

NUEVAS TENDENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR MARÍTIMO DE PASAJEROS POR MUERTE O LESIONES CORPORALES

Felipe Andrés Muñoz Aranda

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre las nuevas tendencias en materia de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros por muerte o lesiones corporales, esto es, en el contrato de pasaje. Se analizará brevemente las fuentes normativas para luego exponer el régimen de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros vigente en nuestro Código de Comercio, en el supuesto de muerte o lesiones corporales, en contraste con la normativa del Derecho Uniforme existente en la materia, cual es, la Convención de Atenas relativa al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, la cual ha sido fuente inspiradora de numerosas legislaciones internas, entre ellas, la nuestra en lo que dice relación con el régimen de responsabilidad del transportador marítimo, sin perjuicio de no haber sido ratificada por nuestro país. Finalmente, se expondrán las nuevas tendencias plasmadas en las recientes modificaciones incorporadas por el Protocolo al Convenio Atenas, de 2002, aprobado en Londres, el cual viene a actualizar y reformular una serie de instituciones en esta materia, entre otras, al instaurar un régimen de responsabilidad objetiva del transportador.

PALABRAS CLAVES: Pasajero - transportador marítimo - responsabilidad - Protocolo de 2002.

ABSTRACT

This paper deals with the new trends in liability of maritime carrier of passengers for death or personal injury, that is, in contract of passage. It will briefly review the regulatory sources and then expose the liability regime of maritime passenger carrier force in our Commercial Code, in the event of death or bodily injury, in contrast to the existing rules of the Uniform Law on the subject, namely, the Convention of Athens on the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea 1974, which has been source of inspiration for many domestic laws, including ours in that deals with the liability regime of shipping, subject to no having been ratified by our country. Finally, explains the trends reflected in recent changes made by the Protocol to the Athens Convention of 2002, adopted in London, which is to update and reformulate a range of institutions in this matter, among others, establishing a regime liability of the carrier.

KEYWORDS: Passenger - maritime carrier - liability - Protocol of 2002.

* Egresado de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
Estudio elaborado en base al contenido de la Memoria conducente al grado de Licenciado en Ciencias de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, titulada "Del contrato de pasaje marítimo y su regulación", actualmente en proceso de revisión

Tabla de Abreviaturas

Art., art.	: Artículo
Cit.	: Citado
CCMCh.	: Código de Comercio de Chile
CCCH.	: Código Civil de Chile
Código PBIP	: El Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias
CDI	: Conferencia Diplomática Internacional
CIV	: Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril.
C. Pol.	: Constitución Política
CONF	: Conferencia
CVR	: Convenio relativo al transporte internacional de viajeros y sus equipajes por carretera
DEG	: Derechos Especiales de Giros
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley
DL	: Decreto Ley
DO	: Diario Oficial de la República de Chile
DRAE	: Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
DS	: Decreto Supremo
Ed.	: Edición
Edit.	: Editorial
Ex., ex.	: Según
ICS	: International Chamber of Shipping
Inc., inc.	: Inciso
LEG/CONF	: Legacy Conference
L. N°	: Ley número
N°	: Número
OMI	: Organización Marítima Internacional
P., pp.	: Página, páginas
P&I	: Protection and Indemnity
Ss.	: Sigüientes
Vol.	: Volumen
V.s., v.s	: Versus

I. Fuentes legales aplicables al contrato de pasaje marítimo

El contrato de pasaje marítimo es una relación contractual, que tiene el carácter de dirigida, de manera que en las distintas legislaciones internas, como en los instrumentos internacionales, se establecen normas con carácter imperativo a favor del pasajero en tanto parte más débil de la relación jurídica. Esto lleva a que la autonomía de la voluntad de los contratantes y la libertad contractual se vea restringida (art. 1075 CCMCh.).¹ Por tanto, se deben considerar las normas legales indisponibles por las partes y, luego, la regulación contractual misma que éstas se otorgan dentro del marco legal. En relación con las fuentes legales normativas que regulan el contrato de pasaje, debe distinguirse entre el transporte marítimo nacional de pasajeros (local o doméstico) y el transporte marítimo internacional de pasajeros². En nuestra legislación mercantil marítima, el contrato de pasaje se encuentra normado dentro del Título 5º, del Libro III del CCMCh. denominado "De los contratos para la explotación comercial de las naves", párrafo 5º "Del contrato de pasaje", a través de 34 disposiciones., esto es, arts. 1044 a 1077, además de las normas referidas a la prescripción de acciones (arts. 1246 a 1250)³. Como se sabe, nuestro CCMCh. de 1865, ha tomado como fuente de inspiración las disposiciones de los códigos de comercio francés de 1807 y español de 1829. Con anterioridad a la independencia política de nuestra nación e incluso durante parte de la vida republicana del siglo XIX, tuvo aplicación la normativa comercial española, especialmente la Ordenanza de Bilbao de 1737⁴. Originalmente, en el párrafo 7º del Título IV del Libro III del antiguo CCMCh., se reglamentaba el contrato de pasaje, en los arts. 1067 a 1083, regulándolo con normas dispositivas y, además, con un carácter general sin detalle respecto de la

¹ Art. 1075 CCMCh. "Los derechos que se establecen en este párrafo en favor del pasajero son irrenunciables (inc. 1). Se tendrá por no escrita toda estipulación contractual, cualquiera sea su fecha, que pretenda eximir al transportador de responsabilidad, disminuir su grado o invertir el peso de la prueba. Sólo serán válidas las cláusulas insertas en los boletos, que aumenten los derechos en favor del pasajero (inc. 2). Lo dispuesto en el inciso anterior, si ocurriere, no afectará la existencia y validez del propio contrato de transporte del pasajero (inc. 3)"; En legislaciones comparadas más modernas también se contempla el mismo principio: normativa trasandina, el art. 346 de la L. Navegación. "Orden público. Todos los derechos que establece esta Sección a favor del pasajero son de orden público. Sólo son válidas las cláusulas de los boletos de pasaje que los modificaren cuando sean para aumentarlos y no para disminuirlos o suprimirlos"; en el derecho italiano, el art. 415 Codice della Navigazione "Derogabilità delle norme. Non sono derogabili a favore del vettore gli articoli 409; 412 a 414", etc.

² SHAW, Richard, *Southampton on Shipping Law, Chapter 5: Carriage Of Passenger* (Institute of Maritime Law, University of Southampton, 2008, Informa, United Kingdom), p. 147.

³ GARCÍA INFANTE, Félix, *Derecho del Transporte Marítimo. Comentarios, Legislación Comercial y Administrativa* (1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1993), p. 325; En el antiguo Código de Comercio chileno se regulaba en los arts. 1067 a 1083; URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo, *Derecho Mercantil* (25ª Edición, Marcial Pons Editores, Madrid, España, 1998), p. 1159; ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *Estudios de Derecho Marítimo* (1ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1985-1995), p. 438.

⁴ VARELA VARELA, Raúl, *Derecho Comercial. Serie Colección Apuntes* (Tomo I, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1950), p. 17 y 18; BAEZA PINTO, Sergio, *Derecho Marítimo (Propedéutico)* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1990), p. 13. Desde 1865 hasta julio de 1988 el estatuto básico de nuestro derecho marítimo estaba contenido en el Libro III del Código de Comercio, el cual fue sustituido por la Ley 18.680 publicada en el diario oficial el 11 de enero de 1988 y que entró en vigor el 12 de julio del mismo año; OLAVARRIA ÁVILA, Julio, "Manual de Derecho Comercial", (Tercera Edición, Editorial Clarasó, Barcelona, España, 1970), p. 84; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial* (T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003), p. 35 y 36.

responsabilidad del transportador por daños personales o materiales. Actualmente, con la gran reforma al derecho marítimo chileno instaurada por la ley N° 18.680 de 11 de enero de 1988, se reguló expresamente el contrato de pasaje, con normas propias de las modernas legislaciones. Nuestro legislador reglamenta, especialmente, en el contrato de pasaje; el concepto y ámbito de aplicación de estas normas, los sujetos que intervienen en la relación contractual, la exigencia de buen estado de navegabilidad de la nave; su equipamiento; la facultad del transportador de sustituir la nave, bajo determinadas circunstancias; la facultad de desistimiento unilateral del pasajero; los efectos de la suspensión temporal o definitiva de la travesía; las presunciones de culpa o negligencia del transportador marítimo y sus dependientes; y, finalmente, la responsabilidad del transportador y su derecho a limitarla⁵. Lo anterior es sin perjuicio de extender el ámbito de aplicación a los transportes marítimos internacionales en virtud de la autonomía conflictual. Por otra parte, sin entrar a analizar la problemática, se debe tener en consideración la eventual aplicación Ley del Consumidor⁶ que establece un adecuado régimen de protección de los derechos de los consumidores-usuarios de servicios, además de la nueva Ley Turismo⁷.

Tratándose del transporte internacional de los pasajeros por mar, se debe tener en cuenta las normas contenidas en los Convenios internacionales sobre la materia, principalmente, el Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, modificado parcialmente por el Protocolo de Londres de 19 de noviembre de 1976 y de 1990 y, finalmente, por el Protocolo de 2002, aprobado en Londres⁸. En nuestra legislación ninguno de los instrumentos indicados ha sido ratificados, empero, debemos señalar que en la redacción de las normas del contrato de pasaje en nuestro código mercantil, en los aspectos que el instrumento internacional regula, esto es, especialmente la responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros, se tuvo a la vista como fuente de inspiración normativa⁹. Específicamente, respecto de los contratos de

⁵ CORNEJO FULLER, Eugenio Raúl, *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: "De la navegación y el comercio marítimos"*, (1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2003), p. 309.

⁶ L. N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, publicada en el DO el 7 de marzo de 1997, modificada posteriormente por la Ley N° 19.995, aprobada con fecha 12 de mayo de 2004.

⁷ L. N° 20.423 publicada en el DO el 4 de febrero de 2010; ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 443; URLA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, *Curso de Derecho Mercantil* (1ª Edición, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001), p. 1375, 1376 y 1378. En el derecho español no se discute la aplicación la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984, siempre que se cumpla con el ámbito de aplicación de la ley; tampoco en el derecho inglés, etc.

⁸ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p.442 y 443.

⁹ ACTAS, de la Comisión Conjunta especial encargada del estudio del Proyecto de Ley que sustituyó el Libro III del Código de Comercio Marítimo, culminando con el texto de la Ley 18.680 del 11 de enero de 1988 de reforma a la legislación marítima chilena, p. 22. Verbigracia, comentando el art. 1065 "...en esta disposición se han tenido en vista los límites establecidos en el Convenio de Atenas sobre responsabilidad del transportador por los pasajeros...estas cantidades están fijadas de acuerdo a dicho Convenio, que no ha sido suscrito por Chile, y al parecer hay otros instrumentos posteriores, de modo que debe entenderse que se lo toma como un marco de referencia...". CORNEJO FULLER, Eugenio Raúl, cit. (n.5) **Error! Marcador no definido.**, p. 309: "La base de la responsabilidad del transportador en nuestro Código, está tomada del Convenio de Atenas de 1974, sobre el transporte de pasajeros"; BARROLLET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del Transporte* (Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2002), p. 278; GARCÍA INFANTE, Félix, cit. (n.3), p. 325. Señala que de esta manera, en la regulación de esta figura contractual, en nuestro régimen, se recogen normas y principios más o menos uniformes que se encuentran

transporte marítimo internacional de pasajeros han sido seis los instrumentos aprobados: tres Convenios y tres Protocolos de reforma. El primero, fue el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte de pasajeros por mar, firmado en Bruselas el 29 de abril de 1961, que tuvo una vida efímera y no llegó a entrar en vigor por falta del número de ratificaciones exigidas en el Convenio¹⁰. El segundo, el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de transporte de equipajes por mar, firmado en Bruselas el 27 de mayo de 1967, que completaba el anterior aunque corrió similar suerte porque tampoco entró en vigor, incluso fue menor el número de Estados miembros. El tercer instrumento internacional es el Convenio relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, aprobado en Atenas el 13 de diciembre de 1974, que refundió en un sólo texto los dos anteriores, con importantes modificaciones en cuanto al fundamento y limitación de responsabilidad del transportador. Posteriormente, el Convenio de Atenas sufre una modificación, dando lugar a la aprobación del Protocolo de Londres el 19 de noviembre de 1976, reforma que obedece al cambio en la unidad de cuenta como base para el cálculo del los límites de responsabilidad, esto es, de franco oro a DEG. Posteriormente al Protocolo de 1976, se aprobó en Londres un nuevo Protocolo de reforma el 29 de marzo de 1990, que tuvo por objeto aumentar los límites de responsabilidad del transportador. Finalmente, se aprueba el Protocolo de reforma del año 2002, que establece una serie de modificaciones importantes¹¹. En resumen, actualmente el Convenio de Atenas de 1974 y el Protocolo de Londres de 1976, de 1990 y de 2002 son los textos internacionales vigentes de referencia. Ninguno de los instrumentos internacionales han sido ratificados en nuestro país, aunque el primero ha sido recepcionado en nuestro Derecho interno, siendo la fuente de inspiración normativa de nuestra legislación en esta materia.

Con la finalidad de actualizar las normas reguladoras del transporte internacional de pasajeros por mar, al aprobarse el Protocolo de 2002, se plasmaron una serie de modificaciones: primero, configurar a nivel internacional un sistema de responsabilidad del transportador con nuevas reglas, vale decir, consagrar lo que podría denominarse un primer tramo de responsabilidad objetiva¹² y limitada,

reconocidos y sancionados en la mayoría de las legislaciones extranjeras, códigos modernos así como en la normativa internacional; CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Derecho Marítimo*, (Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, 2000), p. 229.

¹⁰ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p.443.

¹¹ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p.443. En nota al pie.

¹² La doctrina ha destacado, en este caso, conforme a la actual redacción del art. 4 de la Convención, otorgada por el Protocolo de 2002, se consagra un régimen de responsabilidad objetiva del transportador ("strict liability regime") en determinados casos, configurándose un régimen más beneficioso al pasajero, que permite exonerarse al transportador en casos calificados solamente.

Véase: SOYER, Baris, *Boundaries of the Athens Convention: What you see is not always what you get!* (International Colloquium on Maritime Legal Liabilities, 14-15 September 2006, The Institute of International Shipping and Trade Law, School of Law, University of Wales, Swansea), p. 2, 18 y 19; MULLER, Walter, *Should the Athens Convention 1974 be modified and adapted to the liability regime in Air-Law?*, Comité Maritime International, YearBooks & NewsLetters, 2000, Singapore I, Documents for the Conference, Carriage of Passengers, pp. 1-3; SHAW, Richard, cit. (n.2), p.443; CHAMI, Diego, *Estudios de Derecho Marítimo. En Homenaje al doctor José Domingo Rey. Convenio de Atenas 2002. Responsabilidad en el transporte de pasajeros por agua*, (1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005), p. 204 y 205; Véase además, p. 8 en documento comunitario:

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/629/629686/629686es.pdf

permitiendo al pasajero optar por un segundo tramo de responsabilidad con una limitación mayor pero de naturaleza subjetiva; por otro lado, establecer un régimen de garantía financiera vía seguro obligatorio y que permita una acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil del transportista; la actualización de los límites de indemnización a través del aumento de los mismos, entre otras¹³. La CDI sobre la revisión del Convenio de Atenas tuvo lugar en la sede de la OMI en la ciudad de Londres, entre los días 21 de octubre y 1 de noviembre de 2002, suscribiéndose el nuevo Convenio el 1 de noviembre de 2002. El Convenio y tres resoluciones de la Conferencia, vinculadas con un régimen de buenas prácticas de los transportistas, con el certificado de seguro obligatorio exigido, fueron firmados por 63 Estados¹⁴.

II. Ámbito de aplicación de las normas reguladoras del contrato de pasaje

2.1 Regulación interna

i) Extensión espacial

Las normas de los arts. 1044 y ss. se aplican al contrato de pasaje, esto es, al transporte de pasajeros por mar, cuyo concepto se encuentra definido en el inc. 1 de la norma en referencia, el cual pone énfasis, entre otros, en el espacio marítimo del transporte. En efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 1044 inc. 1 del CCMCh. "por el contrato de pasaje el transportador se obliga a conducir a una persona por mar en un trayecto determinado, a cambio del pago de una remuneración denominada pasaje"¹⁵. A nuestro entender, el concepto es preciso, atendido a que hacen notar sus elementos característicos; primeramente, una parte se obliga a conducir a otra la que, a su vez, se obliga a pagar una remuneración, lo que supone un acuerdo de voluntades; luego, resalta el elemento de la onerosidad, sin perjuicio, de la posibilidad

¹³ SOYER, Baris, cit. (n.12), p. 1 y 2; SHAW, Richard, cit. (n. 2), p. 148; CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 204. Los límites que figuran en el Protocolo fijan un máximo de responsabilidad, facultando -pero no obligando- a los tribunales para compensar la muerte, lesiones o daños hasta estos límites.

¹⁴ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 204. Los siguientes 71 Estados participaron de la Conferencia Diplomática: Alemania, Angola, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Australia, Bahamas, Bangladesh, Bélgica, Bolivia, Brasil, Burkina Faso, Canadá, Chile, China, Chipre, Colombia, Costa de Marfil, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Guatemala, Haití, Indonesia, Irán, Irlanda, Islas Marshall, Israel, Italia, Jamaica, Japón, Kenya, Letonia, Líbano, Liberia, Malasia, Malta, Marruecos, México, Namibia, Nigeria, Noruega, Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, Siria, Corea, Singapur, Suecia, Suiza, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Vanuatu, Venezuela. Por otra parte, la República Checa y Hong Kong (China) asistieron como observadores; SOYER, Baris, *Sundry Considerations on the Draft Protocol to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage at Sea 1974 Mar de 1974* (Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 33, N.º 4, October 2002), p. 1. El origen de este protocolo se atribuye a un documento presentado por el Gobierno del Reino Unido en la 74ª sesión del Comité Jurídico de la OMI en octubre de 1996.

¹⁵ De esta manera, conforme a lo establecido por nuestro legislador, podemos señalar que "el contrato de pasaje es aquel en cuya virtud el transportador se obliga a conducir a una persona por mar, en un trayecto determinado, a cambio del pago de una remuneración denominada pasaje"; CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, cit. (n.9), p. 229; EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, *Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1980), p. 213. En el mismo sentido: "el transporte marítimo de personas (pasaje) puede definirse como un contrato en virtud del cual el porteador se obliga por cierto precio (pasaje) a conducir al pasajero de un lugar a otro por vía marítima".

de aplicación de ciertas normas del pasaje marítimo al transporte marítimo gratuito e, incluso, al benévolo y; finalmente, la circunstancia de que la navegación ha de serlo por vía marítima, espacio acuático que excluye la navegación en aguas interiores. En consonancia, la norma del inc. 2 del art. 1044 dispone: "Las disposiciones de este párrafo quinto se aplican solamente a los contratos de pasaje por vía marítima". El legislador al determinar que la normativa en estudio se aplica exclusivamente a los contratos de pasaje "por vía marítima", se refiere a que el conjunto de estas disposiciones sólo se aplicará tratándose de naves mercantes que se dedican a la navegación por mar -sometidas a la soberanía y jurisdicción nacional-, esto es, en la masa de agua o espacio acuático salado inmerso en el océano¹⁶, en oposición a la navegación interior, esto es, que se desarrolla en los cursos de aguas interiores a los continentes. Por esta razón, señalan BARROILHET y DÍAZ "el pasaje es un contrato de transporte de naturaleza marítima"¹⁷.

ii) Contratos excluidos del ámbito de sus disposiciones

A contrariu sensu, las disposiciones del párrafo 5 no se aplicarán a los contratos de pasaje que no sean "por vía marítima", esto es, fuera del espacio marino, dentro de los cuales podemos incluir los siguientes supuestos. En primer término, se excluyen tácitamente todos aquellos contratos de pasaje que ocupen lagos (transporte lacustre), canales o ríos navegables (transporte fluvial), que como se sabe, están adscritos a las disposiciones del Título V, del Libro II del CCMCh., titulado "Del Transporte por Tierra, Lagos, Canales o Ríos Navegables", arts. 166 a 232. Esta clase de contratos tienen frecuente aplicación en la navegación lacustre realizada en las regiones sur y austral de Chile¹⁸. En los arts. 166 y ss. del CCMCh., es decir, entre las disposiciones relativas al comercio terrestre, se establece que las reglas del transporte por tierra se aplican al transporte por canales, lagos o ríos navegables, tomando el que hace la conducción por el agua el nombre de "patrón o barquero", lo que viene a decir que la navegación interior se regula por las disposiciones del comercio terrestre¹⁹. En términos ilustrativos, lo anterior no es sino aplicación de la regla tradicional de que a las naves que surcan los mares de les aplica el Derecho Marítimo, en cambio, a las embarcaciones que navegan en cauces fluviales o de navegación interior, se les aplican preferentemente las normas del transporte terrestre, contenidas en el Código de Comercio y en el Código Civil²⁰. En nuestro derecho, el ámbito de aplicación de las

¹⁶ DRAE.

