

TEMAS ACTUALES DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN Y DEL MAR.

Una serie de ensayos
sobre Derecho Marítimo



Una Publicación del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo | Rama Argentina

www.iidmaritimo.org



Una Publicación del Instituto
Iberoamericano de Derecho
Marítimo | **Rama Argentina**

Director

Erick Alejandro Oms.

Comité Editorial

Débora Aramayo, Leonardo Mainero y Liza Pozzi.

“El contenido y/u opiniones de los autores no representa al Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo - Rama Argentina”



PRESIDENTA

**SECRETARIA
GENERAL
EJECUTIVA**

VICEPRESIDENCIAS

ARGENTINA

BOLIVIA

BRASIL

CHILE

COLOMBIA

COSTA RICA

CUBA

ECUADOR

ESPAÑA

GUATEMALA

HONDURAS

MÉXICO

NICARAGUA

PANAMÁ

PARAGUAY

PERÚ

PORTUGAL

PUERTO RICO

URUGUAY

**REPÚBLICA
DOMINICANA**

VENEZUELA

ESTADOS UNIDOS

REINO UNIDO

ALEMANIA

ITALIA

CANADÁ

CONSEJO DIRECTIVO

Dra. Katerina Vuskovic - PERU

Dra. Carla Pérez - PERU

TITULAR	ALTERNO
Álvarez Ricardo Javier	Angelotti Nélide
Salazar Machicado Patricia Lorena	Núñez Jiménez Fernando
Calmon Neto Pedro	Gomide Pimenta Anete
Durán Sanhueza Rafael	Ramírez Sauterel Eduardo
Sarmiento Piñeros Ricardo	López Liliana
Nassar Perez Tomás	
Toledano Cordero Dagniselys	León Montesino Ydael
Apolo José Modesto	Cardoso Javier
Codes Cid Carmen	Casado Ruíz Jaime
Barrios Osorio Omar	Barrientos Pineda Kamyla
Araujo Dunnaway Kenneth	Coindet Jessica Regina
Melo Ruíz Ignacio	Melo Graf Bernardo
Salinas Figueroa Guillermo	Madriz FornosManuel
Arrocha Olmedo	González Gaitán Eric
Beconi Fernando Andrés	Brizuela Servín Santiago A.
Repetto Miriam	Aramburú Pablo
Andrade Dias Mateus	Henriques Fernandes Cátia
Graffam William	Blasini Jorge
Ageitos Mónica	Vidal Gabriela
Ramos Brusiloff Angel	González Mancebo Manuel
Blanco María Grazia	Sabatino Pizzolante Iván
De Leo Charles	
Thurnbull Elizabeth	
Esther Mallach	
Berlingieri Giorgio	
de Man Marc	



RAMA ARGENTINA

(2020-2021)

**VICEPRESIDENTE
TITULAR**

Dr. Ricardo Javier Álvarez

**VICEPRESIDENTA
ALTERNA**

Dra. Nélide Angelotti

**VICEPRESIDENTE
SEGUNDO**

Dr. Jorge M. Radovich

SECRETARIA

Dra. Débora Aramayo

PRO-SECRETARIA

Dra. Liza Pozzi

TESORERO

Esteban Vivanco

PRO-TESORERO

Dr. Maximiliano Lapchin

**SECRETARIO
ACADÉMICO**

Dr. Horacio Mohorade

**PRO-SECRETARIO
ACADÉMICO**

Dr. Leonardo Mainero

**COMISIÓN DE
DERECHO AMBIENTAL
DE LA NAVEGACIÓN**

Dr. Jorge M. Radovich

**COMISIÓN DE
PUERTOS**

Dr. Mariano Gendra Gigena

**COMISIÓN DE CUENCAS
FLUVIO-MARÍTIMAS**

Dr. Ricardo Javier Álvarez.

MIEMBROS

Álvarez Ricardo Javier

Mohorade Horacio

Angelotti Nélide

Nordesthal Gustavo

Aramayo Débora

Oms Erick Alejandro

Brandani Aldo

Otero Florencia

Brunet Ana

Pefaur Guillermo

Cappagli Alberto

Penco Juan Ignacio

Chami Diego

Porcelli Fernando

Chiviló Alicia

Pozzi Liza

Fandiño Luis

Radovich Jorge M

Gendra Gigena Mariano

Romano Rodolfo

Gigena Edgar

Romero Carranza Fernando

Joseph Dora

Scabini Roxana

Lapchin Maximiliano

Vivanco Esteban

Mainero Leonardo

TEMAS ACTUALES DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN Y DEL MAR.

Una serie de ensayos sobre Derecho Marítimo.

AUTORES NACIONALES

Álvarez Ricardo Javier
ARGENTINA

Angelotti Nélide Batriz
ARGENTINA

Aramayo Débora
ARGENTINA

Chami Diego
ARGENTINA

Chiviló Alicia
ARGENTINA

Fandiño Mariano
ARGENTINA

Gigena Edgar
ARGENTINA

Mainero Leonardo
ARGENTINA

Oms Erick Alejandro
ARGENTINA

Porcelli Fernando
ARGENTINA

Pozzi Liza
ARGENTINA

Radovich Jorge M
ARGENTINA

AUTORES INTERNACIONALES

Mallach Esther
ALEMANIA

Calmon Neto Pedro
BRASIL

Mendes Vianna Bernardo
BRASIL

Durán Sanchueza Rafael E
CHILE

Rincón Deisy
COLOMBIA

Toledano Cordero Dagniselys
CUBA

Codes Cid Carmen
ESPAÑA

Casado Ruíz Jaime
ESPAÑA

Barrientos Pineda Kamyla A.
GUATEMALA

Barrios Osorio Omar
GUATEMALA

Turnbull Elizabeth
INGLATERRA

Berlingieri Giorgio
ITALIA

Melo Graf, Bernardo
MEXICO

Brizuela Servín Santiago
PARAGUAY

Sara Repetto Miriam
PERU

Vuskovic Katerina
PERU

Ageitos Mónica
URUGUAY

Signorino Barbat Andrea
URUGUAY

Blanco María Grazia
VENEZUELA

Omaña Gustavo
VENEZUELA



Ideado y publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Rama Argentina.
email@iidmaritimo.org
www.iidmaritimo.org

Diseñado y Maquetado en La Plata, Buenos Aires, Argentina
Primera Edición. Agosto de 2021

INDICE

	Prólogo por Álvarez Ricardo Javier	Pag. 8
01	“Buques hundidos y abandonados.” por Ageitos Mónica	Pag. 9
02	“Breve resumen jurídico legal de las allision en la República Argentina.” por Álvarez Ricardo Javier	Pag. 18
03	“Los convenios internacionales vs. buques no tripulados.” por Angelotti Nélide Batriz	Pag. 26
04	“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.” por Aramayo Débora	Pag. 35
05	“Protegiendo la milla náutica cero.” por Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo	Pag. 49
06	“La responsabilidad del transportista por daños a los pasajeros en caso de siniestro marítimo y daños punitivos” por Berlingieri Giorgio	Pag. 58
07	“Consideraciones sobre el presente y futuro del mercado asegurador marítimo a partir del Covid-19.” por Blanco María Grazia	Pag. 70
08	“La libre navegación de los ríos internacionales.” por Brizuela Servín Santiago Adan	Pag. 83
09	“Contratos de afretamento no direito brasileiro.” por Calmon Neto Pedro	Pag. 93
10	“Reflexiones sobre responsabilidad penal en el derecho marítimo y la pandemia global Covid-19” por Casado Ruíz Jaime	Pag. 108
11	“A 100 años de las Reglas de La Haya.” por Chami Diego	Pag. 119
12	“Autonomía del derecho de la navegación. Incorporación del contrato de ajuste a la ley 20094 análisis de su interpretación.” por Chiviló Alicia y Gigena Edgar Ramón	Pag. 132
13	“Derechos de propiedad sobre los bienes desposeídos en el mar.” por Codes Cid Carmen	Pag. 144
14	“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.” por Durán Sanchueza Rafael con la colaboración de Fernández C. Javier, Hoyuela Camila y Ríos U. Vicente.	Pag. 156

15	“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?” por Fandiño Mariano	Pag. 175
16	“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.” por Mainero Leonardo	Pag. 189
17	“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.” por Mallach Esther	Pag. 201
18	“El tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en buques a México.” por Melo Graf, Bernardo	Pag. 214
19	“Costos de litigio en Brasil y disputas judiciales marítimas.” por Mendes Vianna Bernardo	Pag. 223
20	“Introducción al derecho marítimo internacional privado venezolano.” por Omaña Gustavo	Pag. 227
21	“Uso del gas natural licuado (L.N.G.) como combustible de buques.” por Oms Erick Alejandro	Pag. 252
22	“Normativa aplicable al contrato de crucero en Argentina.” por Porcelli Fernando	Pag. 263
23	“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?” por Pozzi, Liza	Pag. 278
24	“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.” por Radovich Jorge M	Pag. 290
25	“Registro de naves y artefactos navales: imposibilidad del doble registro en Colombia” por Rincón Deisy	Pag. 304
26	“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.” por Sara Repetto Miriam	Pag. 318
27	“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguayo N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.” por Signorino Barbat Andrea	Pag. 332
28	“La responsabilidad civil por daños ambientales derivados del transporte marítimo. Realidad y desafíos.” por Toledano Cordero Dagniselys	Pag. 346
29	“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss”” por Turnbull Elizabeth	Pag. 361
30	“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree” por Vuskovic Katerina	Pag. 369

PRÓLOGO

En épocas de pandemia (a causa del Covid-19), el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo ha debido resignar una de sus mejores prácticas: La presencialidad.

No obstante ello, con el apoyo de la Presidencia del IIDM a cargo de la Dr. Katerina Vuskovic de la República del Perú, durante el año 2020 las distintas Vicepresidencias Nacionales hemos encontrado la forma de realizar las actividades académicas a través de las distintas plataformas digitales de comunicación a distancia, a fin de difundir los temas actuales de derecho marítimo en idioma español.

En este marco de referencia, la Rama Argentina del IIDM inicia este año 2021 con la presentación de esta obra académica: el primer E- Book, que contiene artículos de los temas de actualidad de derecho marítimo para Iberoamérica.

Las distintas presentaciones, han sido escritas no sólo por los miembros de nuestra Rama Argentina, los cuales trabajamos siempre en forma mancomunada, sino también por distinguidos colegas internacionales que participan de las diversas Ramas Nacionales de nuestro Instituto, a los cuales les agradecemos enormemente por su dedicación y participación.

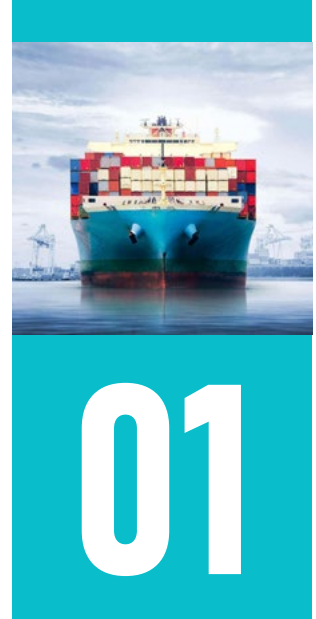
La coordinación de los trabajos estuvo a cargo del Dr. Erick Oms y el Comité de Redacción de nuestra Rama (Dra. Debora Aramayo, Dra. Liza Pozzi y Dr. Leonardo Mainero), a quienes agradecemos por su trabajo y el alto nivel académico obtenido en la obra que aquí presentamos.

Por último, la Vicepresidencia Argentina que constituimos junto a la Dra. Nélide Angelotti y el Dr. Jorge Radovich, estamos orgullosos por este lanzamiento, que podríamos considerar un hecho histórico en la vida de nuestra Rama, pues ha sido realizado en medio de una pandemia internacional única en este siglo y representa el primer “libro electrónico” que presentamos para toda la comunidad internacional

Buenos Aires, junio de 2021.-

Dr. Ricardo Javier Álvarez

Vicepresidente Titular de la Rama Argentina del IIDM.



Buques hundidos y abandonados.

Dra. Mónica Ageitos¹

URUGUAY

Los buques hundidos o semi hundidos en los puertos, ya sea en dársenas o canales de acceso, han sido un problema desde siempre.

La necesidad de retirarlos para que no sean un obstáculo para la navegación, o simplemente para liberar un espacio de atraque, ha llevado a las autoridades portuarias y a la legislación a encontrar distintas soluciones que no siempre son las mejores para el país ni las más justas para los distintos actores.

Este problema debe ser analizado desde dos puntos de vista:

- I.- La necesidad de evitar que se sigan dando estas situaciones y
- II.- La necesidad de solucionar los abandonos ya existentes.

“Buques hundidos y abandonados.”
por **Ageitos Mónica**

En ese sentido, en Uruguay se han ensayado algunas soluciones legislativas y administrativas:

PREVENCIÓN DE ABANDONO.

Reglamento de Atraques del Puerto de Montevideo.

Una de las situaciones que muchas veces facilita al abandono de los buques es la solicitud de estadía prolongada en los puertos.

Dicha estadía prolongada es totalmente legítima y se da normalmente en situaciones en que los buques no realizan viajes por un tiempo o necesitan algunas reparaciones, por lo que solicitan autorización al puerto para permanecer atracados más tiempo de lo habitual.

Nuestro Reglamento define la estadía prolongada en su art. 22 como aquella que se da por más de 10 días y hasta un máximo de 180.

Asimismo, se exige que estos buques presenten una solicitud en la que se incluya copia de los certificados de casco y máquinas y P&I.

Previo a ser decretado, o realizar el fondeo, los representantes de los buques (agentes marítimos) presentarán, ante la Unidad Asesoría Técnica originales de póliza y recibo de pago de una póliza de seguros que cubra el riesgo de responsabilidad civil, por un capital de USD 1:000.000 con un sub-límite de USD 500.000 por daños al medio ambiente, debiéndose dar cobertura para el reflotamiento y remoción de restos, salvo que esté cubierto por P&I.

El plazo de vigencia del seguro deberá ser por un período superior a una vez y media el término de la estadía solicitada. La misma debe ser contratada en compañías aseguradoras radicadas en el territorio nacional en la modalidad de previo pago y se deberá incluir como coasegurado a la Administración Nacional de Puertos.

Por otro lado, se establece que con suficiente antelación al vencimiento de las pólizas correspondientes, el Representante del buque deberá iniciar las gestiones necesarias

¹ Gerente Ejecutiva del Centro de Navegación de Uruguay. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Técnico en Comercio y Transporte Internacional. Profesora de la materia Derecho del Transporte en la Universidad Católica del Uruguay. Vicepresidente de la Rama Uruguaya del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Ex Presidente de la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo (año 2014). Actualmente forma parte de la Comisión Directiva. Socia e integrante de la Comisión Directiva de Wista Uruguay.

para dar continuidad a la cobertura de la póliza de seguros con que iniciará su escala en el Puerto de Montevideo, dando conocimiento formal de dicha tramitación a la ANP.

Todo buque que no disponga de las pólizas vigentes de acuerdo con las exigencias establecidas, deberá abandonar el puerto de forma inmediata.

Un problema que se plantea y que no ha tenido solución es aquel que surge cuando las primas de los seguros son pagadas en varias cuotas y no se abona una de ellas. En ese caso el seguro puede haberse dado de baja y la autoridad no tiene forma de saberlo.

Seguros y garantías adicionales.

Si la Administración entendiera que los seguros solicitados en el Reglamento de Atraques no son suficientes, puede solicitar seguros y garantías adicionales.

En este sentido, el art. 380 de la ley 19.355 facultó a la Administración Nacional de Puertos a requerir los seguros y garantías que entienda pertinentes previo a la asignación de muelles, zonas de amarre y fondeo, respecto de los buques y embarcaciones que soliciten estadía prolongada, de acuerdo a la reglamentación, que aprobará el Poder Ejecutivo con el asesoramiento de dicha Administración.

Esta fue una de las herramientas que se encontró para asegurar la salida de esos buques o la indemnización posterior en caso de que se produzca el abandono.

SOLUCIONES DADAS POR LA LEGISLACIÓN NACIONAL A LOS ABANDONOS DE BUQUES.

Facultad de la ANP de intimar la movilización de embarcaciones.

El art. 236 de la ley 16.320, modificado por la ley 19.670, le dio potestades a la Administración Nacional de Puertos para intimar en vía administrativa la movilización de embarcaciones ubicadas en el área portuaria de los puertos bajo su jurisdicción, ya sea en área terrestres o acuáticas, que se encuentren en alguna de las siguientes condiciones:

- I.- Que estén hundidas, semi hundidas o varadas
- II.- Que su inmovilidad afecte la operativa o seguridad portuaria.
- III.- Que no hubieran satisfecho sus obligaciones con la Dirección Nacional de Hidrografía y con la Administración Nacional de Puertos por el término de tres meses.

Intimación.

La intimación se notificará al propietario, armador o representante, estableciendo

plazo para la movilización o cumplimiento de las obligaciones con la Dirección Nacional de Hidrografía y con la Administración Nacional de Puertos, según corresponda, bajo apercibimiento de operar la traslación de dominio a favor del Estado

Responsabilidad solidaria.

La norma establece que son solidariamente responsables de las obligaciones referidas, quienes hayan solicitado los servicios correspondientes: el propietario, el armador y el representante.

Es importante destacar que lo que establece la norma es que la responsabilidad solidaria de quien pida los servicios correspondientes, esto es el Agente Marítimo, es únicamente por esos servicios que solicitó.

En Uruguay el agente marítimo es un representante convencional del Armador y así lo ha entendido la jurisprudencia y la doctrina unánime, por lo tanto no puede ser responsabilizado por los hechos del armador. Esta norma establece una excepción únicamente por los servicios que el propio agente haya solicitado ante la autoridad portuaria.

Abandono.

Vencido el plazo dispuesto en la intimación sin que se hubiera dado cumplimiento a la misma, por resolución del Poder Ejecutivo se reputará abandonada la embarcación a favor del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad pecuniaria por los gastos que demanden las operaciones, cuya relación, aprobada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, constituirá título ejecutivo

Se notificará al propietario, al armador o al representante y se publicará en legal forma la verificación del abandono, así como la pérdida de todos los derechos que existan a favor de terceros respecto de la embarcación abandonada, salvo que comparezcan a cumplir con lo intimado y asuman el pago de los gastos correspondientes. C A D E

Transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la última publicación o notificación, sin que se hubieran presentado interesados a deducir sus derechos, se documentará la correspondiente traslación de dominio mediante certificado notarial con las resultancias del expediente respectivo.

Buques que mantienen deudas con ANP.

Por su parte, el art. 186 de la ley 18.834 estableció que la Administración Nacional de Puertos tiene acción ejecutiva para el cobro de todos los créditos que resultaren a su favor, generados en ocasión del uso de los puertos que administra y del cumplimiento

del Reglamento de Atraque.

A tales efectos, constituyen títulos ejecutivos:

- I.- Las facturas de la Administración Nacional de Puertos, debidamente conformadas.
- II.- Los testimonios de las resoluciones firmes dictadas por la ANP, que aprueben liquidaciones de deudas.

Por lo tanto, la ANP podrá iniciar acción ejecutiva contra aquellos buques que mantengan deuda, embargando al buque y solicitando su remate.

Esta solución permite actuar en forma expedita evitando que los buques sean vandalizados o se pierda su valor; sin embargo, sólo puede ser utilizada cuando los buques mantengan una deuda con la administración portuaria.

En Uruguay se da la paradoja de que la administración obliga, entiendo que sin ninguna base legal, a los agentes marítimos a pagar los servicios que se le dan a los buques, bajo apercibimiento de suspenderle la posibilidad de solicitar servicios a esa empresa pública. Esta situación provoca que los buques no tengan deudas y no se pueda utilizar la solución pensada por el legislador

Extracción de embarcaciones por parte de la Prefectura Nacional Naval.

El decreto - ley 14.343 otorga facultades a la Prefectura Nacional Naval para extraer los buques hundidos, semi hundidos o varados en aguas bajo jurisdicción nacional, de acuerdo a las siguientes consideraciones:

Extracción voluntaria de las embarcaciones.

Estos buques pueden ser extraídos por sus propietarios con autorización de la PNN, a la que le compete fijar las condiciones y vigilar las operaciones respectivas.

Extracción obligatoria de embarcaciones.

Establece que la PNN puede intimar administrativamente la extracción de las embarcaciones nacionales o extranjeras hundidas, semi hundidas o varadas en aguas bajo jurisdicción nacional.

Si al vencer el plazo fijado para la iniciación de la extracción o para la finalización de aquella, dicha extracción no se hubiere iniciado o no se hubiere cumplido, o sólo se hubiere efectuado en parte, se considerará que la embarcación ha sido abandonada al Estado, cesando de hecho su bandera si fuere extranjera y documentándose la correspondiente traslación de dominio en un certificado notarial, con las resultancias del expediente del caso.

Embarcaciones que dificulten la navegación.

El art. 10 de la norma establece que las embarcaciones que dificulten gravemente la navegación o aparezcan riesgos para la seguridad o para la sanidad nacional, podrán ser extraídas o desguazadas, sin necesidad de intimación alguna y por el sólo dictamen de la Prefectura Nacional Naval y en la forma que ésta determine.

Abandono

Los procedimientos relacionados con el abandono de embarcaciones al Estado, son de competencia de la Prefectura Nacional Naval.

La aceptación de todo abandono ofrecido por el propietario al Estado, será facultativa del Poder Ejecutivo.

El art. 110 de la ley 16.736 estableció que antes de proceder al abandono, la Escribanía de Marina de la Prefectura Nacional Naval debe publicar en el Diario Oficial un emplazamiento por el término de diez días a todos los interesados, para que se presenten a deducir los derechos que puedan tener en dicha embarcación.

Otros buques abandonados.

La ley 16.736, modificativa del decreto mencionado, incluyó dentro del régimen antes descrito a las embarcaciones que, sin haber perdido su flotabilidad se encuentren inmovilizadas por carecer de certificados de seguridad, por disposición judicial o cualquier otra causa que haga razonable presumir a la autoridad marítima que su inmovilidad perdurará con riesgo para la seguridad del mismo buque, la de terceros o el buen funcionamiento de la operativa portuaria.

RESPONSABILIDAD DEL AGENTE MARÍTIMO EN LOS ABANDONOS.

I.- El Área Jurídico Notarial de la Administración Nacional de Puertos, se ha propuesto establecer la responsabilidad del Agente Marítimo representante del buque en los casos de abandono.

Han procurado basar esa responsabilidad en el art. 185 de la ley 18.834 entendiendo que luego de la aprobación de este artículo se puede hacer responsable al Agente Marítimo por cualquier deuda del Armador

Sin embargo, claramente el art. 185 enuncia:

“Los propietarios de los buques y sus armadores serán solidariamente obligados ante la Administración Nacional de Puertos al pago de las obligaciones que se

generen en ocasión del uso de los puertos administrados por ella y del cumplimiento del Reglamento de Atraque. Las personas físicas o jurídicas que, como agentes o representantes de los armadores, soliciten servicios o suministros para los buques que operen en los puertos administrados por la Administración Nacional de Puertos, serán solidariamente obligados con los propietarios de los buques y sus armadores ante la mencionada Administración por los servicios o suministros solicitados”.

II.- Es clara la norma en cuanto hace responsables solidarios al propietario y al armador por las deudas que se generen y al Agente Marítimo únicamente por los servicios que él mismo haya solicitado expresamente en representación del Armador. Cualquier otra interpretación irá en contra de la norma y de la Ley de Puertos.

III.- Si bien el Código Civil de la República nos pide no desatender el tenor literal de la norma para consultar su espíritu, en este caso nos tentaremos a buscar el espíritu del legislador.

Si se observa el proyecto de Ley de Rendición de Cuentas que luego terminó siendo la ley 18.834, el artículo proyectado por la Administración Nacional de Puertos, que en ese momento tenía el número 180 indicaba:

“Quedan solidariamente obligados al pago de las obligaciones que se generen en ocasión del uso de los puertos administrados por la Administración Nacional de Puertos, las personas físicas o jurídicas que hayan solicitado los servicios o suministros correspondientes, los propietarios de los buques, sus armadores, así como los agentes o representantes de los intereses de los mismos ante la Administración Portuaria”.

Sin embargo, este proyecto de artículo no fue aceptado por los legisladores quienes entendieron que no se podía hacer responsable al Agente Marítimo por cualquier obligación que se generara por parte del Armador, ya que se trata de un representante convencional, como se ha expresado más arriba.

IV.- Este proyecto no fue aprobado por el Poder Legislativo entre otras razones porque:

- Buscaba hacer responsable al representante de las deudas del representado, desconociéndose que la función jurídica y económica del agente marítimo es instrumental a la operativa del buque, y no existe una comunidad de intereses entre armador.
- No existían ni existen razones de interés general que permitan establecer una solidaridad como la que se pretende, lo que expone a la norma a ser considerada inconstitucional por violar los arts. 7 y 32 de la Constitución.
- Podía llevar a riesgos patrimoniales del agente que incluso éste no tiene posibilidades de conocer y menos de evitar.

- La solidaridad común o típica, parte de la base de la existencia de comunidad de interés o de fin entre los deudores solidarios.

En este caso no hay comunidad de interés entre el armador y su representante, el agente; este es un mandatario que no puede ser responsabilizado en su patrimonio por hechos o actos imputables a su representado, sin que medie actuación personal del representante.

V.- En la discusión parlamentaria del proyecto de ley algunos Senadores plantearon lo siguiente:

De este modo, los legisladores entendieron que hacer solidariamente responsable a los agentes marítimos por las deudas de los Armadores era poco razonable y grave, dado que se trata de un representante convencional que no puede ser responsabilizado por el actuar del Armador.

Cuando el agente requiere un servicio para el Armador, toma los recaudos para que los mismos sean pagados o bien se hace responsable de pagarlos él mismo, pero por aquellos que no fueran expresamente solicitados no puede hacerse responsable

VI.- Finalmente el Poder Legislativo aprueba el actual art. 185 que únicamente hace responsable solidario al agente marítimo por los servicios que solicite y nunca por otros servicios, deudas o daños.

CONCLUSIONES.

Si bien existen varias soluciones legislativas y administrativas que pretenden terminar con el flagelo que representan los buques abandonados, las mismas no resultan eficientes para dar fin a dicha problemática.

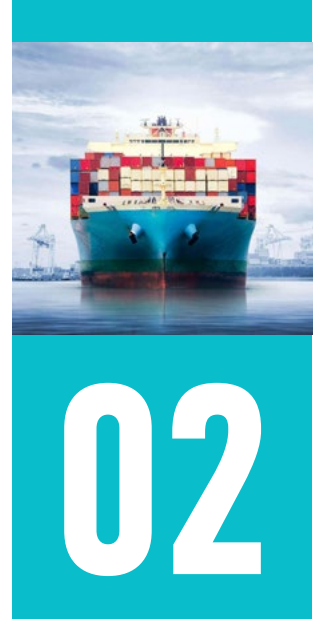
Las razones de este fracaso exponen, entre otros aspectos, la falta de ejecutividad para tomar posesión de los buques y así evitar la paulatina vandalización y deterioro de los mismos, la cual trae aparejada una enorme dificultad al momento de llevar a cabo la venta o remate consecuente de los buques. Asimismo, el intento de encontrar responsables en aquellos que están más cerca, sólo con el propósito de cobrar algunas deudas termina siendo una solución mezquina para un problema enorme.

En relación a la responsabilidad, las autoridades portuarias deben ver al agente marítimo como un colaborador y no como el obligado o responsable. En muchos de los casos en que los armadores abandonan los buques también se da la falta de pago hacia sus agentes, que termina siendo doblemente perjudicados.

El Armador de un buque no tiene por objetivo abandonarlo, y solamente sucede en casos extremos, por lo que las autoridades marítimas y portuarias deben prever esa situación, de forma que el abandono se pueda dar de forma ordenada, con zonas claras donde desguazar los mismos.

En los casos de buques siniestrados, es importante contar con planes de acción en los que se prevea la recuperación de restos y disposición final dentro de los costos asociados al siniestro.

En conclusión, una legislación exitosa será aquella que busque la colaboración entre las partes del negocio marítimo y prevea exigencias de distinta índole que evite el abandono o el hundimiento de buques que, por sus características estructurales o jurídicas, estaban destinados a ese final.



Breve resumen jurídico legal de las *allision* en la República Argentina.

Ricardo Javier Álvarez²
ARGENTINA

El impacto de buques contra puertos, terminales portuarias, instalaciones industriales y/o terminales logísticas, se ha convertido en un grave problema económico, y tiene serios inconvenientes jurídico-legales a causas de las interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales actuales.

Básicamente identificamos estos conflictos:

I.- El impacto de un buque contra un muelle, no tiene una responsabilidad regulada por nuestra ley de la navegación, no obstante por la autonomía del derecho de la navegación, se fuerzan las interpretaciones con otras instituciones por analogía, que en materia de responsabilidad, no serían aplicables.

II.- En consecuencia hay teorías y jurisprudencia, sobre la aplicabilidad por analogía de la responsabilidad para los abordajes de buques y/o responsabilidad subjetiva del armador por el Art. 174, que debería ser probada por el damnificado.

III.- La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha fijado una jurisprudencia errónea (SULFACID C/ BQ. RIO BRAVO de 1988), a nuestro modo de ver por analogía con el Art. 174 de la Ley de la Navegación, indicando que por responsabilidad del armador es refleja por el capitán y los dependientes, pero significa una responsabilidad subjetiva, en consecuencia es el puerto o instalación fija que debe probar la culpa del armador del buque embistente.

IV.- La responsabilidad del armador como el explotador comercial y tenedor de un objeto que puede causar un daño, por la teoría de la cosa riesgosa y/o peligrosa que daña a un tercero, tampoco sería aplicable por estas interpretaciones doctrinarias.

V.- Por último la Limitación de Responsabilidad del Armador del buque, dispuesta en el Art. 175 y ss. de la Ley de la Navegación, permite que un buque de valor limitado, pueda provocar una destrucción importante en nuestros puertos de última generación, no llegando a cubrir el valor total del siniestro o arrojando el buque a un valor 0 después del siniestro.

Estos son algunos de los problemas legales, jurídicos y económicos que presentan los puertos argentinos amenazados por una legislación y una doctrina donde prevalece el interés del buque extranjero, en virtud de un uso y práctica internacional.

Pasaremos ahora a detallar la problemática:

El término “Allision” describe el impacto de un buque en movimiento contra una instalación fija o flotante (muelle, puerto, boya, etc.). Ni la Ley de Navegación Argentina N° 20.094, ni la Convención de Bruselas de 1910 que regula las disposiciones sobre el Abordaje entre buques, ratificada por nuestro país, contemplan el caso de la responsabilidad del buque para este caso.

Nuestra Ley de la Navegación en sus artículos 358/370, establece claramente que el abordaje se produce cuando chocan dos o más buques (es decir, cuando colisionan

² Titular del Estudio Alvarez & Asociados (Maritime Lawyers). Vicepresidente por Argentina del IIDM. Coordinador de la Comisión de Cuencas Fluviales Internacionales del IIDM. Miembro -fundador de la IFGR - CNR, Lyon Francia. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Asesor legal en Navegación, Infraestructuras y Puertos de la Bolsa de Comercio de Rosario. Profesor de la Escuela de Ingeniería Portuaria de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Legislación de Puertos del Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA). Asesor legal en Dragado y Bali-zamiento de Hidrovías.

dos o más bordas) lo que en el derecho inglés se conoce como “Collision” (término que deriva del latín y que grafica el encuentro violento de dos cuerpos en movimiento).

Las disposiciones legales sobre Abordaje tanto de nuestra Ley de la Navegación, como en la de la Convención de Bruselas de 1910 ratificada en Argentina, establece como hipótesis un daño de un buque a otro, personas o cosas a bordo, aunque no haya contacto físico directo entre ellos. Asimismo, se declara nula cualquier presunción de culpa contra el armador, ya que la responsabilidad es siempre subjetiva.

De tal manera se puede observar, que las disposiciones sobre responsabilidad en los abordajes nunca pueden ser aplicables a los choques de buques contra instalaciones fijas en tierra o instalaciones flotantes.

La Ley de la Navegación Argentina en su artículo 1 establece:

“todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones del derecho de la navegación y en cuanto no se pudiera recurrir a la analogía, se aplicara el derecho común”.

Tomando en consideración esta norma, podemos concluir que a falta de disposiciones del derecho de la navegación sobre el choque de un buque contra una instalación industrial y/o portuaria y en cuanto no se pudiera recurrir a la analogía, nos queda recurrir al derecho común. Es decir, al Código Civil y Comercial de la República Argentina para los daños ocasionados con o por las cosas peligrosas y/o riesgosas, que actúan en violación de los reglamentos y del arte de la navegación. En su defecto, que el capitán y/o comando del buque y/o armador (que aprovecha comercialmente de la cosa para su beneficio) tenga una presunción de culpa, ya que es el único que dirige la cosa y tiene la facultad de evitar la Allision.

No obstante, esa presunción de culpa - con la inversión del ONUS PROBANDI- está prohibida por la Convención de Abordaje ratificada por Argentina, y no sería viable por la responsabilidad del armador en base al Art. 174 de la Ley de la Navegación, aplicable a estos casos por la CSJN en la causa antes indicada (SULFACID c/ RIO BRAVO).

Sabemos cómo abogados marítimos, de la autonomía que ostenta el Derecho Marítimo, como un régimen propio, con sus normas específicas, sus instituciones y reglas propias. No obstante ello, es la propia ley de la navegación la que nos remite al derecho común cuando no existen disposiciones legales específicas o no podemos aplicar esas instituciones por analogía.

Algunos expertos han tratado de encontrar una analogía con las normas de los abordajes, a fin de dar una solución para este tipo de siniestros. Sin embargo, las

responsabilidades en uno y otro caso son absolutamente distintas. Nótese que tanto la Convención de Bruselas para el abordaje de buques, como nuestra Ley de la Navegación, refieren a que se debería demostrar la culpa subjetiva del buque.

Allá por el año 1927 el Dr. Dor, sostenía que el buque en marcha debe probar la responsabilidad del buque inmóvil si quiere atribuírsela a este último, presumiendo y juris tantum, la responsabilidad del navío en movimiento ya que este es el único que tiene la facultad de evitar la colisión y está obligado a ello³.

En idéntico sentido el Reglamento para Prevenir Abordajes de Londres de 1972, ratificado por la República Argentina y que rige en nuestro país bajo la denominación del RIPA, establece la Regla 2 que versa lo siguiente:

“... no se eximirá al buque y su comando de ninguna consecuencia debido a su negligencia en el cumplimiento del reglamento y la buena práctica marinera bajo interpretación de considerar todos aquellos peligros de la navegación y los riesgos del abordaje “.

Por su parte, la Regla 8 del RIPA (Corleg´s) establece que

“...deberán realizarse todas las maniobras a saber: rumbo, velocidad, parada, arranque, inversión, con amplitud de tiempo y margen suficiente para evitar el abordaje y si fuera imprescindible tomarse todo el tiempo necesario para resolver con eficacia”.

Por lo expuesto queda claro que en un abordaje entre buques o “Collision” está en juego la responsabilidad subjetiva del comando de ambos buques, por lo tanto quien alega una falta o culpa náutica a la otra parte, tiene la obligación de probarlo con los elementos de prueba que considere pertinentes.

Ahora bien, en el caso de una “Allision” el buque está gobernado por motores de alta potencia, y a las órdenes del Armador, un Capitán, un Práctico, un Jefe de Máquinas, un Oficial a cargo de las maniobras de atraque, respecto de un buque que impacta contra una serie de instalaciones fijas como un muelle y/o terminal industrial, produciendo un colapso no solamente en materia de daño emergente sino también de lucro cesante y consecuentemente afectando producción y logística del comercio exterior de la República Argentina.

En algunos casos, como el reciente episodio sufrido por la Terminal 6 S.A (24.04.2018) de Puerto San Martín Santa Fe, en una maniobra de atraque, el Bq. OceanTreasure de bandera de Hong Kong, sufrió no sólo el impacto sobre el Muelle Norte de la Terminal,

³ Tratado del Derecho Marítimo del Dr. José D. Ray.

sino que produjo el derrumbe de pescantes, tuberías, etc. Afectando bienes y personas y produciendo un impacto extraordinario no sólo a la Terminal y sus usuarios, sino también a las exportaciones argentinas en materia de poroto de soja, harina de soja, aceites y subproductos derivados del proceso industrial y en materia de logística nacional e internacional de transporte de la materia prima que alimenta a los depósitos y plantas industriales.

Sin dudas, y por varios meses hasta un año, el proceso de industrialización y exportación de los productos agroindustriales quedaba limitado afectando nuestras exportaciones de granos y aceites al exterior.

Es por ello, que no son temas asimilables por analogía una “Collision” (Abordaje entre buques) y una “Allision” (choque de buque contra una instalación fija), ya que en una “Allision” es el comando del buque el único que tiene la posibilidad de evitar la mala maniobra y por lo tanto, existe una responsabilidad objetiva o al menos una presunción de culpa “juris tantum”.

Asimismo, habría una violación de los reglamentos y reglas del arte de la navegación, poniendo en peligro la seguridad pública. De tal manera que no puede serle exigido al damnificado de una instalación fija en tierra, que tenga que probar la responsabilidad subjetiva del buque embistente del derecho de la navegación, a menos que haya habido culpa de la víctima o culpa de un tercero por la cual no debe responder.

El profesor José Domingo Ray, analizando la Convención de Bruselas de 1910 de abordaje, exponía en su Tratado de Derecho de la Navegación Argentina la abolición de cualquier tipo de presunción de culpa contra el buque, poniendo como excepción la presunción de culpabilidad del buque en caso de una Allision.

Está claro que la Allision está fuera de la Convención de Bruselas de abordaje de buques y por lo tanto de la Ley de Navegación de la República Argentina.

Esta cuestión jurisprudencial comenzó a ser discutida a mediados del Siglo XIX, entre el commonlaw inglés versus la jurisprudencia angloamericana de los Estados Unidos.

En el caso “Oregon” en 1895 se determinó en los Estados Unidos, que el buque en movimiento que impacta contra un objeto inmóvil se presume culpable del siniestro, lo que se conoce en la doctrina y jurisprudencia de Estado Unidos como “The Oregon rule”, ello como una reacción a la jurisprudencia británica que exigía aún en el supuesto de “Allision”, que se debía probar la culpabilidad del buque en movimiento.

Ahora bien, ¿donde radica la importancia de una nueva jurisprudencia Argentina en esta materia?

Ello se exterioriza en el hecho práctico de que un buque tipo “Panamax”, de los que

habitualmente llegan a nuestros puertos de San Lorenzo “up river” en el Río Paraná, tienen una cotización normal promedio equivalente a 15 millones de dólares, pero pueden producir daños siderales como en el caso de Terminal 6 de Puerto San Martín, caso que referimos en esta nota.

Y en ese supuesto es fundamental determinar si este siniestro, está regulado en la Ley de la Navegación o no, ya que el artículo 175 y subsiguientes de esa ley le otorga al armador la posibilidad de limitar su responsabilidad al valor buque (mas fletes y otras acreencias ganadas durante el viaje); mientras que el Código Civil y Comercial aprobado por la Ley N° 26.994 ha establecido ciertas modificaciones, una de ellas es la incorporación de la teoría del “riesgo provecho”.

Si bien el Código mantiene el factor de atribución objetivo para los daños que fueran ocasionados por el riesgo o vicio de una cosa, el nuevo artículo 1758 incluye expresamente el carácter de guardián a quien obtiene un beneficio de ella.

El citado artículo establece que se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. Idéntica consideración se propone para quien se sirve u obtiene provecho de una actividad riesgosa,

El Art. 1757 en materia de responsabilidad objetiva, por la teoría de riesgo creado por el buque en movimiento contra una “instalación fija” no establece ningún tipo de limitación de responsabilidad para el que ocasionó el daño.

El actor debe probar la legitimación activa y pasiva; la existencia del daño que comprende, en la práctica, la prueba del hecho y la relación causal entre el hecho y el daño. En palabras de la Corte Nacional al damnificado le *“basta con probar el daño y el contacto con la cosa dañosa, para que quede a cargo de la demandada, como dueña o guardiana del objeto riesgoso, demostrar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.”*

Entendemos que para la República Argentina este es un tema central y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debería reinterpretar; ya que es común en estos días que los buques impacten contra nuestros Puertos comerciales ubicados en el Río Paraná, cada vez con resultados más gravosos para los puertos e instalaciones industriales.

Ello es así, porque las terminales portuarias agroindustriales han pasado de ser puertos de segunda generación según UNCTAD (transferencia de carga y distribución) para la exportación de *“commodities”* los que existían en el año 1973 cuando fue sancionada la ley de la navegación; pero actualmente los puertos son de tercera generación, ya que suman a sus activos instalaciones industriales, operaciones logística con ferrocarriles, barcazas, carreteras y zonas de operaciones logísticas, lo que ha permitido a la zona

del Gran Rosario, transformarse en el principal centro de industrialización de soja del mundo, por sobre China y Estados Unidos.

Ese es el nivel y el impacto en la economía Argentina que tiene los puertos comerciales y agroindustriales de nuestro país hoy en día y que pueden verse seriamente afectados en sus procesos agro/exportadores, por buques de bandera extranjera con un limitado valor de mercado.

Acerca de la Jurisprudencia en la República Argentina, ya hemos dicho en el Libro *“Los peligros del mar en el derecho marítimo”*⁴, que cuando los diferentes autores comienzan a tejer conjeturas e interpretaciones individuales entramos en un terreno resbaladizo.

La pretendida teoría que la *“Allision”* tiene analogía con el abordaje de buques y/o la Allision y la responsabilidad refleja del buque, es forzar las interpretaciones, a fin de justificar la “autonomía del derecho de la navegación (que nosotros no negamos) frente al derecho común. Pero lo cierto es, que si una institución no está prevista en la Ley de la Navegación, sencillamente no lo está; y si en esa línea de pensamiento no encontramos una institución marítima que pueda caber en la analogía, no podemos forzar la interpretación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa SULFACID SAIC C/ CAP Y OTROS DEL BUQUE “RIO BRAVO” el 16/06/88 Fallos311: 1015. Dictamen del Dr. Juan Octavio Gauna compartido por la Corte, ha fijado un mal antecedente en la materia respecto de las *“Allision”*. Establece que los daños causados a terceros por un buque a consecuencia de la actividad navegatoria, se rigen por el principio de la responsabilidad subjetiva e indirecta del armador, fundada en la culpa del capitán y/o la tripulación, conforme el art. 174 de la Ley de la Navegación.

Por nuestra parte, tampoco compartimos esta teoría de la aplicación por analogía del Art. 174, pues sería exigirle al damnificado de una instalación fija que deba probar la culpa subjetiva del buque en movimiento, lo que a nuestro entender no corresponde.

El armador del buque que embiste a una instalación industrial fija, es responsable en principio por los daños cometidos, ya sea por una aplicación de la responsabilidad derivada de la teoría del riesgo o bien por la inversión de la carga de la prueba en base a la presunción de culpa por tener en gobierno de la cosa.

Asimismo, descartamos la aplicación de la jurisprudencia invocada por algunos colegas en las causas AGP c/ BUQUE ISMENIOS y MAR PACIFICO, donde la Cámara

⁴Ricardo Javier Alvarez, Editorial Ad -Hoc / Ed. 2007/ Páginas. 68 y ss

en lo Civil y Comercial Federal, aplica a las Allision analógicamente la normativa de la responsabilidad por abordaje entre buques.

Entendemos que ciertas normas administrativas de la navegación, del arte, de las buenas prácticas de los buques en navegación y de los reglamentos que se aplican, son compartidas con el abordaje, pero nunca podrá invocarse la misma responsabilidad en uno u otro caso.

En nuestro humilde punto de vista, hay dos soluciones jurídicas para esta problemática:

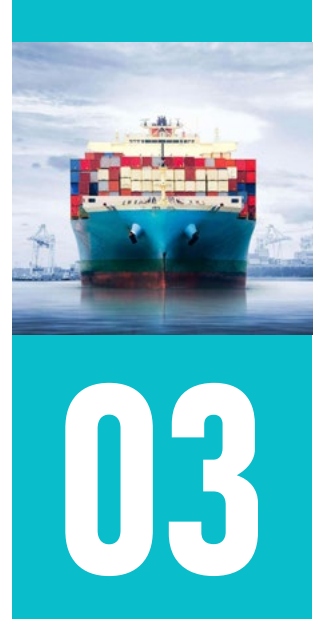
I.- La *Allision* está fuera de la ley de la navegación y dentro del derecho común, teoría de la responsabilidad del armador como tenedor y explotador comercial de cosa peligrosa y/o riesgosa.

II.- En su defecto, estamos dentro de Ley de la Navegación, en una responsabilidad subjetiva del buque pero con una presunción de culpa, con inversión de la carga de la prueba (*onus probandi*), en razón de que el comando del buque es el único que puede impedir el impacto de un buque en movimiento contra una instalación fija.

La limitación de responsabilidad del armador de un buque tipo Panamax, que por lo general son el tipo de buques que arriban a nuestras terminales de la República Argentina a cargar granos y aceites, es otro gran problema a considerar, ya sea por una vía u otra. Pues ante un daño varias veces millonario, se le permite al buque extranjero a limitar perjudicando al puerto/Terminal de nuestro país, cuando detrás de ese buque hay intereses monetarios con solvencia suficiente para responder económicamente por todo el daño. Lo que produce un enriquecimiento sin causa del buque extranjero en perjuicio de nuestra producción local y mercado exportador.

Hoy llegan a nuestros puertos del río Paraná up river, buques PANAMAX que no pueden responder económicamente ante los daños que producen, en base a la limitación de la responsabilidad del armador al valor buque + flete que le otorga el Art. 175 y ss. De la Ley de la Navegación en caso de destruir una instalación portuaria/industrial y logística de última generación como existen en la zona de Rosafé o las ubicadas en la costa de la Provincia de Buenos Aires.

Es necesario hacer una interpretación jurisprudencial moderna y correcta que tenga en cuenta los intereses de las terminales agro-exportadoras y puertos industriales que contemple la realidad del Siglo XXI.



Los convenios internacionales vs. buques no tripulados.

Nélida Beatriz Angelotti⁵

ARGENTINA

En lo que va del presente año, siendo que la industria marítima comercial y la investigación y desarrollo en esa área no escaparon a la afectación por la pandemia del virus SARS COVID -19, proyectos normativos de la OMI, así como emprendimientos privados referidos a los buques comerciales no tripulados, siguen su curso trazado en los últimos años paulatinamente.

En ese sentido, en primera instancia cabe señalar que la OMI continúa evaluando, a través de su comité jurídico, sus instrumentos existentes en análisis para determinar cómo podrían aplicarse a buques con diversos grados de autonomía. dicho trabajo se encuentra denominado como estudio exploratorio sobre la reglamentación acerca de los buques autónomos de superficie (MASS), lo cual se deriva del plan estratégico de la

OMI para el periodo 2018-2023, el cual incluye como uno de sus principios estratégicos el *“integrar las tecnologías nuevas y avanzadas en el marco reglamentario”*.

A los fines de cumplir con esa aspiración, es necesario balancear los beneficios que se derivan de las nuevas tecnologías con las preocupaciones en materia de seguridad, la protección del medio ambiente y la facilitación del comercio internacional, del mismo modo que el impacto en los costos para el sector, como así también sus implicancias para el personal en tierra y a bordo.

En consonancia a lo mencionado anteriormente, es importante señalar que en 2017, tras una propuesta de varios estados miembros, el comité de seguridad marítima (MSC 98) de la OMI acordó incluir el tema de los buques de superficie autónomos marinos en su orden del día; otro de los motivos detrás del estudio exploratorio sobre los buques autónomos de superficie (MASS). Se prevé según la OMI que se completará el estudio exploratorio durante el 2020.

En segunda instancia, en lo que a iniciativas privadas refieren, es relevante destacar el proyecto del primer buque autónomo comercial con emisión cero de dióxido de carbono llamado *“YARA BIRKELAND”*, trabajo en conjunto de las compañías Yara y Kongsberg. Actualmente ya está construido el casco de dicha embarcación, el cual fue botado en febrero de 2020 y que en mayo del presente año llegó a noruega. Debido a la pandemia de público conocimiento desde yara señalaron que el proyecto fue puesto en pausa en miras a ser reanudado en un futuro cercano.

Cabe destacar una de las iniciativas a favor de los buques autónomos financiados y promovidos por la Unión Europea conocidos como *Autoship*.

Dicho proyecto, desarrollado por la compañía Kongsberg y enmarcado dentro del plan europeo *Horizon 2020*, conseguirá poner en servicio buques autónomos en cuatro años, para lo cual cuenta con la colaboración del organismo de investigación Sintef, el Consejo de Investigación de Noruega, así como otra gran cantidad de socios europeos.

La iniciativa empleará dos embarcaciones autónomas en rutas de ‘short sea shipping’ y en aguas interiores europeas. De esta forma, se quiere adelantar la llegada de la próxima generación de buques autónomos y desarrollar una hoja de ruta para su venta por la Unión Europea (UE) en los próximos cinco años.

⁵ Abogada - Diploma de Honor. Profesora de Ciencias Jurídicas. Curso de Especialización en Derecho Marítimo y Aeronáutico. Facultad de Derecho. UBA. Vicepresidente Alternativa Rama Argentina IIDM. Miembro titular Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Docente Facultad de Derecho UBA. Colaboradora Suplemento de Comercio Exterior diario La Nación. Asistente en calidad de disertante y moderadora en Congresos Nacionales e Internacionales. Autora de diversos artículos relativos a la especialidad.

Para que se lleve a cabo el plan, la UE ha inyectado un total de 200 millones de coronas noruegas (20 millones de euros), lo cual supone una de las mayores inversiones recibidas hasta ahora en el país nórdico. Gracias al apoyo que está recibiendo la iniciativa, se podrá probar y desarrollar la tecnología vinculada a los sistemas de navegación completamente autónomos, la maquinaria inteligente, el auto diagnóstico y las comunicaciones.

Entre otras características, los buques autónomos dispondrán de un elevado nivel de ciberseguridad, según ha explicado el operador marítimo Eidsvaag, quien ha presentado el proyecto a bordo del *Eidsvaag Pioneer*, uno de los dos buques que se equipará para que navegue en remoto y de forma autónoma. Por el momento, la embarcación se desplaza por las costas noruegas y por los fiordos, desde donde transporta pescado a las piscifactorías.

El objetivo de este artículo es el de abordar el tópico de las embarcaciones sin tripulación. El acento estará puesto en el marco normativo actual, lo que será complementado por la mención de los desafíos jurídicos; en menor medida también se hablará de los desafíos comerciales a futuro para la adopción y desarrollo de esta nueva modalidad de transporte comercial marítimo.

La utilización de naves de superficie autónomas reviste numerosas ventajas a saber: en primer lugar, se prevé una reducción de los costos logísticos de esta industria, elemento no menor a nivel económico global; tengamos en cuenta que el 90% del comercio mundial en la actualidad se realiza por vía marítima según la cámara naviera internacional (ics por sus siglas en inglés).

Uno de los elementos que más contribuiría a esa baja de los costos de transporte es el del reemplazo de la tripulación por dispositivos electrónicos para la navegación, ciertamente a través de la instalación y empleo de radares, cámaras, gps y hasta láseres, entre otras tecnologías, que serán los sustitutos del elemento humano a bordo de los buques y estarán conectados 24/7 con las oficinas de control de las empresas de transporte naval.

Cabe destacar, no obstante, que tanto la adquisición de los aparatos electrónicos antes mencionados como la contratación y/o reasignamiento de la mano de obra de las compañías navieras para la supervisión y el mantenimiento de los dispositivos electrónicos en cuestión morigerarán los beneficios netos monetarios del paso al modelo de embarcaciones comerciales no tripuladas, aunque los mayores réditos vendrían en el mediano y largo plazo.

En segunda instancia, relacionado con la seguridad de la carga y de la nave, este cambio de paradigma naviero tendría efectos positivos. Tomemos de ejemplo la piratería en alta mar, flagelo que persiste hasta nuestros días; la modalidad que algunos piratas

tienen no consta solo en hacerse con toda o parte de la mercancía de un buque, sino que también incluye el tomar de rehenes o secuestrar a la tripulación, situación totalmente evitable, naturalmente, en los barcos autónomos. En consecuencia habría un beneficio para con la tripulación principalmente, en especial si se trata de rutas con gran presencia de piratas (cuerno de África y partes del sudeste asiático).

En tercer lugar, existe una ventaja nuclear respecto del recurso del uso de máquinas y tecnologías con una tasa de productividad superior comparada a la mano de obra humana así como de mayor eficacia que es, para decirlo en términos simples y llanos, una ramificación de dos fenómenos emparentados tales como la robotización y la cuarta revolución industrial (básicamente cómo las redes de información y tecnología del siglo XXI impactan en los procesos productivos). dicho punto a favor de los buques no tripulados se vincula con que el uso de los nuevos dispositivos permite un mayor volumen del giro comercial del transporte marítimo mundial ya que estas tecnologías pueden funcionar los 365 días al año con lapsos de descanso típicamente menores que los de los individuos que conforman la tripulación. es de resaltar adicionalmente que la eficiencia en la logística del traslado de mercancía por agua tiene un efecto positivo en términos vinculados a la Ecología, lo que se refleja en iniciativas como las de *roll-royce* en latitudes nórdicas en las que los buques no tripulados son alimentados por baterías de litio, redundando entonces en una menor contaminación así como un peso más reducido de la embarcación, cuestión que a su vez permite un menor consumo de esas baterías y una mayor velocidad de desplazamiento de los barcos.

Un cuarto beneficio merecedor de ser tenido en cuenta es el impacto positivo del uso de embarcaciones autónomas a la hora de reducir el nivel de siniestralidad y poder omitir las consecuencias económicas y humanas nacidas de un accidente de transporte marítimo. En esa línea, gracias a la importante exactitud y precisión del instrumental tecnológico de vanguardia presente en los buques no tripulados, la probabilidad de que se registren siniestros navales comerciales se recortaría notoriamente.

