

**EL CONTRATO DE FLETAMENTO Y SUS PRINCIPALES DIFERENCIAS CON EL
CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS***

José Vicente Guzmán E¹
María Mónica Pino S²

Contenido

INTRODUCCIÓN	3
1. Del contrato de fletamento	4
1.1 Origen y evolución del contrato de fletamento	5
1.2. Definición y régimen jurídico aplicable.....	7
1.3. Clases de fletamento.....	10
1.3.1 Fletamento a casco desnudo (Charter Party by Demise)	10
1.3.2. Fletamento por viaje (Voyage Charter Party).....	11
1.3.2.1. Características y principales elementos de negociación.....	12
1.3.2.2. Régimen jurídico	17
1.3.3. Fletamento por tiempo (Time Charter Party)	19
1.3.3.1. Características y principales elementos de negociación.....	20
1.3.3.2. Régimen jurídico	23
1.3.4. Otras clases de fletamento	24
2. Del contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque.....	25
2.1 Origen y funciones del conocimiento de embarque.....	25
2.2. Definición.....	27
2.3. Régimen jurídico internacional	28
2.4. Régimen jurídico nacional	31
3. Principales diferencias entre el transporte bajo póliza de fletamento y el transporte bajo conocimiento de embarque.....	33
3.1. Objeto del contrato.....	34
3.2. El transporte a carga total o parcial y el contrato de fletamento por viaje	39

* Este artículo fue presentado a la revista el día 20 de mayo de 2011 y fue aceptado para su publicación por el Comité Editorial el día 9 de junio de 2011, previa revisión del concepto emitido por el árbitro evaluador.

¹ Abogado de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Marítimo y del Transporte, University of Wales, College of Cardiff, Docente Investigador del Departamento de Derecho Comercial y Director de la Especialización en Derecho Marítimo

² Asistente de Investigación del área de Derecho Marítimo del Departamento de Derecho Comercial, quien tuvo a cargo la investigación bibliográfica y jurisprudencial, la elaboración del plan de trabajo, la redacción de apartes del artículo y la revisión general de estilo, redacción, metodología y fuentes del presente escrito

3.3. Obligaciones del fletante y del transportador	42
3.4. Responsabilidad del fletante y del transportador.....	44
3.5. Autonomía privada de las partes	44
3.6. Prescripción de la acción.....	45
3.7. Régimen tributario.....	45
CONCLUSIONES.....	49
BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN

Para transportar mercancías por mar usualmente se acude a dos tipos contractuales básicos, como son el contrato de fletamento y el contrato de transporte bajo conocimiento de embarque. En virtud de ambos contratos, el usuario puede acceder al servicio de una nave para trasladar sus mercancías de un puerto a otro. Sin embargo, se trata de dos modalidades de contratación, que si bien guardan elementos comunes en cuanto a su origen, tienen aplicaciones comerciales diferentes, así como un régimen jurídico distinto.

Ahora bien, es menester precisar que existen otros tipos contractuales para transportar mercancías por mar, como son el *contract of affreightment* (COA) y el contrato de transporte multimodal. Igualmente, hay contratos de fletamento que no se utilizan para obtener servicios de transporte de carga sino para aumentar la flota de un armador³, como es el caso del fletamento a casco desnudo (*bareboat charter party*).

En el presente escrito nos ocuparemos únicamente de los contratos de fletamento que constituyen instrumento para el transporte de cosas por mar, como son el contrato de fletamento por viaje (*voyage charter party*) y el contrato de fletamento por tiempo (*time charter party*), con el fin de exponer sus diferencias con el contrato de transporte bajo conocimiento de embarque (*bill of lading contract*).

Para este efecto, nos remitiremos al origen de cada una de dichas modalidades contractuales, a la normatividad que las regula, a su objeto, obligaciones y responsabilidad, con el fin de identificar sus diferencias sustanciales, las cuales tienen consecuencias específicas en aspectos tales como el régimen jurídico aplicable, la responsabilidad por el cuidado de la carga embarcada a bordo del buque, la prescripción de la acción derivada del incumplimiento del contrato y el régimen tributario.

Existen antecedentes doctrinales y jurisprudenciales sobre la materia, a los cuales haremos referencia, pero, sobre todo, aludiremos a recientes pronunciamientos jurisprudenciales que ameritan una actualización sobre el tema.

³ Art. 1473 C. de Co. Llámase armador la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.

1. Del contrato de fletamento

En el contexto del derecho marítimo internacional, el transporte de mercancías por mar se enmarca en una relación jurídica denominada genéricamente como *contract of affreightment*, cuya traducción literal al español es "contrato de fletamento"; sin embargo, su significado en español es muy distinto al que se le asigna en inglés, o mejor, en el derecho anglosajón.

En efecto, en términos generales, en dicho sistema jurídico la expresión *contract of affreightment*, o "contrato de fletamento", cobija las dos modalidades bajo las cuales se contrata usualmente el transporte marítimo de mercancías, es decir, el transporte bajo conocimiento de embarque y el transporte bajo póliza de fletamento⁴, cuyos regímenes jurídicos son sustancialmente distintos. La denominación genérica de "fletamento" surge del hecho de que en ambas modalidades contractuales el precio del servicio se conoce como flete.

Sin embargo, de manera más específica, la expresión *contract of affreightment* (bajo la sigla COA) también se utiliza en el comercio marítimo, con mayor frecuencia, para identificar un acuerdo en virtud del cual un armador se obliga al suministro de un número determinado o indeterminado de naves para el transporte de un tonelaje de mercancías – con un mínimo y un máximo–, durante un cierto período de tiempo⁵; es, en realidad, una especie de suministro de transporte, en el que no se identifican las naves que prestarán el servicio, sino que se señalan sus características técnicas, de modo tal que el armador puede cumplir con su obligación de suministro con la nave o las naves que se ajusten a la descripción técnica pactada en el contrato⁶.

En este escrito no trataremos esta clase de *contracts of affreightment* sino que nos limitaremos a hacer algunos comentarios sobre los contratos de fletamento, o en inglés *Charter Party Contracts*, para identificar sus principales diferencias con el contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque.

⁴ Cfr. JOHN WILSON, *Carriage of Goods by Sea*, Londres, Longman, 2001, p. 3.

⁵ PETER BRODIE. *Commercial Shipping Handbook*, Londres, Lloyd's of London Press, 1999, p. 103. "In its general sense a contract of affreightment is any contract for the hire of a ship. However, it has a specialized meaning, that is, a contract for a series of voyages involving bulk cargoes".

⁶ Sobre el COA (*contract of affreightment*) correspondiente a esta descripción, ver DAVID YATES, *Contracts for the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, vol. I, Londres. Lloyd's of London Press, pp. 1 a 157.

1.1 Origen y evolución del contrato de fletamento

Si bien es cierto existen varias similitudes o figuras en principio comunes al transporte bajo conocimiento de embarque y al transporte bajo póliza de fletamento, también lo es que existen diferencias fundamentales tanto en el objetivo comercial de cada uno de dichos contratos, como en cuanto a su tratamiento jurídico, que los han llevado a tomar rumbos diferentes y a tener una aplicación y una interpretación particular de cada uno de ellos. Una breve referencia al origen de cada una de estas modalidades contractuales nos aportará algunos elementos de juicio útiles para la comprensión del funcionamiento del contrato de fletamento y sus diferencias con el transporte bajo conocimiento de embarque.

En los inicios de la navegación comercial, como actividad independiente de la navegación militar, la utilización de embarcaciones por parte de los comerciantes no encerraba una relación jurídica de transporte. En efecto, en esa primera época el comerciante dueño de la carga era también propietario de la nave y asumía su conducción. Entonces, aunque de hecho existía transporte porque había traslado físico de mercancías, no existía contrato de transporte, porque cargador⁷ y transportador eran una misma persona. Existía lo que actualmente conocemos como un transporte marítimo privado⁸.

Posteriormente, el comerciante dueño de la carga ya no era el propietario de la nave sino que la tomaba en arrendamiento –o en fletamento a casco desnudo–, asumiendo su explotación comercial, así como su gestión náutica. En consecuencia, aún no se podía hablar de una relación de transporte. Se utilizaba entonces un contrato de arrendamiento (*locatio rei*): se contrataba la utilización de un bien, mas no la prestación de un servicio. Luego se utilizó también la primera forma de fletamento conocido, cual es el fletamento a casco desnudo, en el que aún no se contrata un servicio, sino simplemente el derecho a disponer temporalmente de la nave, asumiendo quien contrata su gestión náutica y comercial.

⁷ “Cargador” es la expresión utilizada en el derecho marítimo para identificar a la persona que celebra un contrato de transporte con un transportador y le entrega las mercancías para que sean embarcadas a bordo de la nave; en derecho colombiano se puede utilizar indistintamente la expresión “cargador”, como equivalente a “remitente”, en este contexto.

⁸ En derecho colombiano el artículo 2.º del Decreto 804 de 2001 define al transporte marítimo privado como “Aquel por medio del cual una persona natural o jurídica moviliza en naves o artefactos navales de su propiedad de bandera colombiana, personas o carga propia, siempre que estas pertenezcan al ámbito exclusivo del giro ordinario de su actividad económica”.

El siguiente paso en la evolución de la figura que nos ocupa tuvo lugar cuando el dueño de las mercancías ya no arrendaba la nave sino que contrataba con un armador la prestación de un servicio que consistía en poner a su disposición una embarcación para transportar sus mercancías, pero conservando el naviero el control sobre la gestión náutica. En este momento surge el contrato de fletamento tal como lo conocemos hoy en día; en esta fase de la evolución del fletamento el dueño de la carga acompañaba personalmente su mercancía o enviaba con ella a una persona de su confianza que recibía la denominación de "sobrecargo"⁹.

Para ese entonces la custodia sobre la carga no era transferida al armador, quien en realidad no adquiría obligaciones en relación con la carga sino únicamente en relación con la nave. Luego, con el tiempo, el armador también asumió la custodia de la mercancía, introduciendo estipulaciones contractuales que regulaban su responsabilidad en caso de daño o pérdida de la mercancía embarcada.

De este modo se configuró el contrato de fletamento como existe en la actualidad, y este se ha dividido en diversas clases, como son el fletamento a casco desnudo, el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo.

Posteriormente surgió la necesidad de contar con un documento que actuara como título representativo de las mercancías y permitiera su negociación durante el tránsito¹⁰. Fue entonces cuando surgió la figura del conocimiento de embarque, con su doble condición de recibo de las mercancías¹¹ por parte del transportador y título representativo de las mismas, lo cual permitía su venta en tránsito y su entrega por parte del naviero al tenedor legítimo de este documento en el puerto de destino.

⁹ Los arts. 1194 y ss. del Código de Comercio de Panamá contemplan la figura del sobrecargo, quien puede ser un representante del cargador, y en otros casos un representante del fletante de una nave. En el primer caso, deberá cuidar de la conservación de la carga. En términos comerciales, actualmente el sobrecargo es una persona empleada por el fletador de una nave para que supervise las operaciones de cargue y descargue de las mercancías. Cfr. PETER BRODIE. *OB. cit.*, p. 276: "A supercargo is a person employed by a shipping company (which may include a shipowner or charterer) to supervise cargo handling operations. Some charter-parties contain a clause giving the charterers the right to put their supercargo on board, paying an agreed amount per day for meals and accommodation".

¹⁰ Art. 767 C. de Co. La carta de porte y el conocimiento de embarque tendrán el carácter de títulos representativos de las mercancías objeto del transporte.

¹¹ Los artículos 1601 y 1602 del Código de Comercio colombiano señalan el contenido del conocimiento de embarque y la anotación de que la mercancía ha sido efectivamente embarcada a bordo de la nave, para que dicho documento adquiriera la condición legal de conocimiento de embarque; y en cuanto a su valor probatorio, el artículo 1603 dispone "[e]l documento de que tratan los artículos 1601 y 1602, será firmado por el transportador o su agente y servirá de prueba del contrato mismo de transporte y de que el transportador recibió la cosa en la forma, cantidad, estado y condiciones allí descritas".

A estas dos funciones del conocimiento de embarque se sumó la de servir de prueba escrita del contrato de transporte del cual fueron objeto los bienes amparados por el mismo¹², esto a su vez permitía al destinatario adquirente de dichos bienes y tenedor del conocimiento de embarque conocer los términos del contrato de transporte y ejercer cualquier reclamación por pérdida, daño o retraso en la entrega de la mercancía, en contra del transportador.

1.2. Definición y régimen jurídico aplicable

El fletamento es un contrato mediante el cual una de las partes, que puede ser el armador o quien, sin serlo, tenga el derecho a disponer del buque (armador disponente), y quien recibe el nombre de fletante, pone a disposición de la otra parte, que se denomina fletador, una nave determinada para la realización de un viaje acordado o por un período de tiempo específico, a cambio de un precio denominado flete, adquiriendo el fletador el derecho de utilizar la nave y explotarla comercialmente, en los términos y condiciones definidos en el contrato¹³.

La legislación colombiana define el contrato de fletamento en el artículo 1666 del C. de Co., pero dicha definición únicamente abarca el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo, dejando por fuera el fletamento a casco desnudo, al cual se le da tratamiento de arrendamiento de naves en los artículos 1678 y siguientes.

La definición legal del contrato de fletamento, en el derecho colombiano es la siguiente: *El fletamento es un contrato por el cual el armador se obliga, a cambio de una prestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador, en las condiciones que el*

¹² Art. 1603, *Ibíd.*

¹³ En sentencia de la CSJ Sala de Casación Civil, de 15 de mayo de 1992. M. P.: ALBERTO OSPINA BOTERO, se sostuvo: “En el negocio jurídico de fletamento intervienen, en la calidad de partes, el fletante y el fletador, y así los denomina la legislación colombiana al aludir a los elementos que debe contener el contrato y a los derechos y obligaciones que para uno y otro genera la mencionada convención (C. Co., arts. 1667 núm. 2, 1668 a 1671, 1673, 1675 y 1676), distinguiéndolos de tal manera que no puedan ser confundidos con las partes y con los derechos y obligaciones de los que participan en otros contratos marítimos, como el arrendamiento de naves (C. Co., arts. 1678 a 1687), a pesar de que en los primeros tiempos no aparecieron con los perfiles y las distinciones que hoy ofrecen en el derecho positivo nacional.

