulas un fraude de ley del precepto.

<sup>36</sup> 2. Owners' Responsibility Clause.— *The Owners are to be responsible for loss of or damage to the goods or for delay in delivery of the goods only in case the loss, damage or delay has been caused by personal want of due diligence on the part of the Owners or their Manager to make the Vessel in all respects seaworthy and to secure that she is properly manned, equipped and supplied, or by the personal act or default of the Owners or their Manager. And the Owners are not responsible for loss, damage or delay arising from any other cause whatsoever, even from the neglect or default of the Master or crew or some other person employed by the Owners on board or ashore for whose acts they would, but for this Clause, be responsible, or from unseaworthiness of the Vessel on loading or commencement of the voyage or at any time whatsoever.*

sus dependientes, creemos que debe mantenerse su validez en relación a la nueva regulación; aunque no cabe duda de que, el principio de la *culpa in vigilando o in eligendo* de nuestros arts. 1903 ss. Cc; es mucho más laxo que los casos en que se considera que existe "*personal want of due diligence on the part of the Owners or their Manager*" según el Derecho marítimo inglés<sup>37</sup>. El problema interpretativo "está servido".

La segunda duda es si, *a contrario sensu, cabe exonerar incluso en casos de dolo o culpa grave al porteador si incumple cualquiera otra de sus obligaciones que no deriven en pérdida, daños o retraso en las mercancías pero sí provoquen otros daños*. Por ejemplo, art. 213 ALNM. En nuestra opinión, la negativa a aceptar cláusulas de exoneración del *dolo* del art. 264 ALNM no hace sino expresar un *principio general*, no sólo del Derecho marítimo, sino del Derecho, que es que éste no ampara el dolo. Ciertamente la extensión a la culpa grave puede ser más discutible, ya que en otros casos recogidos en el ALNM el criterio es más restrictivo, limitándose sólo a casos de dolo directo o dolo eventual (sin ir más lejos, los arts. 269. 4 y 270.4 ALNM), pero entendemos que no impide defender su aplicación como principio general.

Otra norma cuyo carácter dispositivo genera dudas, es el art. 218.3 ALNM, que reza: "*Aún cuando se pacte que la estiba sea efectuada a costa y riesgo del fletador o cargador, el porteador será responsable de las consecuencias derivadas de una estiba defectuosa que comprometa la seguridad del viaje*". Sobre todo porque es muy fácil entroncar esta norma con la regla actualmente vigente de que el capitán, y por tanto, el fletante, siempre responden de vigilar las operaciones de carga y descarga, incluso cuando no las asuman ellos contractualmente (cfr. art. 612.5° Cco)<sup>38</sup>. En nuestra opinión, y aunque sea ir contra nuestra tradición jurisprudencial, esta norma debe considerarse dispositiva, y admitirse las cláusulas de exoneración del naviero por las faltas de su capitán y tripulación en casos de carga y descarga. En caso contrario, ello significaría dejar sin valor la cláusula 2 del GENCON, y hacer de peor condición a un fletante de fletamento por viaje que a un porteador de mercancías determinadas cuando fuesen de aplicación las Reglas de la Haya-Visby (que exonera las faltas náuticas). Aunque mucho nos tememos que la "inercia histórica" y su subyacente argumento de "justicia material" pesen en que se defienda la imperatividad de esta norma<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Al respecto, con gran extensión, vid. COOKE, J. (y otros), *Voyage Charters*, 3. Ed. Londres, 2007, pp. 208 ss.

<sup>38</sup> Por todos, GABALDÓN GARCÍA/ RUIZ SOROA, *Manual...*, cit. pp. 497-498.

<sup>39</sup> Favorable a la imperatividad, EMPARANZA, *op. cit.* p. 343.