CONVENIOS INTERNACIONALES VIGENTES.

De acuerdo al título de este trabajo vamos a investigar como impacta esta tecnología en las leyes, convenios y reglamentos.

A menudo el desarrollo de tecnologías deja atrás a la legislación que las regula y el tema en cuestión no es una excepción.

La OMI, que es la encargada de dictar y modificar los convenios internacionales, sobre

todo en sus diversos foros tiene la particularidad de tender a adoptar sus decisiones por consenso lo que si bien genera extensas discusiones, también asegura un resultado de aceptación más global. Se resolvió entonces, hacer un estudio exploratorio que consiste en dos etapas:

I.- Determinar que disposiciones de los instrumentos internacionales en su redacción actual se pueden aplicar a las MASS y no impidan sus operaciones o que instrumentos deben de sufrir enmiendas o aclaraciones para poder aplicarlos.

II.- En forma genérica, cuán novedosa y profunda podrían ser esos cambios reglamentarios para cubrir esas operaciones.

También el Comité Marítimo Internacional constituyo un grupo de trabajo para analizar estos temas y éstos son los puntos más relevantes a los cuales han arribado:

El documento redactado distingue entre tres tipos de legislación:

I.- Normas técnicas que versan sobre certificación, seguridad y entrenamiento de tripulaciones.

II.- Normativa de derecho privado referida a extravíos o pérdidas de carga transportada así como a contaminación ambiental.

III.- Normas jurisdiccionales que establecen derechos y obligaciones de los estados en la regulación del desarrollo de la actividad marítima.

Teniendo en cuenta que todas las convenciones marítimas se han redactado sobre la suposición básica de que los buques tienen tripulación a bordo, según mi criterio, estos son algunos convenios que deberían ser adecuados a la nueva modalidad:

I.- SOLAS

Regla 33

Cuando establece la obligación del capitán de todo buque, de acudir en auxilio de vidas que corran peligro en el mar.

¿Cómo solucionamos este problema? , ¿Cómo cumplirían con esta regla los buques no tripulados? ¿Llevarían dispositivos especiales o los relevaríamos de esta obligación?

Además establece que el capitán debe poseer información accesible para evaluar las condiciones sobre estabilidad de la embarcación, por lo que se precisaría que los controladores a distancia tengan acceso a estos datos. Ante la indicación de una anomalía, estos buques deben de poder ser maniobrados por una persona, el CMI considera que la

norma que exige que todo buque cuente con una persona de guardia capacitada para la operación de equipos de comunicaciones es uno de los mayores desafíos.

Regla 14

Dicha reglamentación, la cual establece la necesidad de contar con una tripulación suficiente y eficiente, es la de mayor dificultad para estos buques, sin embargo el CMI menciona que será cuestión de las autoridades de bandera emitir normas que contando y contemplando la utilización de métodos de comunicación y tecnología innovadora, puedan considerarse técnicamente aptas.

Regla 15

Establece los principios para el diseño de los puentes de mando de los buques, se menciona que un puente virtual tendrá que cumplir con estos principios para garantizar la seguridad de la navegación.

Adicionalmente este convenio establece que los buques deben de tener los mecanismos para facilitar el embarco de prácticos. Eventualmente se puede llegar a una transferencia del operador a distancia hacia el práctico también a distancia, para que sin que físicamente embarque, el buque sea conducido a muelle por el práctico también remotamente.

II.- El Reglamento Internacional para la Prevención de Abordajes (COLREGS)

Debe por lo tanto aplicarse por igual a ambos tipos de buques, ya que la tripulación a bordo debe ser capaz de predecir lo que harán otros buques independientemente de si son tripulados o no

. El primer escollo que se presenta con la aplicación de este convenio es que a menudo se tiene en cuenta en su normativa el *“factor humano”*. En particular la regla N 5 que exige *“que cada buque mantenga una situación vigilante y atenta”* o bien la regla N 2 que hace mención al actuar como lo exige *“La práctica ordinaria de los hombres de mar”*. ¿Cómo cumplimos dicha reglamentación si el buque no tiene tripulación a bordo?

¿Puedo reemplazar con dispositivos y cámaras una vigilancia apropiada que reemplace al experimentado ojo del hombre de mar? , pero, a mi entender, el mayor desafío es poder compatibilizar:

III. los regímenes de responsabilidad de las convenciones internacionales con los buques autónomos:

Algunas imponen responsabilidad al armador por acciones de la tripulación. (COLREGS).

Otras responsabilizan de manera estricta al armador registrado (convenciones sobre contaminación).

Otras hacen responsable al buque por derecho propio (embargos marítimos).

Si bien los regímenes de responsabilidad dirigidos tanto al buque como al armador registrado, se aplican igual a buques tripulados y no tripulados, se generaran complicaciones a cualquier régimen de responsabilidad basado en la negligencia de la tripulación; o con respecto a la convención de limitación de responsabilidad para reclamos marítimos de 1976 (LLMC), si bien el derecho de limitar al referirse a armadores y salvamentistas podría aplicarse a estos buques autónomos, de todas maneras, como sucede con las otras convenciones podría no encajar y la aplicación variar dependiendo la jurisdicción.

IV.- La introducción de un nuevo software y hardware que permita la navegación autónoma, está destinado a causar nuevos problemas legales; de este modo, ¿podríamos preguntarnos si los proveedores de software correrán el riesgo de ser responsables de la navegación en virtud de COLREGS, en función de los algoritmos desarrollados por ellos?

V.- CONVEMAR

No distingue a los fines de que se aplique el concepto jurídico de “buque”, el que posean tripulación a bordo o no, por consiguiente esas naciones no podrán negar el ingreso y paso inocente por sus aguas territoriales de esos buques con el solo argumento de que no sean tripulados.

Si bien debido al artículo 91 nacionalidad de los buques, podemos incluir a los buques autónomos, tendríamos que resolver cuestiones jurídicas establecidas en su art. 94, como ser: deberes del estado de pabellón y recogidos por instrumentos de la OMI, y como regular sobre la capacitación y condiciones de trabajo de capitán, oficiales y tripulantes.

Una breve reseña con respecto al art. 23 paso inocente de buques de propulsión nuclear o que transporten materiales nucleares por el mar territorial de los estados miembros (12 millas de distancia).

Ahora bien, ¿Qué decisión tomamos con los buques no tripulados? ¿Extendemos esta regla? ¿O sería muy peligroso? ¿O no permitiríamos que estos buques transporten materiales peligrosos?

Asimismo es de destacar que un grupo de trabajo del comité jurídico de la OMI a comienzos del año pasado ya se encuentra estudiando la factibilidad y alcances de la aplicación de convenios y recomendaciones para los buques autónomos de superficie, a tal efecto se arribaron a las siguientes conclusiones...8.9 los MASS no deberían de significar un riesgo para la seguridad, la protección del medio ambiente y, teniendo en cuenta el efecto drástico que podría tener para la gente de mar es necesario tener en cuenta sus inquietudes 8.13 el comité tomo nota de una declaración de la federación internacional de asociaciones de capitanes de buques en referencia a ciertas cuestiones jurídicas que deberían de ser examinadas con relación a las nociones de “condiciones de navegabilidad de los buques o experiencia marinera” como lo exige el art 24 de la CONVEMAR y la regla 9 del reglamento para prevenir abordajes, se aprobó lo resuelto por el comité jurídico y se invitó a los estados miembros y a las organizaciones observadoras para que presten apoyo a dicha labor.

CONCLUSIÓN.

Los desafíos a superar son la falta de encuadre normativo específico tanto a nivel internacional como local por parte del concierto de naciones y teniendo en cuenta el tiempo que toma lograr el consenso internacional para este tipo de cuestiones entiendo que es posible que la tecnología y el uso de los buque no tripulados sobrepasen los regímenes legales existentes.

En él mientras tanto, las legislaciones nacionales, las letras de los contratos y los seguros, podrían ir llenando estos vacíos legales.

Estos buques exigen además una adecuación del medioambiente que lo rodea desde el puerto hasta la provisión de energía.

Las navieras pedirán en cada país que el contexto se adecúe para operar y ser más competitivos sino se irán para otro lado.

Ese es el desafío que tenemos que soslayar los que estamos de este lado del planeta, donde si bien está llegando la tecnología, no lo hace con la velocidad y eficiencia de otros lugares del mundo.

Pero a pesar de lo que podamos opinar sobre este tema, de la incidencia de defensores y detractores, hay algo que la inteligencia artificial y la robótica no puede reemplazar,

“Los convenios internacionales vs. buques no tripulados.”
por **Angelotti Nélide Batriz**

son los principios éticos y morales, cuando hay que tomar decisiones donde estén involucrados dichos principios, es allí donde el futuro y la tecnología “hacen agua”.

Por último, entonces, creo que en la medida en que exista una rentabilidad en el uso de las embarcaciones no tripuladas, más el respaldo legal, y que los puntos a pulir sean revisados y mejorados, es ciertamente posible que en los años venideros los buques no tripulados se vuelvan una realidad en el transporte marítimo comercial.⁶

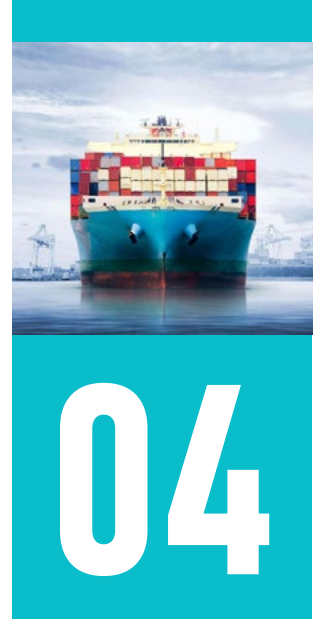
⁶ <https://www.exponav.org/es-lo-mismo-un-buque-autonomo-que-un-buque-inteligente/>

<http://www.nuestromar.org/files/BUQUES-NO-TRIPULADOS-GN.pdf>

<https://revistamarina.cl/revistas/2018/3/jcrawfordc.pdf>

<https://mundo.sputniknews.com/tecnologia/201810171082774109-buques-no-tripulados-de-rolls-royce/>

<https://noticiaslogisticaytransporte.com/nuevas-tendencias/24/01/2020/proyecto-autoship-pondra-en-servicio-buques-autonomos-en-cuatro-anos/146623.html>



Las consecuencias de la pandemia, que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.

Débora Aramayo⁷
ARGENTINA

INTRODUCCIÓN.

A estas alturas, ya es innegable reconocer los desafíos que nos ha impuesto la declaración de pandemia por COVID-19, tanto en nuestras vidas personales como a nivel global.

El duro golpe ejercido sobre el sistema económico mundial, debido a los esfuerzos realizados por los gobiernos a fin de contener la propagación de la enfermedad, y asegurarse de disponer con los recursos necesarios para combatirla, han implicado la adopción de medidas que afectaron el intercambio internacional de mercaderías.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

En este orden, podemos afirmar que el mundo se ha enfrentado a un entorno comercial más restrictivo, como consecuencia de las cuarentenas impuestas por los gobiernos a fin de contener el virus, que limitaron la movilidad no solo de las personas, sino también de las mercaderías, paralizando de este modo el transporte interno e internacional, y solo permitiendo la circulación de productos de primera necesidad o relacionados con la gestión de la pandemia.

Los diferentes actores del comercio internacional coinciden en que, los procesos de intercambio de mercaderías se han vuelto más engorrosos y lentos, en tanto que los controles se tornaron ineficientes, ya que se provocaron retrasos y fallos en la entrega de documentos y despacho de las mercaderías.

De este modo se pone de manifiesto que, es de imperiosa necesidad, considerar un correcto y eficiente acceso a la información relacionada con el comercio, así como también la coordinación del control con la agencias fronterizas gubernamentales y la digitalización de los procesos comerciales, lo cual implicaría reformas que facilitarían el comercio internacional, dando respuestas coherentes a los reclamos realizados por los diferentes sectores implicados en el intercambio internacional de mercaderías.

Es sabido que el 90 % del comercio mundial se realiza por la vía del transporte marítimo, lo cual nos lleva a inferir que la mayoría de los inconvenientes que venimos describiendo, lo han afectado notablemente, además de considerar que esta industria es una de las menos digitalizadas.

A pesar de la relevancia que tiene la industria marítima en la economía mundial, no ha habido grandes inversiones en mejoras, principalmente en lo que respecta a los procesos de la cadena de suministros y logística colaborativa entre los diferentes operadores, lo cual ha generado graves problemas de ineficiencia operativa, debido también al envejecimiento de la infraestructura tecnológica.

Es lamentable que todos estos inconvenientes, se hayan hecho más visibles debido

⁷Oficial de la Reserva Naval Principal de la Armada Argentina, egresada del Liceo Naval Militar “Dr. Don Francisco de Gurruchaga” - Premios Mejor Promedio de Egreso y Abanderada Bandera Nacional - Embarco B/Rompehielos ARA Almirante Irizar (Q-5). Abogada con orientación en Derecho Económico Empresarial-UBA (2003). Profesora para la Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas - UBA (2014). Trabajó como abogada en el estudio Jurídico Ravina&Asoc. (2002-2007), en la actualidad desarrolla su actividad profesional en forma independiente, asesorando en temas marítimos, aeronáuticos y aduaneros. Docente Universitaria en la materia “Instituciones del Derecho de la Navegación por Agua y por Aire” (UBA-DERECHO) y en “Derecho del Transporte”, Carrera Franco Argentina, Universidad del Salvador - Université Paris I Panteón Sorbonne. Secretaria período 2020-2021 del IIDM - Rama Argentina, Miembro de la AADM; del Instituto de Derecho del Transporte, de la Navegación Marítima, Aeroespacial y Espacial del CPACF. Disertante y Moderadora invitada en diferentes Seminarios y Congresos Nacionales e Internacionales.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

a una crisis económica mundial desencadenada por el COVID-19, pero el ser humano siempre buscará la forma de poder sobrellevarlos y hasta superarlos, ingeniándose para crear nuevas alternativas o desarrollar las ya existentes, adaptándolas a las necesidades del aquí y el ahora.

En este nuevo contexto mundial, se buscan nuevas formas para facilitar el comercio internacional, a través de la digitalización de los procesos comerciales, oportunidad que no habrá de desaprovecharse, ya que nos impulsa a continuar con los cambios tecnológicos que se vienen desarrollando, a fin de poder dar respuestas más coherentes para los tiempos que corren.

Es innegable, la revolución tecnológica en la que estamos inmersos en estos momentos, en donde son protagonistas los datos y la inteligencia artificial, produciendo cambios vertiginosos de paradigmas a nivel global que impactan en la sociedad toda.

Los cambios digitales se están dando a una velocidad tal, que es difícil tener noción clara de donde estamos parados, es más, la mayoría de nosotros no somos conscientes de ello, pero de algo si estamos seguros, que esto llevo para quedarse, no se va a detener y seguirá evolucionando, independientemente estemos complacidos con ello o no.

Concretamente en el escenario del comercio internacional, la pandemia provocada por el COVID -19, ha supuesto un punto de inflexión en algunos aspectos operativos y logísticos del sector del transporte marítimo, por lo cual no todas son malas noticias, también se avizoran grandes oportunidades, como la de alentar con más entusiasmo que antes, la adopción de instrumentos digitales que faciliten el intercambio comercial, para lograr de este modo una logística más colaborativa, entre el operador portuario, la línea naviera y la terminal.

Como consecuencia de ello, se pone nuevamente sobre la mesa el tratamiento del *conocimiento de embarque electrónico*, revisando sus ventajas a fin de acelerar su adopción universal, estandarización y promocionando su uso, pero también teniendo en cuenta las nuevas tecnologías bajo las cuales se desarrollan, ya que, desde su aparición se ha tratado de perfeccionar su funcionamiento, a fin de hacerlo más eficiente, fiable, fácil de usar, seguro y transparente.

En este orden, la aparición disruptiva de la inteligencia artificial nos hace repensar sobre cuestiones pasadas y futuras, considerando situaciones absolutamente novedosas que quizás nunca sucedieron, pero estimulándonos a desarrollar nuevas tecnologías de la comunicación y de la información que procesan datos mediante nuevas formas, como lo hace la tecnología *blockchain* y más específicamente los *smartcontracts*.

De este modo, la tecnología *blockchain* ha logrado impactar en la industria marítima, al construir ecosistemas comerciales eficientes entre las partes y brindar múltiples

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

beneficios, como la erradicación del papeleo, eliminando la remisión de documentos impresos, utilizando su potencial para optimizar las operaciones, mejorando la ciberseguridad y aumentando la eficiencia general de la cadena de suministro global, todo ello realizado dentro de una robusta plataforma digital que intercambia datos en tiempo real, garantizando confianza de manera colectiva de lo que sucede en línea.

La tecnología blockchain permite el seguimiento multipartito, distribuido en tiempo real, del *conocimiento de embarque electrónico*, facilitando de este modo las operaciones y reduciendo la cadena de riesgo de la industria del transporte marítimo global.

Respecto a los *smartcontracts*, estos acuerdos entre partes inmersos en una cadena de bloques que operan sobre la base de formatos estándar, se ejecutarán automáticamente en *blockchain* e implementarán los términos y condiciones acordados por las partes involucradas.

De esta modo, he tratado de introducirlos en el tema sobre el que versa el artículo, poniéndolos en contexto tanto en lo que respecta, a las consecuencias generadas por el COVID-19 en el intercambio de mercaderías internacionales y en la industria marítima mundial, como así también la fuerte disrupción que generan las nuevas tecnologías, con el fin de dar respuestas a los problemas suscitados, y haciéndose tangible a través del conocimiento de embarque electrónico, el *smartcontract* y la tecnología *blockchain*.

EL DOCUMENTO CLAVE DEL COMERCIO INTERNACIONAL.

El conocimiento de embarque es el documento a través del cual, sin perjuicio de sus restantes funciones, se instrumenta el contrato de transporte de mercaderías por agua. Su evolución histórica típica y las diversas funciones que le son propias, lo distinguen de manera sustancial de otros instrumentos utilizados en el comercio internacional.⁸

El conocimiento comenzó siendo un simple y mero recibo de carga a bordo, posteriormente se fueron incorporando a él las condiciones de transporte y paralelamente el auge de la actividad económica centrada en el intercambio de bienes, hicieron que aparezcan incluidas en este documento diversas cláusulas.

De esta forma, el conocimiento de embarque se ha ido erigiendo a través de los tiempos, como uno de los documentos clave en el comercio internacional, al día de hoy

⁸ Luis Beltrán Montiel (1994), 7ma. Edición, “Curso de derecho de la navegación”(pp 299/310), Buenos Aires, Argentina, ED. Astrea.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

se crean, envían y almacenan tanto en formato papel como electrónico.

Sin perjuicio de su forma, el conocimiento de embarque deberá cumplir con tres funciones específicas:

I.- Prueba del contrato de transporte: constituye la prueba por excelencia del contrato, ya que prueba que el contrato de transporte preexiste a la emisión del título y ha entrado en la fase de ejecución.

II.- Recibo de mercadería: constituye prueba de envío y de embarque, estado, condición y cantidad de las mercaderías recibidas a bordo.

III.- Título valor: el conocimiento de embarque es título de crédito y representativo de la mercadería, el tenedor legítimo del mismo tiene derecho a disponer de la misma y exigir su entrega en destino.

Ahora bien, estas funciones pueden verse bien caracterizados en el conocimiento de embarque en soporte papel y nadie discute si ellas se cumplen en este caso. Pero desde siempre, los operadores del comercio internacional se han planteado la posibilidad de reemplazarlo por medios más rápidos, económicos y seguros, más aún cuando irrumpieron los sistemas electrónicos en las operaciones comerciales (década de 1960) posibilitando la sustitución de la documentación física, y esbozándose los primeros intentos de emisión de conocimiento de embarque electrónico; en esta instancia surgieron muchas dudas respecto a poder cumplir con la tercera función del mismo, ser título de propiedad de la mercadería, ya que se cuestionaba la fiabilidad de la tradición del documento por medios electrónicos y por ende si era posible garantizar la seguridad jurídica en la práctica.

Asimismo, otra característica distintiva del conocimiento de embarque, tanto en soporte papel como electrónico, coincide en que son contratos de adhesión, no paritarios, en donde las partes no negocian las cláusulas y el cargador se adhiere a lo estipulado. También coinciden las convenciones internacionales que regulan el conocimiento de embarque, en que el régimen de responsabilidad civil que los rige es imperativo, es decir las partes tienen que aplicar las cláusulas sin posibilidad de derogarlas.

Habiendo mencionado la existencia de Convenciones Internacionales que regulan el conocimiento de embarque, es importante destacar las referencias que hacen a los diferentes formatos de emisión de estos.

La *Convención de Bruselas de 1924* (Reglas de la Haya 1924) relativa para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento y su Protocolo Modificadorio de 1968 (Reglas de la Haya-Visby 1968), mencionan que se requerirá conocimientos de embarque en formato papel, esto no es extraño que sea regulado de este modo, ya que debemos

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

ubicarnos en espacio y tiempo y tener en cuenta que en la mente de los redactores de la misma, no existía la posibilidad de contar con los avances tecnológicos disponibles en el presente. Sin perjuicio de ello, considerando que el conocimiento de embarque electrónico, emitido bajo estas reglas, cumpla con las mismas funciones que cumple el de formato papel, podríamos decir que también puede ser aceptado.

En tanto, la *Convención de Naciones Unidas sobre el Transporte de Mercaderías por mar de 1978* (Reglas de Hamburgo 1978) menciona en la Parte IV. DOCUMENTOS DE TRANSPORTE:

“Artículo 14 - Emisión del conocimiento de embarque

I.- Cuando el porteador o el porteador efectivo se haga cargo de las mercancías, el porteador deberá emitir un conocimiento de embarque al cargador, si éste lo solicita.

II.- El conocimiento de embarque podrá ser firmado por una persona autorizada al efecto por el porteador. Se considerará que un conocimiento de embarque firmado por el capitán del buque que transporte las mercancías ha sido firmado en nombre del porteador.

III.- La firma en el conocimiento de embarque podrá ser manuscrita, impresa en facsímil, perforada, estampada, en símbolos o registrada por cualquier otro medio mecánico o electrónico, si ello no es incompatible con las leyes del país en que se emita el conocimiento de embarque.”

Como puede observarse, estas reglas en el inciso (I) no establecen específicamente el formato del conocimiento de embarque, solo mencionan de deberá emitirse uno por el porteador, en tanto que en el inciso (III) mencionan que el mismo podrá ser firmado por medios mecánicos o electrónicos, atento lo cual ya abre la puerta a una aceptación más concreta de los conocimientos de embarque en ambos formatos.

La *Convención de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías total o parcialmente marítimo* de 2008 (Reglas de Rotterdam 2008) que aún no está en vigencia por falta de ratificaciones, siendo más contemporánea con el desarrollo tecnológico que ha ido viviendo la sociedad y sobre todo la industria marítima internacional, prevé expresamente las comunicaciones y los documentos electrónicos, incluyéndose entre ellos los conocimientos de embarque electrónicos.

Asimismo, mencionaremos otras reglas que, a pesar de su uso generalizado en la práctica comercial internacional, son de aceptación voluntaria por las partes y fueron publicadas por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) por primera vez en 1936, ellas son las Reglas Internacionales para la Interpretación de los Términos Comerciales, más conocidas como *INCOTERMS*, que desde 1990 han aceptado los conocimientos de

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

embarque electrónicos, y han ido modificando sus alcances en las diferentes versiones sucesivas, conforme las necesidades del comercio internacional.

A estas alturas, creo que las dudas iniciales sobre si el conocimiento de embarque electrónico puede cumplir con las tres funciones que caracterizan a estos documentos comerciales, está más que zanjada, tanto por la doctrina como por el derecho. Nunca mejor dicho por el Dr. Alberto Cappagli, “...se puede afirmar entonces, que bajo los regímenes que sigan los principios y soluciones de la Ley Modelo, el conocimiento de embarque electrónico puede sustituir legalmente al conocimiento de embarque emitido en papel, incluso en su carácter de título circulatorio.”⁹

EN POSICIÓN DE ZARPADA.

En 1990 el Comité Marítimo Internacional (CMI) dio a conocer las “*Rules for Electronic Bills of Lading*” (Reglas para los Conocimientos de Embarque Electrónicos), cuya finalidad fue crear un mecanismo para reemplazar el conocimiento de embarque en soporte papel, por uno en soporte electrónico.

Este marco normativo, implica diferentes reglas de aceptación voluntaria por las partes contratantes, pero sin fuerza de ley, que reproduce para los conocimientos de embarque electrónicos las mismas funciones de los conocimientos en soporte papel, utilizando tecnología.

Uno de los postulados más importantes que podemos encontrar entre ellas, es lo que establece la Regla 6, referente a que “*El Contrato de Transporte estará sujeto a cualquier convención internacional o ley nacional que hubiera sido de aplicación obligatoria si se hubiera emitido un conocimiento de embarque en papel.*”, quedando bien en claro que ellas no constituirá ley aplicable al contrato de transporte marítimo.

En tanto, la Regla 3 estipula que, deberá utilizarse el sistema de intercambio electrónico de datos (EDI), los cuales deberán cumplir con las normas UN/ EDIFACT relevantes. Sin embargo, las partes pueden utilizar cualquier otro método de intercambio de datos comerciales aceptable para todos los usuarios.

Convengamos, que utilizar actualmente en el Transporte Marítimo Global, el sistema

⁹ Cappagli, Alberto C., “ El conocimiento de embarque electrónico”, papel usado como guía para la exposición del autor en el Seminario dirigido por el profesor doctor Eduardo T. Cosentino, llevado a cabo el 7 de mayo de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

de intercambio electrónico de datos (EDI), implicaría utilizar un sistema primitivo que ha sido superado por los avances tecnológicos, y se han diseñado sistemas que conceden una difusión segura y abierta de información a nivel global, evitándose de este modo enviar información fácilmente a varias personas, duplicarla o reimprimirla, generando riesgos de fraude y de entregas incorrectas de mercaderías.

El resto de las Reglas describen como deberá ser el procedimiento en caso de que las mismas se adopten por las partes contratantes:

- Recibidas las mercancías a bordo del buque, el transportista queda obligado a emitir y enviar un mail al cargador, dando aviso de la recepción de las mercancías y contener toda la información que se exige para la emisión de los conocimientos de embarque en papel.¹⁰ (Regla 4)
- El transportista tendrá la obligación de enviar por la misma vía una clave privada (algoritmo), con lo que se busca asegurar la autenticidad e integridad de la emisión y circulación del mensaje electrónico. (Regla 4)
- El tenedor de la clave privada será el único que puede reclamar la entrega de las mercancías, nombrar el consignatario, transferir el derecho de control y cesión a otra parte, y dar instrucciones al transportista sobre cualquier otro asunto relativo a las mercancías, como si se tratara de un conocimiento de embarque en soporte papel. (Regla 7.a.)
- Durante toda la ejecución del contrato de transporte, el transportista atenderá a las instrucciones de la persona que se identifique mediante la clave privada válida (por transferencia de la propiedad de las mercancías o entrega de las mismas en el puerto de destino).
- En caso de vender o traspasar la propiedad de las mercancías embarcadas bajo conocimiento de embarque electrónico, el tenedor de la clave privada informará al transportista vía electrónica, la sesión a otra persona de sus derechos sobre la mercancía. El transportista, luego de verificar la clave privada y confirmar la notificación, transmitirá al nuevo tenedor la descripción y los detalles de la mercadería, para que este último acepte la cesión y el transportista procederá a anular la clave privada

¹⁰ CMI- “Rules for Electronic Bills of Lading”-(1990), <https://comitemaritime.org/work/rules-for-electronic-billing-of-lading/> -Regla 4: Forma y contenido del mensaje de recepción... b) Este mensaje de recepción deberá incluir: (i) el nombre del remitente; (ii) la descripción de las mercancías, con cualquier representación y reserva, en el mismo tenor que requerido si se emitió un conocimiento de embarque en papel; (iii) la fecha y lugar de recepción de las mercancías; (iv) una referencia a los términos y condiciones de transporte del transportista; y (v) la Clave Privada que se utilizará en las transmisiones posteriores.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

anterior y emitir una nueva clave para el nuevo tenedor. (Regla 7.b.)

- Cuando se tenga certeza, de la fecha de arribo del buque al puerto de destino donde se entregarán las mercaderías, el tenedor deberá nombrar un consignatario en caso de que él no lo sea y, dar al transportista las instrucciones para la entrega utilizando la clave privada. Entregadas las mercancías, la clave privada se cancela automáticamente. (Regla 9).

- En caso de ser necesario, estas Reglas permiten a las partes optar por abandonar el sistema electrónico, anulando la clave privada contra la entrega de un conocimiento de embarque en soporte papel. (Regla 10)

La regla precedente, que permite el intercambio del conocimiento de embarque electrónico por el de soporte papel, implica un reconocimiento al “*principio de equivalencia funcional*” desarrollado y captado por la doctrina y normativa del comercio internacional, el cual postula que no se le negarán efectos jurídicos, validez ni fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”, ni “por la sola razón de que no esté contenida en un mensaje de datos que se supone ha de dar lugar a este efecto jurídico, sino que figure simplemente en el mensaje de datos en forma de remisión” (Ley Modelo arts. 5 y 5 bis), de modo que a la información transmitida en forma de mensaje de datos no le será aplicable norma alguna que le niegue valor probatorio (Ley Modelo art. 9.1)¹¹, de este modo la información que consta en soporte electrónico aprobado también tendrá validez jurídica si se transfiere por escrito a soporte papel.

En concordancia con lo precedente, tenemos la “*Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*” (CNUDMI – 16/12/1996), se trata de un cuerpo normativo, que también carece de obligatoriedad, ya que su eficacia jurídica depende de la voluntad de las partes contratantes, pero también ha sentado las bases para otras normas que se han constituido como obligatorias.

Esta Ley Modelo, ha sido un instrumento muy eficaz regulando e incentivando el uso del documento electrónico, la misma contiene principios relevantes que se han transformado en los pilares fundamentales para producir la transición de soporte, ellos son: (I) principio de no discriminación, (II) principio de equivalencia funcional, (III) inalteración del preexistente derecho de obligaciones y contratos privados, (IV) neutralidad tecnológica, (V) buena fe, (VI) libertad contractual mantenida en el nuevo contexto electrónico.¹²

¹¹ Ley Modelo de Comercio Electrónico (CNUDMI), 16/12/1996.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

DERROTERO HACIA LA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN.

Las normas antes mencionadas, marcaron el rumbo hacia la digitalización de los documentos comerciales, dando un gran impulso y animando a más actores a sumarse a esta travesía, amadrinada a los avances tecnológicos y digitales constantes que influyen en la industria del transporte marítimo global.

Es indudable, la transición de soporte que está experimentando el conocimiento de embarque electrónico, tanto los puertos como las empresas de transporte y logística, tienen la esperanza puesta en reducir costos, mejorar los procesos de comunicación y desarrollar plataformas comerciales que puedan conectar a todos los actores de la cadena de suministros, por ello investigan el potencial que tiene implementar tecnología blockchain, para alcanzar la digitalización del comercio internacional.

Está visto que el desarrollo de tales tecnologías no solo podría impactar en el sector de transporte y logística; también podría transformar profundamente el comercio internacional de bienes.

Más aún, si nos situamos en el contexto internacional actual de pandemia por COVID-19, muchos problemas que se han presenciado en la operatoria comercial por utilización de *conocimientos de embarque en soporte papel* como ser; retrasos en la llegada de los conocimientos, dificultades en su presentación física debido al cierre de oficinas de agentes, cuarentenas de buques, restricciones impuestas al contacto de persona a persona y tantas otras, podrían haberse evitado si se hubiera utilizado el *conocimiento de embarque electrónico*, que hoy se implementa bajo tecnología *blockchain* y permite que todas las partes involucradas tengan acceso a la información, lo que facilita la planificación eficiente de las operaciones y el ahorro en costos.

De esta manera blockchain tiene el potencial de disrumpir en la industria del transporte marítimo internacional, brindando una robusta plataforma digital para el intercambio y análisis de grandes volúmenes de datos en tiempo real, optimizando las operaciones, mejorando la ciberseguridad y aumentando la eficiencia general de la cadena de suministro.

Blockchain es un “libro digital de registros distribuidos”, se trata de una base de datos distribuidos, automatizada, descentralizada, inalterable, en la cual se registran

¹² Juan José Bolinaga y Luis Miguel Cova Pinto (2019), “El conocimiento de embarque en la era del Blockchain”, en “El derecho marítimo en los albores de la tercera década del Siglo XXI” – Homenaje al profesor y doctor Ignacio Luis Melo Ruiz (pp 165/191), México, Ed. Porrúa Print.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

operaciones de intercambio de información entre dos o más partes.¹³

Decimos descentralizada, porque los datos se encuentran almacenados en múltiples equipos que tienen acceso independiente a toda la información, pero de forma encriptada. Se basa en un programa de software de código abierto de punto a punto, que está completamente descentralizado, por lo que un bloque contendrá información de la transacción y cualquier otro dato que pueda capturar.

La única forma en que una transacción sea válida es que aparezca escrita exactamente igual y al mismo tiempo en todos los libros que tengan todos los participantes de la red. Una vez que se agrega un bloque, las computadoras de la red compiten para autenticar el bloque, que luego se sella, lo que hace que la transacción no se pueda modificar.

Lo mismo sucede con cada nuevo bloque de información, es necesario que se lo dote de la autenticidad del viejo bloque, para permitirle formar parte de la cadena. Todos los bloques que confirman la cadena utilizan una contraseña numérica llamada hash, tomada de bloque anterior. A esta transacción se le da un número único y se la agrega al listado de todas las transacciones realizadas previamente, formando así una cadena de bloques (blockchain).

Esto ocurre en cuestión de segundos mediante múltiples computadoras distribuidas por todo el mundo, por tanto, no hay una base de datos central para hackear y la seguridad de la información es casi a prueba de errores, toda vez que todos los libros deben contener exactamente la misma información para que una transacción sea válida.

Por lo tanto, si alguien quisiera alterar la integridad de la cadena de bloques, la arquitectura de funcionamiento de las blockchains hace que la falsificación de los datos sea muy difícil. Por su encadenamiento de datos y sus claves criptográficas, para que la cadena de bloques pueda verse fraguada se requieren dos condiciones, que los servidores se pongan de acuerdo en la defraudación y lo hagan todos al mismo tiempo, pero aunque nada es inquebrantable, será extremadamente difícil eliminar, duplicar, manipular o copiar registros.

La encriptación y la naturaleza descentralizada y distribuida de la *blockchain*, hace que esta plataforma sea muy resistente a los ataques cibernéticos, en comparación con las tradicionales. Tampoco es necesario crear copias de seguridad de la base de datos, ya que una vez que se añade a la cadena de bloques, la información se comparte con el conjunto de la red y se guarda en todos los equipos conectados a la red (nodos),

¹³ Ing. Alexander Eslava Sarmiento (2019), “Blockchain y su impacto en el transporte marítimo global”, <http://portalcip.org/wp-content/uploads/2019/12/BLOCKCHAIN-Y-SU-IMPACTO-EN-EL-TRANSPORTE-MARITIMO-GLOBAL.pdf>

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

conservado cada uno copia de los datos.¹⁴

Blockchain garantiza confianza de manera colectiva de lo que sucede en línea y la información almacenada es imposible de eliminar o editar sin dejar rastros, a menos que la mayoría de los usuarios de la red acepten la solicitud de revisión o eliminación.

Considerando al *conocimiento de embarque electrónico* como un contrato de transporte en particular, emitido bajo la tecnología *blockchain*, podrá registrar las operaciones, fechas, cantidades y participantes, además de contener información sobre la transacción, podrá contener también cualquier cosa que tenga valor.

Blockchain aumenta la eficiencia en la gestión de datos, que mediante el software utilizado permite la automatización de tareas que generalmente se manejan manualmente, la información se almacena en una ubicación que puede ser vista por cualquier usuario en tiempo real, lo cual asegura total transparencia a todos los miembros, ya que todos tienen acceso a todas las transacciones realizadas previamente por cada parte.

BUSCANDO LA ESTANDARIZACIÓN.

La pandemia mundial ha acelerado los cambios que venía vivenciando la industria del transporte marítimo, los avances hacia la era digital y de la información se han intensificado de manera notable, fortaleciendo el uso del conocimiento de embarque electrónico en forma generalizada.

Sin perjuicio de ello, hay ejemplos muy recientes de digitalización en el comercio internacional que ya se venían desarrollando, como el Protocolo eCMR (Carta de Porte Electrónica) que entró en vigor el 5/6/2011 y que el Reino Unido siendo el país número veinticuatro ratificó el 20/12/2019. Otro ejemplo reciente de la industria naviera, es la revisión del Convenio FAL de la OMI (Convenio de facilitación), que hace obligatorio que los barcos y los puertos intercambien información de forma electrónica, el cual entro en vigor el 01/01/2019, dando lugar al desarrollo de documentos digitalizados estandarizados recomendados para su uso por todos los gobiernos contratantes.

Asimismo, el International Group de P&I Club (“IG”), compuesto por alrededor del 90% del tonelaje oceánico del mundo, examinó minuciosamente los marcos legales y aprobó las plataformas de los proveedores de conocimientos de embarques electrónicos,

¹⁴ Carlos D Mirassou Canseco y Andrés O. Hadad (2019), “Nuevo paradigma contractual: los smartcontracts, en #LEGALTECH II (pp 49/61), Buenos Aires, Argentina, Ed. Thomson Reuters.

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

garantizando de esta forma que los sistemas aprobados emitan los mismos, dando cumplimiento con las tres funciones del conocimiento de embarque mencionadas en el apartado I).

De esta forma, las responsabilidades que surgen del transporte de carga concretado bajo conocimientos de embarque electrónicos y emitido a través de los sistemas aprobados, están cubiertos por los Clubes IG, como si los mismos se hubieran emitido en soporte papel.

Hasta ahora el IG ha aprobado seis (6) sistemas electrónicos y hasta 2017 había aprobado los tres primeros, que conformaron la primera generación, basados en un sistema privado y centralizado con acceso limitado mediante contratación con sus administradores¹⁵, ellos son:

I.- BOLERO (Bill Of Lading Electronic Registry Organization- www.bolero.net), aprobado en 2010¹⁶

II.- essDOCS (www.essdocs.com) aprobado en 2010

III.- e-title(www.e-title.net) aprobado en 2015¹⁷

Recientemente, una segunda generación de tres sistemas fue incorporada, los mismos se basan en tecnología *blockchain*, a fin de garantizar la seguridad tanto física como jurídica de los datos e información que se registren. Estos sistemas basan en *Ethereum*, la *blockchain* pública de distribución descentralizada más reconocida y habilitada para el uso de smartcontracts, la cual se caracteriza por el registro permanente de las transacciones, por su total transparencia permitiendo la auditoría de todos y cada uno de los eventos registrados y, por su extrema seguridad basada en la inexistencia de un registro central que puede ser objeto de hackeos.

IV.- Global Share S.A. (edoxOnlineplatform “edoxOnline”- www.globalshare.com.ar) aprobada el 11/06/2019

V.- WAVE (www.wavebl.com) aprobada el 23/12/2019

VI.- CargoX Smart B/L(“CargoX”-www.cargox.io) aprobada el 11/02/2020.¹⁸

¹⁵ e-Bill of Lading”: estandarización ante el desafío Covid-19, Diego Alfaro García, publicado 13/06/2020, <https://www.naucher.com/actualidad/e-bill-of-lading-estandarizacion-ante-el-desafio-covid-19/>

¹⁶ Electronic Bill of Lading: How to Go Paperless with Bolero, essDOCS, e-title, and edoxOnline, <https://altexsoft.medium.com/electronic-bill-of-lading-how-to-go-paperless-with-bolero-essdocs-e-title-and-edoxonline-ea6b11bcb7>

¹⁷ Electronic Bills of Lading - An Update Part I, publicado 26/03/2020, <https://www.ukpandi.com/news-and-resources/legal-content/legal-articles/electronic-bills-of-lading--an-update-part-i/>

¹⁸ Electronic Bills of Lading - An Update: Part II, publicado 01/04/2020, <https://www.ukpandi.com/news-and-resources/legal-content/legal-articles/electronic-bills-of-lading---an-update-part-ii/>

“Las consecuencias de la pandemia que alientan la adopción del conocimiento de embarque electrónico, bajo tecnología blockchain.”

por **Aramayo Débora**

CONCLUSIÓN.

La difícil coyuntura por la pandemia mundial no solo afecta la salud de las personas, sino que además ha influido en aspectos de la sociedad, la cultura y la economía. Ante esta contingencia, la incorporación de la tecnología en todos los aspectos antes reseñados pareciera haberse acelerado.

El mundo y la economía se transforman de manera permanente, sin embargo se producen revoluciones, como la generada por el COVID-19, que provocan cambios disruptivos en todos los órdenes.

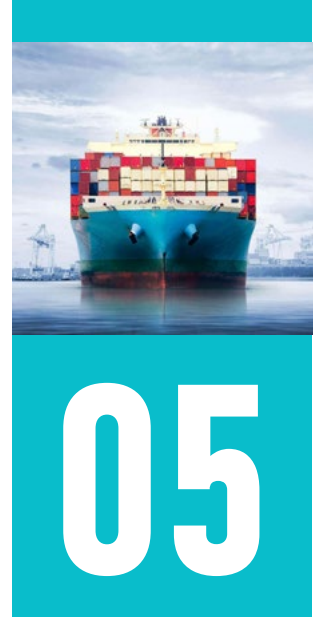
Hoy más que nunca, se siente la gran necesidad de digitalizar los procesos comerciales, con el fin de continuar la travesía, y abordar soluciones para capear el temporal y prepararnos para el futuro.

Tenemos que aprovechar el impulso al mundo digital y asegurarnos de que se tome consciencia de su importancia por los gobiernos y las organizaciones, evitándose retroceder una vez que los percances se hayan disipado.

Considerando que la industria del transporte marítimo internacional, se ha complejizado, cobra gran importancia lograr una regulación estandarizada de los conocimientos de embarque electrónicos, ya que existe un interés común de las partes en alcanzar instrumentos que faciliten y brinden seguridad en el comercio internacional.

Ya lo decía Atilio Malvagni *“La necesidad del comercio y el aspecto siempre cambiante de la economía particular de cada nación y de la general internacional a quienes sirven, los obligan a una constante readaptación de métodos y prácticas para poder realizar el negocio que tienen en vista. Así se crean costumbres, documentos e instituciones...”*¹⁹

¹⁹ Malvagni Atilio, 1956, “Derecho Marítimo - Contratos de Transporte por Agua”, Roque Depalma Editor, pág. 3.



Protegiendo la milla náutica cero.

Kamyla Barrientos Pineda²⁰ y Omar Ricardo Barrios Osorio²¹
GUATEMALA

INTRODUCCIÓN.

El mar territorial de un Estado no representa solo derechos de explotación económica exclusivas o aspectos de soberanía, también representa el cumplimiento de obligaciones con la comunidad de naciones, organismos internacionales e incluso con los actores del comercio exterior, pero en especial los compromisos relativos a la seguridad en el mar, adquiridos en distintas convenciones internacionales. Ese espacio o dimensión se configura, regularmente, por una dimensión de 200 millas náuticas, pero es nuestro interés explicar la seguridad y protección que el Estado de Guatemala debe cumplir en

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

la denominada milla náutica cero, el lugar donde tiene lugar la interfaz buque-puerto.

El sector y actividades marítimo y portuario de Guatemala han tenido un crecimiento constante, pero definitivamente pudo y puede ser mejor. Durante muchos años, como declaran muchos concededores, se le ha dado “la espalda al mar” y no se otorga la relevancia que ostentan los servicios al transporte marítimo y las circunstancias a su alrededor, por diversas razones e intereses, por ello al incorporarnos en el ámbito de la administración pública portuaria guatemalteca encontramos enormes oportunidades de desarrollo para la nación, pero también una serie de obstáculos, atrasos y hasta omisiones en diversidad de aspectos a los que, definitivamente, hay que darles solución, situaciones que se han querido corregir por diversos actores, pero como expresaba Albert Einstein *“Si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo”*, y por ello estamos impulsando generar cambios sustanciales desde otro enfoque que de certeza como lo es el legal, con pertinencia y en especial ordenando los temas por prioridad y una de ellas es la seguridad y protección de las personas y por ende de las instalaciones portuarias, finalidad fundamental del Estado y que Guatemala debe de cumplir derivado del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (1974) y el Código para la Protección de Buques e Instalaciones Portuarias (2002). Para ello es fundamental incorporar la aplicabilidad de los instrumentos internacionales a la legislación primaria y secundaria del Estado, determinando, para el presente caso, los procedimientos que desarrollen las competencias, atribuciones y responsabilidades de las autoridades, así como generar los insumos técnicos necesarios para su aplicabilidad.

²⁰ Licenciada en Ciencia Jurídicas y Sociales, Abogada, Notaria (Universidad Rafael Landívar, Guatemala), LLM en Derecho Marítimo Internacional (International Maritime Law Institute, Malta). Alumna del Curso de Verano de la Fundación Internacional del Derecho del Mar del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, Hamburgo. Socia del Bufete Forum, Abogados & Consultores. Coordinadora de Proyectos y Docente en “Centro de Estudios de Derecho”, Guatemala. Directora de la Unidad de Derecho Marítimo y Portuario -UDEM- del Centro de Estudios de Derecho -CEDE-. Vicepresidenta Suplente del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Fundadora y vicepresidenta de la Asociación Guatemalteca de Derecho Marítimo y Portuario (ASOGUADEM-AP). Fundadora y vicepresidenta de la Asociación WISTA Guatemala. Asesora Legal de la Comisión Portuaria Nacional de Guatemala. Docente Titular de la Universidad Rafael Landívar, Guatemala.

²¹ Licenciado en Ciencia Jurídicas y Sociales, Abogado, Notario (Universidad de San Carlos de Guatemala), Msc. en Políticas Públicas para la Sociedad del Conocimiento (Universidad de Almería, España); estudios de Doctorado en Derecho Constitucional (Universidad de San Carlos de Guatemala). Director de Bufete Forum, Abogados & Consultores. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Rama Guatemala. Director del Centro de Estudios de Derecho -CEDE-. Presidente de la Asociación Guatemalteca de Derecho Marítimo y Portuario (ASOGUADEM-AP). Presidente de la Junta Directiva de la Comisión Portuaria Nacional de Guatemala. Profesor Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC.

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

PUERTOS Y AUTORIDADES NACIONALES DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA.

El Sistema Portuario Nacional de la República de Guatemala tiene características muy particulares y nos encontramos con una serie de dudas de las competencias y atribuciones administrativas de cada entidad Estatal. Por lo anterior en una primera etapa se estableció la importancia de determinar la competencia que corresponde al ente Estatal que presta los servicios marítimos-portuarios, o en su caso la entidad privada, y por otra parte las funciones de la autoridad portuaria y/o marítima en su caso, incluso las atribuciones de la capitania de puerto.

En el caso de la República de Guatemala, con relación al servicio público portuario, se cuenta con tres puertos Estatales, dos bajo la administración de entidades autónomas del Estado, en el Océano Pacífico la Empresa Portuaria Quetzal (EPQ), en el Océano Atlántico la Empresa Portuaria Nacional Santo Tomás de Castilla (EMPORNAC) y la Terminal Ferroviaria Puerto Barrios que se encuentra bajo la administración de una entidad privada.²²

En cuanto a las autoridades Estatales para el control, seguridad y protección del ámbito marítimo y portuario, la legislación nacional designa como autoridad marítima al Ejército de Guatemala, por conducto del Ministerio de la Defensa Nacional, cumpliendo esa función la Marina de la Defensa Nacional, competencia atribuida por el Decreto No. 20-76 del Congreso de la República.

El Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda (CIV) ostenta la calidad de autoridad portuaria desde 1945 en Decreto No. 93 (derogado) y en 1997 por Decreto No. 114-97 (vigente), ambos del Congreso de la República, pero por el carácter de autonomía administrativa de las entidades portuarias el CIV se ha encontrado con algunas limitaciones generadas, posiblemente, por interpretaciones incorrectas del ordenamiento legal. El CIV ha delegado varias atribuciones a la Comisión Portuaria Nacional (CPN), entidad asesora del Organismo Ejecutivo constituida en 1972, en especial lo relacionado con la protección portuaria que surge del Código para la Protección de Buques e Instalaciones Portuarias (Código PBIP), otorgando la calidad de autoridad designada en 2019. La autoridad del puerto, con atribuciones sobre los buques y naves que tienen destino al puerto o que surcan aguas territoriales, corresponde a la Capitania

²² El cuarto puerto de Guatemala, en Océano Pacífico, es Champerico, administrado por la Empresa Portuaria Nacional de Champerico (EPNC); este puerto pesquero se encuentra azolvado, pero se efectúan estudios para su recuperación.

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

del Puerto, competencia establecida en el Reglamento para el Gobierno y Policía de los Puertos de la República, emitido por el Presidente de la República el 21 de abril de 1939.

Las competencias administrativas deberían estar claramente definidas, pero cuando todos convergen en un mismo espacio, es decir en el puerto, exactamente en la milla náutica cero, los problemas de interpretación surgen entre los funcionarios de las entidades administradoras del servicio portuario, la capitanía de puerto, la autoridad marítima, la autoridad portuaria y la autoridad designada, incluso entre la autoridad de recaudación tributaria (aduanas); posiblemente la ausencia de una regulación codificada sobre la materia obliga a realizar integración e interpretación sobre las competencias, en especial cuando nos toca analizar y determinar las obligaciones del tema de protección portuaria y el Código PBIP.

LA INCORPORACIÓN Y APLICABILIDAD DE LA NORMATIVA MARÍTIMA INTERNACIONAL.

Uno de los principales retos que Guatemala ha enfrentado hasta el momento en esta apasionante materia es el conocimiento, aplicación y sobre todo nacionalización de las Convenciones internacionales marítimas y portuarias, primordialmente debemos resaltar la importancia de la unificación de la legislación que emana de estas Convenciones internacionales, ya que esta radica principalmente en que el principio internacional de reciprocidad²³ pueda ser cumplido a cabalidad por los Estados. Es por ello por lo que uno de los principales objetivos de “implantar” o “nacionalizar” las normativas internacionales, tiene un propósito elemental en los Estados que son parte de la Organización Marítima Internacional (OMI).²⁴

La implantación de estos Convenios es de suma importancia, de no hacerlo, la omisión de los procedimientos específicos para poder aplicar y poner en práctica los mismos produciría efectos en las auditorías, limitaciones en el desarrollo, entre otros. Pero para hacerlo, hay que tomar en cuenta diversos aspectos, principalmente técnicos, legales y logísticos de un país. Pero más allá y lo que no se debe olvidar, es que representa el cumplimiento internacional de obligaciones adquiridas por el Estado. La República de Guatemala es parte de diversas Convenciones Internacionales de la OMI que

²³ Término que se da a la costumbre que sigue un Estado determinado de conceder a otro Estado un trato semejante al que recibe de él, en un determinado punto de la cooperación internacional.

²⁴ La OMI -Organización Marítima Internacional- es el organismo especializado de las Naciones Unidas responsable de la seguridad y protección de la navegación y de prevenir la contaminación del mar por los buques.

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

pretenden unificar a nivel internacional los principios y postulados que estas señalan, con el objetivo de propiciar un comercio internacional más seguro, ágil y eficiente, sin embargo el principal problema que se puede encontrar, es que a pesar de ser parte de estas Convenciones, no existe legislación nacional que las desarrolle y por lo tanto, su aplicabilidad es limitada, en algunos caso poca o nula en ocasiones, lo que propicia el incumplimiento de las mismas.

Al iniciar las actividades que ejercemos en la CPN, uno de los principales obstáculos que encontramos es la ausencia de desarrollo de la política marítima-portuaria, por ello construir una cultura en este ámbito, generar conciencia y sobre todo educar, tanto a autoridades como a la población en estos aspectos es fundamental. Lo anterior tiene como consecuencia que la parte legal de las actividades marítimas y portuarias también se encuentre limitado, reflejado, como ya hemos comentado, en la ausencia de normas reglamentarias. La falta de coordinación, cooperación, conocimiento y apoyo interinstitucional, posiblemente, generó que a lo largo de los años la normativa no pueda desarrollarse de la mejor forma y que a pesar de que en la práctica, en el día a día se realicen los esfuerzos por cumplir con las obligaciones adquiridas, las normas no reflejen lo mismo, lo que genera un vacío legal que conlleva a incumplimientos internacionales y por lo tanto representa un obstáculo en cuanto a la unificación de la legislación internacional, lo que se traduce en falta de competitividad en cuanto a nuestro comercio marítimo internacional. De este modo, entre las prioridades a asumir se inició con la nacionalización del Código PBIP, en virtud que la seguridad y protección de los buques y de los puertos es un tema esencial y prioritario para el fomento del comercio internacional transportado por vía marítima, al garantizar que los puertos guatemaltecos se encuentran cumpliendo los parámetros internacionales y que son puertos seguros.

El Estado de Guatemala adquirió el compromiso de garantizar la seguridad de los buques, adhiriéndose al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, 1974 enmendado (Convenio Solas), el cual concreta la importancia que tiene la seguridad (“*safety*”) de la vida humana en el mar.²⁵ Este Convenio ha sido enmendado en varias ocasiones, respondiendo a diversos actos que se han suscitado en el plano internacional, pero una de sus características esenciales es que tiene implícita la aceptación tácita de las enmiendas posteriores que surjan, luego de su ratificación o adhesión por algún Estado parte.²⁶ Al haber sido aprobado el Convenio a través del Decreto-Ley No. 74-82 del Presidente de la República en Consejo de Ministros,²⁷ pasó a

²⁵ International Maritime Organization. History of SOLAS. Disponible en: <http://www.imo.org/es/knowledgecentre/referencesandarchives/historyofsolas/paginas/default.aspx>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2020.