¹⁷ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 278.

¹⁸ Esto tiene importancia atendido a que el contrato de transporte tiene una disciplina que, en algunos puntos, es distinta según la clase de transporte de que se trate, verbigracia, en materia de transporte terrestre no existen normas legales de limitación de responsabilidad del transportador ni sobre privilegios marítimos; EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, cit. (n.15), p. 13 a 18, 212 y 213.

¹⁹ OLAVARRÍA ÁVILA, Julio, cit. (n.4), p. 111; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial*, (Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003), p. 63 y 64.

²⁰ DANJON, Daniel, *Tratado de Derecho Marítimo. Tomo I: Buques, Armadores, Tripulación* (Editorial Reus, Madrid, España, 1931, Traducción del francés de Faustino Menéndez-Pidal), p. 21, 22 y 23. Así, el autor comenta o al campo del Derecho Marítimo éste no rige indistintamente todas las especies de navegación, sino solamente la "marina", es decir, la navegación sobre el mar. En cuanto a la navegación sobre grandes vías fluviales, ríos y canales, esto es, la navegación interior, es del dominio del Derecho terrestre. Esto es conforme con la etimología de la palabra "marítimo", que se deriva evidentemente de la palabra "mar". Es unánimemente admitido en Francia

normas del contrato de pasaje al transporte por vía marítima de personas es coherente con la norma general del art. 823 que determina el ámbito de aplicación del Libro III del Código de Comercio²¹.

En segundo lugar, la norma del art. 1044 inc. 2 segunda parte agrega: "No se aplicarán al transporte de personas dentro de un mismo puerto, rada o bahía, con fines recreativos o de turismo. Esta especie de transporte se regirá por las normas pertinentes del Título V del Libro II de este Código". Por tanto, las normas sobre el contrato de pasaje por vía marítima se aplicarán a toda navegación más allá de dichos límites, con un mismo puerto de zarpe y atraque, así como también a la navegación entre dos puntos o puertos del territorio nacional, sea con fines esencial o meramente turísticos o no, pues el contrato de pasaje es independiente del motivo del pasajero a celebrarlo. La normativa que se aplicará a los transportes de personas dentro de un mismo puerto, rada o bahía, con fines recreativos o de turismo, serán las disposiciones pertinentes que rigen el transporte terrestre y aguas interiores²². Comenta el profesor GARCÍA INFANTE, que el legislador ha excluido esta clase de transporte "...con el objeto de hacer más expeditos estos viajes de corta duración que están por lo demás, debidamente fiscalizados por las autoridades marítimas"²³. En nuestra legislación existe el Reglamento General de Deportes Náuticos²⁴ cuyo ámbito de aplicación precisamente es la regulación de las actividades deportivas y recreativas náuticas que se realizan dentro de las aguas sometidas a la soberanía y jurisdicción nacional. Se regula en detalle, entre otras, las embarcaciones deportivas tanto de altamar, costera y de bahía. A lo anterior se deben considerar las respectivas circulares marítimas de las distintas capitanías de puerto sobre la materia. Se trata, en general, de embarcaciones especiales menores que se dedican al transporte de turistas y pasajeros, en general, con fines náutico deportivo y/o recreativas, incluyendo triciclos, bananos, kayak's, yates, lanchas, jet skí, motos de agua, etc. que se utilizan en

que el Derecho marítimo rige únicamente la navegación por mar, y que las reglas de este Derecho no podrán ser extendidas a la navegación fluvial más que en tanto fueran conformes al Derecho común. Por excepción, la parte del Derecho marítimo privado regula ámbitos que comprende navegación interior, por ejemplo la relativa a los seguros que se aplica indistintamente a todos los viajes y transportes por mar, ríos y canales navegables..."; RIPERT, Georges, *Compendio de Derecho Marítimo* (Traducción de Pedro G. San Martín, Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina, 1954), p. 11. "El derecho marítimo es en sentido lato el conjunto de las reglas jurídicas relativas a la navegación en el mar. No es la naturaleza de las reglas que determina la extensión de esta disciplina jurídica, sino su objeto. Siempre se consideró que las condiciones particulares de esta navegación y especialmente los riesgos inherentes imponen reglas particulares. Mientras los transportes en los ríos y canales están regidos, en principio al menos, por las reglas generales de los contratos, los transportes por mar comprenden un régimen propio".

²¹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio, *Apuntes de clases, Derecho Marítimo* (Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2009), p. 12. Lo propio del Derecho Marítimo son tres elementos: el mar, que es el espacio en el cual se desenvuelven las relaciones marítimas; el armador, el capitán y sus auxiliares y dependientes, que son los principales personajes que protagonizan el Derecho Marítimo y; la nave, que es el objeto material sobre el cual recaen las relaciones jurídicas que se desenvuelven en el mar.

²² La doctrina siempre ha distinguido como criterio de clasificación de la navegación, de acuerdo a las diversas disposiciones legales y reglamentarias existentes que la rigen, en cuanto a su extensión; MALVAGNI, Atilio, *Derecho Marítimo. Contratos de Transporte por Agua* (Roque de Palma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956), p. 35, 36 y 37; RIPERT, Georges, cit. (n.20), p. 43 y 44.

²³ GARCÍA INFANTE, Félix, cit. (n.3), p. 325; MONTIEL, Luis Beltrán, *Curso de Derecho de la Navegación* (1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1981), p. 351.

²⁴ Aprobado por DS. (M.) N° 87, el 14 de mayo de 1997.

actividades náuticas en el mar, principalmente dentro de bahías, puertos y caletas, ríos, lagunas y lagos.

iii) Transporte gratuito y benévolo de pasajeros

Finalmente, la norma del art. 1076 inc. 1, penúltima del párrafo 5, establece expresamente: "Las disposiciones contenidas en este párrafo sólo se aplicarán al transporte comercial de pasajeros". Por tanto, en principio, las disposiciones propias de contrato de pasaje sólo se aplicarán al transporte oneroso de pasajeros, esto es, con fines lucrativos, excluyéndose el transporte gratuito. Luego, agrega el inc. 2: "No obstante, cuando el transporte sea gratuito o benévolo, se aplicarán sus normas sobre responsabilidad, siempre que el pasajero pruebe la culpa o negligencia del transportador. En tal caso, los límites de responsabilidad no excederán del 25% de las sumas que pudieren corresponder". Así, no tienen aplicación las normas del contrato de pasaje por vía marítima tratándose del transporte gratuito o benévolo de pasajeros, empero, aun en estos casos, se aplicarán las normas relativas a la responsabilidad del transportador, siempre que el pasajero acredite la culpa o negligencia de aquél. Con todo, en tal caso, los límites de responsabilidad son diferentes ya que en ningún caso, excederán del 25% de las sumas que pudieren corresponder, conforme a las reglas generales del pasaje²⁵. Nótese que son las normas que se refieren a la responsabilidad del transportador las que se aplicarán mas no las relativas a la responsabilidad del pasajero. Debemos señalar que, en nuestra opinión, creemos que la norma está orientada a la aplicabilidad o no de las normas que regulan la responsabilidad del transportador, en cuanto a los daños personales al pasajero o materiales a su equipaje, excluyéndose los supuestos de responsabilidad contractual del transportador por otros incumplimientos, por ejemplo, la cancelación del zarpe, retraso en el mismo, etc. Sin embargo, el legislador no distingue, por lo que queda expuesta esta interrogante. Por otra parte, según consta en las Actas de la Comisión Conjunta, al discutirse la redacción de la norma, hubo preocupación frente a la posibilidad de distinguir entre transporte gratuito y benévolo, en el sentido de que se sostuviera que en el transporte gratuito sí habría derecho a limitación de responsabilidad y en el benévolo no, considerándose tal distinción excesiva, pues aquel que fuera buena persona no podría alegar límite de responsabilidad, según la propuesta original, pero quien es obligado a transportar gratis, pero que está obligado, si tendría derecho a limitar la responsabilidad. De esta manera, se propuso la redacción actual, aprobándose en definitiva, la inclusión del transporte benévolo²⁶. La doctrina señala que el denominado llamado transporte gratuito o benévolo es aquel que se lleva a cabo sin mediar contraprestación a cargo del pasajero²⁷. En este

²⁵ GARCÍA INFANTE, Félix, cit. (n.3), p. 326; BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 279.

²⁶ ACTAS ORIGINALES, cit. (n.9), p. 15.

²⁷ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 352; DRAE. Transportar significa "llevar a alguien o algo de un lugar a otro", es decir, llevar cosas o personas de un lugar a otro, y benévolo, en el mismo sentido que el término anterior, que tiene "buena voluntad o afecto"; UBIRIA, Fernando Alfredo; *El transporte benévolo y su regulación en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998*, Ponencia N° 69 VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, Argentina; <http://www.aaba.org.ar/bi20op69.htm>, se denomina también transporte de cortesía pues se trata de un contrato donde se acepta compartir un viaje

caso el transportador invita o acepta llevar, por cortesía o amistad, en forma desinteresada, a otra persona hasta su lugar de destino²⁸. Parte de la doctrina ha precisado aún más los conceptos, distinguiéndose entre transporte gratuito transporte amistoso o de cortesía, diferenciándose, pues, en el primero el transportador sin obtener un beneficio, el transportador tiene un interés y una razón para realizar el servicio, envuelve a un interés esencialmente económico del transportador y, por tanto, crea una obligación entre las partes, por ejemplo, cuando se presta a los trabajadores hasta su lugar de trabajo; en cambio, el segundo, carece de toda relación jurídica en ese sentido, no tiene ningún elemento de negociación, puesto que el transporte se ofrece y se concede a la amistad, la condescendencia o mero espíritu de liberalidad o por otros sentimientos nobles, englobándose en el marco de las relaciones meramente interpersonales. Así, MALVAGNI señala que, en materia de responsabilidad del transportador, se debe distinguir entre el transporte gratuito y el transporte amistoso. "El primero es el que se realiza en determinadas circunstancias cuando el transportador se ve obligado a transportar, por ejemplo, representantes de la autoridad pública. El segundo es el que se fundamenta exclusivamente en la amistad entre transportador y pasajero"²⁹.

Podemos apreciar que las disposiciones de los arts. 1044 y ss. se aplicarán, en general, a toda clase de transporte de personas por mar, realizado mediante precio, es decir, con finalidades de lucro, como corresponde a todo acto de comercio, entre los cuales está incluida la materia que tratamos. Y se extenderá tanto al transporte nacional de pasajeros como internacional, que se encuentre bajo el ámbito de aplicación de la normativa interna, esto es, como en si fuera el caso de que un buque de abanderamiento chileno transportara pasajeros a otro país y, conforme a las normas del derecho internacional privado, corresponda aplicar nuestra legislación. Esto a diferencia, veremos, del régimen internacional instituido por el Convenio de Atenas, del cual nuestro país no es parte, ya que su normativa sólo se aplica al transporte internacional de pasajeros, empero, también existe la posibilidad de que se extienda su ámbito de aplicación a los transportes internos, si así lo determinase un Estado parte del mismo, como suele suceder en numerosos países, sea íntegramente o con modificaciones pertinentes adecuadas a un transporte realizado sólo en aguas nacionales³⁰. Asimismo, tratándose de un transporte de corta duración, como uno que

²⁸ CHRISTELLO, Martín Alejandro; "Transporte benévolo y responsabilidad objetiva", VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, Argentina; <http://www.aaba.org.ar/bi20op71.htm>, en el concepto de transporte benévolo, gracioso o de complacencia, se comprende a aquellos casos en que el conductor, dueño o guardián del vehículo invita o consiente en llevar a otra persona, por acto de mera cortesía o con la intención de hacer un favor sin que el viajero se encuentre obligado a efectuar retribución alguna por el transporte. Se lo ha calificado de "gracioso" (para indicar la falta de contraprestación), "de complacencia" (por el solo gusto de hacerlo), "amistoso" (por sentimiento de amistad), "de cortesía" (por puro espíritu de colaboración), "de favor" (lo motiva un sentimiento cualquiera hacia personas extrañas, normalmente la piedad).

²⁹ MALVAGNI, Anílo, cit. (n.22), p. 810. Ejemplo del primer caso, sería el transporte de los agentes de policía que viajan gratuitamente.

³⁰ ESCALONA MORALES, Katia, *El Contrato de Pasaje Marítimo* (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Valparaíso, Chile, año 2004), p. 20 y 21; Ejemplo de esto es la condición general utilizada en los contratos de pasaje de "Cruceros Australis", cuyo itinerario se extiende a dos soberanías, a saber, la ruta Punta Arenas, Chile a Ushuaia, Argentina, comprendiendo gran parte de la Patagonia y Tierra del Fuego; en la cláusula N° 24 se indica: "Cualquier controversia que se

se realiza en un buque de ultramar ambos se rigen por las disposiciones referidas y, por otro lado, su aplicabilidad se extiende los trasportes de personas que se efectúan ya sea en pequeñas embarcaciones como en grandes cruceros, siempre que se cumpla con lo dispuesto en el art. 1044³¹. Lo anterior teniendo presente, respecto de las normas usuales que rigen el contrato, los distintos tipos de navegación, pues las diferentes categorías de buques, exigen la aplicabilidad de normas muy diversas que, lógicamente, no pueden ser previstas por la ley. Entre un viaje corto que puede durar menos de una hora o un cierto número de ellas, y una travesía transoceánica que implica una duración de una cierta cantidad de días o semanas, existirán diferencias en cuanto al contenido de obligaciones que incumben a cada parte, especialmente al transportador, que no pueden ser previstas por la ley. La categoría de personas que harán uso del servicio, por ejemplo, pasajeros de lujo, turistas, usuarios del servicio de conectividad, los países de salida o de destino, los buques de línea o los de carga que transportan accesoriamente uno o más pasajeros, etc., introducen también características a dicha obligaciones que solamente pueden ser contempladas en cada caso o en cada grupo o categoría de casos. De esta manera, en la práctica las normas que rigen el contrato de pasaje sean principalmente convencionales y fijadas por mutua voluntad de las partes, cuando no, tratándose de grandes empresas, por el propio estatuto y reglamento de ellas, lo que significa, en definitiva, incluir a estos contratos en la categoría de los de adhesión³². Luego, si bien el transporte de pasajeros por vía marítima se regirá principalmente por las estipulaciones de las partes, y sólo subsidiariamente por las disposiciones del CCMCh., se debe tener presente que las normas establecidas a favor del pasajero tienen el carácter de orden público de manera que no pueden ser derogadas convencionalmente bajo sanción de ineficacia (ex. art. 1075 CCMCh.)³³.

2.2 Regulación internacional

A nivel internacional, para la aplicación del Convenio de Atenas relativo al Transporte internacional de Pasajeros y sus Equipajes por mar de 1974, a un caso concreto deben concurrir una serie de presupuestos. En primer lugar, debe tenerse en consideración el ámbito de aplicación espacial. Según el art. 2 N° 1, el Convenio de Atenas se aplicará a todo *transporte internacional* sólo en los siguientes casos: i) Cuando el buque enarbole el pabellón de un Estado parte en el convenio; o ii) El contrato haya sido concertado en un Estado parte en el convenio o iii) Cuando el lugar de partida o destino previstos en el contrato de transporte se encuentren en un Estado parte. Se excluye la hipótesis de un transporte regido por un convenio internacional para otros medios y si ese convenio dispone su aplicación al transporte por mar (art. 2 N° 2). Se establecen cuatro criterios de localización de la norma, con carácter alternativo, delimitadores del ámbito de aplicación del Convenio los cuales son: el pabellón del buque, el lugar de celebración el contrato, el lugar de partida y el lugar de destino, en relación un Estado parte. Son criterios alternativos por lo que

suscite entre el pasajero y la Compañía se sujetará a las disposiciones pertinentes del Libro III del Código de Comercio de la República de Chile”.

³¹ MALVAGNI, Atilio, cit. (n.22), p. 754 y 755.

³² MALVAGNI, Atilio, cit. (n.22), p. 755 y 756.

³³ Basado en: MALVAGNI, Atilio, cit. (n.22), p. 756.

bastará la concurrencia de uno sólo para que pueda aplicarse el Convenio. El primero de estos criterios es el del pabellón del buque, que tiene que ser de un Estado parte en el Convenio, usualmente, será necesario, para que el buque enarbole la bandera de un país, que esté matriculado en los respectivos Registros de Matrículas que están a cargo de las Autoridades Marítimas de cada país. El segundo es el lugar de celebración del contrato, el cual no plantea problemas, ya que es un criterio general utilizado para resolver conflictos de de normas en relaciones contractuales. Y, finalmente, la norma contiene dos criterios delimitadores: el lugar de partida o el destino los cuales según el contrato de pasaje, tienen que encontrarse en un Estado parte en el Convenio. Basta con que uno de estos puntos concorra para que se aplique el Convenio, siempre que se hubieren determinado en el contrato³⁴. Resalta que en este caso no se especifica que tenga que ser un puerto, bastará para aplicar el Convenio que sea un lugar, por ejemplo, una bahía, si no hay un puerto de acceso en el punto de partida o de destino³⁵.