En el contrato de fletamento, el fletante es el armador, o el propietario de la nave, que cede el uso de la misma; el fletador es el que contrata el uso de la nave. Estos son, pues, los elementos personales del contrato, y en desarrollo de dicho negocio, contraen determinadas obligaciones, unas reguladas por la ley y, otras, acordadas por las partes, según sea el contrato de fletamento por tiempo o por viaje o viajes.”

contrato o la costumbre establezcan (art. 1666, C. de Co.).

Como puede observarse de la misma definición, el fletamento es un contrato en el que prima la autonomía privada de las partes, pues las condiciones en las que se realizarán el viaje o los viajes contratados son definidas en los términos y condiciones del contrato, o bien en la costumbre. En consecuencia, desde la misma definición del contrato, en el régimen legal colombiano, podemos concluir que las normas que regulan el contrato de fletamento son de carácter supletivo, pues sobre ellas primarán las estipulaciones de las partes y la costumbre.

Esto es consistente con lo que ocurre en el ámbito internacional, pues no existe una convención aplicable al contrato de fletamento; se trata, pues, de un contrato en el cual impera la autonomía privada de las partes.

Esto no quiere decir, sin embargo, que no exista derecho aplicable. Por el contrario, el derecho anglosajón, con base en los usos y costumbres del comercio marítimo se ha encargado de desarrollar figuras propias del fletamento, así como obligaciones implícitas del fletante y del fletador, las cuales son aplicables en ausencia de la estipulación en contrario. Adicionalmente, la jurisprudencia ha construido en diversos fallos normas de interpretación del contrato de fletamento, las cuales en el sistema jurídico anglosajón son de obligatorio cumplimiento y constituyen fuente primaria de derecho.

En cuanto a la legislación nacional, el Código de Comercio en su libro V, título X, artículos 1666 a 1677 regula el fletamento. Sin embargo, a excepción del artículo 1666 que define tanto el fletamento por viaje como el fletamento por tiempo, dicho título sólo contiene normas que son de aplicación exclusiva al fletamento por tiempo.

Mientras tanto, las reglas propiamente aplicables al fletamento por viaje están en la sección III del capítulo III del título IX, bajo el enunciado de “Transporte a carga total o parcial”. Además de la falta de técnica jurídica que esto implica, la ubicación de tales reglas dentro del título IX podría indicar que el legislador colombiano enfoca el fletamento por viaje como un contrato de transporte, tema del cual nos ocuparemos más adelante.

Sobre los requisitos legales que debe contener el contrato de fletamento, bien sea fletamento por viaje o fletamento por tiempo, la Corte Suprema de Justicia en

sentencia de 15 de mayo de 1992 señaló: “... en una y otra modalidad, el contrato deberá contener las exigencias legales siguientes: a) Los elementos de individualización y el desplazamiento de la nave; b) El nombre del fletante y del fletador; c) El precio del flete, y d) La duración del contrato, si el fletamento es por tiempo; o la indicación de los viajes que deben efectuarse, si el fletamento es por viaje o viajes (C. Co., art. 1667). Y en lo que toca con la prueba del contrato, éste deberá acreditarse por escrito, salvo que se trate de embarcaciones menores (C. Co., art. 1667, incs. 1.º y 6.º). Aquí es preciso aclarar, porque puede ofrecerse a confusión, que cuando la ley expresa que el contrato de fletamento ‘se probará por escrito’, esta afirmación no está indicando que dicho negocio jurídico sea solemne y que, por ende, deba entenderse que la consignación ‘por escrito’ sea un elemento *ad substantiam actus*, sino apenas una exigencia *ad probationem*, como acontece igualmente para el contrato de transporte marítimo (C. Co., art. 1578).”¹⁴

Pero, en todo caso, toda esta regulación contenida en el Código de Comercio es, evidentemente, de carácter supletivo, pues desde el inicio el artículo 1666 señala en forma expresa que las condiciones de cumplimiento del contrato serán las que estipulen las partes en el contrato respectivo, y en su defecto, la costumbre, aspecto que es consistente con el mandato general del artículo 4.º del Estatuto Mercantil, conforme al cual “las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles”.

En el comercio marítimo el contrato de fletamento se celebra mediante el ejercicio pleno de la autonomía privada de las partes, quienes discuten y acuerdan libremente los términos y condiciones de cada contrato, ya que no existe una norma internacional de carácter imperativo que regule el contrato de fletamento. En el mercado existen diversos modelos de contratos de fletamento, elaborados bien sea por conferencias marítimas, o por asociaciones de corredores de fletamento, asociaciones de fletadores o grandes fletadores. Estas formas están diseñadas para ser de aplicación general o para la aplicación específica a un tráfico determinado o al transporte de una mercancía particular.

Estos formatos sirven de base de negociación a las partes interesadas en celebrar un contrato de fletamento. Sus cláusulas pueden ser, y muy a menudo son, modificadas libremente por las partes para ajustar el formato a las particularidades del servicio por

¹⁴ Ibíd. CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de mayo de 1992.

contratar. Suele ocurrir que, al introducir estas modificaciones, se incluyen términos que contradicen otras cláusulas preimpresas en la forma, lo cual arroja dificultades en la interpretación del contrato.

En el fletamento a casco desnudo el formato más conocido es el Barecon A, 1974, elaborado por la Baltic and International Maritime Conference (BIMCO).

En el fletamento por viaje la forma más conocida es la Gencon, revisada en 1922 y 1976, también elaborada por BIMCO. Existen formas aplicables al transporte de bienes específicos como la Shellvoy 5 para el petróleo y la Gasvoy para el gas.

En el fletamento por tiempo la forma más utilizada es la New York Produce Exchange Form-NYPE, 1981, elaborada por la Asociación de Corredores de Fletamento y Agentes Marítimos de Estados Unidos. Así mismo, es de gran utilización la forma Balttime 1939, revisada en 1974, elaborada por BIMCO. Además existen formas para determinado tipo de bienes, tal como la *Shell Time* para el transporte de petróleo.

1.3. Clases de fletamento

Se entiende por clases o tipos de fletamento las diversas modalidades que toma este contrato. Estas modalidades son, fundamentalmente, el fletamento a casco desnudo, el fletamento por viaje y el fletamento por tiempo. Recientemente han surgido otras clases híbridas de fletamento que reúnen en un solo contrato características de los fletamentos por viaje y por tiempo, las cuales también enunciamos a continuación.

1.3.1 Fletamento a casco desnudo (Charter Party by Demise)

En esta modalidad de fletamento el armador/fletante pone a disposición del fletador el buque, con o sin tripulación, y al hacerlo se desprende de su calidad de armador y, en consecuencia, pierde toda influencia tanto en la gestión náutica como en la gestión comercial de la nave. El fletador, por su parte, asume la gestión náutica y la gestión comercial o explotación económica del buque, es decir, asume la condición de armador de la nave.

En realidad, el fletamento a casco desnudo constituye un arrendamiento de la nave. De

hecho, nuestro C. de Co. no contempla la figura del fletamento a casco desnudo sino que bajo el título de fletamento únicamente se refiere al fletamento por viaje y al fletamento por tiempo (ver art. 1666) y, por a parte, contempla la figura del arrendamiento de naves a partir del artículo 1678.

Dicha norma define al contrato de arrendamiento de nave como aquel en el que “una de las partes se obliga a entregar a la otra, a cambio de un precio, el uso y goce de una nave, por tiempo determinado”. El arrendamiento de naves dispone expresamente en el artículo 1682 que el arrendatario, en virtud del contrato, adquiere la calidad de armador¹⁵.

Tenemos entonces que el elemento principal para distinguir el fletamento a casco desnudo de los demás tipos principales del fletamento (por viaje y por tiempo) es el control sobre la gestión náutica del buque. Si este control permanece en cabeza del fletante estaremos frente a un fletamento por viaje o por tiempo, según el caso. Si por el contrario, este control es transferido al fletador en virtud del contrato, estaremos ante un fletamento a casco desnudo.

Este tipo de fletamento no se usa con la misma frecuencia del fletamento por viaje o por tiempo. Sin embargo, resulta de utilidad en caso que una empresa naviera desee aumentar temporalmente su flota, sin necesidad de adquirir un buque, pero teniendo control total sobre su manejo. De igual modo, en los últimos años se ha utilizado el fletamento a casco desnudo como elemento esencial de las operaciones de adquisición de buques por el sistema de leasing, en el que la compañía leasing es la propietaria de la nave, y la entrega a su cliente mediante un contrato de fletamento a casco desnudo.

Desde el punto de vista del transporte de mercancías, en el fletamento a casco desnudo el fletador es quien responde como transportador, por cuanto él es quien tiene el control sobre la gestión náutica y comercial del buque.

1.3.2. Fletamento por viaje (Voyage Charter Party)

En el fletamento por viaje el fletante conserva el control sobre la gestión náutica y comercial del buque y pone a disposición del fletador una nave determinada, en buen

¹⁵ Art. 1682 C. de Co. *El arrendatario tendrá la calidad de armador y, como tal, los derechos y obligaciones de éste.*

estado de navegabilidad, para realizar un viaje específico en el cual el fletador tiene derecho a embarcar mercancías propias o de terceros.

En el fletamento por viaje el fletador tiene una participación mínima en la gestión comercial del buque. Su obligación principal, además de pagar el flete, es embarcar carga en el buque y hacer los arreglos para que ésta sea recibida en el puerto de destino. El fletador también está obligado a pagar las demoras incurridas en las operaciones de cargue y descargue. Normalmente estas operaciones están a cargo del fletante aunque puede estipularse que estén a cargo del fletador (ver contrato Gencon, alternativa FIO, cláusula 5. b).

En el fletamento por viaje el flete se calcula y se paga bien sea mediante la determinación de una suma fija por el viaje contemplado, o mediante la fijación de una tarifa aplicada sobre el tonelaje de la carga embarcada.

1.3.2.1. Características y principales elementos de negociación

En el fletamento por viaje el fletador contrata la utilización de la nave para realizar un viaje determinado, durante el cual embarcará mercancías propias, de terceros, o bienes cuyo envío debe efectuar en cumplimiento de un contrato de compraventa en términos CIF; el fletante, por su parte, conserva tanto la gestión náutica como la gestión comercial de la nave. Por lo tanto, en el fletamento por viaje el fletante, además de las obligaciones en cuanto a la nave, normalmente adquiere en virtud de estipulaciones contractuales obligaciones en relación con la carga, lo cual hace difícil la distinción entre el contrato de fletamento y el contrato de transporte. Adicionalmente, el fletante adquiere obligaciones en relación con el cumplimiento del viaje contratado.

Las primeras cláusulas del contrato de fletamento identifican las partes (fletante y fletador), la nave y el viaje contratado. La identificación de la nave resulta fundamental para el fletador, sobre todo en cuanto a la información sobre su capacidad de carga. Esta capacidad se mide usualmente en términos de tonelaje de peso muerto, que indica el peso que la nave es capaz de transportar cuando está cargada al máximo, permaneciendo en los niveles de flotabilidad mínima exigidos. Hay ocasiones en que esta capacidad de carga expresada en tonelaje no es indicativa para el fletador, si éste se propone transportar carga de gran volumen y bajo peso, como algodón o textiles en

general, en este caso, será más útil expresar la capacidad de carga en términos de la capacidad cúbica de la nave. No obstante, no resulta contrario a la naturaleza del contrato de fletamento por viaje que las partes no individualicen la nave en el contrato mismo, sino que especifiquen sus características técnicas, de modo tal que el fletante, en un momento posterior, efectúa la determinación de la nave con la que se cumplirá el contrato.

En cuanto a la identificación del viaje, el contrato puede señalar expresamente los puertos de cargue y de descargue, si el fletador, al momento de celebrar el contrato, ya tiene completamente definido el viaje. En caso contrario, el fletador se reserva la facultad de designar dichos puertos posteriormente, bien sea de un listado incluido en el contrato o dentro de un área geográfica delimitada en el mismo.

El señalamiento de la carga por transportar puede ser específico o puede incluirse un listado o una clasificación de los bienes que el fletador puede embarcar en la nave fletada.

La denominación de la carga será específica cuando, por ejemplo, un vendedor en un contrato CIF fleta un buque para enviar la mercancía al lugar convenido en el contrato de compraventa. Por el contrario, si se trata de un fletamento en el cual el fletador explotará comercialmente la nave en una ruta determinada, normalmente se incluye una lista de los tipos de carga que puede embarcar, la cual usualmente está relacionada con las características y la especialidad del buque. Si se trata de un buque que puede recibir cualquier tipo de carga, entonces se incluye una cláusula según la cual el fletador puede embarcar cualquier carga cuyo transporte no esté prohibido.

Otra cláusula de uso frecuente es aquella en virtud de la cual el fletador se compromete a embarcar carga suficiente para llenar la capacidad del buque, salvo los porcentajes de merma normales según el tipo de carga. Esta cláusula está complementada con una estipulación según la cual el fletador está obligado a pagar flete muerto cuando la capacidad de carga del buque no se haya completado.

El contrato indica la tarifa del flete y la unidad de carga sobre la cual es calculada. Así mismo, es importante acordar el tiempo, lugar y forma de pago del flete, así como una estipulación que defina si el flete será calculado con base en el peso de la carga al

momento del embarque o al momento del desembarque. Esto porque hay ciertos materiales cuyo peso aumenta o disminuye durante el transporte, bien sea por evaporación, calentamiento, enfriamiento, absorción de humedad, etc. Otra forma de estipular el flete es acordando una suma fija que se paga independientemente del peso o la cantidad de la carga transportada (*lump sum*). De otra parte, es preciso definir en el contrato si el flete se debe pagar por adelantado (*pre-paid*) o si se debe pagar al momento de hacer entrega de la mercancía en destino (*collect*).

Hay casos en que el fletador pretende explotar el buque ofreciendo el servicio de transporte a terceros mediante la expedición de conocimientos de embarque, que pueden ser firmados por el propio fletador o su agente, o bien por el capitán en representación del fletador a través de autorización expresa en el fletamento. En estos casos se puede estipular que el flete será pagado por anticipado, en la medida en que el capitán expida los conocimientos de embarque a nombre del fletador. También es posible acordar que el flete será pagado en destino a la entrega de las mercancías, pero, en este evento, resulta conveniente estipular que el fletante tendrá derecho de retención sobre la carga hasta tanto no le sea cancelado el flete y trasladar la misma previsión a los conocimientos de embarque que sean expedidos.