Aclarado este extremo, nos queda la segunda cuestión que hemos apuntado, que es la de si, por el hecho de utilizar un formulario de origen anglosajón, debe considerarse *en bloque* que los artículos dispositivos del ALNM no deben de ser nunca aplicados. Si pensamos en términos del pensamiento anglosajón, la respuesta debería ser no utilizar nunca los preceptos del ALNM, ya que ellos sólo aceptan de forma muy restrictiva que algo que no esté expresamente reconocido en el contrato, tenga validez entre las partes (visión analítica o literalista de los contratos). Sin embargo, nos decantamos claramente por dar juego a los preceptos del ALNM donde el contrato pueda contener una laguna<sup>40</sup>. No hay que olvidar que, por un lado, si fuese de aplicación el ALNM sería porque el contrato *se habrá sometido expresamente al Derecho español*, y que, por otro, los contratos anglosajones son, de por sí, bastante fragmentarios y casuísticos, con lo que puede ser muy útil en bastantes casos integrarlos con artículos del ALNM. Por ejemplo, la interesantísima regla del 242 ALNM, que señala que las demoras, si no existe pacto, durarán lo mismo que el tiempo de plancha, puede ser muy útil para los muchos casos prácticos en fletamentos por viaje en que se pone un plazo de tiempo de plancha, pero no de demoras, estipulando sólo el *demurrage rate*. O el art. 262 ALNM, sobre la posibilidad de modificar el destino por el fletador, que puede corregir una interpretación demasiado rigorista de origen anglosajón que suele existir en contratos de fletamento por viaje, que impiden, aunque no lo diga expresamente el contrato, el cambio del puerto elegido de destino, aunque pueda ser razonable dicho cambio y se compensen los posibles daños<sup>41</sup>.

#### IV. CONTRATO DE FLETAMENTO Y REGLAS DE LA HAYA-VISBY

Otra cuestión que reduce de forma significativa la aplicabilidad de los artículos sobre el fletamento del ALNM es que, como reconoce expresamente 264. 2 ALNM: "*Los contratos de transporte marítimo de mercancías, nacional o internacional, en régimen de conocimiento de embarque y la responsabilidad de porteador, se regirán por el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas*

<sup>40</sup> Este problema presenta un claro paralelismo con la tradicional hostilidad con la que se ha visto la aplicación supletoria de la Ley de Contrato de Seguro al seguro marítimo, que, en nuestra opinión, está totalmente injustificada (por todos, vid. BATALLER GRAU, J./ VERCHER MOLL, J. "La aplicación de la Ley de Contrato de Seguro al Seguro Marítimo", en GARCÍA PITAYLASTRES, J. L. (Dir.), *Estudios de Derecho marítimo*, Madrid, 2012, pp. 979 ss.).

<sup>41</sup> Vid. para el Derecho inglés, COOKE, *Voyage...*, cit. pp. 109-110.

*Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924, los Protocolos, que lo modifican de los que España sea parte y esta ley*". Esto es, que en esos casos las llamadas Reglas de la Haya-Visby son de aplicación preferente.

Lo primero que sorprende sobremanera de esta norma, es que, a pesar de que el art. 10 RHV, *excluye el cabotaje nacional de su ámbito de aplicación, el art. 264 ALNM aplica también para esos casos las RHV*<sup>42</sup>. Creemos que es un error, pero si no se subsana en la tramitación parlamentaria, se habrá extendido el ámbito de aplicación del Convenio más allá de lo establecido por el mismo.

Otra cuestión importante es que, como reza la Disposición Final I. d) ALNM, *el Anteproyecto deroga la Ley de 22 de diciembre de 1949 sobre transporte en régimen de conocimiento de embarque*. Es decir, que a partir de la entrada en vigor del Anteproyecto, se eliminarán las distorsiones que provocaba la imposible convivencia del Convenio de 1924, la Ley de Transporte Marítimo de 1949, el Protocolo de 1968 y el Protocolo de 1979. Lo que, sobre todo, tendrá como efecto práctico más importante eliminar la imperatividad de esta norma en los casos en que el barco tenga medios propios y los use al periodo comprendido desde el puntal hasta llegar a la borda del barco (art. 1 LTM vs. Art. 1. e) RHV)<sup>43</sup>.

Pero la gran cuestión que deja abierta esta norma es la referencia que hace a la aplicación supletoria del ALNM en los casos en que las RHV sean de aplicación.

Es de todos conocido y admitido que las RHV tienen un carácter fragmentario, por lo que no genera problema alguno la aplicación del ALNM a las materias que las propias RHV *intencionalmente* dejaron sin regular, por ejemplo, el pago del flete.