Por otro lado, otro presupuesto delimitador de los casos en los que se aplica el Convenio es que nos encontremos ante un *transporte internacional*; según el art. 1 N° 9, por tal "se entiende todo transporte en el que, de acuerdo con el contrato de transporte, el lugar de partida y el lugar de destino están situados en dos Estados diferentes, o en un mismo Estado si con arreglo al contrato de transporte o al itinerario programado hay un puerto de escala intermedio en otro Estado". Explica ZUBIRI DE SALINAS que "para que el transporte sea internacional tiene que atravesar territorio de soberanía de dos Estados. El pasajero debe ser transportado por, al menos, dos Estados, bien porque el punto de partida y destino se encuentre en dos Estados distintos o bien porque, aun siendo los puntos origen y final del transporte el mismo Estado, exista una escala intermedia en otro Estado. En el primer caso, se tiene que atravesar la soberanía de dos Estados porque el lugar de partida y de destino se encuentran en Estados diferentes. El criterio delimitador es el lugar establecido en el contrato: bastará con que ese lugar se encuentre en otro Estado, aunque no sea un puerto, para que el transporte sea internacional. Puede ocurrir, por ejemplo, que el transporte comience o termine en un lugar en el que no exista puerto, y el embarco o desembarco deba efectuarse en una rada, y por ello sólo se llega al mar territorial; pese a ello, tendrá el carácter de transporte internacional. Sin embargo, no es suficiente con que se atraviese el mar territorial de un Estado en el segundo de los supuestos delimitadores del transporte internacional: si el punto de partida y destino se sitúan en un mismo Estado. Entonces el precepto utiliza la palabra "puerto" por lo que para que el transporte sea internacional, deberá tocarse tierra de otro Estado. Tiene que tratarse de un punto de partida o destino o de uno de escala prevista en el contrato, por lo que no adquirirá el carácter de transporte internacional el que, inicialmente previsto como de cabotaje, debiera, por razones ajenas al contrato -un secuestro, una tormenta, etc.-, realizar escala o terminar en el puerto de otro Estado". La norma no

³⁴ En base a: ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, *Responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo* (Bosch, Editor, Barcelona, España, 1995), p. 162 y 163. Por lo anterior "no será aplicable el Convenio si se arriba a un lugar distinto del pactado por una causa de fuerza mayor aunque sea un Estado parte"; No compartimos pues lo determinante es lo estipulado en la cláusula contractual, no lo ocurrido en la ejecución del transporte.

³⁵ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n. 34), p. 162. En nota al pie.

admite dudas en este punto ya que indica que debe estar contemplado en el contrato de pasaje³⁶.

Al igual que en nuestro derecho, otro criterio determinante es que deberá tratarse de un transporte marítimo, lo que tiene carácter fundamental según lo revela el propio Convenio que incluye los términos "por mar". Esto tiene importancia, por un lado, atendido a que aclara que se trata de un régimen distinto al de los otros medios de transportes -terrestres y aéreos- pero, por otro, porque se diferencia también de los otros tipos de transporte por agua, esto es, los transportes de pasajeros por aguas interiores, por rías, ríos o lagos, distinción que se ha mantenido a pesar de que ha sido discutida en los sucesivos convenios y pone de manifiesto el deseo de los países marítimos de distinguir entre una y otra navegación. En algunos países la extensión del régimen del convenio a los transportes por aguas interiores tiene relevancia por el especial tráfico fronterizo-fluvial en el cual pueden plantearse los mismos problemas que en el transporte marítimo³⁷. Cabe señalar que no se aplicará el Convenio de Atenas, a pesar de que concurra alguno de los criterios positivos, si el Estado parte del mismo, a la hora de firmar, ratificar, aceptar o aprobar el Convenio hace una declaración expresa por escrito en el sentido de que no lo aplicará si ambas partes en el contrato de pasaje, -transportista y pasajero- son súbditos o tienen la nacionalidad que él representa (art. 22). Este precepto, que tiene otros análogos en otros medios de transporte, tuvo como pretensión favorecer la ratificación del Convenio de Atenas aunque dicha finalidad no se ha cumplido, ya que aquellos países cuya ley nacional resultaba más favorecedora para pasajero que la internacional, que son a los que les debía interesar realizar esta declaración de inaplicación, no han ratificado hasta el momento el Convenio, especialmente EE.UU, y anteriormente Canadá y Australia³⁸.

A modo de conclusión, ARROYO señala que en relación con el ámbito de aplicación del Convenio éste tiene un carácter limitado; primero, porque no regula la disciplina completa del pasaje sino que sólo la responsabilidad del transportador por daños, averías y retraso con referencia al pasajero y su equipaje³⁹. En efecto, "el Convenio de 1974 contempla exclusivamente la responsabilidad del transportista por los daños causados como consecuencia de un accidente. No se ocupa de la

³⁶ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 158 y 159.

³⁷ Lo anterior ha originado una serie de problemas relacionados, precisamente, con el hecho de que se restringe el ámbito de aplicación del Convenio. En el Derecho Comunitario Europeo se ha aprobado, en el parlamento europeo, un instrumento denominado "Reglamento sobre la Responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente". El Reglamento contempla la extensión en el ámbito de aplicación del Convenio a las aguas interiores. El objetivo del Reglamento Comunitario es incorporar al Convenio de Atenas al ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea, ciertas adaptaciones o disposiciones adicionales, entre ellas, en relación con su ámbito de aplicación, a saber, la extensión del ámbito de aplicación al tráfico nacional de cada Estado miembro, esto es, cabotaje (porque el Convenio se aplica al transporte internacional), la extensión del ámbito de aplicación al transporte por vías navegables interiores, así como otras enmiendas. Lo que se pretende es contar en la legislación comunitaria una normativa que busque garantizar la aplicación plena, uniforme y simultánea de las disposiciones del Convenio de Atenas de 2002 para todos los buques de pasajeros a bordo, independientemente de si el viaje es internacional, intracomunitario o nacional en el interior de un único Estado miembro, por mar o por vías navegables. De esta forma, las condiciones enunciadas garantizan una amplia aplicación del Reglamento para cubrir la mayoría de los ciudadanos de la UE. Véase: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/629/629686/629686es.pdf

³⁸ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n. 34), p. 161, 163 y 164.

³⁹ URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, cit. (n.7), p. 1375 y 1376.

responsabilidad por incumplimiento, cumplimiento defectuoso del contrato y especialmente por el retraso en la ejecución del mismo...la norma internacional tiene un contenido concreto porque...la unificación internacional no tuvo como pretensión la regulación completa de la responsabilidad del transportista en todos los casos incumplimiento del contrato de pasaje. El Convenio de Atenas...sólo se refiere a los daños personales, por lo que en los demás casos de incumplimiento habrá que acudir a las normas de Derecho interno aplicables según las normas de Derecho internacional privado⁴⁰. En segundo término, como es habitual en el Derecho de los convenios internacionales, el Convenio exige una serie de condiciones geográficas, entre otros, que delimitan su ámbito de aplicación. En cuanto al ámbito geográfico, se aplica únicamente a los transportes internacionales, luego, el cabotaje directo está excluido del Convenio, salvo que haya una remisión expresa a su regulación (paramount clause)⁴¹. De lo anterior, podemos concluir el contrato de pasaje podrá ser nacional o internacional. En general, es una característica del transporte la internacionalidad en el sentido de que la nave surca, en variadas ocasiones, espacios marítimos sometidos a ordenamientos jurídicos distintos, lo que sucede cuando los puertos de embarque y desembarque se sitúan en distintos países y/o su trayecto incluye el paso por distintas aguas jurisdiccionales, lo que se acentúa en el transporte de mercancías. Además, en muchas ocasiones el pasajero, el transportador y la nave tienen distintas nacionalidades⁴². Al respecto el Convenio de Atenas establece el criterio para considerar internacional un transporte de pasajeros y, naturalmente, en principio, su aplicación al mismo, si se cumplen los demás requisitos. A la inversa, el contrato es nacional cuando se ejecuta dentro de aguas chilenas. Al respecto el art. 3 del D.L. 3.059, D.O. De 22 de diciembre de 1979, define al cabotaje como "el transporte marítimo, fluvial o lacustre, de pasajeros y de carga entre puntos del territorio nacional, y entre éstos y artefactos navales instalados en el mar territorial o en la zona económica exclusiva", definición, aplicable al contrato de pasaje como al transporte de mercancías, que considera, señala BARROIHLET, como elementos del cabotaje el lugar de inicio y término del transporte (criterio objetivo), sin atender a la nacionalidad de quienes lo celebran (criterio subjetivo), factor éste que es más bien una aplicación del concepto, ya que la misma norma reserva el cabotaje para las naves chilenas, esto es, para naves con matrícula y bandera chilenas, de propiedad o al arrendamiento de empresas navieras chilenas o que en ciertos casos esta misma ley reputa chilenas. Lo interesante es que la internacionalidad de un contrato de pasaje puede derivar en un conflicto de leyes u ordenamientos jurídicos aplicables, que se soluciona por la observancia de las cláusulas de legislación aplicable acordadas por las partes o por las normas de derecho uniforme del internacional privado destinadas a solucionar conflictos de ordenamientos jurídicos, determinando cuándo se aplica una determinada normativa⁴³.

⁴⁰ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), pp. 175 – 178.

⁴¹ URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, cit. (n.7), p. 1375 y 1376.

⁴² Análisis en bases a: BARROIHLET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 207, 208 y 209, para el transporte marítimo de mercancías.

⁴³ Análisis en base a planteamientos de: BARROIHLET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 207, 208 y 209, para el transporte marítimo de mercancías.

III. Un sistema subjetivo de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros por muerte o lesiones corporales

Una de las características del régimen de responsabilidad del transportador marítimo por muerte o lesiones corporales causadas a los pasajeros, así como por los daños a los equipajes, es que ella es de naturaleza subjetiva, con culpa presumida en determinados casos, toda vez que se funda en la culpa o negligencia de aquél o de sus dependientes (arts. 1057 y 1058)⁴⁴. Lo anterior es consecuente con la circunstancia de que, en general, el régimen establecido en el Libro III del CCMCh. obedece a esta clase de sistema, en oposición a la responsabilidad objetiva, que, a diferencia de la primera, no se basa en la idea de la culpa, presumida o probada, sino en una simple relación causal, entre un determinado hecho, propio en la actividad del sujeto, y el daño sufrido por el tercero. Los distintos contratos, sujetos y hechos que trata nuestro Libro III responden a la responsabilidad subjetiva, fundada en la noción de culpa que, a su vez, es el fundamento de la imputabilidad, además de requerir un daño y una relación de causalidad entre éste y la culpa o, eventualmente, dolo del responsable⁴⁵. Por otro lado, consecuencia de un característica general del derecho marítimo, existe la posibilidad de exoneración a través de la prueba de la razonable diligencia⁴⁶, pues, "en rigor, las presunciones simplemente legales de culpabilidad tienen por propósito liberar a la víctima de la prueba de la culpa, o lo que es igual, colocar sobre el hechor la prueba de la debida diligencia o cuidado"⁴⁷. Este sistema tiene su inspiración en el régimen de Atenas de 1974 que estableció como criterio de imputación de responsabilidad la culpa, lo que en su momento, contrastaba con los de responsabilidad instaurados en otros medios de transporte a partir de los convenios y protocolos elaborados desde los años setenta, pues, tanto el transporte aéreo (art. 17 Convenio de Varsovia) como el terrestre por ferrocarril (art. 26 CIV de 1980), instituyeron un sistema de responsabilidad objetiva: el transportador responde por el daño causado independientemente de su conducta durante la ejecución del contrato. Países como España, Alemania, Noruega y Holanda apoyaban un sistema subjetivo, aduciendo como argumento "la diferencia existente entre el transporte marítimo, en el que el pasajero goza de libertad de movimientos, y el control existente sobre él en los demás medios"⁴⁸.

Con la reforma a nivel internacional a través del Protocolo del Convenio de Atenas de 2002, aprobado en Londres, esto ha cambiado instaurándose actualmente un régimen objetivo para el transporte marítimo internacional de pasajeros. En nuestro derecho, el régimen de la responsabilidad del transportador por muerte o lesiones corporales del pasajero y por los daños o pérdidas sufridos por su equipaje se

⁴⁴ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 342; TOMASELLO WEITZ, Leslie, *La Responsabilidad en el Derecho Marítimo* (Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995), p. 68; Se trata de una característica compartida por la mayoría de las legislaciones comparadas, por ejemplo, L. de Navegación Argentina, arts. 330 y 336; Proyecto de L. de Navegación Española art. 336 N° 1, así como a nivel internacional según la regulación del Convenio Internacional relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar.

⁴⁵ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 271; TOMASELLO WEITZ, Leslie, cit. (n.44), p. 122.

⁴⁶ TOMASELLO WEITZ, Leslie, cit. (n.44), p. 124.

⁴⁷ TOMASELLO HART, Leslie/ TOMASELLO WEITZ, Leslie/FOX, Christian/ PEURIOT, Luis Felipe/KLENNER, Andrés; *Estudios de Derecho Marítimo* (Editorial Librotecnia, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2004), p. 31.

⁴⁸ ZUBIRI DE SALINAS, cit. (n.34), p. 179 y 180.

configura, especialmente, en base a las normas de los arts. 1057, 1058, 1059 y 1060 del Libro III del CCMCh.⁴⁹, los cuales, tienen su fuente de inspiración normativa en la Convención de Atenas de 1974⁵⁰. En esta materia analizaremos la regulación contenida en las normas de nuestro Código de Comercio en contraste con la normativa internacional, para finalmente exponer la actual situación normativa.

IV. Responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros por muerte o lesiones corporales en nuestro sistema.

En general, en cuanto a los supuestos de responsabilidad del transportador, se debe distinguir frente al pasajero y frente al equipaje, criterio consagrado en el Derecho convencional internacional⁵¹. En cuanto al pasajero, la responsabilidad existe por muerte o lesiones corporales causadas durante el transporte, que es consecuencia de la obligación de seguridad asumida en el transporte⁵². Las condiciones o requisitos necesarios para que se configure la responsabilidad del transportador en el contrato de pasaje por estos hechos al pasajero son las siguientes:

4.1 El hecho dañoso se haya producido durante la ejecución del contrato de transporte

En primer término, se deberá acreditar que el hecho ha ocurrido durante la ejecución del transporte, del cual se deriva la muerte o lesiones corporales del pasajero. Conforme a la norma fundamental del art. 1057 del CCMCh., inspirado en la Convención de Atenas de 1974⁵³, de que el transportador es responsable de los daños originados por la muerte o las lesiones corporales del pasajero, siempre que el hecho que cause el perjuicio haya ocurrido "durante la ejecución del transporte". Y, conforme a lo preceptuado por el art. 1047 N° 1, el primer elemento en la imputación de la responsabilidad se relaciona con el hecho de que el daño se haya producido dentro de las fases marítimas del transporte (período que abarca contrato de pasaje)⁵⁴.

⁴⁹ GARCÍA INFANTE, Félix, cit. (n.3), p. 329.

⁵⁰ TOMASELLO HART, Leslie, cit. (n.47), p. 45.

⁵¹ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 460.

⁵² ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 461. "...De acuerdo con el pasaje, el transportista se compromete a trasladar al pasajero incólume al puerto de destino. Del mismo modo que en el transporte en general, el transportista responde de la pérdida o del daño causado a los objetos transportados, con mayor razón, ...en el transporte marítimo de personas, se debe responder de la pérdida (muerte) y de las averías (daños corporales) del pasajero".

⁵³ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 343. MONTIEL formula el comentario con ocasión del art. 330 de la ley de Navegación Argentina que sienta el mismo criterio; MALVAGNI, Atilio, cit. (n. ¡Error! Marcador no definido.), p. 796 y 797.

⁵⁴ Art. 1047 CCMh "El contrato de pasaje comprende los periodos siguientes:

1) Con respecto al pasajero y a su equipaje de camarote, el periodo durante el cual están a bordo de la nave o en vías de embarcarse o desembarcarse, y el lapso durante el cual el pasajero y su equipaje de camarote son transportados por agua, desde tierra a la nave y viceversa, siempre que el precio de este transporte esté incluido en el del pasaje o la embarcación utilizada para realizarlo haya sido puesta por el transportador.

El transporte no comprende el periodo durante el cual el pasajero se encuentra en un terminal, estación marítima, en un muelle o en cualquier otra instalación portuaria;

Expresan BARROILHET y DÍAZ "la ejecución se determina y prueba al establecer que el hecho causal se encuentra dentro del período del transporte en los términos del art. 1047, o bien, en la extensión que las partes hayan efectuado"⁵⁵. Es el pasajero quien debe probar, en cuanto a la causa, que el suceso que ocasionó el daño ha ocurrido durante la realización del transporte, esto es, durante el viaje, al margen de demostrar otros elementos como la entidad del daño, en otras palabras, al demandante incumbe el *onus probandi* del las fases marítimas del transporte⁵⁶.

4.2 Imputabilidad

1) Regla general

El pasajero deberá probar que el hecho dañoso pueda imputarse a culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes. Hemos destacado el carácter subjetivo del sistema de responsabilidad legal, pues, precisamente en cuanto a las causas del daño cabe señalar que no toda muerte o lesiones corporales al pasajero acarrea, sin más, la responsabilidad del transportador, sino que será necesario que el daño sea reprochable a título de culpa o negligencia al transportador, o de sus empleados o agentes, si éstos actuaron en el desempeño de sus funciones⁵⁷. Quien demanda de indemnización deberá probar que no sólo que el hecho que causó los perjuicios ocurrió durante el viaje sino también que se deben a la culpa o negligencia del transportador. Con todo, el legislador establece una presunción *iuris tantum* de culpa o negligencia del transportador o de sus empleados o agentes, en una serie de supuestos tipificados legalmente, de manera tal que en los demás casos corresponderá al pasajero, en cuanto demandante, demostrar la culpa o negligencia del porteador o de sus empleados y agentes, así como el acaecimiento y la entidad del daño durante la fase acuática del transporte⁵⁸. De lo dicho se sigue que, respecto a la imputabilidad, habrá que atender al hecho que invoque como causa de los perjuicios para determinar el *onus probandi*, en el sentido de que si se presumirá o no legalmente 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 de aquellos sucesos marítimos tipificados por la ley, como se expondrá a continuación⁵⁹. ARROYO,

2) Con respecto al equipaje de camarote, también comprende el período durante el cual el pasajero se encuentra en un terminal, estación marítima, en un muelle o en cualquier otra instalación portuaria, si el transportador, sus dependientes o sus agentes, se han hecho cargo de dicho equipaje y no lo han entregado al pasajero;

3) Con respecto a todo equipaje que no sea el de camarote el período comprendido entre el momento en que el transportador, sus dependientes o sus agentes se han hecho cargo del mismo en tierra o a bordo, y el momento en que éstos lo devuelven"; ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 465; BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 290: "La ejecución del transporte consiste en el cumplimiento del contrato y comprende, al menos, los períodos de su ejecución determinados en el art. 1047, sin perjuicio que las partes lo extiendan convencionalmente".

⁵⁵ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 291.

⁵⁶ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 463.

⁵⁷ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 461; URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, cit. (n.7), p. 1379.

⁵⁸ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 463. Principio recogido del art. 3 N° 2 y 3 del Convenio de Atenas; URÍA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, cit. (n.7), p. 1379.

⁵⁹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 291

comentado la norma del art. 3 del Convenio de Atenas de 1974, similar a la norma del art. 1057 de nuestro cuerpo legal, hace notar que la normativa nada dice sobre qué ha de entenderse por culpa o negligencia, por tanto, queda abierta a la interpretación y al sentido de la jurisprudencia la solución de cada caso. Comenta que puede decirse sin reservas, que el dolo (el daño causado intencionadamente); el dolo eventual (no hay intencionalidad pero se aceptan conscientemente las consecuencias) y la culpa grave (se actúa con desprecio de las normas más elementales de diligencia), son causas de responsabilidad. A la misma conclusión ha de llegarse cuando en la conducta negligente haya habido infracción de normas o reglamentos, aunque la culpa sea leve. La duda existe respecto de la culpa leve y la levísima, sin infracción de reglamentos. En esas hipótesis hay proceder en contraste con la diligencia debida a un "transportista medio"⁶⁰.

ii) Presunciones de culpa o negligencia por muerte o las lesiones corporales del pasajero

La norma del art. 1058 contiene presunciones de culpa o negligencia del transportador, de sus dependientes o agentes, respecto de la muerte o lesiones corporales del pasajero, así como en relación a las pérdidas o daños sufridos por el equipaje. El inc. 1 del art. 1058 dispone: "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, han sido resultado directo o indirecto de naufragio⁶¹, abordaje⁶², varadura⁶³, explosión, incendio⁶⁴ o deficiencia de la nave⁶⁵".