Algunas formas estándar de fletamento por viaje, como la Gencon, cláusula 9, establecen que si los conocimientos de embarque son emitidos por orden del fletador a una tarifa de flete cuya sumatoria resulte inferior a la totalidad del flete acordado en el fletamento, el fletador está obligado a pagar al capitán la diferencia en dinero efectivo al momento de firmar los conocimientos de embarque.

La expresión de la moneda en que se pagará el flete es importante cuando el fletante debe a su vez sufragar los gastos de operación del buque en una moneda diferente, con el fin de tener en cuenta los costos adicionales que pueden resultar de la fluctuación entre las dos monedas.

Finalmente, es conveniente indicar si el flete acordado incluye las operaciones de cargue y descarga o si el valor de estas operaciones deberá ser cancelado por aparte, cuando son realizadas por el fletante.

Una de las cláusulas más importantes es la que indica el tiempo permitido para las

operaciones de cargue y descargue. Este tiempo se conoce como estadía (*lay days*) y está incluido en el flete. Si el tiempo de estadía se excede, el fletador debe pagar una sanción normalmente calculada por día; este tiempo de exceso se conoce como sobre-estadía y la sanción se conoce como demoras (*demurrage*). Las demoras son consideradas como una indemnización previamente acordada por los perjuicios que sufre el fletante por el retardo. Si aún el tiempo de demoras es excedido, entonces se incurre en tiempo de contra-estadía, durante el cual el fletador debe pagar al fletante daños por detención de la nave (*damages for detention*), los cuales no han estipulado previamente sino que son objeto de prueba.

Como podrá verse, un punto importante de negociación es la extensión del tiempo de estadía, el fletante siempre deseará que sea muy corto, mientras que el fletador, por el contrario, deseará que sea muy largo.

El aspecto crucial es definir el momento en que empieza a contarse el tiempo de estadía, para este efecto deben cumplirse tres condiciones, a saber:

- Que el buque haya llegado a puerto, según los requisitos acordados en el contrato.
- Que se haya dado una válida noticia de alistamiento (*Notice of Readiness –NOR–*).
- Que el buque, de hecho, esté listo para iniciar la operación.

Como el tiempo de estadía corre en contra del fletador, resulta indispensable que éste cuente con una razonable certeza acerca de la fecha en que el buque arribará a puerto para iniciar el cargue. El fletante, por su parte, siempre es renuente a comprometerse con una fecha específica, ya que normalmente al momento de celebrar el contrato la nave se encuentra cumpliendo un viaje contratado con anterioridad, cuya finalización puede estar sujeta a imprevistos. Por tal motivo, usualmente se estipula una fecha en que el buque se espera esté listo para cargar (*Estimated Time of Arrival –ETA–*), y, además, se indica otra fecha a partir de la cual si el buque no ha arribado o no está listo para cargar, el fletador está facultado para resolver el contrato (*cancelling date*).

La duración del tiempo de estadía se puede calcular en días y horas, o bien mediante la indicación de una cantidad mínima de carga que debe ser embarcada por día. Adicionalmente, pueden estipularse eventos de interrupción del tiempo de estadía tales como domingos, festivos o días de lluvia.

Cuando la operación de cargue sobrepase el tiempo de estadía, entonces el fletador está obligado a pagar demoras a una tarifa diaria que se expresa en el fletamento. Si no se ha estipulado una tarifa de demoras, o si el tiempo de demoras (sobre-estadía) ha expirado, el fletador está obligado a indemnizar al fletante todos los daños que haya sufrido a raíz de la detención del buque.

Por último, se acostumbra fijar una tarifa de premio al fletador por cada día que ahorre en el tiempo de estadía. Esta tarifa es normalmente el 50% de la tarifa acordada por demoras.

Además de las anteriores, el fletamento normalmente incluye otras cláusulas estándar tales como las relativas al pago de los seguros, los riesgos de guerra, libertades para desviar la ruta, entre otras.

Además, con frecuencia se incluye una cláusula de responsabilidad del fletante por el cuidado de la carga. Esta cláusula es objeto de mención expresa porque, como veremos más adelante, en principio el contrato de fletamento tiene un objeto distinto al contrato de transporte.

De otra parte, normalmente el fletador está facultado para exigir al capitán la expedición de conocimientos de embarque por la carga que sea embarcada en la nave, o bien para expedir él mismo, o a través de su agente, dichos conocimientos de embarque en representación del capitán, y, por ende, del fletante. Cuando el fletador no desea comprometer su responsabilidad como transportador frente a terceros, sino que únicamente desea explotar la nave consiguiendo carga y entregándola al fletante, entonces normalmente se incluye una cláusula que expresamente indica que la responsabilidad del fletador cesa al momento de ser embarcada la carga, momento a partir del cual corresponde al fletante la expedición del conocimiento de embarque y es él quien debe responder frente a los terceros por el transporte. Al incluir esta cláusula, que recibe el nombre de *cesser clause*, la única obligación del fletador es conseguir carga y

responder al fletante por el pago del flete.

1.3.2.2. Régimen jurídico

El Código de Comercio define el contrato de fletamento por viaje en el artículo 1666, atrás transcrito, con el cual se inicia el título X del libro V de dicho ordenamiento, bajo el título “Del fletamento”. Luego, en los artículos 1667 a 1676, dicho título contiene las normas que usualmente resultan aplicables a un contrato de fletamento por tiempo; finalmente, el artículo 1677, con el que finaliza el citado título X, y que trata de la prescripción de las acciones, vuelve a mencionar el contrato de fletamento por viaje, el cual se encuentra sujeto al término de prescripción de un año allí consagrado, y señala la forma como dicho plazo debe computarse.

Sin embargo, el mismo Código de Comercio, en el título IX del libro V, denominado “Del transporte marítimo”, incluye una sección III (arts. 1652 a 1665) que, bajo el nombre de “Transporte a carga total o parcial”, contiene disposiciones que usualmente corresponden al contenido obligacional de un contrato de fletamento por viaje. En efecto, en dicha sección se establecen normas sobre la estadía, la sobre-estadía y la contra-estadía, que como vimos anteriormente, es una de las estipulaciones normalmente insertas en un fletamento por viaje. No obstante, dicha sección, no regula otros aspectos determinantes y esenciales de un contrato de fletamento por viaje, como por ejemplo, la identificación del viaje contratado, la fecha de llegada del buque al puerto de origen del viaje, las cargas permitidas o prohibidas, el aviso de alistamiento a la llegada de la nave al puerto de origen, la determinación y forma de pago del flete, la obligación de navegabilidad del fletante respecto de la nave, las obligaciones del fletante respecto de la carga y su responsabilidad en caso de su daño o pérdida, ni las obligaciones del fletador.

Estas normas del denominado contrato de “transporte a carga total o parcial” no serían, entonces, suficientes para regular un contrato de fletamento por viaje. Y por otra parte, el título X del mismo libro V sí menciona en forma expresa este tipo contractual, lo define y le impone un término de prescripción de un año, pero no desarrolla los demás elementos del contrato, concentrándose en algunas de las características del contrato de fletamento por tiempo.

¿Cuál sería, entonces, el régimen jurídico aplicable al contrato de fletamento por viaje en

el derecho colombiano? Creemos que en nuestro ordenamiento jurídico la configuración de los elementos del contrato de fletamento por viaje se dejan a la libre autonomía privada de las partes, pues el artículo 1666 del Código de Comercio, tras definir este tipo contractual, señala en forma expresa que en virtud de este contrato “... el armador se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos [...] en las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”.

Ahora bien, ¿el denominado contrato de transporte a carga total o parcial es distinto al contrato de fletamento por viaje? A nuestro juicio, efectivamente se trata de dos contratos distintos.

El transporte a carga total o parcial es un contrato de transporte que se caracteriza porque el cargador (o remitente) se obliga a entregar al transportador una cantidad de mercancías que ocupan la capacidad total o una capacidad parcial significativa de la nave con la que se ejecutará el contrato; el transportador, por su parte, se obliga a transportar las mercancías en el puerto de origen y a entregarlas en el puerto de destino. Este contrato está sujeto a las normas propias del contrato de transporte marítimo de mercancías contenidas en la sección I del título IX del libro V del Código de Comercio (arts. 1578 a 1633). Si se expide un conocimiento de embarque, entonces a este tipo de transporte también se aplicarán las normas especiales del contrato de transporte bajo conocimiento de embarque, contenidas en la sección II del título IX (arts. 1634 a 1651). Por tratarse de un contrato de transporte, a la modalidad contractual denominada “transporte a carga total o parcial” se aplicará el término de prescripción de la acción de dos años, consagrado en el artículo 993 del Código de Comercio para todos los contratos de transporte.

Por el contrario, el contrato de fletamento por viaje se rige por las disposiciones del título X del libro V del Código de Comercio (Del fletamento), en las que respecto del fletamento por viaje únicamente se ocupan de su definición (art. 1666) y de la fijación del término de prescripción de las acciones derivadas de su incumplimiento (art. 1677). Los demás elementos del contrato se dejan a la libre determinación de las partes, por mandato expreso del artículo 1666 al deferir a las partes las condiciones de ejecución del viaje contratado. En consecuencia, el régimen jurídico del contrato de fletamento por viaje estará determinado por las estipulaciones contractuales que hayan acordado las partes, y

la prescripción de las acciones será de un año.

1.3.3. Fletamento por tiempo (Time Charter Party)

En el fletamento por tiempo el fletante conserva la gestión náutica del buque, pero es el fletador quien controla su gestión comercial. El fletante pone a disposición del fletador la nave, en buen estado de navegabilidad, por un tiempo determinado, durante el cual el fletador está facultado para dar al capitán las instrucciones relativas a los viajes que debe realizar. Estas instrucciones, sin embargo, sólo se relacionan con la explotación comercial de la nave, conservando el fletante, a través del capitán, la facultad de apartarse de ellas si las mismas son contrarias a la adecuada navegación del buque.

El fletador normalmente se hace cargo de todos los gastos necesarios para el cumplimiento de sus instrucciones tales como el costo del combustible, los derechos de puerto y el costo de las operaciones de cargue y descargue (art. 1669 C. de Co.).

De igual modo, el fletador está obligado a indemnizar al fletante por la responsabilidad que sea declarada en su contra a raíz de los conocimientos de embarque que hayan sido firmados por el capitán siguiendo instrucciones del fletador (art. 1675 C. de Co.)¹⁶.

¹⁶ Ob. Cit. CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de mayo de 1992. "... En el contrato de fletamento por tiempo (time charter) [...] el fletante, según la legislación pertinente, contrae las siguientes obligaciones: a) Entregar la nave en el lugar y la fecha acordada. Con todo, el fletante no está obligado a emprender un viaje en que se exponga la nave o las personas a un peligro no previsible al momento de la celebración del contrato, como también cuando la duración previsible del viaje exceda considerablemente el término acordado en el contrato (C. Co., art. 1670); b) A entregar la nave en estado de navegabilidad para el cumplimiento del contrato (C. Co., art. 1688), y c) A armar y equipar la nave (C. Co., art. 1688).

... En lo que se relaciona con el fletador, respecto del fletamento por tiempo, corren de su cargo las obligaciones siguientes: a) Pagar el flete por mensualidades anticipadas, salvo estipulación o costumbre en contrario (C. Co., art. 1672). En caso de que se haga imposible utilizar la nave por causa no imputable al fletador, éste no deberá el precio durante el tiempo del impedimento, como cuando la nave estuvo sometida a reparaciones (C. Co., art. 1673, incs. 1º y 3º). Con todo, en caso de demora por riesgo de mar o por accidente imprevisto de la carga o por orden de autoridad nacional o extranjera, se deberá el flete durante el tiempo que dure el impedimento, con deducción de los gastos ahorrados por el fletante a consecuencia de la no utilización de la nave (C. Co., art. 1673, inc. 2º). Y en caso de pérdida de la nave, el fletador deberá pagar el flete hasta el día de la pérdida de la misma, salvo que en el contrato se hubiera acordado otra cosa (C. Co., art. 1674); b) También corren de cargo del fletador, en el fletamento por tiempo, los gastos de aprovisionamiento de combustible, agua y lubricantes necesarios para el funcionamiento de la nave, más las expensas inherentes al empleo comercial de la nave, incluidas las tasas de anclaje, canalización y otras semejantes (C. Co., art. 1669). Y esta obligación de cargo del fletador es razonable, porque él tiene la gestión comercial de la nave (C. Co., art. 1675), aunque no tiene la gestión náutica de la misma, que continúa en cabeza del fletante y la desarrolla a través del capitán, como se desprende de la primera parte del inciso 1.º del artículo 1670 del Código de Comercio, y c) Al vencimiento del contrato de fletamento por tiempo, el fletador está obligado a restituir la nave al fletante en el lugar acordado en dicha relación contractual. Para este efecto, se debe tener en cuenta la

El flete es calculado con base en una tarifa que se causa diariamente. Su causación puede verse suspendida ante la ocurrencia de ciertos eventos descritos en el contrato, que imposibilitan al fletador la explotación de la nave (*off-hire clause*) [art. 1673 C. de Co.].

1.3.3.1. Características y principales elementos de negociación

En el contrato de fletamento por tiempo el fletante pone una nave a disposición del fletador por un tiempo definido, durante el cual el fletador está en libertad de utilizarla para sus propios propósitos comerciales, dentro de los límites geográficos expresados en el contrato y en relación con el tipo de carga estipulado en el mismo, si es el caso.

Esta diferencia en el objetivo comercial del contrato hace también que las cláusulas del contrato de fletamento por tiempo sean diferentes a las del fletamento por viaje, aunque conservan algunas características comunes tales como las obligaciones implícitas de navegabilidad y de proceder con razonable diligencia en los viajes, por parte del fletante, y las de designar un puerto seguro y no embarcar bienes peligrosos, por parte del fletador.

En el fletamento por tiempo el fletador controla la gestión comercial del buque, quedando su gestión náutica a cargo del fletante a través de su capitán. Por tal motivo, el fletador es normalmente responsable de todos los gastos inherentes a dicha explotación comercial de la nave tales como gastos de combustible, derechos portuarios, mantenimiento y limpieza de las bodegas, así como de los costos de las operaciones de cargue y descargue.

