

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA NAVEGABILIDAD EN EL DERECHO MARÍTIMO CHILENO¹

CLAUDIO BARROILHET ACEVEDO
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

La navegabilidad es un concepto angular en el Derecho Marítimo chileno. En este artículo se navega por la legislación marítima chilena analizando los distintos tópicos donde la navegabilidad tiene algún rol y su regulación legal. Partiendo desde el mismo principio de vida de la nave: su diseño, casco, maquinarias, materiales, equipo, pertenencias, documentos y construcción naval; luego el artículo se refiere a los requerimientos de navegabilidad para naves especiales, navegabilidad para entrar a puertos, requerimientos de la tripulación y del practicaje y pilotaje. Enseguida, tras explicar quienes son las personas que están obligadas a proveer un buque navegable, los mecanismos legales establecidos para asegurar su consecución y las consecuencias de la falta de navegabilidad, el autor explica el efecto de la navegabilidad en el Fletamento por Tiempo, Fletamento por Viaje, Fletamento a Casco Desnudo, Contrato de Transporte de Mercancías por Mar, Contrato de Pasaje, Remolque, Avería Gruesa, Salvamento, Hipoteca Naval, Privilegios Marítimos, Seguros Marítimos, Ley de Fo-

ABSTRACT

Seaworthiness is a cornerstone concept in the Chilean Maritime Law. This article steers through the Chilean Maritime Law analyzing the different issues where the seaworthiness comes into play and its legal regulation. Stemming from the very beginning of the ship life: her design, hull, machinery, materials, equipment, appurtenances, documents and shipbuilding; then the article deals with seaworthy requirements for the special vessels, portworthiness and requirements as to the crew and pilotage. Then, after explaining who are those persons bound to provide a seaworthy ship, the remedies granted by law to secure its achievement and the consequences of unseaworthiness, the author explains the effect of seaworthiness in the Time Charter, Voyage Charter, Bareboat Charter, Carriage of Goods By Sea, Passage, Towage, General Average, Salvage, Mortgage, Maritime Liens, Marine Insurance, Fostering of the Merchant Fleet Act, Personal Injuries and Shipbuilding Contracts, to conclude that Seaworthiness is a general principle of the Chilean Maritime Law.

¹ Este artículo se basa en la ponencia presentada por el autor en las primeras Jornadas Patagónicas de Derecho Marítimo, organizadas por la Escuela de Derecho de la Universidad de Magallanes en Punta Arenas, en mayo de 2002.

mento a la Marina Mercante, Accidentes Personales y Contratos de Construcción de Naves, para concluir que la navegabilidad that es un principio general del Derecho Marítimo chileno.

PALABRAS CLAVES: Nave, Navegabilidad, Innavegabilidad, Responsabilidad, Seguridad, Armador, Capitán, Flotabilidad, Estabilidad, Debida Diligencia.

KEY WORDS: Ship, seaworthiness, unseaworthiness, accountability, security, shipbuilder, captain, floatation, stability, due formalities.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 826 del C.Com. define a la nave como *“toda construcción principal destinada a navegar, cualquiera que sea su clase y dimensión”*. Agrega el artículo 827 que *“el concepto de nave comprende tanto el casco como la maquinaria y las pertenencias fijas o movibles que la complementan”*.

Para Ripert², “la nave es una máquina flotante destinada a navegar”. Según este autor, esta función o destino de la nave determina su estructura material y su calidad jurídica. Ripert coloca el acento en el aspecto teleológico. La navegación, que es su fin, determina su estructura y su calidad jurídica. A partir de esto surge un concepto bastante importante en el derecho marítimo: la navegabilidad.

Navegabilidad significa que la nave debe flotar y desplazarse en condiciones de seguridad, atendidas sus características y la naturaleza y circunstancias del viaje o del transporte que se propone emprender.

Este artículo tiene por objeto analizar el concepto de navegabilidad, el deber de proveer naves navegables y los distintos aspectos o manifestaciones de esta obligación, para luego observar cómo se comporta en las instituciones del derecho marítimo chileno.

II. EL CONCEPTO DE NAVIGABILIDAD

Que una nave sea navegable significa que “su diseño, estructura condiciones y equipos deben estar adecuados para enfrentar los peligros ordinarios del viaje que emprende”³. Además: “Deberá también tener un capitán competente y una tripulación suficiente en cantidad y competencia”⁴. “Y, si ella zarpa de un puerto donde se requiera utilizar un práctico y la naturaleza de la navegación lo requiere, ella no parecería estar navegable sino con un prác-

² Georges RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo*, Traducción de G. San Martín (Argentina, 1954).

³ “Stanton v. Richardson”, 1874, 45 L.J.C.P. 78, citado por *Carver’s on Carriage of Goods by Sea* 8 (London, 1938), p. 24.

⁴ “Clifford. v. Hunter”, 1827, M. & M. 103, *Carver’s*, p. 24.

tico a bordo, a menos que el propio capitán tenga suficiente conocimiento de la navegación”⁵. También: “la carga a transportarse debe ser suficientemente segura para tal viaje, según lo que razonablemente pueda esperarse y debe estibarse de una manera que no cause peligro”⁶.

La jurisprudencia de los tribunales del Almirantazgo ingleses ha ido determinando el contenido de la navegabilidad a partir de casos concretos, de problemas o defectos que hayan afectado a la aventura marítima, construyendo e integrando así las manifestaciones o aspectos que este vasto concepto comprende: “Lo que se quiere significar es que la nave debe tener un grado de preparación que un armador común, cuidadoso y prudente requeriría que su nave tuviese al comienzo del viaje, teniendo en cuenta todas las circunstancias probables del mismo”⁷. “Hasta esa medida, el armador se obliga absolutamente a que la nave sea adecuada y la ignorancia no es una excusa”⁸.

Se puede, entonces, verificar que la navegabilidad comprende diversos aspectos, a saber: la idoneidad del diseño, casco, materiales, maquinaria, pertenencias, elementos, tripulación, bodegas, aparatos de carga, práctico y documentos necesarios para que la nave cumpla su función propia, en puerto o durante la navegación. Lo que es predicable de la nave, lo es también del artefacto naval, *mutatis mutandi*.

III. LA NAVIGABILIDAD EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

El contenido de esta obligación aparece diseminado en distintos cuerpos legales y reglamentarios chilenos.

1. *Respecto al diseño de la nave.*

De acuerdo con el artículo 132 del Reglamento General de Orden, Seguridad y Disciplina en Naves y Litoral de la República⁹ (en adelante: RGODS.): “no podrá construirse ninguna nave en el país, sin que previamente se hayan aprobado sus planos y especificaciones por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, ni hacerse alteraciones o transformaciones en naves mayores de 25 toneladas sin igual requisito de acuerdo con lo establecido en el Reglamento para la Construcción, Reparaciones y Conservación de las Naves Mercantes en el país, sus Inspecciones y Reconocimientos”.

Luego, el Reglamento para la Construcción, Reparaciones y Conserva-

⁵ “Phillips v. Headlam”, 1831, 9 L.J. (o.s.) K. B. 238, citado por *Carver’s*, p. 25.

⁶ *Carver’s*, p. 25.

⁷ “Gibson v. Small”, 1853, 4 H.L.C. 353, *Carver’s*, p. 25.

⁸ *Carver’s*, p. 25.

⁹ D. S. 1.341 bis, del 14 de junio de 1941.

ción de las Naves Mercantes y Especiales Mayores y de Artefactos Navales, sus Inspecciones y su reconocimiento¹⁰ (en adelante: Regl. Construcción), señala en su artículo 4 que: *“Toda persona que proyecte una nave o un artefacto naval en el país deberá someter en triplicado a la aprobación previa de la Dirección General, las especificaciones completas del proyecto junto con los planos a escala de las partes que a continuación se señalan en la misma norma, sin perjuicio que la Dirección General, si lo estimare conveniente, solicite otros planos adicionales o mayores detalles que los antes indicados”*.

Según el artículo 13 del Regl. Construcción: *“Los planos y especificaciones que se señalan en el artículo 4º del presente reglamento deberán encontrarse firmados por un profesional competente para dichos efectos, con excepción de los planos y otros antecedentes de naves construidas en el extranjero, los que deberán contener la visación de la sociedad clasificadora que supervisará la construcción. Se entenderá como profesional competente quienes posean un título profesional reconocido por la legislación vigente en Chile, que los habilite para proyectar obras de ingeniería naval”*.

La idoneidad de los planos, en que se plasma el diseño y características del buque, es condición para su inscripción en los Registros de Matrícula. Así, el artículo 12 de la Ley de Navegación¹¹ (en adelante: LN.), señala que para solicitar la inscripción de una nave en el respectivo Registro de Matrícula, además de presentar de los títulos que acrediten los derechos sobre la nave, el certificado de arqueo y los demás documentos que exija el reglamento, se deberán acreditar que han dado cumplimiento a las exigencias legales y reglamentarias sobre construcción y seguridad.

El Reglamento del Registro de Naves y Artefactos Navales¹² (en adelante: Regl. Registro), señala en su artículo 29: *“Al solicitar la inscripción en el Registro de Matrícula de naves mayores, el propietario, o su mandatario debidamente autorizado, presentará los títulos que justifiquen los derechos sobre la nave; los certificados de seguridad y de arqueo otorgados por la autoridad marítima; el certificado de clasificación otorgado por alguna de las Casas Clasificadoras reconocidas en Chile, cuando procediere legalmente; un plano general, y cuatro fotografías de la nave”*.

Entonces, podemos observar que la navegabilidad del diseño es un requisito para llegar a la matrícula de la nave.

2. Respecto a los materiales de la nave.

Según el artículo 8 del Regl. Construcción: *“La calidad del material y sus*

¹⁰ D. S. (M) N° 146, de 6 de febrero de 1987.

¹¹ D. L. 2.222 de 1978.

¹² D. S. 163, (M) 13 de abril de 1981.

dimensiones deberá estar de acuerdo con las normas establecidas en los convenios y códigos individualizados en el artículo 1º de este reglamento y también con las reglas propias de la Sociedad que Clasificará a la nave o artefacto naval cuando a ésta le haya sido encomendada la supervisión de la construcción, de consumo por el propietario y el astillero. No obstante, en caso de diferencias en la calidad y dimensiones, primarán las normas establecidas por la Organización Marítima Internacional (O. M. I.). Cuando en la construcción de la nave o artefacto no se contemple la intervención de una Sociedad Clasificadora, tanto para su control como para su posterior clasificación, corresponderá a la Dirección General establecer las normas sobre dimensiones y calidades de los materiales que no aparecieren especificados en los Convenios y Códigos de la Organización Marítima Internacional, debiendo hacerlo de acuerdo con lo establecido por las reglas de alguna de las sociedades clasificadoras reconocidas en el país”.

Para estos efectos, el artículo 9 del Regl. Construcción, ordena: “Antes que se comience la construcción del casco de una nave o artefacto naval cuyos planos y especificaciones hayan sido aprobados por la Dirección General, el propietario deberá dar aviso a ésta, con el objeto de programar con el astillero la llegada de los Inspectores de la Comisión de Inspección de Naves que se designen, a quienes corresponderá supervisar y certificar que el material que se proyecta emplear en la construcción se encuentra acorde con los referidos planos y especificaciones y que, asimismo, los trabajos que se realizarán responden a la calidad propia de obras de Ingeniería Naval”.

Para asegurar la idoneidad del material a usar, la autoridad marítima también interviene en la aprobación de los materiales a utilizarse en su construcción.

3. *Respecto al casco.*

El casco es la base de la estructura de la nave. Según el artículo 827 C.Com., la nave comprende al casco y la maquinaria. La esencia de la navegabilidad incluye la idoneidad del casco para flotar y navegar.

Según el artículo 279 del RGODS., las naves y embarcaciones menores a propulsión mecánica inscritas en los puertos, serán sometidas, al matricularse y en los meses de junio y diciembre, a una inspección que será hecha por el ingeniero de la Comisión o Subcomisión de Reconocimiento de Naves donde existan estos organismos, o por un perito *ad hoc*, donde no los haya, inspección que tiene por objeto formarse una impresión sobre el estado de conservación del casco y funcionamiento de sus medios de propulsión, para los efectos de la seguridad que debe ofrecer el servicio. Luego, el artículo 280 del RGODS. ordena emitir, a modo de constancia de estas revistas, un certificado de navegabilidad en que se individualizará al armador de la nave, las dimensiones y características de esta, destino al que se

dedica, material del casco y estado de la máquina propulsora y equipo, dejando constancia de sus últimas reparaciones. A la inversa, el certificado no se extenderá a las embarcaciones que necesiten reparar su casco o máquinas o que no estén provistas de los elementos reglamentarios, a las que se les fija un plazo para ejecutar los trabajos que se ordenen quedando la embarcación, durante este tiempo, suspendida del servicio. El certificado de navegabilidad será firmado por el funcionario que haga la inspección, y llevará el visto bueno del capitán de puerto que corresponda.

Respecto a las reparaciones a la nave, el artículo 134 del RGODS. ordena que tan pronto como ellas se hayan terminado, se harán las pruebas oficiales en el fondeadero o navegando, según los casos, en presencia de los inspectores respectivos de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, y si los resultados fueren satisfactorios el buque tomará el fondeadero usual para faenas de carguío o el que le designe el capitán de puerto, y si no lo hiciere, será removido por su cuenta.

4. Respecto a las maquinarias y pertenencias.

El artículo 135 del RGODS. ordena que las naves nacionales, como también las extranjeras, que hagan el cabotaje en las costas de la República, estarán obligadas a pertrecharse en la forma que dispone el Reglamento general de equipos de naves y a observar las demás disposiciones que existan al respecto.

Por su parte, el artículo 73 del RGODS., dispone, con el objeto de evitar accidentes y para mayor seguridad de la carga y descarga, que las naves, tanto nacionales como extranjeras, deben usar ganchos con giratorios de la maniobra del buque. De hecho, ninguna nave podrá dar principio a esta faena sin que obtenga del capitán de puerto el visto bueno correspondiente, para lo cual éste revisará la maniobra cerciorándose que tenga los ganchos ordenados y que las tiras, ya sean de cabo, alambres o cadenas, presten las seguridades necesarias

5. Respecto a la estabilidad de la nave.

El artículo 91 del RGODS. ordena a los capitanes tener la mayor atención con la estabilidad del buque a su mando, procediendo con arreglo a las condiciones marineras y a sus características de construcción para mantenerlo siempre suficientemente lastrado y bien estibado. Agrega que el capitán es responsable del incumplimiento de estas medidas, sin perjuicio de las acciones judiciales que correspondan.