⁶⁰ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 462 y 463.

⁶¹ ASCOLI, Próspero, *Del Comercio Marítimo y de la Navegación* (Tomo, II, Traducción de Rodolfo O. Fontanarrosa y Santiago Sentis Melendo; Del Comercio Marítimo y de la Navegación, Serie Derecho Comercial V. 16; Editores Ediar, Sociedad Anónima; Buenos Aires, Argentina, 1953), pp. 360-362, quien cita numerosos fallos de tribunales italianos. Señala que, en general, el naufragio se produce cuando el buque, a causa de una tempestad, de un huracán, de un rayo o por cualquier otro siniestro marítimo, se hunde sin dejar rastros de sí o cuando, arrojado sobre la playa o sobre las rocas, no puede ya volver al mar. El naufragio es considerado por sí mismo como un siniestro o accidente de mar. Por consiguiente, no es cierto que exista y se produzca el naufragio solamente cuando sea producido por la tempestad o por el ímpetu de los vientos y del mar o por choque o varadura fortuitos, ni que no constituya por sí mismo un siniestro o accidente de mar. El hundimiento del buque ocurrido por una vía de agua abierta repentinamente, constituye un naufragio, sea cual fuere la causa que lo haya producido, y aunque no haya sido causado por tempestad, por el ímpetu del viento o del mar, por choque o por varadura fortuitos, es implica por lo general la pérdida total del buque y del cargamento; ZUBIRI DE SALINAS, cit. (n.34), p. 181. En nota al pie: "Concepto técnico tradicional en nuestro Derecho marítimo de naufragio es 'la pérdida o ruina de una embarcación en el mar'. En los arts. 818 y 833 del Código de Comercio español de 1885 se le califica como buque que se va a pique. No todo naufragio implica la pérdida total del buque sino sólo aquel que es causa de su inmersión completa en el agua.

⁶² ASCOLI, Próspero, cit. (n.61), pp. 361- 362, 375 y 376, quien cita numerosos fallos de tribunales italianos. Dice: el abordaje es el choque o la colisión de un buque contra otro, no distinguiéndose para efectos de presumir responsabilidad si es fortuito o culposo o choques de los buques contra los escollos y contra cualquier cuerpo duro, inmóvil o flotante; ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 181. En nota al pie: "por abordaje se entiende el choque violento entre dos buques. No se encuentra definido en el Código de comercio pero sí regulado...".

⁶³ ASCOLI, Próspero, cit. (n.61), pp. 361- 362, 375 y 376, quien cita numerosos fallos de tribunales italianos. Indica que la varadura se produce cuando el buque, pasando cerca de bajos fondos, encalla por no encontrar altura de agua suficiente para flotar, sea que se produzca una rotura o no; ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 181. En nota al pie: "Recibe otras denominaciones como encalladura, embarrancamiento, empeño y plantea problemas

Por consiguiente, el legislador, inspirado en la normativa del Convenio de Atenas de 1974, distingue si la muerte o las lesiones fueron causadas por determinados sucesos relacionados con la navegación o no, para efectos de presumir legalmente la culpa del transportador. De esta perspectiva, la regla es que cuando la muerte o lesiones corporales (o los daños o pérdida del equipaje de camarote) son consecuencia directa o indirecta de alguno de los seis casos de sucesos o incidentes marítimos tipificados, se presume la culpa del transportador, sus empleados o agentes, enumeración taxativa, aunque en el concepto de deficiencia de la nave podría incluirse distintos supuestos fácticos⁶⁶. En el derecho uniforme del transporte internacional de pasajeros, la norma del texto original del Convenio de Atenas de 1974 fue la que estableció este sistema de responsabilidad⁶⁷. No obstante, esta norma se verá

en su distinción con el naufragio, siendo a veces considerados sinónimos". GÓMEZ CALERO, los distingue diciendo que el naufragio es el hundimiento o inmersión del buque, que desaparece bajo las aguas y se pierde. La varada o encalladura se equipara al naufragio en sus consecuencias jurídicas cuando da lugar a la pérdida del buque.

⁶⁴ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 181. En nota al pie: "acerca de la explosión o incendio no existe un concepto legal en el Código de comercio, por lo que habrá que acudir a sus conceptos gramaticales. Por explosión, se entiende según el DRAE "Liberación brusca de una gran cantidad de energía encerrada en un volumen relativamente pequeño, que produce un incremento violento y rápido de la presión, con desprendimiento de calor, luz y gases. Se acompaña de estruendo y rotura violenta del recipiente en que está contenida. El origen de la energía puede ser térmico, químico o nuclear". En cuanto al incendio se le define como "fuego grande que abrasa lo que no está destinado a arder". Este evento sí que se encuentra recogido en los transportes de mercancías bajo conocimiento de embarque, como uno de las causas de exoneración del porteador..."; BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 198: que "el incendio es el peor enemigo de una nave, peor incluso que las inclemencias del mar, para cuales una nave está más o menos preparada", pues pueden llevar a una pérdida total del buque, el cual usualmente puede ocurrir por causas eléctricas.

⁶⁵ La deficiencia de la nave lo cual se relaciona con la falta de estado de navegabilidad del buque o innavegabilidad del mismo.

⁶⁶ La presunción dice, SHAW, Richard, op. cit., p. 148, "...only applies to injuries suffered as result of 'marine' risks but not to 'hotel' risks such as cabins and food"; ACTAS ORIGINALES, cit. (n.9), p. 20 y 21. Con ocasión de la redacción de esta norma, en la Comisión Conjunta Especial, se discutió acerca del alcance de incluir la noción de deficiencia del buque. Por un lado, se indicó que sería uno de los diversos casos fortuitos o de fuerza mayor que enumera el inciso primero de este art. Por otro, se hizo presente que esta es una disposición casuística que se emplea mucho en los contratos de transporte naviero, en el sentido de que hay una serie de circunstancias que serían propiamente problemas de imprevisión, que no es imposibilidad absoluta de ejecución sino relativa, que se consideran también dentro de la fuerza mayor. Sin embargo, ese puntualizó acertadamente, "...que el motivo por el cual se enumeran estas circunstancias no es para aclarar si constituyen o no fuerza mayor. Como ya se señaló, el pasajero no es como una mercadería inerte; el pasajero no es como un niño a cargo de una niñera, el porteador, en principio, ni responde de los daños que sufre, sino en los casos excepcionales que enumera la disposición. Por eso, se trata igual al pasajero y al equipaje de camarote, porque ese equipaje no está bajo la custodia del porteador sino bajo la de pasajero...".

⁶⁷ Art. 3 N° 3 del Convenio de Atenas de 1974: "Salvo prueba en contrario se presumirán la culpa o la negligencia del transportista o las de sus empleados o agentes cuando éstos hayan actuado en el desempeño de sus funciones, si la muerte o las lesiones corporales del pasajero a la pérdida de daños sufridos por su equipaje de camarote han sido resultado directo o indirecto de naufragio, abordaje, varada, explosión, incendio o deficiencia del buque. Respecto de la pérdida o daños sufridos por equipajes de otro tipo, salvo prueba en contrario, se presumirán dichas culpas o negligencia con independencia de la naturaleza del suceso que ocasionaron la pérdida o daños. En cualquier otro caso incumbirá al demandante demostrar que hubo culpa o negligencia"; Podemos apreciar que la redacción de la norma es similar a la contemplada en nuestra legislación interna, sin embargo, compartimos la opinión de ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 467, en el sentido de que el Convenio parece incurrir en un error, al añadir que "en cualquier otro caso incumbirá al demandante demostrar que hubo culpa o negligencia". La oración sobra por completo, pues, o se configura uno de los supuestos tipificados por la norma o sino estamos en

modificada en el año 2002, a través del Protocolo respectivo, instaurándose, en definitiva, a nivel internacional un nuevo régimen de responsabilidad del transportador.

Señala la doctrina que "estos accidentes marítimos son los más graves, por lo que el Convenio pretende una mayor protección del pasajero en todos los casos en los que se le pueda causar un daño sin permitir la exclusión por culpa náutica de los dependientes del transportador, denominación que comprende un conjunto de fenómenos referentes al error en la navegación y en el manejo del buque, que instituye una de las causas de exoneración clásicas del Derecho marítimo reconocido...en el Convenio de Bruselas de 1924 para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque"⁶⁸(art. 4 N° 2 letra a). Destaca ARROYO que el aspecto procesal de la acción de responsabilidad reviste una importancia capital, pues, la norma, inspirada en las disposiciones del Convenio de Atenas de 1974, "constituye un avance significativo en favor de la víctima. Rompiendo el esquema tradicional del transporte marítimo de mercancías, ha colocado la carga de la prueba del lado del porteador en una serie de supuestos tipificados legalmente, por lo demás los más numerosos. La tesis contraria colocaba al pasajero ante una situación de prueba casi diabólica donde resultaba prácticamente imposible demostrar la negligencia del porteador en la producción del daño. Basta pensar en supuestos nada infrecuentes como, por ejemplo, una explosión o un incendio. Ahora, cuando haya un abordaje, una varada, un naufragio, una explosión, un incendio o una deficiencia del buque, al pasajero le basta con probar el daño: la muerte a los herederos y las lesiones a la víctima, entonces obtendrá indemnización. Para impedirlo, el transportista tendrá que aportar la prueba positiva de su diligencia; es decir, que adoptó todas las medidas a su alcance para evitar el daño y sus consecuencias..."⁶⁹. Tratándose de estas hipótesis o casos, el mero incumplimiento acarrea responsabilidad, invirtiéndose la carga de la prueba: es el deudor, responsable, quien deberá acreditar un hecho que excluya su culpabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, etc.), si quiere exonerarse. En cambio, al acreedor le bastará con probar el incumplimiento y el daño⁷⁰. La explicación histórica es que, estos casos, que implican presunción de culpa, se encontraban a nivel internacional previstos en el denominado Proyecto de Madrid de 1955 sobre transporte de pasajeros por mar, aunque en éste el principio era el contrario, pues éste reconocía una serie de "casos exceptuados" en los que el transportador quedaba exonerado de responsabilidad, aunque el ámbito de la exoneración era distinto en cada caso⁷¹. Esta última hipótesis sí que se incorpora en las discusiones de la

todos los demás. "Gramaticalmente, 'con independencia de la naturaleza del suceso' es lo mismo que decir 'en cualquier otro caso'. Es decir, cualquier accidente que no sean los enumerados legalmente. Si el daño se produce por uno de ellos, el pasajero del equipaje dañado, que no sea de camarote, debe probar la culpa o negligencia del porteador, si quiere obtener reparación"

⁶⁸ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 181 y 182.

⁶⁹ ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, cit. (n.3), p. 463 y 464; Como es sabido, el CCCH. establece que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá (art. 1698 CCCH.; art.1204 del Código Civil español).

⁷⁰ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 201.

⁷¹ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 181 y 182; En la Conferencia de Madrid se discutió mucho el tema y siguiendo a RIPIERT, se entendió que "los riesgos de la navegación (naufragio, abordaje, encallamiento) deben entrañar automáticamente la exoneración del transportista, igual si su realización es debida a un error de

Conferencia de Atenas, lo que, dice ZUBIRI DE SALINAS, "supone un ensanchamiento del perímetro de la responsabilidad, ya que dentro de este concepto pueden subsumirse muchos accidentes cuya prueba sería diabólica para los pasajeros, no siendo necesario que haya ocurrido ninguno de los accidentes más graves mencionados anteriormente por el Convenio. Así, por ejemplo, no tiene que haber ocurrido un naufragio, cuya causa fuera una deficiencia en el buque, para que se presuma la culpa del transportista, sino que basta con que se haya provocado un accidente cualquiera por una deficiencia del buque (aunque haya afectado a un solo pasajero), para que opere la presunción de culpa. Este supuesto de deficiencia del buque, sería una excepción a la consideración de que se invierte la carga de la prueba en los accidentes colectivos porque en todos los demás casos contemplados por el Convenio -naufragio, abordaje, varada, explosión, incendio-, son accidentes que afectan al transporte, impidiendo la correcta ejecución del mismo, independientemente de que sus consecuencias dañosas afecten a uno o varios pasajeros pero, en todo caso se les puede considerar colectivos porque la inejecución afectará a todos los pasajeros. En la deficiencia del buque se invierte la carga de la prueba, aunque esa deficiencia no afecte más que a uno solo de los pasajeros y no impida la correcta ejecución con relación a los demás. Otra diferencia entre la deficiencia del buque y los demás supuestos en los que se presume la culpa del transportista se pone de manifiesto porque, mientras los supuestos de naufragio, abordaje (...) definen accidentes que son consecuencia de una causa distinta de sí mismos, la deficiencia del buque es una causa que puede ser origen de cualquiera de esos hechos o de otros distintos"⁷². Lo anterior, "hace que la deficiencia del buque amplíe el ámbito de los casos en los que se presume la culpa, con lo que indirectamente se establecen más supuestos en los que es posible al pasajero obtener la indemnización del transportista, pero a su vez, y aunque pueda parecer lo contrario, se complica la prueba del primer presupuesto de la misma, por lo que no es un caso tan peligroso como se consideró en los debates de la Conferencia"⁷³. Esto se debe que al pasajero le corresponde la prueba de esa deficiencia del buque, aunque no tenga que acreditar la culpa o negligencia del transportista en la conservación del barco, lo que significará que, por ejemplo, en el caso de que los daños se los hubiera causado el pasajero al caerse en una escalera que se encontraba en mal estado, deberá probar este estado deficiente, pero no que esa deficiencia se debe a una conducta culpable del transportista. Y probar esa deficiencia suele resultar más dificultoso que probar un naufragio, un abordaje, o una varada, que no plantea especiales problemas, puesto que ni tan siquiera será negado por el transportista -se tratará normalmente de un hecho admitido y por ello no precisa prueba- y si no siempre habrá intervenido alguna autoridad cuyo testimonio será suficiente para acreditar el hecho"⁷⁴. Sin embargo, en el

navegación del Capitán". Este sistema de excluir la responsabilidad en estos casos, que se consideraban riesgos del mar, provenía del Convenio de 1924 sobre conocimiento de embarque (art. 4). Sin embargo, para el transporte de pasajeros quiebra en el Convenio de Bruselas de 1961 en el que se acoge el criterio opuesto de presumir la culpa del transportista justamente en estos eventos. Los accidentes marítimos tasados en los que se presume la culpa del transportador no han variado desde el convenio de 1961, excepto la deficiencia del buque.

⁷² ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 182 y 183.

⁷³ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 183.

⁷⁴ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 183; "El Código establece una serie de diligencias a efectuar en caso de naufragio, que deben considerarse extensivas a los demás casos de accidentes..."; En nuestra legislación, en la L. de Navegación, en el Título VIII "De los riesgos de la navegación", párrafo 3º "Accidentes Marítimos",

caso de la deficiencia del buque la evidencia no es tal, y este hecho sí que puede y será normalmente negado por el transportista –aduciendo que la escalera del ejemplo antes indicado se encontraba en perfecto estado y que fue el descuido del pasajero el causante de sus lesiones-, con lo que deberá ser probado por el actor si quiere conseguir la indemnización⁷⁵. En todos estos sucesos cuyos hechos deben ser probados por el actor se presume la culpa o negligencia del transportador. Se trata, pues, de una presunción que facilita la aplicación del régimen de responsabilidad del transportador que tiene el carácter de simplemente legal (*juris tantum*) y, en consecuencia, puede ser desvirtuada por la prueba en contrario⁷⁶. Cabe hacer notar que “nos encontramos ante una presunción de culpa y no de responsabilidad, porque al pasajero no se le priva de la prueba de los demás hechos constitutivos de su pretensión, sino sólo de acreditar la culpa del transportista”⁷⁷. Lo anterior, en rigor, es sin perjuicio, como indica BARROILHET y DÍAZ, de que “fuera de estos casos, habrá que determinar si el hecho que se alega como causa constituye una obligación del transportador, porque si así fuere, por aplicación del art. 1547 del CCCH, la prueba de la debida diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla, vale decir, basta que se pruebe que la causa del perjuicio es el incumplimiento de tal obligación para que tal incumplimiento se presuma imputable y sea el transportador quien deba

resaltan una serie de disposiciones en este sentido. El art. 123 expresa: “Las autoridades Marítimas adoptarán las medidas necesarias para que se dé pronto socorro a la nave que está en peligro, coordinando la prestación de los servicios de auxilio que se requieren. Igualmente, cuando fuere posible, deberán presidir las operaciones de asistencia o de salvamento y disponer las medidas conducentes para obtener la seguridad de las personas que estén a bordo y de las especies salvadas. Para tales efectos, los remolcadores del puerto serán puestos a disposición de la Autoridad Marítima (inc. 1). Los remolcadores de puerto serán también puestos a disposición de la Autoridad Marítima para cumplir funciones de seguridad portuaria, en los casos que señale el reglamento, con el fin de prevenir el riesgo de naufragio, abordaje y otros accidentes (inc. 2)”, el art. 124 establece: “Cuando la Autoridad Marítima tenga conocimiento de un naufragio o de cualquier otro siniestro o peligro que afecte a una nave y comprometa la seguridad de sus pasajeros y su dotación, podrá ordenar a otras que naveguen en sus cercanías o que se encuentren en puerto en condiciones de zarpar, que se dirijan de inmediato a socorrerla. Una vez que haya cesado el peligro de pérdida de vidas humanas, las autoridades comunicarán a dichas naves que quedan en libertad de acción”, el art. 128 inc. 2 dice “Se reputará perdida una nave cuando no apareciere o no hubiere noticias de ella durante más de cuatro meses, contados desde el día en que fue recibida su última comunicación”, el art. 130 agrega: “Las averías que sufra la carga, como también los accidentes o siniestros que le ocurran a una nave en los puertos o en navegación, deberán ser denunciados por el armador o el capitán, mediante la presentación de una protesta ante la Autoridad Marítima competente, en el más breve plazo posible (inc. 1). Protesta es la denuncia escrita que debe formular el capitán, el armador o su representante legal por accidentes ocurridos a una nave o por pérdidas o averías de la carga que ella transporte, embarque o desembarque (inc. 2). Las protestas no eximen de las responsabilidades que procedieren en caso de accidentes o averías (inc. 3)”, etc.

⁷⁵ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 183 y 184.

⁷⁶ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 184; GASKELL, Nicholas, *The Athens Convention 1974 and Limitation of Liability* (Institute of Maritime Law, Southampton University, 2007), p. 2. Explica que, por ejemplo, no sería suficiente para un transportador de afirmar que el daño se produjo por un encallamiento, sin explicación. Deberá probar la adecuada navegación y gestión del buque. En el caso de una varadura o encallamiento - que no implique otra nave - será extremadamente difícil para el transportador alegar una causal de exoneración, a menos que pueda demostrar, por ejemplo, una desconocida obstrucción, o la culpa de la autoridad portuaria. Ni sería una excusa probar que el encallamiento fue culpa de la autoridad del piloto (como ocurrió con el crucero soviético Mijail Lérmontov que se hundió frente a Nueva Zelanda en febrero del año 1986) - incluso si el piloto se encuentra obligatoriamente a bordo, pues es una antigua regla de derecho marítimo que el armador es responsable de las faltas del piloto.

⁷⁷ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 184.

acreditar que ejerció la debida diligencia o cuidado. En los demás casos, la culpa debe ser acreditada por quien la invoque⁷⁸.