Por tal razón, uno de los aspectos más importantes del fletamento por tiempo es la descripción del buque fletado. Con base en dicha descripción, y sus características, el fletador puede calcular cuál es la explotación comercial que puede dar a la nave, para negociar el flete y así asegurar la rentabilidad de la operación. De allí la importancia de indagar y estipular claramente en el contrato cuál es la velocidad del buque, su capacidad

hipótesis que contiene el artículo 1671 del Código de Comercio, o sea, cuando el último viaje excede el tiempo de duración del contrato, en cuyo caso se restituirá al arribo de la nave.”

de carga, el nivel de consumo de combustible, sus aparejos, etc.

La duración del fletamento se estipula en forma expresa en el contrato mediante la indicación de un período de días, meses o años. Sin embargo, en la práctica frecuentemente ocurre que dicho período no puede cumplirse exactamente por cuanto es muy difícil calcular la duración exacta del último viaje, esto implica que muy a menudo el buque será entregado nuevamente al fletante antes o después de la expiración del tiempo acordado. Si a esto le sumamos el hecho de que el mercado de los fletes está sujeto a constantes fluctuaciones, inevitablemente surgirá un conflicto en cuanto a la tarifa de flete que deberá pagar el fletador por el tiempo adicional de utilización de la nave.

Para solucionar este problema, en el fletamento normalmente se incluye una cláusula que otorga al fletador un período adicional de gracia para la entrega del buque, después de la fecha de vencimiento del plazo inicialmente acordado. De este modo, la utilización del buque durante este período de gracia causará flete a la tarifa acordada en el contrato. Pero la utilización del buque, vencido este período de gracia, deberá pagarse a la tarifa de flete vigente en el mercado. Si de hecho no existe este tipo de cláusula en el contrato, los tribunales normalmente se inclinan a aceptar que la misma es implícita al contrato¹⁷⁻¹⁸.

El flete se debe pagar durante todo el tiempo de vigencia del contrato, independientemente de si el fletador hizo uso del buque o no. Sin embargo, normalmente se incluye una cláusula que contempla la suspensión del pago del flete en los casos en que el fletador no pueda hacer uso del buque debido a la ocurrencia de un accidente o una deficiencia en su funcionamiento que sea imputable al fletante, sin importar si hubo o no culpa de su parte. Dicha cláusula especifica los casos en que hay lugar a suspensión

¹⁷ MICHAEL WILFORD, TERENCE COGLIN y JOHN D. KIMBALL. *Time Charters*; Lloyd's of London Press, 4.^a ed., Londres, 1995, p. 126: "Where the charter is for a simple stated period, such as 'six months' or 'two years', the courts will imply a reasonable margin. This is the result of a recognition that it is not commercially practicable for the charterers in making their voyage planning to calculate exactly the day on which the final voyage will end and the ship be ready for redelivery. Where such a margin is implied the charterers, as explained above, are not in breach if they send the ship on a final voyage which can reasonably be expected to end before the stated period itself but within the implied margin [...] A margin will also be implied where the period of the charter is stated as a range – such as 'four to six months' – or where a range of dates is give for redelivery".

¹⁸ En derecho colombiano, el artículo 1670 del C. de Comercio establece: El fletante por tiempo determinado no estará obligado a emprender un viaje en que se exponga a la nave o a las personas a un peligro no previsible al momento de la celebración del contrato. Del mismo modo, no estará obligado a emprender un viaje, cuya duración previsible exceda considerablemente, en relación con la duración del contrato, al término de éste.

Salvo el caso de fuerza mayor, el exceso sobre la duración del contrato impondrá al fletador la obligación de pagar un flete adicional calculado en proporción al precio del contrato.

del flete, los cuales se interpretan en forma taxativa. Otra frecuente provisión es que este tipo de cláusulas faculta al fletador para deducir del pago de la siguiente cuota del flete el valor correspondiente al tiempo en que la causación de dicho flete estuvo suspendida.

El flete normalmente se calcula sobre la base de una suma fija por tonelada de peso neto de registro del buque durante un tiempo específico. Normalmente se debe pagar por adelantado, mediante la fijación de cuotas mensuales. Se acostumbra incluir en el contrato una cláusula y determinar la moneda en que se debe pagar el flete, y en el caso de que existan frecuentes fluctuaciones en el tipo de cambio se acostumbra también incluir una previsión sobre una tasa fija de cambio entre la moneda en que se debe pagar el flete y otra moneda de referencia.

En principio, el fletante no puede dar por terminado el contrato en el caso de retraso en el pago del flete por parte del fletador, salvo que el retraso sea tan prolongado que se considere frustrado el objeto del contrato. Pero, debido a que el mercado de los fletes está sujeto a constantes fluctuaciones, normalmente el contrato incluye una cláusula en virtud de la cual, ante el retraso del fletador en el pago del flete, el fletante tiene la facultad de retirar el buque del servicio y dar por terminado el contrato ante el incumplimiento del fletador.

En la práctica se ha abusado de esta cláusula cuando, en un mercado de fletes en ascenso, el fletante utiliza la más mínima demora en el pago del flete para retirar el buque y así poder comprometerlo en un nuevo fletamento con la tarifa más alta que impera en ese momento en el mercado y, por ende, con una mayor rentabilidad. Para evitar esta práctica, se incluye en los fletamentos una cláusula según la cual el fletante, antes de retirar el buque, debe dar al fletador un aviso anticipado sobre sus intenciones.

Otra cláusula acostumbrada es aquella que otorga al fletador expresamente el derecho de utilizar la nave y un compromiso del capitán de seguir las órdenes del fletador, dentro de los límites comerciales señalados en el contrato y dentro de los límites de seguridad que la gestión náutica del buque requiera. El fletador está autorizado expresamente a solicitar al capitán que expida y firme conocimientos de embarque por las mercancías de terceros que son embarcadas en ejercicio del fletamento. Como estos conocimientos a su vez constituyen un contrato de transporte diferente al fletamento, y son entregados a terceros, esta cláusula siempre prevé que el fletador deberá indemnizar al fletante por

cualquier perjuicio o cualquier responsabilidad que sea declarada en su contra con base en los conocimientos de embarque expedidos por el capitán a solicitud del fletador.

Por último, el contrato exige normalmente que el fletador mantenga al buque en buen estado durante todo el tiempo del fletamento, en cuanto a los gastos que deben correr por su cuenta por estar relacionados con la gestión comercial de la nave. El fletador, al término del contrato debe entregar nuevamente el buque al fletante en buen estado, o en el mismo estado en que lo recibió, exceptuando el desgaste normal por el uso. El fletador deberá indemnizar al fletante por cualquier daño causado a la nave por su culpa o la de sus dependientes.

1.3.3.2. Régimen jurídico

El título X del libro V del Código de Comercio contiene normas especiales aplicables al contrato de fletamento por tiempo que, nuevamente, tienen carácter supletivo, pues el artículo 1666 dispone que en el fletamento el cumplimiento de las obligaciones de las partes estará determinado por las condiciones del contrato o por la costumbre.

Por lo tanto, al igual que en el fletamento por viaje, en el contrato de fletamento por tiempo el régimen jurídico aplicable es, en primer lugar, el contenido de las estipulaciones contractuales; en su defecto, se deberá acudir a la costumbre, y finalmente, a la ley (arts. 1666 a 1677 C. de Co.).

Dichas normas contienen, también de modo parcial, algunas de las obligaciones de las partes en un contrato de fletamento por tiempo, tales como la obligación de navegabilidad del armador (art. 1668), los gastos que están a cargo del fletador (art. 1669), el período del fletamento (arts. 1670 y 1671), la forma del pago del flete (art. 1672), los casos de suspensión del flete u *off-hire clause* (art. 1673), las consecuencias de la pérdida de la nave (art. 1674), el empleo de la nave por parte del fletador (art. 1675) y la prescripción de la acción (art. 1677).

Al igual que en el contrato de fletamento por viaje, la prescripción de las acciones derivadas del incumplimiento del fletamento por tiempo es de un año, contado a partir de la fecha de terminación del contrato, o de la finalización del último viaje, si es posterior (art. 1677).

Al comparar los temas objeto de regulación en el Código de Comercio colombiano respecto del contrato de fletamento por tiempo, frente a los diferentes elementos ya expuestos que deben tenerse en cuenta en un acuerdo de este tipo, puede observarse que la regulación legal de este contrato en el ordenamiento jurídico colombiano es parcial, por lo que siempre las partes deberán negociar cuidadosamente y acordar, por escrito, los términos y condiciones de ejecución de un contrato de fletamento por tiempo. En todo caso, reiteramos que dicha regulación legal es eminentemente supletiva, pues por mandato del artículo 1666 primarán sobre ella las estipulaciones de las partes y la costumbre.

1.3.4. Otras clases de fletamento

La práctica ha venido desarrollando otras clases de fletamento que combinan características propias a las dos anteriores. Estas clases son:

1.3.4.1. Fletamento por tiempo para viaje específico. Se trata de un fletamento por tiempo en el cual se acuerda, además, el viaje específico que hará la nave. El flete no es calculado como una suma fija sobre las unidades de carga embarcadas en el viaje, sino que se paga según el tiempo que efectivamente ha durado el viaje desde el cargue en el puerto de origen hasta el descargue en el puerto de destino. De este modo, el fletante traslada al fletador el riesgo y el costo de las demoras que pueden ocurrir durante la ejecución del viaje contratado. Cuando el puerto de destino queda ubicado en un sitio aislado donde es improbable que el fletante obtenga carga de compensación, también se acostumbra estipular que el flete se debe seguir pagando, después del descargue, hasta cuando el buque llegue a las rutas comerciales normales.

1.3.4.2. Fletamento por viajes consecutivos. Se trata de un fletamento por viaje en el cual la nave es fletada por un cierto tiempo, durante el cual el fletante está obligado a efectuar un número plural de viajes ya especificados en el contrato.

1.3.4.3. Fletamento de largo plazo. Es un contrato de fletamento en el cual el

fletante se obliga a transportar una específica cantidad de un determinado producto a granel dentro de ciertos puertos determinados y en un tiempo específico, para lo cual está en libertad de utilizar las naves que él mismo escoja.

Ninguno de estos tipos contractuales está contemplado en la legislación comercial colombiana; sin embargo, su descripción permite clasificarlos como variantes, bien del contrato de fletamento por viaje, ya del contrato de fletamento por tiempo. Por lo tanto, acudiendo a la libertad contractual consagrada en el artículo 1666 del Código de Comercio, los particulares bien pueden estructurar un negocio jurídico con estas características, dentro del marco general regulatorio de los contratos de fletamento. En consecuencia, a un contrato con características como las descritas, le resultarían aplicables, en primer lugar las estipulaciones contractuales, en segundo lugar la costumbre, y en tercer lugar, las disposiciones del título X del libro V del Código de Comercio (arts. 1666 a 1677), incluyendo obviamente, el término de un año para la prescripción de las acciones derivadas de su incumplimiento.

2. Del contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque

La segunda modalidad o tipo contractual utilizado para el transporte de cosas por mar es el contrato de transporte bajo conocimiento de embarque. Es un contrato cuyo objeto es el traslado físico de mercancías de un puerto a otro, y su entrega al destinatario (art. 981 C. de Co.). Este contrato tiene una regulación especial tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, y estos tienen el carácter de norma imperativa; es decir, que en el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, a diferencia del fletamento, las partes no están en libertad de determinar las condiciones de ejecución del contrato, sino que sus derechos y obligaciones están consagradas en la ley.

2.1 Origen y funciones del conocimiento de embarque

Tras la existencia del contrato de fletamento, y con el desarrollo de las compraventas de mercancías en origen en el comercio marítimo (compraventas CFR y CIF), surgió la necesidad de contar con un documento que actuara como título representativo de las mercancías y permitiera su negociación durante el tránsito marítimo entre el puerto de

embarque y el puerto de desembarque. Fue entonces cuando surgió la figura del conocimiento de embarque, con su doble condición de recibo de las mercancías por parte del transportador y título representativo de las mismas, lo cual permitía su venta en tránsito y su entrega por parte del armador al tenedor legítimo de este documento en el puerto de destino.

A estas dos funciones del conocimiento de embarque se sumó la de servir de prueba escrita del contrato de transporte de cual fueron objeto los bienes amparados por el mismo, lo cual a su vez permitía al destinatario adquirente de dichos bienes y tenedor del conocimiento de embarque conocer los términos del contrato de transporte y ejercer cualquier reclamación por pérdida, daño o retraso en la entrega de la mercancía.

Cabe anotar desde ahora cómo la existencia simultánea de dos documentos diferentes que evidencian un solo contrato para el transporte de mercancías, cuyas principales características, al menos hasta ese momento, eran similares, se encuentra justificada por la diversa utilización comercial que se le daba a la póliza de fletamento y al conocimiento de embarque.

La póliza de fletamento era –y es– utilizada para los casos en que el embarcador de la carga, quien adquiere la denominación de fletador, está interesado en ocupar la capacidad total de la nave, o bien una capacidad parcial significativa de la misma.

Por el contrario, el conocimiento de embarque, además de sus funciones de recibo y de título representativo de las mercancías, demostró su utilidad como modalidad del contrato de transporte de mercancías por mar para aquellos casos en que el volumen de la carga no era significativo frente a la capacidad del buque, lo cual obligaba al naviero a recibir carga de varios embarcadores y celebrar con cada uno de ellos un contrato de transporte independiente, aunque similar, o mejor, idéntico en sus términos y condiciones.

Hasta este momento de su desarrollo el contrato de transporte marítimo de mercancías no estaba sujeto a norma imperativa alguna y sus términos y cláusulas eran de libre negociación entre las partes, con base en la autonomía privada que fundamenta todo negocio jurídico. Sin embargo, es evidente que el poder de negociación de un embarcador que desea ocupar el espacio total de una nave, mediante una póliza de fletamento, es mucho mayor que aquel de un embarcador que sólo tiene una pequeña

cantidad de carga para remitir y acude a un contrato bajo conocimiento de embarque.

Esta circunstancia hizo prosperar la inclusión de excepciones a la responsabilidad del transportador en el contrato bajo conocimiento de embarque, el cual, en la práctica, se convirtió en un contrato de adhesión, cuyos términos eran impuestos por el naviero sin que el embarcador tuviera una posibilidad real de discutir las condiciones en que se desarrollaría el transporte. El abuso de estas excepciones de responsabilidad del transportador generó paulatinamente una reacción de cargadores y aseguradores, quienes buscaban el establecimiento de unas reglas claras en materia de responsabilidad del transportador que fueran respetadas por todos.