Sin embargo, la gran cuestión es si *se puede usar el ALNM para integrar materias reguladas por las RHV*. En nuestra opinión, la respuesta debería ser negativa, so pena de ir en contra de la preferencia que los Tratados Internacionales tienen sobre las normas de origen nacional; y también so pena de ir en contra de la necesaria uniformidad que debe de llevar la interpre-

<sup>42</sup> Pone de manifiesto este extremo, GÓRRIZ LÓPEZ, C. "Estudio comparado de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el PLGNM", en *ADM*, XXVII, 2010, p. 202.

<sup>43</sup> Por todos, para este lugar común en la doctrina, vid. GABALDÓN/ RUIZ SORROA, *op. cit.* p. 554.

tación de los Tratados Internacionales (cfr. Art. 2 ALNM). Pero mucho nos tememos que la aplicación práctica del ALNM, espoleada por el propio tenor literal del art. 264 ALNM, vaya en un sentido muy diverso. Pongamos algunos ejemplos: El más relevante es el de la regulación que para el retraso contienen los arts. 267 y 270 ALNM. ¿Si las RHV sólo contemplan como posibles supuestos de responsabilidad las pérdidas y los daños; podemos incluir, en contra del silencio de las RHV, el retraso como nuevo supuesto de responsabilidad *cuando sean de aplicación las RHV y no el ALNM*? Estamos seguros de que ésta será la postura de la jurisprudencia como lo ha sido antes del ALNM<sup>44</sup>, y, en justicia material, entendemos su inclusión, pero lo cierto es que desde un punto de vista de técnica jurídica la cuestión es bastante discutible.

Un tema mucho más concreto es el art. 269. 2 ALNM que, al regular la limitación cuantitativa de responsabilidad, frente al silencio que al respecto mantienen las RHV, y siguiendo lo que ya dice el art. 1. 5 Reglas de Hamburgo (RH), dice que: *"Si el contenedor o medio de agrupación hubiera sido suministrado por el cargador, se considerará como un bulto más a tales efectos"*. Está claro que la precisión es interesante, y que parece oportuno utilizarla incluso a los casos en que sean de aplicación las RHV, pero no deja de ser cierto que las RHV *ya regularon esa materia y no incluyeron esa precisión, con lo que si no existiera el art. 269. 2 ALNM no sería muy fácil defender por qué el embalaje debe aumentar el límite cuantitativo*.

Para finalizar, un ejemplo más genérico. En principio, toda la Sección 5ª del Capítulo II que regula el "Conocimiento de Embarque", debería ser excluida en bloque cuando sean de aplicación las RHV. Pero entonces la pregunta es, ¿si ahora las RHV se aplicarán también al cabotaje nacional, cuándo serán de aplicación estas normas cuando estemos ante un verdadero conocimiento de embarque? Probablemente, nunca, creando una nueva incoherencia técnica y valorativa.

En definitiva, en el ALNM hay una cierta "redundancia" de normas frente a las RHV que, como sucedió con la tan criticada Ley de 22 de diciembre de 1949, va a provocar, "multiplicado exponencialmente" el problema que ya generó la LTM, interpretaciones en nuestro Derecho de las RHV muy diferentes de las que se den en otros países para las que sea de aplicación este

<sup>44</sup> Es muy significativo como el argumento usado para defender la inclusión del retraso en GABALDÓN/ RUIZ SOROA, *op. cit.* pp. 580-581, basado en la dicción más amplia de la LTM, frente a las RHV, se debilitaría mucho con la aprobación del ALNM, *porque ya no existiría la LTM y seguiría la estrecha dicción de las RHV*.

Convenio Internacional, traicionando tanto la letra como el espíritu de lo que dice defender el art. 2 ALNM. Como se verá en el apartado siguiente, no se nos podrá tachar de “defensores a ultranza” de las bondades de las RHV, ni mucho menos, pero si somos firmantes de un Tratado internacional no parece muy de recibo distorsionar su aplicación homogénea internacional a través de una transposición en normas de Derecho interno<sup>45</sup>.