A contrariu sensu, señalábamos, tratándose de cualquier otro caso -regla general- al actor incumbirá probar que existió culpa o negligencia del transportador, vale decir, "por lo que, si como consecuencia de otros hechos el pasajero sufre daños durante la ejecución del contrato de pasaje, el transportista responderá siempre que se hayan debido a su culpa o negligencia y el pasajero pruebe la concurrencia efectiva de dicha culpa"⁷⁹. Explica ZUBIRI DE SALINAS que en este supuesto "corresponde contemplar lo que normalmente son accidentes individuales, que puede sufrir el pasajero a lo largo del transporte y que no son ocasionados por los casos catastróficos en los que se ven afectados más de un pasajero. No obstante ha de puntualizarse que es posible que concorra alguno de los accidentes mencionados...y sólo resulte lesionado o fallecido un pasajero y no obstante seguirá aplicándose la presunción de culpa; y, a contrario, en estos otros accidentes puede resultar dañado un grupo de pasajeros y, sin embargo, no presumiese dicha culpa...hecha esta matización, seguiremos denominándolos accidentes individuales, puesto que nos referimos a la mayoría de los casos en los que resulta dañado el pasajero por caídas durante el trayecto, en la pasarela de acceso al buque, por cerradura de puertas, en el momento de embarque o desembarque. etc., frente a los demás accidentes en los que se ven implicados la totalidad de los pasajeros aunque sólo alguno sufra las consecuencias del siniestro"⁸⁰. En estos casos, compartimos la opinión de la autora que dice "no existe presunción de culpa con lo que el sistema resulta mucho más gravoso para el pasajero que deberá acreditar la culpa del transportista, lo que dificulta su actividad probatoria porque será difícil acreditar la culpa o negligencia del transportista en el manejo del barco o en la conservación del buque si no generan uno de los accidentes anteriores, por tratarse de una prueba técnica cuyo acceso es arduo para el pasajero"⁸¹. El sistema recogido, configurado en el Convenio de Atenas de 1974 se justificó por la doctrina y por los Estados participantes en la Conferencia, "en la movilidad del viajero por el buque durante el transporte y en la disponibilidad y custodia de su equipaje, por lo que es difícil que el transportista pueda asegurar de una forma absoluta su seguridad. Esta movilidad unida a la tradición de limitación de responsabilidad en el transporte marítimo son los motivos que permiten que se reconozca este doble sistema"⁸². Sin embargo, compartimos la crítica de ZUBIRI DE SALINAS en el sentido de que "es difícilmente justificable la diferencia, ya que el pasajero no goza de libertad de movimientos -tal como está pensando el Convenio en las largas travesías- en todos los transportes. Téngase en cuenta que en los transportes de cabotaje también queda inmovilizado el pasajero, por lo que no hay una distinción tan clara, y también otros medios de transporte, como ocurre con el ferrocarril, permiten una cierta movilidad al viajero. Por ello este sistema resulta excesivamente protector de los intereses de las compañías transportistas"⁸³.

⁷⁸ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 291.

⁷⁹ ZUBIRI DE SALINAS, cit. (n.34), p. 185.

⁸⁰ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 185 y 186.

⁸¹ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 186.

⁸² ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 186.

⁸³ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 186.

Con todo no podemos desconocer el avance que significó en sus orígenes este régimen de responsabilidad con presunción legal de culpabilidad. Así, los ingleses CHORLEY y GILES, comentaban que "...el pasajero, por regla general, no ha de llevar la carga de la prueba de la negligencia, pues cuando un accidente sucede en o a un buque, la ley parte del punto de vista de que, a falta de prueba en contrario, el propietario del buque fue negligente. Evidentemente, pedir que el pasajero pruebe la negligencia por parte del propietario, quien únicamente tiene acceso al buque y control sobre él, podría privar normalmente al pasajero de su pretensión. No tiene medio de conocimiento ni facilidades de investigar las causas de un accidente. Por esta razón la regla ordinaria que exige la prueba de la negligencia por la parte que alega, se invierte, y la carga de la prueba grava sobre el propietario. Es él quien tiene que probar que no hubo negligencia por su parte. Esta es la regla *res ipsa loquitur*: la cosa habla por sí misma"⁸⁴, esto es, en materia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables de la falta de prueba a una de las partes, sino admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos en tanto no son refutados"⁸⁵. MONTIEL explica que "el pasajero no es una cosa cuya colocación en el buque dependa exclusivamente del transportador, o tenga él bajo su constante o permanente custodia. El pasajero se desplaza por el buque con la libertad de movimientos que autorizan las modernas construcciones flotantes dotadas de salas para distintos entretenimientos, ascensores, piscinas, etc. Por tanto, el pasajero está expuesto a riesgos específicos -los propios de la navegación- y a riesgos genéricos, que le acechan tanto a bordo como en tierra (enfermedades, caída por tropiezo o resbalón, etcétera). De ahí que, a nuestro criterio, resulte apropiado el régimen que, en materia probatoria, vertebra nuestro sistema legal"⁸⁶, esto es, el establecimiento de una presunción de culpa o negligencia del transportador, *iuris tantum* y por ende, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, cuando la muerte o las lesiones corporales, sufridas por el pasajero, deriven de hechos que puedan comprometer la seguridad de la expedición, o cuya complejidad o naturaleza, propias del riesgo profesional que asume la empresa de transporte, tornarían irrazonable poner a cargo de la víctima la prueba de la culpa de aquél, frente a las consecuencias de tales eventos. En consecuencia, si la muerte o las lesiones corporales derivaron de un naufragio, abordaje o varadura (riesgos específicos de la navegación), o de un

⁸⁴ CHORLEY, Lord / GILES, O. C., *Derecho Marítimo*, (4a. ed., Traducción de Fernando Sánchez Calero, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1962), p. 131 y 132.

⁸⁵ DANJON, Daniel, cit. (n.20), p. 222. La ratio de la norma, expresa DANJON, radica en que "en el caso en que el viajero o pasajero alegase haber sido herido, no le bastaría con demostrar la existencia de una herida -como le bastaría al expedidor o al destinatario de una mercancía demostrar la existencia de una avería-; sería preciso que probase, además, que esta herida la recibió durante el transporte. En efecto, el conductor no puede apreciar tan bien la buena salud de los viajeros como el buen estado de los bultos que conduce; tal comprobación no sería posible ni tampoco conveniente; no puede decirse de los viajeros, aunque sí de los bultos, que han partido en buen estado, por lo cual les incumbe a ellos probar que al conductor o al armador son imputables las heridas de que han sido víctimas".

⁸⁶ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 344 y 345; TOMASELLO WEITZ, Leslie, cit. (n.44), p. 70. En el mismo sentido: "...se consagra una presunción de culpa o negligencia del transportador, de sus dependientes o de sus agentes, si la muerte o las lesiones corporales del pasajero han sido el resultado directo o indirecto de riesgos propios de la navegación o de hechos que podrían comprometer la seguridad de la expedición. Estos hechos son los señalados en el art. 1058...Esta presunción es simplemente legal y, por ello, susceptible de ser desvirtuada con prueba en contrario...".

incendio o explosión (riesgos de naturaleza compleja), el transportador será, prima facie, responsable a causa de la presunción citada. Por el contrario, si el hecho dañoso es ajeno a los supuestos mencionados, incumbe al pasajero acreditar la culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes⁸⁷. En el mismo sentido, en el contexto anterior al año 2002, en que se discutía la reforma a las normas del Convenio de Atenas '74, con el objeto de establecer el nuevo sistema de responsabilidad objetivo del transportador de pasajeros por mar, el profesor MÜLLER -quien presidió la Conferencia Diplomática en 1974 que aprobó el Convenio de Atenas- defendió el sistema subjetivo, señalando que el actual sistema de responsabilidad establecido es adecuado atendido a que se basa en los hechos, la realidad y la experiencia, pues un pasajero a bordo de un buque no es una "cosa inerte" confiada a la custodia del transportador, sino un ser humano con su propia agenda que no puede ser controlado por la compañía y su personal como ocurre con un pasajero en un avión o aerodeslizador. Durante la fase crítica de despegue y aterrizaje, los pasajeros deben sentarse y mantener su cinturón de seguridad, la tripulación, por razones de seguridad recomienda mantener el cinturón bien ajustado durante todo el vuelo. Por otra parte, un pasajero a bordo de un buque puede circular libremente y utilizar las instalaciones del buque, como piscina, gimnasio, campos de tiro, etc., en particular, a bordo de un buque de crucero. Él puede bailar, caer de los excesos de alcohol, peleas con otros pasajeros en el bar o en la cubierta durante la noche, con el riesgo inherente de caer por la borda. En cuanto a su equipaje de cabina, el pasajero puede usarlo libremente y manipularlo sin la supervisión. Comenta que a menudo hay muchos tipos de tiendas a bordo, incluyendo salones de belleza, peluquería y salones de masaje. Por tanto, existe una percepción común de que un buque de pasajeros es un "hotel flotante" o por lo menos un "restaurante flotante". Por tanto, puede no ser una solución apropiada o justa para consagrar un régimen de responsabilidad objetiva (strict liability) con carácter general del transportador, según lo propuesto por los juristas que propugnan actualmente tal solución legislativa, argumentando que el transportador puede, según la regla general, evitar la responsabilidad mediante la prueba de la culpa o culpa concurrente del pasajero. Si en una peluquería se causa quemaduras en la piel a un cliente, o, peor aún, si un médico a bordo da una receta equivocada o inyección o se hace un diagnóstico equivocado, o si una enfermera le da medicamento equivocado, no se puede identificar o probar la culpa del pasajero. De esta manera, resulta adecuado para el Convenio de Atenas establecer la responsabilidad sin prueba de la culpa del transportista y su personal sólo si un naufragio, abordaje, varada, explosión, incendio o un defecto de la nave fueron la causa de un accidente o incidente que cause los daños a un pasajero. Para las otras causas de daño o pérdida, la carga de la prueba de la culpa debe recaer en el pasajero que reclama daños y perjuicios⁸⁸. A nivel internacional, al discutirse el texto del

⁸⁷ MONTIEL, Luis Beltrán, cit. (n.23), p. 345. En el derecho marítimo argentino se contiene una norma similar, a saber, el art. 330 inc. 2 de la Ley de Navegación: "La culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes se presume, salvo prueba en contrario, si la muerte o lesiones corporales han sido causadas por un naufragio, abordaje, varadura, explosión o incendio o por hecho relacionado con alguno de estos eventos"; Vemos, pues, que la norma nacional agrega como hecho causante de la muerte o lesiones la "deficiencia de la nave"; la normativa argentina concluye con algún "hecho relacionado con alguno de estos eventos".

⁸⁸ MÜLLER, Walter, cit. (n.12), pp. 1-3.

Protocolo de 2002, con ocasión de la innovadora propuesta de cambiar el régimen de responsabilidad del transportista originalmente contemplado en el Convenio de Atenas a un régimen de responsabilidad objetiva junto con la introducción del seguro obligatorio, con el fin de proteger los intereses de pasajeros y aproximarse hacia la protección jurídica brindada a los pasajeros transportados por vía aérea, las delegaciones de los países estaban conscientes de las diferencias reales entre estos modos de transporte, esto es, un pasajero aéreo debe sentarse con su cinturón de seguridad abrochado, al menos durante las fases críticas de despegue y aterrizaje, y, a través de sus tripulaciones, las compañías aéreas suelen recomendar que los pasajeros mantengan sujetos sus cinturones durante todo el vuelo. Por el contrario, tratándose de los pasajeros a bordo de un buque se espera que estos circulen libremente y usen las instalaciones del buque tales como la piscina, el bar y gimnasio, etc. En este sentido, el típico pasajero marítimo se expone a un peligro más que el típico pasajero aéreo. Luego, ¿se podía establecer un régimen de responsabilidad objetiva para todos los incidentes que ocurran a bordo de un buque? Si, por ejemplo, un pasajero marítimo se lesiona asimismo cuando hacía ejercicio en el gimnasio, ¿Debía el transportador ser responsable objetivamente? Hoy en día los cruceros son considerados como una industria del ocio y placer y los operadores de buques cruceros se consideran en competencia directa con los centros turísticos que operan en tierra, con los complejo de vacaciones, resorts, etc. La responsabilidad en los resort y centros de vacaciones sin duda no es una responsabilidad objetiva. Luego, hacer a los operadores de cruceros responsables objetiva y estrictamente de aquellos incidentes que no tienen nada que ver con los transportes, aumentaría sus costos financieros, y por lo tanto, les desventaja en su competencia con los balnearios y estaciones de esquí, por ejemplo. Por otra parte, un régimen de responsabilidad objetiva para todo tipo de incidentes que ocurriesen a bordo del buque alentaría los reclamos y demandas temerarias y superficiales, un resultado particularmente no deseado por los Clubs P&I, que suele manejar tales tipos reclamaciones. Tomando en cuenta todos estos factores, el Comité Jurídico lograría consenso de que un régimen de responsabilidad objetiva debía adoptarse pero respecto de determinados tipos de incidentes y reclamaciones⁸⁹.

4.3 Relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio

Respecto a la causalidad, ella debe ser acreditada por el reclamante, quien deberá probar que el hecho que ocasionó los perjuicios tuvo lugar durante la ejecución del transporte, ex. art. 1057⁹⁰. En el supuesto de los incidentes o sucesos marítimos contemplados en el art. 1058, como señala BARROILET, "por aplicación de la presunción de culpa, será el transportador quien deberá probar la ausencia de su culpa, la de sus agentes y dependientes para desvirtuar esta presunción y, como el precepto habla de los "resultados directos o indirectos", la presunción de culpa envuelve, en la *praxis*, una presunción de causalidad que el transportador debe

⁸⁹ SOYER, Baris, *Sundry Considerations on the Draft Protocol to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage at sea 1974 Mar de 1974* (Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 33, N°. 4, October 2002), p. 3, 4 y 5.

⁹⁰ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 292.

refutar. Si no opera esta presunción de culpa, la causalidad deberá probarse como elemento de la responsabilidad civil contractual o extracontractual⁹¹. En otros términos, ZUBIRI DE SALINAS dice que cuando la norma exige que los daños hayan sido "resultado directo o indirecto" de los accidentes colectivos -como los llama- ello implica que "no se exige que el pasajero pruebe la relación de causalidad directa, bastará con que acredite que se han derivado de los hechos o que están en relación con estos hechos aunque no sean la causa eficiente de los mismos. Esto sí que significa un alivio a la actividad probatoria del pasajero ya que probar de una manera absoluta la relación de causa-efecto entre el accidente producido por unos hechos y los daños generados al pasajero puede resultar costoso por tratarse de una prueba difícil y, al requerirse sólo la relación indirecta bastará con una prueba indiciaria o *prima facie* de que la persona se encontraba en el barco en el momento de ocurrir el accidente y sufrió unos daños a consecuencia de los mismos, aunque estos no se produjeran en el mismo momento o estuvieran determinados en el momento del desembarco"⁹².

4.4 Daño o perjuicio

De acuerdo a la norma del art. 1057, el transportador debe responder por el perjuicio originado por la muerte o las lesiones corporales de un pasajero (así como por las pérdidas o daños sufridos por el equipaje), si se cumplen las condiciones anteriores, agregando la norma que incumbe a quien los alega probar los perjuicios y que el hecho que los ocasionó tuvo lugar durante la ejecución del transporte⁹³. El importe de los daños y perjuicios debidos por el transportador a los pasajeros, en el caso de que por ser responsable tenga que pagarlos, se fija judicialmente, a falta de acuerdo entre las partes. Compartimos la opinión del profesor TOMASELLO WEITZ, respecto a que el art. 1057 inc. 2 que, al disponer que quien alega el perjuicio, ya sea el mismo pasajero o sus familiares, en caso de fallecimiento, deberán probar el perjuicio y que el hecho que lo ocasionó tuvo lugar durante la ejecución del transporte, habría sido más conveniente que este inc. estableciera que "quien alega el perjuicio deberá probar la culpa o negligencia del transportador, sus dependientes o sus agentes y que el hecho que lo ocasionó tuvo lugar durante la ejecución del transporte"⁹⁴. La indemnización reconocida a los pasajeros varía, naturalmente, de la entidad de los daños, debiendo representar, en principio, todo el perjuicio experimentado por los pasajeros, es decir, no solamente el perjuicio patrimonial efectivamente causado, sino también la privación de una ganancia legítimamente esperada, correspondiendo a los pasajeros acreditar el importe del perjuicio que se les irrogue, teniendo en cuenta como indemnizables solamente los daños que sean consecuencia directa e inmediata del suceso, y, salvo el caso de dolo del armador, los que hayan podido ser previstos al estipular el contrato⁹⁵. A nuestro entender, en relación al daño no importa distinguir

⁹¹ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 293.

⁹² ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 184 y 185. En nota al pie: "Un ejemplo que prevé el propio Convenio es el fallecimiento a consecuencia de lesiones sufridas durante del transporte...".

⁹³ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 290 y 291.

⁹⁴ TOMASELLO WEITZ, Leslie, cit. (n.44), p. 70 y 71.

⁹⁵ DANJON, Daniel, cit. (n.20), p. 235, 243 y 244. Comenta que no se debe nunca tomar en consideración para

si la acción que sea o la naturaleza de la responsabilidad que se persigue, pues sea que nos encontremos en sede contractual o en sede aquiliana en ambos casos, actualmente, no se discute que el daño moral es indemnizable, sea por lesiones corporales o por muerte⁹⁶. En el derecho nacional, las normas fundamentales en materia de daños son el art. 1556⁹⁷ del CCCH, que dispone que la indemnización de perjuicios comprende la indemnización del daño emergente y del lucro cesante (daños contractuales) y, los arts. 2314⁹⁸ y 2329 inc. 1⁹⁹ (daños extracontractuales). Actualmente en nuestra legislación es indiscutido la aceptación de la reparación del daño moral, tanto por responsabilidad extracontractual como por incumplimiento contractual, como un principio del sistema de responsabilidad civil chileno, que ha sido reconocido en numerosas sentencias de la Corte Suprema, a partir de la mitad de la década pasada, entendiéndose que la tutela de la persona y sus atributos inmateriales requieren una protección si no superior, al menos igual, a la de sus atributos materiales o patrimoniales, conforme también lo exige la interpretación desde la C. Pol. (interpretación horizontal). Por tanto, en cuanto a la naturaleza de los daños indemnizables, configurada la responsabilidad del transportador, a nuestro entender se comprenderán en el perjuicio el daño emergente proveniente directamente de la muerte o lesiones al pasajero y el lucro cesante, teniendo presente que en caso de la privación de ganancias o ingresos futuros legítimos del acreedor, que se dejaron o dejarán de percibir la pretensión, no puede fundarse en cálculos teóricos sino ciertos, esto es, que el derecho a indemnización se justifique en una pérdida económica determinada, cuantificable, razonable y justificable.

En la doctrina, ZUBIRI DE SALINAS, comentando el régimen de Atenas, señala que "el Convenio de Atenas, a diferencia de lo que ocurre con otros convenios internacionales en materia de transporte, no delimita los conceptos que son incluibles dentro de los daños indemnizables. Sólo se indica que se indemnizarán el 'perjuicio

determinar las indemnizaciones debidas a los viajeros o a sus familias la clase de billete que los viajeros tengan. No se justifica sostener tal diferenciación: la diferencia de clase guarda armonía, únicamente, con el mayor o menor confort de los medios de transporte, debiendo, en cambio, ser la seguridad idéntica para todos; y del hecho de que algunos viajeros hayan pagado por sus asientos más dinero que otros, no se deduce en modo alguno, que su existencia sea más importante, ni que el perjuicio causado a los mismos o a sus familias por sus heridas o por su muerte sea más considerable. Así, pues, la diferencia de clase no debiera influir en lo más mínimo en los daños y perjuicios, a la indemnización de los cuales pudieran dar lugar los accidentes sufridos por los viajeros o pasajeros.