2.2. Definición

No existe en el ordenamiento jurídico colombiano una definición del contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque. Por lo tanto, se aplica la definición general que trae el inciso 1.º del artículo 981 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1.º del Decreto 01 de 1990:

El transporte es un contrato por medio del cual una de las partes se obliga para con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario".

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 24 de junio de 1988, definió el contrato de transporte marítimo de mercancías, así:

El contrato de transporte marítimo de carga, es aquella especie de contrato de transporte en virtud del cual una de las partes se obliga con otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro por mar, en embarcaciones (determinadas o indeterminadas) mayores o menores y en el plazo fijado, ciertas cosas o mercancías (carga total o parcial) y entregarlas al destinatario (arts. 1597, 1578, 981 y 1008 C. de Co.)¹⁹.

Teniendo en cuenta esta definición jurisprudencial, los artículos 981 y 982 del Código de Comercio, y los elementos propios del transporte marítimo contenidos en diversas normas del título X del libro V del Código de Comercio, podemos intentar la siguiente definición.

¹⁹ CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de junio de 1988. M. P.: PEDRO DE LAFONT PIANETTA.

El transporte de cosas por mar es un contrato en virtud del cual una de las partes, denominada transportador, se obliga para con la otra, denominada cargador, a cambio de un precio, llamado flete, a conducir de un puerto a otro mercancías –bien sea cosas singulares, o una carga total o parcial, o bienes embalados en contenedores u otra unidad de carga–, en una nave determinada o indeterminada que puede prestar servicio de líneas regulares o de viajes ocasionales, en el plazo acordado o en el término usual o acostumbrado, por la ruta acordada o la razonablemente más directa, y a entregarlas en el puerto de destino al destinatario o consignatario designado por el cargador, en el mismo estado en que las recibió.

Como puede observarse, la definición no menciona el conocimiento de embarque, por cuanto su expedición es, en realidad, una de las obligaciones del transportador marítimo, conforme lo indica el artículo 1635 del Código de Comercio²⁰.

2.3. Régimen jurídico internacional

La primera manifestación de un régimen jurídico especialmente aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque la constituyó el Harter Act de 1893 en Estados Unidos, que tradicionalmente ha sido un país que representa más los intereses de los cargadores que de los armadores. Posteriormente, en 1921, fueron redactadas las Reglas de La Haya, como normas de voluntaria aceptación, con el propósito de que fueran incorporadas voluntariamente en los conocimientos de embarque. Por último, sobre la base de las anteriores reglas se redactó y firmó la Convención de Bruselas de 1924 para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimientos de Embarque, en la cual se estableció un régimen de derechos, obligaciones y responsabilidad en el transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, de carácter imperativo, el cual, por lo tanto, debe ser respetado en todos los contratos que se realicen con esta modalidad, de modo que cualquier estipulación contractual en contrario a su contenido se entiende absolutamente nula. Esta Convención, que se conoce internacionalmente con el nombre de Reglas de La Haya, fue modificada parcialmente por el Protocolo de Visby de 1968 y el texto

²⁰ Art 1635, C. de Co.: Recibidas las mercaderías, el transportador deberá, a solicitud del cargador entregarle un conocimiento de embarque debidamente firmado por dicho transportador, o por su representante, o por el capitán de la nave.

integrado es conocido internacionalmente como Reglas de La Haya-Visby.

De otra parte, a partir del 1.º de noviembre de 1992 entró en vigencia internacional la Convención de la ONU de 1978 sobre transporte de mercancías por mar, conocida como Reglas de Hamburgo, la cual propone un régimen distinto al de las Reglas de La Haya-Visby, pero conserva su característica de constituirse en normas inmodificables por acuerdos privados entre las partes.

Esto implica que en la actualidad existen tres convenios internacionales vigentes aplicables al contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, a saber:

- Las Reglas de La Haya²¹
- Las Reglas de La Haya-Visby²²
- Las Reglas de Hamburgo²³

De otra parte, el 23 de septiembre de 2008 se firmó en la ciudad de Rotterdam un nuevo convenio internacional, elaborado con los auspicios de UNCITRAL, que se espera reemplace a todos los anteriores y unifique, por fin, el derecho aplicable al contrato de transporte de mercancías por mar. Este convenio se conoce como las Reglas de Rotterdam, y requiere de la ratificación de veinte países para que entre en vigencia internacional.

Es decir, que el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque está regulado internacionalmente por normas de orden público de cuyo contenido las partes no pueden sustraerse mediante acuerdos contractuales de carácter privado. Esta constituye la principal diferencia respecto del transporte con póliza de fletamento, el cual continúa siendo un contrato cuyos términos pueden ser libremente negociados y acordados entre las partes. No existe convención internacional que regule

²¹ Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmado en Bruselas en 1924.

²² Convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, firmado en Bruselas en 1924, modificado por el Protocolo de Bruselas de 1968.

²³ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Marítimo Internacional de Mercancías, 1978.

imperativamente los contratos de fletamento, y la mayoría, si no la totalidad, de las legislaciones nacionales consagran normas de carácter supletivo sobre este contrato, las cuales únicamente son aplicables en ausencia de una previsión contractual acordada entre las partes.

De hecho, todos los convenios internacionales antes mencionados excluyen expresamente su aplicación a los contratos de fletamento, por considerar que éste debe seguir excluido de cualquier regulación de carácter imperativo y continuar sometido únicamente a la autonomía privada de las partes.

En efecto, las Reglas de La Haya, en su artículo 1.b, al definir el contrato de transporte al que son aplicables, dispone que esta expresión “se aplica únicamente a los contratos de transporte amparados por un conocimiento de embarque o cualquier documento similar que sirva como título, en cuanto dicho documento sea relativo al transporte de mercancías por mar, incluyendo cualquier conocimiento de embarque o cualquier documento similar emitido en virtud de un contrato de fletamento, a partir del momento en que este conocimiento de embarque o documento similar regule las relaciones entre un transportador y un tenedor del mismo”. Y en su artículo 5.º, inciso 2.º agrega que “[l]as disposiciones del presente Convenio no serán aplicables a los contratos de fletamento, pero si se expiden conocimientos de embarque en el caso de un buque bajo contrato de fletamento, ellos [deben] cumplir con los términos del presente Convenio”. De este modo, el régimen imperativo contenido en las Reglas de La Haya excluye su aplicación a los contratos de fletamento, salvo que en virtud de dicho contrato se expida un conocimiento de embarque; pero en tal caso, las Reglas se aplicarán a las relaciones que surjan entre el armador que expide el conocimiento y el tenedor legítimo del mismo; pero las relaciones entre el armador y el fletador se regirán exclusivamente por el contrato de fletamento, sin que las Reglas de La Haya resulten aplicables.

Esta misma norma permanece inalterada en las Reglas de La Haya-Visby, pues el Protocolo de Bruselas de 1968 no modificó el artículo 1.b, ni el artículo 5 de las Reglas de La Haya.

En cuanto a las Reglas de Hamburgo, su artículo 2.3 dispone que “[l]as disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de fletamento. No obstante, cuando

se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, las disposiciones del Convenio se aplicarán a ese conocimiento de embarque si éste regula la relación entre el porteador y el tenedor del conocimiento que no sea el fletador”.

En el mismo sentido, las Reglas de Rotterdam –aún sin vigencia internacional–, en su artículo 6.º, establece:

“Artículo 6.º- Exclusiones específicas:

1. El presente Convenio no será aplicable a los siguientes contratos en el transporte de línea regular:

a) Los contratos de fletamento; y

b) Otros contratos para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque.

2. El presente Convenio no será aplicable a los contratos de transporte en el transporte no regular, salvo cuando:

a) No exista entre las partes un contrato de fletamento ni otro contrato para la utilización de un buque o de cualquier espacio a bordo de un buque; y

b) Se haya emitido un documento de transporte o un documento electrónico de transporte.

2.4. Régimen jurídico nacional

Las disposiciones contenidas en los artículos 981 a 999 del Código de Comercio son aplicables a todo contrato de transporte, mientras no exista disposición especial del transporte marítimo y aéreo cuyo contenido sea contrario y derogue a las anteriores (art. 999 C. de Co.). El transporte de cosas está regulado por los artículos 1008 a 1035 del Código de Comercio colombiano, que son normas de carácter general, cuya

aplicación también está subordinada a la existencia de disposiciones especiales relativas a un modo de transporte en particular.

El transporte marítimo tiene un régimen especial contenido en el libro V, título IX del Código de Comercio colombiano, artículos 1578 a 1665. El capítulo I, artículos 1578 a 1584, establece principios aplicables al transporte marítimo de personas y de cosas; por lo tanto, su aplicación es obligatoria salvo disposición en contrario de las normas relativas a cada uno de ellos. El transporte de personas se rige por el capítulo II, artículos 1585 a 1596, y el transporte de cosas por el capítulo III, artículos 1597 a 1665.

En el capítulo III relativo al transporte de cosas por mar se distinguen tres secciones. La sección I se refiere al transporte de cosas en general y sus normas se aplican a cualquier modalidad de transporte marítimo de carga, salvo disposiciones contrarias de las otras dos secciones (arts. 1597 a 1633). La sección II se ocupa del transporte de mercancías bajo conocimiento (arts. 1633 a 1651). Y la sección III trata el transporte a carga total o parcial (arts. 1652 a 1665); a pesar de su título, en realidad esta sección comprende disposiciones que corresponden más a un contrato de fletamento por viaje que a un contrato de transporte. Más adelante nos ocuparemos de la diferenciación de estos dos tipos contractuales.

Es preciso advertir, sin embargo, que la legislación interna de un determinado país sólo es aplicable al contrato de transporte marítimo de cosas bajo conocimiento de embarque cuando se trate de un contrato de transporte nacional o de cabotaje, esto es, cuyos puertos de origen y de destino se encuentren ubicados en el territorio del mismo Estado. Por el contrario, si se trata de un transporte internacional, la legislación nacional sólo será aplicable cuando de acuerdo con las normas del derecho internacional privado, esa sea la ley aplicable al contrato en cuestión.

En derecho colombiano no existe unanimidad de criterio respecto de la ley aplicable a un contrato de transporte marítimo internacional de mercancías, pues hay quienes consideran que el artículo 869 del Código de Comercio es una norma de carácter imperativo, lo cual implicaría la aplicación obligatoria de la normatividad nacional a todo contrato de transporte marítimo cuyo puerto de embarque o de desembarque esté situado en Colombia. Otra posición sostiene que el citado artículo 869 no es de

carácter imperativo, y por ende, sería válida la estipulación normalmente inserta en todo conocimiento de embarque, mediante la cual las partes escogen la ley aplicable al contrato (Cláusula *Paramount*) y que normalmente propende por la aplicación de uno de los convenios internacionales antes mencionados. Este tema en particular escapa a los objetivos del presente escrito, por lo que al respecto hacemos referencia a otro trabajo que trata el tema en detalle²⁴.

3. Principales diferencias entre el transporte bajo póliza de fletamento y el transporte bajo conocimiento de embarque

Mediante el contrato de fletamento una parte, que se denomina fletador, adquiere el derecho a utilizar una nave determinada para realizar un viaje o para disponer de ella por un tiempo acordado. Pero no necesariamente el fletamento tiene como propósito transportar mercancías. El contrato de fletamento puede celebrarse para la utilización de una nave con fines diversos tales como recreación, exploración, investigación, pesca, etc.

En este contexto, existen diversas posiciones en la doctrina acerca de si el fletamento es un contrato de transporte o si, por el contrario, constituye un contrato de utilización de una nave en el cual el armador/fletante no adquiere obligación alguna respecto de la carga.

En el contrato de transporte el armador/transportador adquiere una obligación de garantía en cuanto se compromete a trasladar una carga determinada de un puerto a otro, lo cual constituye un resultado específico, asumiendo además algunos de los riesgos propios de esta actividad, lo que le da el carácter de obligación de garantía.

En el contrato de fletamento, por el contrario, el armador/fletante se compromete a poner a disposición del fletador una nave determinada en buen estado de navegabilidad para realizar un viaje específico o para realizar los viajes que el fletador disponga en un período de tiempo acordado. Se trata, entonces, de una obligación de medio.

No obstante, es preciso reconocer que esta diferencia en principio es de difícil identificación en la práctica. Si tenemos en cuenta que el fletamento tiene como finalidad

²⁴ Al respecto, ver JOSÉ VICENTE GUZMÁN E. *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque*; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, cap. III.

última no sólo la utilización de una nave cualquiera, sino la utilización de una nave específica que cumpla con las características y requisitos necesarios para acometer el transporte de carga, el resultado es que las obligaciones del armador/fletante si bien en principio no se refieren directamente a la carga, sino a la nave, sí deben ejecutarse tomando en consideración la carga que está llamado a transportar en dicha nave.

Adicionalmente, en el caso de la legislación colombiana, el Código de Comercio hace referencia a un tipo contractual denominado “transporte a carga total o parcial”, al que le asigna disposiciones más comunes en un contrato de fletamento por viaje. Pero también contempla expresamente el contrato de fletamento por viaje como un tipo contractual independiente (art. 1666). Ante esto, bien cabe preguntarse si se trata de un mismo contrato, o si por el contrario, son dos tipos contractuales independientes.

Por lo tanto, a continuación procuraremos identificar los elementos que permiten diferenciar el contrato de transporte marítimo de mercancías del contrato de fletamento, con especial énfasis en la diferencia entre el contrato de fletamento por viaje y el denominado contrato de transporte a carga total o parcial.

3.1. Objeto del contrato

En el contrato de fletamento la obligación principal del fletante es poner a disposición del fletador una nave en buen estado de navegabilidad para realizar un viaje o para explotarla durante un tiempo determinado; es decir, que el objeto del contrato es la utilización de la nave y no el transporte de mercancías. Por el contrario, en el contrato de transporte el objeto es, precisamente, el transporte de bienes de un puerto a otro.

La doctrina nacional ha señalado esta diferencia en el objeto de los dos contratos. En palabras de ÁLVAREZ-CORREA: “en el fletamento el objeto del contrato es el buque como tal, sin ceder la calidad de armador”; y más adelante agrega que “hay transporte cuando el transportador se compromete, contra el pago de un flete, a mover personas o carga de un puerto a otro, conservando la calidad de armador y la gestión náutica y comercial de la nave. En el transporte el objeto del contrato es la carga y no el buque...”²⁵.