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

formar parte del ordenamiento jurídico guatemalteco, y, por lo tanto, en su calidad de Estado Contratante, el Estado de Guatemala aceptó, se obligó e incorporó lo preceptuado en cada una de las disposiciones contenidas en el referido convenio, esto quiere decir que su cumplimiento es indefectible.

Derivado del atentado terrorista del 11 de septiembre de 2001, se emite el Capítulo XI-2, el cual versa sobre medidas especiales para incrementar la protección marítima (“*security*”), en el cual se incluye el Código PBIP, el cual entró en vigor apenas 18 meses después de su adopción por la Conferencia del SOLAS en diciembre de 2002, por la vía de la aceptación tácita, esto generó que todos los Estados parte debían implantar en sus ordenamientos legales, la normativa relativa a la protección de los buques y de las instalaciones portuarias.²⁸

En la legislación guatemalteca, derivado que al momento en que SOLAS se incorporó a la legislación nacional, se realizó en virtud de un Decreto de rango ordinario, la misma debe ser nacionalizada o implantada a través de un Reglamento, esto derivado de que el Estado de Guatemala, sigue la corriente monista del Derecho Internacional²⁹, razón por la cual, al aprobar una Convención por el Congreso de la República de Guatemala, se emite un Decreto, en el cual se publica íntegramente el documento internacional.

Desde ese momento, forma parte de la legislación nacional y por lo tanto su observancia es de cumplimiento obligatorio. En tal sentido, inclusive la Corte de Constitucionalidad ha manifestado al respecto:

“(...) de conformidad con nuestro sistema legal, los Convenios Internacionales aceptados y ratificados por el Estado de Guatemala constituyen parte del sistema jurídico propio del Estado de Guatemala, por lo que la facultad reglamentaria del artículo 183 de la Constitución Política de la República permite al Presidente de la

²⁶ La aceptación tácita consiste en que toda enmienda (reforma) realizada a un Convenio entrará en vigor en una fecha determinada a menos que, antes de esa fecha, un determinado número de Partes que señale el Convenio haya formulado objeciones.

²⁷ Las convenciones internacionales son aprobadas por el Congreso de la República y ratificadas por el Presidente de la República. El caso de la Convención Solas es particular porque en ese momento Guatemala se encontraba bajo la administración de Jefe de Gobierno derivado de un golpe de Estado.

²⁸ Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (Código PBIP), Resolución 2 de la Conferencia de los Gobiernos Contratantes del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (1974), adoptada el 12 de diciembre de 2002 (Publicada en el Diario Oficial el 31 de julio de 2006).

²⁹ Pellecer López, Carlos Rafael. Postura Dualista o Monista del Derecho Internacional en Guatemala. 16 Rev. Fac. Derecho 167 (1999)

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

República desarrollar la reglamentación en esta materia, en ausencia de una normativa legislativa ordinaria.”³⁰

En el Reglamento que se encuentra en trámite, se nacionalizará el Convenio Internacional y se establecerán los procedimientos para el efectivo cumplimiento de los compromisos adquiridos. Además la OMI también ha emitido diversas directrices con la finalidad de apoyar a los Estados parte a realizar una efectiva ejecución de los parámetros señalados en el Código PBIP y la correcta implantación de este en el ordenamiento legal de cada Estado, por lo que emitió el 1 de junio del año 2016, a través del Comité de Seguridad Marítima, la Circular MSC/1525, que contiene las orientaciones para la elaboración de regulación nacional en materia de protección marítima, las cuales fueron la base para la elaboración del proyecto de Reglamento guatemalteco.

Debemos agregar que, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Organismo Ejecutivo, artículo 30, literal i), la atribución para ejercer la actividad Estatal de Autoridad Portuaria corresponde al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda (CIV) ³¹; la Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad permite claridad en ello:

“De acuerdo con la Ley del Organismo Ejecutivo, corresponde al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda (nominado así por el Decreto 22-99 del Congreso de la República) formular políticas y hacer cumplir el régimen jurídico aplicable al establecimiento, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de comunicaciones y transporte del país, y para ello, dicho Ministerio de Estado ejerce la autoridad portuaria y aeroportuaria nacional -artículo 30, literal i) de la Ley del Organismo Ejecutivo-.” Inconstitucionalidad Total, Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 1221-2001, Guatemala, 7 de marzo de 2002.

De lo anterior se determina que la norma internacional debe ser desarrollada a nivel nacional para su desarrollo, unificación con la legislación internacional y sobre todo para el efectivo cumplimiento del principio de reciprocidad, mediante norma reglamentaria.

³⁰ LAmparo en Única Instancia, Corte de Constitucionalidad. Expediente No. 1072-2011, Guatemala, 24 de noviembre de 2011.

³¹ Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Ejecutivo. Decreto Número 114-97 y sus reformas. “Artículo 30. Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda. Al Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda le corresponde formular las políticas y hacer cumplir el régimen jurídico aplicable al establecimiento, mantenimiento y desarrollo de los sistemas de comunicaciones y transporte del país; al uso y aprovechamiento de las frecuencias radioeléctricas y del espacio aéreo; a la obra pública; a los servicios de información de meteorología, vulcanología, sismología e hidrología; y a la política de vivienda y asentamientos humanos; para ello, tiene a su cargo las siguientes funciones: (...) i) Ejercer la autoridad portuaria y aeroportuaria nacional. (...)”

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

Habiendo señalado lo anterior, desde la Comisión Portuaria Nacional, que de conformidad con la legislación nacional es la Autoridad Designada para la aplicabilidad y efectivo cumplimiento del Código PBIP, se elaboró a requerimiento del Ministerio de Finanzas Públicas y del Ministerio de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda, el anteproyecto de Reglamento para la Protección de las Instalaciones Portuarias, el cual representa un avance y cumplimiento a nivel internacional de las obligaciones adquiridas por el Estado y permite además, subsanar hallazgos y recomendaciones relativos a las auditorías efectuadas tanto por la Organización Marítima Internacional, como lo señalado por el *International Port Security Program*, de los Estados Unidos de América, que tiene por objeto coadyuvar con la protección portuaria de los Estados con los que existe una relación comercial.

No podemos obviar que el principal destino de exportaciones del comercio de Guatemala es a puertos de los Estados Unidos de América y dar certeza que el buque partió desde la milla náutica cero con el cumplimiento de las normas de protección genera confianza y certeza y es extensivo a la comunidad de Estados.

El anteproyecto fue considerado por la autoridad portuaria y se presentó a las autoridades nacionales relacionadas, siendo la autoridad marítima quien expuso aspectos que fueron incorporados, lo cual es sumamente relevante por criterios anteriores y se superan las confusiones o debates de competencias entre autoridad marítima y autoridad portuaria. Posteriormente se remitió a la Procuraduría General de la Nación el proyecto de Reglamento, obteniendo dictamen favorable del ente consultor y asesor del Estado. Actualmente el proyecto se encuentra en la Secretaría General de la Presidencia de la República, quien emitió opinión favorable y fue trasladado al Presidente Constitucional de la República para su consideración y aprobación.

Uno de los aspectos a resaltar del proyecto del Reglamento es que el mismo fue compartido con autoridades de otros Estados y con organizaciones internacionales como la Comisión Centroamericana de Transporte Marítimo (COCATRAM), quien fue la única que aportó observaciones y recomendaciones. El trabajo de desarrollar una metodología para la edición del proyecto del reglamento nos permite poder aportar nuestra primera experiencia a los Estados que no cuenten con la reglamentación pertinente de considerarlo necesario.

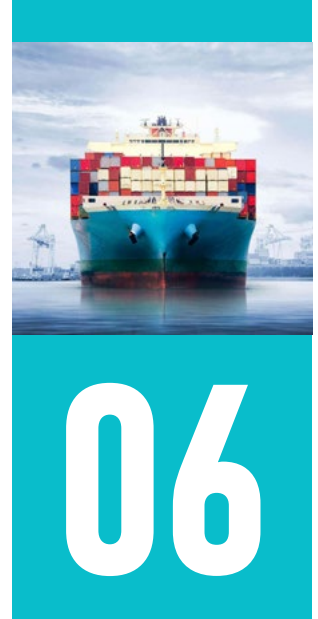
Durante varios años la Comisión Portuaria Nacional, realizó las actividades en materia de protección de las instalaciones portuarias, exactamente desde el 1 de julio del año 2004, realizando acciones administrativas pero sin norma reglamentaria que determinara los alcances de los procedimientos y diera certeza y respaldo a los manuales respectivos, por ello la elaboración del Reglamento respectivo representa un avance y desarrollo legal a nivel marítimo-portuario nacional, ahora se contará con la legislación

“Protegiendo la milla náutica cero.”

por **Barrientos Pineda, Kamyla Alejandra y Barrios Osorio Omar Ricardo**

pertinente para el cumplimiento de sus funciones, se aprobarán adecuadamente las auditorías y ello provoca que la nación se vea beneficiada, no solamente a nivel nacional, sino internacionalmente por la certeza al comercio exterior, en especial con los socios comerciales más cercanos.

Como Estado vamos avanzando, estamos superando la milla cero, y debemos ir adentrándonos a más millas náuticas hacia el desarrollo marítimo portuario del país, tratando de resolver lo inconcluso, sentar una guía hacia dónde vamos y sobre todo superando obstáculos de toda índole, que nos permitan navegar libremente. Aún existen diversos retos que deben superarse en nuestro Sistema Portuario Nacional, pero lo más importante es que hoy en día, estos representan oportunidades de crecimiento, de alianzas, de desarrollo y sobre todo que somos parte de ese cambio y que contamos con el apoyo de los expertos, amigos y hermanos iberoamericanos y de otras naciones en esta aventura de aportar desde la legalidad y el Derecho.



La responsabilidad del transportista por daños a los pasajeros en caso de siniestro marítimo y daños punitivos.

Giorgio Berlingieri³²

ITALIA

LA DISCIPLINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA EN EL ÁMBITO DEL CÓDIGO DE LA NAVEGACIÓN.

Antes de la introducción de las normas del Reglamento (CE) N° 392/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril del 2009, relativo a la responsabilidad de los transportistas que transportan pasajeros por mar en caso de accidente, la responsabilidad del transportista marítimo de personas por daños al pasajero y al equipaje, en el ordenamiento italiano estaba regulada por los artículos 409 y sucesivos del código de navegación.³³

La responsabilidad por muerte o lesión se encuentra allí esbozada sobre el modelo de la responsabilidad por culpa presunta, de conformidad con lo que establece el art.1218 del código civil (c.c.) en tema de responsabilidad por incumplimiento contractual, o sea la responsabilidad subsiste si no se demuestra que el evento ha derivado por causa no imputable.

Está a cargo del deudor de la prestación la prueba de liberación, mientras le corresponde al pasajero demostrar que el infortunio se ha verificado entre su embarque y desembarque.³⁴

Pero la jurisprudencia ha aplicado la normativa codicista en sentido menos favorable para el pasajero. De hecho, se le pide³⁵ que identifique la lesión sufrida y la causa del siniestro.

³² Licenciado en leyes (Universidad de Génova), Curso de Derecho Marítimo (London UniversityCollege - Universidad de Londres), Curso de especialización en Derecho Marítimo (New York University - Universidad de Nueva York), Curso de especialización en Derecho Marítimo (Tulane University - Universidad de Tulane, Nueva Orleans), Curso de especialización en Derecho Internacional Marítimo (Berkley University - Universidad de Berkley - San Francisco), Vicepresidente del Comité Marítimo Internacional del 2012 al 2018, Vicepresidente para Italia del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Presidente de la Asociación Italiana de Derecho Marítimo, Socio del Bufete Legal Berlingieri Maresca, Génova, Director Responsable de “El Derecho Marítimo”, Miembro Colaborador del Consejo de “Derecho Marítimo Francés”. Conferencista habitual en foros marítimos. Autor de varias publicaciones (www.berlingierimaresca.it). Se especializa en embargo preventivo y venta forzosa de buques, limitación de la responsabilidad por créditos marítimos, salvamento, remolque, accidentes de la navegación, abordaje, contratos de fletamento, privilegios marítimos e hipoteca naval; Miembro del Consejo Científico de la Revista de Derecho de la Navegación.

³³ En cuanto al transporte marítimo de personas en general: A. Zampone, *Il trasporto marittimo di persone, I contratti di trasporto (El transporte marítimo de personas, Los contratos de transporte)*, Tomo I, Transporte aéreo y marítimo, Zanichelli 2017, 429; S. Zunarelli - M. Comenale Pinto: *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti (Manual de derecho de la navegación y de los transportes)*, Cedam 2016, 327; S. M. Carbone- P.A. Celle - M. Lopez de Gonzalo, *Il diritto marittimo attraverso i casi e le clausole contrattuali (El derecho marítimo mediante los casos y las cláusulas contractuales)*, Giappichelli 2015, 229; M. Casanova-M.Brignardello, *Diritto dei Trasporti (Derecho de los Transportes)*, Vol. II, Giuffrè 2012, 81; G. Mastrandrea, *Il trasporto marittimo di persone, Trattato breve di diritto marittimo (El transporte marítimo de personas, breve Tratado de derecho marítimo)*, II, Giuffrè 2008, 67; S. Pollastrelli, *Il contratto di trasporto marittimo di persone (El contrato de transporte marítimo de personas)*, Giuffrè, 2008.

³⁴ A. Dani, *Sulla distribuzione dell'onere della prova nel contratto di trasporto di persone (En cuanto a la distribución de la obligación de prueba en el contrato de transporte de personas)*, Der. Mar. 1981, 385.

³⁵ Tribunal de Casación, 9 de agosto de 1972, n. 2658, Der. Mar. 1974, 137

³⁶ Tribunal de Casación, 7 de febrero de 1962, n. 244, Der. Mar. 1962, 557, en la pág. 564: “el transportista (sea éste marítimo, aéreo o terrestre) está obligado a adoptar las medidas necesarias para asegurar, de acuerdo con una diligencia normal, la seguridad de los pasajeros, mientras queda liberado de responsabilidad en el caso que resulte comprobada la falta de una culpa del mismo o de sus dependientes o encargados. En cuanto a dicha falta de culpa, en los accidentes durante el transporte, es suficiente la prueba de haber predispuesto todo lo necesario para la seguridad de los pasajeros; en los accidentes en ocasión del transporte, es necesaria la prueba de que el evento dañoso es consecuencia de hecho imprevisible por parte del transportista o de sus encargados y dependientes (fortuito) o sea por

Se ha distinguido también entre siniestros “a causa” y “en ocasión” del transporte³⁶ y al respecto existe una diferente configuración de la prueba liberatoria a cargo del transportista³⁷.

El código de la navegación (c.n.) no prevé, sin embargo, limitaciones cuantitativas para la indemnización del daño sufrido por el pasajero. El transportista, si se hizo cargo del ejercicio del barco y es su armador, no obstante se puede valer de las normas sobre la limitación de la deuda a que se refiere el art.275 c. n. y del decreto legislativo N° 111/2012 de actuación de la Directiva (CE) N° 20/2009, que contiene normas sobre el seguro de los armadores para los créditos marítimos.

En cuanto al transporte del equipaje, para aquel entregado, en el primer párrafo del art. 412 c. n., similarmente dispone que es necesaria la prueba de que la pérdida o avería no derivan de causas imputables al transportista. Sin embargo, la responsabilidad está limitada a 6,20 Euros por kilogramo, excepto declaración de mayor valor.

Para el equipaje no entregado, siempre el art. 412 c. n. establece en cambio en el último apartado, que la responsabilidad subsiste solo si el pasajero prueba que la pérdida o la avería fueron causadas por una causa imputable al transportista.

El art. 413 c.n. contempla asimismo, que tales disposiciones se aplican también al transporte para el cual no está previsto el pago de ninguna remuneración al transportista, o sea al transporte gratuito. Sin embargo, en el caso de transporte amistoso con prestación no contractual sino a título de liberalidad o cortesía, el art. 414 c.n. establece

un hecho que no se pudo evitar a pesar del uso de la debida diligencia (fuerza mayor)”.

En el presente caso se trató de un accidente sufrido en ocasión del transporte. Tratando de abrir una puerta de acceso a un puente externo, un pasajero se apretó una mano como consecuencia del brusco y repentino cierre de dicha puerta, la cual se encontraba barlovento, mientras la nave se encontraba navegando con mar muy agitado y viento fuerte. Los Jueces de legitimidad confirmaron la decisión del Tribunal de Apelación, que declaraba al transportista libre de culpa, mientras el pasajero hubiera tenido que desistir del intento de abrir la puerta, dirigiéndose hacia una puerta sotavento.

³⁷En la sentencia, Der. Mar. 1962, 557 en la pág. 572 *“el transportista tiene el derecho de confiar también en la prudencia normal de los pasajeros, no equiparables - ni siquiera a nivel jurídico - a simples res, respecto a las cuales corresponda a dicho transportista la obligación in custodiendo. Y desde este punto de vista, aparte la necesidad de garantizar la circulación en el barco para cualquier eventualidad y precisamente por una medida de seguridad obvia, es determinante que la sentencia impugnada, haciendo referencia - implícita pero necesariamente - a la obligación de colaboración que corresponde al pasajero, el cual debe adoptar las precauciones normales dictadas por una diligencia común, ha considerado - en resumen - que el peligro representado por la apertura de la puerta no obstante el fuerte viento en sentido contrario y el fuerte balanceo del barco, era un peligro que podía ser advertido por los pasajeros usando la normal prudencia y por lo tanto sin que hubieran sido necesarias medidas especiales o señales”.* Se consideró también que de todos modos al pasajero le corresponde la obligación de una conducta inspirada en la diligencia común. Para una pronunciación reciente relacionada sobre una lesión calificada como accidente que tuvo lugar durante el transporte, Tribunal de Forlì, 20 de agosto de 2015, Der. Mar. 2015, 667.

que el transportista solo responde en caso de dolo o culpa grave³⁸.

EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD A QUE SE REFIERE EL CONVENIO DE ATENAS DE 1974 Y EL PROTOCOLO DE LONDRES DEL 2002

La regulación uniforme está constituida por el Convenio de Atenas del 13 de diciembre de 1974, relativa al transporte de pasajeros por mar y de sus equipajes, dirigida en sentido más favorable al transportista, tanto en términos de la imputación de responsabilidad como de la limitación compensatoria.³⁹

Su examen es útil y oportuno puesto que el Reglamento (CE) 392/2009, que ha recibido el Convenio en el ámbito de la Unión Europea, se inspira en el mismo.

El Convenio de Atenas (art. 1), es aplicable a los transportes marítimos internacionales de personas. Por los mismos se entienden lo que comienzan y terminan en dos diversos Estados. Son transportes internacionales incluso los comenzados o terminados en un Estado único, si el barco efectúa una escala intermedia en un Estado diferente.

Con respecto a la aplicación del Convenio, en alternativa se pide (art. 2) que el barco tenga la nacionalidad de un Estado contratante, o que el contrato haya sido estipulado en un Estado contratante.

No está especificado si el Convenio se aplica únicamente a los transportes por concepto oneroso, por lo tanto se podría considerar que se extienda también al transporte gratuito, con exclusión del amistoso.

El espacio de tiempo objeto de lo establecido por el Convenio no comprende solo la fase del transporte marítimo y el período en el que el pasajero y su equipaje de cabina se encuentran a bordo del barco. De hecho comprende también la fase de embarque y desembarque, así como la eventual transferencia por agua, desde el muelle hasta

³⁸ A. Antonini: *Il trasporto amichevole: lineamentigeneraliedinadeguatezzadella disciplina del codicedellanavigazione (el transporte amigable: características generales e inadecuación de la disciplina del código de navegación)*, Der. Transp. 2004, 9.

³⁹ Para un comentario profundo del Convenio de Atenas, F. Berlingieri, *Le Convenzioniinternazionali di dirittomaritimo e ilcodicedellanavigazione (Los Convenios internacionales de derecho marítimo y el código de la navegación)*, Giuffrè 2009, 1131; véase también M. Casanova, *La tutela del passeggeronellaConvenzione di Atene (La tutela del pasajero en el Convenio de Atenas)*, Der. Mar. 2006, 1089; véase también A. Dani, *La Convenzione di Atenesul trasporto di passeggeri e bagaglio (El Convenio de Atenas sobre el transporte de pasajeros y equipaje)*, Transp. 1976, n.8, 101.

el barco y viceversa. Sin embargo, es necesario que el precio de dicha transferencia esté comprendido en el del boleto. Por otra parte, es menester que el medio utilizado para tal transporte accesorio, haya sido puesto a disposición del pasajero por parte del transportista.

Sin embargo, permanece excluido el tiempo durante el cual el pasajero se encuentra en una Estación Marítima o en un muelle u otra instalación del puerto. No obstante, existe una reglamentación diversa por lo que se refiere al equipaje de cabina, es decir aquel que el pasajero tiene en su cabina o en su poder o custodia. Para el mismo el transporte comprende, de hecho, también el espacio de tiempo en el que el pasajero se encuentra en las susodichas instalaciones o estructuras portuarias. Por otra parte, es necesario que el transportista o sus agentes o responsables se hayan encargado del equipaje y no haya sido devuelto al pasajero.

La normativa relacionada con el transporte se refiere también al equipaje en el vehículo del pasajero, y a cualquier otro equipaje del cual se hace cargo el transportista, sus agentes o responsables.

Las reglas sobre la responsabilidad se aplican tanto al transportista contractual como al transportista de hecho, en cuanto a la parte de transporte realizada por el mismo.

En efectos, el transporte puede ser efectuado materialmente por un sujeto diverso del transportista contractual. El mismo podría ser el propietario, el armador o el fletador del barco. Como tal, es responsable solidario junto con el transportista contractual, con respecto al pasajero.

El art. 3 del Convenio, modificado por el Protocolo de Londres del 1 de noviembre del 2002, reglamenta la responsabilidad del transportista con una pluralidad de normas de origen inderogable. Las mismas expresan una distinción inicial entre siniestros provocados por un “accidente marítimo” o por otros eventos. Por lo tanto se proporciona la noción de “accidente marítimo”, definida como naufragio, vuelco, colisión, encalladura, explosión, incendio o defecto del barco.

El listado es considerado taxativo y por lo tanto no sujeto a extensiones análogas. Se estima que depende del pasajero la prueba que el accidente sufrido por el mismo fue provocado por un siniestro marítimo.

Si el accidente procede de un siniestro marítimo, la responsabilidad del transportista es objetiva hasta el monto de 250.000 Derechos Especiales de Giro (DEG). Por otra parte, el transportista puede demostrar que el accidente fue causado por acto de guerra, hostilidad, guerra civil, insurrección o fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable o irresistible o por el acto intencional de un tercero. Esto lo exime de responsabilidad.

Por encima de tal importe, la responsabilidad del transportista se presume. De hecho subsiste a menos que el mismo demuestre que el evento dañoso no es atribuible a su culpa o negligencia.

Si el daño es provocado por causas diferentes de las comprendidas en la definición de “siniestro marítimo”, la obligación de demostrar la culpa del transportista le corresponde al pasajero.

En todos los casos de daño, tanto que sea provocado por un siniestro marítimo como por otra causa, la indemnización por muerte o lesión del pasajero está limitada al importe máximo de 400.000 DEG.

Sin embargo, el derecho del transportista para servirse de dicho límite decae si la persona dañada demuestra que el siniestro fue causado por un acto u omisión cometidos con la intención de provocar el daño, o temerariamente y con la conciencia del posible verificarse del daño.⁴⁰

Está prevista la posibilidad (art.7) que un Estado contratante establezca límites diferentes, siempre que no sean inferiores, y que los límites superiores sean acordados (art.10) por el transportista y el pasajero. En los límites no están incluidos los intereses y gastos legales.⁴¹

El Protocolo del 2002⁴² integra las normas del Convenio en tema de responsabilidad del transportista. De hecho establece (art. 4 bis) la obligación para el transportista, que realiza efectivamente el transporte con barco autorizado a transportar más de doce pasajeros, de mantener una cobertura de seguro u otra garantía financiera no inferior de 250.000 DEG por pasajero.

Una vez verificada la existencia de la cobertura de seguro, el Estado de la bandera

⁴⁰ En cuanto a la interpretación de dicho concepto, por sin embargo en un caso de transporte aéreo: Tribunal de Casación del 19 de abril de 2001, n. 8388, con nota de S. Bottacchi, *Condotta temeraria e consapevole e decadenza del vettoreaereo dal beneficio dellalimitazione del debito (Conducta temeraria y consciente y caducidad del transportista aéreo por el beneficio de la limitación de la deuda)*, Der. Mar. 2002, 1288.

⁴¹ En cuanto al límite de indemnización: C. Perrella, *Convenzione di Atene e Regolamento (CE) 392/2009: alcune questioni aperte in materia di risarcimento di danno alla persona (Convenio de Atenas y Reglamento (CE) 392/2009: algunos asuntos abiertos relacionados con indemnización de daño a la persona)*, Der. Mar. 2012, 812.

⁴² F. Berlingieri, *L'adozione del Protocollo 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto per mare di passeggeri e loro bagagli (La adopción del Protocolo 2002 del Convenio de Atenas de 1974 sobre el transporte por mar, de pasajeros y sus equipajes)*, Der. Mar. 2002, 1498; L. Tullio, *Protocollo di Londra del 1 novembre 2002 alla Convenzione di Atene del 1974 sul trasporto marittimo di passeggeri e del loro bagaglio (Protocolo de Londres del 1 de noviembre 2002 del Convenio de Atenas de 1974 sobre transporte marítimo de pasajeros y su equipaje)*, Der. Transp. 2003, 337.

que es parte del Convenio debe expedir un certificado que compruebe la existencia de la cobertura.

El Estado de bandera no autoriza al barco a viajar sin dicho certificado. Los demás Estados parte del Convenio no permiten, por otra parte, la escala en los puertos propios a los barcos que carecen del certificado.

Está contemplada la posibilidad que el dañado promueva la petición de indemnización directamente contra la aseguradora u otro sujeto que ha suministrado la cobertura financiera.⁴³

El régimen de responsabilidad por la pérdida o el daño del equipaje está basado siempre en cuanto a la culpa. Sin embargo la obligación de la prueba es parcialmente diferente para el equipaje de la cabina u otro equipaje.

En caso de daño provocado por accidente marítimo, la culpa es siempre presunta por lo que respecta el equipaje a mano. Respecto al daño provocado por otro motivo es necesario, en cambio, que el pasajero proporcione la prueba de la culpa del transportista.

Por lo que respecta el equipaje de otro tipo, subsiste la responsabilidad del transportista, a menos que acredite que el evento que ha provocado el daño se ha verificado sin su culpa.

Por otra parte, la responsabilidad del transportista está limitada a los importes establecidos por el Protocolo del 2002 los cuales ascienden a 2.250 DEG para el equipaje de cabina, a 3.375 DEG para el equipaje diverso y a 12.700 DEG para el automóvil transportado.⁴⁴

Está establecida (art. 15) para el pasajero, la obligación de efectuar una comunicación escrita al transportista o a su agente, en cuanto a la pérdida o daño del equipaje, salvo que se efectúe un peritaje conjunto.

En caso de daño aparente del equipaje de cabina, la denuncia se debe de efectuar antes o durante el desembarque del pasajero. Para cualquier otro equipaje, la denuncia se debe efectuar antes de la entrega o en dicho momento.

Si el daño no es aparente, la denuncia se debe hacer dentro de los quince días de la

⁴³ E.P.A. Celle, *I profili assicurativi della responsabilità del vettore marittimo di persone nella Convenzione di Atene e nel regolamento (CE) 392/2009 (Los perfiles de seguros de la responsabilidad del transportista marítimo de personas en el Convenio de Atenas y en el reglamento (CE) 392/2009)*, Der. Mar. 2012, 766.

⁴⁴ M. Seppi, *Il danno subito dal veicolo al seguito del passeggero marittimo: disciplina e normativa internazionale uniforme (El daño sufrido por el vehículo transportado que acompaña al pasajero marítimo: disciplina y norma internacional uniforme)*, Der. Mar. 2017, 238.

fecha del desembarque o de la devolución, o a partir de la fecha en la que hubiera tenido que tener lugar la devolución.

Si la denuncia no se realiza dentro de dichos plazos existe presunción, excepto prueba contraria, que el equipaje haya sido recibido sin daños.

El art.16 del Convenio indica el plazo dentro del cual se deben de llevar a cabo las reclamaciones de indemnización contra el transportista.

Dicho plazo es de dos años y el transcurso extingue la acción. Su origen jurídico es el de un plazo de prescripción, puesto que el mismo está calificado así en el texto francés. Asimismo, el párrafo 3 del art. 16 contiene un reenvío a la *lex fori* con respecto a la suspensión y a la interrupción del plazo. Dado que las disposiciones del código civil en tema de suspensión e interrupción son propias de la prescripción y no de la caducidad, resulta fuera de duda que el origen del plazo es de prescripción.

EL REGLAMENTO (CE) Nº 392/2009

Italia no ha ratificado tanto el Convenio de Atenas como su Protocolo. Por lo mismo, el transporte marítimo de personas sigue siendo reglamentado por el código de la navegación.

La entrada en vigor, el 21 de diciembre de 2012, del Reglamento que incorpora en gran medida los contenidos del Convenio de Atenas y de su Protocolo, modifica por lo mismo para Italia, la disciplina de los transportes marítimos internacionales⁴⁵.

Sin embargo, el Reglamento extiende el ámbito de aplicación de las normas del Convenio y del Protocolo, incluso a los transportes dentro de un Estado único, efectuados con barcos pertenecientes a las clases A y B. Según el art. 4 de la Directiva 98/18 CE del Consejo del 17 de marzo de 1998, tales son los barcos de pasajeros destinados a viajes nacionales que navegan a distancia superior (clase A) o inferior (clase B), a 20 millas de

⁴⁵ M. Lopez de Gonzalo, *La responsabilità del vettoremarittimo di persone dal codice della navigazione al Regolamento (CE) 392/2002 (La responsabilidad del transportista marítimo de personas desde el código de la navegación hasta el Reglamento (CE) 392/2002)*, Der. Mar. 2012, 756; La normativa uniforme aplicada en el reglamento es examinada por F. Berlingieri en: *The Athens Convention on the carriage of passengers and their baggage by sea and the European-Parliament Regulation (EC) no. 392/2009 (El Convenio de Atenas sobre el transporte de pasajeros y su equipaje por mar y el Reglamento del Parlamento Europeo (EC) no. 392/2009)*, Der. Mar. 2011, 1125; Sobre el proceso de formación del derecho marítimo uniforme relativo al transporte de pasajeros, véase: M. Comenale Pinto, *Le tendenze unificatrici nella disciplina del trasporto di persone (Las tendencias unificadoras en la disciplina del transporte de personas)*, Der. Mar. 2010, 385.

la costa. Los mismos constituyen la mayor parte de los barcos de pasajeros. Sin embargo se reserva la posibilidad (art. 11) para los Estados miembros, de aplazar tal aplicación a partir del 31 de diciembre de 2016 y 2018 respectivamente. Italia se ha servido de esta posibilidad. Por lo tanto, a partir del 31 de diciembre de 2016 el Reglamento es aplicable para el transporte de personas en el ámbito nacional, en barcos de la clase A.

La aplicabilidad de las normas internas de cada uno de los Estados permanece por lo mismo, limitada a los transportes nacionales efectuados con barcos de las clases C y D. Son aquellas que navegan en tramos de mar donde es posible que la ola no supere una cierta altura. Deben navegar además cerca de la costa, donde en caso de naufragio, los pasajeros pueden tomar tierra.

El Reglamento integra, además, la disciplina a que se refiere el Convenio y el Protocolo, mediante la incorporación de las Reservas y Directrices IMO relativas al mismo Convenio. Atribuye, sin embargo, origen vinculante a las que serían, por su naturaleza, solo Recomendaciones. Por efecto de dichas normas IMO, la obligación de seguro a cargo del transportista se extiende a ciertos riesgos (especialmente al riesgo de actos terroristas), de lo contrario no cubiertos por las pólizas habituales. El techo es de 250.000 DEG por pasajero y de 340.000.000 DEG por siniestro.

El Reglamento agrega también a las disposiciones del Convenio y del Protocolo, algunas normas destinadas a reforzar aún más la protección del pasajero. De hecho, en el art. 6 se establece que si la muerte o las lesiones personales son provocadas por un accidente marítimo, el transportista debe de proceder a un pago anticipado. Tal anticipación debe ser suficiente para cubrir las necesidades económicas inmediatas, en proporción con el daño sufrido, y se debe efectuar dentro de los 15 días desde la identificación de la persona que tiene derecho a la indemnización.

En caso de muerte el pago no puede ser inferior a 21.000 DEG.

Asimismo, se ha establecido que la anticipación de pago no constituye un reconocimiento de responsabilidad y se puede descontar de cualquier cantidad adicional debida.

La anticipación no es reembolsable, excepto en los casos en los que el transportista no es responsable o el beneficiario no tiene derecho de recibir el pago.

El art. 7 contiene una ulterior integración, que solicita al transportista de proporcionar informaciones apropiadas y comprensibles a los pasajeros, relacionadas con sus derechos. Las informaciones se deben dar en todos los puntos de venta, toda vez que el contrato de transporte está firmado en un Estado contratante. Si el lugar de salida se encuentra en un Estado contratante, las informaciones, en cambio, deben ser proporcionadas antes de la salida.

Están previstas también (art. 3) normas en caso de pérdida o daños a los auxilios de la movilidad u otros equipos utilizados por los pasajeros con movilidad reducida. Al respecto la responsabilidad del transportista es supuesta en el caso de daño provocado por accidente marítimo. La indemnización es igual al valor de sustitución o al costo de reparación del equipo en cuestión.

En el art. 5 se establece que el transportista puede hacer uso, si tiene derecho, de la limitación global de la responsabilidad a que hace referencia el Convenio de Londres de 1976 sobre la limitación de la responsabilidad para los créditos marítimos, tal como modificado por su Protocolo de 1996.

Las normas del Convenio de Atenas respecto a la jurisdicción y contempladas en el art. 17, no son acogidas en el Reglamento.

Mientras el Convenio o el Protocolo no estén ratificados por la Unión Europea, a las controversias en materia de transporte marítimo de personas sometidas a la regulación sustancial del Reglamento se aplican, por lo tanto, las normas del Reglamento (UE) N° 2015/2012.

Sin embargo, no existen diferencias significativas, puesto que hay coincidencia sobre el criterio del domicilio del demandado. Por otra parte, los fueros del lugar de salida y destinación corresponden al *forum solutionis*.

LOS LLAMADOS “DAÑOS PUNITIVOS”

El Convenio de Atenas no proporciona ninguna indicación o especificación en cuanto a la tipología de los daños indemnizables. Sin embargo, excluye en forma explícita (art. 3.5.d) que se puedan reconocer daños con carácter punitivo o ejemplar.

De esta manera se ha querido eliminar en origen la posibilidad de prever una indemnización ultra-compensatoria propia del ordenamiento norteamericano.⁴⁶

⁴⁶ En argumento G. Ponzanelli, *I punitive damages nell' esperienza nordamericana (Los daños punitivos en la experiencia norteamericana)*, Rev. Der. Civ. 1983, I, 435.

⁴⁷ Para pinceladas magistrales sobre responsabilidad civil el daño punitivo: V. Roppo, *La responsabilità civile di Pietro Trimarchi, parole pronunciate durante la presentazione del libro di P. Trimarchi, La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Jus Civil, 2017, 696 (*La responsabilidad civil de Pietro Trimarchi, palabras pronunciadas durante la presentación del libro de P. Trimarchi, La responsabilidad civil: actos ilícitos, riesgo, daño*), Jus Civil, 2017, 6, 696.

El daño punitivo se agrega a la suma que tradicionalmente desarrolla una función reparadora del daño. El mismo se configura como una condena ejemplar y aflictiva que excede el daño efectivamente sufrido.⁴⁷

Había mucha expectativa en Italia después de la ordenanza interlocutoria de la Primera Sala del Tribunal de Casación⁴⁸, que había considerado de volver a poner la cuestión de la deliberación de sentencias extranjeras de condena por daños punitivos a las Salas Unidas.

Si bien con la sentencia del 5 de julio de 2017 N° 16601 las Salas Unidas reconocen la posibilidad de deliberar dichas sentencias de condena, no obstante están muy lejos de aceptar motivaciones que puedan constituir la base para el reconocimiento general de una figura de daño punitivo.

La introducción de tal forma de daño, de hecho se enfrenta con las características fundamentales del régimen de responsabilidad vigente no solo en Italia sino también en el ámbito comunitario y en otros Estados.⁴⁹

El hecho de prever la extensión de la garantía aseguradora también al daño punitivo comportaría, por otra parte, un aumento de las primas de seguro y, como quiera que sea, la cobertura no podría extenderse al dolo, que es la base de los daños punitivos.

Sin duda, existen reglas, como ser el tercer apartado del art. 96 c.p.c., que confieren sumas de dinero superiores al nivel del daño. Esto no es en contraste con los principios constitucionales, como lo indica el Tribunal Constitucional en la sentencia del 23 de junio de 2016, N° 152.

Se reconoce así una polifuncionalidad de las reglas sobre la responsabilidad civil.

Las Salas Unidas, sin embargo, afirman que la “Curva disuasoria-sancionadora”

⁴⁸ G. Corsi, *Danni punitivi: ancora attese le Sezioni Unite (Daños punitivos: aún se atienden las Secciones Unidas)*, Jus Civil, 2017, 5, 399.

⁴⁹ Un examen de la disciplina contenida en la Directiva UE 2014/104 sobre la indemnización del daño por violaciones del derecho de la competencia y de la contenida en la normativa de algunos países europeos, se puede encontrar en Massa: *Il divieto di risarcimenti punitivi nella direttiva 2014/104 UE sul private antitrust enforcement (La prohibición de indemnizaciones punitivos en la directiva 2014/104 UE sobre el private antitrust enforcement)*, Der. Com. Int., 2018, 321.

⁵⁰ La sentencia es analizada efectivamente por G. Ponzanelli, *Danni punitivi: oltre la deliberazione di sentenze straniere? (Daños punitivos: aparte de la deliberación de sentencias extranjeras?)*, Jus Civil, 2018, 1, 42. Para un comentario de la sentencia y un análisis de la evolución de la jurisprudencia sobre el tema de los punitive damages (daños punitivos), véase también: M. Lopez de Gonzalo, *La Corte di Cassazione cambia orientamento sui punitivedamages (El Tribunal de Casación cambia orientación sobre los daños punitivos)*, Der. Com. Int., 2017, 714; en

poseída por las reglas de responsabilidad civil, por cierto no puede permitir “..... a los jueces italianos que se pronuncian sobre los daños extracontractuales, pero también contractuales, para imprimir acentuaciones subjetivas en las indemnizaciones que se saldan”⁵⁰.

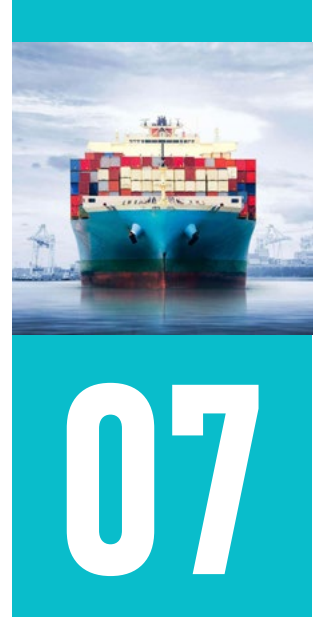
Se deduce que, mientras es necesario reconocer la indemnización integral, solo el legislador podrá modificar este principio, ya sea reduciendo la indemnización como introduciendo un aumento. En su defecto, el juez está vinculado con el principio de reparación exclusiva del daño.

En conclusión, parece poder afirmarse que la función sancionadora de la indemnización del daño ya no es incompatible con los principios generales del sistema jurídico, en el cual se basa nuestro sistema.

Sin embargo, es evidente que lo identificado como “daño punitivo”, no puede ser aceptado si no existe una norma específica de ley que lo establezca.

De hecho lo impide el art. 23 de la Constitución que afirma que “no se puede imponer ninguna prestación personal o patrimonial si no se basa en la ley”. Lo impide, además, el art. 7 del Convenio Europeo sobre la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, intitulado “Nulla poena sine lege”.

cuanto al reconocimiento de los daños punitivos con especial referencia a hipótesis de responsabilidad extracontractual: G. Spoto, I dannipunitivi e ilrisarcimento del danno ambientale (Los daños punitivos y la indemnización del daño ambiental, in F. Alcano y otros (al cuidado de) Valores de las personas y modelos de tutela contra los riesgos ambientales y genotóxicos, Florencia University, Press.2008, 350.



Consideraciones sobre el presente y futuro del mercado asegurador marítimo a partir del Covid-19.

María Grazia Blanco⁵¹
VENEZUELA

INTRODUCCIÓN.

Una nueva invitación para formar parte del e-Book de la Rama Argentina del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo nos exige nuevamente un estudio que nos permita recomponer varias ideas que han estado sobre las mesa de trabajo en estos tiempos, y es que un enemigo silencioso comenzó a vivir con nosotros y desde entonces registramos mucha incertidumbre y complejidad en las actividades más simples y cotidianas hasta las profesionales y operativas, que ciertamente estábamos acostumbrados a desarrollar, pero que ahora, se hacen imposible bajo los mismos esquemas.

“Consideraciones sobre el presente y futuro del mercado asegurador marítimo a partir del Covid-19.”
por **Blanco María Grazia**

El panorama ha dejado de ser el mismo con el cual cerramos el 2019 y nuestro horizonte ahora es incierto y desafiante. Los embates de un evento de salud a escala mundial han trastocado nuestras vidas, hasta el punto de modificar de forma violenta la manera regular y ordinaria de hacer nuestras actividades. Estamos en una pausa obligada que nos exige una reflexión y un análisis permanente de las circunstancias que hoy definen nuestro desarrollo y evolución como individuo y como parte del colectivo.

Si tuviéramos que describir nuestro escenario actual, comenzaríamos por señalar que se caracteriza por Decretos de Emergencia o Alertas; establecimiento de cuarentanas o confinamientos severos; debilitamiento de los flujo de importación y exportación; cierre de puertos y fronteras; acumulación de carga en terminales y centros de almacenamiento; paralización de las industrias; disrupciones del transporte marítimo; cancelación de los viajes de crucero; tripulaciones y pasajeros contagiados; cuarentenas en buques; abandono de mercancías en puertos; entre otros; generándose consecuentemente, la suspensión, cancelación, demora o incumplimientos de contratos, que implicarán reclamos o acciones, en el corto, mediano y largo plazo; traduciéndose en el establecimiento de responsabilidades e indemnizaciones por unos cuantos años.⁵²

El COVID-19 sin pedir permiso entro en nuestras vidas y ha estado escribiendo nuestra historia, pero paralelamente a esto debemos decir, que antes de su llegada, la industria del transporte marítimo estaba bajo un cambio de paradigmas liderado por la revolución tecnológica. Efectivamente, estamos sumergidos en la segunda ola de revolución en el comercio internacional o como muchos han llamado, la cuarta revolución industrial. Traduciéndose todo esto, en una innovación sin precedente y en la reducción de la brecha digital, el cual nos ha conducido a unos mares de desarrollo tecnológico, por donde obligatoriamente tendremos que navegar y donde estaremos irreversiblemente conectados a la reingeniería de los sistemas, automatización en las comunicaciones,

⁵¹ Abogado egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y post-graduada en Derecho Marítimo y Negocio Naviero en la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante y la Universidad Marítima del Caribe, respectivamente. Socio fundador de la firma Bolinaga & Blanco Asesoría Marítima y Mercantil, C.A. Profesora en la Universidad Marítima del Caribe y la Universidad Central de Venezuela, en las cátedras de Seguro Marítimo y Riesgo de la Navegación respectivamente. Miembro del Comité Marítimo Comercial de la Comisión redactora de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos y la adecuación de la Legislación Marítima a la Constitución de 1999 que redactó la Ley de Comercio Marítimo. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, vicepresidente de la rama venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y miembro de su actual Comité Ejecutivo como Directora de Legislación. Presidente del Consorcio Costa Afuera. Conferencista y articulista a nivel nacional e internacional.

⁵² Blanco MariaGrazia, Singladuras complejas en mares del Covid-19. Artículo que se publicará en el libro Homenaje al Dr. Luis Cova Arrias, editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.

transmisión de datos, así como, utilización de documentos electrónicos. Pudiendo soñar con tecnologías cero- carbono, sistemas de propulsión híbridos con gas, es decir, pasaremos necesariamente a la sofisticación técnica, haciendo de las nuevas tecnologías nuestros principales aliados. En este sentido, nuestro mundo es diferente y tendremos que trabajar para adaptarnos rápidamente a él.

Partiendo de la premisa, que el mundo descansa sobre la base de los seguros, el mercado asegurador no escapará a las exigencias y retos de estos tiempos y tendrá que reinventarse para ser más efectivo y competitivo desde el punto de vista comercial, ofreciendo otros productos que permitan la cobertura de los nuevos riesgos emergentes o la exclusión de ellos, tomando en cuenta, que el mundo es otro, cargado de avances inimaginables en la ciencia y en las comunicaciones.

Ante este escenario, surgen una cantidad de preguntas sin resolver a la fecha, pero en definitiva nos encontramos ante una lista de conflictos que requieren de análisis a corto plazo. Uno de los temas, que últimamente ha captado la atención de los abogados que trabajamos en el mundo marítimo y en el mundo asegurador, es el relacionado a los contratos de seguros o coberturas de seguros, toda vez que los tiempos han cambiado vertiginosamente y han surgido unos riesgos emergentes que se deben regular (Ciber-riesgo, enfermedades contagiosas o infecciosas, entre otros). En esta oportunidad nos concentraremos en el último.

EL PRESENTE Y SUS DESAFÍOS.

Recientemente, señalábamos que el mundo comercial marítimo está sometido a diferentes agentes infecciosos que pueden comprometer la navegación segura, pero ciertamente no nos habíamos percatado de esta realidad, hasta que un evento de salud como el Coronavirus: COVID-19, amenazó la vida de los tripulantes, pasajeros, los operadores, afectó las cargas, el comercio y el transporte marítimo, pero además, los riesgos se multiplicaron y se extendieron consecuentemente a los contratos de fletamentos, construcción o a los contratos de transporte de mercadería por agua, entre otros; activando las cláusulas contractuales o coberturas de seguro, tomando en cuenta, que estos eventos o la materialización de ciertos acontecimientos pudieran implicar erogaciones o gastos superiores a los estimados.⁵³

⁵³María Grazia Blanco. “El Coronavirus COVID -19 y el transporte marítimo”. Publicado el 18 de marzo 2020.:<https://www.mercojuris.com/31115/el-coronavirus-covid-19-y-el-transporte-maritimo-por-María-Grazia-Blanco/>.

Este año hemos estado repitiendo que nunca antes una situación de escala mundial nos había llevado a considerar la importancia que tiene la salud y el bienestar social de nuestra gente de mar, pero debemos afirmar que antes del COVID-19, ya estos derechos habían adquirido gran relevancia en las Convenciones internacionales MLC 2006 y STCW en su versión enmendada Manila 2010. Asimismo, de una forma cruda hemos vigorizado la importancia del transporte marítimo, toda vez que es el núcleo logístico del sistema mundial. Pero, además del factor humano o contractual que se ve envuelto en todo esto, existe otro aspecto, que es el comercial; si efectivamente, esto puede afectar el comercio internacional debido a la paralización o interrupción de las importaciones o exportaciones de productos, cancelación de pedidos, alteración de las demandas de servicio, en definitiva, se puede perturbar la compra venta internacional y por ende la economía de los Estados. En realidad, no estamos acostumbrados en el mundo marítimo, a considerar los riesgos emergentes relacionados con la salud y mucho menos, logramos entender que estos riesgos puedan verse incrementados debido al intercambio de personas bienes y servicios, que se produce por vía marítima en esta aldea global que llamamos planeta tierra.

En definitiva, a lo largo de todos estos años hemos estado conectados de forma inexorable con eventos de esta índole, y para enumerar algunos sin consecuencia en el sector marítimo, tenemos el Virus Gripal A (H1 N1) registrado en el 2009, el Virus del Ébola (EVE) que hizo su aparición en el 2013 y dos beta coronavirus relacionados con epidemias muy graves, el primero de ellos es el SARS CoV-1, el cual se registró en China en el año 2002, y el segundo, el cual apareció en el Medio Oriente y Arabia Saudita, en el año 2012, diez años más tarde, llamado MERS CoV.⁵⁴

Una enfermedad altamente contagiosa paralizó al mundo y nos hizo mirar la vida desde otra óptica, comprendimos que la industria y el comercio marítimo son vulnerables a estos riesgos emergentes del siglo XXI. Y tratando de ser conscientes de nuestra realidad futura, hemos avanzado buscando alternativas que nos permitan mantenernos en este planeta.

Habiendo transcurrido diez meses desde el primer brote, encontramos que aún subsisten una serie de dudas por resolver, las cuales han dado lugar a una serie de acciones, algunas acertadas y otras no tan eficaces, toda vez que esto se ha traducido en un enigma que ha tenido que atenderse en una especie de ensayo y error.

⁵⁴Maite Duque, María Grazia Blanco, Guillermo Riut de la Sociedad Venezolana de Medicina Marítima, La Rama Venezolana del IIDM y La Universidad Marítima del Caribe. Covid-19. “Rotación de Tripulantes Protocolo recomendado para Buques de Bandera Venezolana”. Publicado en fecha 17 de mayo de 2020, Edición 1, volumen 11.

MIRADA AL MERCADO ASEGURADOR.

El transporte Marítimo se ha visto afectado por la enfermedad emergente COVID-19 y por los Ciber ataques. Con relación al primer riesgo, las medidas tomadas por los Gobiernos tuvieron efectos negativos dentro del comercio marítimo mundial y para confirmar solo basta con mencionar hechos concretos que demuestran la disrupción experimentada, cargas abandonadas en puertos que no se pudieron recibir o embarcar, buques que no pudieron cumplir sus itinerarios o escalas, tomando la imposibilidad de atracar en los puertos de destino nominados en los contratos o los que tuvieron que permanecer en puerto o en zonas de fondeo bajo implementación de cuarentenas, afectándose y complicándose de manera negativa la cadena de transporte y suministro de bienes y servicios esenciales para la vida, así como la industria de cruceros, uno de los sectores más afectados por el virus.

Durante estos tiempos hemos estado escuchando de incremento o agravación en los riesgos, puertos inseguros, crisis humanitaria, frustración de los contratos, fuerza mayor. Del mismo modo, hemos debatido de forma sostenida en los diferentes foros nacionales e internacionales sobre las coberturas de las pólizas marítimas tradicionales y las coberturas de Protección e Indemnización (P & I), en estas circunstancias de pandemia. La compleja situación, ha dado lugar al debate y hemos registrado puntos de encuentro y desencuentros, conflictos sin resolver, preguntas sin respuestas, pero en algunos temas se han establecido algunos criterios que nos permiten avanzar de forma segura en el tratamiento de muchos interrogantes e incertidumbres.

Durante la presencia del COVID-19, en ningún caso, se ha comprobado la existencia de un daño físico directo a las cargas o al buque producto de este genoma con el cual iniciamos este 2020, es decir, los daños directos ocasionados por la enfermedad, solo se han verificado en personas (pasajeros, tripulantes, operadores portuarios o personal que labora en la cadena de transporte y suministro de productos) o dentro de la cadena logística del comercio por agua.

Al no haber daño físico directo en los bienes asegurados que hemos decidido analizar, entiéndose carga y buque, surgió el primer cuestionamiento, ¿proceden las coberturas?, ¿se pueden alcanzar las indemnizaciones que se establecen en estas pólizas?, ¿Este riesgo emergente está asegurado? Ciertamente, habrá más de uno que quiera discutir al respecto. Y en este sentido, haremos unas reflexiones tratando que el lector llegue a sus propias conclusiones. El primer ejercicio que debemos hacer antes de responder es ubicarnos, en cuál es la definición del Contrato de Seguro Marítimo, en el caso nuestro, apelaremos a la norma inserta en el Artículo 375 de la ley de Comercio Marítimo (LCM),

la cual instituye: *“Se entiende por contrato de seguro marítimo, aquel mediante el cual el asegurador se compromete a indemnizar al asegurado mediante el pago de una prima, en la forma y medida convenida en la póliza, contra las pérdidas marítimas; entendiéndose por estas las pérdidas ocurridas a la expedición marítima, entendiéndose por sus términos o por uso de comercio a cubrir las pérdidas sufridas en aguas interiores, o durante las operaciones terrestre que fueren accesorias. Cuando el viaje comprenda la modalidad multimodal o trayectos combinados por agua, tierra o aire, se aplica, salvo pacto en contrario, las normas del seguro marítimo”.*

Del concepto se infiere que la causa que puede generar la activación de una cobertura, son las pérdidas sufridas en aguas interiores o durante las operaciones terrestres que fueren accesorias, es decir, la producción o materialización de un riesgo cubierto o lo que en seguro conocemos como siniestro, ¿pero qué se entiende por siniestro? ; Según lo que establece la doctrina, es un acontecimiento desgraciado que ocasiona una catástrofe material o un perjuicio muy grave, y se define en seguros como la ocurrencia de un hecho, establecido en el contrato de seguro, que, produciendo un daño, genera la obligación del asegurador para con el asegurado.⁵⁵

En los seguros marítimos, existen averías de daños y de gastos, y por ende, están cubiertas las averías sufridas por los bienes susceptibles de ser transportados y por los medios de transporte, así como todos los objetos sujetos a los riesgos de navegación económicamente valorables. Por lo tanto, en las pólizas del Instituto de (carga y casco) se cubren entre otros, los daños físicos o materiales sufridos directamente por el objeto o bien asegurado a consecuencia de un siniestro (materialización del riesgo establecido en el contrato póliza) y todos aquellos gastos realizados por el asegurado para prevenirlo o mitigarlo. En este sentido, el objeto del seguro es indemnizar al asegurado por las pérdidas, daños sufridos por la cosa asegurada como consecuencia de la navegación o durante las operaciones terrestres que sean accesorias, así como los gastos que se hayan generado por la debida diligencia del asegurado en conservar o disminuir el daño. Siguiendo con el análisis, debemos citar al riesgo .En la doctrina y jurisprudencia nacional se sostiene que es todo caso fortuito o de fuerza mayor, o hecho inculpable para quien lo sufre que acaece, con mayor o menor rareza, y gravedad, en la navegación, con repercusiones en tripulantes, pasajeros, cargadores, destinatarios, en el buque o en la carga.⁵⁶ Por lo tanto, el riesgo es la eventualidad, probabilidad o posibilidad de un hecho y el siniestro la materialización de este hecho.