⁹⁶ BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, cit. (n.9), p. 292. Señala que si tiene importancia "por cuanto si se invoca la responsabilidad aquiliana en ella el daño moral es indemnizable. En este sentido, si el incumplimiento del contrato de pasaje entraña un hecho que configure un delito o cuasidelito civil y se intenta una acción para hacer efectiva la respectiva responsabilidad extracontractual, este tipo de perjuicios sería indemnizable, mas, sujeto a los límites de los arts. 1065 y 1061, caso en el cual cobra importancia la referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual aludida en los arts. 1066 y 1070 para aplicar el límite de responsabilidad. La procedencia de la indemnización de este tipo de perjuicio es más propia de las situaciones en que hay ataques directos a la personalidad, como ocurre en el caso de la muerte o lesiones corporales".

⁹⁷ Art. 1556 CCCH: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Excepcionalmente los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente".

⁹⁸ Art. 2314 CCCH: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito".

⁹⁹ Art. 2329 inc. I CCCH: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

originado por la muerte o lesiones corporales de un pasajero', sin concretar qué gastos deben entenderse comprendidos como perjuicios causados por dicha muerte o lesión. Por tanto dicha determinación deberá realizarse con los mismos criterios que se haga en el Derecho nacional¹⁰⁰. En cuanto a los perjuicios derivados directamente del accidente debemos considerar los daños personales por muerte donde "se encontrarán comprendidos los gastos producidos por el fallecimiento -especialmente gastos de entierro y funeral-, los gastos de transporte del cadáver -que pueden ser cuantiosos en un transporte internacional- y aquellos otros perjuicios causados a los herederos por lucro cesante en función de la edad y condición de su víctima"¹⁰¹. Luego, "en las lesiones deberán abonarse los gastos sanitarios y médicos, los de transporte y la incapacidad laboral, así como las incapacidades generadas por el accidente. Al utilizar el Convenio, en el art. 3, el término lesión corporal...no debe interpretarse en un sentido restringido excluyente de las enfermedades, ni de las lesiones psíquicas. Esto planteó problemas en la discusión del Convenio de Bruselas. En la Conferencia de Atenas no se discutió este punto por lo que hay que entender incluidas las enfermedades -ya se había interpretado así tras 1961- y también las lesiones psíquicas..."¹⁰². Finalmente, "en cuanto a los daños morales, consideramos que pueden ser indemnizables con idéntica postura a la mantenida en el Derecho aplicable a los transportes internos, a pesar de que el Convenio no los nombra expresamente. Todos estos daños deberán ser probados por el perjudicado en todo caso, tanto de accidentes colectivos como individuales, ya que el art. 3.2 establece que 'incumbe al demandante demostrar (...) el alcance del perjuicio'¹⁰³¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 198.

¹⁰¹ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 198; SHAW, Richard, cit. (n.2), p. 151. En los tribunales ingleses, los principales ítem de reclamación por muerte del pasajero, la que será hecha por los representantes del difunto, son: a) los gastos médicos, funerarios y testamentarios, incluidos los gastos relacionados con una indagatoria forense; b) el dolor y sufrimiento del difunto antes de la muerte; c) los reclamos de dependientes (por ejemplo, por los cónyuges (por ejemplo, hijos o padres ancianos) respecto de los cuales el fallecido era el apoyo antes de la muerte, entre otros. Estos reclamos consideran la duración previsible de tales pagos si el fallecido había sobrevivido, teniendo en cuenta sus circunstancias del estado de la salud.

¹⁰² ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 198 y 199; SHAW, Richard, cit. (n.2), p. 150 y 151. Indica, que, en general, en los tribunales ingleses, los principales ítem de reclamación de los demandantes por lesiones corporales son: a) gastos médicos; b) el dolor y el sufrimiento (pasado, presente y futuro); c) pérdida de bienestar, d) pérdidas de ganancias (pasado, presente y futuro).

¹⁰³ ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, cit. (n.34), p. 199.

¹⁰⁴ SOYER, Baris, *Boundaries...*, cit. (n.12), p. 10 y 11. En la doctrina anglosajona este problema se ha analizado con mayor detención a la luz de la norma del art. 3 del Convenio de Atenas de 1974, el cual se origina principalmente por los términos literales de las disposiciones, que como vemos, no se presentaría en nuestra legislación. La norma, sabemos, regula las circunstancias en que un transportista está obligado a indemnizar a un pasajero por las pérdidas sufridas como consecuencia de "muerte" o "lesión personal" ("death" or "personal injury"), régimen de responsabilidad que varía, hemos señalado, según si el suceso es causado por un accidente marítimo o no. El profesor SOYER comenta que el problema de la disposición es que no define el significado de "lesiones personales" ("personal injury"), salvo, actualmente, según el Protocolo de 2002, por "pérdidas no se entenderán los daños punitivos o ejemplares" (actual art. 3 N° 5 letra d). Una interrogante es si el término puede extenderse a una lesión/enfermedad mental (psiquiátrica) sufrida por un pasajero en un accidente, además de una lesión física. Señala que una respuesta negativa a esta pregunta surgió cuando la cuestión fue debatida en el marco del Convenio de Varsovia de 1929. También a esta pregunta se le dio una respuesta negativa cuando la cuestión se debatió en el marco del Convenio de Varsovia 1929, tanto en Reino Unido como en los Estados Unidos. El problema, explica el autor, está en la redacción entre los Convenios de Varsovia y el de Atenas, ya que, al identificar los tipos de reclamaciones indemnizables, el primero hace la referencia de "lesiones corporales" ("bodily injury"), mientras que el término "lesiones personales" ("personal injury") ha sido elegido en la segunda.

V. Un nuevo régimen de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros en la regulación internacional de Atenas 2002 en caso de muerte o lesiones corporales.

Hemos enunciado que, en general, en la regulación a nivel internacional, esto es, la Convención de Atenas de 1974, se contemplaron las mismas normas y principios, inspiradores de nuestro código en lo que a la materia se refiere, esto es, el régimen de responsabilidad subjetiva con culpa presumida, incorporando los conceptos de las partes de la relación contractual, los períodos que abarca el transporte, el principio de la responsabilidad del transportista, el reconocimiento de la figura del transportista ejecutor, la regla general de la irresponsabilidad por los objetos de valor la culpa del pasajero, la expresión pérdida o daños sufridos por el equipaje, etc. Y la principal característica del sistema se presenta con la carga de la prueba, ya que el texto original del Convenio de Atenas de 1974 distingue si la muerte o las lesiones o pérdidas o daños fueron causadas por determinados siniestros marítimos o no. No obstante, una de las grandes novedades introducidas por el

Este problema no se presenta en nuestra legislación la cual si bien se refiere a "lesiones corporales", en virtud de las normas internas, ello ha de entenderse en un sentido amplio, a nuestro entender. Continúa SOYER, explicando que en la elaboración de los convenios internacionales el término lesión corporal ("bodily injury") se consideró distinto del daño mental (mental injury). Por ejemplo, el art. 11 N° 1 de la Convención sobre los Contratos de transporte internacional de pasajeros y equipaje por carretera de 1973 que establece lo siguiente: "El transportista será responsable por pérdidas o daños resultantes de la muerte o heridas o de cualquier lesión corporal o mental causado a los pasajeros como consecuencia de un accidente relacionado con el transporte y que se producen mientras el pasajero se encuentra dentro del vehículo o su entrada o salida del vehículo o se produzca en relación con la carga o descarga de equipaje". Sin embargo, SOYER prefiere utilizar, como el Convenio de Atenas, el término de "lesiones personales" ("personal injury") que "lesiones corporales" ("bodily injury"), atendido a que con ello se abre un espacio para argumentar que la redacción permite a los Tribunales para interpretar esta disposición, en virtud de Convenio de Atenas, de la manera más amplia posible, en consecuencia, sería posible conceder una indemnización por el daño constituido por una angustia mental pura, además de lesiones físicas. Tal vez, la diferencia entre el Convenio de Varsovia y otros convenios internacionales que regulan la responsabilidad del transportador en otros modos de transporte podría explicarse por el hecho de que en el momento en que se formuló la anterior, la mayoría de los Estados no habían reconocido el daño moral por angustia mental como causa de la acción o porque la posibilidad de la angustia mental que no fuera acompañada de una lesión física no se había contemplado científicamente. En efecto, la situación era, por supuesto, muy diferente en el año 1970 cuando el Convenio de Atenas de 1974 y la Convención sobre los Contratos de transporte internacional de pasajeros y equipaje por carretera de 1973 entraron en vigor. En ese momento, la jurisdicción sobre el daño moral, se había desarrollado en la mayoría de los Estados y la angustia mental había reclamado un lugar preponderante en los estudios científicos. Por ello, la comunidad internacional se vio obligada a reconocer el daño moral por lesión mental como una fuente de daños separada y autorizada. Continuando el análisis desde esta perspectiva, y tomando el debate actual un paso más adelante, la siguiente interrogante es si un pasajero puede recuperar daños y perjuicios por la angustia o molestia derivados del incumplimiento del contrato de transporte que no causan lesiones. En lo que se refiere a la ley inglesa, ha sido recientemente confirmada por la Cámara de los Lores que este tipo de daños puede ser obtenido en un grupo de casos en los que al menos uno de los "grandes e importantes" objetos del contrato era satisfacer "el placer, la relajación y la paz de la mente". Según el autor, resulta un tanto extremo sostener como argumento que uno de los grandes e importantes objetos de un contrato de un crucero en el Caribe es el placer y relajación. Y si lo mismo es aplicado para los demás contratos de transportes de pasajeros por mar, sigue siendo discutible. Además, existe una distinción sutil entre el daño por enfermedad mental/síquico y el daño derivado por la angustia causada por molestias o irritación. En nuestra opinión, como vemos, el problema quizás se presenta en los textos ingleses pues la traducción de la Convención, al español, del concepto "personal injury", es de "lesión corporal", esto es, la lesión física de la persona, los que sin embargo, en no excluye el daño moral que no es físico ni corporal, razonamiento adecuado para una debida protección a los pasajeros, pues, los daños morales, no son sino consecuencia de la lesión corporal; son en definitiva, daños a la persona misma, que la lesionan en su cuerpo.

Protocolo del año 2002, correspondiente al Convenio de Atenas, es que actualmente se consagra, a nivel internacional, un régimen de responsabilidad del transportador de carácter objetivo y otro subjetivo con culpa presumida en caso de muerte o lesiones corporales del pasajero, junto con aumentar los límites de responsabilidad, entre otras grandes reformas. Luego, para estos efectos, el Convenio mantiene la división entre sucesos o incidentes relacionados con la navegación y no relacionados con la navegación e incluye como tales a los mismos supuestos que contemplaba el Convenio de Atenas de 1974, agregando uno nuevo¹⁰⁵. El Protocolo de 2002, se aprobó el 1 de noviembre de 2002 y se dispuso su entrada en vigor 12 meses después de ser aceptado por 10 Estados, de manera que aun no ha entrado en vigor atendido a que sólo 4 estados contratantes lo han suscrito, los cuales representan el 0,17% del tonelaje mundial¹⁰⁶. Para analizar el estado actual de las cosas debemos hacer la siguiente distinción:

i) Sucesos vinculados con la navegación

En el nuevo régimen internacional, caso de muerte o lesiones corporales del pasajero como consecuencia de un suceso vinculado con la navegación ("shipping incident"), se establece un régimen de responsabilidad con dos tramos o niveles de limitación. En el primer nivel, el del tope indemnizatorio menor, se establecen limitadas causales de exoneración en un sistema de responsabilidad objetiva, en cambio, en el segundo nivel, el del límite mayor, las eximentes son más amplias y el sistema de responsabilidad es subjetivo¹⁰⁷.

i. Primer nivel de limitación de responsabilidad: límite de 250.000 DEG, en los sucesos vinculados con la navegación. En este caso, el transportista es responsable de las pérdidas originadas por la muerte o las lesiones de un pasajero causadas por un suceso relacionado con la navegación, en la medida en que tales pérdidas no excedan de 250.000 DEG por dicho pasajero en cada caso concreto, a menos que el transportista demuestre que el suceso se debió a alguno de los hechos eximentes tipificados en la normativa (art. 4 del Protocolo; actual 3 N° 1 del texto final). Se mantiene el principio de que la responsabilidad del transportador sólo incluye las pérdidas originadas por sucesos acaecidos en el curso del transporte. La carga de la prueba de que el incidente que causó la pérdida se produjo en el curso del transporte, y la magnitud de las pérdidas, recae en el demandante.

Luego, para este primer nivel se consagran las siguientes eximentes de responsabilidad (art. 4 del Protocolo; actual 3 N° 1 del texto final): primero, los actos de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o de un fenómeno natural de

¹⁰⁵ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 2002 y 205. En cuanto a la carga de la prueba tratándose de los equipajes también se distingue entre equipaje de camarote y de bodega, en relación a un daños derivado de un suceso relacionado con la navegación o no (presunción de culpa); SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*, cit. (n.89), p. 5.

¹⁰⁶ Los Estados miembros que han firmado el Protocolo de 2002 son Finlandia, Alemania, España, Suecia y el Reino Unido. Fuente <http://www.imo.org/>; Athens Convention relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea (PAL), PAL Protocol 2002. Estado al 28 Febrero de 2010; arts. 17 y 20 del Protocolo.

¹⁰⁷ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 205; SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 2.

carácter excepcional, inevitable e irresistible (letra a) o, segundo, un suceso totalmente causado por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños (letra b)¹⁰⁸. Por otra parte, también se contemplan en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños relacionados con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, Londres 1996, art. 7 N° 2 letras a) y b, aún no en vigor.) y; en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de los Buques, Londres 2000, art. 3 N° 3 letras a y b¹⁰⁹. Señala CHAMI que, como detalle corresponde señalar que respecto de la eximente “el fenómeno natural”, la mención “inevitable e irresistible” es tautológica, y que si se pretendió hacer referencia al caso fortuito o fuerza mayor, es decir al *casus* de derecho continental, debió mencionarse “imprevisible o irresistible” (art. 45 del CCCH.). Además, no debió emplearse la conjunción copulativa “e” sino la conjunción disyuntiva “o” porque el hecho es o imprevisible o previsible pero inevitable¹¹⁰. Luego, podemos apreciar que, respecto de la fuerza mayor, se incluyen como eximentes hipótesis específicas de *casus* como la guerra, la guerra civil y las hostilidades y también al suceso doloso, es decir la acción de un tercero con la intención de causar daños. Por tanto, a contrariu sensu, no será eximente de responsabilidad el hecho culposo del tercero, como por ejemplo, el abordaje por culpa exclusiva de parte del buque no transportador. En todos los casos, sin embargo, el transportador se liberará de responsabilidad en caso de culpa o dolo de la víctima, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio de Atenas¹¹¹. En opinión de SOYER, estas cláusulas de excepción, en particular, su descripción de la causalidad, pudo estar mejor redactada. Con respecto a la primera excepción, pregunta ¿qué pasaría si el capitán de un buque de pasaje hiciera de su buque un objetivo para los buques de guerra por una negligencia causada al enviar señales equivocadas? En este caso el incidente podría ser atribuido tanto a la negligencia del capitán y a un acto de guerra. ¿Puede el transportador ser capaz de invocar la excepción para eludir sus responsabilidades? Desde que “causado” en esta cláusula de excepción no está calificado con una palabra como “totalmente”, hay

¹⁰⁸ Estas eximentes de responsabilidad se consagran también en el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos, de Bruselas 1969, art. 3 N° 2 letras a y b (además, prevé como eximentes a la “culpa de una autoridad encargada del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación” y “la culpa de la víctima”); TOMASELLO HART, cit. (n.47), p. 47 a 51 y 143. Como indica TOMASELLO HART lo que dice relación con la contaminación marina se regula en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños causados por la Contaminación de las Aguas del Mar por Hidrocarburos de 1969. En esencia, aunque con algunas diferencias que no es del caso destacar, los arts. 3, 5 y 7 del Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil, de 1969, y 144, 145 y 146 de la Ley de Navegación establecen un régimen de responsabilidad objetiva por contaminación, salvo que el propietario, armador u operador pruebe alguna de las circunstancias exonerativas que contempla la referida convención internacional y Ley de Navegación, constitutivas de casos fortuitos muy calificados (actos de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección, o un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible) o de acción u omisión intencionada para causar los daños por parte de la persona que lo sufrió, o de la negligencia de esa persona.

¹⁰⁹ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 206; SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*, cit. (n.89), p. 2.

¹¹⁰ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 206. Comenta que la delegación argentina planteó la necesidad de incluir el concepto de “imprevisibilidad”, obteniendo el apoyo de las delegaciones de Chipre, España e Italia. Sin embargo, la propuesta no fue finalmente aceptada.

¹¹¹ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 206. En relación al caso fortuito o fuerza mayor, la delegación argentina planteó la necesidad de incluir el concepto de “imprevisibilidad”, obteniendo el apoyo de las delegaciones de Chipre, España e Italia. Sin embargo, la propuesta no fue finalmente aceptada.

espacio para el transportador para argumentar que él está exento de responsabilidad a pesar que esos factores permitan una exoneración de no haber causado el incidente por sí solo¹¹². En la segunda excepción, el nexa causal necesario entre un incidente desencadenante de daños y un acto u omisión con la intención de causar el incidente por un tercero es calificado por la modificación de la palabra "causado" por la palabra "completo". Suponiendo los significados comunes para ambas palabras, esto significa que, si los piratas fueran atacar a través de la escotilla o un puerta negligentemente dejada abierta por la tripulación, por ejemplo, el transportador no podría invocar la excepción ya que dos causas llevaron a los daños, uno de los cuales no se trata como una excepción¹¹³.

La doctrina se pregunta cuál es la situación de los actos de terrorismo en cuanto eximente. El International Group of P& I Clubs propuso, en su documento LEG/CONF 13/11, incluir los "actos de terrorismo" entre las eximentes de responsabilidad. Se citaron posibles casos similares al del "Achille Lauro"¹¹⁴ y eventuales planteos de culpa del transportador en no prevenir tales hechos. Esto fue apoyado también por la ICS, en su documento LEG/CONF 13/13¹¹⁵. En opinión de SOYER, es evidente, por ejemplo, que cualquier daño causado por un ataque terrorista o un ataque de piratas entran en esta causal, simplemente porque este tipo de ataques se derivan de la clase de intenciones exigidas por la norma¹¹⁷. No obstante, si bien cabe entender que el acto de terrorismo se encuentra incluido en la causal del hecho intencional de terceros (art. 3.1. b), hubiese sido apropiado incluir los actos de terrorismo de manera expresa entre las eximentes. Sin perjuicio, cabe aclarar que en el supuesto de que mediare culpa del transportista en las medidas de seguridad para prevenir los actos de terrorismo, los tribunales podrían no amparar al transportista

¹¹² SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 5.

¹¹³ SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 5.

¹¹⁴ El "Achille Lauro" fue un crucero italiano, construido en 1947, secuestrado por cuatro extremistas palestinos el 7 de octubre de 1985, cuando acababa de salir del puerto de Alejandría (Egipto). Llevaba unas 480 personas a bordo en un crucero por el Mediterráneo. El secuestro acabó tres días después con el asesinato de un ciudadano estadounidense de origen hebreo. Con posterioridad, el 30 de noviembre de 1994, el Achille Lauro sufrió un incendio durante un crucero frente a las costas de Somalia, hundiéndose el 2 de diciembre.