6. *Respecto a la tripulación.*

La navegabilidad se refiere tanto a la cantidad de la tripulación como a su calificación. Respecto a su cantidad, el Reglamento para fijar Dotaciones Mínimas de Seguridad de las Naves¹³ (en adelante: Regl. Dotación Mínima) establece las normas para fijar las dotaciones mínimas de seguridad en conformidad a lo establecido en el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, otros convenios internacionales y la legislación nacional, para las naves y artefactos navales mayores y menores. La dotación mínima de seguridad de una nave o artefacto naval está constituida por el número de oficiales y tripulantes suficiente y competente, necesarios para garantizar su seguridad, la de su tripulación, sus pasajeros, de la carga y de los demás bienes a bordo, y la protección del medio marino, incluyendo la atención de los diversos turnos de guardia y funcionamiento de los equipos durante la navegación u operación.

Para estos efectos, la autoridad marítima competente (DGTM. y MM. en caso de la nave o artefacto naval mayores; si son menores, la Capitanía de Puerto en que estén matriculados), entregará a cada nave o artefacto naval un certificado con el número y categoría profesional de los oficiales y tripulantes que constituyen su dotación mínima de seguridad. Es responsabilidad del capitán de la nave o artefacto naval, mantener a bordo el “certificado de dotación mínima de seguridad”, que deberá exhibir a la autoridad marítima cada vez que le sea requerido.

Se distingue entre dotación de navegación de la de puerto o para, que son los casos en que la nave permanece en un puerto o los casos en que está en para, v.gr: reparaciones. Las de puerto o para son menores, ya que se considera el número indispensable de tripulantes para reaccionar en situaciones de emergencia.

Por su parte, el artículo 103 del RGODS., ordena que toda nave fondeada en un puerto deberá mantener a bordo, para su vigilancia y seguridad marinera, el número de tripulantes necesarios, tanto de máquinas como de cubierta, que en ningún caso será menor del tercio de la dotación mínima asignada a cada una de estas ramas, quedando por consiguiente, el personal a tres turnos de guardia. Para la atención de las comidas de dicha tripulación deberá tenerse el personal de cámara necesario

Por otra parte, en cuanto a la preparación de la dotación:

Para ser capitán es necesario ser chileno y poseer el título de tal conferido por el director.¹⁴ Para ser tripulante de naves nacionales es necesario ser chileno, poseer matrícula o permiso otorgado por la autoridad marítima y

¹³ D. S. (M) N° 31, de 14 de enero de 1999.

¹⁴ Artículo 49 LN.

estar inscrito en el respectivo registro. Como comprobante de la inscripción, la autoridad marítima otorgará a cada tripulante una libreta de matrícula.¹⁵

Según el artículo 74 de la LN., corresponde a la autoridad marítima calificar y controlar la aptitud y preparación profesional de los oficiales, y la idoneidad y las condiciones físicas de las personas que a cualquier título o empleo integran la dotación de una nave nacional.

El artículo 135.a del RGODS. se refiere al personal que efectúe trabajos en las naves que se encuentren en los puertos del litoral, en condiciones de "para", "reparación" o "en conservación", los que deberán ser ejecutados por los obreros marítimos matriculados en sus respectivas profesiones, o por el personal propio de las maestranzas que los ejecuten.

Tratándose de naves especiales o menores, el artículo 297 del RGODS. dispone que los interesados en ejercer la profesión de fleteros o patrones de lanchas, solicitarán de la Capitanía de Puerto el permiso correspondiente.

El artículo 300 del RGODS. ordena que las embarcaciones con propulsión mecánica de un poder mayor de 10 HP, deberán llevar un tripulante además de patrón.

Respecto a las naves especiales, el artículo 301 del RGODS. establece que para asumir el mando de los remolcadores, vapores de pasajeros de los ríos o lagos y pailebotes, se deberá estar en posesión del título de patrón, expedido por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante, conforme al reglamento respectivo. El artículo 306 del RGODS. ordena que todo fletero en general, llevará consigo su libreta de matrícula, que no podrá rehusar a exhibir no solamente a la ronda de la Capitanía de Puerto, sino también a los pasajeros que lo soliciten.

Otra norma es el artículo 287 RGODS., que ordena a las lanchas de carguío, en el caso que tengan carga a bordo, no ha de faltarle un guardián, especialmente en las horas de la noche, para prevenir todo accidente o robos.

7. Respecto al práctico.

El Reglamento de Practicaje y Pilotaje¹⁶ ordena a toda nave chilena o extranjera que navegue por aguas interiores de la República, por el estrecho de Magallanes o que efectúe cualquier maniobra en los puertos de la República de Chile, o en sus vecindades, utilizar los servicios de los prácticos chilenos.

El práctico, quien está sujeto a la autoridad del capitán de la nave, tiene una función de asesoría de éste en la conducción de la derrota; la ejecución

¹⁵ Artículo 65 LN.

¹⁶ D. S. (M) N° 397, de 8 de mayo de 1985.

de toda maniobra que se realice en los puertos y otras faenas que se solicite o que contemple la intervención de uno o más prácticos. Según el artículo 11 del referido reglamento, los armadores o agentes de naves proporcionarán los medios y elementos necesarios para la transferencia de los prácticos y para el desempeño de sus funciones, tales como remolcadores, lanchas motorizadas, personal y otros, siendo de su responsabilidad la puntual presentación de ellos. Agrega el artículo 12 del mismo reglamento que el capitán, oficiales y dotación de la nave estarán obligados a prestar su colaboración a los prácticos mientras éstos desempeñen sus funciones.

Por su parte, el artículo 68 del RGODS. prohíbe pilotear naves a aquellas personas que no sean prácticos oficiales u autorizados. Se establecen sanciones pecuniarias al infractor y capitán de la nave conducida, a quienes se les responsabilizará por los daños que causaren. Además, la nave que navegue sin hacer uso de práctico en aquellas aguas en que este servicio es obligatorio, no podrá ser recibida por las autoridades competentes, en ningún puerto de la República. Esta prohibición se hará extensiva a todas las naves del mismo armador que el de la nave infractora.

8. Respecto a la idoneidad de las bodegas, pertenencias y elementos para el transporte de carga.

El artículo 90 de la LN. establece la obligación general del capitán de la nave de velar porque el embarque, estiba y desembarque de la carga se efectúen con las precauciones y cuidados que aseguren su integridad y la del personal en estas faenas.

Por su parte, el artículo 77 del RGODS. señala que *“En todo caso, los capitanes y sus armadores serán responsables de los accidentes producidos por deficiencias del material ocupado en la movilización de carga”*.

9. Respecto a las naves que transportan cargas especiales o naves especiales.

Existen también normas particulares aplicables a naves especiales o a distintos tipos de carga.

Los artículos 96 y siguientes del RGODS. se refieren a la conducción de animales. Sólo a modo ejemplar, si se conducen animales en pie, la nave debe reunir ciertas condiciones de seguridad e higiene, debe tener corrales con protección de madera y el piso enmaderado y listoneado para evitar el resbalamiento; asimismo, deberá tener los imbornales necesarios para el libre y fácil escurrimiento de las aguas y además gamelas y tinajas para el forraje, aguada y mangueras de aire suficientes para la debida ventilación. Para la atención y cuidado de los animales a bordo, se embarcará el personal que indica el Reglamento de Transportes para la Marina Mercante en la parte relativa a la conducción de animales en pie.

El artículo 116 del RGODS. se aplica a las naves que acarreen explosivos u otras materias inflamables, las que deben mantener izadas en el tope del trinquete la bandera "B" del Código Internacional de Señales, durante el día y un farol rojo visible en todo el horizonte durante la noche; deben estar provistas de santabárbaras para entrar al fondeadero general, descargar o cargar mercaderías.

El artículo 129 del RGODS. establece una serie de medidas que deben tomarse respecto a los líquidos inflamables. Por ejemplo, sólo pueden transportarse en bodega y sobre cubierta en las naves de carga que sean aptas para tal objeto, según los inspectores técnicos de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante; tales bodegas deben tener una buena ventilación; no deben destaparse las escotillas para la ventilación durante el viaje; los mamparos que separan las bodegas de los demás departamentos de la nave deben ser impermeables; sus sentinas deben ser estancas y sus válvulas para el achique deben accionarse desde la cubierta principal o desde algún departamento contiguo; el interior de estas bodegas debe llevar forro de madera, que puede ser listoneado a los costados; estas materias deben ir envasadas en tambores de fierro impermeables; se prohíbe a las naves que conduzcan pasajeros llevar en cubierta artículos inflamables; toda nave autorizada para transportar carga de esta naturaleza, debe tener a bordo, en lugar seguro y en estado de funcionamiento inmediato, un casco para gases asfixiantes de un tipo aprobado; dos extintores químicos para incendio, etc. Finalmente, la nave debe portar un certificado de autorización para transportar materias inflamables otorgado por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante. Por otra parte, en las naves autorizadas con este objeto, no se podrá hacer alteraciones en sus bodegas o departamentos, sin el permiso correspondiente de la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante.

El artículo 130 del RGODS. se refiere a los buques estanques o similares para el transporte de petróleo o inflamables, los que deben observar las siguientes disposiciones: contar con cañerías, mangueras y todo artefacto o mecanismo empleado para trasegar líquido, debe estar a prueba de filtraciones, lo cual debe ser verificado oportunamente antes de comenzar las faenas; mantener a bordo, mientras duren las faenas de carga o descarga, una persona competente y responsable, puesta por los armadores o agentes, que exija el cumplimiento de las disposiciones reglamentarias.

Respecto a las naves que transporten pasajeros, el artículo 92 de la LN. ordena: *"Toda nave que transporte pasajeros, deberá estar provista de los equipos de seguridad que exige la Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar"*. El artículo 93 de la LN. señala que *"el Director autorizará el transporte de personas sólo en naves que tengan la habilitación propia para ello y, especialmente, los elementos de seguridad indicados en el*

artículo anterior".

El artículo 222 del RGODS. ordena que todo vapor que traiga pasajeros para los puertos de la República o los embarque en ellos, con destino a otros puertos nacionales o extranjeros, deberá reunir las condiciones de comodidad, seguridad e higiene que se requieren para el transporte de personas, debiendo tener los otorgamientos correspondientes para las mismas, según la categoría de sus boletos de pasajes. En ningún caso se permitirá que vengán hacinados sobre la cubierta, aunque se trate de emigrantes; ni tampoco que persona alguna se embarque como pasajeros en tales condiciones, aunque así lo solicite, todas deberán tener albergue en las instalaciones construidas ex profeso para este objeto. Este artículo se refiere en su ordenanza a los buques de todas las banderas, sin que admita excepciones de ninguna clase. El artículo 223 del RGODS. prohíbe a los buques que transporten pasajeros llegar a los puertos de la República con mayor número del que corresponde a su capacidad certificada con arreglo a las leyes de su bandera, rigiendo el mismo precepto para cuando embarque pasajeros en los puertos nacionales.

El artículo 225 del RGODS. ordena que los buques que se dediquen al transporte de pasajeros, estarán obligados a tener, para el caso de salvamento, el número suficiente de botes salvavidas, para contener el número máximo autorizado de pasajeros que puede llevar la nave, más el total de la dotación, según su rol. Estos botes deben ir colgados de pescantes o dispuestos en tal forma que puedan ser arriados al agua, con una demora máxima de tres minutos cada uno. También, según el artículo 226 del RGODS., deben contar con una dotación de chalecos salvavidas suficientes para suministrar uno a cada pasajero y a cada tripulante. Una proporción razonable de los chalecos salvavidas, debe ser de menor porte para que puedan servir a niños. Los salvavidas antes citados, deben ir distribuidos en los camarotes de pasajeros y oficiales y en cajones a propósito ubicados en las cercanías de los botes salvavidas. Además, en el puente de mando, cubierta de paseo y toldilla deben llevarse salvavidas circulares y de patente (luminosas) en el número que disponga la Comisión de Reconocimiento de Naves.

Se complementa con el artículo 282 del RGODS., que ordena a toda embarcación que en forma permanente o accidental transporte pasajeros deberá llevar a bordo los salvavidas de chaleco o circulares que haya fijado la Capitanía de Puerto, dispuestos de tal manera, que sea instantánea la maniobra de arrojarlos en auxilio de alguna persona que caiga al agua. Estos salvavidas deben estar pintados de rojo, llevando en color blanco el número o nombre de la embarcación y del puerto; serán colocados donde mejor cuadre a sus fines.

En cuanto a la calidad y estado, señala el artículo 227 del RGODS. que los botes como los elementos de salvataje deberán ser sometidos a prueba

por la Comisión de Reconocimiento de Naves, por lo menos una vez al año y las deficiencias que se notaren deberán ser subsanadas inmediatamente.

El artículo 228 del RGODS. establece que todos los vapores, muy especialmente los que conducen pasajeros, deben estar dotados de bombas de achique potente de doble acción, que puedan extraer o suministrar agua de todos los compartimentos de la nave y a la vez alimenten cañerías debidamente distribuidas en cubierta, pasillos, cámaras, etc., con grifos para conectar mangueras y poder así atacar cualquier principio de incendio que se produzca a bordo. Además de lo expuesto, los barcos que conducen pasajeros deben tener una dotación reglamentaria de extintores de incendio de patente comprobada. Todos estos elementos deben conservarse en perfectas condiciones de funcionamiento y los extintores deben ser recargados cada seis meses con carga nueva, debiendo la Comisión de Reconocimiento de Naves cerciorarse del correcto funcionamiento de estos elementos.

Según el artículo 229 del RGODS., todo vapor que se dedique al transporte de pasajeros, debe estar dotado con número suficiente de baldes y hachas de mano para el servicio contra incendio. Los baldes deberán estar siempre al alcance rápido de la tripulación.

El artículo 230 del RGODS. ordena que los vapores que, dedicándose al transporte de pasajeros, lleven carga en sus bodegas y en los pañoles que queden debajo de la cubierta, deberán tener sistema de inundación con el objeto de extinguir incendios, o bien, llevarán con este fin otro sistema de cañerías aprobado por la Dirección General del Territorio Marítimo y de Marina Mercante para inundar con agua, vapores o gases cualquier compartimiento o bodega afectado por el fuego.

El artículo 231 del RGODS. se refiere a las naves que carguen azufre, salitre u otras materias que al quemarse produzcan gases tóxicos, deberán tener como dotación, un equipo de máscara para gases asfixiantes, para el uso de la tripulación que tenga que atacar el incendio; una de éstas deberá ser destinada al Radiotelegrafista para que pueda cumplir sus obligaciones, sin ser afectado por los gases.