⁵⁵ Freddy Belisario Riesgo de la Navegación. Segunda Edición de Parada Creativa, C.A. Año 2013.

⁵⁶ Freddy Belisario Riesgo de la Navegación. Segunda Edición de Parada Creativa, C.A. Año 2013

Partiendo de los supuestos analizados, debemos establecer un vínculo con la situación que nos ha llevado a este estudio, es decir, con la pandemia del COVID -19. Cuando nos conectamos a este punto, inmediatamente debemos señalar que el riesgo de pandemia o las consecuencias por enfermedades infectocontagiosas no es un riesgo cubierto en ninguna de las pólizas marítimas tradicionales (carga-casco). En el caso de los seguros de carga, es decir la del Instituto A, el Artículo 4.5 de la mencionada póliza nos revela que los daños, pérdidas o gastos a consecuencia del COVID -19 no están cubiertos. Por lo tanto, no se observa la asunción del riesgo por el cual el asegurador este obligado a indemnizar tomando en cuenta que la prestación de la empresa aseguradora se debe solo dentro de los límites contemplados contractualmente. En este sentido, es esencial que el riesgo asegurado sea correctamente delimitado y precisado en la póliza, para Jorge Radovich esto se efectiviza mediante la cláusula de inclusión, que describe el riesgo que las partes acuerdan desplazar al asegurador, y las cláusulas de exclusión, cuyo efecto es que no exista cobertura con relación a determinadas causas de siniestros.

Los daños directos de la pandemia se han vistos reflejados en las personas (tripulantes, pasajeros, operadores portuarios y demás trabajadores intervinientes en la interfase buque - puerto) y en la operatividad comercial o contractual de la nave, si nos circunscribimos al mundo marítimo. Debiendo admitir, que los daños a la carga, han sido producto de los efectos del COVID-19, efectivamente, se puede observar afectación de las cargas, producto de una inspección rigurosa aplicada por una autoridad sanitaria o gubernamental, un cierre de un puerto y consecuentemente daños en las mercancías perecederas que queden atrapadas en el recinto portuario, más allá de los tiempos establecidos. Asimismo, por falta de suministro de combustible, imposibilitándose la correspondiente refrigeración de las mercancías. Igualmente, hemos evidenciado demora en el incumplimiento de los contratos marítimos o posible pérdida de la navegabilidad del buque, debido al contagio de la tripulación. Pero, además el panorama se ha ido complejizando, producto de la imposibilidad de rotación y repatriación de las tripulaciones o gente de mar, comprometiéndose la navegación segura y la salud de la gente de mar a bordo de los buques. Asimismo, se ha registrado una situación de crisis humanitaria que han encendido las alarmas de la comunidad marítima internacional. En definitiva, lo que ha quedado claro es que se ha visto comprometida la responsabilidad civil del porteador, del armador u operador marítimo por los efectos de esta pandemia, y en este sentido, se han generado reclamos contra los Clubes de Protección e Indemnización (P&I Club) por repatriación, gastos de sustitución de tripulación, desvíos o desinfección, entre otros.

Para afinar un poco más en los presupuestos que se deben considerar, es importante señalar que la demora, el retraso, la insuficiencia de embalaje, el vicio propio no está cubierto por las pólizas que estamos analizando (seguros de casco y carga). Y así

lo establece el ordenamiento jurídico venezolano y el condicionado de las pólizas tradicionales marítimas a nivel mundial.

En el Artículo 418 de la LCM se estipula la no responsabilidad del asegurador cuando la pérdida es causada por: Cambio voluntario de viaje, ruta o buque sin consentimiento del asegurador, sin perjuicio por los daños o pérdidas anteriores a dichos cambios; vicio propio, mala calidad, o insuficiencia de embalaje de las mercancías aseguradas, prolongación voluntaria del viaje más allá del puerto de destino de las mercancías, sin perjuicio de responder por los daños o pérdidas producidos hasta dicho puerto; demora no justificable en la duración del viaje.

En cuanto, al seguro de casco debemos mencionar que esta póliza está diseñada para cubrir las pérdidas, daños o gastos del buque y dentro de su articulado no se cubren las consecuencias del COVID-19. Para aquellos que pudieran pensar en aplicar la cláusula Sue and Labor, y admitir que los daños, pérdidas o gastos realizados razonablemente por el asegurado, para evitar o mitigar el siniestro, están cubiertos. Debemos advertir, que esta cláusula está relacionada a un riesgo cubierto en el condicionado, por lo tanto, si lo principal no está cubierto, la misma suerte corre para lo accesorio.

Otro punto que merece atención es el agravamiento de los riesgos por cuanto se han modificado, reducido o eliminado los rigores en las inspecciones o en la aplicación de los procedimientos. Igualmente, ha disminuido la vigilancia dentro de las instalaciones portuarias y almacenamientos. Por lo tanto, se les ha recomendado a los asegurados confirmar las condiciones de los locales, para constatar si tienen seguridad durante el almacenamiento de la carga. Asimismo, se les ha pedido conocer la ubicación de sus cargas durante el tránsito para tomar una decisión o acción para disminuir o prevenir los riesgos. Es fundamental conocer la extensión de los almacenamientos temporales y reportar a la aseguradora. Como se ha indicado, la pandemia ha impactado sin precedente la cadena de suministro global y los riesgos han comenzado a incrementarse para las cargas en almacenamiento o en tránsito; ejemplo de ello, son los bienes sensibles al alto valor y a la temperatura. Igualmente, podemos resaltar que las instalaciones bloqueadas y no vigiladas significan un mayor riesgo de robo e incendio de la carga. Las interrupciones del tránsito a la carga debido a las fronteras cerradas, los despachos de aduanas retrasados o simplemente debido a la falta de personal pueden significar retrasos largos en los tiempos de entrega o incluso el abandono de la carga.⁵⁷

Dentro de las observaciones que se han reportado y que merecen especial atención

⁵⁷<https://alsum.co/coronavirus-medidas-de-prevencion-de-perdidas-para-el-almacenamiento-y-transporte-de-carga/>

son las cargas desatendida en los almacenes que corren el riesgo de robo y crimen organizado. Las compañías de seguros han recomendado fortalecer la seguridad del almacén y verificar la funcionalidad de las alarmas. Se debe evitar además, la puesta en escena prolongada de remolques cargados fuera de las ubicaciones de los almacenes, ya que esto aumenta el riesgo de robo y daño de la carga. Se debe obtener la confirmación, que en el destino final se puede recibir carga antes de comenzar el envío y prepararse para la posible no recepción, ya que un número creciente de organizaciones están cesando sus operaciones a corto plazo como medida preventiva. Se deben hacer esfuerzos para identificar la cantidad de carga en tránsito y obtener actualizaciones de estado de los transportistas. Si el destino previsto no puede recibir un envío, se sugiere verificar si es posible buscar destinos alternativos.⁵⁸

En lo que a la operatividad de los buques respecta, las cosas se han complicado en cuanto a su mantenimiento y gestión adecuada de su actividad comercial. También han surgido problemas en cuanto a la gente de mar que permanece a bordo de los buques y no ha podido rotar o ser repatriada, generándose un trabajo prolongado más allá de los tiempos permitidos y contratados, ocasionándose fatigada y otros trastornos de salud, que pueden derivar en causas de error humano a bordo. Los retrasos en las inspecciones de las embarcaciones y el equipo de emergencia pueden generar problema a consecuencia de no detectar de forma correcta las fallas o daños. Además, la interrupción de la cadena de suministro ha complicado la entrega a tiempo de los materiales y equipos complicando las operaciones y provocando efectos negativos si se usan alternativas incorrectas. El uso de pilotos remotos, para proteger a la gente de mar del riesgo de infección, también puede tener un impacto en la navegación segura de los buques. Debemos estar conscientes que las tecnologías no son neutras por lo que pueden tener consecuencias negativas y positivas. Y en este sentido, debemos prepararnos para su intervención en la solución de los problemas que estamos experimentando por el COVID-19.

Una vez que hemos descrito el panorama y la problemática que enfrenta el mercado asegurador de manera muy sucinta y que además hemos visto los supuestos de derecho que pudieran establecerse en cualquier discusión, estamos en condiciones de enfrentarnos a la casuística que se ha generado por este evento de salud y en este sentido, tal vez el lector esté en la posición de lograr un argumento o una respuesta a los cuestionamientos que nos han guiado durante este análisis, toda vez que es imperativo conocer si proceden o no las indemnizaciones, por esta enfermedad infecto contagiosa.

⁵⁸<https://alsum.co/coronavirus-medidas-de-prevencion-de-perdidas-para-el-almacenamiento-y-transporte-de-carga/>

Pero para profundizar y contribuir a una conclusión final sobre el mercado asegurador del futuro, debemos ahora ver otros factores que son necesarios considerar y que tienen que ver con los cambios de paradigmas que ya se registran en la industria marítima y que se han acelerado con el COVID-19. Aceptando, que estas innovaciones están introduciendo otros riesgos emergentes que deben ser contemplados y desarrollados en los clausulados de seguro. Se prevé que para este 2020, las innovaciones tecnológicas crearán nuevas oportunidades y ventajas. El uso del internet de las cosas (IoT) servirá para mejorar la eficiencia de los negocios y se convertirá en una herramienta para las empresas y sus clientes. Hemos comprendido que la tecnología está modificándose permanentemente y para adaptarnos o convertir todas estas proyecciones en realidad, debemos seguir trabajando sin descanso de manera de revertir los efectos negativos y capitalizar los positivos en beneficio de la transformación digital que se requiere para el desarrollo empresarial, industrial y, sobre todo, del bienestar humano.

De acuerdo a una investigación que realizó el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) sobre el uso de la inteligencia artificial en el transporte, este factor impactará en la industria marítima en poco tiempo, imponiéndose el uso de buques autónomos sin tripulación.⁵⁹ Ya existen prototipos de Buques con tecnología sofisticada, ejemplo: el proyectado por el Pentágono, el buque experimental autónomo más grande construido hasta ahora, el “*Sea Hunter*”. Del mismo modo existe el *Roboat* que es el nombre de un programa que busca desarrollar flotas autónomas para el transporte de personas y mercancías, pero también para controlar el ambiente y montar infraestructuras temporales como puentes *on-demand*.⁶⁰ Visto esto debemos señalar que el mercado asegurador tendrá que adaptarse a los nuevos tiempos y desafíos del siglo XXI, deberán montarse en la innovación y modernidad con la finalidad de no fracasar en el negocio, asumiendo los nuevos riesgos que se plantean y que hoy reseñamos en nuestro análisis.

CONCLUSIÓN: EL MERCADO ASEGURADOR DEL FUTURO.

Recientemente registramos una noticia donde se afirmaba que la Asociación

⁵⁹MundoMarítimo
<https://www.mundomaritimo.cl/noticias/el-transporte-maritimo-autonomo-es-una-realidad-que-se-acerca-a-pasos-agigantados>

⁶⁰MundoMarítimo
<https://www.mundomaritimo.cl/noticias/el-transporte-maritimo-autonomo-es-una-realidad-que-se-acerca-a-pasos-agigantados>

del mercado del Lloyd’s de Londres (LMA, por sus siglas en inglés) ha publicado los modelos de cláusulas de exclusión de epidemias, pandemias y enfermedades transmisibles, a fin de propiciar la orientación y el asesoramiento de sus miembros.⁶¹ La estrategia que ha utilizado el mercado asegurador es esperar y ver; en algunos países como Estados Unidos, Reino Unido, Francia y Alemania están trabajando en la creación de fondos comunes respaldados por los gobiernos, como los ya existentes para las catástrofes naturales y el terrorismo, pero mientras se avanza, ha surgido en los mercados internacionales la discusión, sobre si los contratos de seguro y reaseguro de grandes riesgos deben incorporar las conocidas cláusulas de pandemias o epidemias. Y frente a estos nuevos modelos de cláusulas de exclusión se han generados varias interpretaciones y cuestionamientos, el primero de ellos, es si no se establece la exclusión se entiende como cubierto el riesgo. Además, en el caso de las pólizas referidas a daños materiales como “*deterioro o destrucción de la cosa asegurada*” se ha expresado que no parece lógico pensar que el coronavirus por sí solo pueda tener la consideración de daño material a los efectos de la póliza, por lo que tampoco procedería la activación de la cobertura de pérdida de beneficios. Argumento muy válido para considerar en el caso de las pólizas tradicionales de carga y casco que hemos analizado.

Algunos especialistas han señalado que cualquier cláusula como las propuestas por el mercado del Lloyd’s, que determine con claridad que una reclamación no tendrá cobertura por una enfermedad transmisible, originada por un virus, una bacteria, un parásito o cualquier otro organismo, resultará siempre de más fácil aplicación y ayudará a ganar en seguridad jurídica ante posibles confrontaciones con los clientes en la interpretación de los condicionados. Para Laura González, Sub-directora del Área de Asesoría Jurídica de la Unidad Global Risks, hoy más que nunca será necesario regular con precisión lo que está cubierto y lo que no por el contrato de seguro y reaseguro y evitar la incertidumbre que una reclamación por COVID-19 pueda generar. Y en el caso, de los seguros de Responsabilidad Civil donde las medidas adoptadas por el Estado de alarma tienen un fuerte impacto. Sin duda estas medidas afectarán a las relaciones comerciales y serán muchas las situaciones en las que alguna de las partes contratantes no podrá atender sus compromisos contractuales en tiempo y forma⁶².

⁶¹ Reflejo del Covid- 19 en las cláusulas de seguro y reaseguro.
<https://www.mapfreglobalrisks.com/gerencia-riesgos-seguros/articulos/reflejo-del-covid-19-en-las-clausulas-de-seguro-y-reaseguro/>

⁶² Reflejo del Covid- 19 en las cláusulas de seguro y reaseguro.
<https://www.mapfreglobalrisks.com/gerencia-riesgos-seguros/articulos/reflejo-del-covid-19-en-las-clausulas-de-seguro-y-reaseguro/>

Lloyd's ha revelado que pagará entre 3.000 y 4.300 millones de dólares (según las estimaciones preliminares, puesto que se prevén dos posibles escenarios) a sus clientes mundiales como resultado de los impactos del COVID-19. Cifras similares a las canceladas por los costes del 11 de septiembre de 2001 o similares a los huracanes de 2005, Katrina, Rita y Wilma o los de 2017, Harvey, Irma y María. Lloyd's cree que una vez que se comprenda plenamente la escala y la complejidad del impacto social y económico del COVID-19, es probable que el coste global para la industria mundial de los seguros de No Vida sea muy superior⁶³. Y a esto debemos agregar las pérdidas de suscripción y caídas en las carteras.

Se espera que solo el mercado de Lloyd's por reclamaciones haga uno de los mayores desembolsos del mercado asegurador. Dentro de las cosas positivas a reseñar es que además de gestionar una amplia gama de pagos en todos los sectores y geografías, los expertos de Lloyd's ya han empezado a crear nuevas pólizas. Un sindicato de Lloyd's está asegurando más de 100 ensayos clínicos individuales. Se están llevando a cabo en todo el mundo, investigando todas las etapas de COVID-19.⁶⁴

Nos enfrentamos a un mundo lleno de algoritmos, sensores, etc., ciertamente, estamos en una revolución digital que simplificará los procesos, los métodos y actividades. Los retos tecnológicos estarán mostrándose en todo, incluso en el aspecto institucional, por lo que se nos exigirá revisar el rol de las autoridades portuarias, de los operadores marítimos, e igualmente, nos anotaremos en redefinir la eficiencia en la interfase buque - puerto, para consolidar resultados positivos, que se traduzcan en competitividad, desarrollo y bioseguridad. Pero también viviremos en un mundo donde los avances por la inteligencia artificial, el internet de las cosas, la robótica entre otros, nos permitirá abrazar nuevos escenarios. En este sentido, podemos decir que afinaremos estrategias políticas, comerciales y financieras, pero igualmente, se requerirán nuevos clausulados en las coberturas de seguro que nos permitan atender estos progresos y desarrollos tecnológicos con la garantía de no perder la inversión y todo el esfuerzo realizado.

Para cerrar este artículo, nos mantendremos con nuestra mirada en el horizonte a fin de no desestimar los factores, perspectivas, prototipos, planes y proyectos que se han presentado en las mesas de trabajos institucionales, empresariales y gubernamentales hasta la fecha, dado que ellas, nos anuncian que superaremos con éxito estos desafíos

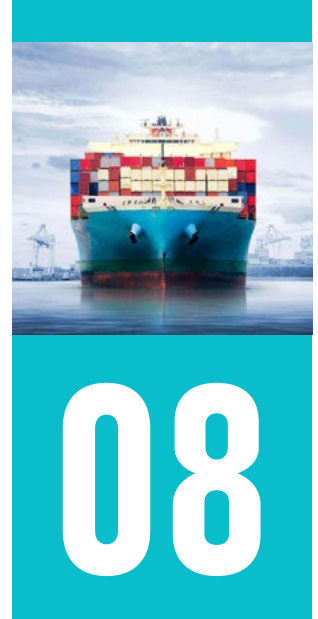
⁶³ La industria de seguros mundial verá pérdidas históricas por el Covid-19
<https://www.inese.es/la-industria-de-seguros-mundial-vera-perdidas-historicas-por-el-covid-19/>

⁶⁴ La industria de seguros mundial verá pérdidas históricas por el Covid-19
<https://www.inese.es/la-industria-de-seguros-mundial-vera-perdidas-historicas-por-el-covid-19/>

“Consideraciones sobre el presente y futuro del mercado asegurador marítimo a partir del Covid-19.”
por **Blanco María Grazia**

y riesgos emergentes.

Habiendo hecho un recorrido por el mundo asegurador limitado a nuestras premisas de estudio, creemos que a pesar de los grandes desafíos el mundo seguirá girando en su evolución y nosotros adaptándonos a estos progresos e innovaciones. Por lo tanto, hay mucho por hacer y esto se convierte en el gran motivo y la inspiración a seguir trabajando dentro de la industria marítima.



La libre navegación de los ríos internacionales.

Santiago Adán Brizuela Servín⁶⁵
PARAGUAY

Según estadísticas elaboradas por la Organización de las Naciones para la Agricultura y la Alimentación (FAO), en el planeta tierra existen unos mil cuatrocientos millones de kilómetros cúbicos de agua; de los cuales treinta y cinco millones de kilómetros cúbicos (2,5 %), son de los llamados en forma convencional “recursos hídricos”, y que corresponden al volumen de “agua dulce” mundial. Empero, de los mismos, solamente el 0,001 % corresponde a los Ríos, Lagos e incluso a la atmósfera; por ello, devienen privilegiados los países que poseen ríos navegables, que conforman Cuencas e Hidrovías que Potencian el crecimiento y desarrollo de regiones y países y permiten incluso la salida al mar a países sin litoral marítimo, tal como ocurre con el Paraguay y Bolivia, a través de la Hidrovía Paraguay - Paraná, que a modo de cordón umbilical los une y

“La libre navegación de los ríos internacionales.”

por **Brizuela Servín Santiago Adan**

conecta con el Río de la Plata y con el Océano Atlántico.

potencian el crecimiento y desarrollo de regiones y países y permiten incluso la salida al mar a países sin litoral marítimo, tal como ocurre con el Paraguay y Bolivia, a través de la Hidrovía Paraguay – Paraná, que. Cual cordón umbilical los une y conecta con el Río de la Plata y a su través con el Océano Atlántico.

Se denomina río a toda corriente de agua continua por la superficie de la tierra, con más o menos caudal, que desemboca en el mar, en lagos o en otro río. En este último caso se lo llama afluente del que lo recibe y emisario si desagua en un lago. Los ríos son

⁶⁵ Ex Abanderado del Colegio Militar “Mcal. Francisco Solano López” (1971). Contralmirante Retirado de la Armada Paraguaya. Habiendo ingresado como Cadete del Colegio Militar “Mcal. Francisco Solano López” en 1968; ocupando diversos cargos dentro de la Armada Paraguaya, siendo algunos relevantes el de Comandante de la Base Naval de Ciudad del Este, Prefecto General Naval, Comandante de Apoyo al Combate, pasando en 2001 a prestar servicios en la Suprema Corte de Justicia Militar, donde ocupó el cargo de Presidente de la misma, hasta su pase a retiro en diciembre de 2002. Con el Grado mencionado. Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctor en Ciencias Jurídicas, título otorgado por la Universidad Nacional de Asunción (TESIS: “HIDROVÍA PARAGUAY – PARANÁ: ASPECTOS LEGALES DE LA NAVEGACIÓN” – 30 – 09- 2004 – Calificación: “SUMMA CUM LAUDE”). Ex Miembro del Tribunal de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral – Primera Sala de la Circunscripción Judicial del Departamento Central, con sede en San Lorenzo (2011/2020). Ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), por el bienio 2018/2020. Electo el 15NOV2017 en Guayaquil (Ecuador), siendo Vicepresidente Titular de la Rama Paraguaya del Instituto. Coordinador General del XXI CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MARÍTIMO DEL IIDM, realizado los días 18 y 19 de Octubre de 2018 (Hotel Excelsior – Asunción) y Coordinador General y Expositor del XXII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MARÍTIMO DEL IIDM, realizado los días 14 y 15 de Noviembre de 2019 (Hotel Gran Nobile – Ciudad del Este). Ex Miembro Docente Suplente electo por las Universidades Privadas, del Consejo nacional de Educación Superior (CONES). Suele desempeñarse como Miembro de “Tribunales Examinadores de Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas” y “Maestrías” en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción; Universidad Nacional de Pilar; Universidad Iberoamericana; Universidad Autónoma de Asunción; etc. Es Capitán de Ultramar y en tal carácter ha visitado más de 30 países. Último desempeño como Capitán de Ultramar (Viaje Inaugural del B/M “TEHIA” ex “RASILL”, desde Tallyn (Estonia) hasta Montevideo (Uruguay) 2010/2011. Es Perito Naval, con Matrícula N° 1494 de la Corte Suprema de Justicia. Agente Marítimo, registrado ante la Prefectura General Naval. Ex Director de la Dirección de Asistencia Legal para personas escasos recursos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción (2007/2011). Ex Director de la Filial Quiindy de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Autor del libro titulado: “DERECHO MARÍTIMO (en Paraguay)”, Editorial “EL FORO” – Asunción – Paraguay. Fecha de Lanzamiento: 30 de agosto de 2012. Autor del libro titulado: “DERECHO MARÍTIMO” (2da. Edición), Editorial “EL FORO” – Asunción – Paraguay. Fecha de Lanzamiento: 14 de diciembre de 2017. Coautor de la obra “Derecho Penal Militar –Lecciones XXII y XXIII del Programa de Derecho Penal – 2ª. Parte”, 2008. Profesor Adjunto de las Cátedras: DERECHO MARÍTIMO; HISTORIA DIPLOMÁTICA DEL PARAGUAY y DERECHO DEL TRANSPORTE en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Asunción (UNA) (Sede Central y Filiales de Quiindy y Benjamín Aceval). Profesor Titular de las Cátedras de DERECHO MARÍTIMO Y DERECHO FLUVIAL Y MARÍTIMO - Escuela de Comando y Estado Mayor y Escuela de Perfeccionamiento de Oficiales de la Armada Paraguaya. Profesor de la Cátedra de DERECHO MARÍTIMO en la Escuela Náutica, auspiciada por el Centro de Armadores Fluviales y Marítimos (CAFYM), para: Agentes Marítimos. Profesor de la Cátedra: DERECHO DE LA NAVEGACIÓN; e HISTORIA DE LA DIPLOMACIA y DERECHO CIVIL (REALES) -Universidad “Iberoamericana” (UNIBE). Profesor de Doctorado en la UNIBE. Disciplina: DERECHO DEL TRANSPORTE. Profesor de DERECHO MARÍTIMO; DERECHO ECONÓMICO y TÉCNICA JURÍDICA de la Universidad Autónoma de Asunción (U.A.A.)

“La libre navegación de los ríos internacionales.”

por **Brizuela Servín Santiago Adan**

llamados flotables cuando tienen una profundidad media superior a medio metro y son llamados navegables si el nivel de sus aguas excede de un metro en los lugares menos profundos ⁶⁶ Hay ríos nacionales y ríos internacionales. Los ríos situados íntegramente dentro de un país se consideran parte de su territorio y se denominan “ríos nacionales”. Los ríos que separan dos Estados o atraviesan sucesivamente dos o más Estados, se denominan “ríos internacionales”. La mayoría de estos últimos, con la condición de ser navegables, están abiertos a la navegación de los buques de todas las banderas. En la actualidad, se aplica en forma creciente la misma norma a los ríos que se hallan dentro del territorio de un Estado, pero sirven de líneas de comunicación a uno o más países mediterráneos. El estado donde discurre el río no puede ejercer su soberanía de tal manera que impida el libre tránsito hacia o desde el país sin litoral marítimo (ejemplo, Río Paraná). Si un río internacional no es navegable (ejemplo; Río Grande (EEUU/México); Río Apa (Brasil/Paraguay), la frontera se ubica en su centro geográfico; si es navegable (ejemplo Río Paraguay – Río Paraná entre Paraguay y Brasil y luego entre Paraguay y Argentina; Río Paraná entre Brasil y Paraguay y luego entre Argentina y Paraguay), el límite lo marca el centro del canal más profundo (Thalweg); si bien normalmente son objeto de Acuerdos o Tratados binacionales o internacionales. La navegación en los ríos internacionales está regulada por medio de Tratados y Convenciones celebrados entre los Estados en forma bilateral o multilateral. La reglamentación de los ríos interiores es potestad de cada Estado en ejercicio de su soberanía. La Constitución Nacional del Paraguay (2), en su Art. 143 Inc. 6 ⁶⁷ dispone: “La República del Paraguay, en sus relaciones internacionales, acepta el derecho internacional y se ajusta a los siguientes Principios:... 6) la libre navegación de los ríos internacionales”. Normalmente los ríos internacionales están abiertos a la libre navegación de los buques de todas las banderas, en un sentido similar o equivalente al de la “libre navegación de los mares”. La Junta Superior Gubernativa del Paraguay publicó en 1812 un bando, donde se proclamaba la libre navegación de los ríos, adelantándose incluso al Congreso de Viena de 1815. En este punto debo hacer una referencia especial a la continua labor del distinguido Coordinador de Cuencas Fluviales del IIDM; destacado Miembro de la Rama Argentina del Instituto, Dr Ricardo Javier Álvarez, quien nos honra con su presencia y nos brindará parte de sus conocimientos “iusmaritimistas” en este magnífico Congreso; el mismo, en su obra: “Hidrovías en el Cono Sur de América/Infraestructuras Legales”, efectúa un minucioso trabajo de investigación y conclusiones sobre aspectos profusamente

⁶⁶ Brizuela Servín, Santiago Adán; “*Derecho Marítimo en Paraguay*”; Pp. 191/193 ; 2da. Edición - Ediciones Librería “El Foro”; Asunción, Paraguay, 2017.

⁶⁷ Constitución Nacional de la República del Paraguay; Art. 143 y concordantes; Asunción, Paraguay, 1992.

relacionados al tema que hoy nos convoca: “La libre navegación de los ríos”; entre otros aspectos asevera: “Hidrografía: Es la vía troncal fluvial acondicionada, para un sistema de transporte de mercaderías, con las obras de infraestructura física en toda su longitud”; asimismo, nos recuerda que: “Dominio Fluvial (Aguas Interiores): Se refiere a los cursos de agua cuyo nacimiento y/o trayectoria y/o desembocadura corresponde a un país. Derecho Fluvial Internacional: Conjunto de normas internacionales que establecen los derechos y obligaciones de los Estados que se relacionan con el uso, conservación y aprovechamiento de las aguas. Condiciones: a) Que atraviesen dos Estados o más; b) Que sea apto para la navegación; siendo sus Principios: a) Libertad de Navegación; b) Igualdad de Trato; c) No desvío del cauce; d) El Río como unidad; e) No perjudicar a otro Estado; f) Consultar; g) Uso razonable; h) Solución de controversias”.

Remontándonos a la historia universal, y, basados en una interesante obra de investigación del distinguido Dr. Miquel Roca López, activo Miembro de la Rama Española del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), en su reciente obra: “El Registro de Buques del Estado de la Ciudad del Vaticano”⁶⁸, donde ha manifestado: *“... Partiendo de la densa historia marítima del hoy Estado más pequeño del mundo, que nada tiene que envidiar al de las grandes potencias marítimas de nuestros días. Nuestra sociedad no sería lo que es ahora de no ser por la marina vaticana y por los Papas navegantes, que la gloriosa historia de los Estados Pontificios nos ha brindado. La posición moderna del Estado de la Ciudad del Vaticano en relación al Derecho Marítimo Internacional, demuestra que el Estado Vaticano es parte de numerosos Convenios Marítimos Internacionales y declaraciones internacionales marítimas, tomando pues una postura activa en todo lo que al Derecho Marítimo Internacional se refiere... La historia de la Marina Pontificia puede ser trazada desde los mismos orígenes de los Estados Pontificios. Poco tiempo después de la donación de Pipino el Breve al Papa Esteban II encontramos ya documentos históricos que se refieren, primero, a la necesidad de contar con una Marina Pontificia y, segundo, con huellas irrefutables de su existencia. En los Siglos XI y XII vemos florecer tanto la importancia de los puertos papales, como el desarrollo del Derecho Marítimo Vaticano. El puerto fluvial de Roma y el propio Río Tíber se vuelven por supuesto fundamentales para la prosperidad romana, puesto que por él podían navegar los mayores buques de la época, contribuyendo a desarrollar un exitoso comercio marítimo. En 1166, siendo ya Papa Alejandro III se firma con Génova un Tratado que garantiza la seguridad y libertad de navegación y comercio marítimos, en aguas papales. Puede sorprender a muchos que, a pesar de ya no tener aguas jurisdiccionales, el*

⁶⁸ Roca López, “El Registro de Buques del Estado de la Ciudad del Vaticano; Derecho Marítimo Vaticano”; Pp. 2; 3; 41/45 y sgtes.; CEU Ediciones; Talleres Gráficos Vergara, Madrid, España; 2015.

“La libre navegación de los ríos internacionales.”

por **Brizuela Servín Santiago Adan**

Estado Vaticano sin duda sigue manteniendo y preservando todos sus Derechos en este respecto. El primer documento que acredita este hecho es la Declaración de Barcelona de 1921 respecto a los Derechos de los Estados sin Mar. El origen de esta declaración puede encontrarse en el mismo Tratado de Versalles de 1919, cuyo artículo 338 recogía ya la intención de promulgar un texto que garantizara la libertad de navegación por parte de los miembros de la Liga de las Naciones. Se celebró entonces una Conferencia de la Liga en Barcelona, la cual creó la Organización para la Comunicación y el Tránsito, cuya primera Conferencia General se celebró también en Barcelona, aprobando una serie de Convenciones y, un Estatuto relativo a la libertad de paso y acceso al mar por parte de los estados no ribereños. Esta obligación de los Estados Ribereños de garantizar el acceso al mar a los que no tenían acceso devino en una necesidad toda vez que se desintegró en esas épocas el Imperio Austrohúngaro, coyuntura de la que saldría beneficiado el Estado de la Ciudad del Vaticano. Fue el punto inicial y pionero de una serie de Convenciones que le seguirían con el mismo espíritu de garantizar el libre acceso al mar y la libertad de navegación, hoy ya plenamente consagrado. La Santa Sede participó también de la Conferencia de Tránsito de Comercio para Estados sin mar, de Nueva York en 1965. Por Decreto del 18 de setiembre de 1951, el Estado de la Ciudad del Vaticano dispone instrumentos legislativos que regulan y establecen el Registro de Buques del Estado así como el Puerto Base para los buques que se encuentren registrados en el mismo, así como una serie de normas reguladoras de la navegación bajo el pabellón de bandera de las llaves de San Pedro. Es necesario que el Estado de la Ciudad del Vaticano ratificase la Convención y el Estatuto de Barcelona, ya comentado. Ello le permitiría que Italia le facilitara el tránsito hacia mar abierto y ejercer de forma efectiva su derecho a que buques que enarbolan la bandera pontificia pudieran transportar mercancías y personas desde y hacia la Santa Sede”.

En la Cuenca del Río de la Plata, debemos destacar como constancia histórica, el Registro denominado “Asiento de Negros”, aprobado por el Rey de España en marzo de 1713, el cual otorgaba por 30 años a los comerciantes esclavistas ingleses, la libre navegación para introducir esclavos en el Río de la Plata, en monopolio; esta concesión fue renovada reiteradamente.

El Derecho Fluvial Internacional se comenzó a configurar en 1792, con un Decreto del Consejo Ejecutivo Provisorio de la República Francesa, que declaró que en los Ríos MOSA y ESCALDA, los Estados Ribereños tenían derecho a comunicarse con el mar y suprimió las trabas a la navegación.

El Congreso de Viena (Austria), que se desarrolló durante 10 meses, y cuya Acta Final data del 09 de junio de 1815 sentó las bases de ciertos Principios que más adelante tendrían su vigencia dentro del Derecho de Gentes, como ser: “EL PRINCIPIO DE LA

LIBRE NAVEGACIÓN DE LOS RÍOS INTERNACIONALES”⁶⁹ .

El autor estadounidense Burdick H. Brittin, en su obra “Derecho Internacional para Oficiales en el Mar” hace referencias específicas al Principio de la “Libre Navegación de los Ríos Internacionales”, al expresar, entre otros términos: *“A fines de 1955, una revolución derrocó a Juan Perón, quien se apresuró a pedir asilo, que le fue concedido a bordo de una cañonera paraguaya que visitaba Buenos Aires... zarpó con Perón a bordo y remontó el Río Paraná... ¿Por qué el nuevo gobierno argentino se abstuvo de detener la cañonera...?. El principal motivo... fue el derecho de asilo, pero la naturaleza del Río Paraná, también tuvo que ver en el asunto... río internacional. La mayoría de estos... están abiertos a todos los buques. En este sentido, son similares a la alta mar, porque ambos tienen primordial importancia para el comercio internacional. En la actualidad, se aplica en forma creciente la misma norma a los ríos que se hallan dentro del territorio de un Estado, pero sirven de líneas de comunicación a un país mediterráneo. El Estado donde se encuentra el río no puede ejercer su soberanía de tal manera que impida el libre tránsito hacia o desde el país sin litoral. El Río Paraná entra en esta categoría...”* . Por otra parte, transcribe “in extenso” los artículos que atañen al “Derecho de acceso al mar y desde el mar de los Estados Sin Litoral y Libertad de Tránsito” de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar” (CONVEMAR); que por hacer referencia expresa al eje temático del presente artículo, nos permitimos transcribirlo a continuación: “... Parte X - DERECHO DE ACCESO AL MAR Y DESDE EL MAR DE LOS ESTADOS SIN LITORAL Y LIBERTAD DE TRÁNSITO Artículo 124. Términos empleados 1. Para los efectos de esta Convención, se entiende por: a) “Estado sin litoral”: un Estado que no tiene costa marítima; b) “Estado de tránsito”: un Estado con o sin costa marítima, situado entre un Estado sin litoral y el mar, a través de cuyo territorio pase el tráfico en tránsito; c) “Tráfico en tránsito”: el tránsito de personas, equipaje, mercancías y medios de transporte a través del territorio de uno o varios Estados de tránsito, cuando el paso a través de dicho territorio, con o sin transbordo, almacenamiento, ruptura de carga o cambio de modo de transporte, sea sólo una parte de un viaje completo que empiece o termine dentro del territorio del Estado sin litoral; d) “Medios de transporte”: i) El material rodante ferroviario, las embarcaciones marítimas, lacustres y fluviales y los vehículos de carretera; ii) Los porteadores y los animales de carga, cuando las condiciones locales requieran su uso. 2. Los Estados sin litoral y los Estados de tránsito podrán, por mutuo acuerdo, incluir como medios de transporte las tuberías y gasoductos y otros medios de transporte distintos de los incluidos en el párrafo 1. Artículo 125. Derecho de acceso al mar y desde

⁶⁹ Peña Villamil, Manuel; *“Historia de la Diplomacia y las Relaciones Internacionales”*; Pp. 324/326; Imprenta Salesiana, Asunción, Paraguay; 2013.

el mar y libertad de tránsito 1. Los Estados sin litoral tendrán el derecho de acceso al mar y desde el mar para ejercer los derechos que se estipulan en esta Convención, incluidos los relacionados con la libertad de la alta mar y con el patrimonio común de la humanidad. Para este fin, los Estados sin litoral gozarán de libertad de tránsito a través del territorio de los estados de tránsito por todos los medios de transporte. 2. Las condiciones y modalidades para el ejercicio de la libertad de tránsito serán convenidas entre los Estados sin litoral y los Estados de tránsito interesados mediante acuerdos bilaterales, subregionales o regionales. 3. Los Estados de tránsito, en el ejercicio de su plena soberanía sobre su territorio, tendrán derecho a tomar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos y facilidades estipulados en esta Parte para los Estados sin litoral no lesionen en forma alguna sus intereses legítimos. Artículo 126 Exclusión de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida Las disposiciones de esta Convención, así como los acuerdos especiales relativos al ejercicio del derecho de acceso al mar y desde el mar, que establezcan derechos y concedan facilidades por razón de la situación geográfica especial de los Estados sin litoral quedan excluidos de la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida. Artículo 127. Derechos de aduana, impuestos u otros gravámenes. 1. El tráfico en tránsito no estará sujeto a derechos de aduana, impuestos u otros gravámenes, con excepción de las tasas impuestas por servicios específicos prestados en relación con dicho tráfico. 2. Los medios de transporte en tránsito y otros servicios proporcionados a los Estados sin litoral y utilizados por ellos no estarán sujetos a impuestos o gravámenes más elevados que los fijados para el uso de los medios de transporte del Estado de tránsito. Artículo 128. Zonas francas y otras facilidades aduaneras Para facilitar el tráfico en tránsito, podrán establecerse zonas francas u otras facilidades aduaneras en los puertos de entrada y de salida de los Estados de tránsito, mediante acuerdo entre estos Estados y los Estados sin litoral. Artículo 129. Cooperación en la construcción y mejoramiento de los medios de transporte. Cuando en los Estados de tránsito no existan medios de transporte para dar efecto a la libertad de tránsito o cuando los medios existentes, incluidas las instalaciones y equipos portuarios, sean deficientes en cualquier aspecto, los Estados de tránsito y los Estados sin litoral interesados podrán cooperar en su construcción o mejoramiento. Artículo 130. Medidas para evitar o eliminar retrasos u otras dificultades. de carácter técnico en el tráfico en tránsito. 1. Los Estados de tránsito adoptarán todas las medidas apropiadas. a fin de evitar retrasos u otras dificultades de carácter técnico en el tráfico. en tránsito. 2. En caso de que se produzcan tales retrasos o dificultades, las autoridades competentes de los Estados de tránsito y de los Estados sin litoral interesados cooperarán para ponerles fin con prontitud. Artículo 131. Igualdad de trato en los puertos marítimos. Los buques que enarboleden el pabellón de Estados sin litoral gozarán en los puertos marítimos del mismo trato que el concedido a otros buques extranjeros. Artículo 132. Concesión de mayores

“La libre navegación de los ríos internacionales.”

por **Brizuela Servín Santiago Adan**

facilidades de tránsito Esta Convención no entraña de ninguna manera la suspensión de las facilidades de tránsito que sean mayores que las previstas en la Convención y que hayan sido acordadas entre los Estados Partes en ella o concedidas por un Estado Parte. Esta Convención tampoco impedirá la concesión de mayores facilidades en el futuro” ⁷⁰.

El “Convenio Internacional de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar” (CONVEMAR), de 1982, dedica el Apéndice “J”, Parte “X”, Artículo 124 y siguientes, al “Derecho de Acceso al Mar y desde el Mar de los Estados sin Litoral y Libertad de Tránsito”; ergo el “Principio de Libre Navegación de los Ríos” ha sido escrupulosamente respetado.

En la Región del Cono Sur de Sud América, tras múltiples prohibiciones de navegación, permisos especiales, incluso guerras, como la llamada “Guerra del Paraná” en 1845, la firma de Tratados Binacionales e Internacionales, se arribó a la admisión y vigencia del Principio de “Libertad de Navegación de los Ríos Internacionales”. Debemos señalar que la Argentina, proclamó la “libre navegación de los ríos” en 1852; el Paraguay abrió sus ríos a la navegación extranjera mediante Decretos de 1854 y 1855; Brasil lo hizo en 1866 y 1867 y Bolivia lo decretó en 1853. Uruguay mediante Decreto de 1853 y una Ley de 1854, aunque lo abolió por Ley en 1862. Actualmente, gracias al “Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay – Paraná”, firmado entre los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, en junio de 1992, en las Leñas (República Argentina), se cuenta con una formidable herramienta para la vigencia y puesta en práctica permanente del Principio de “Libre Navegación de los Ríos Internacionales”.

El Río Paraná, en el cual Brasil y Paraguay son limítrofes en un tramo de 190 kilómetros, desde los Saltos del Guairá hasta la desembocadura del Río Yguazú afluente de la margen izquierda, es considerado el octavo mayor río del mundo en extensión (4.480 kilómetros), y el más largo de Sudamérica después del Río Amazonas. Igualmente es el décimo mayor del mundo en flujo de agua, drenando buena parte del Centro Sur de Sudamérica. El embalse de Itaipú, con una superficie de 1.350 kilómetros cuadrados y 170 kilómetros de extensión, dispone del mejor índice de aprovechamiento del agua para generar energía en toda la región ⁷¹.

La “LIBRE NAVEGACIÓN DE LOS RÍOS INTERNACIONALES”, es un Principio de antigua

⁷⁰ Brittin Burdick H.; *“Derecho Internacional para Oficiales en el Mar”*; Annapolis; Maryland; U.A.A.; Pp. 526/528; Instituto de Publicaciones Navales; Centro Naval; Talleres Gráficos de “La Prensa Médica Argentina S.R.L.”; Buenos Aires; Argentina; 1991

⁷¹ Fletas, Julio Alberto; *“La Libre Navegación de los Ríos – Artículo “ABC Color”*”, domingo 10-11-2019, Asunción, Paraguay.

“La libre navegación de los ríos internacionales.”

por **Brizuela Servín Santiago Adan**

data y cumplimiento cada vez más asiduo por las diversas naciones del orbe; entre las que hemos destacado el “Acuerdo de la Hidrovía Paraguay-Paraná”. El distinguido autor paraguayo, Dr. Fernando B. Costantini, En su obra: “Derecho Internacional e Humanitario”; en lo atinente a la “Libre Navegación de los Ríos Internacionales”; entre otros puntos relevantes, ha escrito: “... en cada una de las notas del Dr. José Gaspar Rodríguez de Francia a los Delegados de Gobierno... se encuentran las orientaciones y la política siempre actuales y válidas, afirmadas en los objetivos e intereses, que no pueden ser ignoradas ni soslayas en el Siglo XXI. A sus Delegados de Gobierno de Itapúa y Concepción les instruía en 1822 y 1820 respectivamente: “Estos infames, inhumanos, arbitrarios y bárbaros procedimientos de Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes y La Bajada, mientras se consigue la libre navegación, no hay que permitir (.....). El comercio y la amistad no pueden subsistir y son totalmente incompatibles con la ofensa o perjuicio a nuestra Libertad y absoluta Independencia, en cuya defensa y sostén, altamente empeñados estamos, resueltos y determinados a morir si es necesario. Al Delegado de Gobierno de Pilar, en 1825, le manifestaba: “...Cuando la bandera de la República del Paraguay sea libre de navegar hasta el mar se admitirá el que vengan a comerciar, y que entonces se arreglará el comercio según convenga y del modo que sea útil a todos los paraguayos...”. El 4 de noviembre de 1825 dictó un Decreto disponiendo: “En el supuesto d ela libre navegación que este Gobierno de la República ha declarado, debe tener el Paraná para las Naciones amigas que reconozcan la Independencia del Paraguay y para ella misma, sin sujeción a ninguna traba arbitraria de impuestos, registros, puertos precisos, derechos de tránsito u otra cualquier invención semejante sugerida por el espíritu de piratería y depredación que escandalosa y desafortunadamente se ha querido introducir y acostumar esos Pueblos...”⁷².

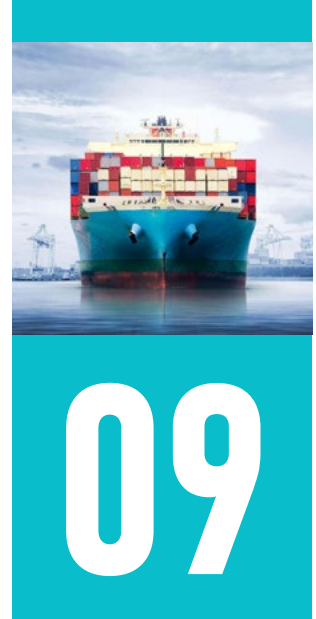
El Congreso de Viena, de 1815; en su Acta Final incorpora un “Reglamentos para la libre navegación de los ríos que en su curso navegable separan o atraviesan diferentes Estados”; en un total de nueve (09) artículos; que, entre otros puntos resaltan: “La navegación en todo el curso del Rhin, desde el paraje en que llega a ser navegable hasta el mar, ya se suba o se baje, será enteramente libre, y no podrá estorbarse a nadie en cuanto al comercio, pero conformándose siempre a los reglamentos que se hagan para su policía de un modo igual para todos, y tan favorable como sea posible al comercio, pero conformándose siempre a los reglamentos que se hagan para su policía de un modo igual para todos, y tan favorable como sea posible al comercio de todas las naciones...”. Indubitablemente, la “LIBRE NAVEGACIÓN DE LOS RÍOS INTERNACIONALES”

⁷² Costantini, Fernando B.; “Derecho Internacional y Humanitario – Aportación a la concreción de Políticas de Estado”; Pp. 437:438; Asunción, Paraguay; 2001.

está consagrada en el Derecho Internacional Público; desde antaño y se encuentra plenamente vigente en el Hemisferio Occidental; al respecto y, como bien lo señalaron los Prof. Dres. Fernando A. Beconi Ortíz y Hugo Ruiz Díaz Balbuena, en su obra “Derecho de los Tratados”; refiriéndose a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1996: “... la Convención de Viena fue adoptada en un contexto internacional por demás particular: un mundo bipolar, un mundo en medio de disputas entre el socialismo y el capitalismo. Un mundo en el que irrumpen invitados inesperados como los llamados países del Tercer Mundo o no alineados, que cuestionaron todo el sistema normativo internacional heredado del ejercicio del poder de las potencias y países que sometieron a dominación colonial a casi todos los pueblos del planeta...”⁷³.

Sin embargo, el “Tratado de Itaipu”, firmado en 1973, para el aprovechamiento conjunto de las aguas del Río Paraná, mediante la construcción de la Hidroeléctrica Binacional de Itaipú, si bien, cuenta con una Cláusula referida a la construcción de esclusas para la trasposición de la represa construida, y que de hecho interrumpe la libre navegación de esta importante vía fluvial de carácter internacional, dicha disposición, a cuasi 50 años de la Firma del Tratado, no ha sido concretada, y este lapso representa el 8,73 % del período de tiempo transcurrido desde el Descubrimiento de América por Cristóbal Colón en 1492; y en aras a la vigencia del “Principio de la Libre Navegación de los Ríos Internacionales” y de “Pacta Sunt Servanda”, el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), ha ubicado como epicentro temático de este magnífico Congreso: “LA NECESIDAD DE CONSTRUCCIÓN DE LAS ESCLUSAS DE NAVEGACIÓN PARA LA TRASPOSICIÓN DE LA REPRESA DE LA ITAIPÚ BINACIONAL, RESTAURANDO LA LIBRE NAVEGACIÓN DEL RÍO PARANÁ”; hecho trascendental y de alto desafío para la Ingeniería, que permitirá incluso la navegación hasta San Pablo (Brasil), gracias a la interconexión por medio de las esclusas, con la “Hidro vía Paraná - Tieté”; temas del interés pleno del Derecho Internacional Público, y que, también interesan sobremanera al Derecho Marítimo o Derecho de la Navegación por Aguas, y sobre los cuales, distinguidos y expertos disertantes nos han ilustrado convenientemente durante el desarrollo del XXII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO MARÍTIMO DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO (IIDM); realizado los días 14 a 16 de noviembre de 2019, en el Hotel “Gran Nobile” de Ciudad del Este (Departamento de Alto Paraná – Paraguay).

⁷³ Beconi Ortíz, Fernando Andrés y Ruiz Díaz Balbuena, Hugo; “*Derecho de los Tratados*” Tomo I; Pp 14/15; Editora Litocolor; Asunción, Paraguay; 2016.



Contratos de afretamento no direito brasileiro.

Pedro Calmon Neto ⁷⁴
BRASIL

INSTITUTOS DE DIREITO MARÍTIMO APLICÁVEIS AOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO.

A operação de uma embarcação em uma expedição marítima é dividida em duas gestões, a gestão náutica e a gestão comercial.

A gestão náutica é aquela em que o gestor terá responsabilidade de armar e tripular a embarcação, ou seja, deverá contratar, uma relação entre preponente e preposto, o Comandante e tripulação, além de cuidar da manutenção, conservação, equipamentos.

A gestão comercial diz respeito às questões inerentes a carga, frete, rotas de viagens

a seguir.

Antes de expormos e analisarmos os diversos tipos de contratos de afretamento devemos definir determinarmos termos, de uso comum na seara do direito marítimo.

Armador

O armador é aquele, pessoa física ou jurídica, que, em nome próprio e sua responsabilidade, equipa e tripula embarcação para explorá-la com fins comerciais, podendo esta ser explorada comercialmente pelo próprio ou por terceiros.

A Lei nº 9.537/1997⁷⁵ nos traz, em seu artigo 2º, inciso III, a definição de armador, como segue:

III - Armador - pessoa física ou jurídica que, em seu nome e sob sua responsabilidade, apresta a embarcação com fins comerciais, pondo-a ou não a navegar por sua conta;

A legislação pátria (Lei nº 9.537/1997) estabelece, em seu artigo 2º, inciso IV, aquele que é armador brasileiro, como abaixo:

IV - armador brasileiro: pessoa física residente e domiciliada no Brasil que, em seu nome ou sob sua responsabilidade, apresta a embarcação para sua exploração comercial;

O inciso IV, Art. 2º da Lei nº 9.537/1997, equivocou-se em estabelecer que o armador brasileiro é somente a pessoa física, pois, a pessoa jurídica brasileira também pode

⁷⁴ Advogado. Sócio do escritório PCFA - PEDRO CALMON FILHO & ASSOCIADOS, Bacharel em direito pela Universidade Candido Mendes - Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito Ambiental pela PUC/RJ, pós graduado em Direito Empresarial pela FGV/RJ, com especialização em Direito Marítimo e contratos pela FGV/RJ. Atua nas áreas de direito marítimo, portuário, tributário, trabalhista, administrativo para empresas de navegação de apoio off-shore, plataformas, navegação de cabotagem e longo curso, clubes de P&I, nas esferas administrativa e judicial. Membro do IIDM - Instituto Ibero-americano de direito marítimo, Vice-Presidente titular pelo Brasil no biênio de 2020/2021 do IIDM e Membro da Associação Brasileira de Direito Marítimo - ABDM. Membro da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da OAB/RJ. Professor da Pós-Graduação de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade Candido Mendes/RJ. Professor da Pós-Graduação de Gestão do Transporte Marítimo e Portos da Unidade de Ensino Dom Bosco/MA. Professor da Pós-Graduação de Gestão do Transporte Marítimo e Portos da Mackenzie/RJ. Professor do Curso de Formação em Direito Marítimo da IMAPOR/RJ. Professor da ESA/OAB-RJ. Professor do Instituto Navigare. Palestrante em diversos congressos e simpósios nacionais e internacionais. Classificado como destaque da área na Chamber's and Partners, Who's Who Legal, Legal 500 e Best Lawyers.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências, conhecida como RELESTA.

ser armadora. A ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, regula tal questão, outorgando licença para que determinada empresa, que atenda os requisitos da legislação, atue como Empresa Brasileira de Navegação – EBN.

A condição de armador não se confunde, em tese, com a figura de proprietário da embarcação, em inglês owner, embora por vezes, estes sejam os mesmos. O owner é também conhecido como armador-proprietário, que é aquele que, em última análise explora no transporte ou cede para terceiros (no caso dos contratos de afretamento).

O owner é aquele que tem a propriedade da embarcação, seu real dono, aquele que pagou pela embarcação comprando-a em estaleiro (hipótese em que mandou construir ou mesmo comprou depois de pronta) ou de terceiros.

O armador terá a posse, mas não necessariamente a propriedade da embarcação, visto que a propriedade pode, ao fim ser de uma empresa constituída para ser somente a proprietária. Tal planejamento societário é feito com o intuito de proteção do patrimônio da real proprietária da embarcação, muito embora, atualmente tal proteção já seja mitigada.

Existe ainda a figura do Armador em disposição, em inglês disponent owner ou owner by demise, que será aquele que afretou a embarcação a casco nú (o que veremos mais adiante), não sendo ele o proprietário da embarcação, mas sim aquele que, recebe do proprietário o direito de explorar a embarcação como se fosse sua, passa a ter a posse da embarcação.