La jurisprudencia arbitral también ha distinguido el objeto de los dos contratos, en los

²⁵ EDUARDO ÁLVAREZ-CORREA. *Contrato de fletamento marítimo*, Guías de clase, Posgrado de Contratación Internacional, Universidad de los Andes, 1994, pp. 7 y 8.

siguientes términos al afirmar que “... en el transporte el elemento principal es el traslado de una mercancía al paso que en el fletamento el aspecto capital radica en la disponibilidad de una nave. En el transporte es la carga y en el fletamento es el barco.” Y al posteriormente agregar que “... en este contrato [el de fletamento] elemento esencial es la nave en que se han de realizar el viaje o viajes, y que no es elemento esencial la mercancía que se haya de conducir de un lugar a otro, pues no es a esto último a lo que se obliga al fletante o armador, sino a proporcionar la nave, a colocarla en estado de navegabilidad, a armarla y equiparla convenientemente y a proveerla de los documentos de rigor que el fletador pueda emplearla comercialmente, razón por la cual queda facultado para dar instrucciones en este sentido al capitán de la misma (arts. 1666, 1667, 1668 y 1675).”²⁶

En el mismo sentido, otro laudo arbitral señaló la misma diferencia, así:

“El contrato de fletamento no tiene por objeto directo el transporte de mercancías, sino el suministro de una nave, sea por tiempo determinado (“time charter”) o para uno de varios viajes (“charter party”). El fletante no se obliga a llevar mercancía, sino al suministro del buque. El Código de Comercio sí define este contrato, en el artículo 1666, y señala su objeto como la obligación del “armador, a cambio de una prestación (de) cumplir con una nave determinada uno o más viajes preestablecidos, o los viajes que dentro del plazo convenido ordene el fletador(...)

A primera vista, la distinción de los dos contratos es clara. En el transporte el transportador se obliga a llevar las personas o mercancías, como obligación de resultado. En el fletamento, el fletante se obliga a suministrar el barco para uno o más viajes o por un tiempo, como obligación de medio respecto de las mercancías, aun cuando de resultado en lo relativo a la disponibilidad de la nave.”²⁷

No todos los ordenamientos jurídicos distinguen los dos contratos, en cuanto a su naturaleza y objeto, aunque sí en relación con el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos. Por ejemplo, como anotamos al inicio de este escrito, en el derecho anglosajón ambos tipos contractuales se encuentra cobijados por la categoría general de *contracts of*

²⁶ Laudo Arbitral Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) contra COLMARES LTDA. Y TMM S.A. DE C.V. Árbitros: Rafael H. Gamboa Serrano, Luis Helo Kattah y Ramiro Bejarano Guzmán, Bogotá D.C., 28 junio de 1993.

²⁷ Laudo Arbitral: Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) contra Colmares Ltda. y Transportación Marítima Mexicana S. A. de C. V. Árbitros: CARLOS URRUTIA HOLGUÍN, CARLOS HOLGUÍN HOLGUÍN y ÁLVARO MENDOZA RAMÍREZ, Bogotá, D. C., 9 marzo de 1994.

*affreightment*²⁸.

Sin embargo, es preciso tener siempre en cuenta que el fletamento no necesariamente debe tener fines de transporte. Una persona puede fletar una nave para propósitos muy distintos al transporte, como son, por ejemplo, la investigación científica, la pesca, la recreación, el deporte, o actividades lúdicas o culturales, de ninguna manera relacionadas con el transporte de mercancías. Y un contrato que tenga dicho objeto será, en todo caso, un contrato de fletamento.

Este es el principal argumento para sostener que el transporte no es de la esencia del contrato de fletamento, es decir, que si bien es cierto se utiliza dicho tipo contractual muy frecuentemente para el transporte de mercancías por mar, no resulta imprescindible en este tipo contractual que el fletante asuma la custodia de las mercancías embarcadas y la obligación de entregarlas en el puerto de destino.

De otra parte, la obligación del fletante de entregar un buque en buen estado de navegabilidad (art. 1667 C. de Co.) comprende no sólo los aspectos estrictamente náuticos, sino también las condiciones que debe reunir la nave para transportar la carga que será embarcada. Por lo tanto, no es posible afirmar, en forma tajante que cuando un contrato de fletamento tiene fines de transporte, el fletante puede sustraerse de cuidar las mercancías que se encuentran a bordo de la nave.

Esta distinción entre fletamento y transporte es, entonces, difícil de reconocer en la práctica, y la diferencia entre los dos conceptos es aún menos clara en el fletamento por viaje en el cual el armador/fletante conserva el control sobre la gestión comercial de la nave.

La clasificación del fletamento como un contrato de transporte proviene de la orientación dada en la materia por el Código de Navegación de Italia de 1942, cuyo libro tercero contiene un título destinado a los contratos de transporte en el que incluye un contrato

²⁸ Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 19^a ed. (SIR ALAN ABRAHAM MOCATTA, SIR MICHAEL J. MUSTILL Y STEWART C. BOYD); Sweet & Maxwell, Londres, 1984, p. 1: "When a shipowner, or person having for the time being as against the shipowner the right to make such an agreement, agrees to carry goods by water, or to furnish a ship for the purpose of so carrying goods, in return for a sum of money to be paid to him, such a contract is called a contract of affreightment and the sum to be paid is called freight. "Depending on the manner in which the ship is employed, the contract of affreightment may be contained in a charterparty or evidenced by a bill of lading."

denominado de transporte a carga total o parcial²⁹, en forma similar a la adoptada por la sección III del título X del libro V del Código de Comercio Colombiano. ÁLVAREZ-CORREA se refiere a esta clasificación señalando que “el concepto de transporte a carga total o parcial se refiere al uso de la nave por uno o pocos cargadores, implícitamente por un viaje, y al incluir las reglas relativas a las estadías y contraestadías se refiere a un fletamento por viaje (noleggjo a viaggio, arts. 439 y ss.). *Por tanto, el fletamento por viaje es una forma de transporte en el Código italiano, el cual además afirma que para el transporte de carga total o parcial se aplicarán las reglas del transporte de cosas en general (arts. 439 y 419)*”³⁰.

Esta aproximación al contrato de fletamento, como una modalidad del transporte, fue acogida por varios códigos latinoamericanos, entre ellos el colombiano³¹, pero no ha estado exenta de críticas.

El profesor DIEGO ESTEBAN CHAMI, al referirse al mismo criterio adoptado por el Proyecto Malvagni en la Ley de Navegación Argentina, manifiesta su desacuerdo con esta óptica: “... porque el contrato de fletamento a tiempo puede tener en miras el empleo del buque con una finalidad distinta al transporte de mercancías o pasajeros, como el tendido de cable submarinos, la pesca, una expedición científica, un fin deportivo que no contemple el opus específico de la entrega de la mercadería en destino, es decir, que no tenga una obligación genérica de transporte como la que MALVAGNI señala para el fletamento a tiempo, ni la obligación *ex receptum* característica del transporte”.³² Sin embargo, el mismo autor limita esta diferencia entre fletamento y transporte al contrato de fletamento por tiempo, pues en su opinión, el contrato de fletamento por viaje sí implica la asunción de obligaciones de custodia y entrega de las mercancías por parte del fletador, en forma similar a como se desprende del contrato de transporte³³.

Para RUIZ SOROA, ZABALETA y GONZÁLEZ

²⁹ EDUARDO ALVAREZ-CORREA. Op. cit., p. 14.

³⁰ *Ibíd.*, p. 15.

³¹ *Ibíd.*, p. 16.

³² DIEGO ESTEBAN CHAMI. *Manual de Derecho de la Navegación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 474.

³³ Al respecto, CHAMI afirma que “si bien no adherimos a esta posición de Malvagni, porque como ya manifestamos el fletamento a tiempo puede no tener por finalidad el empleo del buque en el transporte de personas o cosas, indudablemente el fletamento por viaje no puede dissociarse del transporte de mercaderías por agua. El fletamento por viaje es un contrato de transporte con obligaciones adicionales, vinculadas con los términos de estadías, sobreestadías, despatch Money y otras cuestiones que le dan su nota característica al fletamento, distinguiéndolo del transporte. Pero aun con tales notas especiales, el fletamento por viaje es un contrato de transporte”. Op. cit., p. 496.

a) En el fletamento, el fletante promete a su contraparte la navegación del buque, su puesta a disposición por tiempo o viaje, pero no asume la obligación de transportar mercancías y, consiguientemente, su custodia. Es un contrato instrumental respecto al transporte, pues posiblemente la finalidad del fletador sea la de transportar: pero esta finalidad queda en el ámbito de los motivos privados y no permea la causa del contrato.

b) En el contrato de transporte, el porteador asume como básica la obligación de desplazamiento: el transporte es la causa del contrato.³⁴

Sin embargo, los mismos autores concluyen que el fletamento es, en realidad, un contrato de transporte, pero que está sujeto a un régimen diferente³⁵. Es decir, que aunque el fletamento sea considerado una especie de transporte, se rige por normas distintas a aquél.

Como puede observarse, la doctrina adopta posiciones diversas al referirse a la unicidad, o a la diferencia, entre el contrato de fletamento y el contrato de transporte marítimo de mercancías. Las posiciones oscilan entre quienes los consideran dos contratos diferentes en cuanto a su naturaleza y su objeto. Entratándose del fletamento por tiempo, en general se acepta que no es un contrato de transporte, pero existen dudas en cuanto al fletamento por viaje, bien sea por el tratamiento que le dan legislaciones como la italiana y la colombiana, o bien por el hecho de que en este contrato es muy difícil separar las obligaciones del fletante en relación con el estado de navegabilidad del buque, de la custodia de la mercancía embarcada.

Pero aun en el caso en que se acepte la asimilación del contrato de fletamento por viaje con el contrato de transporte, se admite, sin excepción, que el régimen jurídico del fletamento por viaje es sustancialmente distinto al del contrato de transporte, y que en el fletamento por viaje prima la autonomía privada de las partes al momento de determinar las condiciones de ejecución del contrato.

³⁴ JOSÉ MARÍA RUIZ SORA, S. ZABALETA SARASÚA y M. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ. *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1997. p. 32.

³⁵ *Ibíd.*, p. 35. “Este replanteamiento crítico, prescindiendo de que en nuestro país no existe la atadura del dato normativo debe ser substancialmente acogido. El fletamento, sea por tiempo o viaje, no constituye una figura distinta del transporte, sino que es una simple subespecie del transporte por mar, caracterizado por una regulación jurídica parcialmente especial de algunos aspectos contractuales, regulación diversa que responde en lo esencial a la circunstancia de que mientras el transporte de línea regular es un contrato de adhesión en el que el usuario necesita de la protección de un derecho necesario, el fletamento es un contrato entre empresas, que, por lo menos hasta ahora, no ha necesitado de un *ius cogens* protector de una de ellas”. En el mismo sentido, CHAMI. *Ob. cit.*, p. 497.

En nuestra opinión, el contrato de fletamento, aun el fletamento por viaje, es un contrato de naturaleza y objeto distintos al contrato de transporte. El objeto del contrato de fletamento (por tiempo y por viaje) es la nave, y no la carga. El fletador, por tiempo y por viaje, no necesariamente adquiere la custodia de las mercancías embarcadas, y no es esencial a este contrato que el fletante adquiera obligaciones como transportador; si lo hace, es en virtud de estipulaciones contractuales, mas no en virtud de la ley.

Aun en el caso en que en un fletamento por viaje el fletante adquiera obligaciones en relación con la custodia y entrega de las mercancías embarcadas, el contenido y alcance de dichas obligaciones, y la eventual responsabilidad derivada de su incumplimiento, no se rige por las normas aplicables al contrato de transporte de cosas, sino por las estipulaciones acordadas por las partes en el mismo contrato de fletamento, y en su defecto, por la costumbre (art. 1666 C. de Co.).

Es preciso observar al respecto que las normas del contrato de fletamento contenidas en el Código de Comercio colombiano (libro v, título x, arts. 1666 a 1677) no contienen previsión alguna que consagre la obligación del fletador, por tiempo o por viaje, en cuanto a la custodia, conservación y entrega de las mercancías embarcadas a bordo de la nave fletada, obligaciones éstas que son propias del contrato de transporte. Por lo tanto, si ellas existen en cabeza del fletador, es en virtud de una cláusula del contrato de fletamento, o por la costumbre, pero no por mandato de la ley.

3.2. El transporte a carga total o parcial y el contrato de fletamento por viaje

En la legislación comercial colombiana, a semejanza de la Italiana (Código de la Navegación de 1942), se consagra un tipo contractual del transporte denominado “transporte a carga total o parcial” (arts. 1652 a 1665 C. de Co.). Entre las previsiones que lo caracterizan se incluyen normas en relación con los tiempos de estadía y sobrestadía, que son propios de las cláusulas que usualmente forman parte de un contrato de fletamento por viaje, mediante los que se regulan los tiempos acordados para el cargue y descargue de las mercancías de la nave y las consecuencias en caso de que se excedan los tiempos así acordados.

Pero esta es la única característica regulatoria que acerca al contrato de transporte a carga total o parcial, con el contrato de fletamento por viaje. El primero de ellos tiene por

objeto el transporte de una carga que ocupa la capacidad total o parcial de una nave (art. 1652 C. de Co.), mientras que el fletamento por viaje tiene por objeto la nave, no la carga (art. 1666 C. de Co.).

Por mandato del artículo 1652 del Código de Comercio, al contrato de transporte a carga total o parcial se le aplican las normas sobre transporte de cosas, y el transportador adquiere la obligación de entregar las mercancías en un lugar determinado. Por el contrario, en las normas que se refieren al contrato de fletamento por viaje no se asigna al fletante ninguna obligación en relación con las mercancías embarcadas, limitándose el ordenamiento positivo a consagrar la obligación del fletante de poner a disposición del fletador una nave en estado de navegabilidad (art. 1668 C. de Co.). Y tampoco existe remisión alguna a las normas del contrato de transporte como las aplicables al fletamento por viaje.

Un punto polémico entre los dos contratos es el de la identificación de la nave. En su definición, ambos tipos contractuales hacen referencia a la identificación de la nave en que se transportarán las mercancías: en el transporte a carga total o parcial, art. 1652 C. de Co.; y en el fletamento, art. 1666 C. de Co. La pregunta es si la identificación de la nave es un elemento esencial de uno de dichos tipos contractuales, o de ambos.