El artículo 232 del RGODS. ordena que los vapores de pasajeros, cuando carguen en cubierta materiales de fácil combustión, los cubrirán totalmente con buenas lonas o telas enceradas. El pasto seco, el algodón y el cáñamo, deben recibirse en fardos apretados.

El artículo 276 del RGODS. señala que el capitán de Puerto ordenará que en el escudo de la embarcación se inscriba en caracteres visibles la capacidad de pasajeros que se le ha asignado, tratándose de cualquier embarcación que reciba personas a bordo. Igualmente en los remolcadores, pailebotes y demás embarcaciones que lleven casa para el gobierno, se inscribirán estos datos en una parte bien visible al interior de ella.

El artículo 281 del RGODS. obliga a los propietarios, armadores o ad-

ministradores de las embarcaciones del tránsito portuario, pesca o recreo, a dotarlas de todos los elementos necesarios para la seguridad de sus tripulantes y de la propia embarcación; salvavidas, cohetes anclas, etc., de acuerdo con el servicio a que estuvieren dedicadas, so pena de que se les retire el comprobante de matrícula. Toda embarcación movida a propulsión mecánica o de combustión interna, deberá llevar un mínimo de dos remos con sus chumaceras o toletes respectivos.

El artículo 286 del RGODS. ordena a toda embarcación dedicada al transporte de carga tener marcada en lugar y forma visibles la línea oficial de carguío, de acuerdo con el Reglamento respectivo. Esta línea es la línea máxima de carga y es la que establece el certificado de francobordo.

Respecto al remolque, el artículo 94 de la LN., señala que las normas sobre seguridad del servicio de remolque en los puertos marítimos, fluviales o lacustres y en aguas sometidas a la jurisdicción nacional, serán fijadas por el director.

Las naves deportivas no escapan de regulaciones. Existe el Reglamento General de Deportes Náuticos¹⁷ (en adelante: RGDN.) que establece que las actividades deportivas y recreativas náuticas y las embarcaciones deportivas, artefactos náuticos, y demás implementos utilizados en su práctica, deberán dar cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias sobre orden, disciplina, seguridad de la vida humana en el mar y protección al medio ambiente.

Su artículo 1 ordena que los tripulantes de una embarcación o artefacto náutico deportivo porten "licencia deportiva náutica", que es el documento mediante el cual la autoridad marítima otorga la autorización para practicar alguna de las actividades deportivas náuticas, a una persona natural, chilena o extranjera, que cumpla con los requisitos establecidos en el presente reglamento.

Por su parte, según el artículo 35 del RGDN., las embarcaciones deportivas y artefactos náuticos deberán contar con el equipamiento y elementos de seguridad, emergencia, radiocomunicaciones y navegación, necesarios para garantizar la seguridad de las personas a bordo y de la navegación y la protección del medio ambiente acuático.

10. *Portworthiness.*

Podemos encontrar una referencia implícita a ella en el artículo 24 de la LN. que regula el despacho, señalando que la recepción es el acto en que se verifican los documentos de la nave y sus condiciones de seguridad y se fijan las condiciones en que debe sujetarse su entrada a puerto. Para que a la nave

¹⁷ D. S. (M) N° 87, de 14 de mayo de 1997.

se le conceda el despacho debe estar en condiciones seguras para atracar en puerto, lo que en derecho inglés se denomina *portworthiness*.

11. *Respecto a los documentos que debe portar una nave.*

La navegabilidad también tiene un aspecto documental. La nave debe portar una serie de documentos, dentro de los cuales podemos señalar:

Según el artículo 15 LN., a toda nave inscrita en el Registro de Matrícula se le extenderá un "certificado de matrícula", en el que se indicará su nombre, su número de matrícula, el nombre de la persona a cuyo favor aparece inscrita y el tonelaje y las principales características de dicha nave. El original de este certificado deberá permanecer a bordo.

Según el artículo 78 LN., las naves que transporten pasajeros deben llevar la nómina de ellos, que se llamará Lista de Pasajeros.

Agrega el artículo 79 LN. que el "rol de dotación y la lista de pasajeros" serán agregados como anexos a la "declaración general" de la nave.

El artículo 83 LN. dispone que será obligatorio para los capitanes de naves nacionales llevar un "libro de disciplina", donde se anotarán las sanciones que impongan, debiendo exhibirlo, cuando sean requeridos, a la autoridad marítima o Consular.

El artículo 146 LN. ordena a las naves o artefactos navales que midan más de tres mil toneladas suscribir un seguro u otra garantía financiera otorgada por un banco o un fondo internacional de indemnizaciones, por el importe a que asciendan los límites de responsabilidad establecidos en el artículo 145 de la LN. La autoridad marítima que le hubiere dado el certificado de matrícula, expedirá otro que acredite que existe ese seguro o garantía. Este último certificado deberá llevarse a bordo y una copia se conservará en poder de la autoridad que matriculó la nave o artefacto naval.

Existen otros certificados que la nave debe portar a bordo, como el certificado de líneas de carga y el certificado de dotación mínima.

IV. ¿QUIÉN ES EL OBLIGADO Y RESPONSABLE DE LA NAVEGABILIDAD DE UNA NAVE?

Los principales obligados y responsables de la navegabilidad son el armador y el operador de la nave. Así lo dispone el artículo 44 de la LN., según el cual: *"El armador u operador de una nave serán civil y solidariamente responsables de las transgresiones a las normas de esta ley, cometidas por el capitán en el ejercicio de sus funciones, con las excepciones que en ella misma se establecen, sin perjuicio de la responsabilidad del dueño de la nave cuando corresponda"*.

Ello se reitera en el artículo 886 del C.Com., que prescribe: *"El armador responde en la forma que prescriben este Libro y la Ley de Navegación, de las obligaciones contraídas por el capitán que conciernen a la nave y a la expedi-*

ción. Responde, asimismo, en igual forma, por las indemnizaciones en favor de terceros por los hechos del capitán, oficiales y tripulación”.

Lo reitera el artículo 77 del RGODS., según el cual: *“En todo caso, los capitanes y sus armadores serán responsables de los accidentes producidos por deficiencias del material ocupado en la movilización de carga”.* Esta norma se refiere a la idoneidad del buque para portar, operar y manipular la carga que transporta, denominada *cargoworthiness*, que también es un aspecto o concreción de la navegabilidad.

En materia de embarcaciones deportivas, existe una aplicación específica en el artículo 19 del RGDN, que dispone que: *“la seguridad de una embarcación deportiva o artefacto náutico y de su tripulación es responsabilidad de su operador, el que deberá estar familiarizado con las normas legales y reglamentaciones referidas a su operación segura”.*

La referencia al propietario, *“cuando corresponda”*, debe entenderse hecha al artículo 883 del C.Com., que establece que cuando la persona natural o jurídica que asuma la explotación de una nave no hace la declaración de armador (ni la hace el propietario), ambos, propietario y armador responderán solidariamente de las obligaciones derivadas de la explotación de la nave.

Además, el capitán es responsable de verificar que la nave esté en condiciones navegables. Así lo ordena artículo 914 del C.Com., que dispone que *“Son obligaciones del capitán, entre otras, sea que las cumpla personalmente o por miembros de la dotación o personal en tierra bajo su potestad, las siguientes: N° 1.- Verificar que la nave esté en buenas condiciones de navegabilidad antes de emprender el viaje y durante toda la expedición; N° 2.- Cumplir con todas las leyes y reglamentos marítimos, sanitarios, aduaneros, de policía, laborales y demás que sean aplicables y N° 3.- Supervisar todo lo relacionado con la estabilidad de la nave y con la carga, estiba y desestiba de la misma”.*

El N° 1 lo dice en forma expresa y explícita. El N° 2 lo establece en forma consecencial, ya que la obligación de cumplir con la navegabilidad de la nave implica cumplir con las normas legales y reglamentarias –ya analizadas– que se refieren a la navegabilidad de la nave, en sus distintos aspectos.

El N° 3 se refiere a la navegabilidad de las bodegas (*cargoworthiness*) y a la estabilidad de la carga.

La frase *“sea que las cumpla personalmente o por miembros de la dotación o personal en tierra bajo su potestad”* del artículo 914 C.Com. indica que se trata de una responsabilidad indelegable del capitán, vale decir, que aunque delegue una tarea o función a la dotación o su personal, o aunque les encomiende a ellos el cumplimiento de sus obligaciones, el capitán sigue siendo responsable por esta función. Se puede delegar la tarea, pero no la responsabilidad.

La misma idea fluye del artículo 89 LN., que señala: *“el capitán será siem-*

pre responsable de la seguridad de la nave y de su dotación. Para estos efectos, deberá observar una constante vigilancia del estado de la maniobra de la nave y el mayor cuidado de su equipo y de sus accesorios. La Dirección velará por el fiel cumplimiento de estas disposiciones y controlará los elementos que se empleen en las faenas". La herramienta que, como contrapartida a la responsabilidad que la ley coloca sobre sus hombros le dota para cumplirla, es la potestad que le concede el artículo 52 LN., según el cual: *"Los oficiales, tripulantes y pasajeros deben respeto y obediencia al capitán en todo lo relativo al servicio de la nave, y a su seguridad y la de las personas y la carga que transporte"*.

Para estos efectos, el capitán puede contar también con el apoyo del agente de naves, quien, según el artículo 923 C.Com.: *"Sin perjuicio de la representación del agente de naves ante las autoridades, éste, por cuenta del dueño, armador o capitán, podrá prestar sea directamente o a través de terceros, uno o varios de los servicios relativos a la atención de la nave en puerto, tales como: N° 2.- Preparar, en cuanto sea necesario, el alistamiento y expedición de la nave, practicando las diligencias pertinentes para proveerla y armarla adecuadamente en todo lo que fuere menester; N° 3.- Practicar todas las diligencias que sean necesarias para obtener el despacho de la nave; N° 8.- Atender y supervigilar las faenas de carga y descarga, incluyendo la estiba y desestiba de las mercancías"*.

V. EFECTOS, RESPONSABILIDADES, MEDIDAS DE CONTROL Y SANCIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE NAVEGABILIDAD

Ya señalé que la responsabilidad por la innavegabilidad de una nave recae sobre su armador, operador y capitán. A continuación, agregaremos ciertas medidas, responsabilidades o sanciones específicas que la ley concede para asegurar el cumplimiento de las normas que velan por la navegabilidad en sus distintas manifestaciones y para castigar a quienes las vulneren.

En materia de carga, el artículo 77 del RGODS. señala: *"En todo caso, los capitanes y sus armadores serán responsables de los accidentes producidos por deficiencias del material ocupado en la movilización de carga"*.

El artículo 34 del RGODS. dispone: *"Si una nave se encontrara en malas condiciones de flotabilidad haciendo agua y en peligro de irse a pique, el capitán de Puerto requerirá a sus dueños o armadores para que tomen las medidas necesarias para evitarlo y si así no lo hicieren, la removerá y varará o amarrará en sitio apropiado por cuenta de ellos, tomando las precauciones de seguridad que estime necesarias. Con todo, si la nave se encontrare abandonada por sus dueños en puertos nacionales, durante más de un año, y a juicio de la autoridad marítima constituya un obstáculo o peligro para la navegación u otras actividades marítimas o ribereñas, deberá ser removida en el plazo que para el efecto se le fije, mediante intimación en un diario de circulación nacional, el que no podrá ser inferior a treinta ni superior a noventa días. Vencido el plazo anterior, la*

autoridad marítima podrá proceder, a costa del dueño, a su varamiento, si las condiciones generales de mantenimiento y seguridad de la nave afectada no garantizan condiciones mínimas de flotabilidad permanente, condiciones que serán establecidas por la correspondiente inspección a la nave”.

Dijimos que el artículo 19 del RGDN. establece: *“la seguridad de una embarcación deportiva o artefacto náutico y de su tripulación es responsabilidad de su operador”.* Luego, el artículo 5 del RGDN. prescribe que si la autoridad marítima observa que una embarcación o artefacto náutico deportivo está operando en condiciones inseguras; causando daño al medio ambiente acuático; con exceso de pasajeros o en una situación particularmente peligrosa para terceros, podrá instruir a su operador para que tome medidas inmediatas y razonables para la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, incluyendo el retorno a su fondeadero o amarre hasta que la situación que creó el peligro o daño al medio ambiente acuático sea corregida o haya terminado.

En materia de transporte de mercancías peligrosas, el artículo 130 del RGODS., señala: *“el capitán de Puerto deberá, a su vez, velar por el cumplimiento de los artículos pertinentes, ejerciendo para ello una estricta vigilancia en toda la operación del embarque de los líquidos inflamables a granel”.*

El artículo 6 del Regl. de Dotación prohíbe otorgarse la autorización de zarpe a las naves o artefactos navales que no lleven completa su dotación mínima de seguridad.

En materia de construcción de naves y artefactos navales, el artículo 10 del Regl. Construcción, permite a los gobernadores marítimos y Capitanes de Puerto suspender toda construcción cuyos planos y especificaciones no cuente con la aprobación de la Dirección General, siendo de cargo y costo del responsable de la omisión los daños y perjuicios ocasionados por retrasos en la obra. Del mismo modo, si se hubiere montado cualquier componente del casco o equipo cuya calidad del material o sus dimensiones no fuese aprobada por deficiencias a lo establecido en el artículo 8º del presente Reglamento, serán de responsabilidad del infractor los trabajos necesarios para su desmontaje y ulterior reemplazo.

Para cautelar la navegabilidad de las naves, el Reglamento de las Comisiones de Inspección de Naves¹⁸ (en adelante: RCIN.) ordena que toda nave mayor deberá ser inspeccionada cada 12 meses con el objeto de renovar sus certificados internacionales de seguridad o de dar cumplimiento a la visación anual de aquellos certificados que posean un plazo de validez mayor. Luego, cuando la nave tenga más de 20 años de servicio o los resultados de las inspecciones y controles arrojen observaciones sobre la eficiencia del esta-

¹⁸ D. S. (M) N° 70, de 16 de enero de 1985.

do de su casco, estructura, maquinarias, equipos y sus cargos, la frecuencia de las inspecciones será de seis meses.

El mismo Reglamento ordena que los artefactos navales deberán ser inspeccionados anualmente, con el objeto de verificar las condiciones de seguridad en su casco y equipamiento y permite a las comisiones locales efectuar revistas, inspecciones, zafarranchos y cualquier clase de revisiones a todas las naves mercantes o artefactos navales sujetos a su control y fiscalización en las oportunidades que lo estimen necesario.