¹¹⁵ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 206 y 207; Véase: Documento LEG/CONF 13/13., INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974, Submitted by the International Chamber of Shipping (ICS), 12 September 2002, p. 2 y 3.

Submitted by Japan, 2 July 2002, p. 1 y 2; CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 208.

¹¹⁶ Documento LEG/CONF 13/11., cit. (n. **Error! Marcador no definido.**), p. 3. El Grupo Internacional sostuvo que "el protocolo prospectivo es defectuoso, ya que no incluye la defensa del transportador (o proveedor de seguro) en el caso de que el incidente sea causado por un acto de terrorismo".¹¹⁶ En la discusión, el Presidente del Grupo de Corresponsales, dejó constancia que la redacción del art. 3 era "suficientemente amplia como para proporcionar al transportador con una defensa en el caso de un incidente provocado por un acto de terrorismo, porque un acto de terrorismo es siempre con la intención. Aunque damos la bienvenida a esta construcción y la política detrás de él, no estamos de acuerdo en que el protocolo en su redacción actual tiene el efecto deseado en todos los casos, ya que es un requisito previo, para que la defensa opere, que el incidente sea totalmente causado por un acto o una omisión con intención de causar el incidente por un tercero. Estamos conscientes, porque de casos como el del Achille Lauro que los abogados tratarán de argumentar que un incidente no estaba totalmente causado por el hecho de un tercero y que el transportista debe asumir alguna responsabilidad por la no prevención de los actos terroristas"

¹¹⁷ SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.8989), p. 5.

en los eximientes de acto de terrorismo.¹¹⁸ En definitiva, se decidió no incluir expresamente a los actos de terrorismo en el texto del convenio. Entendemos que todo esto es consecuente con la preocupación en materias de seguridad por lo que la comunidad internacional empieza a centrar su enfoque en el "terrorismo" como un nuevo riesgo a incorporar en los seguros. Ya en esta línea el "Código PBIP"¹¹⁹ aparece como una primera consecuencia de los acontecimientos terroristas del 11 de septiembre de 2001.¹²⁰

ii. Segundo nivel de limitación de responsabilidad: límite de 400.000 DEG, en los sucesos vinculados con la navegación. Si las pérdidas exceden el límite del primer nivel, el transportador también es responsable, hasta un límite de 400.000 DEG por

¹¹⁸ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 207.

¹¹⁹ Aprobado por DS (RREE) N° 71 de 31 de Marzo 2005. Este código forma parte como capítulo XI-2 del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, SOLAS (Safety of Life at Sea) del año 1974, el cual debió ser enmendado con el fin de incorporar el capítulo señalado.

¹²⁰ Debemos señalar que el 19 de octubre del año 2006 se adoptó una reserva y unas directrices para la aplicación del Convenio de Atenas de 2002 (Anexo II), aprobadas por el Comité jurídico de la OMI, para tratar determinadas cuestiones del Convenio tales como, en particular, en lo relacionado con el seguro obligatorio referente a la cobertura de actos de terrorismo y las compensaciones por daños causados por actos de terrorismo. Así la directriz 2.2 establece que el seguro contra riesgos de guerra debe cubrir la responsabilidad, si la hay, por las pérdidas originadas por la muerte o las lesiones de un pasajero causadas por: a) guerra, guerra civil, revolución, rebelión, insurrección o luchas internas ocasionadas por las mismas o todo acto de agresión perpetrado por o contra un poder beligerante, b) captura, secuestro, arresto, restricción o detención, y las consecuencias de las mismas o cualquier intento al respecto, c) minas abandonadas, torpedos, bombas u otras armas de guerra abandonadas, d) los actos de todo terrorista o persona que actúe maliciosamente o motivada por razones políticas, y toda medida adoptada para evitar o hacer frente a tal riesgo, e) confiscación y expropiación.

¹²¹ TOMASELLO HART, cit. (n.47), p. 28, 29, 30 y 31.

Un sistema de responsabilidad objetiva u "objetivada", basada en el postulado de que quien crea un riesgo con su actuar debe afrontar las consecuencias desfavorables si el riesgo llega a convertirse en daño (teoría del riesgo) y, más específicamente, en que serán hechos daños que comprometan la responsabilidad de su autor aquellos que son para él fuente de provecho en el sentido de que especula económicamente al crear para los otros un riesgo, crea para él una fuente de riqueza (teoría del riesgo provecho), constituye una de las medidas tendientes a asegurar los correspondientes créditos indemnizatorios en el derecho marítimo, puesto que al liberar a la responsabilidad de la noción de culpa es más fácil alcanzar la pretensión resarcitoria. Luego, en este sistema, el transportador, autor del daño, será responsable simplemente porque lo causó, no importando si esto aconteció mediando dolo o culpa de su parte. TOMASELLO HART dice "en este caso ya no entramos en la doble distinción que efectúa la tesis de la responsabilidad subjetiva, a saber, la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido y la relación de conducta o reprochabilidad entre el autor del hecho y el hecho mismo; sólo basta encontrar la relación de causalidad entre el hecho y el daño, en términos tales que el problema de la responsabilidad se traduce en un asunto de causalidad y no de imputabilidad". Específicamente, cabe señalar que la normativa no llega a establecer una responsabilidad propiamente objetiva, pero sí la "objetiviza" sin duda, o lo que es igual, la libera del concepto de culpa, en mayor o menor grado, al restringir notablemente las eventuales excepciones que se pueden hacer valer. Por otro lado, siempre con el propósito de asegurar el resarcimiento del crédito indemnizatorio, "habiendo el legislador objetivado o no la responsabilidad, en muchas ocasiones la tarifa y, con ello, limita, política que sin perjuicio de paradójicamente representar una medida más que apunta a asegurar el resarcimiento de los créditos indemnizatorios, en forma correlativa envuelve un paliativo a la circunstancia de haberse establecido una responsabilidad objetiva u 'objetivada...". En general, "cada vez que el legislador ha objetivado la responsabilidad, la ha limitado, a tal grado que se puede afirmar que estas son dos políticas que juegan simultáneamente, una a favor de la víctima, y la otra, más bien, en protección del hechor", política legislativa que "tiene por propósito evitar o paliar lo que de contingente y aleatorio tiene la evaluación judicial. Siendo así, parece casi evidente que la responsabilidad objetiva u "objetivada", contractual o extracontractual, tiene que ir aparejada el establecimiento por parte del legislador de una verdadera tarifa, lo que a su vez trae como consecuencia que las pretensiones de la víctima por sobre los montos legales, supuesto que el legislador contemple tal posibilidad, queden sujetos al régimen común de la responsabilidad subjetiva".

pasajero en cada caso concreto, según el nuevo art. 7, de las pérdidas originadas por la muerte o las lesiones de un pasajero causadas por un suceso relacionado con la navegación, salvo que demuestre que el suceso que originó las pérdidas no es imputable a su culpa o negligencia (art. 3 N° 1 del Protocolo, art. 4 del Convenio texto consolidado). Como vemos, en este caso el transportador podrá eximirse de responsabilidad si acredita que el suceso que originó las pérdidas no es imputable a su culpa o negligencia. Cabe comentar, explica CHAMI, que de la lectura de las normas no queda suficientemente claro si el transportista en el caso de probar su falta de culpa, se libera de toda la responsabilidad o exclusivamente por el exceso del primer nivel. Contrariamente, el Convenio de Montreal de 1999 para el transporte aéreo consagra con claridad que en el supuesto de que el transportista probara a) su falta de culpa o b) la culpa de un tercero, no será responsable por la suma que exceda el límite del primer tramo previsto en 100,000 DEG (art. 21 N° 2)¹²².

Para los efectos de la configuración del régimen de responsabilidad resulta esencial el concepto de "suceso relacionado con la navegación", definido en el art. 3 N° 5 letra a) que dispone que se entiende por tal: "naufragio; zozobra; abordaje; varadura; explosión; incendio; o deficiencia del buque". De estos siete incidentes marítimos, el Convenio de Atenas de 1974 incluyó la varadura y la deficiencia del buque (art. 3, apartado 3) como aquellos sucesos vinculados con la navegación que generaban la presunción de culpa y que el Convenio de Bruselas de 1961 no contemplaba. Finalmente, en el año 2002 se incluyó un nuevo supuesto: el concepto de "zozobra"¹²³¹²⁴. Acá hay otra diferencia con nuestro régimen interno, el cual no la contempla. Otro concepto determinante es el de "deficiencia del buque" ("defect in the ship"). En tal sentido el art. 3 N° 5 letra c), dispone que se considera deficiencia del buque: "cualquier funcionamiento defectuoso, fallo o incumplimiento de las reglas de seguridad aplicables con respecto a cualquier parte del buque o de su equipo que se utilice para el escape, la evacuación, el embarco y el desembarco de los pasajeros; o que se utilice para la propulsión, el gobierno, la seguridad de la navegación, el amarre, el fondeo, la llegada o la salida de un puesto de atraque o fondeadero, o la contención de la avería después de inundación; o que se utilice para la puesta a flote de los dispositivos de salvamento". En esta materia se plantea el problema de resolver si por

¹²² CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 207.

¹²³ Según DRAE "Zozobrar": peligrar por la fuerza y contraste de los vientos; estado del mar o del viento que constituye una amenaza para la navegación"; La zozobra se refiere cuando un buque se vuelca, perdiendo la estabilidad, hasta quedar incapacitado, en principio, para seguir navegando; aunque puede evitar su hundimiento recuperando su estabilidad incluso cuando una determinada cantidad de agua haya alcanzado la cubierta. En el Convenio Solas se establecen rigurosas normas internacionales sobre la estabilidad y flotabilidad de los buques, especialmente, en los de pasaje, las cuales deben tenerse en consideración en esta materia, en especial, en lo relacionado con el funcionamiento, manejo y adrizamiento del buque.

¹²⁴ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 201. Destaca CHAMI, en nota al pie que, en diciembre de 2002 más de 1.200 pasajeros que salieron de la Florida en diversos cruceros padecieron de gastroenteritis, 200 de ellos sólo en el "Fascination" de la Carnival Cruise Line. Tal hecho no queda incluido en el concepto de suceso de la navegación y aun cuando la culpa del transportador resulta evidente, ésta debe ser probada por el pasajero. El crucero "Enrico C" chocó contra una aguja rocosa hundida que no estaba asentada en las cartas marinas. Este incidente, en principio, tampoco estaría incluido entre los acontecimientos de la navegación. El hecho fue considerado por la sala 2ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal de Argentina como fortuito exonerativo de la responsabilidad del transportador. Sin embargo, se le concedió al pasajero reclamante una devolución parcial del precio del pasaje por el trayecto no recorrido.

defecto del buque se deben incluir o no las cuestiones de hotelería del buque¹²⁵. La OMI informó que en la reunión del Comité Legal se entendió que los conceptos defecto del buque requieren mayor análisis para distinguir los elementos de la nave vinculados con la navegación y los vinculados con la hotelería. Por lo tanto, la Secretaría propuso dos proyectos de definiciones generales de defecto del buque en reemplazo de la extensa enunciaci3n que contempla el art. 3 N° 5 letra c). Alternativamente propuso la nueva redacci3n para el caso de que no fuera posible una definici3n resumida¹²⁶¹²⁷. Con el actual concepto, seg3n CHAMI, se limita el alcance de deficiencia del buque, que podr3a provenir de vicios de instalaciones y equipos vinculados incluso con la hoteler3a y no solo de los mencionados en el art. transcripto¹²⁸. Luego, actualmente no presentaría mayor complejidad llegar a una adecuada definici3n de defecto de buque. Pongamos el caso de que el pasajero se lesiona por la ca3da de una lámpara del techo de un sal3n comedor. La lámpara no est3 destinada ni para la evacuaci3n, ni para el embarque ni para ninguna de las funciones contempladas en el proyectado art. 3 N° 5 letra c) y consecuentemente no se presumir3a la culpa del transportador. Ante ello el pasajero deber3a probar la culpa del transportista en la ca3da de la lámpara del techo del comedor. Por tanto, cabe apoyar una definici3n amplia que incluya no s3lo los defectos del buque vinculados con la navegaci3n, sino tambi3n los vinculados con la hoteler3a¹²⁹. No obstante la amplitud de la norma, en nuestra opini3n, la premisa es

¹²⁵ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 209.

¹²⁶ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 209; Véase: LEG/CONF. 13/4., INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by sea, 1974, "Definition of defect in the ship", Note by The Secretariat, 5 June 2002, p. 1 y 2. Este documento contiene las propuestas alternativas formuladas por la Secretar3a con respecto a la definici3n de "deficiencia del buque" (art. 4 del Protocolo, que se incorpor3 como art. 3.5 (c) de la Convenci3n).

¹²⁷ SOYER, Baris, *Sundry Considerations...* cit. (n.89), p. 7 y 8. En el estudio de las diversas propuestas de un concepto, SOYER expuso que con la definici3n planteada en un principio en las discusiones hac3a que no fuera tan claro, pudiendo generar incertidumbre en los casos donde varios factores contribuyan a un daño. As3, por ejemplo, una situaci3n en la que un incendio en el restaurante de un buque de crucero causa lesiones personales a algunos pasajeros. Suponiendo que el fuego resulta de la negligencia de otro pasajero, quien dej3 un cigarrillo en el suelo, como asimismo suponiendo la incompetencia de la tripulaci3n, en la forma de luchar contra las llamas, lo que contribuy3 al resultado final. En tal caso, la pregunta es ¿ser3 el daño considerado un resultado proveniente de un suceso relacionado con la navegaci3n? El protocolo no determina el grado de nexo causal necesario en este contexto, omisi3n que representa un riesgo de que podr3an darse resultados diferentes para situaciones similares, en los distintos Estados miembros. En opini3n del autor, la definici3n de "deficiencia del buque" es demasiado estrecha y restrictiva. Por ejemplo, ¿Qu3 ocurre si, debido a un defecto latente, el asta del buque se agrieta y cae, hiriendo y causando daños a un pasajero que se encontraba tomando sol en la cubierta inferior? Esto claramente ser3a un incidente relacionado con el transporte mar3timo, en lugar de ser un incidente de hoteler3a, empero, quiz3s en la definici3n establecida en el protocolo, parece poco probable que el incidente podr3a considerarse como resultado de una deficiencia del buque. Por lo tanto, la responsabilidad del transportista depender3 de la culpa, y el pasajero lesionado podr3a no obtener una indemnizaci3n porque el defecto era latente. Preguntas similares pueden plantearse cuando una lesi3n o muerte como consecuencia de un defecto en los extintores o en los equipos para la lucha contra el fuego? La actual definici3n de "deficiencia del buque" posiblemente podr3a no cubrir este tipo de defecto, de manera que estos incidentes se considerar3an como no relacionados con la navegaci3n. As3, las definiciones del protocolo no son tan claras como parecen, pudiendo dar lugar interpretaciones diversas.

¹²⁸ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 209; Esta definici3n se basa en la adoptada en el Convenio SOLAS 1974, Cap. II-1, Reg. 3, p3rrafo 5, y fue introducido en el Proyecto de protocolo en el 3ltimo minuto, como consecuencia de la persistencia de la delegaci3n de los Estados Unidos; SOYER, Baris, *Sundry Considerations...* cit. (n.89), p. 7.

¹²⁹ CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 209 y 210. El autor hace notar que la delegaci3n argentina plante3 esta cuesti3n en el plenario sin conseguir que se modificara el texto propuesto por el Subcomit3 que trat3 el tema. Cabe, adem3s,

que la deficiencia del buque no se relaciona con los desperfectos de las instalaciones de hotelería, caso en los cuales, no se presume la culpa. En cambio, si se relaciona con los desperfectos en los aparatos, dispositivos y/o equipos de navegación, eventos en los cuales si se configurará la presunción de culpa. Y el defecto de buque que la circunscribe a defectos incluirá tanto aquellos vinculados con la operación del buque como no a los relacionados con su estructura.

ii) Sucesos no vinculados con la navegación

Según el nuevo art. 3 N° 2, la situación es completamente a la anterior tratándose de los daños personales sufridos como consecuencia de la muerte o lesiones de un pasajero no causados por un suceso vinculados con la navegación (non-shipment incidents), pues en este caso transportista sólo será responsable si el incidente que causó la pérdida se debió a la culpa o negligencia del transportista, siendo la carga de la prueba de la culpa o negligencia del demandante, de manera que el régimen basado en la culpa del Convenio de Atenas original se ha mantenido¹³⁰. En consecuencia, en los casos que un pasajero, debido a la negligencia de la camarera, sufre una lesión personal mientras cenaba en el restaurante del buque, en virtud de esta norma, tendrá que probar la negligencia o culpa del transportista o de sus empleados¹³¹. Cabe hacer notar que para conservar el régimen de responsabilidad por culpa en los incidentes no marítimos fue posible sólo después de largos debates en las sesiones del Comité Jurídico¹³²¹³³.

mencionar que la International Council of Cruise Line (ICCL), en su documento LEG/CONF. 13/14., da una definición de defecto de buque que la circunscribe a defectos vinculados con la operación del buque y no a los vinculados con su estructura, en coincidencia con la opinión de la International Chamber of Shipping (ICS), en su documento LEG/CONF. 13/13; Véase: Documento LEG/CONF. 13/14., INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by sea, 1974, Insurance limits, definition of "defect in the ship" and wilful misconduct, Submitted by the International Council of Cruise Lines (ICCL), 18 September 2002, p. 4. La ICCL señaló que las distinciones basadas en la "estructura" o el "funcionamiento normal" de los buques están abiertos a la contradicción de interpretación a bordo de los buques que ofrecen un sinnúmero de servicios. Sin una cuidadosa redacción, incluso, se comprenderán los equipos de protección contra incendios dentro del alcance de la responsabilidad objetiva lo que podría dar lugar a que un pasajero reclame que tropezarse con el umbral de la puerta de fuego, en estado de ebriedad, se debió a un diseño defectuoso. De esta manera, se propuso la siguiente modificación (nuevo lenguaje con negrita): "Deficiencia del buque: cualquier mal funcionamiento o fallo en cualquier parte del buque o de su equipo cuando se utilizan para evacuación de los pasajeros, el embarque, desembarque o la lucha contra inundados, o utilizados para la propulsión, la dirección, seguridad de la navegación, el amarre, anclaje, dejando un puesto de atraque o fondeadero, la estabilidad de las inundaciones de seguridad, y el funcionamiento de los tornos bote de emergencia". La frase "o la lucha contra incendios" claramente abarca los supuestos defectos de rociadores o cualquier otro equipo de lucha contra el fuego cuando sean usados para tal fin.

¹³⁰ SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 6.

¹³¹ SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 6.

¹³² SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 6.