## V. CONTRATO DE FLETAMENTO Y REGLAS DE ROTTERDAM

Para terminar de perfilar el ámbito de aplicación real en la práctica que van a tener los artículos dedicados al fletamento en el ALNM es conveniente abordar su relación con el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2009, normalmente conocido como “Reglas de Rotterdam” (RR)<sup>46</sup>. Esto es, con el Tratado internacional que está llamado a sustituir a las Reglas de la Haya-Visby.

En principio, como las RR necesitan para su entrada en vigor la ratificación de 20 estados y, a día de hoy sólo lo han hecho España y Togo<sup>47</sup>, la respuesta debe de ser que su influencia actual debe ser cero, ya que no es una norma vigente. En este sentido, podría ser coherente lo que dispone la DF 1ª ALNM cuando dice que: “Reglas de Rotterdam.— En caso de que el Convenio de Naciones Unidas sobre el Contrato Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2008 (Reglas de Rotterdam), entre en vigor, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley para introducir las modificaciones necesarias en esta ley”. Sin embargo, en nuestra opinión esta previsión es muy criticable por varios motivos:

Desde un punto de vista formal, porque *la entrada en vigor de las Reglas de Rotterdam para ser efectiva no necesitaría de cambio alguno en el ALNM, porque simplemente prevalecería sobre el mismo*. Es más, modificar el ALNM para “transponer” a nuestro Derecho las RR provocarían los mismos problemas

<sup>45</sup> Conf. GÓRRIZ LÓPEZ, C. “Estudio comparado de la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam y en el PLGNM”, en *ADM*, XXVII, 2010, p. 202.-

<sup>46</sup> No pretendemos citar toda la bibliografía sobre las Rotterdam, sin ánimo exhaustivo, son interesantes: EMPARANZA SOBEJANO, A. (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional por mar*, 2010; y BAATZ, Y. (ed. al), *The Rotterdam Rules. A Practical Annotation*, 2009.

<sup>47</sup> Para ver la situación del Tratado vid. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.html).

que hoy plantea la Ley de 22 de diciembre de 1949, y que, cuando se apruebe el ALNM, planteará la "cierta redundancia" de normas entre el ALNM y las Reglas de la Haya-Visby a la que hemos hecho alusión en el apartado anterior.

Si la voluntad de nuestro legislador es la de dejar la aplicación de las RR a cuando efectivamente entren en vigor (si ello llega a suceder); hubiera bastado con añadir en el art. 264. 2 el siguiente texto al final del mismo: *"En caso de que en el futuro el citado Tratado Internacional sea sustituido por otro Tratado, se entenderá directamente de aplicación el nuevo Tratado según su ámbito de aplicación propio"*. Este texto no deja de ser una obviedad, pero realmente el art. 264. 2 ALNM, salvo en las extralimitaciones que hemos ya denunciado, es en sí mismo una obviedad, ya que si no existiese la consecuencia jurídica sería la misma (prevalencia de las RHV sobre el ALNM).

En todo caso, la principal crítica que nos merece esta norma es la incoherencia de política legislativa que entendemos existe en que España haya sido el primer país del mundo en ratificar las RR y que no haya aprovechado el ALNM para *incorporarlas en aquéllos casos en que, por no ser de aplicación las RHV, el Derecho nacional tenía libertad de elección de cuál es el régimen jurídico que quieren se aplique*.

Y esta no es una cuestión meramente teórica. En la práctica marítima cada vez se observa más una utilización más reducida de los conocimientos de embarque propiamente dichos. Ya no sólo por la existencia de *seawaybills*, sino porque incluso los condicionados generales de muchas navieras señalan que, salvo pacto expreso en contrario, los "conocimientos" se considerarán como no negociables (llamados "Express Bill of Lading")<sup>48</sup>. Esto es muy importante, porque incluso aunque literalmente tengamos en muchos casos un documento que diga "Bill of Lading" o "Conocimiento de Embarque", no son tales y, por tanto, no gozan de la protección imperativa