Una de las consecuencias más relevantes de la innavegabilidad es que impide el zarpe o la recepción de una nave.

En efecto, de acuerdo con el artículo 22 LN.: *“para hacerse a la mar desde un puerto de la República, toda nave requiere la previa autorización de zarpe de la autoridad marítima, autorización que se denominará “despacho” y se otorgará en conformidad al reglamento respectivo”*. Para el despacho de la nave es necesario que el capitán o el agente de ella presente a la autoridad marítima la declaración general; que la nave tenga toda su documentación en orden, y que sus condiciones de seguridad para la navegación se conformen a la legislación y reglamentación marítima.

Tal norma es el Reglamento de Recepción y Despacho de Naves¹⁹. Según el artículo 25 del Reglamento: *“Para el despacho será necesario que el capitán o agente de la nave presente a la autoridad marítima la Declaración General, que la nave tenga su documentación en orden y que sus condiciones de seguridad para la navegación se conformen a la legislación y reglamentación marítima”*. Agrega el artículo 33: *“La autoridad marítima no otorgará el zarpe a la nave que contraviniera, entre otras, algunas de las siguientes disposiciones”*: A.- Cuando le falte el capitán; B.- Cuando su dotación esté incompleta y, a criterio de la autoridad marítima, la existente no dé satisfacción a las exigencias de seguridad, por insuficiente o incompetente; C.- Cuando el capitán no pueda exhibir los certificados vigentes de la nave, establecidos en el Convenio Internacional de Seguridad de la Vida Humana en el Mar, o D.- Cuando la nave no se encuentre en condiciones aceptables de adrizamiento o estiba, o sobrepase su límite máximo de carga. Las cuatro causales para denegar el zarpe constituyen casos de innavegabilidad de la nave.

La sanción por zarpe no autorizado está en el artículo 23 LN., según la cual: *“El capitán que se hiciera a la mar sin que la nave haya sido despachada, será sancionado hasta con la cancelación definitiva de su título. Si se tratare de una nave extranjera, sufrirá una multa de hasta 1.000.000 pesos oro, de la que será solidariamente responsable el armador o el agente de ella. Los gastos de*

¹⁹ D. S. (M) N° 364, de 29 de abril de 1980.

captura, con un recargo de un 50%, serán de cargo de la nave. Si ellos no fueren íntegramente pagados o garantizado su pago, la nave quedará arraigada”.

Por su parte, el artículo 11 señala que “recepción” es el acto por el cual la autoridad marítima verifica que los documentos y las condiciones de seguridad de la nave están en orden, y fija las normas a que deberá sujetarse en su ingreso y durante su permanencia en puertos nacionales. De esta forma, la navegabilidad es también una condición para entrar a los puertos de la República de Chile.

Finalmente, quizás el efecto más trascendente de la innavegabilidad lo constituye el señalado en el artículo 21 LN., según el cual, *“Las inscripciones de naves en el Registro de Matrícula se cancelarán, de oficio o a petición de parte, por las siguientes causales: N° 2.- Por declaración de innavegabilidad absoluta o pérdida total comprobada”.* Se trata de la muerte registral o administrativa de la nave.

VI. LA NAVEGABILIDAD EN EL FLETAMENTO POR TIEMPO

En materia de fletamento, existe una obligación absoluta del fletante de poner a disposición del fletador una nave con casco, maquinaria y equipo en un perfecto estado de funcionamiento. Que sea absoluta equivale a que se trata de una obligación de resultado. La línea 22 de la Póliza NYPE²⁰ señala que la nave debe entregarse *“firme, estanca, fuerte, y a todo respecto adecuada para el servicio”.* En la Cláusula 1 Baltim se establece que *“ella debe estar a todo respecto adecuada para el servicio a la carga”*, idea que se reafirma en su Cláusula 3, al señalar: *“los armadores deberán suministrar y pagar todas las provisiones, seguro de la nave, suministros de cubierta y de la sala de máquinas y mantenerla en un estado eficiente y prolijo en su casco y maquinarias durante su servicio”*²¹. En Inglaterra se estableció que ante la ausencia de una obligación expresa de navegabilidad en la póliza, existe una absoluta en la naturaleza del contrato²².

Para determinar si la nave era o no navegable, se acude al test del naviero prudente: ¿un naviero cuidadoso y diligente común la habría hecho a la mar en esas condiciones? La respuesta es el estándar de conducta que se le aplica al fletante. Por ello, se dice que esta obligación es también relativa y depende de la nave, del tipo de viaje y carga.

Cuando se sujeta el fletamento a las Reglas de La Haya, algunos estiman

²⁰ *The New York Produce Exchange Form*, 1946.

²¹ *Baltim Form*. The Baltic and International Maritime Conference, Uniform Time Charter.

²² “Giersten v. Turnbull”, 1908, S.C. 1101, citado en Michael WILFORD - Terrence COGHLIN - John KIMBALL, *Time Charters* (1989), 3, p. 64.

que durante la vigencia del contrato, la obligación pasa a ser de medio.

Las consecuencias de la innavegabilidad pueden variar dependiendo de su entidad y efectos. No toda innavegabilidad conduce al término del contrato. Ello dependerá de la actitud del fletante, quien puede incurrir en *repudiation* o manifestación de voluntad de no seguir ligado por él; también puede depender del impacto que le produzca al fletador, ya que puede frustrarse el objetivo del contrato (*frustration*). Con todo, los fletadores no están obligados a aceptar una nave innavegable sino hasta que se remedien sus defectos, pero pueden mantenerse en el contrato, sin repudiarlo, descargándose de sus obligaciones hasta que el fletante la entregue en condiciones navegables o hasta que se den los supuestos de frustración, repudiación o cancelación²³.

En los EE.UU., se analiza la entidad o grado de la innavegabilidad y el momento en que ella se produce. Si es al inicio del viaje, basta que ella sea menor, pero durante el mismo, debe tratarse de un incumplimiento sea material y frustre el propósito esencial del contrato. Si se expresa una garantía (*warranty*) de navegabilidad en el contrato, ella deberá observarse a su firma y al momento de entregar la nave. A falta de su expresión, se entiende que hay una garantía implícita, a menos que se la excluya²⁴. Esta garantía es aplicable en todos y cada uno de los viajes que se inician y constituye una garantía absoluta. No será absoluta si el contrato se someta a COGSA, o a las Reglas de La Haya, casos en los cuales se atenúa a una obligación de medio o de ejercer la *due diligence*. El incumplimiento de esta garantía sólo conlleva el repudio del contrato si es material o substancial.

En Chile, el establecimiento de las obligaciones y efectos de este contrato reposa en la distinción entre gestión náutica y gestión comercial. Ambas gestiones son las diversas esferas que integran la gestión armatorial. Conceptualmente, el armador es quien expide la nave, la hace a la mar y explota mediante la utilización comercial en su tráfico o función. La gestión armatorial tiene dos principales esferas o ámbitos en los cuales el armador se desempeña cuando explota la nave: gestión náutica y gestión comercial.

La gestión náutica son todas aquellas actividades u operaciones que se hacen para que la nave pueda navegar, todo lo que se refiere al gobierno de la nave, a la preparación de ésta. Son actividades predominantemente técnicas. A su vez, estas actividades se dividen en dos: administración y navegación. La administración consiste en el adecuado mantenimiento de la nave, lo que significa que ella debe estar operable, en términos seguros, que su casco, equipos y maquinarias funcionen, que sus instrumentos de navega-

²³ *The Hong Kong Fir*, 1961, 2 *Lloyd's Rep.* 478, citado en p. 66.

²⁴ WILFORD, op. cit., p. 78.

ción sean adecuados para poder navegar. La gestión náutica significa que la nave tenga navegabilidad.

La navegación se refiere a la dirección y al manejo de la nave.

La gestión náutica pertenece al fletante, quien debe mantener la navegabilidad y aptitud de la nave. Según el artículo 937 C.Com., son obligaciones del fletante: N° 1 *“presentar y poner la nave a disposición del fletador en la fecha y lugar convenidos, en buen estado de navegabilidad, apta para los usos previstos, armada, equipada y con la documentación pertinente”*. La norma se refiere al momento del inicio del contrato y entrega de la nave y comprende los diversos aspectos de la navegabilidad.

Luego agrega que *“el fletante deberá mantener la nave en el mismo buen estado de navegabilidad y aptitud durante toda la vigencia del contrato, para que puedan desarrollarse las actividades previstas en él”*.

La obligación está concebida en términos absolutos y comprende todas las manifestaciones de la navegabilidad. Según el artículo 940 inc. 2 C.Com.: *“El fletante es responsable de los daños derivados del mal estado de la nave y de todo vicio oculto, a menos que pruebe que este último no pudo ser advertido empleando una razonable diligencia”*. Esto reitera que se trata de una responsabilidad absoluta, ya que la debida diligencia (*due diligence*) o cuidado sólo le permite exonerarse de los vicios ocultos.

El artículo 937 N° 2 C.Com. establece una obligación complementaria, según la cual: *“el fletante debe pagar los gastos de la gestión náutica de la nave, tales como la clasificación, remuneraciones y alimentos de la dotación, seguro de casco y maquinarias y repuestos”*. Se trata del costo de mantenerla en condiciones de navegabilidad.

El artículo 944 C.Com. contiene los que se denomina cláusula *off hire* (fuera de flete): *“No se devengará flete por el tiempo en que no sea posible utilizar comercialmente la nave, salvo que sea por causas imputables al fletador. La paralización deberá exceder de veinticuatro horas para que haya lugar a la indicada suspensión del flete”*. Según esta norma, se libera al fletador de la obligación de pago mientras la nave no sea utilizable, situación que comprende la innavegabilidad sobreviniente, a menos que se trate de causa que le sea imputable. Se trata de una excepción de inejecución (como la del artículo 1552 del C.C.), puesto que éste es un contrato bilateral. Dice el artículo 1552 que *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Respecto a la carga de la prueba, de acuerdo a los arts. 1698 y 1547 del C.C., si el fletador alega la innavegabilidad, debe probarla y si el fletante quiere eximirse de responsabilidad alegando que fue causada por un vicio oculto que no descubrió pese a haber actuado con la debida diligencia, él debe probar el carácter de oculto del vicio y que actuó con debida diligen-

cia. Asimismo, si el fletante alega que la nave no es utilizable por causa imputable al fletador, debe probar la causa que alega, que ella produjo la falta de operatividad de la nave y que le es imputable al fletador.

VII. LA NAVEGABILIDAD Y EL FLETAMENTO POR VIAJE

En el derecho inglés también existe una garantía absoluta e implícita de navegabilidad de la nave fletada, lo que significa que la nave debe estar adecuadamente preparada para enfrentar los peligros que sean razonablemente predecibles en la aventura y mantener la carga razonablemente segura y protegida de ellos²⁵. Especialmente, incluye la navegabilidad de las bodegas (*cargoworthiness*), lo que implica que ellas deben ser razonablemente adecuadas para recibir y transportar las mercancías en condiciones seguras, y esto debe evaluarse según la carga y el tráfico que se trata, por lo que también es una obligación relativa, que depende de las circunstancias del caso. Para ello también se acude al *test* del naviero común y prudente. Si el viaje se efectúa en varias etapas, la garantía se aplica a cada una de ellas. La navegabilidad también es predicable y exigible de la tripulación, equipos, armamentos, carga y estiba de la nave, pero en este último caso sólo si la estiba afecta a la navegabilidad de la nave, mas no si afecta a la carga.

Por lo tanto, se ha tratado de morigerar esta obligación absoluta por medio de cláusulas contractuales que la convierten en una obligación de ejercer la debida diligencia en poner una nave navegable a disposición del fletador, de manera que el fletante se hace responsable sólo por la falta personal de diligencia o de los administradores que la controlaban, mas no de sus dependientes o agentes. Los tribunales ingleses han determinado que la carga de la prueba corresponde al fletante que alega que la innavegabilidad no le es atribuible, esto es, el fletador debe probar la innavegabilidad, pero el fletante puede descargarse probando que le es inimputable o que ejerció la debida diligencia²⁶.

En los EE.UU. se establece una solución similar, pero en los casos en que se somete el fletamento a las normas de COGSA., es el fletante el que debe probar que la innavegabilidad es atribuible a una de las causas exceptuadas según COGSA.

En Chile, el artículo 950 N° 1 C.Com. prescribe que el fletante debe *“presentar la nave en el lugar y fecha estipulados, en buen estado de navegabilidad, armada y equipada convenientemente para realizar las operaciones previstas en el contrato y mantenerla así durante los viajes convenidos”*. Agrega la norma:

²⁵ COOKE, KIMBALL, YOUNG, MARTOWSKI, TAYLOR and LAMBERT, *Voyage Charters*, by (London, 1993), p. 159 ss.

²⁶ COOKE, op. cit., pág. 174

“El fletante será responsable de los daños a las mercancías que provengan del mal estado de la nave, a menos que pruebe que fueron consecuencia de un vicio oculto de ella no susceptible de ser advertido con razonable diligencia”.

Como podemos apreciar, se trata de una obligación de resultado o absoluta y que, al igual que en el derecho anglosajón, comprende los diversos aspectos de la navegabilidad: del casco, maquinarias y equipos (*seaworthiness*) e idoneidad de las bodegas para transportar la carga de que se trata (*cargoworthiness*). Ella rige, tanto al inicio del contrato como durante su vigencia, aplicándose a cada una de las etapas o viajes que se efectúen de acuerdo al contrato. También, su incumplimiento no produce una consecuencia o efecto único, sino que debe atenderse al momento y a la gravedad del mismo.

Si el fletante no cumple con su obligación de presentar la nave en lugar, tiempo y forma convenidos, lo que incluye la innavegabilidad, esto es, al inicio del viaje o de cada una de sus etapas, opera el artículo 951C.Com.: *“Si el fletante no pone la nave a disposición del fletador en las condiciones, época y lugar convenidos, éste podrá resolver el contrato mediante comunicación por escrito al fletante”.* Se trata de una condición resolutoria especialmente regulada por la ley respecto de la obligación de presentar la nave en tiempo y forma. El incumplimiento de esa precisa obligación es la que da lugar a la resolución, que opera mediante una comunicación escrita del fletador. No se requiere declaración judicial, a diferencia de la condición resolutoria tácita del artículo 1489 del C.C., que sí requiere de un juicio y que un juez declare la resolución del contrato. Esto, sin perjuicio de la indemnización de perjuicios.

Luego, si durante su vigencia, la innavegabilidad irroga daños a las mercancías, ellos serán responsabilidad del fletante, a menos que se cause por vicio oculto que no haya podido descubrir con la debida diligencia, caso en el cual, el fletante deberá probar que el vicio oculto fue la causa del daño y que ejerció la debida diligencia para descubrirlo, carga que equivale a la del fletante en el fletamento por tiempo.