Existe un precedente arbitral en el que se consideró que la identificación exacta de la nave es un elemento esencial del contrato de fletamento por viaje, mientras que es un elemento natural del contrato de transporte a carga total o parcial. En el caso en concreto, el Tribunal de Arbitramento calificó un contrato en controversia como de transporte (a carga total o parcial), y no de fletamento por viaje, por el hecho de que las partes habían acordado las características técnicas específicas que debía cumplir la nave con la que se ejecutaría, pero sin identificarla. En la medida en que el artículo 1666 del Código de Comercio se refiere a una “nave determinada” al definir el contrato de fletamento, el Tribunal consideró que la identificación de la nave es esencial al contrato de fletamento por viaje. Por el contrario, estimó el Tribunal, el artículo 1652, si bien se refiere también a una “nave especificada” al definir el contrato de transporte a carga total o parcial, también permite expresamente al transportador sustituir la nave, si se le ha otorgado expresamente la facultad para hacerlo.

Al respecto, el Tribunal dijo lo siguiente:

“La combinación de los textos de los artículos 1.666 y 1.667, parece llevarnos de la mano a la afirmación de que entre nosotros es de la esencia del contrato de fletamento (artículo 1.501 del Código de Comercio) la determinación concreta de la nave, es decir, por una especie singular, de manera tal que la falta de dicho haría que el contrato sea distinto, como lo dispone el Código de Comercio (artículo 1.501). No se trata aquí, como anteriormente se advirtió, de una mera determinación por el género, como se admite en otros regímenes jurídicos, permitiendo el simple señalamiento de las características generales de la nave, sino de una determinación por la especie singular, en la medida en el artículo 1.667 expresamente exige la “individualización”. (...)

Adicionalmente, en el caso del llamado transporte “a (SIC por el galicismo) carga total” (arts. 1652 y siguientes.), en que el transportador por regla general no puede sustituir la nave designada por ser de importancia para el despachador la capacidad y las condiciones de ésta, lo fundamental en este contrato no es exactamente la individualización de la nave, sino la movilización de una mercancía, que es el fin directamente buscado por el cargador. La determinación de la nave no es elemento esencial, aun cuando sí de la naturaleza, en la medida en que se admite expresamente pacto en contrario sobre el particular. Adicionalmente, en esta modalidad del contrato de transporte, que generalmente se pacta en función de las condiciones de la carga, las condiciones y la cantidad y volumen de ésta resultan ser trascendentales para el transportador.”³⁶

Este criterio del Tribunal de Arbitramento mencionado es, a nuestro juicio, equivocado, por cuanto olvida el carácter eminentemente supletivo de las normas que regulan el contrato de fletamento en la legislación comercial colombiana. Si por mandato expreso del artículo 1666 del Código de Comercio este contrato se debe ejecutar en “... las condiciones que el contrato o la costumbre establezcan”, nada impide que las partes acuerden no individualizar o especificar la nave con la que se cumplirán los viajes, sino determinar sus características técnicas, de modo que al momento de iniciar el viaje el fletante pueda cumplir el contrato con una nave que reúna dichas características, sin que ello desnaturalice el contrato de fletamento por viaje y lo convierta en un contrato de transporte a carga total o parcial, como erradamente concluyó el tribunal.

En efecto, no es extraño que se celebre un contrato de fletamento por viaje sin especificar el buque fletado, dejando al fletante la opción de nominar la nave

³⁶ Op. cit. Laudo Arbitral, 9 marzo de 1994.

posteriormente, siempre que cumpla con la descripción de sus características técnicas estipuladas en el contrato. Así lo reconoce la doctrina al señalar que el contrato de fletamento puede contemplar que la nave fletada sea nominada por el fletante con posterioridad a la celebración del contrato³⁷.

Si bien hemos citado autores extranjeros, ello refleja que en el comercio marítimo internacional es ampliamente aceptado, por costumbre y aludiendo a la libertad contractual que prima en el contrato de fletamento, que se celebre un contrato sin identificar la nave fletada, sino concediendo al fletante la facultad de nominarla posteriormente. Y teniendo en cuenta que el artículo 1666 del Código de Comercio permite a las partes, o a la costumbre, determinar las condiciones de ejecución del contrato de fletamento, este solo hecho sería suficiente para sostener que la falta de identificación de la nave fletada no desnaturaliza un contrato de fletamento por viaje, y mucho menos lo convierte en un contrato de transporte a carga total o parcial.

En conclusión, consideramos que el contrato de transporte a carga total o parcial y el contrato de fletamento por viaje son dos tipos contractuales distintos, ambos válidos, pero con características que los diferencian, y sobre todo con un régimen legal sustancialmente diverso.

3.3. Obligaciones del fletante y del transportador

Estas diferencias entre el contrato de transporte y el contrato de fletamento (especialmente el fletamento por viaje) tienen consecuencias jurídicas relevantes, en cuanto al alcance de la obligación que adquieren el fletante y el transportador, según el caso, como lo han señalado la doctrina y la jurisprudencia.

Al respecto, el profesor EUGENIO CORNEJO FULLER enseña que “la diferencia conceptual está en que, en los fletamentos, hay una obligación de proporcionar un medio, que es la nave, para que la use el fletador. Y en el contrato de transporte, hay una obligación

³⁷ THOMAS SCHOENBAUM. *Admiralty and Maritime Law*, 2nd Edition; Hornbook Series, West Group; St. Paul; MN, USA, 1994; p. 637, quien al describir las cláusulas de un contrato de fletamento por viaje señala la de “Named or to-be-named ship: This clause will specify the ship, her registry class, and position. The carrier may retain the right to provide a substitute ship or a ship to be named later”. En el mismo sentido, JULIAN COOKE; JOHN KIMBALL; TIMOTHY YOUNG; DAVID MARTOWSKI; ANDREW TAYLOR y LAMBERT LEROY; *VOYAGE CHARTERS*; Lloyd’s of London Press, Londres, 1993, p. 43. “Unless the charter is for a vessel ‘to be nominated’, or confers upon the owners a right of substitution, the charter party is for the specific ship named in the charter and no other”; *id.* en la página 44 dicen: “The charterparty may provide that the vessel is to be nominated...”.

específica respecto de cargas determinadas y que tiene por objeto trasladarlas de un lugar a otro señalado. En este otro contrato, hay una obligación de hacer y que conlleva lo que se denomina ‘obligación de resultado’, que se agota con la entrega de las cosas en destino”.³⁸

En el laudo arbitral del 9 de marzo de 1994, antes mencionado, se señalan las mismas diferencias al manifestar que “las consecuencias lógicas de las diferencias entre esos contratos serían las siguientes: responsabilidad del fletante por la no presentación de la nave en condiciones de navegabilidad, sin que asuma ninguna obligación de resultado respecto de la carga. El transportador, por el contrario, respecto de ésta sólo puede liberarse de su obligación por la prueba de la fuerza mayor. Para el transportador sería indiferente hacer el transporte de un barco u otro. El fletante, en cambio, no podría cambiar la nave objeto del contrato; salvo, en ambos casos, estipulaciones en contrario.”³⁹

Como lo expresamos antes, ninguna norma del ordenamiento colombiano asigna al fletante ninguna obligación en relación con la carga embarcada, y mucho menos una obligación de resultado, propia del transporte, consistente en conducir las mercancías al puerto de destino y entregarlas al destinatario, como lo establecen los artículos 981 y 982 del Código de Comercio para los contratos de transporte.

Por el contrario, la única norma del estatuto mercantil que consagra una obligación del fletante es el artículo 1667 del Código de Comercio, que establece:

Artículo 1668. El fletante estará obligado, antes del zarpe, a poner la nave en estado de navegabilidad para el cumplimiento del viaje, a armarla y equiparla convenientemente y a proveerla de los documentos de rigor.

El fletante será responsable de los daños derivados del mal estado del buque para navegar, a menos que pruebe que se trata de un vicio oculto susceptible de escapar a una razonable diligencia.

Como puede deducirse del texto de la norma transcrita, el fletante no adquiere obligación

³⁸ EUGENIO CORNEJO FULLER. *Derecho Marítimo chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: de la navegación y el comercio marítimos*, Chile, 2003, p. 179.

³⁹ Ob. cit. Laudo Arbitral 9 marzo de 1994.

alguna respecto de las mercancías embarcadas, al menos por mandato de la ley. Su obligación es la de ejercer una debida diligencia, o una diligencia razonable, para poner el buque en estado de navegabilidad, y esto comprende no sólo su aptitud para navegar sino para transportar la carga embarcada.

Ello no quiere decir que el fletante no pueda adquirir obligaciones de conservación, custodia y entrega de las mercancías, pero lo hará en virtud de las estipulaciones contractuales, o de la costumbre, como lo autoriza el artículo 1666 del C. de Co. Estas obligaciones no están sometidas a un régimen legal imperativo, como sí ocurre con el contrato de transporte de mercancías por mar, incluyendo el denominado contrato de transporte a carga total o parcial (art. 1652 C. de Co.).

3.4. Responsabilidad del fletante y del transportador

Una segunda consecuencia de la diferenciación entre fletamento y transporte es el régimen de responsabilidad derivado del incumplimiento del contrato. En el contrato de transporte (incluyendo el denominado contrato de transporte a carga total o parcial) el transportador sólo puede exonerarse mediante la prueba de que la causa del daño fue uno de los hechos enumerados como causales exonerativas en el artículo 1609 del Código de Comercio⁴⁰. Por el contrario, en el contrato de fletamento el fletante se exonera de responsabilidad por los daños derivados de la innavegabilidad del buque, mediante la prueba de la debida diligencia en hacer el buque navegable (art. 1667 C. de Co.). Y en los demás casos, mediante el sistema de exoneración de responsabilidad pactado en el contrato (art. 1666 C. de Co.).

3.5. Autonomía privada de las partes

Una de las diferencias más significativas entre los dos contratos bajo estudio, ya mencionada en varios apartes de este escrito, radica en que el contrato de transporte de mercancías por mar está sujeto a un régimen imperativo, nacional o internacional, del que no pueden desligarse las partes mediante estipulación contractual. Por el contrario, en el contrato de fletamento prima la autonomía privada de las partes las que pueden libremente pactar las condiciones de ejecución del contrato (art. 1666 C. de Co.).

⁴⁰ Sobre el régimen de responsabilidad en el contrato de transporte marítimo de mercancías nos remitimos a JOSÉ VICENTE GUZMÁN E. *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, cap. x.

3.6. Prescripción de la acción

Otra diferencia de trascendental importancia entre los contratos de fletamento y de transporte de cosas por mar es el término de prescripción de las acciones derivadas de su incumplimiento. En el contrato de transporte marítimo de mercancías (incluyendo el denominado contrato de transporte a carga total o parcial) la prescripción es de dos años, por aplicación del artículo 993 del Código de Comercio. Por el contrario, en el contrato de fletamento (por viaje y por tiempo) la prescripción es de un año (art. 1677 C. de Co.).

3.7. Régimen tributario

Por último, otra importante diferencia entre el contrato de transporte marítimo de mercancías y el contrato de fletamento, que no queremos dejar pasar desapercibida, se refiere a su régimen tributario.

En reciente jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado se ha discutido el tema de la naturaleza jurídica del contrato de fletamento frente al contrato de transporte con ocasión del régimen tributario que se le aplica a uno y otro contrato; al respecto, se ha establecido una línea jurisprudencial reiterada en la materia, mediante sentencias de 29 de abril de 2010 (exps. 17754 y 17823, C. P. WILLIAM GIRALDO GIRALDO); 12 de mayo de 2010 (exps. 17012, 17014, C. P. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA); 30 de septiembre de 2010 (exp. 17939, C. P. CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ), y 23 de febrero de 2011 (exp. 17397, C. P. HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS). En estas sentencias se analizaron idénticos aspectos de hecho y derecho, y se llegó a la misma conclusión.

La discusión se enmarca en el hecho de que el numeral 27 del artículo 530 del Estatuto Tributario establece que los contratos de transporte aéreo, terrestre, marítimo y fluvial de pasajeros y de carga se encuentran exentos del impuesto de timbre, mientras que hasta la expedición de la Ley 730 de 2001, art 30⁴¹, el contrato de fletamento causaba impuesto de timbre.

⁴¹ La Ley 730 de 2001 estableció, art. 30: “Los contratos de fletamento, afiliación o de vinculación de naves y artefactos navales registrados en Colombia, suscritos por empresas domiciliadas en territorio colombiano, al igual que los contratos de servicio por reparación o mantenimiento de naves y artefactos navales, no causarán impuesto de timbre”.

De acuerdo con la línea jurisprudencial, antes descrita y según la doctrina citada por ésta⁴², ni el fletamento por tiempo ni el fletamento por viaje se pueden confundir con el contrato de transporte. En palabras del Consejo de Estado: “el fletamento por tiempo es un contrato que tiene por objeto la navegación del buque, durante un cierto tiempo, a cambio de una contraprestación económica denominada flete”. Uno de los elementos esenciales que destaca en la definición del contrato es “la obligación principal del fletante que consiste en la actividad de navegación durante un cierto tiempo, realizando los viajes concertados y siguiendo las instrucciones del fletador. Esa obligación de navegar, que implica la puesta a disposición de un buque en condiciones de navegabilidad, explica las diferencias, por un lado, con el arrendamiento, y por otro, con el transporte”.

Sobre la diferencia entre el fletamento por tiempo y el contrato de transporte el autor explica “que la actividad de navegación no se identifica con el traslado de personas o mercancías de un lugar a otro mediante precio”. Para el autor, no se puede considerar que el fletamento sea una modalidad o subespecie de la categoría transporte: “Parece acertado entender que la diferencia es clara porque la empresa de navegación no se agota con la empresa de transporte, aunque sea ésta la más frecuente. El transporte de mercancías propias o ajenas podrá ser la finalidad económica última del fletamento: el fletador quiere disponer de un buque para realizar transportes, pero no se identifica conceptualmente con él. Navegar es una actividad más amplia que la de transportar. Ciertamente el fletamento por tiempo y el transporte podrán ser *locatio operis*, pero el contenido de esa ‘obra’ puede ser bien distinto; los ejemplos conocidos en el tráfico marítimo moderno ponen de manifiesto que el contrato de transporte no explica suficientemente la utilización del buque para el tendido de cables submarinos, la pesca [...] el crucero [...] la perforación del subsuelo, la prevención, vigilancia y lucha contra la contaminación, el almacenamiento de crudo [...] actividades todas ellas que pueden ser desarrolladas en el marco de un contrato de fletamento por tiempo y que no pueden ser calificadas como transporte”.