<sup>48</sup> Por ejemplo, una naviera señala, en la parte superior del anverso del conocimiento que, si no se pone expresamente que el conocimiento es "To the order of", no será un verdadero conocimiento de embarque, y, coherentemente con lo anterior, en la parte inferior del anverso especifica que: *"If this is a negotiable (To Order / of) Bill of Lading, one original Bill of Lading, duly endorsed must be surrendered by the Merchant to the Carrier (together with outstanding Freight) in exchange for the Goods or a Delivery Order. If this is a non-negotiable (straight) Bill of Lading, the Carrier shall deliver the Goods or issue a Delivery Order (after payment of outstanding Freight) against the surrender of one original Bill of Lading or in accordance with the national law at the Port of Discharge or Place of Delivery whichever is applicable"*.

que otorgan las RHV<sup>49</sup>. Es más, normalmente los condicionados para estos casos suelen someterse sólo a las Reglas de la Haya sin sus protocolos posteriores, lo que reduce de forma más que significativa el límite cuantitativo de responsabilidad<sup>50</sup>.

Esto hace que, cuando sea de aplicación el Derecho español, vayan a ser muchos los casos en que se aplique directamente el ALNM, y muy especialmente la parte que expresamente declara como imperativa el art. 264 ALNM, *haciendo nula la remisión a las Reglas de la Haya y volviendo a reintroducir de forma imperativa el límite cuantitativo de las RHV ex art. 269. 1 ALNM*<sup>51</sup>.

Pero es que, si se analizan los arts. 264 ss. ALNM, se comprueba fácilmente que son un híbrido entre RHV y las Reglas de Hamburgo de 1978<sup>52</sup>. Aunque esta influencia sea comprensible por la larga trayectoria prelegislativa que han tenido estos preceptos, lo cierto es que inmediatamente surge la pregunta: *¿No sería mejor en estos casos establecer que, cuando no sean de aplicación imperativa las RHV, lo sean las RR?* Obviamente, no como Tratado internacional, sino como normativa de origen interno<sup>53</sup>.

Somos conscientes de que existe una gran controversia en la Doctrina y en la práctica sobre la "bondad" de las RR y la conveniencia de que, finalmente, lleguen a entrar en vigor<sup>54</sup>. Sin embargo, *es evidente que las RR son*

<sup>49</sup> Véase la STS 3.3.1997 (RAJ 1638), que niega la aplicación del Convenio de Bruselas a una carta de porte marítimo al no ser un título equiparable a un conocimiento de embarque.

<sup>50</sup> Vid. por ejemplo, la siguiente cláusula: "(b) *This Bill of Lading shall be subject to the Hague Rules unless the governing law makes the Hague or the Hague-Visby Rules compulsorily applicable in which case the said Hague or Hague-Visby Rules will apply to this Bill of Lading only to the extent that they are compulsorily applicable*".

<sup>51</sup> Mayores dudas plantea si la responsabilidad *iuris et de iure* frente a terceros de lo establecido en el documento sería de aplicación. Aunque el art. 251. 1 ALNM se remite a los artículos siguientes en cuanto al régimen aplicable a estos documentos, entre los que se encuentra lo establecido en el art. 252.2 ALNM, en un *Express Bill of Lading* no creemos que deba de aplicarse. Y en un *seawaybill* tampoco, porque no pensamos que éste pueda calificarse como conocimiento electrónico del art. 250 ALNM porque un *seawaybill* normalmente no exige como requisito imprescindible la "presentación" de ningún conocimiento electrónico para retirar las mercancías.

<sup>52</sup> Conf. MARTÍNEZ SANZ, "La responsabilidad...", cit. pp. 360, 367; RECALDE CASTELLS, "Los contratos de utilización...", cit. p. 271.

<sup>53</sup> Conforme con la opción del legislador, RECALDE CASTELLS, *op. cit.* p. 271.

<sup>54</sup> Sin ánimo exhaustivo vid. ALCÁNTARA, J. M. "The Rotterdam Rules. Prelude or premonition?", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 25 ss.; SALINAS

globalmente más favorables para el cargador que las RHV, y, si ello es así, un país eminentemente cargador como España debería acogerse a los modelos normativos que incidan más en la protección de estos intereses.