Entendemos que ambos efectos no son incompatibles, porque uno afecta a la vigencia del contrato (resolución) y otro a la indemnización de perjuicios, y ambos remedios son esencialmente compatibles en el derecho chileno.

VIII. LA NAVEGABILIDAD EN EL FLETAMENTO A CASCO DESNUDO

En este contrato se produce una entrega física de la nave al fletador, quien adquiere su tenencia, control y explotación, que son los elementos que conforman la gestión armatorial. El fletador adquiere la calidad de armador de la nave y, en consecuencia, comparte con el fletante la obligación de mante-

ner su navegabilidad. Así, al momento de la entrega de la nave, opera el artículo 968, según el cual “El fletante debe presentar y entregar al fletador la nave en la fecha y lugar convenidos, provista de la documentación necesaria y en buen estado de navegabilidad”.

Durante la vigencia del contrato, la obligación del fletante se restringe sólo a la innavegabilidad causada por vicios ocultos y la del fletador se extiende a la innavegabilidad que tenga otras causas.

Señala el artículo 968 C.Com.: “Durante el contrato, serán de cargo del fletante las reparaciones y reemplazos debidos a vicios ocultos”. Se complementa con el artículo 970, referido a la innavegabilidad residual, según el cual: “Durante el contrato serán de cargo del fletador las reparaciones y reemplazos que no tengan su origen en algún vicio oculto de la nave”.

En materia de gastos, el artículo 971 coloca a cargo del fletador “el aprovisionamiento de la nave, la contratación de la dotación, pago de sus remuneraciones y, en general todos los gastos de explotación de la nave”. La primera parte se refiere a los gastos propios de la gestión náutica y que se efectúan para mantener la nave en condiciones navegables.

Luego, según el artículo 968 inc. 2º: “Si la nave se inmovilizare como consecuencia de un vicio oculto, no se deberá flete alguno durante el período que dure dicha inmovilización, sobre el exceso de las primeras veinticuatro horas”. Esta norma contempla una cláusula *off hire* para el caso que la nave sea innavegable a causa de un vicio oculto, pero –a diferencia de los otros fletamentos– aparece redactada en términos absolutos o de obligación de resultado, esto es, no se admite al fletante que alegue que ejerció la debida diligencia en descubrirlos para exonerarse de responsabilidad. Al igual que en los otros fletamentos, se trata de una especie de excepción de incumplimiento o inejecución regulada expresamente.

Finalmente, el artículo 972 C.Com. coloca de cargo del fletador la obligación de restituir la nave al fletante en las mismas condiciones que la recibió, salvo el desgaste producido por el uso normal o convenido.

IX. LA NAVEGABILIDAD EN EL TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS²⁷

El derecho marítimo general consideraba que el transportador era absolutamente responsable por el daño o pérdida de la mercancía que transportaba, a menos que esta se causara por hecho de la naturaleza, enemigos, vicio inherente o falta del embarcador. Se trataba de una responsabilidad objetiva, que no reposaba en la culpa o dolo del porteador. Se le asignaba la res-

²⁷ Se ha consultado, entre otros: Grant GILMORE - Charles L. BLACK, *The Law of Admiralty* (2ª ed., New York, 1975), p. 142 ss. y Thomas J. SCHOENBAUM, *Admiralty and Maritime Law* (2ª ed., Minnesota, EE.UU., 1994), p. 571 ss.

ponsabilidad propia de un custodio, de garantizar (*warrant*) el adecuado arribo de la mercancía a destino. Bastaba que el reclamante probara que entregó la mercancía en buen estado y la recibió dañada para que el porteador fuera responsable.

Entonces, para disminuir la responsabilidad estricta que pesaba sobre ellos, los porteadores comenzaron a incorporar a los conocimientos cláusulas que contenían otras eximentes de responsabilidad, agregando exenciones “contractuales” a las legales, incluidas ellas situaciones relativas a la innavegabilidad de la nave. En el siglo XIX, estas cláusulas proliferaron y las cortes tuvieron que entrar a determinar hasta dónde ellas eran compatibles con el sistema legal imperante. En los EE.UU., a mediados del siglo XIX, las cortes declararon que estas excepciones contractuales estaban supeditadas a dos obligaciones prevalecientes del porteador: i) la obligación de colocar una nave en buenas condiciones de navegabilidad al inicio del viaje; y ii) la de conservar la carga con el debido cuidado o diligencia. Esto significaba que las exenciones de responsabilidad del porteador no operaban si el reclamante acreditaba que este había incumplido sus obligaciones de navegabilidad y de cuidado de la carga, de ahí que se incorporaron excepciones de negligencia en los conocimientos de embarque, que colocaban al porteador en una situación diametralmente opuesta a la regulación que el derecho marítimo general le daba.

Así, los tribunales de justicia de EE.UU., que reconocieron las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en los conocimientos de embarque como estipulaciones del contrato de transporte, las sometieron al escrutinio de compararlas con las obligaciones prevalecientes del porteador de navegabilidad y cuidado de la carga y la consecuente responsabilidad del porteador, las que se consideraron de orden público (*public policy*).

En este contexto surgió la Ley Harter (1893, EE.UU.)²⁸, que estableció una solución transaccional: se consagraron, con rango legal, las obligaciones del transportador de proporcionar una nave navegable, adecuadamente tripulada y equipada y la de proporcionar el debido cuidado a la carga. Toda cláusula que restringiera tales obligaciones de orden público eran inválidas y no producían efecto. Pero se le concedió un beneficio al transportador, si probaba que cumplió con sus obligaciones, no era responsable por los errores en la navegación o administración de la nave (la falta náutica).

La Ley Harter o *Harter Act* constituye un hito en la evolución de la responsabilidad del transportador marítimo. Desde el punto de vista de la forma, constituye el primer paso de una intervención legislativa en esta área, porque de la libertad contractual y proliferación de cláusulas exonerativas y

²⁸ 46 U.S.C. § 190 et. seq.

limitativas de responsabilidad del porteador, se pasa a la intervención del legislador: el transporte marítimo comenzó a ser un contrato dirigido. Materialmente, la fórmula de esta ley sentó una base transaccional: obligaciones irrenunciables con beneficio de exención de responsabilidad. La Ley Harter tuvo un impacto mundial, porque desencadenó el debate del tema a nivel mundial y así, entre 1921 y 1924, los representantes de los intereses involucrados en el negocio marítimo se dedicaron a discutir y acordar lo que sería un nuevo sistema internacional del contrato de transporte marítimo.

En 1921, se reunieron en La Haya los representantes de los principales interesados en el negocio naviero: armadores, cargadores, aseguradores, banqueros y los representantes de las asociaciones nacionales de derecho marítimo. Todos estos intereses reunidos debatieron y concordaron acerca de las principales bases para regular la responsabilidad del transportador, lo que vertieron en un catálogo de normas conocido como las Reglas de La Haya, pero ellas no tuvieron rango ni obligatoriedad jurídica sino hasta 1924, cuando se aprobó en Bruselas el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, más conocida como Convención de Bruselas, tratado multilateral que contuvo y otorgó un rango jurídico a las Reglas de La Haya y entró en vigor el año 1931.

Las Reglas de La Haya también constituyen un compromiso transaccional entre los intereses de la carga y los transportadores, consistente en avanzar desde la proliferación de cláusulas de exención o limitación de responsabilidad contenidas en formularios pre-redactadas por los transportadores a un régimen de responsabilidad regulada, pero que consagraba el derecho a limitación. Su rasgo transaccional derivaba del *Harter Act*.

Si bien Chile no es parte de este convenio, sus normas se han aplicado a los transportes desde y hacia Chile, por medio de las llamadas cláusulas *paramount*, que incorporaban a ellos las reglas de la Convención de Bruselas y a la Ley Harter. En los Estados Unidos de Norteamérica se aplicaba la Ley Harter como norma de orden público y luego COGSA. (*Carriage of Goods by Sea Act*, Ley de transporte de mercancías por mar de 1936), que incorporó las reglas de La Haya en 1936, lo que también hicieron otros países.

En el sistema de La Haya, el transportador es *prima facie* responsable de la pérdida o del daño, en el sentido que si el porteador no entrega la mercancía en destino, en las condiciones que las recibió, será considerado responsable, y para eximirse o atenuarla, él debe probar que tal pérdida o daño corresponde a uno de los casos de excepciones o de limitaciones de responsabilidad que el propio sistema establece en un catálogo de exenciones de responsabilidad y el beneficio de la limitación de la misma a la cual el transportador puede también acudir.

Las causales de exención de responsabilidad son agrupables en tres órdenes: i) Uno de ellos se refiere a las obligaciones del transportador. El porteador debe ejercer una debida diligencia en colocar, al inicio del viaje, una nave navegable, con tripulación idónea, bien equipada y con bodegas aptas para el transporte a emprenderse. La innavegabilidad sobreviniente que no sea atribuible a su falta de esa debida diligencia no le es imputable y le permite eximirse de responsabilidad. La intención del Congreso norteamericano fue relevar al transportador de la responsabilidad objetiva o estricta; ii) otra exención se refiere a los hechos de sus dependientes. El porteador no es responsable por los errores en la administración y navegación de la nave de la tripulación, conocida como exención de culpa náutica, que se distingue de los errores en la gestión comercial o la falta comercial, puesto que el transportador sí es responsable si él o sus dependientes no custodian adecuadamente la carga durante su período de custodia (gancho a gancho); iii) finalmente, existen otras situaciones especiales de exoneración de la responsabilidad del transportador.

En la Ley Harter y en COGSA., el porteador no puede asilarse en la excepción de innavegabilidad sobreviniente, si no acredita que cumplió con su obligación de ejercer debida diligencia en colocar una nave navegable, con un matiz: en COGSA debe haber una conexión causal entre la innavegabilidad atribuible a la falta de la debida diligencia del porteador y la que causó la pérdida o daño de la mercancía, ambas deben referirse a la misma innavegabilidad. En cambio, en la Ley Harter, el cumplimiento de la obligación de navegabilidad es una condición *sine qua non* de la exención de falta náutica.

En los EE.UU. la obligación de navegabilidad se considera indelegable, por lo que la responsabilidad del porteador derivada de su incumplimiento es indelegable, si el porteador encomienda el cumplimiento de esta obligación en el capitán, tripulación, un dependiente en tierra, un agente o un tercero, y ella no se cumple, el incumplimiento genera su responsabilidad, aunque no haya tenido conocimiento directo de los hechos. Se trata de una responsabilidad vicaria o *in vigilando*. La obligación de navegabilidad rige desde que la nave se prepara, se apresta a zarpar, incluye la carga, hasta que zarpa. También se aplica a las secciones o partes del viaje cuando el armador o sus agentes intervienen o actúan en forma directa y sustancial respecto a la nave. La innavegabilidad se determina caso a caso, pero se consideran todos los aspectos del concepto de navegabilidad, por ejemplo, diseño de la nave, materiales, casco, maquinarias, número y calificación de la dotación, adecuada carga y estiba, mal estado de los equipos e instrumentos, etc. Se trata de una *questio facti*.

Tanto en el sistema de la Ley Harter, como en las Reglas de La Haya (y sus manifestaciones nacionales) la innavegabilidad está directamente rela-

cionada con la falta náutica de la tripulación, porque no olvidemos que un aspecto de la navegabilidad es que la tripulación sea adecuada en cantidad, idoneidad y preparación, de manera que la falta náutica por su naturaleza ínsita transgrede esta obligación. La forma como se han compatibilizado estos conceptos antagónicos es que la innavegabilidad juega en el momento del inicio del viaje y la falta náutica con posterioridad. La dificultad estriba en que, en la *praxis*, se trata de nociones que puede ser difícil distinguir o separar, por ejemplo, una colisión puede ser atribuible a la falta de cartas náuticas (innavegabilidad) o a la falta de su consulta adecuada por la tripulación (falta náutica). En este sentido, en el Código ISM²⁹, Sección 6, "Recursos y Personal", se establece la obligación de la compañía encargada de la operación de la nave de: 6.2 "*La Compañía debería asegurarse que cada nave esté tripulada con gente de mar calificada, certificada y médicamente idóneas de acuerdo a los requerimientos nacionales e internacionales*". Según Tomasello³⁰, "es probable que el Código ISM llegue a ser un factor en el análisis de la obligación predominante del artículo III (1) de la Convención de La Haya (obligación de ejercer la debida diligencia para colocar un buque navegable y tripulado adecuadamente, etc.) y la excepción de la falta náutica contenida en el artículo IV (2) (a). Las obligaciones del Código ISM relativas a la selección y entrenamiento de la tripulación probablemente serán usadas para demostrar que el transportador no ejerció la debida diligencia para tripular adecuadamente la nave. Como resultado, los transportadores podrían ser privados de acogerse a las excepciones contenidas en el artículo IV".

En las Reglas de Hamburgo³¹ se suprimió la falta náutica como causas exonerativas de responsabilidad. Lo propio pasó con la innavegabilidad sobreviniente y el listado de exenciones. El efecto de ellos es que hoy la obligación de colocar una nave navegable es absoluta o de resultado y, además, permanente, porque es continua durante el viaje o, para ser más precisos, mientras dure la custodia de la mercancía por el porteador. Analizaré las Reglas de Hamburgo como parte de la legislación chilena.

En Chile, el punto de partida se encuentra en las reglas generales sobre arrendamiento del transporte del Código Civil. El artículo 2015 dispone:

²⁹ INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION, *International Safety Management Code and Guidelines on the Implementation of the ISM Code* (London, 1997).

³⁰ Leslie TOMASELLO WEITZ *The Nautical fault debate (The Hamburg Rules, The U.S. COGSA 95, The STCW 95 and The ISM Code)*, en TULANE MARITIME LAW JOURNAL (New Orleans, 1998), 2, pág. 593.

³¹ Christof LÜDDEKE - Andrew JOHNSON, *The Hamburg Rules* (London, 1995), 2, p.12.

“El acarreador es responsable del daño o perjuicio que sobrevenga a la persona por la mala calidad del carruaje, barco o navío en que se verifica el transporte. Es asimismo responsable de la destrucción y deterioro de la carga, a menos que se haya estipulado lo contrario, o que se pruebe vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito. Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes”. Esta norma encuentra sus orígenes en la responsabilidad del porteador, otrora estricta o absoluta, en cuya virtud respondía como custodio de la mercancía, sin atender a su culpa o negligencia.