Tem-se então que, o armador é aquele que equipa e aprovisiona a embarcação, além de tripular, principalmente indicando o Capitão, por vezes chamado de Comandante lato sensu, que vem a ser o preposto do armador.

Capitão como preposto do armador

O Código Comercial⁷⁶, em seu artigo 497, define Capitão como abaixo:

“O Capitão é o comandante da embarcação; toda a tripulação lhe está sujeita e é obrigada obedecer e cumprir as suas ordens em tudo quanto for relativo ao serviço do navio.”

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial

Ainda, a Lei nº 9.537/1997, em seu artigo 2º, inciso IV, acrescenta que o Capitão é o:

“Tripulante responsável pela operação e manutenção de embarcação, em condições de segurança, extensivas às cargas, aos tripulantes e as demais pessoas a bordo.”

Quanto à relação entre preposição e representação entre o Capitão e aquele que o nomeia esta evidenciada no artigo 494 do Código Comercial, responsabilizando-se (o armador) pelos atos praticados pelo Capitão e pelas obrigações por ele assumidas em prol do navio, senão vejamos:

Art. 494 - Todos os proprietários e partes são solidariamente responsáveis pelas dívidas que o capitão contrair para consertar, habilitar e aprovisionar o navio; sem que esta responsabilidade possa ser ilidida, alegando-se que o capitão excedeu os limites das suas faculdades, ou instruções, se os credores provarem que a quantia pedida foi empregada a benefício do navio (artigo nº. 517). Os mesmos proprietários e partes são solidariamente responsáveis pelos prejuízos que o capitão causar a terceiro por falta da diligência que é obrigado a empregar para boa guarda, acondicionamento e conservação dos efeitos recebidos a bordo (artigo nº. 519). Esta responsabilidade cessa, fazendo aqueles abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem. Não é permitido o abandono ao proprietário ou parte que for ao mesmo tempo capitão do navio.

Ainda, no mesmo sentido, temos na Lei nº 9.537/1997, em seu artigo 8º e seus incisos as competências do Comandante (ou Capitão), como abaixo:

Art. 8º Compete ao Comandante:

I - cumprir e fazer cumprir a bordo, a legislação, as normas e os regulamentos, bem como os atos e as resoluções internacionais ratificados pelo Brasil;

II - cumprir e fazer cumprir a bordo, os procedimentos estabelecidos para a salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga;

III - manter a disciplina a bordo;

Ainda:

Art. 9º Todas as pessoas a bordo estão sujeitas à autoridade do Comandante.

Art. 10. O Comandante, no exercício de suas funções e para garantia da segurança das pessoas, da embarcação e da carga transportada, pode:

I - impor sanções disciplinares previstas na legislação pertinente;

II - ordenar o desembarque de qualquer pessoa;

III - ordenar a detenção de pessoa em camarote ou alojamento, se necessário com algemas, quando imprescindível para a manutenção da integridade física de terceiros, da embarcação ou da carga;

IV - determinar o alijamento de carga.

É cediço que o Capitão é o preposto do armador. Ressaltando-se que, Capitão é aquele que exercer o comando da embarcação, tal qual descrito pelo nosso Código Comercial. Não importante ser ele Comandante de Longo Curso (CLC), Comandante de Cabotagem (CCB), Mestre de Cabotagem (MCB), de acordo com a necessidade determinada pela Autoridade Marítima.

DOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO E SUAS ESPÉCIES.

Em um contrato de afretamento, temos ao menos duas partes envolvidas, sendo elas o fretador e o afretador.

Fretador e Afretador

O Fretador é aquele que, tendo a posse, uso e controle da embarcação, contrata com outra parte a disposição da embarcação. Ou seja, o fretador é aquele que dá a embarcação mediante o pagamento de um aluguel (fretamento a casco nú ou fretamento a tempo) ou a frete (fretamento por viagem ou espaço para transporte de mercadorias).

O afretador é aquele que tem o direito de uso da embarcação afretada com a finalidade de transportar mercadorias, pessoas ou coisas.

Estes, quando firmam contrato visando o afretamento de uma embarcação o fazem através de um Contrato de Afretamento, que os antigos chamavam de Carta-Partida, em inglês, Charter Party.

Espécies de contratos de afretamento

Contrato de Afretamento a casco nú

O contrato de afretamento a casco nú, em inglês Bareboat Charter, é aquele em que o afretador tem a posse, uso e controle da embarcação, por determinado tempo (o tempo contratado).

Conforme dispõe a Lei 9.432/1997⁷⁷ em seu artigo 2º, inciso I, o contrato de afretamento a casco nu é:

I - afretamento a casco nu: contrato em virtude do qual o afretador tem a posse, o uso e o controle da embarcação, por tempo determinado, incluindo o direito de designar o comandante e a tripulação;

Ou seja, no contrato de afretamento a casco nú, o afretador passa a ter a gestão náutica e a gestão comercial da embarcação, assumindo inclusive todas as responsabilidades inerentes a embarcação e aos atos praticados pela tripulação.

A responsabilidade assumida pelo afretador é objetiva, sendo que cabe ação de regresso em face do fretador caso o dano tenha ocorrido oriundo de defeito da embarcação pretérito ao afretamento a casco-nú. É uma forma análoga de aplicação da teoria de responsabilidade do risco integral.

Contrato de Afretamento por tempo

O contrato de afretamento por tempo, em inglês Time Charter, é aquele em que o afretador recebe a embarcação pronta a navegar, ou somente parte da embarcação, para utilizá-la comercialmente por tempo determinado.

Conforme dispõe a Lei 9.432/1997 em seu artigo 2º, inciso II, o contrato de afretamento por tempo é:

II - afretamento por tempo: contrato em virtude do qual o afretador recebe a embarcação armada e tripulada, ou parte dela, para operá-la por tempo determinado;

Desta forma, em um contrato de afretamento por tempo, tendo em vista que o afretador não tem a gestão náutica, as responsabilidades assumidas são mitigadas, ao

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997. Dispões sobre a ordenação do transporte aquaviário e dá outras providências.

passo que, ele não é quem indica o Comandante nem a tripulação, tendo somente a gestão comercial da embarcação.

Conforme ensina PEDRO CALMON FILHO em Estudos do Mar Brasileiro⁷⁸:

“Contrato típico desta espécie é o “time-charter” - e a expressão inglesa internacionalizou-se - porque a locação, ou fretamento, é sempre por um determinado tempo e não para determinada viagem - embora possa o contrato de fretamento, ou carta partida (charter-party para os ingleses), estipular que o navio ficará à disposição do locatário para sua utilização em determinado percurso, para determinado número de viagens, mas sempre mediante a paga de um aluguel pro-rata-temporis.” (transcrição conforme original).

Logo, ainda que tenha a gestão comercial da embarcação, o afretador pode ter afretado a embarcação para operar em um determinado percurso, previamente determinado pelo fretador.

Contrato de afretamento por viagem

O contrato de afretamento por viagem, em inglês Voyage Charter, é aquele em que o fretador dispõe toda a embarcação ou parte dela, devidamente tripulada, em benefício de um afretador para este realizar transporte em uma ou mais viagens.

Conforme dispõe a Lei 9.432/1997 em seu artigo 2º, inciso III, o contrato de afretamento por viagem é:

III - afretamento por viagem: contrato em virtude do qual o fretador se obriga a colocar o todo ou parte de uma embarcação, com tripulação, à disposição do afretador para efetuar transporte em uma ou mais viagens;

O afretador nunca terá a gestão náutica. No afretamento por viagem, usualmente o trajeto é escolhido pelo afretador. Para realizar aquele transporte, naquele trajeto, é que afretador afreta o navio.

O fretador neste tipo de contrato tem a gestão náutica e a gestão comercial mitigada,

⁷⁸ CALMON FILHO, PEDRO. Estudos do Mar Brasileiro - Série Problemas Brasileiros - A lei do mar , 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1972. p. 145

visto que o afretador define não só a rota, mas normalmente a linha, trajeto, viagem que a embarcação seguirá, sendo que o afretador adere ou não aquela determinada viagem, ou viagens.

Quanto ao contrato de afretamento por viagem, PEDRO CALMON FILHO⁷⁹ nos ensina que:

“No primeiro, por carta-partida (sinônimo de carta-de-afretamento ou contrato-de-fretamento (Voyage charter-party, para os ingleses), o armador estabelece pelo contrato prévio com o embarcador tôdas as condições pelas quais será efetuado o transporte, em determinada viagem ou percurso (se mais de uma viagem termos o consecutive Voyage charter-party) isto é, por conta de quem ficarão as despesas portuárias; o preço básico para o frete, a maneira de calculá-lo, se por volume ou peso; a quantidade de carga que o navio poderá receber (se o embarcador entregar menos carga, pagará ainda frete pela quantidade que poderia ter completado - frete morto); o tempo concedido para o carregamento e a descarga (as “estadias”); as condições para a contagem dêste tempo, a maneira de se iniciar a contagem, ou não, devido a feriados, ocorrência de chuvas; as datas limites de o navio se apresentar para receber a carga, depois da qual o embarcador tem o direito de declarar cancelado o contrato; o local ou locais que o embarcador poderá fazer o navio se dirigir para receber a carga, e o único ou os vários portos para os quais poderá enviar a carga, com a diferença de frete para a hipótese de utilização de um ou mais portos; o preço para as sobrestadias, que é o tempo gasto no carregamento ou descarga além daquele concedido pelo contrato como estadias, na língua inglesa - demurrage, e, finalmente, o prêmio de rapidez, na linguagem internacional marítima conhecido na expressão inglesa - dispatch Money - que é o prêmio em dinheiro que pagará o armador ao embarcador, ou recebedor, para o tempo menor que o de estadias que vier a ser economizado nas operações de embarque e descarga (geralmente metade do valor convencional para sobrestadia, demurrage).”

Logo, diante destes contratos, vários fatores são determinados, onde, caso não sejam observados, poderão afretador e fretador sofrerem sanções de cada uma das partes.

Neste sentido, ensina SALGUES⁸⁰ em seu artigo sobre Contrato de afretamento e

⁷⁹ CALMON FILHO, PEDRO. Estudos do Mar Brasileiro - Série Problemas Brasileiros - A lei do mar, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1972. p. 148 e 149

⁸⁰ SALGUES, Oto. Contratos de afretamento e transporte no Direito Marítimo. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4022>>. Acesso em: 15 de outubro de 2011.

transporte no Direito Marítimo:

De maneira geral, nos contratos de transporte por viagem, obriga-se o transportador a transferir coisas de um lugar para outro. Nesses contratos há duas pessoas, físicas ou jurídicas, que são o transportador (carrier) e o fretador ou charteador (charterer).

É o transportador aquele que fornece o espaço a bordo de seu navio, enquanto que o fretador (que pode ser também o embarcador – “shipper”) é aquele que toma o espaço do navio, mediante o pagamento de uma contra partida – o frete – para o transporte de sua mercadoria.

Nestes contratos a responsabilidade civil do transportador é objetiva, quer dizer, é independente de culpa.

Desta forma, quando há qualquer tipo de acidente, ou mesmo detenção do navio, o afretador pode ter que pagar ao fretador multa pela não entrega no tempo determinado.

RESPONSABILIDADES NOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO.

As responsabilidades oriundas dos contratos de afretamento são diversas, tendo em vista que em determinados contratos toda a gestão da embarcação – náutica e comercial – são transferidas ao afretador e em determinados contratos, somente o direito de explorar comercialmente o espaço da embarcação é cedido ao afretador – como nos contrato de afretamento por tempo e por viagem.

Responsabilidades nos contratos de afretamento a casco nú

No contrato de afretamento a casco nú, onde o afretador passa a deter a posse da mercadoria, sendo de sua responsabilidade a gestão náutica e a gestão comercial, ou seja, armar e tripular, bem como decidir a forma de exploração comercial da embarcação, tem-se que o afretador assume toda a responsabilidade por qualquer fato que ocorra com a embarcação enquanto sob sua posse, excluídos aqueles que subsistiam antes da transferência da posse.

A responsabilidade aplicada ao caso é a objetiva, ou seja, cabe ao armador em disposição (disponent owner) o ônus de provar a ocorrência de alguma excludente de responsabilidade quando ocorrer qualquer dano a carga, ao navio, ao meio ambiente, ressalvadas as condições de ação regressiva, quando for o caso, em face do proprietário, ora fretador, da embarcação.

Já o fretador, neste caso específico, normalmente, mas não obrigatoriamente, o

proprietário da embarcação, sua responsabilidade é subjetiva, ao passo que, deve o afretador comprovar ser um vício já existente na embarcação para que este responda, pois o fretador não tem qualquer interferência quanto a gestão náutica nem comercial, sendo ele apenas responsável por defeito pre-existente ou oculto em sua embarcação.

O fretador, em um contrato de afretamento a casco nú, normalmente é o proprietário da embarcação, porém, é possível, que o proprietário faça um contrato de afretamento para uma pessoa ou empresa, e esta por sua vez faça outro contrato de afretamento a casco nú para outra e assim por diante, sempre passando a próxima a gestão náutica e gestão comercial da embarcação, desde que haja cláusula expressa no contrato permitindo tal disposição.

RESPONSABILIDADES NOS CONTRATOS DE AFRETAMENTO A TEMPO.

No contrato de afretamento por tempo, como exposto acima, os fretadores detêm a gestão náutica e o afretador passa a deter a gestão comercial.

Desta forma, temos um sistema bipartido de responsabilidades.

A responsabilidade por danos causados por culpa do Comandante, da tripulação da embarcação ou defeito da mesma, será do fretador, visto que ele é quem detêm a gestão náutica e é seu preposto o Comandante, que responde por todas as ocorrências a bordo.

Assim, se, ao atracar o navio, o Comandante ou qualquer pessoa sob sua orientação e/ou supervisão causar acidente, quem responderá será o fretador.

Já o afretador responderá por qualquer dano causado pela carga da embarcação ou em sua decorrência. Em última análise, o armador pode responder pelo dano, sendo garantido o direito de regresso junto ao afretador.

Responsabilidades nos contratos de afretamento por viagem

Nos contratos de afretamento por viagem, tem-se que as gestões náutica e comercial permanecem com o fretador, sendo o afretador, praticamente, somente o locatário do espaço do navio para o transporte de sua carga, ou de terceiros que ele venha a negociar.

A responsabilidade, quase que integral de danos causados a terceiros permanece com o fretador, pois é ele que detêm praticamente todo o controle do navio.

Todavia, caso haja qualquer prejuízo ou incidente cobrado por motivo próprio do afretador, tais como arresto por dívida, este será responsável por todo o prejuízo causado ao fretador e a terceiros.

RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS A TERCEIROS.

Como já vimos no capítulo anterior, existem diversos envolvidos em um contrato de afretamento, inclusive, por vezes, envolvendo terceiros, sejam eles o proprietário da embarcação, sejam eles os próprios Terminais Portuários.

Vale, antes de analisarmos propriamente a responsabilidade de cada um dos players de um contrato de afretamento, desbravarmos a questão da responsabilidade civil (não entraremos na seara da responsabilidade penal e administrativa).

Conceitos da responsabilidade subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil esteve sempre ligada ao conceito de culpa, legado do direito romano esculpido nos códigos ditos “modernos” grandes conquistas jurídicas da época napoleônica. Em nosso Código Civil de 1916⁸¹, já revogado, obra do grande Clóvis Bevilacqua, a regra geral, estava contida no artigo 159, que estabelecia:

Art. 159 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553.

A prova da culpa, ou omissão, no entanto, cabia ao que a alegasse – *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt* – portanto, o ônus probandi era da vítima.

Esta foi chamada a “responsabilidade subjetiva”.

Desenvolveu-se, no campo jurídico, o anseio de um novo tipo de responsabilidade, que livrasse a necessidade da vítima provar a culpa, obrigando ao beneficiário do risco

⁸¹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil

criado a obrigação de indenizar.

A primeira conquista, neste setor, no Brasil, possivelmente é anterior ao próprio Código Civil de 1916. Está no Código Comercial, de 1850, a responsabilidade, dita objetiva, do Comissário de Transportes (artigo 103, do Código Comercial).

A responsabilidade então instituída, na verdade inverte o ônus da prova, estabelecendo a mesma lei as causas excludentes de responsabilidade. Provando-as o autor do dano se exime de indenizá-lo.

Posteriormente a legislação tornou o princípio mais rigoroso, excluindo as causas exonerativas, inclusive, a de força maior. Exemplo a legislação de Acidente de Trabalho, que estabeleceu que o empregador é responsável independente da existência ou não de culpa, e a Responsabilidade por Danos a Terceiros na Superfície (Código Brasileiro do Ar⁸², de 1938, atualmente Lei nº 7.565/1986⁸³).que estabeleceu a responsabilidade do explorador da aeronave, quando de acidentes aeronáuticos, independente da existência ou não de culpa (CALMON FILHO⁸⁴, 2002).

O princípio da responsabilidade subjetiva continua a regra geral (artigo 927 do atual Código Civil⁸⁵); entretanto o parágrafo único do mesmo artigo, ressalta a possibilidade de responsabilidade objetiva nos casos especificados em lei, e adota, ainda, a responsabilidade pelo risco criado; *in verbis*

Artigo 927 - Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A ideia de se tornar objetiva a responsabilidade por “atividade normalmente desenvolvida”, portanto atividade dita industrial que “implicar, por sua natureza risco para os direitos de outrem” introduz em nosso direito positivo um conceito moderno (a

⁸² BRASIL. Decreto-Lei nº 483, de 8 de junho de 1938. Institue o Código Brasileiro do Ar.

⁸³ BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Código Brasileiro de Aeronáutica.

⁸⁴ CALMON FILHO, Pedro. Palestra realizada na Associação Brasileira de Direito Marítimo sobre o tema O Novo Código Civil e a Responsabilidade do Transportador, Rio de Janeiro, 2002

⁸⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

teoria do risco decorrente do benefício), mas certamente ainda não definida em seus contornos.

Assim, criou-se a teoria do risco, onde aquele que desenvolve atividade, e que obtém proveito financeiro dela, deve suportar os danos em decorrência desta. Logo, no caso das embarcações, aqueles que as exploram comercialmente, devem suportar os prejuízos derivados desta exploração, cabendo a ele, demonstrar uma das excludentes de responsabilidade, quais sejam: caso fortuito ou força maior, vício próprio, culpa exclusiva de terceiros.

As excludentes de responsabilidade

Como acima exposto, as causas excludentes de responsabilidade são caso fortuito ou força maior, vício próprio e culpa exclusiva de terceiros.

Caso fortuito ou força maior

As excludentes de responsabilidade caso fortuito ou força maior, muito embora sejam duas, normalmente são citadas como uma, até por vezes consideram-nas sinônimos, todavia, as mesmas têm distinções, mas são semelhantes em sua consequência.

Estas são as causas mais alegadas nos acidentes e fatos oriundos do transporte marítimo.

Entende-se por caso fortuito ou força maior, fatos imprevisíveis ou irresistíveis, no mesmo sentido CALMON FILHO⁸⁶ cita:

“Por caso fortuito, ou força maior, que muitos consideram expressões sinônimas, temos os fatos imprevisíveis ou irresistíveis, que vencem a normal diligência e perícia que se pode razoavelmente esperar do armador e seus prepostos. São os fatos inesperados que ultrapassam a capacidade do homem de prevenir contra um perigo não normalmente esperado, ou de lhe fazer face depois de deflagrado. É a vis divina dos romanos, o act of god, dos anglo-saxões, ou perils of the sea, que tão bem traduzimos pela tradicional expressão : fortuna do mar.”

Indo além do citado autor, entendo que o caso fortuito é oriundo da ação da natureza

⁸⁶ CALMON FILHO, PEDRO. Estudos do Mar Brasileiro – Série Problemas Brasileiros – A lei do mar, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renes, 1972. p.152

e a força maior, fato decorrente da ação do homem.

Logo, diante da esteira da responsabilidade objetiva, cabe ao transportador, provar a existência de algum fato imprevisível, inesperado, inevitável e irresistível que o levou a não cumprir seu contrato.

Caso haja esta prova, desonera-se o transportador do dever de indenizar aquele que foi prejudicado pela quebra de tal contrato.

Claro que, atualmente, com os avanços tecnológicos e equipamentos existentes a bordo das embarcações é muito difícil ocorrer eventos naturais imprevisíveis e até inevitáveis, todavia, não podemos descartar tais excludentes, visto que cabe a parte comprovar o evento, e se a prova for bem produzida, só resta o judiciário acata-la.

Vício próprio

O vício próprio é aquele que é já existe na própria carga que foi entregue para o transporte.

Desta forma, não há que se falar em responsabilidade do transportador em carga entregue já danificada, sendo esta uma das excludentes de responsabilidade.

Vale destacar que, não se desincumbiu o transportador de provar este vício, este ônus permaneceu com ele; todavia, ao comprovar tal fato, desonera-se de ter que ressarcir o proprietário da carga do dano.

Esta prova pode ser obtida através de pericia judicial, ou mesmo pericia particular, desde que aceitas pelas partes. Caso não consiga comprovar que havia o vício próprio, ou vício de origem como alguns chamam, o transportador deverá suportar tal prejuízo.

Culpa exclusiva de terceiro

A culpa exclusiva de terceiros, como excludente de responsabilidade equivale-se ao caso fortuito ou força maior, inclusive, existindo autores que entendem que a culpa exclusiva de terceiro seria mutatis mutandi, pertencente a categoria da força maior, por sua imprevisibilidade.

A culpa exclusiva de terceiro, ou terceiros, quando mais de um agente é envolvido, que não faça parte da relação contratual é o responsável pelo dano ocorrido no transporte de mercadorias por mar.

Interessante de se analisar, a luz dos contratos de afretamento, quem pode ser considerado como terceiro.

“Contratos de afretamento no direito brasileiro.”
por **Calmon Filho Pedro**

Qualquer agente que atue, sob a tutela, supervisão ou responsabilidade do Comandante da embarcação não pode ser considerado terceiro, pois, muito embora não esteja diretamente ligado a relação contratual de afretamento, agiu sob a responsabilidade de tal.



Reflexiones sobre responsabilidad penal en el derecho marítimo y la pandemia global Covid-19

Jaime Casado Ruiz ⁸⁷
ESPAÑA

La relación entre el Derecho Marítimo y el Derecho Penal es sin duda muy especial. La territorialidad es uno de los principios esenciales o configuradores del Derecho Penal, de forma que la función punitiva es ejercida por los Estados como muestra o rasgo propio de su soberanía. Sin soberanía no existe acción punitiva. Y la soberanía se ejerce sobre territorios.

El Derecho Marítimo, como disciplina jurídica concernida del traslado de mercancías por mar de un punto a otro, situado frecuentemente en Estados distintos, se ve necesariamente afectado especialmente por el elemento de la territorialidad.

En un traslado normal de mercancías, las mismas, o más bien el buque que las

transporta, transita por espacios de soberanía del Estado emisor o de recogida, por aguas internacionales, y por espacios de soberanía del Estado del punto de destino, sin olvidar el posible paso por otras aguas jurisdiccionales, ni tampoco prescindir el pabellón del buque que puede ser de un Estado distinto a los anteriores.

Quiere ello decir que el elemento territorialidad en el transporte marítimo es complejo, y consecuentemente discernir la posibilidad de que pueda producirse una eventual responsabilidad penal, así como el régimen que le sería aplicable, se torna cuestión insegura ante la confluencia de distintas jurisdicciones, pudiéndose considerar asimismo que existen espacios de impunidad de facto más allá del mar territorial, o incluso dentro del mismo.

En la situación de pandemia que está viviendo la humanidad desde el mes de Marzo de 2020 la primera duda que se ha planteado viene referida al origen del virus infeccioso, que según algunas afirmaciones pudiera ser de creación artificial y por tanto provocado, incluso atribuyéndole a su difusión una finalidad económica.

Sin entrar a valorar lo acertado que pudieran ser afirmaciones de este tipo, expresadas por ejemplo por el Presidente de los Estados Unidos de América, es lo cierto que a fecha actual puede concluirse que el origen del virus Covid-19 se encuentra en la localidad China de Wuhan, situándose por unos en un mercado y poniéndose de manifiesto por otros la existencia de un laboratorio cerca del lugar, en el cual pudieran confluír adicionalmente intereses extranjeros, en el que se han llevado a cabo experimentaciones que no son incompatibles con la generación de un virus artificial.

La hipótesis de una creación artificial del virus y su difusión intencionada, o incluso de forma accidental, nos sitúa en el escenario de una eventual responsabilidad penal a gran escala.

Responsabilidad penal que tratándose de actos u omisiones provenientes de un Estado es muy poco probable que se persiguiese bajo el esquema ordinario de territorialidad y ejercicio de jurisdicción exclusiva por cada uno de los Estados sobre su territorio.

Ello nos lleva a una de las mayores excepciones al principio de territorialidad, la constituida por los tribunales penales internacionales.

⁸⁷ Licenciado en Derecho por la Universidad de Sevilla. Abogado en ejercicio desde el año 1989. Consultor en proyectos internacionales desde el año 1989 en Europa, África y América. Fundador de Jaime Casado Ruiz - Despacho Jurídico. Ha sido profesor en el Máster en Abogacía de la Universidad Pablo de Olavide en Derecho Mercantil y Arbitraje y Mediación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro de la Unión de Abogados Europeos (UAE). Ha sido miembro de la Cámara de Comercio Hispano-Alemana. Ha sido miembro de la Asociación de Abogados Especialistas en Nuevas Tecnologías.

Los tribunales penales internacionales fueron inicialmente creados ad hoc, es decir para causas o procesos concretos a seguir ante ellos.

Aunque en muchas ocasiones resulte ignorado, puede encontrarse su origen en el Tratado de Versalles de 1919, tras la Primera Guerra Mundial, que en su artículo 227 preveía que fuese juzgado el ex Káiser o emperador de Alemania, Guillermo II de Hohenzollern, por un tribunal especial compuesto por cinco jueces, nombrados por otras tantas de las potencias vencedoras. Sin embargo el juicio no llegó a tener lugar porque los Países Bajos denegó la entrega del ex Káiser al Tribunal que habría de juzgarlo.

Sobre este episodio de la historia no podemos dejar de citar la obra de un Instituto con un nombre tan cercano, “Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado”, que en una obra publicada casi coetáneamente a los hechos que estamos comentando, concretamente en 1920, con el título “El tratado de Versalles de 1919 y sus antecedentes”, recogía no sólo el texto definitivo sino también las proposiciones y contraproposiciones intercambiadas durante la negociación del Tratado de Paz entre Clemenceau como Presidente de la Conferencia de Paz, y el Plenipotenciario alemán Brockdorff-Rantzau. Ello permite un análisis crítico de lo acertado o desacertado de las posiciones de la partes, esencialmente desde el prisma del Derecho, partes que por razones obvias no se encontraban en posición de igualdad. Se contenían en dicha obra, en su Prólogo, unas reflexiones que pueden considerarse premonitorias de la posterior Segunda Guerra Mundial: *“El Tratado de Versalles, como casi todos los Tratados de Paz, fue impuesto por vencedores, y confeccionado en horas de victoria, que no son precisamente horas de comprensión. Pero el mundo reflexiona; sucede a las horas del triunfo la etapa de la revisión. Asistimos actualmente a sus comienzos. Confiemos que el movimiento iniciado no se detenga y puedan así subsanarse las faltas de los que pensaron demasiado en los peligros próximos, olvidando la paz remota; en Versalles se pactó una tregua. El mundo ansía un largo periodo de paz”*.

Fue precisamente tras la Segunda Guerra Mundial cuando fueron creados otros tribunales penales internacionales ad hoc que sí tuvieron efectividad práctica, el de Nüremberg, y el constituido para el Lejano Oriente (Tokio), los cuales juzgaron determinados crímenes de guerra dando lugar a numerosas condenas.

A ellos les han seguido el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (1993) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994).

Ya con una clara vocación de permanencia fue creada la Corte Penal Internacional, mediante la aprobación del Estatuto de Roma el 17 de Julio de 1998 en conferencia diplomática celebrada en dicha ciudad y que entró en vigor en el año 2002.

Llamado a juzgar crímenes graves para los intereses de la comunidad internacional,

como los de guerra, genocidio, y lesa humanidad, a los que posteriormente se añadió el crimen de agresión, sólo prevé juzgar hechos cometidos por particulares, no por personas jurídicas ni por Estados, y todo ello respetando el principio de complementariedad con los Estados establecido en el artículo 1 de su Estatuto, que más bien pese al término utilizado viene a ser de subsidiariedad.

Su eficacia práctica global sin embargo está lastrada por el hecho de que países como Estados Unidos de América, China o Rusia no son parte. Incluso el propio Tribunal ha denunciado las sanciones que por los Estados Unidos de Norteamérica se han impuesto a la Fiscal General del Tribunal y a miembros de su oficina, las más recientes en el año 2020.

En cualquier caso, puede concluirse que a efectos de la pandemia no podría tener ningún papel salvo que se probase la existencia de una actuación dolosa en la creación y propagación del virus, pues el artículo 30 de su Estatuto exige que medie intencionalidad y conocimiento como requisitos para que pueda establecerse una responsabilidad y condena penal.

Otra excepción al principio de territorialidad la encontramos en el principio de universalidad, jurisdicción universal, o Justicia Universal.

La aplicación de este principio supone que los tribunales de un Estado puedan juzgar crímenes cometidos fuera de su territorio, por parte de sus nacionales o de extranjeros, independientemente de la nacionalidad de la víctima, cuando se lesionen determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional.

En España la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, introdujo en su artículo 23.4 el principio de Justicia Universal, al establecer que “será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio. b) Terrorismo. c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves. d) Falsificación de moneda extranjera. e) Los relativos a la prostitución. f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. g) Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España”.

Consecuencia de tal disposición normativa es que durante los siguientes lustros los tribunales españoles investigaron hechos sucedidos en Argentina, Chile, Guatemala, Ruanda, Irak, Sahara, Tíbet, Gaza, además del caso Falun Gong (China) o Guantánamo.

Hechos los cuales podían estar totalmente desvinculados del Estado que los juzgaba y de sus ciudadanos, que no tenían por qué tener en los hechos investigados ningún papel, ni activo ni pasivo.

De tal modo que la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Febrero de 2003, que consideró que no debía investigarse en España el delito de genocidio del pueblo maya en Guatemala por no ser las víctimas españolas y no encontrarse en España los presuntos responsables, fue anulada por el Tribunal Constitucional, que concluyó que los tribunales españoles conforme al marco normativo existente eran competentes, bastando para ello que hubiesen indicios razonables de inactividad judicial en otro ámbito para la persecución de tales crímenes.

En este periodo se produjo la Sentencia en el caso Scilingo, o la detención de Pinochet en Londres por la solicitud de extradición cursada por España, que concluyó sin ser efectiva dieciséis meses después, al resultar denegada la extradición por el Gobierno Británico aduciendo motivos de salud.

La amplitud de la aplicación de la Justicia Universal y los problemas o tensiones internacionales que ello generó a España dieron lugar a que en el año 2014 se modificase el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo una larga lista de supuestos en los que la justicia española es competente para perseguir delitos extraterritorialmente, pero con limitaciones antes no existentes basadas sobre todo en la aplicación del principio de personalidad (nacionalidad de autor o víctima) o que se trate de extranjeros con residencia en España, además de vigorizar el principio de subsidiariedad.

Desde dicha fecha, en lo que se refiere a los delitos de piratería y contra la seguridad de la navegación marítima, el Estado español asume jurisdicción en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de Organizaciones Internacionales de la que España sea parte.

Igualmente ocurre en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Julio de 2014, en los casos de estos delitos contra la salud pública, cometidos en medios marinos, atribuye jurisdicción a España para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo del art. 23.4, el apartado d), de la de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Concluye, que esta atribución de competencia supone la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o ficticio. Sin embargo, cuando se trate de naves con pabellón legítimo, la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección.

Un ámbito claro en el que pueden surgir responsabilidades penales de los operadores del Derecho Marítimo en tiempos de pandemia viene dado por el eventual incumplimiento de normas dictadas u órdenes emanadas en el ejercicio de funciones de protección de la salud.

Durante el tiempo transcurrido de pandemia se ha podido comprobar que las normas pueden ser muy cambiantes, incluso desconocidas y no predecibles en su contenido horas antes, y que las órdenes impartidas por las autoridades pueden responder en gran medida a la improvisación o estar dotadas de un contenido imperativo no habitual, debido a la situación social de temor e incertidumbre que incluso ha dado lugar a que numerosos países del mundo hayan decretado temporalmente estados de alarma o excepción con limitación de derechos y libertades esenciales.

Debe repararse en que el incumplimiento de una orden puede tener importantes consecuencias, no sólo desde el punto de vista de la responsabilidad administrativa o incluso penal que pueda tener asociada, sino también por las consecuencias económicas que pueden derivarse.

En el caso por el vertido y posterior hundimiento del buque petrolero Prestige cerca de las costas españolas en Noviembre de 2002, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Coruña el 13 de Noviembre de 2013 condenó únicamente al capitán por un delito de desobediencia, al negarse a permitir el remolque del petrolero, por espacio de unas dos horas y media, aduciendo que necesitaba contar previamente con órdenes del armador.

La responsabilidad civil no fue establecida por esta Sentencia de la Audiencia Provincial, que consideró que los perjuicios para los cuales las partes solicitaban indemnización excedían los contornos del delito por el cual fue condenado el capitán del buque.

Sin embargo la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de Enero de 2016, resolviendo recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia de instancia, consideró que los hechos eran asimismo constitutivos de un delito imprudente contra el medio ambiente en la modalidad agravada de riesgo catastrófico condenando al capitán por dicho delito a la pena de dos años de prisión. La Sala condena únicamente por este delito al considerar que la desobediencia daba lugar a la aplicación del tipo agravado dentro del delito contra el medio ambiente, mediando concurso, por lo que condenar adicionalmente por el delito de desobediencia hubiera supuesto doble sanción.

Consecuencia de ello es que se fijaron indemnizaciones en un momento posterior que llegaron a superar los mil seiscientos millones de euros.

La cuestión de la territorialidad sobrevoló también en el procedimiento. Debe tenerse en cuenta que el inicio del vertido se produjo a 27,5 millas de la costa española. No

obstante al hallarse dicho lugar en el Dispositivo de Separación de Tráfico Marítimo de Finisterre, el cual se encuentra bajo jurisdicción española según Convenio con la Organización Marítima Internacional, la cuestión de la territorialidad no llegó a suponer ningún escollo para el enjuiciamiento en España de los hechos en los que se veía involucrado un buque con pabellón de Bahamas, y por los que resultó condenado por la justicia española su capitán, Apostolos Mangouras, de nacionalidad griega.

Cuestión asimismo de gran trascendencia para los operadores del sector del Derecho Marítimo es si la persona jurídica como tal puede ser objeto de responsabilidad penal.

En ello difieren enormemente los ordenamientos jurídicos. Existe un aforismo, por muchos calificado de romano, que prescribe “*societas delinquere non potest*”, es decir, las sociedades o personas jurídicas no pueden cometer delitos. Sin embargo, parece que su origen no es romano. Según el autor Víctor Martínez Patón la frase fue creada por Franz von Liszt en la primera edición del manual “*Das deutsche Reichsstrafrecht*” que fue publicada en 1881, sucediendo además que según sus estudios y por el contrario en Derecho Romano las corporaciones sí podían ser sujetos de derecho penal.

Lo cierto es que desde la OCDE y el Consejo de Europa se ha venido instando en los últimos lustros a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pudiendo considerarse su expansión como la tendencia actual, al menos respecto de determinados delitos.

En España la responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida mediante reforma del Código Penal del año 2010. En su redacción actual el artículo 31 bis del Código Penal establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables “de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”, y también, “*de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso*”.

Queda excluido de posible responsabilidad penal el sector público en general, incluyendo al Estado y a las Administraciones Públicas, y también las organizaciones internacionales, y en cambio caen de lleno en su ámbito de aplicación las sociedades mercantiles.

Las penas previstas en la norma pueden ser de multa, disolución de la persona jurídica, suspensión de actividades, clausura de locales o establecimientos, prohibición de desarrollo de determinadas actividades relacionadas con el delito cometido, inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, e intervención judicial.

De excepcional importancia práctica es la previsión contenida en el propio Código Penal, en el sentido de que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si cumple determinadas condiciones previamente a los hechos considerados, que pueden resumirse en el *“Compliance Penal”*.

El apartado 4 del citado artículo 31 bis establece que cuando el delito hubiera sido cometido no por los representantes legales de la persona jurídica, sino por sus subordinados, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano que tiene encomendada dicha función.

Operadores del Derecho Marítimo y personas jurídicas en general de otra nacionalidad distinta de la española que tengan implantados sistemas de Compliance compatibles, podrán por tanto beneficiarse de esta exención de responsabilidad penal. Sin perder de vista que la norma prevé que en caso de que el cumplimiento de las medidas de control sólo se justifique parcialmente ello será valorado como atenuante de la pena.

Con motivo de la pandemia pueden ser exigidas responsabilidades penales también con motivo del incumplimiento de las medidas de protección establecidas.

Así, en España, el artículo 318 del Código Penal hace referencia a las penas atribuibles a la persona jurídica en el caso de la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores, imponiéndoles la pena a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello, siendo una actuación tipificada en el artículo 316 del Código Penal no facilitar, con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligado, los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene

adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, actuación que será igualmente castigada cuando se cometa por imprudencia grave.

La concreta puesta en marcha de la acción penal también puede ser muy diferente en los distintos países y tener ello consecuencias prácticas.

Hay sistemas jurídicos en los que la decisión de ejercitar la acción penal por el Estado o sus representantes se toma de forma coordinada conforme a determinados criterios. Criterios los cuales no tienen por qué ser políticos, en el sentido amplio de la palabra, o no sólo de este tipo, sino que también pueden tenerse en cuenta razones económicas, valorando el coste que una acusación supone para los fondos públicos, o también criterios asociados a la prosperabilidad de la acción ejercitada, evitando de esa forma que se sigan procesos en los que pueda vislumbrarse que la probabilidad de desestimación de la acusación resulte considerable, por razones atinentes a la disponibilidad probatoria o de cualquier otra índole, lo que puede suponer según algunos criterios o formas de ver las cosas, que el sistema judicial pueda perder en imagen o prestigio.

En España concretamente el sistema existente hace recaer la decisión fundamentalmente sobre jueces, que deben instruir las causas sin tomar en consideración más criterio que la posible comisión de un ilícito penal y su investigación. Tras una fase instructora en la que pueden intervenir además del Ministerio Fiscal una acusación particular y/o una acusación popular (la primera, reservada al ofendido por el delito, incluyendo grupos o asociaciones representativos de derechos e intereses legítimos, mientras que la segunda puede ser ejercitada por cualquier persona física o jurídica no ofendida por el delito cumpliendo determinados requisitos), hay una denominada fase intermedia en la que las partes acusadoras pueden solicitar que se proceda al enjuiciamiento o no.

La existencia de partes acusadoras distintas del Ministerio Fiscal amplía el ámbito de la acción penal, pues puede acordarse la apertura de juicio (y posteriormente en su caso la condena del acusado) aun cuando el Ministerio Fiscal no ejerciese acusación, reservándose a este respecto a los jueces instructores un papel que no puede considerarse como meramente residual.

En los últimos años se han sucedido propuestas tendentes a reducir el papel de los jueces instructores, asumiendo el Ministerio Fiscal un protagonismo muy superior o casi exclusivo durante la instrucción, sin embargo hasta la fecha el sistema vigente es el comentado.

Otra cuestión con gran trascendencia práctica es la referida al posible ejercicio de la acción civil conjuntamente con la acción penal, así como el régimen de los gastos asociados al procedimiento.

En general en el procedimiento penal en España se parte de la premisa de que con el ejercicio de la acción penal se entienden ejercitadas asimismo las acciones civiles que puedan corresponder. Está previsto no obstante que los perjudicados puedan hacer reserva de las acciones civiles que consideren les asisten para ejercitarlas en un proceso independiente ante los órganos jurisdiccionales del orden civil. Para ello no es preciso esperar a que el procedimiento penal finalice, sino que pueden seguirse ambas acciones independientemente desde un primer momento.

Puede hacernos reflexionar el hecho de que en casos como el antes citado del *Prestige* los perjudicados, al menos en su inmensa mayoría, confiaron sus indemnizaciones al desenlace de un procedimiento penal.

La razón es probablemente de índole económica, pues por una parte puede no ser necesario un desembolso tan alto como en un procedimiento civil, y por otra parte se elude o se puede eludir el riesgo de la condena en costas.

Condena en costas que es la regla general en el proceso civil, cuando se estima o se desestima íntegramente la demanda, y que por el contrario en el proceso penal, refiriéndonos a la parte acusadora, sólo puede tener lugar respecto del querellante, no del mero denunciante o acusador personado con posterioridad en el proceso sin el concreto carácter de querellante.

En cualquier caso lejos estamos de considerar que siempre sea la mejor opción ejercer las acciones civiles en el marco del proceso penal. A favor del ejercicio separado se encuentra la mayor especialización que puede existir en la jurisdicción civil en algunas materias complejas, y desde luego en el mayor interés que puede suscitar la materia, que no será una simple consecuencia más o corolario de la condena penal. Se evita asimismo que, caso de no haber condena, carezca de eficacia desde el punto de vista resarcitorio el completo proceso seguido.

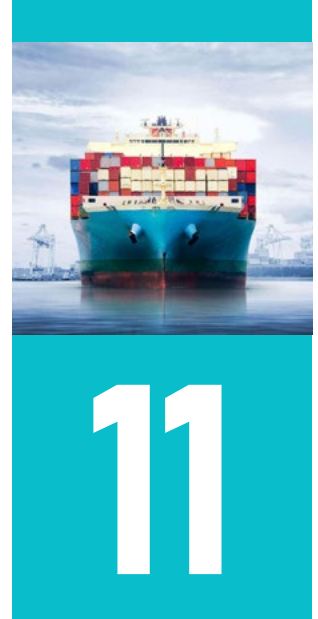
En el caso del *Prestige* hubo más de 2.000 partes personadas, terminó con una Sentencia de instancia que condenaba a su capitán por desobediencia sin apenas eficacia práctica desde el punto de vista indemnizatorio. La revocación de la Sentencia de instancia por el Tribunal Supremo permitió que fuesen establecidas las indemnizaciones en el seno del procedimiento penal, lo cual sucedió once años después de ocurridos los hechos enjuiciados.

Los riesgos de la acción civil fueron puestos de manifiesto también en este caso con la demanda interpuesta por el Estado español frente a American Bureau of Shipping (ABS), que era la entidad que había emitido los certificados al *Prestige*. Demanda que fue desestimada y supuso un coste para la parte actora estimado en unos 30 millones de euros, bien que se trataba de un procedimiento seguido en los Estados Unidos de

“Reflexiones sobre responsabilidad penal en el derecho marítimo y la pandemia global Covid-19”
por **Casado Ruíz Jaime**

América.

En Sevilla, a 12 de Octubre de 2020, en el 528 aniversario de la llegada de la Nao Santa María a la isla de Guanahaní, o a Cayo Samaná, 70 días después de su partida del puerto de Palos de la Frontera.



A 100 años de las Reglas de La Haya.

Diego Esteban Chami ⁸⁸
ARGENTINA

INTRODUCCIÓN.

En poco tiempo se cumplirá el centenario de las Reglas de la Haya de 1921 y en unos años después será el centenario de la sanción de la Convención Internacional Relativa a la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Bruselas de 1924 y habrán transcurrido 60 años desde que esta convención fuera ratificada por la República Argentina y entrara en vigor⁸⁹. Efectivamente, el instrumento de ratificación fue depositado el 19 de abril de 1961 ante el Ministerio de Asuntos Extranjeros de Bélgica y la Convención de Bruselas de 1924 -de aquí en más Reglas de la Haya- habiendo

comenzado a regir seis meses después (art. 14), es decir el 19 de octubre de 1961.

El sistema de las Reglas de la Haya fue, además, incorporado a la legislación interna de diversos Estados. Así, en España la Ley de Navegación Marítima N° 14/2014 establece que los contratos de transporte marítimo de mercancías tanto nacionales como internacionales se regirán por las Reglas de la Haya y por los protocolos que lo modifican de los que España sea Estado parte y esa ley (art. 277. 2), La Ley de Comercio Marítimo venezolana tiene por fuente las Reglas de la Haya y, por supuesto, éstas también son fuente de la Ley de la Navegación.

Sin embargo, sabemos que la insatisfacción de las soluciones del sistema jurídico de las Reglas de la Haya iniciaron un movimiento de reforma que se concretó con las Reglas de Hamburgo de 1978 de UNCITRAL. En nuestro continente recordemos que son parte de las mismas Paraguay y Chile. El mosaico legislativo generado por la vigencia de las Reglas de la Haya, de las Reglas de la Haya-Visby, de las Reglas de Hamburgo de 1978 y además la vigencia todavía de muchos códigos de comercio para regular la responsabilidad del transportador, generó un nuevo intento de unificación que concluyó con las denominadas Reglas de Rotterdam. Efectivamente, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercaderías total o parcialmente marítimo fue abierto a la firma de los Estados en la ceremonia que se llevó a cabo en Rotterdam en la Van Nelle Design Factory, el 23 de septiembre de 2009 y lleva el nombre de Reglas de Rotterdam.

Incluso Perú que era parte de las Reglas de la Haya las ha denunciado recientemente⁹⁰. Esta circunstancia, el tiempo transcurrido y su generalizada vigencia y los intentos de

⁸⁸ Doctor en Derecho Marítimo, Profesor Titular de Derecho de la Navegación y Codirector del Posgrado “Programa de Actualización en Derecho Marítimo, y Aeronáutico”, todo ello en la Facultad de Derecho UBA. Es autor del “Manual de Derecho de la Navegación”, de “Régimen Jurídico del Transporte Multimodal”, de “La Protesta Aeronáutica: Teoría y Práctica” y además publicó numerosos libros en coautoría y como director de edición y también numerosos artículos y dictó conferencias en el país y en el extranjero. Es Secretario de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo y Miembro del Comité Marítimo Internacional y socio del Estudio Chami Di Menna y Asociados de Buenos Aires.

⁸⁹ La Ley 15.787 sancionada el 14 de diciembre de 1960 adhirió a la República Argentina a las convenciones internacionales de Bruselas del 25 de agosto de 1924, relativa a la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos, del 10 de abril de 1926, referente a la Unificación de Ciertas Reglas sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas, del 10 de abril de 1926, referente a la Unificación de Ciertas Reglas concernientes a Inmunidades de los Buques de Estado y su Protocolo Adicional firmado en Bruselas en 1934; del 10 de mayo de 1952, relativa a la Unificación de Reglas sobre Competencia Civil en Materia de Abordajes y del 10 de mayo de 1952, relativa a la Unificación de Reglas sobre Competencia Penal en Materia de Abordajes, esta última con reservas.

⁹⁰ Decreto Supremo M 012 2020 RE del Presidente de la República del Perú.

consagrar otros sistemas normativos permiten hacer una evaluación del significado y trascendencia de las Reglas de la Haya en la República Argentina destacando aquellos aspectos más sobresalientes que esas normas impusieron en la regulación de la responsabilidad del transportador marítimo de mercaderías.

DOS PERÍODOS: UNIFICACIÓN Y UNIFORMIDAD.

El proceso de incorporación de las soluciones que constituyen las Reglas de la Haya en la Argentina puede dividirse en dos períodos, cada uno con su particularidad. El primer período fue de unificación y el segundo período de uniformidad.

El primer período -el de unificación- transcurre desde 1961, año de la entrada en vigencia en Argentina de las Reglas de la Haya, hasta 1973, año de sanción de la Ley de la Navegación. La ratificación de las Reglas de la Haya implicó un acto de unificación del derecho en el ámbito internacional como sistema de solución de conflicto de leyes. Sin embargo, recordemos que en nuestro país la responsabilidad del transportador por agua estaba regulada en el libro III del Código de Comercio. Por lo tanto, a la par que se ratificaban las Reglas de la Haya para regular casos internacionales, quedaron pendiente de regulación los transportes que no quedaran alcanzados por las Reglas de la Haya. Consecuentemente, durante ese período coexistieron legislativamente por un lado el libro III del Código de Comercio para los casos internos y por el otro, las Reglas de la Haya, para los casos internacionales. La particularidad del período es la vigencia simultánea de dos sistemas jurídicos bien distintos, por un lado las Reglas de la Haya que consagran un sistema de responsabilidad con eximentes casuísticos de raigambre anglosajona y además un límite de responsabilidad legal y, por el otro, el Código de Comercio que contemplaba eximentes de responsabilidad genéricos propios del sistema legislativo continental como son el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa del cargador y el vicio propio de la cosa, sin límite de responsabilidad consagrado por ley.

El segundo período -el de uniformidad- es el actual que se inicia en 1973 a partir de la sanción de la Ley de la Navegación. El proceso de unificación del primer período que implicó la ratificación de las Reglas de la Haya se complementó con la uniformidad en virtud de la cual la Ley de la Navegación se adaptó a las Reglas de la Haya. Efectivamente, las normas de la Ley de la Navegación que regulan el contrato de transporte (sección 5a, del capítulo II, del título III) tienen por fuente directa a las Reglas de la Haya. Así, la Exposición de Motivos del Proyecto de Malvagni, nro. 103 precisa que “los principios de la Convención de Bruselas se han incorporado al proyecto casi textualmente, para evitar posibles conflictos, si aquélla llegara a ser ratificada por nuestro Congreso, cuya

Cámara de Senadores ya lo ha hecho el año pasado. También se ha perseguido con tal criterio, no destruir la unificación internacional, que dé la esencia de las convenciones elaboradas por el Comité Marítimo Internacional”.

Sin embargo, ese proceso de uniformidad tiene también una particularidad, una nota especial porque, mientras a nivel internacional la Argentina solo ratificó las Reglas de la Haya y no así ni el Protocolo de 1968 (las denominadas Reglas de la Haya Visby), ni el Protocolo de 1979, las disposiciones de la Ley de la Navegación tienen por fuente las soluciones de las Reglas de la Haya y además las del Protocolo de Bruselas de 1968. Estas últimas por supuesto no estuvieron presentes en el proyecto Malvagni porque dicho proyecto es anterior al Protocolo de 1968 y es así que las disposiciones del Protocolo de 1968 se incorporaron al proyecto que se convirtió en Ley de la Navegación con posterioridad por sugerencia de José Domingo Ray⁹¹.

En síntesis, en un proceso de dos pasos, de unificación primero y de uniformidad después, la Argentina se enroló decididamente en el sistema jurídico de responsabilidad del transportador por agua y de distribución de riesgos que diseñaron las Reglas de la Haya.

Decimos que se trata de un sistema de responsabilidad porque las Reglas de la Haya no regulan integralmente -ni pretenden hacerlo- el contrato de transporte por agua, sino que regulan centralmente la responsabilidad del transportista. Pero también decimos que implican un sistema de distribución de riesgos porque el riesgo de culpa náutica y de daños superiores a la limitación de responsabilidad lo asume el interés de la carga y su seguro y el riesgo de culpa comercial y de daños por debajo de los límites de responsabilidad lo asumen el interés del buque y su cobertura de seguro.

OBLIGACIÓN DE NAVEGABILIDAD.

El sistema de las Reglas de la Haya impusieron un gran cambio al convertir a la obligación de navegabilidad del transportador de una obligación de garantía y de resultado, en una obligación de medio. Tanto las Reglas de la Haya (art. 3° ap. 1°) como la Ley de la Navegación (art. 270) imponen al transportador la obligación de ejercer, antes y al principio del viaje, una diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad.

⁹¹ Conforme Ley de la Navegación N° 20.094, Dirección y Notas de José Domingo Ray, p 16, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.

Mucho se ha escrito sobre lo que consiste la navegabilidad, que incluye la navegabilidad abstracta o seaworthiness y la navegabilidad en sentido concreto o cargoworthiness. La primera, la navegabilidad en sentido abstracto, es la aptitud del buque para surcar los espacios acuáticos⁹² que incluye el equipamiento del buque para su gobierno, maniobra, propulsión, flotabilidad y para que esté debidamente tripulado y equipado. La navegabilidad comprende también la concreta o cargoworthiness por la cual se exige que las bodegas, cámaras frías y frigoríficas, y cualquier otro espacio utilizado en el transporte de mercaderías, estén en condiciones apropiadas para recibirlas, conservarlas y transportarlas.

De esta forma, al ser de medio, la exigencia se limita a requerir del transportador la adopción de las medidas razonables para que el buque esté en condiciones de navegabilidad. Pero a la par de que la obligación de navegabilidad se torna en una obligación de medio, su exigibilidad se circunscribe a ser exigida antes y al principio del viaje (art. 3º, ap. 1º, de las Reglas de la Haya y art. 270 de la Ley de la Navegación).

Las más modernas Reglas de Rotterdam mantienen la obligación como de medio, pero la extienden en el tiempo al exigir, no solo que el transportador ponga el buque en condiciones de navegabilidad sino que además lo mantenga en esa condición durante el viaje. Se ha discutido si el transportador puede ejercer esa obligación a distancia con el buque en viaje. La respuesta a ese debate es precisar que lo que debe tenerse en cuenta no es si el transportador puede o no mantener el buque en condiciones de navegabilidad, sino sobre quién debe pesar el riesgo de que el buque no esté en condiciones de navegabilidad.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR.

El aspecto central del sistema de las Reglas de la Haya es la responsabilidad. Se trata de un sistema de responsabilidad contractual, de naturaleza subjetiva, de culpa presunta, de un mínimo de orden público, con eximentes de responsabilidad casuísticos propio de su origen en el anglosajón commonlaw y limitado.