Y en relación con el fletamento por viaje señala que es el contrato en virtud del cual el naviero (*owner*) se obliga frente al fletador a poner un buque en condiciones de navegabilidad para la realización de un viaje convenido, a cambio de un precio o flete.

⁴² IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ. *Curso de Derecho Marítimo*, 2.ª ed., 2005, Navarra (España), Editorial Thomson Civitas, pp. 454, 455 y 472 (la cita pertenece a la jurisprudencia mencionada).

“La finalidad es la puesta a disposición de un buque para la realización de un viaje que podrá tener otros objetivos distintos del transporte. El naviero no se obliga a transportar, se obliga concretamente a realizar un viaje determinado [...] En la doctrina general sobre los contratos de utilización del buque la causa del contrato del fletamento no se identifica con el transporte: su finalidad económico-social es la navegación, incluyendo actividades tan distintas como la pesca, el traslado de personas o cosas, la investigación oceanográfica, el tendido de cables submarinos, la prevención o lucha contra la contaminación, el alojamiento a bordo, etc.”⁴³.

La Sala comparte la anterior doctrina y considera que en este caso no es posible considerar que el contrato suscrito por la actora con Ocean Trading International Inc. sea de transporte, pues el objeto del fletamento del buque de su propiedad fue la pesca, que incluye la captura y la entrega del atún, y no el simple transporte del pescado de un lugar a otro. Tampoco es posible considerar, para efectos de la exención del impuesto de timbre, que el contrato de fletamento sea una especie del contrato de transporte, pues como lo señaló la doctrina citada, la finalidad de ambas operaciones o negocios jurídicos es claramente diferente, como diferentes también son, para la Sala, sus efectos y alcances.

Como puede observarse, también en materia tributaria se ha distinguido el contrato de transporte marítimo de mercancías del contrato de fletamento, con argumentos similares, y coherentes, con los que hasta ahora hemos expuesto para diferenciar estos dos tipos contractuales, esto es, teniendo en cuenta que el objeto de estos dos contratos es diferente, y aunque ambos se utilizan para obtener servicios de transporte de mercaderías por vía marítima, no pueden confundirse por su naturaleza, ni por su objeto, ni por el régimen jurídico aplicable a cada uno de ellos.

Las sentencias arriba mencionadas se referían al impuesto de timbre, pero los hechos juzgados ocurrieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 730 de 2001, cuyo artículo 39 excluyó de este impuesto a los contratos de fletamento celebrados respecto de naves abanderadas o registradas en Colombia. En la actualidad, en virtud de dicha norma, se encuentran excluidos⁴⁴ de este tributo los contratos de fletamento, pero sólo los que

⁴³ Ob. cit., p. 472 (la cita pertenece a la jurisprudencia mencionada).

⁴⁴ Al respecto, ver AA. VV. *Curso de Derecho Fiscal*, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 424-428. En cuanto al supuesto de no sujeción se dice: “La consecuencia jurídica de que un determinado hecho no esté sujeto es clara: de su realización no derivan consecuencias jurídicas asociadas a la realización del hecho generador, pues éste nunca se realiza y por lo tanto no nace a la vida jurídica la relación jurídica

tengan por objeto naves abanderadas o registradas en Colombia, mas no los contratos de fletamento sobre naves de bandera extranjera. Debe recordarse, en todo caso, que a partir del año 2010, según lo dispuesto en el parágrafo 2.º, art. 519 del Estatuto Tributario, el impuesto de timbre se encuentra tasado en tarifa 0%⁴⁵.

A pesar de que las sentencias del Consejo de Estado, previamente señaladas, únicamente se referían al impuesto de timbre, la doctrina y los fundamentos jurídicos consagrados en ellas para diferenciar el contrato de transporte marítimo de mercancías del contrato de fletamento es, a nuestro juicio, cimientos aplicables respecto de otros tributos como el impuesto a las ventas, del que está excluido el contrato de transporte⁴⁶, pero no el contrato de fletamento.

En este sentido es preciso tener en cuenta la naturaleza y el objeto de un contrato de fletamento marítimo, por tiempo y por viaje, y sus diferencias sustanciales con el contrato de transporte marítimo de mercancías, para efectos de evitar que se pretenda extender las exclusiones tributarias de IVA y de retención en la fuente previstas para contratos de transporte, a contratos que por su naturaleza y objeto deben ser calificados como contratos de fletamento.

tributaria”, p. 424. Y respecto de la exención: “El establecimiento de una exención determina que no se produzcan las consecuencias jurídicas asociadas a la realización del hecho generador, pero este sí se entiende realizado. Nos encontramos, pues, ante un supuesto que sí está sujeto, porque puede ser subsumido en la definición abstracta del hecho generador de un tributo, pero que, por diversos motivos, el legislador considera que debe quedar sin el pago del gravamen [...] Vemos que precisa, pues, de la concurrencia de dos normas de sentido contrapuesto: la primera determina la sujeción y el nacimiento de la obligación tributaria, la segunda, yuxtapuesta a la anterior, enerva ese efecto típico de la realización del hecho generador”, p. 426.

En otras palabras, en ambas figuras no nace la obligación tributaria, pero en la sujeción no nace porque no se genera el hecho generador y en la exención si bien se realiza el hecho generador, el legislador expresamente excluye sus consecuencias, pero pueden surgir los deberes tributarios derivados de la realización del hecho generador, p. 428.

⁴⁵ Parágrafo 2.º, art. 519 ET: La tarifa del impuesto a que se refiere el presente artículo se reducirá de la siguiente manera:

- Al uno por ciento (1%) en el año 2008
- Al medio por ciento (0.5%) en el año 2009
- Al cero por ciento (0%) a partir del año 2010.

⁴⁶ Artículo 476 del Estatuto Tributario. Servicios excluidos del impuesto sobre las ventas. Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios: [...] 2. El servicio de transporte público, terrestre, fluvial y marítimo de personas en el territorio nacional, y el de transporte público o privado nacional e internacional de carga marítimo, fluvial, terrestre y aéreo. Igualmente, se exceptúan el transporte de gas e hidrocarburos.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto, el contrato de transporte marítimo de mercancías y el contrato de fletamento (por viaje y por tiempo) son los dos tipos contractuales utilizados para transportar mercancías por mar, se trata de dos tipos contractuales distintos en el derecho colombiano.

El contrato de fletamento no es un contrato de transporte, en la medida en que su objeto no es la mercancía transportada sino la utilización de una nave para un fin específico, que bien puede ser el transporte, pero también puede ser un fin diferente no relacionado con la actividad transportadora.

Esta diferencia se hace más evidente en el contrato de fletamento por tiempo que en el contrato de fletamento por viaje, pues en éste la gestión comercial de la nave permanece en cabeza del fletante y, por ende, resulta difícil escindir las obligación de navegabilidad del buque, común al fletamento y al transporte, de la obligación de custodia y conservación de las mercancías, propia del transporte pero que no es esencial al fletamento.

Aun si se admitiera que el fletamento por viaje es una especie del contrato de transporte, el régimen jurídico aplicable al fletamento por viaje es sustancialmente distinto al aplicable al contrato de transporte. Este último está sometido a una normatividad de carácter imperativo, tanto en el ámbito internacional como en la legislación interna.

El fletante por viaje puede adquirir obligaciones específicas en relación con la carga, incluyendo su custodia, conservación y entrega. Pero dichas obligaciones no se derivan de un mandato legal sino de estipulaciones contractuales, o de la costumbre.

La obligación derivada de un contrato de transporte marítimo de mercancías es una obligación de resultado, o de garantía, que consiste en conducir las mercancías de un puerto a otro y entregarlas al destinatario en el mismo estado en que fueron recibidas por el transportador. Por el contrario, del contrato de fletamento se deriva una obligación de medio, que consiste en ejercer una razonable diligencia para poner el buque fletado en condiciones de navegar para cumplir el viaje contratado (fletamento por viaje) o los viajes designados por el fletador en el tiempo convenido (fletamento por tiempo).

El denominado contrato de transporte a carga total o parcial es una especie de contrato de transporte al que se le aplican las normas de los contratos de transporte; este contrato, aunque guarda algunas similitudes con el contrato de fletamento por viaje, no puede confundirse con éste, pues tiene un objeto contractual diverso y se le aplica un régimen jurídico diferente.

La identificación de la nave no es esencial al contrato de fletamento por viaje, pues las estipulaciones de las partes, y la costumbre, permiten celebrar un contrato de fletamento por viaje en el que el fletador se reserve el derecho de nominar la nave con que se cumplirá el contrato en un momento posterior a su celebración, pero obviamente, antes del inicio del viaje contratado.

La diferencia entre el contrato de transporte marítimo de mercancías y el contrato de fletamento tiene consecuencias jurídicas relevantes en cuanto al régimen de las obligaciones, la responsabilidad por su incumplimiento, la prescripción de la acción y al régimen tributario aplicable a cada contrato.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CORREA, EDUARDO. *El Contrato de Transporte Marítimo*, Facultad de Derecho, Bogotá, Universidad de los Andes, 1994.

ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ. *Las Cláusulas Paramount: Autonomía de la Voluntad y Selección del Derecho Aplicable en el Transporte Marítimo Internacional*, Madrid, Edit. Eurolex, 1997.

AA. VV., *Curso de Derecho Fiscal*, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

BLAS SIMONE, OSVALDO. *Compendio de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

BRODIE, PETER. *Commercial Shipping Handbook*, Londres, Lloyd's of London Press, 1999.

CHAMI, DIEGO ESTEBAN. *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 2010.

CORNEJO FULLER, EUGENIO. *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: de la Navegación y el Comercio Marítimos*, Chile, 2003.

ESPINOSA CALABUIG, ROSARIO. *El contrato internacional de transporte marítimo de mercancías: cuestiones de ley aplicable*, Granada, Edit. Comares, 1999.

GONZÁLEZ LEBRERO, RODOLFO. *Manual de Derecho de la Navegación*, Buenos Aires, Edit. De Palma, 4.^a ed., 2000.

GÓRRIZ LÓPEZ, CARLOS. *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 2001.

GUZMÁN ESCOBAR, JOSÉ VICENTE. *El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías bajo Conocimiento de Embarque*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

GUZMÁN ESCOBAR, JOSÉ VICENTE. *La jurisdicción marítima en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

GUZMÁN ESCOBAR, JOSÉ VICENTE. *Contratos de transporte*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

HERNÁNDEZ MARTÍ, JUAN. *Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías*, Valencia, 1984.

HINESTROSA, FERNANDO. *La Responsabilidad Civil*; en *Escritos Varios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983.

HINESTROSA, FERNANDO. *Tratado de las Obligaciones*, t. I; *Concepto, Estructura, Vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

LARROUMET, CHRISTIAN. *Teoría general del contrato*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 1999.

LEAL PÉREZ, HILDEBRANDO. *El Contrato de Transporte*, Bogotá, Edit. Leyer, 2000.

MAPELLI, ENRIQUE. *Régimen Jurídico del Transporte*, Madrid, Ministerio de Justicia de España, 1987.

MAZEAUD, HENRY, MAZEAUD, LEÓN y TUNC, ANDRÉ. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. II, vol. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1963.

MOCATTA, ALAN ABRAHAM; MUSTILL, MICHAEL J. y BOYD, STEWART C. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, Londres, Sweet & Maxwell, 19 ed., 1984.

RAVINA, OCTAVIO y ZUCCHI, HÉCTOR. *Régimen de Transporte Multimodal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.

RIPERT, GEORGE. *Compendio de Derecho Marítimo*, SAN MARTÍN, PEDRO G. (trad.), Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.

RUIZ SOROA, JOSÉ MARÍA; ZABALETA SARASÚA, S. y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M. *Manual de Derecho del Transporte Marítimo*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1997.

SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO. *El ontrato de transporte marítimo de mercancías. Reglas de La Haya-Visby*, Elcano (Navarra), Edit. Aranzadi, 2000.

SCHOENBAUM, THOMAS. *Admiralty and Maritime Law*, Hornbook Series, West Group, St. Paul, MN, USA, 2nd edition, 1994.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER. *El Contrato de Transporte*, Colombo Editores, Bogotá, 1996.

TETLEY, WILLIAM. *International Conflicts of Law: Comercial, Civil and Maritime*, Montreal, Edit. Blais International Shipping Publications, 1994.

WILSON, JOHN. *Carriage of Goods by Sea*, London, Longman, 4.th ed., 2001.

WILFORD, MICHAEL; COGLIN, TERENCE y KIMBALL, JOHN D. *Time Charters*, Londres, Lloyd's of London Press, Londres, 4.th ed., 1995.

JURISPRUDENCIAS

Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de mayo de 1992. M. P.: ALBERTO OSPINA BOTERO.

Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de octubre de 2006; Exp. No. 08001-31-03-010-1985-06798-01. M. P.: CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 12 de diciembre de 1991; exp. 1848, C .P.: MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 13 de Septiembre de 2007; exp. 25000-23-27-000-2002-01514-01, C. P.: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de abril de 2010; exp. 17754, C. P.: WILLIAM GIRALDO GIRALDO.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 29 de abril de 2010; exp. 17823, C. P.: WILLIAM GIRALDO GIRALDO.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 12 de mayo de 2010; exp. 17012, C. P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de septiembre de 2010; exp. 17939, C. P.: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 23 de febrero de 2011; exp. 17397, C. P.: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

LAUDOS ARBITRALES

Instituto de Mercadeo Agropecuario (IDEMA) contra COLMARES LTDA. y TMM S. A. DE C. V. Árbitros: Rafael H. Gamboa Serrano, Luis Helo Kattah y Ramiro Bejarano Guzmán, Bogotá, D. C., 28 de junio de 1993.

INSTITUTO DE MERCADEO AGOPECUARIO (IDEMA) contra COLMARES LTDA. y TRANSPORTACIÓN MARÍTIMA MEXICANA S. A. DE C. V. Árbitros: Carlos Urrutia Holguín, Carlos Holguín Holguín y Álvaro Mendoza Ramírez, Bogotá, D. C., 9 marzo de 1994.