La primera parte del precepto establece una obligación absoluta del porteador de colocar un vehículo que esté en buenas condiciones para efectuar el transporte de que se trata.

Tratándose de una nave, esta obligación se concreta y reitera en las distintas normas que se refieren a la navegabilidad de los buques, en especial, los artículos 886 y 914 N° 1, 2 y 3 del C.Com., 44 y 89 de la LN. y 77 del RGOSD. En materia de contrato de transporte, encontramos el artículo 984, según el cual: *“El transportador será responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida o del daño de las mercancías, así como del retraso de su entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo cuando las mercancías estaban bajo su custodia en los términos de los arts. 982 y 983 [982, responsabilidad período de custodia; 983, forma de entregar las mercancías], a menos que pruebe que él, sus dependientes o agentes, adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias”.*

Las Reglas de Hamburgo y el derecho chileno son más estrictos con la obligación de navegabilidad, puesto que la elevan al carácter de una obligación absoluta o de resultado e indelegable. Es de resultado porque no sólo rige al comienzo del viaje, sino que permanece durante su continuación y hasta que cesa el período de custodia del porteador. El artículo 914 N° 1 consagra expresamente la permanencia de esta obligación. Es indelegable, porque el mismo artículo 914 señala que el capitán debe mantener la navegabilidad (N° 1), sea que la cumpla personalmente o por miembros de la dotación o personal en tierra bajo su potestad. Recordemos que el capitán representa al armador (artículo 907 C.Com.) y al transportador (artículo 915), quienes son responsables por sus actos (artículo 886 y 984), de manera que la infracción de la navegabilidad por cualquiera de ellos hace responsable, indelegablemente, al armador y al porteador. El artículo 984 permite al porteador exonerarse de responsabilidad si prueba que él, sus agentes y dependientes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias. Esta norma reitera que es indelegable, porque hay que probar la debida diligencia del porteador, capitán, agentes y dependientes de tierra.

Se trata de un *test* de diligencia, en la que debe probarse que se ha actuado como un transportador y un marino prudente se habría comportado. No basta con saber, hay que prever: es un test de diligencia, no de conocimiento. Ahora, si el porteador o el armador conocían de la innavegabilidad y nada hicieron para remediarla, no sólo no cumplieron con el test, sino que pueden perder el derecho a limitar su responsabilidad, puesto que el artículo 1001 señala: *“El transportador no podrá acogerse a la limitación de responsabilidad establecida en los artículos 992 y 993 si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso en la entrega provinieron de una acción u omisión del transportador realizadas con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y en circunstancias que pueda presumirse que tuvo conocimiento de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso”*. El artículo 1002 establece lo propio respecto de los dependientes o agentes del transportador y este mismo principio se contiene en los artículos 891 y 903, relativos a la limitación de responsabilidad del armador.

X. LA NAVEGABILIDAD Y EL TRANSPORTE DE PASAJEROS

En el artículo 1051 se establece la obligación del porteador de ejercer una diligencia razonable para colocar y mantener la nave en buen estado de navegabilidad, debidamente equipada y armada. En consecuencia, en materia de responsabilidad, según el artículo 1057, el transportador es responsable por la muerte o las lesiones corporales de un pasajero y por las pérdidas o daños sufridos por el equipaje, si el hecho que causó el perjuicio ocurrió durante la ejecución del transporte y es imputable a culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes o agentes.

La regla general en materia probatoria está en el artículo 1057, y es que incumbe a quien los alega, probar los perjuicios y que el hecho que los ocasionó tuvo lugar durante la ejecución del transporte.

La particularidad se establece en el artículo 1058, según el cual, se presumirá, salvo prueba en contrario, la culpa o negligencia del transportador o la de sus dependientes o agentes, si la muerte o las lesiones corporales del pasajero o la pérdida o daños sufridos por su equipaje de camarote, han sido resultado directo o indirecto del naufragio, abordaje, varadura, explosión, incendio o deficiencia de la nave. Estas situaciones contemplan la innavegabilidad (deficiencia) y otras situaciones que pueden ser atribuibles a ella o a la negligencia en la dirección y navegación de la nave. En todo caso, se trata de presunciones simplemente legales.

XI. LA NAVEGABILIDAD EN EL REMOLQUE

En materia de remolque existe una norma que es aplicable a ambos tipos de remolque: el remolque maniobra y el remolque transporte.

El artículo 1082 prescribe: *“En toda clase de remolque la nave remolcadora deberá estar en buenas condiciones de navegabilidad, equipada y tripulada convenientemente y ser apta para la ejecución del contrato para el cual se la ha requerido”*.

La idea de esta norma es que el armador que se dedique a la empresa del remolque debe utilizar una nave remolcadora que sea idónea y, tratándose de un remolcador, la navegabilidad o idoneidad incluye también la preparación especial para tirar o empujar el objeto remolcado, por ejemplo, suficiente potencia, aparejos, tripulación especializada en faenas de remolque (en Chile se requiere título de patrón para estar al mando de naves especiales), etc.

El artículo 1078, luego de definir al remolque-transporte como la operación de trasladar por agua una nave u otro objeto, remolcándolo desde un lugar a otro, bajo la dirección del capitán de la nave remolcadora y mediante el suministro por ésta de todo o parte de la fuerza de tracción, señala que se rige por las cláusulas pactadas por las partes o, en subsidio, por las normas de este párrafo VI y, supletoriamente a ambas, por las normas del contrato de transporte marítimo de mercancías. Luego, el artículo 1080, que define al remolque-maniobra como las operaciones de remolque que tienen por objeto facilitar la entrada o salida de una nave de un puerto, su atraque o desatraque o las faenas de carga y descarga de la misma, lo somete al respectivo contrato y en lo no dispuesto por las normas del párrafo VI y por las normas del contrato de arrendamiento del Código Civil.

Así, por la vía de la remisión normativa señalada, podemos aplicar al remolque-maniobra las normas del arrendamiento (desembocando en el artículo 2015 del C.C., ya analizado) y al remolque-transporte las del transporte, en materia de navegabilidad, con el propósito de integrar el contenido de esta obligación de navegabilidad del remolcador.

En el derecho angloamericano, se considera que en materia de remolque-transporte existe una garantía de navegabilidad de la nave remolcadora, que es absoluta al inicio del viaje y luego se transforma en una obligación de medio, esto es, de ejercer la debida diligencia para procurar la navegabilidad. En Chile, el tenor del artículo 1082 indica que se trata claramente de una obligación absoluta o de resultado.

Asimismo, en esta clase de remolque (también denominado de altura), los contratos suelen incorporar cláusulas que contengan declaraciones (*representations*) o garantías (*warranties*) de navegabilidad de la nave remolcada.

XII. LA NAVEGABILIDAD Y LA AVERÍA GRUESA

El artículo 1095 señala: *“Constituyen avería gruesa o común los sacrificios o gastos extraordinarios e imprevistos, efectuados o contraídos intencional y razo-*

nablemente, con el objeto de preservar de un peligro común a los intereses comprometidos en la expedición marítima”.

Se trata de una de las instituciones más clásicas del derecho marítimo mediante el cual se colectiviza en la expedición marítima los riesgos de la aventura.

El artículo 1103 (que corresponde a la Regla D de York y Amberes), prescribe: *“Habrá lugar a la liquidación de la avería común, aunque el suceso que hubiere originado el daño o gasto se haya debido a culpa de una de las partes interesadas en la expedición marítima, sin perjuicio de las acciones o defensas que se pudieren ejercitar en su contra”.*

Esto significa que el proceso de liquidación de la avería común se lleva a efecto aunque la causa del daño o el gasto sea imputable a uno o más de los interesados. El ejemplo clásico es la innavegabilidad, que será alegada por la carga y el flete para no contribuir en la avería gruesa.

Este precepto señala que se inicia el procedimiento de liquidación de avería, sin perjuicio de las defensas que se deduzcan después. La *ratio legis* es hacerle más fácil al capitán la toma de la decisión de efectuar gastos o daño en avería gruesa, quien verdaderamente es el responsable de tomar la decisión, pero también asume un riesgo al decidir si efectuar o no un daño o contraer un gasto, ya que puede que en definitiva no sean admitidos en avería gruesa o no, por lo tanto asume un riesgo. La idea es no suspender el procedimiento por un juicio de reprochabilidad o por discutir la concurrencia de sus requisitos y hacerle más expedita la decisión al capitán. Ello, sin perjuicio de que después se pueda discutir que no hay avería gruesa, porque fue por culpa de uno de los interesados.

Se relaciona al artículo 24 de las Reglas de Hamburgo. Esta norma prescribe que *“nada en esta Convención impedirá la aplicación de las disposiciones que existan en el contrato de transporte marítimo o de la ley nacional en relación al ajuste de la avería gruesa. Salvo el artículo 20, las disposiciones de esta Convención relativas a la responsabilidad del porteador por la pérdida o daño de la mercancía también determinarán si el consignatario puede rehusar contribuir en avería gruesa y la responsabilidad del transportador para indemnizar al consignatario respecto de cualquier de esas contribuciones hecha o salvamento pagado”.*

El inciso primero proviene de las Reglas de La Haya y el segundo se agregó en las Reglas de Hamburgo. Esta norma implica que el régimen de responsabilidad del porteador en las Reglas de Hamburgo determinan la responsabilidad del porteador para efectos de configurar la avería gruesa o de oponerse a contribuir en ella. Así, por ejemplo, en el evento de innavegabilidad que sea atribuible al porteador, el reclamante podrá oponerse a la contribución en la avería gruesa basada en tal causa. En Chile, se aplica la misma solución, porque las normas del transporte marítimo son

imperativas (artículo 929 del C.Com.).

XIII. LA NAVEGABILIDAD Y EL SALVAMENTO

Encontramos dos manifestaciones de la navegabilidad en el salvamento.

Primero, ella se integra y comprende dentro de la obligación de la nave asistente de efectuar las operaciones de salvamento con el debido cuidado, empleando sus mejores esfuerzos para salvar la nave y bienes contenidos en ella y para impedir o disminuir el daño al medio ambiente, según lo dispone el artículo 1134 N° 1 del C.Com. Dentro de esta obligación, se encuentra implícita la de utilizar una nave que sea navegable, adecuada y apta para estas operaciones, esto es, la navegabilidad de una nave especial para el salvamento.

Segundo, que es una consecuencia natural del primero, de acuerdo al artículo 1138 N° 8, la disponibilidad y uso de equipos y naves destinados especialmente a operaciones de salvamento es uno de los criterios o consideraciones que deben tenerse en consideración para fijar la remuneración.

Entonces, en el salvamento se requiere y premia el uso de una nave en buenas condiciones de navegabilidad.

XIV. LA NAVEGABILIDAD, LOS PRIVILEGIOS MARÍTIMOS Y LA HIPOTECA NAVAL

Los privilegios marítimos son beneficios que la ley concede a ciertos créditos surgidos con ocasión de la explotación de una nave, y que permiten perseguirla, arraigarla, realizarla y pagarse preferentemente con el producto de su realización.

Dentro de los privilegios marítimos encontramos, entre otros:

Artículo 844 N° 2: *“Las remuneraciones y demás beneficios que se deriven de los contratos de embarco de la dotación de la nave, en conformidad con las normas laborales y del derecho común que regulan la concurrencia de estos créditos, y los emolumentos de los prácticos al servicio de la nave”.*

Se trata de las remuneraciones por servicios prestados por tripulación y prácticos a la nave para hacerla navegable. Son créditos de primera clase.

Artículo 846 N° 1: *“Los créditos por el precio de venta, construcción, reparación y equipamiento de la nave”.*

Artículo 846 N° 2: *“Los créditos por suministros de productos o materiales, indispensables para la explotación o conservación de la nave”.*

Se trata de servicios prestados para mantener la navegabilidad del casco, maquinarias, equipos y pertrechos de la nave. Son créditos de segunda clase.

Más allá del rango y de la forma de prelación, se trata de servicios o prestaciones efectuadas en pro de la navegabilidad de la nave, cuyos créditos se benefician con los privilegios marítimos.

Por otra parte, en materia de hipoteca naval, el artículo 877 señala: “*En caso de pérdida, grave deterioro o innavegabilidad permanente total de la nave o del artefacto naval, el acreedor hipotecario puede ejercer sus derechos sobre lo que reste, se salve o recupere, o sobre su valor de realización, aunque su crédito no hubiere vencido. Salvo que la nave o artefacto naval hubieren sido reparados, el acreedor hipotecario podrá ejercer sus derechos sobre los siguientes créditos de que sea titular el deudor: 1. Indemnizaciones por daños materiales ocasionados a la nave o artefacto naval; 2. Contribución por avería común por daños materiales sufridos por la nave o artefacto naval; 3. Indemnizaciones por daños provocados a la nave o artefacto naval con ocasión de servicios prestados en el mar; y 4. Indemnizaciones de seguro por pérdida total o de averías parciales de la nave o del artefacto naval*”.

Este precepto establece una caducidad del plazo del crédito hipotecado por pérdida o deterioro de la nave hipotecada y, además, concede el derecho de ejercer la acción hipotecaria sobre otros créditos de los que sea titular el deudor, en una especie de subrogación real. Esta norma se asimila al artículo 2427 del C.C., que también establece una caducidad del plazo del crédito caucionado con hipoteca por disminución de la garantía hipotecaria, con la diferencia que la caducidad es subsidiaria a la oportunidad que se le da al deudor de mejorar la garantía.

O sea, la innavegabilidad de la nave hipotecada produce la caducidad del plazo del crédito caucionado y concede otros derechos al acreedor.

XV. LA NAVEGABILIDAD EN EL SEGURO MARÍTIMO³²

1. *Obligaciones del asegurado.*

El contrato de seguro marítimo es un contrato de máxima buena fe. La sección 17 de la *Marine Insurance Act* de 1906 (MIA.) señala que “Un contrato de seguro marítimo se basa en la máxima buena fe, y si ella no es observada por cualquiera de las partes, el contrato podrá ser desconocido por la otra”.

El contrato de seguro se forma cuando el asegurador acepta el traspaso del riesgo que el asegurado le hace, a cambio del pago de una prima. Para calificar la naturaleza y extensión del riesgo (lo que le permite rechazarlo, aceptarlo o determinar la prima y otras condiciones de cobertura que ofrecerá), el asegurador se basa en la descripción que el asegurado hace del mismo. De aquí nace la obligación del asegurado de revelar en forma fidedigna la naturaleza y condiciones del riesgo que pretende traspasarle al asegurador y nos encontramos con los conceptos de *disclosure, representations y warranties*.