Ciertamente las RR tienen importantes defectos, sobre todo en la oscuridad de su redacción y, en la regulación del retraso<sup>55</sup>, pero nadie puede negar que *extienden de forma sustancial el ámbito de cuestiones que, de forma imperativa, quedan sustraídas de la autonomía de la voluntad de las partes y que su límite cuantitativo de responsabilidad es superior a RHV e incluso a RH*. Autonomía de la voluntad que, en materia de fletamentos de mercancías determinadas, supone la imposición de condiciones generales de la contratación impuesta por los navieros a los cargadores. Con lo que restringirla será siempre bueno para estos últimos<sup>56</sup>.

ADELANTADO, C. "Armonías y desarmonías entre Rotterdam y el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima", en *ADM*, Vol. XXVII, 2010, p. 232; MESTRE, A. "La posición de los aseguradores de responsabilidad civil (P&I) ante las reglas de Rotterdam", en *ADM*, cit. pp. 254-255; EMPARANZA, "Presentación", en EMPARANZA (Dir.), *Las Reglas de Rotterdam...*, cit. pp. 17-19.

<sup>55</sup> Básicamente el problema radica en que, mientras el art. 21 RR establece que hay retraso si no se cumple el plazo pactado por las partes, el art. 267 ALNM, siguiendo la estela del art. 5. 2 RH, añade que habrá retraso también si se exceden del plazo razonable exigible según las circunstancias. Con lo que la pregunta es si, a contrario, el art. 21 RR ha excluido el retraso en casos en que no haya plazo de llegada pactado en el contrato (lo que en marítimo sucede casi en el 100% de los casos). Es censurable esta ambigüedad del art. 21 RR, pero creemos que puede y debe ser salvada interpretativamente considerando como *implied term* del transporte marítimo que las mercancías deben llegar en un plazo razonable, pasado el cual, llegan con retraso. Pone de manifiesto esta circunstancia GORRIZ, *op. cit.* p. 205.

<sup>56</sup> Sin ánimo exhaustivo, los artículos del contrato de fletamento de mercancías determinadas que se verían afectados por la imperativa aplicación de las RR serían: 1.- 212. 2 ALNM-14 RR; 2.- 218, 227 ALNM-13 RR; 3.- 219 ALNM-25 RR; 4.- 222 ALNM-24 RR; 5.- 228 ALNM-43-44 RR; 6.- 229 ALNM-27-28-29 RR; 7.- 232 ALNM-15 RR; 8.- 237 ALNM-49 RR; 9.- Sección 5ª.- Del conocimiento de embarque-8-10 RR; 10.- 246 ALNM-35 RR; 11.- 247 ALNM-37-38 RR; 12.- 248 ALNM-36,39 RR; 13.- 249 ALNM-57-58 y 50 a 56 RR; 14.- 253 ALNM-40 RR; 254 ALNM-30,31,33,34 RR; 15.- 256 ALNM-45 a 48 y 57 y 58 RR; 16.- 258 ALNM-42 RR; 17.- 264 ALNM-17 RR; 18.- 265 ALNM-1.6.7. RR y 19 y 20 RR; 19.- 266 ALNM-12 RR; 20.- 267 ALNM-21 RR; 21.- 269 ALNM-1, 18, 22, 24, 59, 61 RR; 22.- 270 ALNM-60-61 RR; 23.- 272 ALNM-23 RR; 24.- 273 ALNM-62 RR. Para un muy buen estudio comparativo, GORRIZ, "Estudio comparado...", cit. p. 201 ss.; y, centrado en el límite de responsabilidad, LÓPEZ RUEDA, F. C. "La limitación de responsa-

Por ello mismo, y aún se está a tiempo, nuestra sugerencia sería que, en sede de tramitación parlamentaria se añadiese un párrafo 3 al art. 264 ALNM que rezase: *“En los casos en que no sea imperativamente de aplicación el Convenio citado en el apartado anterior, lo será, como norma de Derecho interno, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo de 2009”*.

Con ello, insistimos, por un lado, aparte de ser mucho más coherentes desde un punto de vista de política legislativa, conseguiríamos dos efectos sin duda positivos, *que son, por un lado, el aumento del límite de indemnización y, por otro, una extensión muy significativa de los aspectos que imperativamente son regulados en el contrato de mercancías determinadas, evitando que, en un país eminentemente cargador como el nuestro, las condiciones generales de las navieras sean de aplicación preferente al régimen supletorio pero dispositivo del ALNM.*