¹³³ Documento LEG/CONF 13/6., IMO: Consideration of a Draft Protocol to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974, Submitted by Japan, 2 July 2002, p. 1 y 2; CHAMI, Diego, cit. (n.12), p. 208; SOYER, Baris, *Sundry Considerations...*cit. (n.89), p. 6; En este sentido, la delegación de Japón propuso invertir la carga de la prueba. Sostuvo que la carga de la prueba, incluso en el caso de los incidentes no vinculados con la navegación, debía recaer en el transportador, debiendo éste acreditar que no hubo culpa o negligencia de su parte, con el fin de facilitar la compensación rápida para los pasajeros a quienes pudieran resultarles difíciles cumplir con esa carga. Sería arduo para el pasajero probar la culpa, mientras que será

VI. Conclusiones

1. En nuestra legislación, el contrato de pasaje se encuentra regulado en el Título 5º, del Libro III del CCMCh., denominado "De los contratos para la explotación comercial de las naves", párrafo 5º "Del contrato de pasaje", en los arts. 1044 a 1077, además de los arts. 1246 a 1250 en lo pertinente. Se trata una relación contractual, que tiene el carácter de dirigida en la generalidad de las distintas legislaciones internas más modernas, como en los instrumentos internacionales que regulan la materia, esto es, regulados con normas imperativas para las partes, que en nuestro derecho es consagrado por la norma del art. 1075 CCMCh. En relación a los transportes internacionales de pasajeros por mar, se debe tener en cuenta las normas contenidas especialmente en el Convenio de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, el cual ha sido actualizado por diferentes protocolos, teniendo uno especial relevancia por las modificaciones de fondo que ha introducido, a saber, el Protocolo de 2002, aprobado en Londres, que no ha entrado en vigor aun a nivel internacional. En nuestro país, ninguno estos instrumentos ha sido ratificados, aunque se debe considerar que en la redacción de las normas del contrato de pasaje, en lo que a la responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros se refiere, se tuvo a la vista como fuente de inspiración normativa el de 1974. Con todo, con la finalidad de actualizar las normas reguladoras del transporte internacional de pasajeros por mar, al aprobarse el Protocolo de 2002, se plasmaron una serie de modificaciones innovadoras que vienen a impregnar las nuevas tendencias en esta materia, por ejemplo, establecimiento de un nuevo sistema de responsabilidad del transportador objetivo en ciertos casos; consagración de un régimen de seguro obligatorio que permita una acción directa contra el asegurador de responsabilidad civil del transportista; la actualización de los límites de indemnización a través del aumento de los mismos, entre otras.

2. En cuanto al ámbito de aplicación de las normas reguladoras del contrato de pasaje en nuestra normativa cabe señalar que las normas de los arts. 1044 y ss. se aplican al transporte de pasajeros por mar, conforme lo dispone el propio art. 1044. En otros

más justo y sencillo para el transportista probar que de su parte no la hubo. Además, se afirmó que ésa es la legislación interna de Japón. La propuesta de Japón contó con escaso apoyo -Brasil y Corea- y fue rechazada. Se tuvo en cuenta que en los casos de incidentes no marítimos existe un amplio lugar para accidentes vinculados mayormente con la propia actividad del pasajero. Por tal motivo es adecuado presumir la culpa del transportador en supuestos vinculados con la navegación y poner la carga de la prueba en el transportador quien debe probar la eximente de responsabilidad. Por otra parte, se consideró que la adopción de un régimen de responsabilidad en tales términos sería inapropiado ya que podría animar a las acusaciones infundadas, además, de la idea de en los cruceros los pasajeros disfrutan de un gran de la libertad y participan en numerosas actividades recreativas como nadar en la piscina, hacer ejercicio en el gimnasio, o incluso disparar en campos de tiro, etc. A este respecto, no hay gran diferencia entre las posiciones de los pasajeros en un crucero y quienes están en un resort o complejo en extendido en tierra. Los operadores de centros de vacaciones no enfrentan su responsabilidad con la inversión de la carga de la prueba en los casos en que sus clientes reclaman por lesiones personales producidas en sus locales, por lo tanto, tampoco los operadores de cruceros deben tener probar su inocencia con respecto a las lesiones de los huéspedes causadas a bordo de sus buques por sucesos no vinculados con la navegación. Un régimen similar ha sido adoptado por la pérdida o daños al equipaje de camarote (art. 3 N° 3). De esta manera, comenta CHAMI "en los hechos no vinculados con la navegación parece razonable no presumir la culpa y poner la carga de la prueba en el pasajero".

términos, las disposiciones del párrafo 5 no se aplican a los contratos de pasaje fuera del espacio marítimo, entendiéndose por tales aquellos que se realizan en lagos, canales o ríos navegables. Asimismo, tampoco se aplican al transporte de personas dentro de un mismo puerto, rada o bahía, con fines recreativos o de turismo. Y, finalmente, la norma del art. 1076 inc. 1, establece que: "Las disposiciones contenidas en este párrafo sólo se aplicarán al transporte comercial de pasajeros". Luego, las reglas del contrato de pasaje sólo se aplican al transporte oneroso de pasajeros, esto es, con fines lucrativos, excluyéndose el transporte gratuito, sin perjuicio de lo dispuesto en su inc. 2 en relación a la responsabilidad del transportador y su límite especial.

3. En nuestro régimen se consagra un sistema subjetivo de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros por muerte o lesiones corporales, esto es, basado en la culpa, aunque presumida en ciertos casos, basado en las normas de los arts. 1057, 1058, 1059 y 1060 del Libro III del CCMCh. Y esto es consecuencia lógica de que, en general, el régimen establecido en el Libro III del CCMCh. obedece a esta clase de sistema. Y, en este caso, el sistema de responsabilidad tiene su inspiración en el régimen de Atenas del año 1974, empero, hemos indicado que a nivel internacional la tendencia instaurada en el año 2002 es la de un régimen objetivo para el transporte marítimo internacional de pasajeros.

4. En cuanto a los supuestos de responsabilidad del transportador, se debe distinguir frente al pasajero y frente al equipaje, criterio consagrado en el Derecho convencional internacional. Y en cuanto al pasajero, la responsabilidad existe por muerte o lesiones corporales causadas durante el transporte, que es consecuencia de la obligación de seguridad asumida en el transporte. En primer lugar, se debe acreditar que el hecho ha ocurrido durante la ejecución del transporte, del cual se deriva la muerte o lesiones corporales del pasajero, según la regla del art. 1057 del CCMCh. En segundo término, en cuanto a la imputabilidad, la regla general es que el pasajero debe probar que el hecho dañoso pueda imputarse a culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes, lo que es congruente con un sistema de carácter subjetivo de responsabilidad. Con todo, la norma del art. 1058 contiene presunciones de culpa o negligencia del transportador, de sus dependientes o agentes, respecto de la muerte o lesiones corporales del pasajero, si la muerte o las lesiones corporales del pasajero, han sido resultado directo o indirecto de naufragio, abordaje, varadura, explosión, incendio o deficiencia de la nave, lo cual tiene su inspiración en Atenas '74, donde se distingue si la muerte o las lesiones fueron causadas por –podríamos denominar– determinados sucesos relacionados con la navegación o no, para efectos de presumir legalmente la culpa del transportador. Se debe tener presente que el concepto de deficiencia del buque hace ampliar el ámbito de los casos en los que se presume la culpa, pero a la vez, el ámbito probatorio es el punto débil toda vez que acreditar la deficiencia usualmente será más dificultoso que probar un naufragio o un abordaje, por ejemplo. La ratio legis de esta distinción, ha señalado tradicionalmente la doctrina, es que el pasajero no es un objeto cuyo desplazamiento en el buque depende sólo del transportador, pues, tiene independencia y libertad de movimiento, por lo que, en definitiva, un pasajero está expuesto a riesgos específicos de la navegación y a riesgos

genéricos, lo que aparece del todo razonable; aunque la tendencia moderna del convenio internacional es ir más allá. En lo relacionado a la causalidad, ella debe ser probada por el reclamante, quien deberá acreditar que el hecho que ocasionó los perjuicios tuvo lugar durante la ejecución del transporte, destacándose el hecho de que cuando los daños hayan sido resultado directo o indirecto de los sucesos marítimos ello implica que no se impone la carga al pasajero de probar la relación de causalidad directa, bastando con que acredite que se han derivado de los hechos o que están en relación con estos hechos aunque no sean la causa eficiente de los mismos. Y en cuanto a los daños, conforme a la norma del art. 1057, el transportador debe responder por el perjuicio originado por la muerte o las lesiones corporales de un pasajero, si se cumplen las condiciones anteriores, debiendo probarlos quien los alega. En este punto, consideramos que en relación al daño no importa distinguir si la acción que sea o la naturaleza de la responsabilidad que se persigue, pues tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, actualmente, no se discute que el daño moral es indemnizable, sea por lesiones corporales o por muerte, conforme a los principios legales establecidos por los arts. 1556 y los arts. 2314 y 2329 inc. 1 del CCCH.

5. A nivel internacional se aprecia una tendencia moderna para establecer un régimen de responsabilidad del transportador marítimo de pasajeros consagrado en Atenas '2002 en caso de muerte o lesiones corporales de pasajeros: se consagra un régimen de responsabilidad del transportador de carácter objetivo y otro subjetivo con culpa presumida en caso de muerte o lesiones corporales del pasajero, junto con aumentar los límites de responsabilidad, entre otras grandes reformas. El Convenio mantiene la división entre sucesos o incidentes relacionados con la navegación y no relacionados con la navegación e incluye como tales a los mismos supuestos que contemplaba el Convenio de Atenas de 1974, agregando uno nuevo: la zozobra, no contemplada en nuestro derecho interno. Se debe destacar que el Protocolo de 2002, se aprobó el 1º de noviembre de 2002 y se dispuso su entrada en vigor 12 meses después de ser aceptado por 10 Estados, de manera que aun no ha entrado en vigor aún por no contar con las ratificaciones suficientes, pero que entendemos que en un futuro cercano lo hará. En el nuevo régimen internacional, caso de muerte o lesiones corporales del pasajero como consecuencia de un suceso vinculado con la navegación ("shipping incident"), se establece un régimen de responsabilidad con dos tramos o niveles de limitación. En el primer nivel, el del tope indemnizatorio menor (250.000 DEG), se establecen limitadas causales de exoneración en un sistema de responsabilidad objetiva, en cambio, en el segundo nivel, el del límite mayor, las eximentes son más amplias y el sistema de responsabilidad es subjetivo. En este sentido se aprecia otra tendencia moderna, a saber, que las causales de exoneración tipificadas también se contemplan en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de Daños relacionados con el Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, Londres 1996 y en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños debidos a Contaminación por los Hidrocarburos para Combustible de los Buques, Londres 2000. En el segundo nivel de limitación de responsabilidad el límite es de 400.000 DEG, en los sucesos vinculados con la navegación. Si las pérdidas exceden el límite del primer nivel, el transportador también es responsable, hasta un límite de 400.000 DEG por pasajero en cada caso concreto, salvo que demuestre que el suceso que originó las pérdidas no es imputable

a su culpa o negligencia. Además se define la deficiencia del buque, planteándose la interrogante de si por defecto del buque se deben incluir o no las cuestiones de hotelería del buque, lo que a nuestro juicio no debe ser así, por ser una interpretación demasiado amplia.

6. El presente trabajo está orientado al análisis de un aspecto muy específico de esta figura contractual marítima, reglamentado por nuestro legislador en términos imperativos. Entendemos que este ámbito ha ido adquiriendo mayor importancia por el considerable crecimiento experimentado por la industria del turismo marítimo, nacional e internacional. De esta manera, se ha querido exponer la regulación existente en nuestro derecho y las nuevas reformas a nivel internacional que deberán ser tenidas en cuenta por nuestro legislador, a modo de actualizar la legislación vigente, tarea que se cumplió cabalmente en el año 1988. En definitiva, una persona que se transporta en un buque, sea por fines de conectividad o de turismo, como sucede con frecuencia en el sur de nuestro país, deberá tener presente la normativa analizada en este trabajo, sobre todo al suscribir un contrato usualmente caracterizado por sus condiciones generales impuestas por la empresa naviera turística.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DOCTRINA

ACTAS, de la Comisión Conjunta especial encargada del estudio del Proyecto de Ley que sustituyó el Libro III del Código de Comercio Marítimo, culminando con el texto de la Ley 18.680 del 11 de enero de 1988 de reforma a la legislación marítima chilena.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, *Estudios de Derecho Marítimo* (1ª Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1985-1995).

ASCOLI, Próspero, *Del Comercio Marítimo y de la Navegación* (Traducción de Rodolfo O. Fontanarrosa y Santiago Sentis Melendo; Del Comercio Marítimo y de la Navegación, Serie Derecho Comercial V. 16; Editores Ediar, Sociedad Anónima; Buenos Aires, Argentina, 1953).

BAEZA PINTO, Sergio, *Derecho Marítimo (Propedéutica)* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1990).

BARROILHET ACEVEDO, Claudio/DÍAZ DÍAZ, Alejandro, *Derecho del Transporte* (Editorial Libromar, Santiago, Chile, 2002).

BARROILHET ACEVEDO, Claudio, *Apuntes de clases, Derecho Marítimo* (Escuela de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2009).

CONTRERAS STRAUCH, Osvaldo, *Derecho Marítimo*, (Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, Chile, 2000).

CORNEJO FULLER, Eugenio Raúl, *Derecho Marítimo Chileno. Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: "De la navegación y el comercio marítimos"*, (1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 2003).

CHAMI, Diego, *Estudios de Derecho Marítimo. En Homenaje al doctor José Domingo Ray. Convenio de Atenas 2002. Responsabilidad en el transporte de pasajeros por agua*, (1ª Edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, 2005), p. 195 - 214. 14

CHRISTELLO, Martín Alejandro; *Transporte benévolo y responsabilidad objetiva*, VII Congreso Internacional De Derecho de Daños, Buenos Aires, Argentina.

CHORLEY, Lord / GILES, O. C., *Derecho Marítimo*, (4a. ed., Traducción de Fernando Sánchez Calero, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1962).

DANJON, Daniel, *Tratado de Derecho Marítimo. Tomo I: Buques, Armadores, Tripulación* (Editorial Reus, Madrid, España, 1931, Traducción del francés de Faustino Menéndez-Pidal); Tomo III: Fletamento, Pasajes y Averías (Editorial Reus, Madrid, España, 1934, Traducción del francés de A. Rodríguez Ramón).

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, España, 22ª Edición, 2001. Disponible en: <http://www.rae.es/>

ESCALONA MORALES, Katia, *El Contrato de Pasaje Marítimo* (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibañez, Valparaíso, Chile, año 2004).

EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, *Contrato de Transporte y Nociones de Derecho Marítimo y Aéreo* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1980).

GARCÍA INFANTE, Félix, *Derecho del Transporte Marítimo. Comentarios, Legislación Comercial y Administrativa* (1ª Edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1993).

GASKELL, Nicholas, *The Athens Convention 1974 and Limitation of Liability* (Institute of Maritime Law, Southampton University, 2007).

MALVAGNI, Attilio, *Derecho Marítimo. Contratos de Transporte por Agua* (Roque de Palma Editor, Buenos Aires, Argentina, 1956).

MONTIEL, Luis Beltrán, *Curso de Derecho de la Navegación* (1ª Edición, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1981).

MÜLLER, Walter, *Should the Athens Convention 1974 be modified and adapted to the liability regime in Air-Law?*, Comité Maritime International, YearBooks & NewsLetters, 2000, Singapore I, Documents for the Conference, Carriage of Passengers.

OLAVARRÍA ÁVILA, Julio, *Manual de Derecho Comercial*, (Tercera Edición, Editorial Clarasó, Barcelona, España, 1970).

RIPERT, Georges, *Compendio de Derecho Marítimo* (Traducción de Pedro G. San Martín, Tipográfica Editora, Buenos Aires, Argentina, 1954).

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, *Derecho Comercial*, (Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003).

SHAW, Richard, *Southampton on Shipping Law, Chapter 5: Carriage Of Passenger* (Institute of Maritime Law, University of Southampton, 2008, Informa, United Kingdom).

SHAW, Richard, *Southampton on Shipping Law, Chapter 5: Carriage Of Passenger* (Institute of Maritime Law, University of Southampton, 2008, Informa, United Kingdom).

SOYER, Baris, *Boundaries of the Athens Convention: What you see is not always what you get!* (International Colloquium on Maritime Legal Liabilities, 14-15 September 2006, The Institute of International Shipping and Trade Law, School of Law, University of Wales, Swansea).

SOYER, Baris, *Sundry Considerations on the Draft Protocol to the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and Their Luggage at en Sea 1974 Mar de 1974* (Journal of Maritime Law & Commerce, Vol. 33, N°. 4, October 2002).

TOMASELLO WEITZ, Leslie, *La Responsabilidad en el Derecho Marítimo* (Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995).

TOMASELLO HART, Leslie/ TOMASELLO WEITZ, Leslie/Fox, Christian/ PEURIOT, Luis Felipe/KLENNER, Andrés; *Estudios de Derecho Marítimo* (Editorial Librotecnia, 1ª Edición, Santiago, Chile, 2004).

UBERÍA, Fernando Alfredo; *El transporte benévolo y su regulación en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio de 1998*
URIA GONZÁLEZ, Rodrigo, *Derecho Mercantil* (25ª Edición, Marcial Pons Editores, Madrid, España, 1998).

URIA, Rodrigo/ MENÉNDEZ, Aurelio/ OTROS, *Curso de Derecho Mercantil* (1ª Edición, Tomo II, Editorial Civitas, Madrid, España, 2001).

VARELA VARELA, Raúl, *Derecho Comercial. Serie Colección Apuntes* (Tomo I, Editorial Universitaria, Santiago, Chile, 1950).

ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes, *Responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo* (Bosch, Editor, Barcelona, España, 1995).

TEXTOS NORMATIVOS, CONVENCIÓN INTERNACIONAL Y LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Código Civil de Chile de 1855, 19ª Edición actualizada a septiembre de 2009, Editorial Jurídica de Chile

Código de Comercio de Chile de 1865, Edición actualizada a mayo de 2009, Editorial Jurídica de Chile

Código de la Navegación de Italia, de 1942 (Codice della Navigazione).

Código Sanitario, Decreto con Fuerza de Ley N° 725 de 1968, Edición actualizada a octubre de 2009, Editorial Jurídica de Chile.

Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974.

Convención Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, SOLAS, de 1974.

Ley Francesa N° 66-420 de 1966, "sur les contrats d'affrètement et de transport maritimes" (sobre los contratos de fletamento y el transporte marítimos).

Ley de Navegación, Decreto Ley N° 2.222 de 21 de Mayo de 1978.

Ley de Navegación Argentina N° 20.094 de 1973.

Ley N° 19.496 de 1997 sobre protección del consumidor.

Proyecto de Nueva Ley General de Navegación Marítima Española.

DOCUMENTOS DISPONIBLES EN INTERNET

Condiciones generales utilizadas en los contratos de pasaje de "Cruceiros Australis".

<http://www.australis.com/condiciones/contrato.aspx>

Documento LEG/CONF 13/11, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974, Submitted on behalf of the International Group of P&I Clubs, 30 August 2002.

<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/11.pdf>

Documento LEG/CONF 13/6, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974, Submitted by Japan, 2 July 2002.

<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/6.pdf>

Documento LEG/CONF. 13/4, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by sea, 1974, "Definition of defect in the ship", Note by The Secretariat, 5 June 2002.

<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/4.pdf>

Documento LEG/CONF. 13/14, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by sea, 1974, Insurance limits, definition of "defect in the ship" and wilful misconduct, Submitted by the International Council of Cruise Lines (ICCL), 18 September 2002.

<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/14.pdf>

Documento LEG/CONF. 13/9, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol of 2002 to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by sea, 1974, Wilful misconduct, Submitted by Australia and Norway, 30 August 2002, p.

<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/9.pdf>

Documento LEG/CONF 13/11, INTERNATIONAL MARITIME ORGANIZATION: Consideration of a Draft Protocol to Amend the Athens Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea, 1974, Submitted by the International Chamber of Shipping (ICS), 12 September 2002.
<http://folk.uio.no/erikro/WWW/corrgr/dipcon/13.pdf>

Organización Marítima Internacional
<http://www.imo.org/>

Proyecto sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar o vías navegables en caso de accidente.
http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/629/629686/629686es.pdf