³² Susan HODGES, *Cases and Materials on Marine Insurance Law* (London, 1999).

Dispone la Sección 18 de la MIA.: “de acuerdo a las normas de esta sección, el asegurado debe revelar al asegurador, antes que el contrato sea concluido, cualquiera circunstancia substancial que sea de su conocimiento, y se entenderá que es de su conocimiento toda circunstancia que, en el curso ordinario de los negocios, deba haber sabido. Si el asegurado no efectúa tal revelación, el asegurador puede desconocer el contrato”. Este desconocimiento o *avoidance* constituye una suerte de excepción de cumplimiento del asegurador. En Chile, esta obligación del asegurado se consagra, en general, en el artículo 556 N° 1 del C.Com., que obliga al asegurado “a declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para identificar la cosa asegurada y apreciar la extensión de los riesgos” y, particularmente en el seguro marítimo, en el artículo 1176, que especifica el precepto antes transcrito, señalando que: “en el caso de las obligaciones señaladas en el número 1° del artículo 556, el asegurado deberá informar cabalmente al asegurador, antes de perfeccionar el contrato, de toda circunstancia relativa a los riesgos que se propone asegurar y que sea conocida por dicho asegurado”. Agrega que “se presume conocida del asegurado toda circunstancia que él no puede ignorar en el curso ordinario de sus negocios”. La obligación es más extensa en la ley chilena, puesto que la MIA. la restringe sólo a las circunstancias substanciales (*material*), agregando que las circunstancias “es substancial si influiría en la decisión de un asegurador prudente en cuantificar la prima o determinar si asume o no el riesgo”.

Otra diferencia de la ley chilena es que la infracción de esta obligación por el asegurado conduce a la nulidad del contrato que, según el artículo 557, se rescinde “N° 1: por las declaraciones falsas o erróneas o por las reticencias del asegurado acerca de aquellas circunstancias que, conocidas por el asegurador, pudieran retraerle de la celebración del contrato o producir alguna modificación sustancial en sus condiciones”. Para rescindir, se acude al concepto de circunstancia substancial y se considera que la falta de conocimiento completo del riesgo a asegurar vicia el consentimiento del asegurador. La MIA considera que la determinación de la calidad de substancial de una circunstancia es una *questio facti*.

La obligación de revelar las circunstancias del riesgo se cumple por medio de declaraciones (*representations*) y ellas deben ser completas y verídicas. El artículo 556 N° 1 obliga a “declarar sinceramente todas las circunstancias”, y, consecuentemente, el artículo 557 N° 1 castiga con la rescisión las declaraciones falsas, erróneas y las reticencias del asegurado. Según Baeza³³, se entiende que la declaración falsa importa dolo y la errónea, error (*misrepresentations*). Ambos vician el consentimiento del asegurador, con la

³³ Sergio BAEZA PINTO, *El Seguro*, pp. 72 y 73.

particularidad que, a diferencia de las reglas generales, tanto el dolo principal como el incidental, y toda clase de error conlleva a la rescisión. La reticencia consiste en una omisión en la declaración del riesgo (*non-disclosure*), que puede ser inconsciente, involuntaria o tratarse de una ocultación voluntaria. En Chile, todas conducen a la rescisión, cualquiera sea la actitud subjetiva del asegurado, esto es, háyalas conocido o no. Según Baeza, la reticencia debe ser considerada una forma de dolo. En la MIA. (sect. 20 [6]), una declaración acerca de una expectativa o creencia se considera verdadera si es hecha de buena fe, no obstante no ser correcta.

Luego, una *warranty* es una garantía o garantía por medio de la cual el asegurado se obliga a hacer u omitir una cosa en particular, o a cumplir con una determinada condición o efectúa una afirmación o negación acerca de una situación fáctica en especial (Sect. 33 [1] MIA). Las *warranties* o garantías pueden ser expresas o implícitas y son verdaderas obligaciones que el asegurado debe cumplir, sean o no substanciales al riesgo y cuya infracción liberan al asegurador de sus obligaciones desde el momento en que ella se incumple.

2. *La garantía de navegabilidad.*

Aquí nos topamos con la *warranty of seaworthiness* o garantía de navegabilidad que nos interesa. De acuerdo a la Sección 39 de la MIA, en una póliza por viaje existe una garantía (*warranty*) implícita que al comienzo del viaje la nave es navegable para el propósito de la aventura particular a asegurar. Que sea implícita significa que no es necesario escribirla en la póliza de seguro o, en términos del artículo 1444 del C.C. chileno, constituye un elemento de la naturaleza del contrato, que forma parte del mismo por disposición legal y sin necesidad de pacto expreso. Sea expresa o implícita, su incumplimiento libera al asegurador de responsabilidad.

El propósito de esta garantía es que el asegurado mantenga la cosa asegurada en una condición del riesgo que sea, a lo menos, equivalente a la que el asegurador conoció al principio del seguro y aceptó tomar para sí. Se trata de la conservación del estado del riesgo asegurado elevado al rango de obligación esencial del contrato. Si bien es posible que el asegurado no pueda mantener la navegabilidad durante el viaje, sí debe hacerlo a su comienzo. La MIA. efectúa la distinción entre las pólizas por viaje y las por tiempo. La garantía se comporta de manera distinta en una pólizas por tiempo o a término.

Según la Sección 39 (5): “una nave se considerará navegable cuando ella está razonablemente preparada a todo respecto para enfrentar los peligros ordinarios del mar durante la aventura asegurada”. Este concepto deriva del

caso *Dixon v. Sadler*³⁴, en que durante la travesía se achicó lastre para cargar la nave, lo que la hizo perder estabilidad, escorarse ante un ventarrón y hundirse. Se estimó que si bien había innavegabilidad sobreviniente por esta maniobra, ella no violaba la garantía implícita de navegabilidad que subyacía en toda póliza, porque esta se refería al comienzo del viaje. Para determinar la navegabilidad de la nave, se considera su diseño y construcción, su casco, maquinarias, bodegas, estiba de carga, estabilidad, compartimentos, combustibles, lubricantes, aparejos, equipos, instrumentos de navegación, propulsión, otros sistemas de energía, pertenencias, etc. Asimismo, el buque debe ser navegable en cuanto a su tripulación, que debe estar compuesta por capitán, oficiales y dotación suficiente en número y competente en preparación. Si bien se enuncian los aspectos a los cuales se refiere la navegabilidad, es imposible determinar el estado y condición precisos que cada uno de ellos debe tener, ya que la navegabilidad es un concepto relativo y flexible, que debe determinarse a la luz de cada caso en concreto.

La expresión “razonablemente preparada” se ha interpretado como equivalente al estándar de preparación que un armador normal, actuando con el cuidado ordinario y adecuado en atención a las circunstancias del caso, daría a una nave para emprender un viaje. La referencia está hecha a los “peligros ordinarios de los mares”, definidos en la Sección 3 de MIA. como “los peligros que son consecuencia de o incidentales a la navegación, esto es, peligros de los mares, fuego, riesgos de guerra, piratas, ladrones, asaltantes, capturas, saqueo, requisamiento y detenciones por hecho de la autoridad y de la gente, echazón, baratería y otros peligros, sean similares u otros designados por la póliza”. Esta descripción de los riesgos que comprende la aventura marítima se trajo a nuestro artículo 1162 en términos más o menos similares a los de la MIA. La nave debe estar preparada para enfrentar estos riesgos ordinarios y, además, aquellos que sean razonablemente anticipables o esperables en la travesía que se emprende, los que incluyen también las condiciones de mal tiempo.

La tarea de determinar la condición de navegabilidad de una nave se hace caso a caso, comparando su estado de preparación *vis-a-vis* la entidad de los peligros que se anticipa enfrentará y para esto se utiliza el *test* del naviero prudente no asegurado, esto es, el estado de preparación que un naviero prudente que no haya asegurado la nave le daría a ella, de tal suerte que si existió un defecto en la nave, hay que hacerse la pregunta de si un naviero diligente lo habría reparado o no antes de emprender el viaje. Este *test* se utilizó en “*Gibson v. Small*”³⁵.

³⁴ (1839), 5 M&W 405; (1841) 8 M&W 894, citado por Susan HODGES, p. 305.

³⁵ (1853) 4 HL Cas. 353, HL, citado por HODGES, p. 307.

De acuerdo a la Sección 39 (2) de la MIA., “cuando la póliza cubre mientras la nave está en puerto, existe también una garantía implícita que ella esté, al inicio del riesgo, razonablemente preparada para enfrentar los peligros ordinarios del puerto”. Es lo que se denomina *warranty of portworthiness*. En el caso denominado “Mersey Mutual Underwriting Association Ltd. v. Poland”³⁶, se consideró que la cobertura de la póliza de riesgos de puerto cesaba cuando la nave, estando armada, tripulada y equipada para hacerse a la mar, habiendo sido despachada y, si correspondía, cargada, comenzaba a navegar y dejaba de estar atracada para el propósito de preparar el viaje.

De acuerdo a la sección 39 (3), “la póliza que se refiere a un viaje que se realiza en distintas etapas, durante las cuales el buque requiere distintos o adicionales tipos de preparación o equipos, existe una garantía implícita que al comienzo de cada etapa el buque es navegable respecto de tal preparación o equipos para el propósito de tal etapa”.

Señala la Sección 40 (2) que “En una póliza por viaje para cosas u otros muebles existe una garantía implícita que al momento del comienzo del viaje la nave no sólo es navegable, sino que también está adecuadamente preparada para transportar las cosas u otros muebles al destino contemplado en la póliza”. Es lo que se denomina *cargoworthiness*, que significa idoneidad de la nave para recibir la carga específica que se transportará, lo que dependerá del tipo de nave a utilizarse, por ejemplo, cargueros, reefers, ro ro, tanqueros, graneleros, etc., cada uno debe tener bodegas aptas para ese especial tipo de carga y transporte. La navegabilidad de las bodegas es un concepto distinto al de la estiba adecuada, pero se relacionan, porque la adecuada estiba o correcta ubicación y trinca de la carga en las bodegas también es una obligación del porteador, que deriva de su deber de custodia adecuada de la mercancía, la otra gran obligación del porteador.

De acuerdo con la Sección 39 (5), “En una póliza a término no existe una garantía implícita de que el buque esté navegable en cualquier etapa de la aventura, pero cuando, con el conocimiento del asegurado, el buque es hecho a la mar en una condición de innavegable, el asegurador no es responsable por cualquier pérdida que sea atribuible a la innavegabilidad”. Esto significa que en este tipo de pólizas, no existe una garantía implícita de navegabilidad y, a mayor abundamiento, la innavegabilidad de la nave asegurada acarrea la falta de cobertura sólo si es la causa determinante del siniestro y era conocida por el asegurado. La *ratio* estriba en que en la póliza por viaje el riesgo comienza desde su inicio desde un lugar específico. Se considera que el asegurado conoce la condición de innavegabilidad cuando

³⁶ (1910) (15 Com cas 205, citado por HODGES, p. 302.

la nave es hecha a la mar con su conocimiento o concurrencia acerca de los hechos que la constituyen y el efecto de hacerla innavegable, lo que no requiere que participe directa y personalmente en los hechos que importan innavegabilidad, ni que lo haga de manera culposa o dolosa: basta el mero conocimiento de los hechos y de su efecto. Este conocimiento puede ser positivo o puede ser una ignorancia voluntaria de ellos, es decir, puede estar involucrado directamente en los hechos o abstenerse de conocerlos para evitar involucrarse. Tratándose de personas jurídicas, el *test* se aplica respecto al jerarca o la persona responsable de autorizar el zarpe, por ejemplo, un superintendente de flota. La idea es que tenga conciencia de la innavegabilidad, aunque no pueda configurarse una negligencia o dolo. El *test* es de conocimiento o conciencia, no de negligencia, como el que se le efectúa al transportador marítimo.

Los términos legales pueden cambiarse. Existen cláusulas como la cláusula de navegabilidad admitida (*seaworthiness admitted clause*) por la cual el asegurador admitía de antemano la navegabilidad del buque, renunciando a su derecho a invocar la falta de cobertura por innavegabilidad. Existe la cláusula de continuación de cobertura (*held covered*) que permite al asegurado mantener la cobertura de la póliza frente a una innavegabilidad, puesto que el asegurador no se libera de su responsabilidad si el asegurado le informa acerca de la innavegabilidad y paga una prima adicional. Finalmente, la defensa de falta de cobertura por violación a la garantía de innavegabilidad es renunciable.

En Chile, la póliza de seguro marítimo de casco³⁷ contiene diversas cláusulas relativas a la navegabilidad de la nave asegurada. En primer lugar, la Cláusula 1 de la póliza, luego de señalar que se cubren los peligros del mar, agrega en el párrafo segundo: *“No se cubre el daño causado por el uso y desgaste ordinario, ni aquel que se produzca por no encontrarse la nave en condición navegable. Se entiende que una nave se encuentra en condición navegable cuando por su construcción, estado, equipamiento, tripulación, provisión de combustible y pertrechos, se encuentra razonablemente apta para efectuar el viaje o travesía en particular descrito o que se intenta efectuar”*. La exclusión de navegabilidad, que se eleva a un nivel de considerable importancia al ubicarse en la primera cláusula que describe la cobertura, no se condiciona al conocimiento o actitud alguna del asegurado, ni a un momento determinado en que la innavegabilidad sobrevenga. La cláusula segunda, titulada “declaraciones del asegurado”, señala que *“este contrato ha sido celebrado en consideración a las declaraciones que ha formulado el asegurado sobre las circunstancias necesarias para apreciar la naturaleza y condición del objeto asegurado y*

³⁷ POL 1 92 050.

la clase y extensión de los riesgos. Cualquier falsedad, reticencia o error a este respecto libera a la compañía de toda obligación de indemnizar". Esta cláusula, si bien reproduce las obligaciones del asegurado de revelar completa y sinceramente los riesgos a cubrir (*disclosures*) contenidas en el artículo 556 N° 1 del C.Com., establece que la sanción por su incumplimiento es que se libera al asegurador de toda obligación de indemnizar, que es la solución de la MIA., distinta al artículo 557 N° 1 del C.Com., que consagra la rescisión. La diferencia entre ambas no es menor, ya que la rescisión opera en base a una declaración judicial, mientras que la exención de la obligación de indemnizar no requiere declaración judicial para que produzca efectos. Ambas pueden alegarse judicialmente como excepción.