Con esas notas características, la irrupción de las Reglas de la Haya implicó una modificación importante en el sistema de responsabilidad consagrado por el libro III del Código de Comercio que no era imperativo, sino supletorio a la voluntad de las partes,

⁹² Cfr. MONTIEL, Luis B., Curso de derecho de Derecho de la Navegación, número 122, p. 260, Astrea, Buenos Aires 1976.

de raigambre continental con causales genéricas de responsabilidad y sin limitación legal de la responsabilidad del transportador.

De las notas características del sistema de responsabilidad solo analizaremos algunos aspectos como su raíz casuística, el particular eximente de culpa náutica y la limitación de responsabilidad sin pretensión de agotar el tema.

LISTADO DE EXIMENTES: SISTEMA CASUÍSTICO.

Como mencionamos, el sistema de responsabilidad de las Reglas de la Haya contempla causales de exoneración casuísticas de típica raigambre anglosajona. No contemplan exclusivamente algunas causales genéricas, como lo hacía el art. 909 del Código de Comercio, es decir el caso fortuito, la fuerza mayor, la culpa del cargador y el vicio propio de la carga. Sin perjuicio de incluir esos eximentes, las Reglas de la Haya también incluyen un listado de eximentes de responsabilidad específicas, como la innavegabilidad sobreviniente, la culpa náutica, el incendio, los malos tiempos, guerras y revoluciones, cuarentena, huelgas y lock-outs, etcétera.

El sistema de causales de exoneración se “cierra” con una causal genérica como es la falta de culpa del transportista, sus empleados o agentes, en los términos del art. 4º, ap. 2º, inc. q), de la convención, y del art. 275, inc. o), de la Ley de la Navegación.

Sin entrar a considerar los eximentes en sí mismos, solo los vamos a clasificar en:

(I) aquellos vinculados con el buque y la navegación⁹³; (II) los relacionados con la culpa del cargador y la mercadería⁹⁴; (III) los que podrían encuadrar como caso fortuito o fuerza mayor⁹⁵ y (IV) el eximente genérico final de la falta de culpa⁹⁶.

⁹³ a) actos, negligencias o culpas del capitán, tripulantes, prácticos u otros dependientes del transportador en la navegación o en el manejo técnico del buque, no relacionados con las obligaciones mencionadas en el artículo 271, es decir la culpa náutica; c) riesgos, peligros y accidentes del mar o de otras aguas navegables; l) salvamento de bienes o de personas en el agua, tentativa de ello o cambio razonable de ruta que se efectúe con el mismo fin, el que no debe considerarse como incumplimiento de contrato; ñ) vicios ocultos del buque que no puedan ser descubiertos empleando una diligencia razonable.

⁹⁴ i) hechos u omisiones del cargador o propietario de la mercadería, de su agente o de quien los represente; ll) merma, pérdida o daños en las mercaderías provenientes de su naturaleza, vicio oculto o propio de las mismas; m) insuficiencia de embalaje; n) insuficiencia o imperfecciones de las marcas.

⁹⁵ b) incendio, salvo que sea causado por culpa o negligencia del transportador, armador o propietario del buque, que deberán ser aprobadas por quienes la invoquen; d) caso fortuito o fuerza mayor; e) hechos de guerra; f) hechos de

CULPA NÁUTICA.

De la culpa náutica se podría escribir extensamente. Nos limitaremos aquí a mencionar que tiene por antecedente la negligenceclause, introducida en los conocimientos de embarque por los transportadores y en virtud de la cual se eximían de todas las negligencias de sus dependientes, tanto náuticas como comerciales. La HarterAct (1893) de Estados Unidos circunscribió la validez de la liberación por las negligencias de los dependientes a las culpas náuticas, haciendo responder al naviero por las culpas comerciales⁹⁷.

La culpa náutica fue definida como toda violación de las reglas del arte navegatorio, todo error en la conducción del buque o en su maniobra⁹⁸. Es sólo la culpa, aun grave⁹⁹, pero no del dolo, y se considera que debe ser interpretada de manera restrictiva.

Algunos ejemplos de culpa náutica son los errores en la navegación cometidos por una incorrecta lectura de las cartas marinas, por el mal uso del compás del buque o del radar, la incorrecta estimación de la incidencia de la corriente o el viento, maniobras incorrectas que provocaron una varadura, abordaje, etcétera.

Por otra parte, la culpa náutica se contrapone a la culpa comercial, entendida esta última como la falta por parte del transportador, capitán o de los oficiales y tripulantes, de aquellos cuidados que corresponde tener con la mercadería, vinculados con la operación de carga, manipuleo, estiba, trincado, cuidado, transporte, desestiba y descarga (art. 3º, ap. 2º, de la Convención de Bruselas, y el art. 271 de la Ley de la Navegación)¹⁰⁰.

enemigos públicos; g) detenciones por orden de la autoridad o por hechos del pueblo, embargo o detención judicial; h) demoras o detenciones por cuarentena; j) huelgas, cierres patronales, paros, suspensiones o limitaciones en el trabajo, cualquiera sea la causa, parciales o generales; k) tumultos, conmociones o revoluciones.

⁹⁶es decir cualquier otra causa que no provenga de su culpa o negligencia o de las de sus agentes o subordinados.

⁹⁷ Art. 3º de la HarterAct.

⁹⁸ Cfr. MONTIEL, Luis B., Curso de derecho..., cit., nro. 2, p. 277.

⁹⁹ Cfr. RODIÉRE, René, *Traité général de droit maritime*, t. II, nro. 620, p. 263, Dallos, Paris, afirma que “...es un error negar que una falta grave pueda ser una falta náutica”. En igual sentido SIMONE, Osvaldo B., *Compendio de derecho de la navegación*, 2a ed. actual. y aum., Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 420.

¹⁰⁰ Cfr. TETLEY, William, *Marine Cargo Claims*, 2ª ed, Butterworths, Toronto, 1978., p. 172 y C. Nac. Fed., sala 3a, 10/6/1994, “La Buenos Aires Cía. Arg. de Seguros v. Capitán y/u otros Bq. ‘Lubin I’”.

Otra cuestión a destacar es que en el mismo inciso a) del art. 275 de la Ley de la Navegación se contempla otra causal de exoneración: las “fallas en el manejo técnico del buque”. Se trata de hechos que no se vinculan estrictamente con la navegación del buque, en la que estaría comprometida la culpa náutica propiamente dicha, ni están relacionadas directamente con el cuidado de la carga, caso este último que implicaría una culpa comercial. Por el contrario, las “fallas en el manejo técnico del buque” conforman una zona gris de difícil precisión y atienden a errores en la operatoria del buque, no relacionadas con la navegación ni con el cuidado de la carga. Un ejemplo habitual de invocación de “fallas en el manejo técnico” es el incorrecto lastrado del buque¹⁰¹.

Me interesa citar dos casos de jurisprudencia. El primero es el del buque “Lucky Importer” donde se consideró que el transportador no verificó el destino que tuvo el agua proveniente del deslastre y que ingresó a la bodega donde se encontraba la mercadería que resultó dañada, dejando pasar un lapso no justificado después de la llegada del buque, circunstancia que implicó un agravamiento del daño causado a la carga. Por ello, se juzgó prudente imputar el daño en un 60% a una falta comercial y un 40% a una falta “náutica”, haciéndose lugar a la demanda por un 60%¹⁰².

El segundo es el del buque Estado do Pará en el cual se exigió un requisito adicional de prueba para que el transportador pueda ampararse en la causal de culpa náutica. Tengamos en cuenta que también se ha dicho que la eximente de culpa náutica es de carácter excepcional y no funciona en forma automática¹⁰³. De esta forma, para poder exonerarse por culpa náutica quien pretenda hacerlo debe acreditar primero la culpa náutica, además, por supuesto, la relación causal entre la culpa náutica y el

¹⁰¹Tetley menciona algunas pautas para interpretar la culpa náutica. Primero, señala que el error no debió ocurrir antes y al principio del viaje, porque al acreditar un error en el lastrado del buque, simultáneamente el buque no será considerado en condiciones de navegabilidad y, en tal caso, difícilmente el transportador pueda, a la par que acreditar la negligencia en el lastrado, probar su diligencia. Además, también señala que cuando es necesario lastrar el buque, haciendo ingresar agua en los tanques, debe simultáneamente constatar que no haya ingresado por error agua a la bodega. Si esa verificación no se efectúa, se habrá incurrido en culpa comercial en el cuidado de la mercadería. Cfr. TETLEY, William, *Marine Cargo...*, cit., p. 177/8.

¹⁰² En el caso de la C. Nac. Fed., sala 2a, 14/5/1982, “El Cabildo Compañía Argentina de Seguros SA v. Cap. y otros buque ‘Lucky Importer’ s/cobro”. Ver las notas de LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, “Culpas náutica y culpas comerciales en el contrato de transporte por agua”, LL 1983-A-239 y de MATHÉ (H.), Antonio R., “Una novedad jurisprudencial referida a la exoneración de responsabilidad basada en el art. 275, inc. a), de la ley 20.094”, *Revista de Estudios Marítimos*, año X, nros. 28/29, enero-mayo de 1981, IDEM, Buenos Aires, p. 84 y también MATHÉ, Antonio R., “Convención de Bruselas 1924. Régimen de responsabilidad en el transporte marítimo”, *Revista de Estudios Marítimos*, año XII, nros. 36/37, octubre 1982-abril 1983, IDEM, Buenos Aires, p. 55.

¹⁰³ Cfr. C. Nac. Fed., sala 3a, 10/9/1998, “La Equitativa del Plata SA de Seguros v. Capitán y otros buque ‘Linera’ y otros s/faltante y/o avería de carga transporte marítimo”.

daño causado a la mercadería y finalmente, esto es muy importante, haber ejercido una diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad, en relación con el daño producido y la culpa incurrida¹⁰⁴. Específicamente, en el caso del buque Estado do Para, éste en su viaje desde Victoria, Brasil, hasta el puerto de Buenos Aires, sufrió malos tiempos que causaron averías en una puerta de acero y embarque de agua, circunstancia que dañó parte del embarque de café transportado. Ante la defensa de culpa náutica opuesta por la parte demandada se sostuvo que la admisión de la causal de culpa náutica no era susceptible de un funcionamiento autónomo que autorice a prescindir de completarla con otras disposiciones de la Ley de la Navegación. Entre ellas el art. 270, que obliga al transportador a ejercer una diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad, aun cuando aparezcan como preceptos separados. Se argumentó que, si bien la causal de culpa náutica tiene como fundamento el alejamiento del armador, quien no puede vigilar, ni controlar a su tripulación, no cabía extender tal imposibilidad de control a la elección del capitán y de la tripulación, elección que debe estar exenta de reproche. Por lo tanto, no deben aceptarse como exoneración las culpas náuticas que simultáneamente impliquen o presuman falta de idoneidad para el manejo del buque, porque, por un lado, habría culpa que exoneraría —culpa náutica— y, simultáneamente, culpa que imputaría responsabilidad —incorrecta elección de la tripulación—.

De tal forma, para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad por culpa náutica se exige que, además de probar la culpa náutica y su relación causal con el daño, el transportador pruebe que a quienes confió el manejo del buque eran personas idóneas y no tripulantes que por sus antecedentes pudieran generar situaciones de riesgo.

Pero ahora las Reglas de la Haya y la causal de culpa náutica enfrentan un hecho no previsto y difícil de interpretar. Se ha dicho que los principales obstáculos de la implementación de los buques sin tripulación son los jurídicos. Cabe preguntarse si en el marco de la legislación que contempla este eximente, los errores en la maniobra de navegación de quien la dirige a distancia total o parcialmente o de quien programó su navegación será considerada o no culpa náutica. Para que la respuesta sea afirmativa, primero el error tiene que ser en la navegación o en el manejo técnico del buque. Luego, el error deberá provenir de quien sea capitán, práctico, tripulante o dependiente del transportador. Si el programador o quien comanda a distancia es considerada al menos dependiente, encuadrará en la causal. Comentada la cuestión muy brevemente, el tema

¹⁰⁴ Cfr. TETLEY, William, *Marine Cargo...*, cit., p. 174.

presenta interrogantes y generará debate.

Cabe mencionar que tanto las reglas de Hamburgo como las reglas de Rotterdam de UNCITRAL eliminan como causal de exoneración a las culpas náuticas¹⁰⁵. En síntesis, la eximente de culpa náutica no consagra un ideal de justicia y constituyen un anacronismo¹⁰⁶.

SISTEMA DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Limitar la responsabilidad es “establecer un tope cuantitativo en la extensión del resarcimiento”. De esta manera, se fija legalmente la cifra más allá de la cual no corresponderá abonar indemnización alguna en concepto de daños y perjuicios provocados por el deudor; en este caso, el transportador.

Esta limitación es uno de los caracteres del sistema de responsabilidad del contrato de transporte por agua.

La Ley de la Navegación determina en su art. 278 un límite de responsabilidad para el transporte de mercaderías por agua, de 400 pesos argentinos oro, por cada bulto o pieza perdida o averiada, o por unidad de flete, si se tratara de mercadería no cargada en bultos o piezas. La Convención de Bruselas de 1924 adopta un límite de 100 libras por cada bulto o unidad en su art. 4º, ap. 5º¹⁰⁷. A su vez, el art. 9º, párr. 1º, dispone que las unidades monetarias se entiendan en valor oro y su párr. 2º hace referencia a la libra esterlina. Consecuentemente, la unidad de cuenta es la libra esterlina oro¹⁰⁸. Nuestra legislación interna adopta como unidad de cuenta el peso argentino oro¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Finalmente, en la novena sesión del Grupo de Trabajo III de Uncitral, que elabora un nuevo cuerpo normativo para regular el transporte marítimo “puerta a puerta”, se consideró que la causal de exoneración por culpa náutica era un anacronismo y en la décima sesión del Grupo de Trabajo se decidió suprimirla, opinión que prevaleció también en la duodécima sesión del Grupo de Trabajo. Cfr. documentos de Uncitral A/CN.9/510, p. 16; A/CN.9/525, p. 16, punto 22, p. 9 del documento A/CN.9/WG.III/XII/CRP.1/Add.4.

¹⁰⁶ “Fluvialco Navegación SA v. Transportes Fluviales Argenrío SA”, JA 1992-II-173.

¹⁰⁷ Cfr. C. Nac. Fed., sala 1a, 27/11/1970, “Chaco Cía. de Seguros v. Capitán y otros buque ‘PawelSzwydkoj’”, LL 144-600 (27.562).

¹⁰⁸ La posición de consagrar una limitación de 100 libras oro fue sustentada por Leopold Dor, en contraposición de la mantenida por sir Norman Hill de limitarla a 20 libras. Leopold Dor sustentó su posición en que diversos conocimientos de embarque elaborados en Inglaterra en el siglo XIX incluían una limitación de responsabilidad de 100 libras. Cfr. MOHORADE, Alfredo, “Limitación de responsabilidad. Reflexiones (segunda serie)”, Revista de Estudios Marítimos, año XII, nros. 38/39, mayo-septiembre de 1983, p. 12.

Respecto de la Convención de Bruselas, nuestros tribunales entendieron que la unidad de cuenta —la libra esterlina— no era la libra papel, sino oro¹¹⁰.

En la Argentina, el transporte de mercadería a granel tiene un límite alto por unidad de flete que, en general, supera el más bajo valor por tonelada de las commodities que se transportan a granel. En consecuencia, la limitación de responsabilidad prácticamente no se aplica al transporte de mercadería a granel porque el daño es inferior al límite.

La Ley de la Navegación y la Convención de Bruselas de 1924 no contemplaron expresamente la posibilidad de limitar la responsabilidad en caso de demora y el tema fue tratado en la causa “*Deutz Argentina SA v. Elma SA*”¹¹¹, en la que se entendió que correspondía amparar al transportista marítimo en el límite de responsabilidad en caso de demora en la entrega de los efectos por aplicación analógica, como lo impone el art. 1º de la Ley de la Navegación, de la limitación contemplada para los casos de pérdidas o daños.

Nuestra jurisprudencia consideró que la limitación de responsabilidad es una defensa¹¹². Como tal, debe ser opuesta por el demandado en oportunidad de contestar la demanda¹¹³ y no opera de pleno derecho. Una vez invocado el límite, éste será un tema litigioso que sólo así podrá ser debatido en la causa, permitiendo al juez expedirse respecto de una cuestión debidamente introducida al proceso. Si se admitiera oponer el límite de responsabilidad una vez contestada la demanda, se afectaría el derecho de defensa en juicio de la parte actora.

Por otra parte, la constitucionalidad del límite ha sido declarada tanto para el transporte

¹⁰⁹ La ley 1130 creó el “peso de oro” y mandó acuñar el “argentino oro”, cuyo contenido metálico es de 7,258 g. A su vez, un argentino oro equivale a 5 pesos oro o pesos argentinos oro, siendo esta última la unidad de cuenta adoptada por nuestra Ley de la Navegación. La cotización del argentino oro es determinada trimestralmente por el Banco Central de la República Argentina con base en la cotización del oro en los mercados de Londres, París y Nueva York, Cfr. decreto 75/1976.

¹¹⁰ Cfr. C. Nac. Fed., sala Civ. y Com., 2/3/1967, “La Holando Sudamericana Cía. de Seguros v. Cap. y otros buque ‘Río Atuel’”, LL 127-178/9.

¹¹¹ C. Nac. Fed., sala 2a, 22/6/1979, LL 1979-D-3.

¹¹² Cfr. C. Nac. Fed., sala 1a, 16/10/1992, “International Graphic Webster SRL v. Cap. y otros buque ‘CosmoOcean’ y otro”, causa 1367/1992.

¹¹³ Cfr. C. Nac. Fed., sala 2a, 28/11/2000, “AtomplastSaicyc v. Capitán y otros buque ‘Salta’ s/faltante y/o avería de carga transporte marítimo”.

marítimo¹¹⁴ como para el aeronáutico¹¹⁵.

El transportista no podrá ampararse en los límites de responsabilidad antes vistos si media declaración de valor de la mercadería transportada, si incurre en dolo o temeridad o si se pacta un límite superior a una responsabilidad sin límites.

Se conoce como casos del “cerebro de la máquina” a los embarques de máquinas o equipos distribuidos en varias cajas o cajones, en los que resulta averiado solamente el que contiene el comando o cuerpo principal de aquélla, pero que afecta el valor de la totalidad de la máquina. En el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de la ciudad de Buenos Aires, del 13/9/1988, en la causa “Antártida Cía. de Seguros SA v. Cap. y otros buque ‘Paola C.’”, se consideró que correspondía computar el límite exclusivamente sobre el bulto averiado, sin computar los demás bultos^{116,117}.

¹¹⁴ En la causa de la C. Nac. Fed., sala Civil y Comercial, 24/9/1968, “Aseguradores Argentinos v. Capitán y otros buque ‘Río Corrientes’”, ED 30-118, con voto del Dr. Simón P. Safontás, se sostuvo que la Convención de Bruselas de 1924 fue sancionada para hacer cesar la incertidumbre derivada de la jurisprudencia internacional contradictoria respecto de la validez de las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad, que ahora el art. 3º, inc. 8º, declara nulas. Se sostuvo también que los conocimientos contienen cláusulas de limitación de responsabilidad que en realidad sustituyen a los daños y perjuicios, en los términos del art. 655 del Código Civil y que son válidas con base en los fundamentos jurídico- económicos que las sustentan. Además, el cargador puede eludir la aplicación de la indemnización declarando el valor de la mercadería. De ello se deriva, según el fallo citado, que las normas que limitan la responsabilidad no vulneran ni están en colisión con los principios constitucionales invocados de los arts. 14 y 16 de la Constitución Nacional.

¹¹⁵ En la causa del 9/8/1961, “Nealon, Hugo H. y Nealon, Cecilia v. Aerolíneas Argentinas s/indemnización de daños y perjuicios”, iniciada con motivo del fallecimiento en un accidente de aviación de la hija de los actores, la Corte Suprema sostuvo que la sola discriminación legal no basta para invalidar constitucionalmente la normativa específica, que es válida si el criterio de distinción no es arbitrario. En el caso se sostuvo que no correspondía declarar la inconstitucionalidad del límite considerando que se trata de una regulación de fomento de la aviación y de equilibrio económico, como podrían serlo los subsidios estatales o el aumento de tarifas de los servicios. La elección de una u otra solución es una cuestión de preferencia, librada a la necesidad, conveniencia o eficacia que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está librada a la discreción del Congreso. También se consideró que no afecta al derecho de propiedad por cuanto éste no es absoluto sino susceptible de reglamentación razonable.

¹¹⁶ Textualmente se dijo que “tratándose de un reclamo por incumplimiento de un transporte marítimo fundado en el daño total de una máquina embalada en varios cajones, de los cuales sólo uno —el que contenía su parte principal, hecho éste no denunciado en el conocimiento— resultó con averías, corresponde calcular el límite de los arts. 4º, ap. 5º de la Convención de Bruselas de 1924 y 278 de la Ley de la Navegación únicamente sobre dicho bulto”. Ver también RAY, José D., “Limitación de responsabilidad. El concepto de bulto. El transporte en containers. El caso de demora (primera parte)”, LL 1988-C-409 y “Limitación de responsabilidad. El transporte en containers y el caso de demora (segunda parte)”, LL 1988-C-433

¹¹⁷ RAY, José D., “Limitación de responsabilidad. El concepto de bulto. El transporte en containers. El caso de demora (primera parte)”, LL 1988-C-409 y “Limitación de responsabilidad. El transporte en containers y el caso de demora (segunda parte)”, LL 1988-C-433.

“A 100 años de las reglas de La Haya.”
por **Chami Diego**

CONCLUSIÓN.

A 100 años de las Reglas de la Haya su obra fue completada por una labor doctrinaria y también jurisprudencial que las han enriquecido con interpretaciones que por un lado han contribuido a ampliar la responsabilidad del transportador al establecer la cotización oro para la limitación de responsabilidad y al circunscribir la aplicación de la exoneración de culpas náutica como también por el otro han restringido esa responsabilidad al aplicar la limitación a la demora. A los 100 años todavía las Reglas de la Haya lucen frescas y parecen resistir la prueba del tiempo.



Autonomía del derecho de la navegación. Incorporación del contrato de ajuste a la ley 20094. Análisis de su interpretación.

Edgar Ramón Gigena ¹¹⁸ y Alicia Angela Chiviló ¹¹⁹

ARGENTINA

El tema que nos ocupa trata de dilucidar aspectos interpretativos vinculados con la normativa del contrato de ajuste a la luz de la autonomía del Derecho de la Navegación. Lo expuesto teniendo en cuenta que, como consecuencia del dictado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, las normas referidas a dicho instituto fueron incorporadas a la Ley 20094. Para ello, habremos de considerar si el espíritu del legislador y la observación hermenéutica del derecho positivo resultante fue acentuar aún más el carácter autónomo de la legislación navegatoria, poniendo una valla a la aplicación de normas ajenas a ella o si se mantienen los criterios interpretativos vigentes al momento de la reforma.

LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN.

La evolución del derecho es constante, el Derecho de la Navegación no es ajeno a este fenómeno. Además de ese dinamismo y la influencia recibida desde el punto de vista político y económico, hay un carácter que tiende -con altibajos-a permanecer: la autonomía.

Esta es una herramienta básica y fundamental a la hora de la interpretación y aplicación de la ley para la solución de conflictos.

Cuando nos referimos a la autonomía, podemos afirmar que no se trata de una mera discusión doctrinaria, teórica o abstracta. Además de entrañar una cuestión filosófica, tiene implicancias de orden práctico que se traslucen en la tarea de la interpretación a fin de dar la solución objetivamente más adecuada, más ajustada al caso concreto.

Nos estamos refiriendo principalmente a la autonomía científica, como un modo de resolver los conflictos de interpretación y evitar el nivel de conflictividad.

Se dice que existe autonomía científica cuando una disciplina a consecuencia de su especialidad, cuenta con normas e instituciones que pueden sistematizarse armónicamente, de conformidad con ciertos principios específicos que justifican la existencia o creación de institutos propios, soluciones diferentes a las que resultarían de aplicar el derecho común y que se trasluce en los aspectos legislativo, didáctico y jurisdiccional.

Podemos sintetizar el concepto diciendo que se trata de un conjunto orgánico de normas cuya homogeneidad y su coherencia interna repercuten en su interpretación. Es fundamental para el intérprete, ya sea juez, abogado, docente, por cuanto se supone que mediante la aplicación de esta normativa particular, se podrá arribar a la solución más justa.

¹¹⁸ Abogado. Profesor de Derecho de la Navegación (UNLP). Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro del Comité Académico de la Escuela de Postgrado del CPACF. Presidente de la Comisión de Derecho Marítimo, Aeronáutico y Espacial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Director del Instituto del derecho del Transporte, de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Espacial del CPACF.

¹¹⁹ Abogada. Profesora de Derecho de la Navegación (UNLP) (UBA). Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Vicepresidenta de la Comisión de Derecho Marítimo, Aeronáutico y Espacial de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Miembro titular del Instituto del Derecho del Transporte, de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Espacial del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

El denominado “*fenómeno navegatorio*”¹²⁰ y, fundamentalmente, el medio en el cual se desarrolla –al decir del Profesor Atilio Malvagni– impregna a las conductas humanas vinculadas a tal fenómeno y la normativa dictada en su consecuencia, de notas características particulares. El medio, el vehículo, los riesgos justifican la existencia de normas específicas, diferenciales.

Sin embargo, debemos destacar la relatividad del concepto. Ello, si atendemos a cierta permeabilidad que presenta el Derecho de la Navegación, en relación a otros sectores del derecho.

Se ha dado la situación especial de haber receptado algunas instituciones existentes –que toma del derecho común– a las que le imprime notas particulares; como por ejemplo el contrato de locación, el contrato de transporte ya sea de personas o cosas.

Tomemos como ejemplo la locación de buque que, por su naturaleza, por su esencia, no es distinta a la de una locación de cosas. Sin embargo, aún cuando la propia Ley de la Navegación en la definición que brinda en el art. 219 nos recuerda a las previsiones del derecho común¹²¹, contempla obligaciones particulares a cargo del locador, y un sistema de inscripción y publicidad específico.

Tal vez la institución donde mayormente se advierten notas particularistas es en materia de privilegios marítimos.

La inversión del principio “primero en tiempo mejor en derecho” es la mejor muestra de ello. La regla prevista en el art 482 de la L.N. en el sentido que los créditos del último viaje son preferidos a los de los anteriores, es la muestra más evidente del particularismo de la materia.

Paralelamente, existen otras instituciones que resultan típicas, absolutamente novedosas, nacidas exclusivamente de este fenómeno navegatorio y circunscriptas al mismo.

Si pensamos en la asistencia y salvamento, en la avería gruesa, en la figura del capitán evidentemente no podremos emparentarlas con ninguna otra conocida perteneciente a otra disciplina.

Otros institutos trascendieron desde el Derecho de la Navegación al derecho general. Por ejemplo: los seguros, y la protección social a los trabajadores. Recordemos que

¹²⁰ Atilio Malvagni, “Proyecto de Ley General de la Navegación”, Ed. Oficial, Bs. As. 1962, exposición de motivos, pág. 17

¹²¹ Art. 1493 del Código Civil, actual 1187 del CC y Comercial de la Nación.

parte de la doctrina más autorizada encuentra en nuestro Código de Comercio, el antecedente de la legislación laboral; sin perjuicio de que dicha normativa no respondía a un criterio particularmente tuitivo o protectorio¹²².

No obstante, todas las instituciones del Derecho de la Navegación responden a principios generales, rectores, propios, que permiten otorgar soluciones específicas o bien, cubrir las lagunas que pudieren existir.

Valores como el de preservar la seguridad, el de la comunidad de intereses, el de la limitación de responsabilidad, el de la solidaridad, entre otros, alcanzan y condicionan a toda esta legislación especial.

Era el Dr. Bengolea Zapata quién bien señalaba que para la confección de una teoría general del Derecho Marítimo era necesario tener un diseño orgánico, una comprensión global de las diferentes situaciones y coherencia interna, y ello resulta posible a partir de reconocer la existencia de principios generales¹²³.

En el caso de nuestra disciplina se advierte su naturaleza global, casi autosuficiente; tanto es así que el Derecho de la Navegación no solo cuenta con normas sustanciales sino también con normas procesales propias, diferentes a la del derecho común, normas específicas de derecho internacional privado para la solución de conflictos y, hasta normas administrativas.

El art.1 de la Ley 20094 recepta el criterio de la autonomía; un principio general de interpretación siguiendo al Código Italiano de 1942, al establecer una prelación en la que se da prioridad de aplicación a la legislación especial y a la analogía dentro del sistema a partir de la aplicación de los principios generales del Derecho de la Navegación para recién (si aún la laguna persiste) permitirse la salida hacia el derecho común.

La doctrina de fallos tales como los emblemáticos “Deutz c/ Elma¹²⁴” o “Pisani c/ Cía. Arg. De Pesca”,¹²⁵ dan cuenta de ellos.

¹²² Luis Beltrán Montiel, “Curso de Derecho de la Navegación”, Ed. Astrea, pág. 177; el autor menciona que, en este aspecto, el Código de Comercio consagró una serie de institutos que luego fueron desarrollados por el Derecho de Trabajo; sin embargo, señala que la especial protección dispensada al marino respondió a motivaciones diferentes. Coincidentemente, el Prof. Atilio Malvagni, refiriéndose a las antiguas normas medievales fuentes de nuestro Código de Comercio -al que denomina derecho precursor- dice que ellas tenían como finalidad “proteger los intereses del armador, eliminando los obstáculos que aquel (el tripulante) hubiera podido crearle en el desenvolvimiento de la expedición”. No obstante, reconoce que los tripulantes fueron los primeros obreros que obtuvieron un amparo legal en sus derechos.

¹²³ Jorge Bengolea Zapata, “Teoría General del Derecho de la Navegación”, Ed. Plus Ultra, 1976

¹²⁴ “Deutz Argentina S. A c/ Empresa Estatal Líneas Marítimas Argentinas” CNFCivCom, Sala II. del 22-6-79 LA LEY, 1979-D, 5.

¹²⁵ “PISANI, DOMINGO C/CIA .ARGENTINA DE PESCA” CNAT, Plenario Nro. 19- 6.11.52-LL 70-478 - DT 1952-696 - JA 1960-IV-214

Otro aspecto de la autonomía, es la legislativa. La doctrina ha distinguido en este punto dos aspectos: uno desde el punto de vista sustancial que es el dictado de leyes especiales que respondan a la especificidad de las situaciones jurídicas derivadas de la navegación; otro meramente formal, que consiste en agrupar metodológicamente todas las normas que se refieren a un mismo sector jurídico.

En este último aspecto, debemos señalar que desde sus comienzos el derecho de la navegación consistió en recopilaciones de usos y costumbres particulares y específicas del mar, con un concepto unificador e integral, independientes de las terrestres. Prestigiosa doctrina nos recuerda en este aspecto a Pardessus quiénes en su obra “Colección de Leyes Marítimas” afirmaba que el peor código civil sería el que indistintamente se destinara a todos los pueblos y el peor código marítimo sería el que se dictara por el interés especial y la particular influencia de las costumbres de un solo pueblo¹²⁶.

Recién a partir de Código Francés de 1807, con las Ordenanzas de Colbert de 1681 como antecedente indirecto, se incorporan las normas de derecho de la navegación a un Código de Comercio.

Este modelo fue seguido por nuestro Código de Comercio (el de 1862, hoy derogado) cuyo libro III incluía toda la regulación relativa a los derechos y obligaciones que resultan de la navegación.

Si bien con ello se dotó de cierta autonomía a la materia aún dentro del código de comercio, ya que se agruparon todas las normas de navegación en un solo libro, al decir del propio Atilio Malvagni, no se los desvinculaba totalmente de las normas de naturaleza comercial que contenía, lo cual resultaba desfavorable en la tarea de interpretación. El art. 8 del Código de Comercio incluía dentro de los actos de comercio, el transporte marítimo y la navegación.

Hoy con la modificación que importó el Código Civil y Comercial de la Nación, el antiguo Código de Comercio está derogado. Sin embargo, parte de ese libro III - el que quedó vigente luego del dictado de la Ley 20094- consistente en la normativa relativa a la gente de mar, fue incorporada al final de la misma.

Existen otras posibilidades en cuanto a la metodología legislativa. Por ejemplo, la de incluir en un Código Comercio totalmente sus normas, lo cual implicará suprimir la autonomía e incorporar las instituciones de Derecho de la Navegación al articulado del

¹²⁶ Luis Cova Arria, lo cita en su artículo “La unificación del Derecho Marítimo y el Proyecto de Ley Orgánica de la Navegación y del Comercio por Agua”, obtenido en http://acienpol.nmsinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1991/Bo-IACPS_1991_67_123_173-209.pdf

Código de Comercio.

Otro sistema mencionado como opción por la doctrina, sería incorporar todas las normas del Derecho de la Navegación en una Ley General del Transporte donde se incluiría también al transporte terrestre¹²⁷.

Por último, encontramos el método inspirado en la escuela napolitana del Derecho de la Navegación propiciada por Antonio Scialoja, que consistirá en agrupar todas las normas regulatorias de la conducta humana vinculadas al fenómeno navegatorio y que responden a sus criterios particulares.

Modernamente, la doctrina ha propiciado la existencia de un Código de Comercio separado totalmente de las normas de Derecho de la Navegación, un verdadero código independiente.

El autor del Proyecto de Ley de la Navegación, sin dejar de señalar los efectos perjudiciales de una codificación aislada o inorgánica, destacó que el concepto de buque, armador, capitán, tripulante no puede tener sino una misma definición en un código administrativo, como en uno comercial, laboral o penal de la navegación¹²⁸.

Independientemente de la discusión o posición que pueda adoptarse respecto de la autonomía científica, el método legislativo empleado constituye –definitivamente– un elemento que puede contribuir o facilitar el arribo a soluciones más justas en materias de interpretaciones o, por el contrario, puede generar dificultades o confusión a la hora de la interpretación.

Pero ello no nos inhibe de concluir que la metodología ya sea la inclusión de las normas de derecho de la navegación dentro del Código de Comercio o no, no debiera conspirar contra su homogeneidad, la vinculación y unidad con que cuenta por su autonomía.

Nuestra Ley de la Navegación -como anticipamos-, es global e integradora; contiene normas procesales, de derecho internacional privado, empero, durante mucho tiempo sufrió la fragmentación de tener una porción de su contenido, junto con las normas comerciales.

¹²⁷ Atilio Malvagni, “Proyecto de Ley General de la Navegación”, Edición oficial, Talleres Gráficos Kraft, setiembre 1962, pág.16/17.

¹²⁸ Autor citado, ob. Cit., pág. 18.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Inclusión del contrato de ajuste en la legislación navegatoria.

Históricamente la regulación de las instituciones del contrato de ajuste, desde el origen, estuvo incorporada en un cuerpo normativo específico e integral que contenía la normativa de la navegación, formando parte de dichos cuerpos normativos. Ejemplo de ello el Consulado del Mar, el derecho estatutario o compilaciones de usos y costumbres tales como los Roles de Olerón, Leyes de Wisby, Ordenanza Francesa de Colbert de 1681 y luego, con el movimiento codificador a partir del Código de Comercio Francés de 1807, modelo de códigos europeos y latinoamericanos, entre ellos el nuestro.

El Código de Comercio de Acevedo, contenía en su Libro III normas específicas vinculadas a la gente de mar y al contrato de ajuste. Adelantamos que, aún luego de la reforma que implicó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), parte de ellas conservan su estructura original. Tal normativa, en su momento, fue actualizada con las disposiciones de las leyes 17371 y 17823.

Estas normas fueron mejoradas y modernizadas por los convenios colectivos de trabajo que, a partir de la década del 70, le dieron un tinte equiparador a la corriente del derecho laboral común.

Pasaron más de 100 años y hasta la vigencia de los convenios colectivos, el Libro III resultó el único marco normativo del contrato de ajuste.

Las instituciones de este contrato de trabajo están necesariamente vinculadas con el concepto de la autonomía del Derecho de la Navegación y la gravitación de sus principios generales en las soluciones normativas.

En la etapa de la navegación a vela, es cuando se advierten las primeras normas de regulación del trabajo -que pasaron al derecho terrestre, aunque no podamos calificarlas -ya se ha hecho referencia “*ut supra*”- estrictamente como normas de protección a los trabajadores; sin embargo, esta circunstancia permitió calificar al Derecho de la Navegación como de “precursor” en este aspecto, así lo rotuló el Dr. Raymundo Fernández¹²⁹.

Luego, se dió el desarrollo de una normativa pensada fundamentalmente para contemplar las diferentes situaciones que se derivan de la especificidad del medio, del

¹²⁹ Autor citado, “Código de Comercio, Comentado y anotado”, Edición 1958, Tomo IV, pág. 180. Ver, asimismo, nota 4.

lugar en que se desarrollan las tareas, la naturaleza de las mismas y las modalidades operativas de cada buque. De tal modo – a través de los convenios colectivos de trabajo- se establecieron derechos y obligaciones que implicaron la creación de un estatuto específico.

El desafío de las épocas más modernas consistió en el proceso inverso, la aplicación y adaptación de las conquistas en materia de trabajo terrestre al trabajador marítimo. Pugna que no se agotó y se renueva en los planteos judiciales actuales en los que entran en juego el particularismo propio del contrato de ajuste y el Derecho del Trabajo y que se plasmó, incluso, en algunas normas convencionales.

EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE LA NAVEGACIÓN.

La tipicidad del contrato de ajuste- El encuadre normativo a partir de la Ley 20094 y la fragmentación de la regulación normativa

La separación de la normativa del derecho de la navegación del Código de Comercio se produce a partir del dictado de La Ley Nro. 20094, quedando subsistente la regulación del contrato de ajuste en el Libro Tercero de dicho código.

La Ley de la Navegación si bien contiene, aún antes de la reforma, disposiciones vinculadas a los tripulantes las mismas son preponderantemente administrativas o de derecho público.

Pese al impacto renovador que significó la normativa mencionada, las normas del Código de Comercio –no derogadas- y pensadas para un tipo de navegación ya superada por la técnica-, conservan aún en muchos aspectos plena vigencia y aplicación, pese a su correlato con cláusulas legales y convencionales más modernas.

Es más, hoy en día, a partir de la reforma introducida por la ley 26994, están incorporadas al articulado de la Ley Nro. 20094.

Esto se debe a la especificidad propia de las instituciones del Derecho de la Navegación y, particularmente a la tipicidad del contrato de trabajo marítimo.

Se ha destacado *“la naturaleza “sui generis” de este contrato como consecuencia directa de la autonomía que dentro del derecho privado, conserva el derecho de la navegación.”*¹³⁰

¹³⁰ CNTrab, en pleno, noviembre 6-952, “Pisani, Domingo c/ Cía. Argentina de Pesca”, La Ley, t. 70, pág. 478.

La exposición permanente del trabajador a los riesgos propios de la navegación en adición a los derivados de las tareas a desarrollar a bordo, la necesidad de preservar la seguridad del buque y personas, con el consiguiente régimen de disciplina y subordinación al capitán, confieren a la normativa laboral características que se mantienen en el tiempo.

Las particulares condiciones en que se desarrolla la actividad *“...perfilan el ámbito particular que sirve de marco al contrato de ajuste y relevan a la par, la necesidad de sujetarlo a ciertas reglas de carácter singular... las condiciones en las cuales ejercen su actividad los marinos no permiten una equiparación completa entre ellos y los trabajadores terrestres...”*.¹³¹

“A la subordinación característica de todo contrato de trabajo se agrega: la dependencia jerárquica frente al capitán como delegado de la autoridad y encargado del gobierno y dirección del buque...”. Esta circunstancia bien definida por José Antonio Pejovés Macedo¹³², subsistió a través de los tiempos y condiciona la naturaleza de la legislación laboral marítima en resguardo de la seguridad de la expedición.

*“La subordinación jurídica de carácter privado de empleado a empleador propia del contrato de trabajo, se transforma en una subordinación jurídica de derecho público de simple habitante del país a la autoridad pública de éste”*¹³³.

En igual sentido lo destaca el Profesor Antonio Brunetti¹³⁴ quién recordando a Antonio Scialoja, señala *“que aparece inmediatamente que el grupo de personas que forman la tripulación no es enteramente asimilable a un grupo de dependientes de una empresa cualquiera aunque sea idéntica su esencial naturaleza jurídica. La primera causa de la diversidad son las exigencias de la navegación; la nave conduce lejos una suma considerable de intereses privados y públicos bajo el amparo de la bandera nacional”*¹³⁵

El Proyecto Malvagni, fuente de la Ley Nro. 20094, reconoció en su exposición de motivos tener como inspirador al Código de la Navegación Italiano de 1942 adoptando,

¹³¹ Luis Beltrán Montiel, obra citada, pág. 176.

¹³² Autor citado, en su artículo “Los convenios de la OIT y la gente de mar-una aproximación al estado del ordenamiento laboral marítimo peruano”,

¹³³ Atilio Malvagni, “Derecho laboral de la navegación”, Ed. Depalma, 1949, pág. 69.

¹³⁴ Autor citado, “Derecho Marítimo Privado”, T II. Pág. 402

¹³⁵ Autor citado, “Derecho Marítimo Privado”, T. II, pág.887

en general, sus lineamientos.

Si bien la finalidad básica de la codificación era lograr la unidad de la materia y la autonomía legislativa, no menos trascendente fue la de integrar en un mismo cuerpo legal, las normas de derecho público y privado de la navegación¹³⁶.

La necesidad de tratamiento y de gestar una prolija regulación legal fue bien destacada por el Prof. Atilio Malvagni quién advirtió de la existencia de uno de los conflictos de intereses más difíciles de solucionar en el campo del derecho marítimo: el que se podía suscitar entre el tripulante y su armador.

El proyecto Malvagni, además de las disposiciones vinculadas al personal de navegación, tiene un Libro III “*De las Normas laborales*” con un título único “*del contrato de ajuste*” que contiene varios capítulos que regulan un amplio espectro del marco obligacional del contrato de ajuste.

Finalmente, esta parte del proyecto no se plasmó en la Ley de la Navegación quedando subsistente el marco legal desactualizado que existía en el código de comercio.

A partir de ese momento, como las normas referidas a las tripulaciones contenidas en el código no guardaban relación con la evolución del derecho laboral general, fue necesario actualizarlas mediante el dictado de leyes (17371 y 17823) y dictar convenios colectivos de trabajo que contemplaran la estabilidad (CCT 370/71 y 4/72). A la vez, fue necesario modernizar los distintos derechos e instituciones del código y adecuarlos a las actividades navigatorias específicas, mediante la celebración de diversos convenios colectivos de trabajo. A lo expuesto se agrega, la interpretación jurisprudencial plenaria y de casos particulares, como así también doctrina; sin perjuicio de la aplicación supletoria de la Ley de Contrato de Trabajo, -ya que el trabajo marítimo no está expresamente excluido de la misma (art. 2 LCT)- en la medida en que sus normas sean compatibles con la institución de que se trate y no haya solución específica en el sistema.

Todo lo expuesto conforma un mosaico normativo -como anticipamos- de cierta complejidad interpretativa. Se da entonces, la particular situación de coexistencia de normas de distinta naturaleza y fuentes; las más modernas conviviendo con las más antiguas, muchas de las cuales conservan aún plena vigencia.

¹³⁶ Osvaldo Blas Simone en su trabajo “*Influencia del Codice de Ila Navigazione Italiano en la Ley de la Navegación argentina- Homenaje en su XXV aniversario*” se refiere particularmente a la fusión de normas de derecho público y privado: “*Esa fusión que observa el proyectista se da, preferentemente en las normas de carácter administrativo, publicístico, procesal, en la representación de la autoridad pública, en la inscripción dominial de los buques en un registro específico, en las que refieren al sometimiento de varios institutos a la autoridad marítima, etc.*”

LA LEY DE LA NAVEGACIÓN LUEGO DE LA REFORMA DE LA LEY 26994.

Impacto en la tarea interpretativa

A partir de la vigencia del Código Civil y Comercial se produjo una modificación en el texto de la Ley 20094. El art. 4to. de la ley 26994 dispuso la derogación del Código de Comercio, con la excepción de las normas del Libro III relativas a los tripulantes, que se incorporaron al final del articulado de la Ley de la Navegación.

Del relevamiento efectuado en los capítulos anteriores podría concluirse que la inclusión de esta normativa en la Ley de la Navegación es la resultante de una reforma legislativa que no fue analizada seriamente. Se da la particular situación que después de casi 50 años de vigencia de la ley 20094, la regulación del contrato de ajuste pensada por Malvagni como integrando un todo armónico dentro de un mismo código -o Ley General- ahora es nuevamente incorporado sin ninguna sistematización y compatibilización; circunstancia que, a la vez, nos lleva a la reflexión acerca de la necesidad de una reforma integral de la Ley de la Navegación que, a sus normas ya desactualizadas, se le agregan otras más vetustas aún.

El anacronismo y la falta de renovación legislativa resultan evidentes. De hecho hay normas de Código de Comercio que quedan hoy formando parte de la Ley de la Navegación y que están en desuso¹³⁷. Otras, han sido superadas por los estatutos particulares y el dinamismo propio de la actividad navegatoria.

CONCLUSIONES.

Observamos que uno de los principales efectos de la reforma es reafirmar la naturaleza del contrato de ajuste como instituto integrante del Derecho de la Navegación, tal como fue concebido en sus orígenes históricos

Puede pensarse que la intención del legislador fue acentuar el carácter globalizador e integral de la ley 20094, retornando a la filosofía del Proyecto Malvagni.

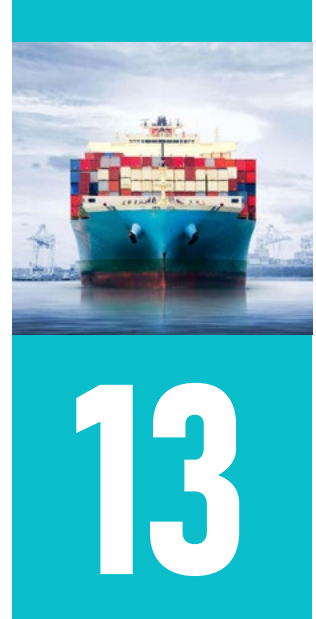
Sin perjuicio del cuadro descripto, una cuestión para revisar es si esta nueva

¹³⁷ Por ejemplo, la norma del art. 995 del Código de Comercio. En ella se establece que en el caso de que el capitán diese al buque un destino diferente al declarado en la matrícula, tendrá lugar un nuevo contrato de ajuste. Situación de hecho ésta, improbable sino imposible de advertirse hoy en día.

conformación o articulado de la Ley Nro. 20094 impacta en la aplicación e interpretación de la misma en función del criterio autonómico de esta rama de la ciencia, en particular, si la metodología legislativa implementada puede producir dificultades interpretativas. Es decir, si con la incorporación de la regulación del contrato de ajuste dentro del sistema, en virtud del art. 1ro. de la Ley 20094, se inhibe la aplicación de otras normas ajenas a las particulares incorporadas.

Como vimos, la autonomía no se circunscribe a la aplicación exclusiva de las normas contenidas en la ley dada la receptividad establecida en el art. 1ro de otras disposiciones del derecho de la navegación. Dentro de las mismas se inscribía aún antes de la reforma -en la actualidad en forma directa en la ley- toda la normativa relativa a los tripulantes, cualquiera sea su fuente, incluyendo la interpretación que se deriva de los convenios colectivos de trabajo.

No obstante lo expuesto, más allá del anacronismo de algunas de las normas incorporadas y su falta de integración, la reforma no impacta decisivamente ni modifica los criterios de interpretación en aspectos fundamentales en materia de contrato de ajuste.



Derechos de propiedad sobre los bienes desposeídos en el mar.

Carmen Codes Cid ¹³⁸
ESPAÑA

INTRODUCCIÓN.

El derecho de cosas contiene las normas que regulan la soberanía del ser humano sobre los bienes. Dentro de este ámbito, la propiedad es el derecho más amplio de los que pueden recaer sobre las cosas. Su regulación se contiene, por regla general, en las normas de derecho civil común que, en el ordenamiento español, se recogen en los artículos 348 y siguientes del Código Civil. Dicho precepto define la propiedad como el derecho de “gozar y disponer” de las cosas, salvo las limitaciones contenidas en las leyes, y otorga al propietario la llamada acción reivindicatoria para proteger su derecho.

También la propiedad es un derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución Española, que se refiere asimismo a la función social de la propiedad.

En efecto, el concepto actual de propiedad refleja la evolución operada desde la concepción quiritaria de la propiedad bajo el derecho romano -que le atribuía un carácter prácticamente absoluto-, hacia una idea más moderada del derecho de propiedad, delimitado por la ley y por el interés general. Así, según la doctrina, la función social de la propiedad implica que esta se encuentre subordinada al interés general, de manera que las leyes pueden imponer al propietario no solo deberes sino también prohibiciones¹³⁹.

Si bien las normas del Código Civil se aplican con carácter general a toda clase de bienes, el artículo 617 de dicho cuerpo legal dispone que se determinan por las leyes especiales *“los derechos sobre los objetos arrojados al mar o sobre los que las olas arrojen a la playa”*.

Por consiguiente, cuando se trata de determinar la propiedad u otros derechos sobre los bienes que se encuentran desposeídos en el mar, hay que acudir en primer lugar a las normas especiales sobre la materia que, en España, vienen constituidas básicamente por la Ley 14/2014 de Navegación Marítima (en adelante, LNM) y por el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, Ley de Puertos), complementándose con la normativa de protección del patrimonio subacuático, según veremos a continuación.

DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE BIENES DESPOSEÍDOS EN EL MAR.

Comenzaba José Luis Goñi su conferencia “Hallazgos en la mar” dictada en la X Semana de Estudios del Mar¹⁴⁰, celebrada en Almería los días 21 al 25 de septiembre de 1992, con la siguiente pregunta “¿De quién son las cosas que se encuentran en la mar?”

La respuesta que a priori puede parecer más obvia es que las cosas son de su dueño,

¹³⁸ Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Comercio Exterior por IMEFE. Abogada en ejercicio, socia de GOÑI & CO. ABOGADOS, Madrid. Profesora en el Instituto Marítimo Español. Vicepresidente por España del IIDM. Miembro de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Miembro de WISTA. Socia de la Liga Naval Española.

¹³⁹ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. “Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas”, Vol. III, Ed. TECNOS.

¹⁴⁰ “X SEMANA DE ESTUDIOS DEL MAR”, Ed. Diputación Provincial de Almería, febrero 1993

pues el hecho de que un bien se encuentre desposeído en el mar, o en cualquier otro lugar, no tendría por qué implicar que su legítimo dueño hubiera perdido su derecho de propiedad sobre tal bien, pues la propiedad, en principio, no se pierde -salvo los supuestos de expropiación- si no es por voluntad de su dueño, ya que incluso en los casos de pérdida de la propiedad por prescripción del derecho a favor del tercero poseedor¹⁴⁰, existe una cierta dejación en el ejercicio de su derecho por parte del dueño. Pero no siempre ha sido así -la conservación de la propiedad-, al menos en lo que respecta a los bienes hallados en el mar que, como se ha dicho, tienen y han tenido desde antiguo una regulación especial.

En efecto, históricamente la propiedad de los bienes naufragados o de los restos de los naufragios se atribuía directamente al poder público. La Ordenanza de la Marina Francesa de 1681, considerada el primer texto codificado de derecho marítimo, marcó un cambio de tendencia iniciando el camino hacia la consagración del principio de conservación de la propiedad de los bienes naufragados, que antiguamente correspondía al Estado.

La Ordenanza, al regular el naufragio -al que dedicaba un capítulo específico-, establecía que los barcos encallados y las mercancías y otros bienes procedentes de naufragios, encontrados en el mar o en la orilla, podían ser requeridos en el plazo de un año y un día desde la publicación del hecho; y serían devueltos a los propietarios o a sus comisionistas, una vez satisfechos los gastos invertidos en su rescate, debiendo aquellos justificar su derecho con conocimientos de embarque, pólizas de carga, facturas y otros documentos similares. La falta de reclamación por su dueño en el plazo establecido determinaba el reparto de los referidos bienes a partes iguales entre el rey (o los señores a los que hubiese cedido su derecho) y el Almirante, tras abonar los costes judiciales y de salvamento. No obstante, si los géneros se habían localizado en alta mar o en el fondo marino, la tercera parte correspondía, libre de gastos, a los que los descubrieron¹⁴¹.

De este modo, la Ordenanza regulaba la facultad de los propietarios de reclamar la entrega de los bienes que se encontrasen en el mar o en la orilla, siempre que tal reclamación se efectuara dentro del plazo de un año y un día desde la publicación del naufragio y el propietario justificara debidamente su derecho mediante los oportunos documentos. Si transcurría dicho plazo sin que los bienes hubiesen sido reclamados por

¹⁴⁰ Recordemos que la usucapión es uno de los modos de adquirir la propiedad reconocido en el artículo 609 del Código Civil y definido en el artículo 1930 de dicho texto cuando señala que el dominio y los demás derechos reales se pueden adquirirse por la prescripción.

¹⁴¹ V. Patricia Zamabrana Moral, La Ordenanza de la Marina francesa de 1681: un modo de entender el transporte de hombres libres al margen de la regulación legal, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos nº 37, Valparaíso, octubre de 2015.

su dueño, este perdía todo derecho sobre los mismos.

El Código de Comercio español de 1.829 ya reconoció el principio de conservación de la propiedad de los buques o cargamentos hundidos, al disponer su artículo 982 que: *“Encallando o naufragando la nave, sus dueños y los interesados en el cargamento sufrirán individualmente las pérdidas y desmejoras que ocurran en sus respectivas propiedades, perteneciéndoles los restos de ellas que puedan salvarse”*.

Los restos del naufragio debían ser depositados, con autorización judicial, en el puerto donde primero arribaran y, si su legítimo dueño no se presentaba en el plazo de un año, el juez habría de proceder a la venta en pública subasta de los efectos rescatados, siendo su producto destinado en primer lugar al pago de los gastos de arribada, depósito y conservación. En términos muy parecidos se pronunciaban también los artículos 840 y siguientes del Código de Comercio español de 1.885 al regular el naufragio.

Con algo más de precisión, la Ley 60/1962, sobre Auxilios, Salvamentos, Hallazgos y Extracciones Marítimas (en adelante, LAS), que ha estado vigente hasta la entrada en vigor de la LNM en septiembre del año 2014, se ocupó también de regular los derechos de propiedad *“de los efectos salvados o hallados”*¹⁴² en el mar. La norma, que implícitamente reconocía la propiedad de tales bienes a favor de su dueño originario, disponía la adquisición de los mismos por el Estado, cuando su propietario hiciera abandono de sus derechos (se entiende que se refiere a un abandono expreso) o no los ejerciera en un plazo determinado, a cuyo efecto distinguía dos clases de bienes: de un lado, los buques o los restos de buques hundidos, que pasaban a ser propiedad del Estado a los tres años del hundimiento; y de otro lado, los demás bienes -cuyo hallazgo debía ser necesariamente publicado por la autoridad competente-, que se transmitían al Estado a los seis meses desde la publicación de los anuncios pertinentes.

Por tanto, para que el Estado adquiriera la propiedad de un bien o de los restos de un bien hundido en el mar, era necesaria una voluntad deliberada de su dueño, bien porque hiciera abandono del objeto en cuestión, bien porque dejara transcurrir los plazos señalados en la Ley sin reclamar su propiedad. Se entendía entonces que el Estado adquiriría la propiedad de los bienes hundidos por prescripción, la cual poseía también un régimen especial respecto al general del Código Civil en lo referente a la interrupción de la prescripción. Así, la LAS disponía que los plazos citados -tres años para buques y seis meses para otros bienes- se interrumpían si el propietario solicitaba a la autoridad

¹⁴² Se regulan en el Capítulo V del Título I de la Ley, denominado “De los Derechos de Propiedad de los Efectos Salvados o Hallados”.

competente la extracción del bien y la iniciaba efectivamente en el plazo que le fuera conferido al efecto, volviéndose a computar los plazos para la adquisición del bien por el Estado (para la prescripción) cuando hubiera transcurrido el término conferido para llevar a cabo la extracción, sin haberlo hecho, o cuando se suspendieran los trabajos de extracción.

La LAS excluía de su ámbito de aplicación a las aeronaves y sus restos, para los que se remitía a la ley especial, que no es otra sino la Ley 48/1960 de Navegación Aérea, que sigue hoy vigente en lo que respecta a la propiedad de estos bienes.

Por otro lado, la LAS no se olvidaba de establecer una suerte de recompensa¹⁴³ para quienes encontrasen “*cosas abandonadas en la mar o arrojadas por ella en la costa*”, las cuales, a falta de reclamación por su dueño en el plazo de seis meses, eran adjudicadas al hallador si su valor era inferior a 150.000 pesetas (equivalentes a 900 euros), o se repartían entre aquel (900 euros más un tercio del exceso de valor sobre dicha suma) y el Estado, si su valor era superior. Este régimen solo era aplicable a las “cosas” ya que los buques y las aeronaves (incluidos sus cargamentos) quedaban sometidos a la disciplina del salvamento.

La vigente Ley de Navegación Marítima proclama de forma expresa el principio de conservación de la propiedad de los bienes naufragados o hundidos. Dice el artículo 373 de la LNM:

Artículo 373. Conservación de la propiedad.

1. La propiedad de los buques u otros bienes naufragados o hundidos no se verá afectada por el solo hecho de su naufragio o hundimiento, no produciéndose su abandono sino por voluntad expresa de su titular.

2. Los propietarios de tales bienes podrán disponer de ellos y, especialmente, abandonarlos a favor del asegurador cuando proceda.

De este modo, no hay duda de que el propietario de cualquier bien naufragado o hundido conserva la propiedad del mismo, a menos que haga abandono expreso de su derecho, o se produzca la pérdida de la propiedad por prescripción.

¹⁴³ No olvidemos que el artículo 616 del Código Civil también concede una recompensa a quien encuentra una cosa

Se han suprimido las recompensas que la LAS reconocía a favor del hallador, sencillamente porque la LNM ya no contempla la figura del hallazgo. Lo que antes se consideraba hallazgo o encuentro fortuito de una cosa abandonada en el mar, ya no tiene cabida en la LNM: si el bien en cuestión se recupera o se rescata de forma inmediata por quien lo encuentra, este tendrá derecho a una remuneración conforme a las normas del salvamento; pero si no se produce la recuperación inmediata del bien encontrado, la operación de rescatar del agua dicho bien será calificada como extracción y deberá llevarse a cabo, previa autorización administrativa, a iniciativa de su propietario.

En realidad no es que la LNM haya eliminado el derecho a una recompensa o premio para el hallador de un bien en el mar, sino que lo que se suprime es la fijación por ley del importe de ese premio, que ahora debe determinarse de acuerdo con las normas del salvamento, lo cual parece más adecuado ya que lo que la ley denomina “*recuperación inmediata de bienes abandonados en las aguas o sus costas*” constituye una verdadera operación de salvamento.

En cuanto al régimen de prescripción adquisitiva de los bienes naufragados o hundidos, la LNM no distingue, como hacía la LAS, entre buques y demás bienes, fijando un único plazo de prescripción para toda clase de bienes¹⁴⁴: tres años desde el naufragio o hundimiento. No se establece el inicio del cómputo del plazo de prescripción cuando no se sabe la fecha del naufragio o hundimiento pero entendemos que, en tales casos, el día a quo debe ser el momento en que se conoce el hecho del naufragio o hundimiento. La duración del plazo para que el Estado adquiera los bienes hundidos o naufragados por prescripción es la misma que se establece en el artículo 63 de la LNM para la prescripción adquisitiva de buques, siempre que exista posesión de buena fe y justo título¹⁴⁵.

Este plazo de tres años se aplica a todos los bienes (sean o no buques) que se encuentren en las aguas interiores españolas o en el mar territorial español, pero si se hallan en la zona económica exclusiva o en alta mar, el Estado español solo adquiere su propiedad si los bienes en cuestión pertenecían a españoles.

Consideramos que la no aplicación de la prescripción adquisitiva a los bienes que no pertenecen a españoles y que se encuentran en dichas zonas, tiene su fundamento en las limitaciones de soberanía y jurisdicción que tienen los Estados sobre aquellas,

¹⁴⁴ Con las excepciones que más adelante se dirán.

¹⁴⁵ En otro caso, el plazo de prescripción es de diez años.

de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM).

La prescripción se interrumpe con la solicitud de permiso para llevar a cabo la extracción del bien, siempre que dicha operación se haga efectiva dentro del plazo concedido, y vuelve a correr con la suspensión de los trabajos de extracción o con la finalización del plazo citado sin haberla realizado.

Debido a que la LNM solo regula la extracción de los bienes que se hallan en las aguas interiores y en el mar territorial español -que es donde realmente el Estado español tiene soberanía y jurisdicción plenas-, la interrupción de la prescripción adquisitiva de los bienes que pertenezcan a españoles y que estén situados más allá de dichos límites territoriales no podrá interrumpirse por la solicitud de extracción, por lo que para evitar que tales bienes pasen a ser propiedad del Estado, parece que la única opción de su propietario sería tomar posesión de los mismos antes de que transcurran tres años desde el naufragio o hundimiento.

REGÍMENES ESPECIALES DE PROPIEDAD.

I.- Buques abandonados en puerto.

Hasta ahora hemos tratado las disposiciones generales sobre la propiedad de los bienes que se encuentran desposeídos en el mar. Hemos utilizado el término desposeídos y no abandonados porque el abandono requiere de una exteriorización de la voluntad de su dueño de deshacerse de un bien y, por tanto, no todos los bienes que se hallen en el mar tienen que estar abandonados.

Ya hemos visto cómo el artículo 373.2 de la LNM declara que el abandono de un bien solo se produce por voluntad expresa de su titular. Sin embargo la institución del abandono únicamente se regula en la LNM con referencia al contrato de seguro, estableciendo los requisitos necesarios para que pueda entenderse abandonado un bien a su asegurador. Tampoco el Código Civil o el de Comercio regulan de manera expresa el abandono, pero se admite su existencia y se establecen sus efectos en varios preceptos. Así, el artículo 610 del Código Civil se refiere a las cosas abandonadas para establecer que las mismas se pueden adquirir por ocupación.

Por abandono se entiende la renuncia abdicativa del derecho de propiedad o cualquier otro derecho real hecha voluntariamente por el titular del mismo. Además del *animus derelinquendi* o voluntad de renunciar a la propiedad, el abandono requiere el *corpus derelictionis*, que consiste en el hecho mismo de la desposesión del bien¹⁴⁶.

El abandono de buques en la zona de servicios de los puertos españoles supuso una gran problemática para algunos puertos que, a raíz de la crisis económica mundial que comenzó a mediados de 2008 y que afectó a todo el comercio y, por ende, al transporte marítimo, se encontraron con un elevado número de buques abandonados en puerto por sus propietarios. Ello causaba graves problemas económicos, pues se dejaban de ingresar las tasas portuarias por impago de los armadores, de seguridad, por el estado en que se encontraban algunos buques, y de índole social, al encontrarse las tripulaciones totalmente desamparadas, sin cobrar sueldos y teniendo que ser atendidas por instituciones sociales locales o repatriadas por organizaciones como ITF o similares. Para luchar contra esta situación y permitir dar a salida a estos buques que se encontraban abandonados en puerto, la Ley de Puertos estableció en su artículo 302 la transmisión *opelegis* de estos buques a favor del estado, siempre que se den los siguientes requisitos:

1) que permanezcan durante más de tres meses atracados, amarrados o fondeados en el mismo lugar dentro del puerto sin actividad apreciable exteriormente; 2) que no se hayan abonado las correspondientes tasas o tarifas portuarias; y 3) que así lo declare el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria correspondiente. De este modo, la concurrencia de los dos primeros requisitos enumerados anteriormente (permanencia en el mismo lugar sin actividad e impago de tasas) no supone de forma automática la transmisión de la propiedad a favor del Estado sino que es necesaria una declaración expresa del órgano rector de la Autoridad Portuaria de que el buque se considera abandonado¹⁴⁷. Y una vez declarado el abandono y transmitida la propiedad al Estado, la Autoridad Portuaria tiene la opción de venderlo en pública subasta, cobrándose con el producto de la venta los créditos que ostente por tasas portuarias y gastos de procedimiento, o proceder a su hundimiento, cuando así lo aconsejen razones de seguridad.

II.- Buques de estado.

De acuerdo con el artículo 3 de la LNM, son buques de estado “los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial” y son buques de guerra “los buques de

¹⁴⁶ V. José Castán Tobeñas. Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo 2, Volumen 1, Ed. Reus, S.A., Madrid, 1992.

¹⁴⁷ En otro caso, el plazo de prescripción es de diez años.

Estado adscritos a las Fuerzas Armadas, que lleven los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad y que se encuentren bajo el mando de un oficial debidamente designado por el Gobierno de su Estado, cuyo nombre esté inscrito en el escalafón de oficiales o en un documento equivalente y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las Fuerzas Armadas regulares”.

Esta última definición es idéntica a la contenida en el artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

La LNM contempla un régimen especial para los buques de Estado hundidos o naufragados, tanto nacionales como extranjeros, proclamando para estos últimos la inmunidad de jurisdicción (artículo 50), de acuerdo con el mandato de la citada Convención.

Con respecto a los buques de Estado españoles, el artículo 382 de la LNM les atribuye expresamente el carácter de bienes de dominio público estatal, *“cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren”*. Y como tales bienes de dominio público, los buques de Estado españoles hundidos o naufragados son inalienables (que no se pueden enajenar), imprescriptibles (que no se ven afectados por la prescripción) e inembargables (que no se pueden embargar) y gozan de inmunidad de jurisdicción. Lo destacado de la Ley de Navegación, no es que proclame el carácter de bienes de dominio público de los buques de Estado españoles, sino que les atribuya ese carácter con independencia del momento y del lugar en que se hubiera producido su naufragio o hundimiento. Con ello, se pretende sin duda proteger a todos los galeones españoles y sus restos que se encuentran hundidos desde hace siglos en las costas extranjeras, si bien, la efectividad de esa protección estará condicionada por la normativa que se quiera o se pueda aplicar en el Estado en que se encuentren dichos buques.

La imprescriptibilidad de los buques de Estado no solo alcanza a los españoles sino que se extiende también a los buques de Estado extranjeros, ya que el artículo 374 no hace distinción cuando excluye de la prescripción adquisitiva a los “buques y embarcaciones de Estado” sin más.

Otra cuestión importante que, a nuestro juicio, resuelve acertadamente la LNM es la inseparabilidad de la carga de los buques de Estado ya que el artículo 382 LNM antes citado extiende sus efectos de forma expresa no solo a los buques y embarcaciones de Estado españoles sino también a sus restos, los de sus equipos y su carga. Este principio de inseparabilidad de la carga de los buques de Estado ha llegado a ser determinante a la hora de resolver algunos litigios que versaban sobre la propiedad de pecios españoles hundidos en aguas extranjeras, lo que quizá haya inspirado al legislador para dejar clara esa inseparabilidad en la Ley de Navegación Marítima¹⁴⁸.

No queda claro, en cambio, que la inseparabilidad de la carga de los buques de Estado se aplique también a los buques de Estado extranjeros, pues la ley se limita a atribuir inmunidad de jurisdicción a los buques de Estado extranjeros y a los restos de los buques de guerra extranjeros hundidos en aguas españolas, pero no a los restos de los demás buques de Estado extranjeros.

III.- Patrimonio cultural subacuático.

No podemos terminar este artículo sin hacer una referencia al patrimonio cultural subacuático, a cuya normativa específica se remite expresamente el artículo 369.3 de la LNM, para excluirlo de su ámbito de aplicación.

En efecto, en materia de protección del patrimonio subacuático, la LNM cede a favor de su legislación especial, que está constituida básicamente por la Ley 16/1985 del Patrimonio Histórico Español (en adelante, LPHE), por las leyes autonómicas que regulan el patrimonio cultural de las distintas comunidades autónomas y, en el plano internacional, por la Convención de la UNESCO sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001 y que actualmente está vigente en 67 países.

La arqueología submarina es una ciencia relativamente moderna, dado que en épocas pasadas era impensable que se pudieran explorar lugares a los que hoy en día la tecnología permite llegar.

Es precisamente esa tecnología uno de los riesgos que amenazan el patrimonio cultural subacuático, al permitir que algunos particulares se empleen en rescatar objetos del mar de forma ilícita. De ahí la importancia de una regulación adecuada de la protección del patrimonio sumergido, que se logra de manera más satisfactoria a través de instrumentos internacionales como la citada Convención, a la que también se une la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, cuyo artículo 303 impone a todos los Estados miembros la obligación de proteger los objetos de carácter histórico y arqueológico hallados en el mar así como un deber genérico de cooperación para lograr esa protección.

El patrimonio cultural subacuático se define en el artículo 1 de la Convención de la UNESCO como *“todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural,*

¹⁴⁸ V. Margarita Mariscal de Gante. “Inmunidad de los buques de Estado y Protección del Patrimonio Cultural Subacuático”, extraído de la web www.culturaydeporte.gob.es

histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años”. Contiene una enumeración de varios ejemplos de lo que se considera patrimonio subacuático y, como no podía ser de otro modo, en esa enumeración se incluyen los buques y sus cargamentos, pero también se hace referencia a otros bienes como pueden ser “*los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos*”. A este respecto, no se debe olvidar que se ha dicho que el mar es el mayor museo del planeta, dada la cantidad de objetos artísticos y de interés cultural que reposan en el fondo de los océanos.

La Convención de la UNESCO establece una serie de principios básicos y un sistema de cooperación entre Estados para lograr el mayor grado de protección de los bienes que forman parte del patrimonio cultural sumergido. La conservación in situ de los bienes culturales sumergidos es el objetivo prioritario de la Convención -siempre que sea posible sin menoscabo del bien en cuestión-, pero la práctica revela que la extracción de los bienes, aunque sea con autorización de los Estados y cumpliendo todas las normas establecidas al respecto, es la opción que más se sucede.

La finalidad de la Convención de la UNESCO no es otra que la protección del patrimonio y de ahí que, al igual que hace la CNUDM, no entre a regular cuestiones de propiedad sobre los bienes hundidos ni atribuya jurisdicción a favor de ningún Estado para las disputas que puedan surgir, que se habrán de resolver de acuerdo con las leyes sustantivas que resulten de aplicación de conformidad con las normas de derecho internacional privado.

En el plano nacional, la LPHE sí atribuye la propiedad al Estado de todos los bienes que sean descubiertos y posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, pasando a ostentar la categoría de bienes de dominio público, con los privilegios que ello conlleva. A diferencia de lo que sucede con los bienes que sean hallados en el mar y que no forman parte del patrimonio subacuático, los halladores de bienes que sí lo lleguen a ser tienen derecho a una retribución, a cargo del Estado, equivalente a la mitad del valor que se les atribuya a dichos bienes en una tasación legal.

Entendemos que los pecios de buques de Estado extranjeros deben quedar fuera de este régimen de propiedad, por respeto al principio de inmunidad de jurisdicción y por la reciprocidad que el Estado español reclama tácitamente al declarar, como se ha dicho, que los pecios de buques de Estado españoles son bienes de dominio público español, cualquiera que sea el lugar y el momento en que se encuentren. No tendría sentido aplicar a los buques de Estado extranjeros un régimen distinto al que se reivindica para los buques de Estado españoles. Y lo mismo cabe decir respecto de la carga de los buques de Estado extranjeros, por el principio de inseparabilidad de la carga antes aludido que acoge la LNM para los buques de Estado españoles.

CONCLUSIONES.

Como hemos visto, el régimen de propiedad de los bienes que se hallen en el mar, sumergidos, hundidos, abandonados o simplemente perdidos presenta ciertas peculiaridades, debido en cierto modo al carácter internacional de la navegación. La Ley de Navegación Marítima resuelve con bastante acierto gran parte de las cuestiones jurídicas que se pueden plantear en torno a la propiedad de los bienes sumergidos o hundidos, tratando de uniformar el marco normativo para toda clase de bienes, en la medida de lo posible.

No ocurre lo mismo, a nuestro juicio, con la normativa relativa al patrimonio cultural subacuático. Si bien la Convención de la UNESCO es un marco internacional adecuado para unificar criterios en materia protección del patrimonio, no resuelve la cuestión de la propiedad de los bienes que integran el patrimonio cultural subacuático, posiblemente porque no es el objetivo de la Convención. Lo mismo sucede con la CNUDM.

En el plano nacional, la LPHE, si bien atribuye al Estado la propiedad de los bienes que sean hallados y que puedan ser considerados como integrantes del patrimonio histórico español (incluyendo el patrimonio subacuático), no define con criterios claramente delimitados lo que puede entenderse como patrimonio histórico. Quedan también interrogantes que pueden afectar, por ejemplo, a los derechos de propiedad de los extranjeros sobre bienes que se encuentren en aguas de jurisdicción española y que puedan formar parte del patrimonio cultural subacuático, incluso aunque sean buques de Estado (o sus restos o sus cargas).



Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la M/V Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.

Rafael Duran S. ¹⁴⁹

Colaboradores: Javier Fernández C.¹⁵⁰, **Camila Hoyuela**¹⁵¹ & **Vicente Ríos U.** ¹⁵²

CHILE

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

ANTECEDENTES DE CONTEXTO.

La M/V Wakashio fue un buque granelero (bulkcarrier - newcastlemax), construido en 2007, de bandera panameña, propiedad de OkiyoMaritime Corp., empresa vinculada a la japonesa NagashikiShipping Co. Ltd., y que era operada por Mitsui O.S.K. Lines. El día 14 de julio de 2020 zarpó desde Singapur hacia Tubarao, Brasil, pero el 25 de julio de 2020, mientras navegaba por las costas de Islas Mauricio, frente a Pointed’Esny, una zona de exuberante flora y fauna marina, la nave encalló.

De acuerdo a las investigaciones aún en curso, la nave habría contado con sus últimas inspecciones mecánicas y estructurales aprobadas. La investigación se encuentra en curso. Se ha indicado extraoficialmente que la nave se habría apartado de su curso para buscar mejor señal de internet para la tripulación.

La nave se mantuvo encallada varios días, sin posibilidades de ser rescatada. El 15 de agosto de 2020 la situación se agravó y dadas las inclemencias del tiempo, el buque terminó por partirse en dos produciendo un derrame del combustible que transportaba¹⁵³.

De acuerdo a las estimaciones de autoridades, se cree que se derramaron al menos 1000 toneladas de hidrocarburos, transformándose este hecho en una catástrofe ambiental que ha motivado el seguimiento, investigación y trabajo activo en medidas de mitigación de gran parte de los actores pertinentes de la comunidad marítima

¹⁴⁹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). L.L.M. Investments, Trade and Arbitration, Heidelberg University. Socio Durán & Cia Abogados. correo de contacto: rduran@duranycia.cl

¹⁵⁰ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile). Master 2 en Derecho Marítimo y del Transporte, en el Centro de Derecho Marítimo y del Transporte (C.D.M.T.) de la Universidad AixMarseille. Socio Fernández & Leiva Abogados. correo de contacto: jfernandez@fernandezleiva.cl

¹⁵¹ Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción (Chile). L.L.M Maritime and Transport Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Legal Counsel CMA CGM (Holland) B.V. correo de contacto: camilahoyuela@udec.cl

¹⁵² Abogado, Licenciado en Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez (Chile). Master in Business Law (LL.M., UAI). Socio RO Abogados & Cía. correo de contacto: vrios@roabogado.cl

¹⁵³ “que transportaba” en referencia al combustible destinado para el consumo propio de la navegación. Notar que, tal como se indicó al comienzo, la M/V Wakashio (IMO 9337119) era de tipo Bulk Carrier, es decir, era de aquellas naves destinadas al transporte de carga seca a granel. Detalles respecto a las condiciones técnicas de la M/N Wakashio en (recurso on line, última visita 29.09.2020): <https://www.marinetraffic.com/en/ais/details/ships/shipid:463306/mmsi:372711000/imo:9337119/vessel:WAKASHIO>

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

internacional¹⁵⁴.

No cabe duda que los hechos anteriormente descritos y las eventuales compensaciones a que ellos den lugar, resultan de interés no sólo para quienes detenten la legitimidad activa para obtener un posible resarcimiento sino para la comunidad marítima en general, desde que no hay Estado costero que se encuentre libre de un desastre como aquel protagonizado por la M/V. Wakashio.

De este modo, la presente investigación tendrá por objeto determinar el sentido y alcance de la noción de contaminación por vertimiento, el régimen de responsabilidad aplicable a los responsables del incidente en cuestión, los montos a que ascenderá la indemnización a que haya lugar, y el tribunal competente para conocer de dicha cuestión. Lo anterior se logrará mediante un análisis comparativo de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que potencialmente podrían gobernar el caso en cuestión. Si bien el análisis de la presente investigación se hará sobre la base del incidente protagonizado por la M/V. Wakashio, se hará referencia a la jurisdicción chilena como punto de referencia.

RESPECTO A LA NOCIÓN DE CONTAMINACIÓN POR VERTIMIENTO O DERRAME DE HIDROCARBUROS: SENTIDO Y ALCANCE.

En esta materia, la preocupación normativa o regulatoria ha aumentado en forma paralela al incremento del comercio global por vía marítima.

Se ha entendido que existe contaminación *“cuando la cantidad de una materia o de una forma de energía introducida en la naturaleza llega a ser superior a la capacidad de recuperación del medio ambiente”*¹⁵⁵.

Por su parte, se consideran hidrocarburos a los compuestos de la química orgánica cuya molécula está formada sólo por carbono e hidrógeno¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Detalles en el sitio web de la Organización Marítima Internacional (IMO): <http://www.imo.org/es/MediaCentre/Press-Briefings/Paginas/24-MV-Wakashio-oil-spill-response-Mauritius.aspx>. Última visita: 06.09.2020

¹⁵⁵ Cita a Kerine Le Couviour en Javier Fernandez Carrera, Derecho Marítimo, Responsabilidad Civil y Daño Ambiental, Revista Chilena de Derecho Comercial, N°3, Año III. P. 83 (Universidad de Chile, 2013)

¹⁵⁶ Rizzotto, Marcela. Diccionario de Química General e Inorgánica (2007). Argentina. P. 31 y ss.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 del *Convenio Internacional para prevenir la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos*, de 1954 (OILPOL 54/69)¹⁵⁷, hidrocarburo equivale a petróleo crudo, combustible líquido (fuel-oil) y pesado (diesel-oil) y aceites lubricantes. Dicho concepto, es también adoptado por el *Convenio Internacional de Bruselas sobre la Intervención en Altamar en Caso de Accidentes que Causen o Puedan Causar una Contaminación por Hidrocarburos* de 1969 (CLC 1969)¹⁵⁸.

A su vez, el *Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques*, conocido también como “*Convenio MARPOL 73/78*”¹⁵⁹, entiende por “hidrocarburos” al petróleo en términos generales, incluidos los crudos de petróleo, fuel-oil, residuos de petróleo, fangos y productos de la refinación (Regla 1.1 del Anexo I) y todos los demás productos que figuran en el apéndice del Anexo I. Su artículo II indica lo que se debe entender por vertimiento o descarga, definiéndola como: “*cualquier derrame procedente de un buque por cualquier causa, y comprende todo tipo de escape, evacuación, rebose, fuga, achique, emisión o vaciamiento*”. Se asocia la noción de derrame a una “sustancia perjudicial”, lo que se define en el N° 2 del mismo artículo II como “*cualquier sustancia cuya introducción en el mar pueda ocasionar riesgos para la salud humana, dañar la flora, la fauna y los recursos vivos del medio marino, menoscabar sus alicientes recreativos o entorpecer los usos legítimos de las aguas del mar y, en particular, toda sustancia sometida a control de conformidad con el presente Convenio*”.

Existen otros esfuerzos regulatorios multilaterales relevantes, tales como el Convenio HNS (por sus siglas en inglés Hazardous and Noxious Substances) y/o el Convenio de Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, protocolo también diseñado y administrado por la IMO. Todos giran en torno a factores comunes:

(I) Reconocer la necesidad de regular explícitamente la protección del medio marítimo, como bien protegido esencial para la humanidad; y (II) Supeditar la actividad del hombre al cumplimiento de estándares de seguridad que permitan el desarrollo de actividades económicas sin generar impacto ambiental irreversible.

¹⁵⁷ Convenio Internacional para contaminación de aguas del mar por hidrocarburos, adoptado en Londres el 12 de mayo de 1954, con las enmiendas adoptadas por la Conferencia Internacional celebrada en Londres entre el 26 de marzo y el 15 de abril de 1962, y las adoptadas el 21 de octubre de 1969 por Resolución A.175 (VI) de la Asamblea de la Organización Consultiva marítima Intergubernamental.

¹⁵⁸ Convenio Internacional de Bruselas sobre la Intervención en Altamar en caso de Accidentes que causen o puedan causar una contaminación por hidrocarburos, adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969.

¹⁵⁹ Convenio Internacional para prevenir la contaminación por los buques adoptado el 2 de noviembre de 1973 modificado por el Protocolo de 1978.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

En paralelo, la ONU, a través del IMO, formó en 1967 un Grupo Mixto de Expertos sobre Aspectos Científicos de la Contaminación Marina –Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Pollution, GESAMP-, órgano consultivo permanente del que ha emanado la definición amplia de contaminación marítima más aceptada internacionalmente, la que indica que:

la contaminación marina resulta de la introducción en el ambiente marino, directa o indirectamente por el ser humano, de sustancias o energía que producen o pueden producir efectos deletéreos, tales como daños a la vida marina, a los recursos vivos, peligros para la salud humana, obstáculos para las actividades marinas incluida la pesca, deterioro cualitativo del agua del mar, reducción de las posibilidades de esparcimiento y a otros usos legítimos del mar¹⁶⁰

REGULACIÓN DE LA CONTAMINACIÓN POR HIDROCARBUROS EN CHILE Y A NIVEL INTERNACIONAL.

I.- Regulación general

A la fecha, existen diversos cuerpos normativos específicamente diseñados para la prevención y lucha contra la contaminación y, otros que tienen por vocación garantizar y mejorar la seguridad marítima y que por ende se refieren a la contaminación de manera tangencial. Entre los últimos, el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, aprobado en Londres el 1º de noviembre de 1974 y sus enmiendas, como el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes, aprobado en Londres el 20 de octubre de 1972.

Se refiere también a la contaminación el Convenio Internacional sobre Salvamento de 1989, que su artículo 14 indica que la remuneración de quien ha llevado a cabo las operaciones de salvamento debe ser calculada, considerando entre otros factores, la habilidad y esfuerzos para reducir el daño ambiental.

II.- Regulación específica

La legislación internacional se contiene en los Convenios OILPOL 54/69 y MARPOL

¹⁶⁰ Definición contenida en el Informe del Vigésimo primer periodo de sesiones, Londres 18-21 de febrero de 1991, disponible como recurso on-line: <http://www.gesamp.org/site/assets/files/1221/report-of-the-21st-session-es.pdf>. Última visita: 06.09.2020.-

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

73/78¹⁶¹, CLC 1969/1992¹⁶², el Convenio de Bruselas de 1971¹⁶³, y el Convenio de Londres de 1990, del cual Chile es Estado parte.¹⁶⁴

En Estados Unidos, luego del accidente del Exxon Valdez en aguas estadounidenses (Alaska, 1989) se concretó una modificación a la CleanWaterAct, que se materializó en la OilPollutionAct 1990 (OPA 1990). Se trata de una ley federal norteamericana que contempla un sistema de responsabilidad objetiva. Dicha responsabilidad puede limitarse, sin embargo al permitir a los Estados legislar sobre esta materia, en varios hechos, es ilimitada.

El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil Nacida de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos para Combustible de los Buques de 2001, conocida como Bunkers 2001¹⁶⁵, constituye uno de los últimos esfuerzos que abordan esta materia.

El CLC 92 entiende por daños ocasionados por contaminación:

(I) Pérdidas o daños causados fuera del buque por la impurificación resultante de las fugas o descargas de hidrocarburos procedentes de ese buque, dondequiera que se produzcan tales fugas o descargas, si bien indemnización por deterioro del medio, aparte de la pérdida de beneficios resultante de dicho deterioro, estará limitada al costo de las medidas razonables de restauración efectivamente tomadas o que vayan a tomarse; (II) El costo de las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas”¹⁶⁶

El ámbito de aplicación de la referida Convención, viene dado por su Artículo II, precepto que indica que se aplicará exclusivamente a:

“a) Los daños ocasionados por contaminación: i) En el territorio de un Estado

¹⁶¹ Chile es parte de ambos.

¹⁶² Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Daños debidos a la Contaminación por Hidrocarburos adoptado en Bruselas el 19 de noviembre de 1969, enmendado por los Protocolos de 1976, 1984 y de 1992.

¹⁶³ Convenio Internacional sobre la Creación de un Fondo Internacional para la Indemnización de los Daños Causados por la Contaminación de Hidrocarburos, adoptado en Bruselas el 18 de diciembre de 1971, enmendado por los Protocolos de 1976, 1984 y de 1992 (Fund 1992)

¹⁶⁴ Convenio Internacional, sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, adoptado el 30 de noviembre 1990.

¹⁶⁵ Que entró en vigencia el 21 de noviembre 2008.

¹⁶⁶ Artículo I párrafo 6 CLC 1992

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

Contratante, incluido su mar territorial, y ii) En la zona económica exclusiva de un Estado Contratante establecida de conformidad con el derecho internacional, o , si un Estado Contratante no ha establecido tal zona, en un área situada más allá del mar territorial de ese Estado y adyacente a dicho mar territorial determinada por ese Estado de conformidad con el derecho internacional y que no se extienda más allá de doscientas millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial de dicho Estado

b) Las medidas preventivas, dondequiera que se tomen, para evitar o reducir al mínimo tales daños”

Este convenio no cubre, entre otros, los daños ocasionados por hidrocarburos derramados por buques de carga general, naves especiales, instalaciones costa afuera, instalaciones costeras y oleoductos; los daños ocasionados por el derrame de hidrocarburos no persistentes (diesel liviano, gasolina, kerosén); daño emergente, en tanto no consista en el costo de medidas de restauración del medio ambiente marino efectivamente adoptadas o que vayan a adoptarse en el futuro; el menoscabo del atractivo natural del medio ambiente marino; el daño emergente consistente en el costo de medidas de restauración del medio ambiente marino, en tanto no respondan a un criterio de razonabilidad, en cuanto a la necesidad de adoptarlas, su valor y/o extensión; el lucro cesante, en cuanto no pueda establecerse un vínculo causal directo y necesario entre él y el derrame de hidrocarburos; el perjuicio extra patrimonial. Por su parte, Bunkers 2001 contiene una serie de definiciones (art. 1º). Entre aquellas, entiende por propietario del buque al propietario, el propietario inscrito, el fletador a casco desnudo, el gestor naval y el armador del buque (1.3); por hidrocarburo para combustible, a todos los hidrocarburos de origen mineral, incluidos los lubricantes, utilizados o que se vayan a utilizar para la explotación o propulsión del buque y todo residuo de los mismos (1.5); por “Convenio de Responsabilidad Civil” al Convenio Internacional sobre responsabilidad civil de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992, enmendado, entre otras.

LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD.

Uno de los principios que inspiran el régimen de responsabilidad civil, es el de la reparación integral de los acreedores, conforme al cual, éstos procurarán obtener el resarcimiento pleno e integral de los perjuicios que hubiesen sufrido a consecuencia de la acción u omisión de otro.¹⁶⁷

No obstante, en ciertas materias, como sucede en el transporte, la generalidad de los

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

ordenamientos ha instituido normas que consagran la limitación de la responsabilidad civil, conforme a la cual el legislador viene a determinar anticipadamente un monto máximo hasta el cual el o los deudores deberán responder de los perjuicios indemnizables. Entonces, en materia de transporte, el efecto de esta institución es establecer un *quántum máximo al que puede ascender la responsabilidad del naviero con ocasión de su actividad armatorial*.¹⁶⁸

Es así como la institución de la limitación de la responsabilidad se viene a erigir como una excepción al principio de la reparación integral de los acreedores.¹⁶⁹

Tratándose del derrame de hidrocarburos y otras sustancias contaminantes, en la legislación chilena ¹⁷⁰ como en la internacional ¹⁷¹, la responsabilidad de los sujetos comprometidos en el incidente, se encuentra limitada en base al arqueo o tonelaje bruto de la nave de que se trate. Entonces, la relación tonelaje de la nave – monto, es directamente proporcional. Es decir, a mayor capacidad de transporte, mayor provecho económico podrá obtenerse de su explotación, lo que justifica elevar los límites de exposición patrimonial de su armador.¹⁷²

Uno de los motivos que fundamentan esta excepción es, en primer lugar, el impulsar el desarrollo de actividades consideradas riesgosas cuyo desarrollo es de suma importancia para el crecimiento de la economía nacional, tales como el transporte marítimo. A su vez, la limitación de responsabilidad compensa de una forma la posición del sujeto sobre quien recae una responsabilidad objetiva y, permite evaluar anticipadamente los perjuicios que un hecho dañoso ha de originar. Finalmente, en tercer lugar, atendidos los riesgos propios del comercio marítimo¹⁷³ y la navegación, el establecimiento de un importe máximo a que se van a ver expuestos los partícipes de dicha actividad, le permite a este sujeto negociar de mejor forma un seguro que cubra estos riesgos¹⁷⁴. En efecto, el establecimiento de un máximo a pagar en el evento de un incidente, otorga

¹⁶⁷ Ramón Domínguez Águila ‘Los límites al principio de reparación integral’ [2010] 15 Revista Chilena de Derecho Privado, pp. 9-28

¹⁶⁸ Claudio Barroilhet Acevedo, Derecho Marítimo (Librotecnia 2016), p. 79.

¹⁶⁹ Christian Fox Iguait, Limitación de responsabilidad del armador y principio de reparación integral de los acreedores (2 edn, Librotecnia 2011), p. 16.

¹⁷⁰ Decreto Ley N° 2222 de 21 de mayo de 1978, ‘Ley de la Navegación’.

¹⁷¹ CLC 1969, CLC 1992, Bunkers 2001, US Oil Pollution Act 1990.

¹⁷² Claudio Barroilhet Acevedo (n.17) 339

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

predictibilidad a las aseguradoras, permitiendo el cálculo de primas razonables e inferiores a aquellas que habrían de establecerse en el evento de no contar con una limitación de responsabilidad¹⁷⁵. Así para favorecer la predictibilidad, el límite de responsabilidad se calcula a priori y en base al arqueo o tonelaje bruto de la nave de que se trate.¹⁷⁶

Como excepción a lo indicado, cabe destacar la ya citada situación de Estados Unidos, donde a pesar de que el OilPollutionAct de 1990 contempla el derecho de invocar ciertos límites de responsabilidad, en la práctica la compensación resulta ser ilimitada,¹⁷⁷ porque el citado cuerpo normativo consagra las más amplias y diversas causales que traen consigo la pérdida del referido beneficio.

Por su parte, Bunkers 2001 permite limitar la responsabilidad en virtud de cualquier régimen nacional o internacional aplicable, indicando a vía ejemplar, el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976 enmendado (art. 6º).

I.- Pérdida del derecho a limitar responsabilidad

En términos generales, bajo el amparo del CLC 1992 y Bunkers 2001, la parte responsable perderá su derecho a limitar responsabilidad si se prueba la concurrencia de una acción o una omisión efectuada con intención de causar un perjuicio, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente éste se derivaría.

Por su parte, el OilPollutionAct de 1990 consagra la pérdida de la limitación en casos asimilables a lo que en nuestro derecho se conoce como culpa grave, en caso de que la parte responsable no haya cumplido con su obligación de reportar el derrame o de cooperar en la limpieza ocasionada por el mismo o en el evento de que dicha parte haya violado las regulaciones de seguridad pertinentes.¹⁷⁸ Además, el OilPollutionAct de 1990 permite a la legislación estatal imponer un régimen de responsabilidad ilimitada sobre las partes responsables del derrame.¹⁷⁹ Ya en agosto de 1991 diversos estados

¹⁷⁴ Christian Fox igualt (n.18) 18.

¹⁷⁵ Claudio Barhoilet Acevedo (n.17) 99.

¹⁷⁶ En este sentido, el CLC 1992, Bunkers 2001, Ley de la Navegación chilena.

¹⁷⁷ Jeffery D Morgan, 'The Oil Pollution Act of 1990' [2011] 6(1) Fordham Environmental Law Review 1-27, 6.

¹⁷⁸ 33 U.S.C § 2704 (c) (1) (2)

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

norteamericanos, entre los que se cuentan California, Connecticut y Louisiana, habían consagrado la responsabilidad ilimitada de las partes responsables de un derrame de hidrocarburos.¹⁸⁰ En otras palabras, los límites de responsabilidad previstos por el OilPollutionAct no protegen a las partes responsables cuando la acción dirigida en contra de ellas se base en las normas de un estado que consagre un régimen de responsabilidad ilimitada.

Frente a tal responsabilidad a veces ilimitada, tanto aseguradoras como P&I se han negado en ocasiones a otorgar garantías financieras a aquellos navieros que deseen adentrarse en aguas estadounidenses.¹⁸¹ Lo anterior resulta del todo problemático desde que dicha garantía es de naturaleza obligatoria para todo aquel naviero cuya nave exceda las 300 toneladas brutas y que planea adentrarse en tales aguas.¹⁸²

II.- Naturaleza obligatoria del aseguramiento.

En materia de transporte de hidrocarburos y otras sustancias contaminantes, el aseguramiento es de naturaleza obligatoria. A su vez, los propietarios de las naves también deberán contar con un seguro que cubra los daños ocasionados por un potencial derrame de aquellos hidrocarburos que sirvan como medio de propulsión a la nave.

III.- Fondo de Limitación de Responsabilidad.

Bajo el amparo de la gran mayoría de los regímenes de responsabilidad tanto en el caso chileno como en supuestos internacionales, para beneficiarse del derecho a limitar su responsabilidad, el titular debe constituir un fondo de limitación de responsabilidad.¹⁸³ Dicho fondo debe constituirse por la suma total a la cual asciende el límite de responsabilidad del titular del beneficio, y deberá constituirse ante el Tribunal u otra autoridad competente del Estado donde se ejercite la acción de reclamación del daño, o

¹⁷⁹ 33 U.S.C § 2718

¹⁸⁰ Jeffery D Morgan (n.26) 6

¹⁸¹ Jeffery D Morgan (n.26) 12.

¹⁸² 33 U.S.C § 2716, aquel naviero cuya embarcación pese más de 300 toneladas brutas y que desee adentrarse en aguas estadounidenses, deberá contar con una garantía financiera, que en la práctica es extendida por el asegurador o P&I del naviero

¹⁸³ Artículo 145 Ley de la Navegación, artículo V CLC 1992 y artículo V.3 Bunkers 2001

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

del Estado en donde se pudiera ejercitar. A su vez, el fondo se constituye depositando la suma en efectivo o mediante aval bancario, o mediante otra forma de garantía admisible en el Estado que corresponda.

La función del referido fondo de limitación es doble, ya que beneficia tanto a los acreedores como al titular del beneficio de la limitación. En efecto, la constitución del fondo liberará a los acreedores de tener que proseguir la ejecución individual del deudor, desde que se pone el dinero a su disposición para que pueda pagarse en él.¹⁸⁴ Por su parte, beneficiará a quien lo constituye ya que las deudas que surjan a raíz del incidente en cuestión sólo se podrán hacer efectivas en el fondo, y el naviero sólo responderá con aquello que constituye el fondo, pues este es el único patrimonio comprometido en la explotación comercial de la nave.¹⁸⁵

IV.- Límites a la responsabilidad de los partícipes del incidente ocasionado por la M.V Wakashio

Según hemos indicado, la M/N Wakashio era un buque granelero (bulkcarrier), y los hidrocarburos que derramó eran aquellos que la embarcación utilizaba como combustible. En otras palabras, los hidrocarburos derramados no eran transportados por la nave, sino que la embarcación se encontraba navegando sin carga.

Producto de lo anterior, es que la limitación de la responsabilidad de aquellos sujetos involucrados en el incidente descrito, no se encuentra regulada por CLC 1992 sino por el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos para combustible de los buques, Bunkers 2001. En efecto, la primera Convención sólo viene a regular la contaminación proveniente del derrame de hidrocarburos persistentes transportados como carga, mientras que Bunkers 2001, gobierna la responsabilidad emanada de la contaminación proveniente del derrame de hidrocarburos utilizados o que se vayan a utilizar para la explotación o propulsión del buque.¹⁸⁶

Lo anterior, trae consigo importantes consecuencias prácticas para las Islas Mauricio, potencial demandante del caso en consideración. En efecto, la aplicación de Bunkers 2001 no sólo trae consigo la forzada prescindencia de una segunda capa de responsabilidad,

¹⁸⁴ Claudio Barhoilet Acevedo (n.22).

¹⁸⁵ Ricardo AbuaudDagach, Limitación de Responsabilidad de la Empresa Naviera Constitución del Fondo de Limitación (Editorial Jurídica de Chile 2007).

¹⁸⁶ Artículo 1.5 Bunkers 2001

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

sino también el establecimiento de una limitación de responsabilidad sustancialmente inferior a aquella que hubiese sido calculada de haberse aplicado el CLC 1992.

Corresponde destacar que el Convenio Bunkers 2001 no prevé un límite de responsabilidad específico, sino que tan sólo se ocupa de reconocer el derecho del propietario del buque y su aseguradora a limitar la responsabilidad en *virtud de cualquier régimen nacional o internacional aplicable* haciendo referencia expresa al Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976, emendado por el Protocolo de 1996 y por el incremento de los límites de indemnización acordados en el año 2012.¹⁸⁷ Dado que las Islas Mauricio es Estado parte del antedicho Convenio de 1976, y considerando que el tonelaje bruto de la m.vWakashio era de 101.932 toneladas, la máxima compensación aspirable es de 46.19 millones de Derechos Especiales de Giro (aproximadamente 65 millones de dólares). Por otro lado, si los hidrocarburos derramados hubiesen correspondido a la carga transportada por la nave y no a su combustible, la limitación de responsabilidad establecida por el CLC 1992 aplicaría, y dados los límites a que se refiere el Convenio del Fondo de 1992, la referida suma ascendería a 203 millones de Derechos Especiales de Giro, lo que correspondería a aproximadamente, 286 millones de dólares.

Cabe señalar que el Fondo Complementario de 2003 otorga una limitación de hasta 750 millones de Derechos Especiales de Giro por incidente, sin embargo, las Islas Mauricio no han ratificado el referido Convenio. Por ende, incluso si los hidrocarburos derramados hubiesen sido transportados como carga, no habrían podido pretender la obtención de dicha suma.

Dado que la Convención de Bunkers no establece un límite de responsabilidad determinado, sino que se refiere a cualquier régimen nacional o internacional aplicable, resulta imposible conocer el quantum a que ascenderá la responsabilidad del naviero por un posible derrame de combustible de la nave, ya que no es posible prever anticipadamente en que territorio ocurrirá el desastre, lo que afecta la predictibilidad que permite a aseguradores y P&I estimar anticipadamente su exposición económica.

La Convención de Bunkers no se refiere al deber del naviero de constituir un fondo de limitación de responsabilidad, y, por ende, se podría argumentar que las Islas Mauricio no gozarían de los beneficios que la constitución de dicho fondo acarrea. Sin embargo, recordemos que el artículo 6 del referido Convenio, al referirse a la limitación de responsabilidad del propietario del buque, se remite al Convenio sobre limitación de

¹⁸⁷ Artículo 6 Bunkers 2001

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo de 1976, y este último, en su artículo V número 3, si hace referencia expresa a este deber. Sobre este asunto, resulta conveniente destacar que consideramos que la remisión a la institución de la limitación de la responsabilidad que hace el artículo 6 de la Convención de Bunkers es amplia, de manera que no sólo se limita a aplicar las sumas a que se refiere el Convenio de 1976, sino que gatilla la aplicabilidad del régimen de limitación en su totalidad.

V.- Otras consecuencias que se derivan de la aplicación de Bunkers 2001 en este caso.

Aparte de la suma a que ascenderá la limitación de responsabilidad, otra desventaja que trae consigo la aplicación del Convenio de Bunkers, es que no todos los sujetos a quienes se extiende la responsabilidad, tienen la obligación de contar con un seguro. En efecto, el Convenio de Bunkers permite hacer responsables a todos aquellos que participen en la explotación del buque, esto es, al propietario inscrito, al fletador a casco desnudo, al gestor naval y al armador. Sin embargo, la obligación de asegurar los riesgos propios de la actividad naviera sólo recae sobre el propietario de la nave. De este modo, si los demás sujetos fuesen insolventes, no existe la posibilidad de dirigirse en contra de la aseguradora o P&I que corresponda. Dado que los hechos que llevaron al derrame del combustible de la M/N Wakashio siguen siendo investigados, no es posible determinar a esta altura si los sujetos responsables podrían perder el derecho a limitar su responsabilidad. El Convenio de 19 de noviembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, establece en su artículo 4 que *“la persona responsable no tendrá derecho a limitar su responsabilidad si se prueba que el perjuicio fue ocasionado por una acción o una omisión suyas y que incurrió en estas con intención de causar ese perjuicio, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originaría tal perjuicio”*.

Como hemos dicho con anterioridad, mientras permanezcan desconocidos los hechos que llevaron al derrame, nos es imposible dar una conclusión respecto de este punto. Sin embargo, a priori podemos decir que, para perder el beneficio a que hacemos referencia, el sujeto responsable debe haber obrado con dolo directo o eventual, o bien con culpa grave con representación.¹⁸⁸ Otras clases de culpa, no le harán perder la posibilidad de limitar su responsabilidad.

VI.- Algunas reflexiones en torno a la determinación de las sumas que asciende la limitación de la responsabilidad

¹⁸⁸ Christian Fox igualt (n.18) 18

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

Como hemos indicado con anterioridad, la suma a la cual ascenderá la limitación de responsabilidad de aquellos sujetos que resulten comprometidos en el incidente, dependerá del arqueo o tonelaje bruto de la nave en cuestión. Desde un punto de vista doctrinario, ello encontraría su justificación en el mayor aprovechamiento que el naviero podrá obtener de una nave más pesada. Sin embargo, el arqueo o tonelaje bruto de la nave poco tiene que ver con el daño que el derrame de los hidrocarburos en ella transportados o contenidos pueda ocasionar. Se podría sostener que mientras mayor sea el peso de la nave, mayor cantidad de hidrocarburos esta puede transportar o usar como combustible, de manera que el daño ocasionado por un potencial derrame sería mayor. Con todo, se ha determinado que el costo del daño causado viene a ser directamente determinado por la calidad del hidrocarburo, y no necesariamente su cantidad.¹⁸⁹ En efecto, es dable concluir que, en general, productos que no son altamente refinados se evaporan rápidamente y por ende no permanecen en la superficie del océano durante un periodo considerable de tiempo. Tal es el caso del incidente Braer en las Islas Shetlands, en que no obstante el volumen de hidrocarburos derramados, la limpieza del desastre resultó ser relativamente simple.¹⁹⁰ Por otro lado, los derrames de fuelóleos pesados son extremadamente persistentes debido a su alta viscosidad. A su vez, este tipo de hidrocarburos normalmente se dispersan muy rápidamente y por ende la limpieza de aquellos resulta muy difícil.¹⁹¹ Considerando que la protección del medio ambiente ha sido una de las principales razones que motivaron la dictación de instrumentos nacionales e internacionales que regulasen la responsabilidad de los sujetos implicados en el derrame de hidrocarburos, el factor que determina el monto al cual asciende el límite de responsabilidad no resulta del todo convincente. Por otro lado, el tonelaje o arqueo bruto de la nave es un factor sencillamente determinable, y que por ende se puede poner fácilmente a disposición de las aseguradoras y P&I al momento de negociar las pólizas de seguros y correspondientes primas o calls.

Con todo, la determinación del tipo de combustible o hidrocarburo que la nave usará o transportará tampoco resulta difícil, y en la práctica podría ser buenamente puesta a disposición de la aseguradora o P&I que corresponda.

Adicionalmente, y considerando que la dificultad en la remoción de los hidrocarburos

¹⁸⁹ Ian White y FionnMolley, 'Factors that determine the cost of oil spills' [2003] Oil Spill Conference 2003, Vancouver, Canada, 5.

¹⁹⁰ Ian White y FionnMolley (n.38) 12

¹⁹¹ Ian White y FionnMolley (n.38) 5.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

no depende del tipo de nave de que se trate sino del tipo de sustancia derramada, resulta difícil comprender la diferencia en los límites de responsabilidad de los instrumentos que regulan la responsabilidad por el derrame de combustible, y aquella que erige a consecuencia de los derrames causados por los bancos petrolíferos que transportan hidrocarburos como carga.

UNA MIRADA PRAGMÁTICA.

Nos preguntábamos anteriormente, qué era aquello que justificaba la imposición de límites de responsabilidad inferiores cuando se tratase de hidrocarburos utilizados como combustible. Con todo, desde un punto de vista pragmático, cabe también reflexionar en torno a la funcionalidad de los límites de responsabilidad. En otras palabras, cabe preguntarse si aquellos límites de responsabilidad más elevados, son necesariamente mejores para los intereses de las partes involucradas en la actividad naviera.

Hemos dicho que el establecimiento de límites de responsabilidad permite a las aseguradoras y P&I calcular anticipadamente el *quantum* a que se verá expuesto su asegurado o miembro, respectivamente. Dicha predictibilidad pondrá al asegurado o miembro en una mejor posición al momento de negociar su póliza y prima o *call*.

Siguiendo el mismo orden de ideas, el establecimiento de límites poco claros o considerablemente elevados, podría provocar un mismo efecto, es decir, obstaculizar la “asegurabilidad” de un naviero.

En otras palabras, su situación será menos atractiva y dispondrá de una capacidad de negociación considerablemente inferior al momento de contratar un seguro o participar como miembro de un P&I.

En el mismo orden de ideas, ya vemos la situación que se ha vivido en Estados Unidos desde la entrada en vigor del OilPollutionAct de 1990, en que la escasa seguridad otorgada por el sistema de limitación de responsabilidad, ha llevado a los P&I a incrementar sus *calls* de manera considerable. En efecto, ya en 1992 podíamos ver que las tarifas propias de una típica cobertura de responsabilidad ascendiente hasta \$700 millones, subieron desde 49 centavos por tonelada bruta, hasta \$7.12 por la misma unidad.¹⁹² Naturalmente, dichos costos finalmente pasan a los bolsillos de los consumidores finales. En este orden de ideas, consideramos que para que la institución de la limitación de responsabilidad

¹⁹² Jeffery D Morgan (n.26) 14.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

consiga uno de sus primordiales objetivos, se debería establecer un régimen de limitación constituido por niveles fácilmente determinables, que sean lo suficientemente altos como para que los reclamantes sean adecuadamente compensados y el medio ambiente sea debidamente protegido. Con todo, a su vez, se deberá promover el establecimiento de niveles que no resulten tan elevados, a fin de permitir a los navieros obtener un seguro y garantía financiera que vaya a cubrir sus pérdidas en el evento de un derrame de hidrocarburos. En otras palabras, la institución de la limitación de responsabilidad debe buscar un equilibrio entre proteger el medio ambiente y el incólume principio de la reparación integral del daño, sin que por otro lado se descuide el desarrollo económico que trae consigo la industria del transporte.

TRIBUNAL COMPETENTE PAREA CONOCER DEL CASO DE LA M/N WAKASHIO Y ALGUNAS PALABRAS DEL CASO CHILENO.