Otra cláusula que se refiere, de manera indirecta, a la navegabilidad es la Cláusula 4: "Terminación", que señala que: "*a menos que los aseguradores acuerden lo contrario por escrito, este seguro terminará automáticamente al momento de producirse: 4.1. un cambio en la Sociedad Clasificadora de la Nave o cualquier cambio, suspensión, discontinuidad, retiro o expedición de su clasificación en ella, en el entendido que si la nave estuviera en alta mar en ese instante, tal terminación automática se postergará hasta su arribo al próximo puerto o hasta la expiración de 15 días, lo que primero ocurra*". La misma cláusula se ubica, con el número 2.1, en las Cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres³⁸, a término para los riesgos de puertos. La hipótesis de la cláusula es atingente al tema en comento, ya que la innavegabilidad puede derivar en pérdida de la clasificación de la nave y, consecuentemente, de la cobertura del seguro por terminación del contrato, la que opera automáticamente y sin necesidad de declaración judicial.

Entonces, podemos concluir que la póliza chilena es más estricta que la inglesa para repeler la innavegabilidad.

3. *La innavegabilidad en los seguros de carga.*

En las pólizas de carga anteriores a 1982 (*Ship Goods forms*) se incorporaban cláusulas de admisión de navegabilidad, pero el asegurador se reservaba el derecho a subrogarse contra el transportador si la carga asegurada se transportaba en buques innavegables.

Las pólizas MAR de 1982, ICC (A), (B) y (C) CITAR ya no incorporan esta cláusula, sino una cláusula 5 de exclusión por innavegabilidad o ineptitud, que reza: "*En ningún caso este seguro cubrirá la pérdida, daño o gasto originado por innavegabilidad de la nave o artefacto, ineptitud de la nave, artefacto, medio de transporte, contenedor o remolque para el transporte seguro de la materia asegurada, si el asegurado o sus dependientes están en conocimien-*

³⁸ CL. 280 , Institute Time Clauses, Hull, 1.11.95.

to de tal innavegabilidad al momento en que la materia asegurada es cargada en ellos. Los aseguradores renuncian a cualquier derecho por violación de la garantía implícita de navegabilidad de la nave y de su aptitud para transportar la materia asegurada a su destino, a menos que el asegurado o sus sirvientes tengan conocimiento de tal innavegabilidad o ineptitud”.

Esta cláusula 5 es común para las coberturas de las cláusulas A: “Todo riesgo” del Instituto y las cláusulas B y C: “Riesgos restringidos”.

En las pólizas chilenas de transporte marítimos para carga tipos A, B y C se ubica, con el mismo texto, en la cláusula 6 de las exclusiones³⁹.

La diferencia en el trato que se le da a la innavegabilidad en los seguros de carga se explica en que en el caso del seguro de casco, la innavegabilidad afecta al propio objeto asegurado lo que hace que el riesgo asegurado pierda su carácter de incierto; por el contrario, se transforma en probable, lo que ciertamente hace que el asegurador pierda el interés en cubrirlo, al menos en los mismos términos en que celebró el contrato. Mientras que en el seguro de carga la innavegabilidad que afecta a la nave no priva de la cobertura, puesto que la nave no es el objeto asegurado y esta condición sería un elemento externo a la cosa asegurada, aun cuando puede tener una incidencia directa en la probabilidad del acaecimiento del riesgo, por lo que la cobertura se supedita al conocimiento que de la innavegabilidad pudiera tener el asegurado, esto es, se aplican las reglas generales acerca del conocimiento del riesgo por el asegurado.

4. *La Cláusula Inchmaree.*

Esta cláusula se remonta al caso “Hamilton, Fraser & Co. V. Thames and Mersey Marine Insurance Company”⁴⁰. En este caso, a consecuencia de la negligencia de los ingenieros al cerrar una válvula que conectaba la cámara de agua con la caldera y que debió haber estado abierta al operar la bomba, produjo una explosión y dañó la cámara de aire de la bomba del motor auxiliar. La *House of Lords* estimó que el daño experimentado por la cosa asegurada no había sido causado por un peligro del mar o un riesgo propio de la navegación, por lo que no había cobertura para su reemplazo o reparación. Los aseguradores reaccionaron para ofrecer cobertura a las pérdidas que eran atribuibles directamente a negligencia, por lo que nació la cláusula *Inchmaree*, también conocida como “cláusula de negligencia, cláusula de defectos latentes o de peligros adicionales”, introducida en 1888 y modificada en una serie de oportunidades.

³⁹ POL 193016, 193017 y 193018.

⁴⁰ (1887) 6 As.M.L.C. 200, citado por N. Geoffrey HUDSON, *The Institute Clauses* (London, 1995), 2, p. 92.

La cláusula N° 6. 2 de la póliza de seguro marítimo de casco chilena señala: “*Este seguro cubre la pérdida o daños del objeto asegurado causados por: 6.2.1: accidentes en la carga, descarga o reestiba de la carga o combustible; 6.2.2: estallido de la caldera, rotura de ejes o cualquier defecto latente en la maquinaria o en el casco; 6.2.3: negligencia del capitán, oficiales, tripulantes o prácticos; 6.2.4: negligencia de reparadores o fletadores de la nave, siempre que estos no figuren como asegurados bajo este seguro; 6.2.5: baratería del capitán, oficiales o tripulantes; siempre que tal pérdida o daño no haya sido consecuencia de la falta de la debida diligencia por parte del asegurado, armadores o administradores. 6.3: Los capitanes, oficiales, tripulantes o prácticos no serán considerados como propietarios dentro del significado de esta cláusula 6 aunque tuviesen acciones en la nave*”.

Esta cobertura se extiende sobre el daño causado a la nave por negligencia de quienes están a su servicio, pero no de su propietario, armador o administrador, siempre que no se haya causado por falta de la debida diligencia de éstos o del asegurado. La cobertura se limita a la pérdida o daño a la nave, pero no a la responsabilidad incurrida por daño a la carga u otros objetos, ya que se trata de una cobertura propia de un seguro de cosa y los otros objetos no constituyen materia asegurada.

Existe una modalidad de esta cláusula denominada *Liner Negligence Clause*, que se utiliza para asegurar flotas de naves que, amén de la cobertura básica de la *Inchmaree*, se extiende a cubrir la reparación del defecto latente como integrante del daño causado a la nave. Un mero defecto latente no se cubre de manera aislada, sino como integrante del daño que causó a la nave. La función de esta cláusula es proporcionar cobertura a defectos latentes o negligencias de los reparadores que son difíciles de descubrir.

Surge la pregunta ¿cómo juega la cobertura de la *Inchmaree* con la garantía de navegabilidad de la nave? La pregunta no ha encontrado una respuesta clara, pero el criterio para conciliar la cláusula con la garantía parece ser que la cobertura de la *Inchmaree* se mantendría en la medida que la innavegabilidad al inicio del viaje sea una consecuencia de un defecto latente o de una negligencia de los reparadores que no sea causada por la falta de una debida diligencia del armador o administrador de la nave.

Tratándose de la negligencia del capitán, oficiales y tripulación, ella se distingue y diferencia de la innavegabilidad, ya que ésta importa una incompetencia o falta de idoneidad de la dotación, que es un defecto permanente, mientras que la negligencia se refiere a una omisión, descuido o un error puntual. Además, juegan en momentos distintos, ya que la incompetencia se refiere al inicio del viaje, mientras que la negligencia opera durante su desarrollo.

En los EE.UU. la garantía de navegabilidad es implícita en ambos tipos de coberturas, pero la *Inchmaree* prevalece por sobre la garantía implícita.

XVI. OTRAS MANIFESTACIONES DE LA NAVEGABILIDAD. EN LA LEY DE FOMENTO A LA MARINA MERCANTE⁴¹

Para regular las reservas de carga en los tráficos internacionales, el artículo 4 aplica el principio de reciprocidad: la proporción del acceso que tendrán las naves mercantes extranjeras a las cargas marítimas desde o hacia Chile, se regula según la proporción del acceso que, en sus tráficos correspondientes, se permita a las naves chilenas por el país respectivo.

Así, se reserva para las naves chilenas el 50% de la carga desde o hacia Chile en aquellos tráficos bilaterales desde o hacia el otro país del intercambio que tenga reservada toda o parte de su carga desde o hacia Chile a su Marina Mercante.

El 50% es un porcentaje flotante. Si otro país impone a sus naves reservas de carga en un porcentaje superior o inferior al 50% de la carga que origine, el porcentaje de reservas de carga que se aplicará a las naves chilenas con tal país, se entenderá elevado o reducido en la misma proporción.

Para que opere la reserva de carga establecida en conformidad a lo dispuesto en este artículo, deberán cumplirse con el requisito que el servicio requerido sea prestado por la nave adecuada, atendida la naturaleza de la carga, dentro del plazo que determine el Reglamento, esto es, que sea navegable.

La navegabilidad es un criterio para conceder el beneficio de la reserva de carga a un tráfico determinado.

XVII. EN LOS ACCIDENTES PERSONALES

Integra un área del derecho marítimo muy desarrollada en el derecho angloamericano, que se refiere a los derechos y acciones que se conceden a los hombres de mar, justificados en el especial peligro que conlleva su función, las distancias y lejanías de sus hogares, la posibilidad de dejar sin sustento a sus familiares, etc. Una nota especial de esta rama fue la particular protección que se le concedió a los trabajadores, que en EE.UU. e Inglaterra tienen más de 200 años de tradición.

En los EE.UU. existe una compleja área dentro del derecho marítimo que se relaciona a esta materia. En ese país se puede demandar al empleador y a la nave una indemnización de los perjuicios causados por la innavegabilidad del buque o la falta o ineptitud de su equipo o pertenencias.

La garantía de navegabilidad se extiende al casco, maquinarias, pertenencias, aparejos de carga, equipos (incluso los de los estibadores), armamento, vituallas, no la carga, pero sí su método de almacenamiento y estiba.

⁴¹ D. L. 3.059 de 1979.

Se extiende incluso a la propia tripulación incompetente, brutal o violenta.

Se trata de una obligación absoluta que se determina caso a caso en atención a si la nave estaba adecuadamente preparada para ese uso concreto. La defensa del armador es que el equipo o estado era razonable. El test es la razonabilidad; no se exige perfección.

En caso de incumplimientos legales se configura una innavegabilidad por el mero hecho de la infracción.

La innavegabilidad puede ser sobreviniente al zarpe y también es causa suficiente para reclamar. No se considera innavegabilidad la falta náutica de uno o más miembros de la tripulación.

Además debe probarse el daño y que la innavegabilidad fue la causa próxima o inmediata del mismo.

El legitimado pasivo es la persona que controla la nave innavegable: dueño, armador, operador, fletador *by demise*. Se concede una *action in rem* y otra *in personam*.

El legitimado activo es el tripulante; no el pasajero ni el visitante, pero basta que desempeñe una función al servicio de la nave, aunque no sea contratado. Los trabajadores portuarios se excluyeron por ley desde 1972.

XVIII. EN LA CONSTRUCCIÓN NAVAL

En la cláusula 1: "Objeto del contrato", letra (C): "Registro y clasificación del buque" del formulario de contrato de construcción de nave de la Asociación de Astilleros de Europa del Este⁴², al describir la nave objeto del contrato, se dice: "*El buque deberá cumplir con las leyes, reglas, regulaciones y decretos publicados y en vigor en ... [espacio para la legislación aplicable]; en ... [espacio para la fecha], de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas. El buque deberá ser construido bajo la supervisión de la casa clasificadora ... [espacio para la sociedad clasificadora]; y de acuerdo a las prácticas habituales de construcción en ... [lugar de construcción o lugar al que se quiera determinar el estándar de construcción] para buques nuevos del tipo y características del buque objeto de este contrato*". La cláusula remata señalando que la clasificación, inspecciones y gastos de pruebas relativas a "*las obligaciones del astillero y de sus prestaciones bajo este contrato, serán de su cuenta*".

En suma, el astillero debe construir y entregar una nave navegable y clasificada. La herramienta para proteger esta obligación se establece en la cláusula 12: "Garantías", según la cual: "*el astillero deberá remediar en su propio local y en horas normales de trabajo, reparando y si es necesario reemplazando: i) cualquier defecto notificado por escrito por el comprador a la entrega*

⁴² The AWES Form, citado por Simon CURTIS, *The Law of Shipbuilding Contracts* (London, 1991), App. 1

del buque; y ii) cualquier defecto debido a mala mano de obra o uso de materiales defectuosos no descubribles a la entrega y que se haga aparente durante el período de meses desde la fecha de entrega de la nave, siempre que sea notificado por escrito dentro del mes posterior a su descubrimiento". La garantía cubre también los actos de los subcontratistas y proveedores del astillero.

Durante la construcción, los riesgos de la nave en construcción se cubren en la póliza de riesgos de construcción naval⁴³, que al respecto, en la cláusula 5: "Peligros o riesgos", señala que la póliza cubre "todos los riesgos de pérdida o daño a la materia asegurada causado y descubierto durante la vigencia del seguro, incluido el costo de reparación, reemplazo o renovación de cualquier parte defectuosa condenada a consecuencia de un defecto latente descubierto durante la vigencia del seguro". La cláusula 8 cubre el diseño defectuoso.

Cuando la nave se entrega al adquirente, la póliza *Ship Builder's* deja paso a la cobertura de casco.

XIX. CONCLUSIONES

La obligación de navegabilidad presenta las siguientes características: i) es completa, ya que comprende distintos aspectos o concreciones; ii) generalmente, es una obligación de resultado; iii) es un elemento que pertenece a la naturaleza del contrato (*implied warranty*); iv) es una norma de orden público, generalmente irrenunciable; v) da origen a presunciones de responsabilidad o a responsabilidad objetiva; vi) la responsabilidad por su cumplimiento e incumplimiento es indelegable; vii) es requisito para acceder a beneficios, premios o permisos; viii) se contrapone a la falta náutica que es una excepción o defensa, pero en la *praxis* pueden presentarse conjunta o relacionadamente; ix) el legislador la fomenta y mira con buenos ojos. Es un valor que se protege en el negocio del transporte, navegación y comercio marítimos; y x) el legislador sanciona la innavegabilidad con multas, resolución o rescisión de contratos, indemnización de perjuicios, denegación o revocación de autorizaciones, privación de calidad para alegar derechos, alteración del *onus probandi*.

A mi juicio, todas estas conclusiones constituyen una manifestación que la navegabilidad es un valor que nuestro derecho marítimo chileno protege, así como proscribire la innavegabilidad. Este valor informa nuestra legislación y fundamenta variadas instituciones y soluciones, sirve como un criterio de interpretación e integración de la norma. En suma, creo que estamos frente a un principio general del derecho marítimo chileno.

⁴³ *The Institute Clauses for Builder's Risks*. 1/6/88.