De acuerdo al artículo 9 de Bunkers 2001, cuando el suceso ha ocasionado daños en uno o más Estados parte, o se hayan adoptado medidas preventivas en el ámbito geográfico de uno o más Estados parte, las reclamaciones de indemnización contra el propietario del buque, el asegurado u otra persona que proporcione la garantía para cubrir la responsabilidad sólo pueden promoverse ante los tribunales de esos Estados parte.

Luego, el artículo 10 de Bunkers 2001, se refiere al Reconocimiento y ejecución del fallo:

“1. Todo fallo dictado por un tribunal con jurisdicción conforme a lo dispuesto en el artículo 9 que sea de cumplimiento obligatorio en el Estado de origen, donde ya no esté sujeto a procedimientos ordinarios de revisión, será reconocido en cualquier otro Estado Parte, salvo que: a) se haya obtenido fraudulentamente; o b) no se haya informado al demandado con antelación suficiente, privándolo de la oportunidad de presentar su defensa.

2. Los fallos reconocidos en virtud del párrafo 1 serán de cumplimiento obligatorio en todos los Estados Partes tan pronto como se hayan satisfecho las formalidades exigidas en esos Estados. Esas formalidades no permitirán que se revise el fondo de la demanda.”

Considerando que el suceso únicamente ocasionó daños a Islas Mauricio y que las medidas preventivas se produjeron en ese mismo Estado, consideramos que son competentes para conocer a partir de todas las acciones los tribunales de Islas Mauricio,

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

los que conocerán por tanto bajo las normas de su Merchant Shipping Act 2007 (Act No. 26 of 2007).

Islas Mauricio o simplemente Mauricio, tiene una jurisdicción de dos instancias con un tribunal de fianzas presidido por un juez del Tribunal Supremo, tribunales de distrito presididos por un magistrado¹⁹³.

En el caso de Chile, por su parte, por regla general todos los asuntos marítimos son conocidos mediante arbitraje, como indica el artículo 1203 del Código de Comercio¹⁹⁴. Por su parte, el artículo 153 de la Ley de Navegación se refiere a la contaminación marina, disponiendo que sea competente para conocer de aquella un ministro de Corte de Apelaciones que tenga competencia respecto del lugar en que los hechos de la causa hayan acaecido. Dicho ministro conocerá en primera instancia del asunto, cumpliendo de esta forma con lo dispuesto en CLC 1992¹⁹⁵.

Conforme al artículo 156 de la Ley de Navegación, estos juicios indemnizatorios se sujetan a las normas del procedimiento ordinario, sin los trámites de réplica y dúplica.

Por su parte, para el caso de los procedimientos de constitución de un fondo de limitación de responsabilidad se aplicarán las normas del Código de Comercio. En los hechos, el procedimiento aplicable en materia de constitución de un fondo de limitación de responsabilidad es una mezcla entre el procedimiento voluntario y sumario¹⁹⁶ para su constitución y el procedimiento concursal para el caso de la distribución de los montos de dinero a los “acreedores/demandantes”¹⁹⁷ que verificaron dentro de plazo sus “créditos/preensiones”.

Porque lo cierto es que la fase concursal sólo se iniciará en los hechos al momento

¹⁹³ <https://supremecourt.govmu.org/Pages/History.aspx>

¹⁹⁴ “El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje”. Esta misma norma contempla una serie de excepciones como son el acuerdo de las partes; la competencia civil de los jueces del crimen para conocer acciones civiles indemnizatorias; ciertos procedimientos especiales entre los cuales están justamente los procesos relacionados con los derrames de hidrocarburos; los procedimientos en los que el Fisco tenga interés y, los juicios de muy baja cuantía (5.000 DEG)

¹⁹⁵ El artículo IX.2 del referido CLC 1992 señala que “Cada Estado Contratante garantizará que sus tribunales tienen la necesaria jurisdicción para entender en tales demandas de indemnización. Nos parece que el ya mencionado artículo 153 de la Ley de Navegación cumple claramente con la exigencia del Convenio internacional.

¹⁹⁶ Procedimiento de tramitación rápida y ágil que se gatilla si es que existe una oposición a la solicitud de constitución del fondo de limitación de responsabilidad.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

que exista un fallo definitivo y condenatorio respecto a las causas indemnizatorias iniciadas contra el supuesto responsable del derrame de sustancias contaminantes. Hasta aquel momento nada se puede distribuir, puesto que los “créditos” verificados ante el liquidador, son meras expectativas, no se encuentran firmes.

Respecto a la prueba, se siguen las normas generales del Código de Procedimiento Civil con ciertas variaciones y adiciones, que están destinadas a otorgar mayores facultades al tribunal en materia probatoria. La norma aplicable es la del artículo 157 de la Ley de Navegación.

La letra c) del referido artículo establece que la prueba se apreciará “*en conciencia*”, lo que no deja del todo claro si se refiere al sistema de sana crítica o de persuasión moral o de íntimo convencimiento.

Tal como lo señala el profesor Peñailillo el sistema de la sana crítica “*entrega al juez amplias facultades para apreciar la prueba, pero imponiéndole los deberes de establecer los hechos mediante un razonamiento lógico en base a pruebas rendidas, y exponer en la sentencia ese proceso de razón con el cual llegó a la convicción de que tales son los hechos que establece.*”¹⁹⁸

Respecto a la apreciación de la prueba denominada de persuasión moral o de íntimo convencimiento, el mismo ilustre profesor señala que se trata de un sistema que “*asigna al juez amplias facultades para apreciar la prueba y establecer así los hechos en cada caso, siguiendo su íntima convicción y sin que quede obligado a señalar en la sentencia cómo fue que arribó a ese convencimiento.*”¹⁹⁹

Nuestra opinión es que debemos entender que la Ley de Navegación se refiere en este punto al sistema de la sana crítica, toda vez que la aplicación del sistema de libre convicción significaría infringir eventualmente las normas sobre la fundamentación de las sentencias y la garantía constitucional del debido proceso.

Otro punto procesal importante es que de acuerdo al artículo 158 de la Ley de

¹⁹⁷ La lista de los acreedores que verifican sus créditos ante el liquidador designado, se efectúa con la cuantía de las demandas indemnizatorias que se han incoado ante el tribunal competente. Es decir, no existe aún un título legítimo que declara la existencia de un crédito real a favor de los supuestos “acreedores”.

¹⁹⁸ Peñailillo Arévalo, Daniel; La prueba en materia sustantiva civil, parte general (1989); Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p.19.

¹⁹⁹ Peñailillo Arévalo, Daniel; La prueba en materia sustantiva civil, parte general (1989); Editorial Jurídica de Chile, primera edición, p.19.

“Algunos aspectos sobre el derrame de hidrocarburos a propósito del caso de la m/v Wakashio sucedido en las Islas Mauricio en 2020. Su regulación, limitación de responsabilidad y tribunal competente en Chile y algunas convenciones.”
por **Durán Sanchueza Rafael**

Navegación *“El tribunal, durante toda la tramitación del proceso, actuará asesorado de un perito naval.”* El artículo 159 establece, respecto a los honorarios del perito, que se dividen en provisionales y definitivos. Los provisionales se devengan mensualmente y son determinados por el tribunal al momento de la designación del perito. Deben ser pagados por las partes en proporción o y fecha que será determinada por el tribunal. Los honorarios definitivos se establecen en la sentencia definitiva, determinándose su distribución de acuerdo a lo que se decreta respecto al pago de las costas.

Adicionalmente, debemos tratar el tema de las acumulaciones de los autos indemnizatorios que se inicien en razón del mismo suceso o incidente. El artículo 160 de la Ley de Navegación señala que *“Excepto el caso señalado en el artículo 155²⁰⁰, todas las acciones que se ejerciten en Chile por las mismas partes u otros afectados y que provengan de los mismos hechos, se acumularán ante el tribunal que este título establece.”*

En la práctica, la regla general es que existen un gran número de demandas iniciadas por diferentes eventuales afectados contra quienes la ley y los Convenios Internacionales apuntan como responsables encausados y objetivos.

Lo anterior llevará a que todas las causas debidamente acumuladas finalizarán con una sola sentencia dictada por el tribunal unipersonal. Por su parte el artículo 162 de la Ley de Navegación señala que *“De los juicios de que trata este título conocerá en segunda instancia la Corte de Apelaciones de Valparaíso.”*

Por otro lado, el artículo 1227 inciso primero establece que el procedimiento relativo al fondo de limitación prescribe que *“Tan pronto quede agotado el proceso de reparto, el síndico rendirá una cuenta final al tribunal que lo hubiere nombrado y éste declarará terminado el procedimiento de limitación.”*

Es importante destacar que, en materia del procedimiento de fondo de limitación, por prescripción expresa del artículo 1229, contra la sentencia de segunda instancia no procede recurso alguno. Respecto a los procedimientos indemnizatorios tramitados ante el tribunal unipersonal, ya que el procedimiento utilizado es el ordinario con ligeras variaciones; es posible deducir los recursos de casación pertinentes, en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia.

²⁰⁰ Artículo que se refiere a la acción directa que los afectados pueden tener contra el asegurador de la nave responsable del derrame. Este artículo se inspira en normas similares que se encuentran tanto en el CLC 1969 como en el CLC 1992.



¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los MASS?

Repaso por algunos conceptos básicos.

Mariano Fandiño ²⁰¹
ARGENTINA

CONCEPTO DE MASS.

MASS es la abreviatura en Ingles del término buques marítimos autónomos de superficie. A este tipo de buque la OMI²⁰² los clasifica en cuatro grados. Los de grado uno²⁰³ son los que tienen algunos procesos automatizados. Los de grado dos²⁰⁴ se controlan a distancia pero con gente de mar a bordo. Los de grado tres²⁰⁵ se controlan remotamente. Los de grado cuatro²⁰⁶ son totalmente autónomos, controlados por el software de navegación.

CONCEPTO DE BUQUE.

En Argentina nuestra ley de la navegación²⁰⁷ los define como toda construcción flotante destinada a la navegación por agua²⁰⁸. Aquí vemos los componentes de factor humano de construcción y en palabras del maestro Diego CHAMI, el elemento teleológico²⁰⁹, del destino de la construcción, la navegación por agua²¹⁰. Esta definición incluye a los elementos necesarios para la utilización del buque y/o adorno aunque estén sueltos o separados del mismo²¹¹. La construcción²¹² de estos se regula por las normas de la locación de obra según el derecho común²¹³. Esto significa que la responsabilidad recae sobre el resultado²¹⁴ de la cosa²¹⁵. En este caso el buque.

Ahora bien, si nos abstraemos un poco y vamos al principio de la relación jurídica proveniente de quien fabrica el buque y quien lo adquiere, encontramos en palabras del

²⁰¹ ABOGADO – UBA. Profesor Universitario de la Facultad de Derecho UBA. Materia: Institutos del Derecho de la Navegación por Aire y Agua. Catedra CHAMI. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo – Rama Argentina (I.I.D.M.). Miembro del Instituto del Derecho del Transporte, de la Navegación Marítima, Aeronáutica y Espacial del C.P.A.C.F. Miembro de la Coordinadora Argentina por los Derechos Humanos (C.A.D.H.). Personería jurídica en trámite. Docente capacitador del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. Miembro del cuerpo de abogados ATE-INDEC. Delegado gremial por ATE-INDEC con mandato 2019 – 2021. Integrante suplente de la sub comisión CYMAT – INDEC por ATE – INDEC. Socio director del Estudio Jurídico F&S www.legalesfys.com.ar. Escritor de artículos sobre: Derecho Marítimo; y Derecho Laboral. Pendiente de publicación “Manual del Régimen de Contrataciones del Estado Nacional” En proceso de edición por Ediciones Manutara.

²⁰² Organización Marítima Internacional cuyas siglas en inglés son IMO. Sitio de internet: <http://www.imo.org/es/About/Paginas/Default.aspx>

²⁰³ Grado 1: Buque con procesos automatizados y apoyo en la toma de decisiones: La gente de mar está a bordo para operar y controlar los sistemas y las funciones de a bordo. Algunas operaciones pueden estar automatizada y en ocasiones sin supervisión, pero con gente de mar a bordo lista para tomar el control. Disponible en: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>

²⁰⁴ Grado 2: Buque controlado a distancia con gente de mar a bordo: El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. Hay gente de mar a bordo, disponible para tomar el control y operar los sistemas y funciones de a bordo del buque. Disponible en: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>

²⁰⁵ Grado 3: Buque controlado a distancia sin gente de mar a bordo: El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. No hay gente de mar a bordo. Disponible en: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>

²⁰⁶ Grado 4: Buque totalmente autónomo: El sistema operativo del buque es capaz de tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo. Disponible en: <http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Dr. Gherzi, el hecho económico como acceso al intercambio de bienes y servicios, que funciona como causa del contrato²¹⁶. Este hecho provoca obligaciones jurídicas entre las partes que se manifiesta tangiblemente en forma de contrato²¹⁷. En la compraventa una parte entrega una cosa a cambio de un precio que debe abonar la contraparte. Lo que nos interesa aquí es la razón intrínseca personal que motiva a cada parte a contratar. Lo que se llama la causa fin del contrato²¹⁸. Para una de estas partes la motivación es obtener el pago que le permitirá continuar subsistiendo en el tiempo y para la otra, en el caso del adquiriente del buque, obtener “una construcción flotante destinada a la navegación por agua”. Por ende debe navegar. Sino el contrato se podrá tornar nulo, se extinguirá o se deberá adecuar²¹⁹.

²⁰⁷ Ley de Navegación Argentina N° 20.094.

²⁰⁸ Artículo 2 de la ley de Navegación N° 20.094. Disponible en:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/43550/texact.htm>

²⁰⁹ Proviene de la palabra Teleología que se refiere a la Doctrina de causas finales. RAE. Disponible en: <https://dle.rae.es/teleolog%C3%ADa>

²¹⁰ CHAMI Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Capítulo VI. Buque. Página. 99. Abeledo Perrot. 2010.

²¹¹ Art. 154 de la ley de Navegación N° 20.094. La expresión buque comprende no solamente el casco, mástiles, velas y las máquinas principales y auxiliares, sino también todas las demás pertenencias, fijas o sueltas, que son necesarias para su servicio, maniobra, navegación y adorno, aunque se hallen separadas temporariamente. No están comprendidas en ellas las pertenencias que se consumen con el primer uso.

²¹² CHAMI Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Capítulo VI. Buque. Construcción de Buques. Página. 125. Abeledo Perrot. 2010.

²¹³ Artículo 152 de la ley de la Navegación. En todo lo que no esté expresamente dispuesto en esta sección, el contrato de construcción de buques se rige por las normas relativas a la locación de obra del derecho común.

²¹⁴ Artículo 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. “Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega”.

²¹⁵ “En la locación de obra el trabajo es un medio para obtener el resultado perseguido y ello a diferencia de la locación de servicios, donde se contrata a la persona como productora de utilidad; en la locación de obra se contrata a la utilidad y la persona sólo es relevante en los supuestos en que sea intuitupersonae. Congruente con ello, el precio es determinado de acuerdo a la entidad de la obra y no en orden a la duración del trabajo”. CNCom., sala D, 17/5/2015, “Tiesqui, Ana C. c. Rintal SRL s/ordinario”, MJ-JU-M-94681-AR | MJJ94681 | MJJ94681.

GHERSI Carlos A. WEINGARTEN Celia. Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. Capítulo V - Contrato de Obra. 4ta Edición actualizada. La Ley. 2017.

²¹⁶ GHERSI Carlos A. WEINGARTEN Celia. Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. CAPÍTULO IV - la causa motivo en el contrato. La causa del contrato. 4ta Edición actualizada. La Ley. 2017

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Este análisis sencillo pretende dar paso a la cuestión sobre un mal funcionamiento del software de navegación de un M.A.S.S. ¿Deberá responder el adquirente (propietario)? ¿O se extenderá la responsabilidad de la innavegabilidad del buque al Armador? ¿Responderá la empresa constructora o la empresa desarrolladora del software de navegación²²⁰? El maestro Ghersi, a través de la función teleológica del contrato nos deja una reflexión, la misma nos puede guiar en estas preguntas: *la interrelación económica no puede llevarse a cabo fuera de los grandes principios que rigen las conductas de los sujetos de derecho. Pues sucede dentro de una sociedad y está no puede tolerar resultados contrarios a los principios de derecho*²²¹. Así las cosas, sería contrario a los principios del derecho que una parte respondiera por todo (Armador – Propietario) y la otra no responda por nada (Empresa constructora M.A.S.S. – Empresa desarrolladora de software de navegación marítima).

SEGUROS.

Respecto de los seguros, podemos destacar a modo de ejemplo la póliza de casco

²¹⁷ “Las partes se encontraron ligadas por un contrato de compraventa por el cual el demandado se comprometió a transferir la propiedad del inmueble y el actor a pagar un precio cierto en dinero. Tal relación contractual tiene su causa fuente en el instrumento que se ha tenido como debidamente reconocido por ambos justiciables, pieza a la cual se encuentran sometidos como a la ley misma, debiendo interpretarse sus cláusulas de acuerdo a lo que verosíblemente pudieron o debieron entender (arts. 1197 y 1198, Cód. Civil) [actual 959 y 961 CCCN]”. CC0001 LZ 63.987 RSD-240-7, S 5/7/2007, “Cerdeira, Rodrigo M. c. Fernández Osvaldo J. s/cumplimiento de contrato”.

GHERSI Carlos A. WEINGARTEN Celia. Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. CAPÍTULO IV - la causa motivo en el contrato. La causa final de las obligaciones de origen contractual. 4ta Edición actualizada. La Ley. 2017

²¹⁸ GHERSI Carlos A. WEINGARTEN Celia. Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. CAPÍTULO IV - la causa motivo en el contrato. La causa final de las obligaciones de origen contractual. 4ta Edición actualizada. La Ley. 2017.

²¹⁹ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. ARTICULO 1013.- Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato.

²²⁰ JRCS Japan se asoció con Microsoft Japan para la construcción de buques navegados remotamente. Disponible en: <https://news.microsoft.com/es-xl/features/la-tecnologia-y-el-mar-barcos-autonomos-y-capitanes-digitales/> Rolls-Royce utilizará la Cloud Machine Learning Engine de Google en los sistemas de navegación de sus buques autónomos. Disponible en: <https://blogthinkbig.com/la-inteligencia-artificial-de-google-ahora-guiara-barcos-autonomos>

²²¹ GHERSI Carlos A. WEINGARTEN Celia. Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo. CAPÍTULO IV - La causa motivo en el contrato. La finalidad teleológica en el contrato. 4ta Edición actualizada. La Ley. 2017

y maquina contra todo riesgo A1. En primer lugar es preciso mencionar que la misma cubre todos los riesgos de pérdida o daño del buque asegurado. Ahora bien, esto sucede dejando de lado los actos de tipo bélico, sabotaje o terrorismo, como así también detonaciones de un explosivo realizadas por cualquier persona, actuando con dolo o por motivos políticos, entre otros igual de importantes; y si bien es cierto que puede pactarse que sean considerados, se excluyen, sin embargo, los errores o faltas de diseño, construcción o reparación, los defectos de material, entre otros²²².

Por otro lado, la cobertura de protección e indemnidad es mucho más amplia. Como ejemplo traemos la cobertura de Clase I: protection and indemnity insurance que abarca extensas causas, salvo, la que nos interesa destacar para este trabajo, los actos de terrorismo. Los gastos devenidos de pleitos relacionados con los contratos de construcción de buques, o compraventa de buques, reparaciones, entre otros, están cubiertos por la cobertura de Clase II: freight, demurrage and defence insurance²²³.

CONTRATO DE SOFTWARE ²²⁴.

Dentro de este tipo de contrato podemos encontrar tres variantes:

a) el contrato de licencia de software, b) el contrato de desarrollo de software y c) el contrato de mantenimiento de software.

El Contrato de Licencia de Software²²⁵ es un contrato por el cual se autoriza la explotación de un software en favor de un tercero por un precio determinado, a un tiempo determinado, donde no se transfiere la titularidad de la obra²²⁶. Esta tipo de contrato puede prever la realización de auditorías sobre el uso del software por parte del licenciatario. También puede pactarse la provisión de actualizaciones por parte del licenciante por el plazo de duración del contrato²²⁷.

En el contrato de Desarrollo de Software²²⁸ el desarrollador, fabricante, proveedor, se compromete a desarrollar un software de acuerdo a las necesidades específicas del co-

²²² CHAMI, Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Capítulo XXVI. Aspectos Ambientales de la Navegación. Seguros Marítimos. Póliza de casco y maquinas. Página 1119 a 1123. Abeledo Perrot. 2010.

²²³ CHAMI, Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Seguros Marítimos. Cobertura de protección e indemnidad. Página 1133 a 1138. Abeledo Perrot. 2010.

contratante, transmitiendo la titularidad. Un factor muy importante es la comunicación entre ambos contratantes, ya que de esta depende la correcta transmisión de las especificidades técnicas. Generalmente, por la calidad de la obra que se debe llevar a cabo, el proveedor es seleccionado por sus antecedentes y capacidades. De esto se desprende que este contrato tiene una naturaleza intuitupersonae²²⁹. En este tipo de contratos es necesario que el proveedor confirme que comprendió el encargo solicitado. Debe también brindar formación para el uso correcto al personal del cliente. Además, este último, tiene derecho a la verificación del software²³⁰.

El contrato de **Mantenimiento de Software** es un contrato por el cual se realiza una prestación de mantenimiento de un Software²³¹. No debe confundirse con el tiempo que opera la garantía del software en cuestión. Puede ser un contrato conexo al contrato principal de desarrollo o licencia de Software²³¹ en el caso que quien realice el mantenimiento sea la misma persona que lo licenció o desarrolló. Sino operará como un contrato autónomo con un proveedor de servicios distinto a los ya nombrados que necesitará una autorización²³². El elemento principal que da vida a este contrato es el

²²⁴ En Argentina el concepto de Software surge del artículo 1° de la ley de Régimen Legal de la Propiedad Intelectual N°11.723 y del artículo 1° del Decreto 165/94 de Propiedad Intelectual.

Ley 11.723. Artículo 1: A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

Decreto 165/94. Artículo 1: A los efectos de la aplicación del presente decreto y de la demás normativa vigente en la materia: a) Se entenderá por obras de software, incluidas entre las obras del artículo 1° de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias de las siguientes expresiones: I. Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación; II. Los programas de computación, tanto en su versión “fuente”, principalmente destinada al lector humano, como en su versión “objeto”, principalmente destinada a ser ejecutada por el computador; III. La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software. b) Se entenderá por obras de base de datos, incluidas en la categoría de obras literarias, a las producciones constituidas por un conjunto organizado de datos interrelacionados, compilado con miras a su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos. c) Se considerarán procedimientos idóneos para reproducir obras de software o de base de datos a los escritos o diagramas directa o indirectamente perceptibles por los sentidos humanos, así como a los registros realizados mediante cualquier técnica, directa o indirectamente procesables por equipos de procesamiento de información. d) Se considerará que una obra de software o de base de datos tiene el carácter de publicada cuando ha sido puesta a disposición del público en general, ya sea mediante su reproducción sobre múltiples ejemplares distribuidos comercialmente o mediante la oferta generalizada de su transmisión a distancia con fines de explotación. e) Se considerará que una obra de software o de base de datos tiene el carácter de inédita, cuando su autor, titular o derechohabiente la mantiene en reserva o negocia la cesión de sus derechos de propiedad intelectual contratando particularmente con los interesados.

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Software²³³ que necesita tener un mantenimiento adecuado. A su vez existen tres tipos de mantenimiento:

I.- mantenimiento preventivo²³⁴, de naturaleza preventiva, consiste en realizar las operaciones necesarias para su correcto funcionamiento antes de su puesta en marcha.

II.- mantenimiento correctivo²³⁵ que se divide en planificado: tendiente a efectuar operaciones de corrección de fallas conocidas con antelación, y *no planificado*: cuando suceden incidencias imprevistas.

III.- mantenimiento evolutivo²³⁶ destinado para las actualizaciones y modificaciones para adaptar el software a nuevos requerimientos.

²²⁴ En Argentina esta modalidad de contrato se recepta en el artículo 55 bis de la ley de Régimen legal de la Propiedad Intelectual N° 11.723.

²²⁵ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de licencia de uso de software. Página 8. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²²⁶ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Derechos y obligaciones de las partes. Contrato de licencia de uso de software. Página 14. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²²⁷ En España la mayoría doctrinaria lo asimila como un contrato de arrendamiento de obra (locación de obra en Argentina) en base a la redacción del artículo 1544 del Código Civil Español.

Art. 1544. En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto. Disponible en:

<https://www.notariosyregistradores.com/web/columna-izq/codigo-civil-libro-cuarto-articulos-1538-al-1976/#art1544>

En Argentina este contrato tiene semejanza con lo previsto para el contrato de Locación de obra en los artículos 1251 y 1252 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

ARTICULO 1251.- Definición. Hay contrato de obra o de servicios cuando una persona, según el caso el contratista o el prestador de servicios, actuando independientemente, se obliga a favor de otra, llamada comitente, a realizar una obra material o intelectual o a proveer un servicio mediante una retribución.

El contrato es gratuito si las partes así lo pactan o cuando por las circunstancias del caso puede presumirse la intención de beneficiar.

ARTICULO 1252.- Calificación del contrato. Si hay duda sobre la calificación del contrato, se entiende que hay contrato de servicios cuando la obligación de hacer consiste en realizar cierta actividad independiente de su eficacia. Se considera que el contrato es de obra cuando se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.

Los servicios prestados en relación de dependencia se rigen por las normas del derecho laboral.

Las disposiciones de este Capítulo se integran con las reglas específicas que resulten aplicables a servicios u obras especialmente regulados.

²²⁸ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de desarrollo de software. Página 9. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

PENTEST (PRUEBAS DE PENETRACIÓN).

El software es una construcción que proviene del hombre. Como tal, es completamente normal que tenga errores. Estos errores se llaman “Vulnerabilidades”²³⁷. Para detectarlas se utilizan las penetration testing. Estas son de tres tipos:

²²⁹ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Derechos y obligaciones de las partes. Contrato de desarrollo de software. Página 16. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³⁰ En Argentina podemos ubicarlo en la categoría de contrato de prestación de servicios, ya que la prestación principal es realizar la actividad principal sin garantizar su eficacia. Artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina primera parte del primer párrafo. A diferencia del contrato de locación de obra, al cual se asemeja el contrato de desarrollo de software, el cual garantiza el resultado. Artículo 1251 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina segunda parte del primer párrafo.

²³¹ (...) las partes deberían definir en el contrato el alcance específico de esta obligación para delimitar su objeto, eliminando el elemento subjetivo y la tendencia a alcanzar un resultado absoluto (...)

Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Derechos y obligaciones de las partes. Contrato de mantenimiento de software. Página 18. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³² Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de mantenimiento de software. Página 10. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³³ (...)El mantenimiento de software es una de las actividades más comunes en la ingeniería de software e implica un proceso de mejora y optimización del mismo, incluyendo la corrección de los defectos, la prevención de irregularidades en su normal funcionamiento y la mejora de sus funcionalidades. El mantenimiento de software es una de las fases en el Ciclo de Vida de Desarrollo de Sistemas (SDLC) que se aplica al desarrollo de software, posterior a su despliegue o implementación (...)

Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de mantenimiento de software. Página 10. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³⁴ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de mantenimiento de software. Mantenimiento preventivo. Página 11. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³⁵ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de mantenimiento de software. Mantenimiento correctivo. Página 11. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

²³⁶ Asociación Española de Derecho del Entretenimiento - DENAE y Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI. Guía para la redacción y negociación de contratos de software. Contrato de mantenimiento de software. Mantenimiento evolutivo. Página 11. Año 2018. Disponible en: <https://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/denaeguia2018.pdf>

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

I.- Black Box²³⁸: en esta variante el consultor no recibe información alguna sobre el sistema, resulta ser más rápida y económica; pero tiene menor probabilidad de detectar todas las vulnerabilidades.

II.- White Box²³⁹: aquí el consultor recibe toda la información del sistema, por ende tiene más probabilidades de detectar la mayoría de las vulnerabilidades, aunque como contrapartida, lleva más tiempo en desarrollarse.

III.- Grey Box²⁴⁰: combina las ventajas y desventajas de las otras dos modalidades. Es la que mejor relación costo beneficio posee.

DELITOS INFORMÁTICOS.

En Argentina entendemos como “Ciberdelito²⁴¹” a delitos realizados mediante el uso de TIC’s²⁴² en el ciberespacio. Los objetivos de esta modalidad delictiva generalmente son²⁴³:

(I) robar información laboral y personal; (II) realizar actividades fraudulentas; (III) entorpecer comunicaciones; (IV) producir daños.

²³⁷ ISACA. PenetrationTesting. Conceptos Generales y Situación Actual. Página 7. Disponible en: <http://docshare04.docshare.tips/files/23691/236915900.pdf>

²³⁸ ISACA. PenetrationTesting. Conceptos Generales y Situación Actual. Página 11. Disponible en: <http://docshare04.docshare.tips/files/23691/236915900.pdf>

²³⁹ ISACA. PenetrationTesting. Conceptos Generales y Situación Actual. Página 12. Disponible en: <http://docshare04.docshare.tips/files/23691/236915900.pdf>

²⁴⁰ ISACA. PenetrationTesting. Conceptos Generales y Situación Actual. Página 12. Disponible en: <http://docshare04.docshare.tips/files/23691/236915900.pdf>

²⁴¹ Definición tomada del Plan Federal de Prevención de Delitos Tecnológicos y Ciberdelitos, en el anexo de la Resolución 977/2019 del Ministerio de Seguridad. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/220585/20191104>

²⁴² TIC es la abreviatura de Tecnologías de la Información y la Comunicación y abarca al conjunto de tecnologías desarrolladas en la actualidad para una información y comunicación más eficiente. INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 4.

²⁴³ Entendemos que la lista no es taxativa. Comentario del autor.

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Las razones que motivan a los ciber delincuentes a llevar adelante este tipo delictivo pueden ser: económicas; ideológicas, por venganza o por seducción, manipulación y abuso sexual²⁴⁴. A estos objetivos y razones se suman los factores²⁴⁵ y los medios²⁴⁶ que arman el campo de operación necesario para la configuración de esta nueva amenaza producto del avance tecnológico de la humanidad²⁴⁷.

Clases de Ciberdelitos.

Del listado que mencionaremos a continuación solo ampliaremos los que advertimos se relacionan con nuestra materia. Nuestro ordenamiento aborda los distintos tipos de Ciberdelito. Siendo estos: Pornografía Infantil; Violación de secretos y de la privacidad; Acceso a sistemas informáticos; Acceso a banco de datos; Publicación de una comunicación electrónica; Fraude informático; Daño informático; Ciber acoso o Grooming²⁴⁸.

Violación de secretos y de la privacidad: Consiste en abrir, acceder y/o apoderarse indebidamente de una comunicación electrónica. También se configura el delito en el caso de suprimir la comunicación electrónica, o desviarla. Abarca la acción de interceptar o captar una comunicación electrónica, o telecomunicación, de carácter privada o restringida²⁴⁹.

Acceso a sistemas informáticos: Consiste en acceder por cualquier medio, sin autorización o excediendo la que se posea, a un sistema informático restringido²⁵⁰.

²⁴⁴ INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 6.

²⁴⁵ Son factores determinantes: Velocidad de la información; Conexión mundial; Falta de medidas y legislación adecuada; Falta de educación y capacitación adecuada y suficiente. INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 6.

²⁴⁶ Los medios más comunes son: Internet/medios informáticos; Telefonía/vías de comunicación; Intranet y otras redes; Páginas de streaming; Redes de archivos compartidos P2P; Páginas de descargas directas; Páginas de enlaces; Blogs; Correos electrónicos; Redes sociales. INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 6 y 7.

²⁴⁷ También existen los “Delitos Tecnológicos” que son: “aquellos delitos cuya planificación, organización, ejecución o resultado se encuentra expuesta en el ciberespacio o en elementos tecnológicos que pueden ayudar tanto en la investigación de delitos tradicionales como en Ciberdelito”. Definición tomada del Plan Federal de Prevención de Delitos Tecnológicos y Ciberdelitos, en el anexo de la Resolución 977/2019 del Ministerio de Seguridad. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/220585/20191104>
INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 5.

²⁴⁸ INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 7.

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Fraude informático: Consiste en alterar el normal funcionamiento de un sistema informático, o la transmisión de datos, mediante cualquier técnica de manipulación informática²⁵¹.

Daño informático: Consiste en la acción de alterar, destruir o inutilizar datos, documentos, programas o sistemas informáticos. También vender, distribuir, circular o introducir cualquier programa con el fin de causar daños, en un sistema informático²⁵².

UNIFICACIÓN PRIVADA.

Es un método de solución de conflictos de normas, que consta en la elaboración y utilización de ordenamientos jurídicos de índole privados, que pertenecen y permanecen en él. El derecho de la navegación cuenta con vastos ejemplos de unificación privada: “*Las reglas de York Amberes*” que regulan la avería gruesa; “*Las Reglas de Lisboa*” que abarcan la extensión del resarcimiento en caso de abordaje; “*El Lloyds Open Form*” que se utiliza en la asistencia y salvamento desarrollado por BIMCO²⁵³ ; “*El Crédito*

²⁴⁹ INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 8 y 10.

Artículo 4 de la ley 26.388. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> y artículo 153 del Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

²⁵⁰ INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 8 y 10.

Artículo 5 de la ley 26.388. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> y artículo 153 bis del Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

²⁵¹ INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 9 y 11.

Artículo 9 de la ley 26.388. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> y artículo 173 inciso 16 del Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

²⁵² INAP. Curso: Introducción al Ciberdelito. Unidad 1. Aspectos generales del Ciberdelito. Página 9 y 11.

Artículo 10 de la ley 26.388. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141790/norma.htm> y artículo 183 segundo párrafo del Código Penal de la Nación Argentina. Disponible en:

<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#19>

“¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los mass?”
por **Fandiño Mariano**

Documentado”; Los acuerdos voluntarios: TOVALOP 1969 por propietarios de buques tanque, y por empresas petroleras CRSTAL 1971 ; se suman a estos el STOPIA 2006 y el TOPIA 2006²⁵⁴.

CASO: AMOCO CADIZ²⁵⁵.

Para avanzar en nuestra idea queremos destacar este famoso caso, del cual extraeremos las ideas pertinentes. El Buque petrolero Amoco Cadiz construido por *Estándar Oil Company* de Indiana con oficinas en Chicago, Illinois, por Astilleros Españoles. El contrato de construcción exigía que cumpliera los requerimientos de la sociedad de clasificación *American Bureau of Shipping (ABS)*²⁵⁶ para la construcción de buques. El timonel detecta una falla grave en el sistema de timón. Se llevan a cabo las comunicaciones informando la situación y se izan las banderas de buque sin gobierno. El auxilio por parte del remolcador “*Pacific*” se demora por la firma del *Lloyd’s Open Form*²⁵⁶. El remolque resultó infructuoso. La corriente y el viento llevaron al “Amoco Cadiz” contra la costa Finisterre, donde terminó partiéndose en dos, dando lugar a uno de los mayores derrames de Hidrocarburos de Europa, seis veces mayor que el del “Exxon Valdez”.

Este siniestro generó una complicada red de acciones: El estado francés, varias comunas, asociaciones, comerciantes, hoteles, empresas pesqueras, entre otros demandaron a Amoco, al astillero y a ABS. Además, las comunas francesas y Amoco demandaron a la empresa *Bugsier* propietaria del remolcador “*Pacific*” por negligencia en el remolque.

A su vez, existieron dificultades para identificar al responsable de la explotación del

²⁵³ Sitio web <https://www.bimco.org/>

²⁵⁴ CHAMI Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Capítulo V. Internacionalismo y Métodos de Solución de Conflictos de Leyes. Unificación Privada. Página. 95 y 96. Abeledo Perrot. 2010.

²⁵⁴ CHAMI Diego. Manual de Derecho de la Navegación. Capítulo XXVI. Aspectos Ambientales de la Navegación. Principales Siniestros. Amoco Cádiz. Página. 1045 a 1050. Abeledo Perrot. 2010.

²⁵⁵ Sitio Web: <https://ww2.eagle.org/en.html>

²⁵⁶ Sitio Web: <https://www.lloyds.com/market-resources/lloyds-agency/salvage-arbitration-branch/lloyds-open-form-lof>

buque ya que: las tratativas para la construcción fueron con Estándar OilCompany, fue explotado por Amoco International Oil Company (AIOC), luego transferido a Amoco Tankers Company (sociedad liberiana), que lo vendió a Amoco Transport (sociedad liberiana). Esta última acordó con AIOC, su empresa controlante, que se encargaría de la operación, mantenimiento, reparación y entrenamiento del “Amoco Cadiz”. Estas dificultades se extendieron también para definir la competencia.

En el debate se probó que el sistema hidráulico del timón presento defectos de construcción y que no fue reparado oportunamente, que Amoco no siguió las recomendaciones de mantenimiento del timón y que no capacitó a la tripulación en el mantenimiento del sistema.

Se consideró tanto Estándar Oil Company, a Amoco International Oil Company (AIOC) y a Amoco Transport responsables por haber sido negligentes en aprobar el diseño del sistema de timón, en su mantenimiento y en su operación. Además a Estándar Oil Company se la halló responsable del control de las otras sociedades del grupo. Astilleros Españoles fue encontrada responsable por el inadecuado diseño y construcción del sistema hidráulico del timón. El proceso duró catorce años.

CONCLUSIÓN.

El avance tecnológico llegó a nuestra disciplina. Empresas como Microsoft y Google se embarcaron en el desarrollo de softwares de navegación marítima. Los buques autónomos o controlados totalmente de forma remota es una realidad, que entre los próximos cinco a diez años va a estar entre nosotros. Como comunidad jurídica tenemos el deber de estar a la vanguardia y la oportunidad de que esta vez “el hecho técnico no modifique el derecho” sino que se modifique así mismo de antemano.

Retomando todo lo expuesto podemos notar que la empresa desarrolladora de software tendrá un papel protagónico en la construcción del buque que seguirá presente y relacionado directamente con el estado de navegabilidad del buque. Tanto si el software se incorpora como una licencia de uso o como una locación de obra. El mantenimiento posterior será primordial.

Hay que tener en cuenta que con esta incorporación tecnológica vienen, a la postre, los problemas propios de la disciplina “los Ciberdelitos”, que pueden tornar todas las ventajas que trae la nueva navegación en problemas muy graves como la facilidad para el terrorismo. No se puede garantizar la invulnerabilidad de los sistemas por ende tenemos

que estar atentos que estamos abriendo las puertas virtuales de nuevos peligros. De acá nace la siguiente pregunta: ¿Quién va a responder por esos peligros? O peor: ¿Cómo sería un proceso judicial en el caso de que se cometiera un acto terrorista con esta tecnología aprovechando las vulnerabilidades del sistema informático?

Los desastres de derrames de hidrocarburos generaron tal mala prensa que provocó, como respuesta de la comunidad marítima, el nacimiento de los convenios CLC – Fondo. Debemos pensar cuanta mala prensa podría generar un caso de este tipo. El caso del Amoco Cadiz, traído como ejemplo, revela una maraña de entramado societario, desidia y avaricia. No va a ser extraño que nos encontremos otra vez con un caso parecido al que debemos incluir debates por la responsabilidad del mal funcionamiento del software de navegación marítima.

Los seguros no cubren actos de terrorismo. ¿Va a tener que cargar el armador con el costo de una póliza extra por sucesos ocurridos en ocasión de mal funcionamiento del software de navegación?

¿Si el fallo en el software de navegación provocase la innavegabilidad del buque consecuentemente afectaría la causa fin? ¿Qué sucedería con los contratos devenidos? ¿Quién respondería?

Estas apreciaciones nos hacen volver al título de este trabajo: ¿Necesitamos un modelo de contrato de provisión de software para los MASS? No es la finalidad responder por sí o por no. Sino abrir el debate. La comunidad marítima tiene experiencia en la unificación privada. Quizás se pueda acordar que las responsabilidades por las consecuencias devenidas de un mal funcionamiento del software de navegación deban ser cubiertas y aseguradas por la empresa que lo desarrolló o licenció y no por el propietario o armador



Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina

Leonardo J. Mainero ²⁵⁷
ARGENTINA

ACLARACIONES PRELIMINARES.

La finalidad del presente trabajo es analizar y opinar, desde un estricto punto de vista jurídico, pero bajo la perspectiva concreta de la legislación argentina, cuál podría llegar a ser la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque, en caso que dicho planteo se formulase ante nuestros tribunales federales y el buque enarbolará pabellón extranjero.

No es nuestra intención adentrarnos en las diferentes posiciones doctrinarias existentes en relación a la limitación de responsabilidad como institución propia del Derecho de la

Navegación. Tampoco analizar los diversos sistemas de limitación internacionalmente vigentes, ni los que han sido propuestos a lo largo de la historia en esta materia.

La propuesta se focaliza exclusivamente en la determinación de la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque, si el juicio se planteara ante los tribunales federales con asiento en la República Argentina, y el buque enarbolara pabellón extranjero.

Está claro que, si tuviera bandera argentina, por aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley de la Navegación (y los artículos 92 inciso 1 y 17 de la Convención de las Naciones Unidas de Montego Bay de 1982 sobre el Derecho del Mar -en adelante CONVEMAR-, aprobada mediante ley 24.543), aún en mar libre o realizando paso inofensivo por un mar territorial extranjero, se aplicaría al buque de bandera nacional la limitación de responsabilidad fijada por nuestra ley 20.094 en su artículo 175²⁵⁸.

Formulamos entonces, a modo de advertencia, las siguientes precisiones generales:

I.- No se debe confundir la limitación de responsabilidad del armador del buque, que normalmente se planteará ante siniestros de gran envergadura, con la limitación de responsabilidad del transportista por agua, que se opone habitualmente como defensa en las causas de averías y/o faltantes de carga, y que, en la inmensa mayoría de los casos, no deriva de un evento de magnitud significativa.

II.- También es importante diferenciar la ley de fondo aplicable a un acaecimiento navegatorio específico (por ejemplo, a un abordaje), con la ley puntualmente aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque.

III.- Corresponde discernir entre el procedimiento regulado para llevar adelante un juicio

²⁵⁷Abogado, recibido con diploma de honor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el año 1989. Postgrado aprobado con tesis sobresaliente: Curso de Estudios Superiores de Derecho de la Navegación y Derecho del Mar, organizado por el Instituto Superior de Estudios de Derecho de la Navegación y del Mar. Ex docente universitario de Derecho de la Navegación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ex Jefe de Asuntos Jurídicos, Seguros y Reclamos de la Empresa Líneas Marítimas Argentinas (ELMA) S.A. Ex Secretario Adjunto de la Asociación Latinoamericana de Navegación. Socio del Estudio Jurídico Mohorade, Serravalle, Mainero & Santarcángelo Abogados, especializado en Derecho del Transporte y Seguros desde el año 2002. Miembro del Comité de Redacción de la Revista Ateneo del Transporte. Secretario Adjunto de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Prosecretario Académico de la Rama Argentina del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro del Club de Abogados del Seguro (Vinculado a AIDA Association Internationale du Droit des Assurances). Expositor en temas vinculados al Derecho de la Navegación por agua en diversas jornadas, cursos y seminarios, nacionales e internacionales. Docente en la Escuela Nacional de Náutica sobre Derecho de la Navegación en Cursos de Ascenso a Capitanes de Ultramar, Maquinistas Navales Superiores y Prácticos. Docente de Derecho Comercial Marítimo en la Maestría sobre Logística de Proyectos de Integración Regional en el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA). Miembro del “International Working Group” sobre “Wrongful Arrest of Ships” del Comité Maritime International.

“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.”
por **Mainero Leonardo**

de limitación de responsabilidad (artículos 561 y siguientes de la Ley de la Navegación Argentina 20.094, Capítulo VII, “*Del Juicio de Limitación de Responsabilidad del Armador*” ubicado en el Título IV, “*De las Normas Procesales*”) y la ley en sí misma aplicable a dicha limitación de responsabilidad del armador del buque. Ello también ha sido distinguido en las Convenciones Internacionales que han tratado el tema, y que serán mencionadas *infra* en el apartado III inciso 1).

IV.- Finalmente, no deben soslayarse las posibles diferencias existentes entre el plano internacional y el ámbito local.

GENERALIDADES.

Para dilucidar la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque podrían existir normas de fuente internacional (Tratado, Convenio entre Estados), o normas de fuente interna.

Nuestra Constitución Nacional establece en su artículo 75 inciso 22) que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

Por su parte la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865, señala en su artículo 27 que el Estado Nacional debe abstenerse de invocar

²⁵⁸Art. 175 -

El armador puede limitar su responsabilidad, salvo que exista culpa de su parte con relación a los hechos que den origen al crédito reclamado al valor que tenga el buque al final del viaje en que tales hechos hayan ocurrido, más el de los fletes brutos, el de los pasajes percibidos o al percibir por ese viaje y el de los créditos a su favor que hayan nacido durante el mismo.

Esta limitación de responsabilidad al valor del buque es optativa con el derecho del propietario de poner aquél a disposición de los acreedores, por intermedio del juez competente, adicionando los otros valores y solicitando la apertura del juicio de limitación, dentro de los tres (3) meses contados a partir de la terminación de la expedición.

En el caso de existir daños personales, si el conjunto de dichos valores no alcanza a cubrir la totalidad de las indemnizaciones pertinentes hasta un monto de trece pesos argentinos oro (a\$. 13) por tonelada de arqueo total, la responsabilidad del armador se acrecerá en la cantidad necesaria para alcanzar ese monto, el que será destinado exclusivamente al pago de dichas indemnizaciones.

No está comprendida en el valor del buque ni en los créditos a favor del armador referidos en el primer párrafo de este artículo la acción contra el asegurador y su indemnización. Pero esta última responde, como cualquier otro bien del armador, por las sumas acrecidas a que se refiere el tercer párrafo.

Si el armador tuviere un crédito contra un acreedor suyo por perjuicios resultantes del mismo hecho, se compensarán los respectivos créditos, y las disposiciones de esta sección relativas a limitación de responsabilidad sólo se aplicarán a la diferencia que resultare.”

“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.”
por **Mainero Leonardo**

sus disposiciones de derecho interno como intento de justificar el incumplimiento de un tratado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avalado la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno en los conocidos casos “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” del 07 de julio de 1992 (Fallos 315:1492), “*Fibraca Consultora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*” del 07 de julio de 1993 (Fallos 316:1669) y “*Cafés La Virginia S.A. s/ apelación*” del 13 de octubre de 1994 (Fallos 317:1282), entre otros.

Esa línea interpretativa ha sido también adoptada luego por el artículo 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigencia desde el 01° de agosto de 2015, que otorga prioridad a los Tratados y Convenciones Internacionales vigentes. De tal forma en Argentina prevalecen las normas de fuente internacional sobre las normas de derecho internacional privado argentino de fuente interna.

CONVENCIONES INTERNACIONALES SOBRE LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ARMADORES DE BUQUES.

I.- PLANO INTERNACIONAL

Las dos primeras convenciones (Bruselas, 1924/1957) han llegado a ser tratadas con el auspicio del Comité Marítimo Internacional y la tercera (Londres, 1976) bajo el marco de la entonces Organización Consultiva Marítima Intergubernamental (actualmente Organización Marítima Internacional).

Argentina no ha adoptado ninguna Convención Internacional que regule esta materia, sin perjuicio de que la Asociación Argentina de Derecho Marítimo ha propiciado la aprobación del Convenio de Londres de 1976, con su Protocolo de 1996.

A.- Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de responsabilidad de los armadores de buques de mar de Bruselas de 1924.

Fue aprobada por 15 Estados (entre ellos Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Hungría, Noruega, Polonia, Portugal, Suecia y Turquía; en Sudamérica el único Estado que acogió sus preceptos fue Brasil), 7 de los cuales ya la denunciaron. No se encuentra actualmente en vigor.

Conforme a su artículo 12, *la Convención se aplica si el buque que invoca la limitación de responsabilidad es originario de un Estado contratante, con lo cual se termina*

admitiendo el criterio de la ley de la bandera del buque, como punto de conexión de la norma de derecho internacional privado.

Su artículo 14 además aclara que las disposiciones de la Convención en nada afectan a la competencia de los tribunales, al procedimiento, ni a las vías de ejecución autorizadas por las leyes nacionales.

B.- Convención Internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la limitación de responsabilidad de los propietarios de buques de mar de Bruselas de 1957.

Fue aprobada por 52 Estados, muchos de los cuales ya la denunciaron. Ningún país de Sudamérica fue o es parte de este Convenio.

Su artículo 6 inciso 2º) establece que las disposiciones de la Convención serán aplicables -entre otros sujetos allí detallados- al armador del buque.

Por su parte su artículo 7 primer párrafo señala que la *Convención se aplicará cuando se trate de limitar la responsabilidad ante los tribunales de uno de los Estados contratantes, o se libere un buque embargado, o se constituya una garantía en jurisdicción de uno de esos Estados.*

Sin embargo, el segundo párrafo del artículo 7 señala que todo Estado contratante tendrá el derecho de excluir el beneficio de la limitación -entre otros casos- si la persona que trata de limitar su responsabilidad no tiene su residencia habitual en un Estado contratante o el buque no enarbola la bandera de un Estado contratante.

Además, su artículo 4 establece que las reglas relativas a la constitución y a la distribución del fondo eventual y todas las reglas de procedimiento se regirán por las leyes del Estado en que se constituya el fondo.

C.- Convenio de Londres de 1976 sobre limitación de responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo, más su protocolo adicional de Londres de 1996, más su enmienda de aumento de los límites de 2012:

(56 Estados Parte del Convenio, 60 del Protocolo, alrededor del 70% de la flota mundial. Del *ranking* de los 13 primeros países por tonelaje registrado bajo su bandera, sólo falta Panamá, que lidera precisamente esa tabla. Pero la han aprobado Liberia, Islas Marshall, Hong Kong, Singapur, Malta, Bahamas, China, Grecia, Japón, Reino Unido, Chipre y Dinamarca. Del continente americano, hasta el momento, solamente México ha puesto en vigencia este Convenio).

El Convenio, conforme su artículo 15 inciso 1, se aplica básicamente *cuando alguna de las personas habilitadas a tal fin, entre las que se encuentra el armador del buque, trata de limitar su responsabilidad ante un tribunal de un Estado Parte, o intenta conseguir*

el levantamiento de un embargo sobre el buque, o la devolución de cualquier fianza depositada dentro de la jurisdicción de dicho Estado. No obstante, todo Estado Parte podrá excluir la aplicación del Convenio a personas que no tengan su residencia habitual en un Estado Parte o a cualquier buque respecto del cual se invoque el derecho de limitación de responsabilidad que no enarbole el pabellón de un Estado Parte.

Aclara en su artículo 14 que las reglas relativas a la constitución y distribución del fondo de limitación y todas las reglas de procedimiento aplicables al respecto estarán a su vez regidas por la legislación del Estado Parte en que se constituya el fondo.

Las tres Convenciones Internacionales citadas no han tenido como finalidad específica establecer técnicamente cuál debe ser concretamente la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque; simplemente regulan las pautas y requisitos de la aplicación concreta del instituto limitativo, fijando su cuantificación. Sin perjuicio de ello, como se ha visto, no reniegan -si bien de una forma un tanto indirecta- del criterio vinculado a la ley de la bandera, pauta que se menciona al menos por la negativa.

II.- PLANO REGIONAL

No obstante ser una regulación de índole más general, y si bien Argentina no es parte de la Convención de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, el artículo 279 del “Código Bustamante” (conocido de tal forma en homenaje a su redactor) sujeta a la ley del pabellón del buque la responsabilidad de los propietarios y navieros. De los Estados Parte del Mercosur, el Código Bustamante se aplica en Bolivia, Brasil y Chile. Otros países de Sudamérica que lo han adoptado son Ecuador, Perú, Venezuela. Párrafo aparte merece su implementación en Panamá, por la gran cantidad de buques que enarbolan su pabellón.

LA LEY DE LA NAVEGACIÓN ARGENTINA 20.094

Nuestra ley específica no establece expresamente en su Título V, “De las Normas de Derecho Internacional Privado” cuál es la ley aplicable para regular la limitación de responsabilidad del armador del buque.

Su artículo 598, siendo la norma que más se acerca tangencialmente al tema, establece que *“la ley de la nacionalidad del buque rige lo relativo a la adquisición y a la transferencia y extinción de su propiedad, a los privilegios y a otros derechos reales o de garantía.*

“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.”
por **Mainero Leonardo**

Rige también las medidas de publicidad que aseguren el conocimiento de tales actos por parte de terceros interesados”.

La limitación de responsabilidad del armador del buque no reviste, desde lo técnico-jurídico, el carácter de un privilegio marítimo²⁵⁹. Por lo cual nos encontramos frente a un vacío legislativo, o una supuesta “laguna del derecho”.

A los fines de integrar esas situaciones, es menester considerar el sistema autónomo y particularista creado por el artículo 1º de nuestra Ley de la Navegación²⁶⁰, que recurre a la analogía interna antes que al derecho común, en caso de que no existan disposiciones específicas del Derecho de la Navegación para solucionar un tema.

La limitación de responsabilidad del armador del buque es una cuestión especialísima del Derecho de la Navegación, y totalmente ajena al derecho común, en donde la reparación integral constituye el principio general regulado por el Código Civil y Comercial de la Nación. Por ende, buscar la solución en el derecho común para un instituto particular del Derecho de la Navegación constituiría un grosero error de técnica jurídica, y una interpretación en tal sentido omitiría las pautas propias del artículo 1º de la ley 20.094.

No obstante ello, aunque eventualmente se pretendiera llegar a evaluar el contenido del artículo 2657 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto establece que el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, y su hipotética incidencia en el tema que estamos abordando, llegaremos sin dudas a la conclusión que no resulta útil para dilucidar cuál es la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en Argentina, ya que la responsabilidad civil emergente de un incidente nautico ya está debidamente regulada en forma directa por el Derecho de la Navegación. Así, por ejemplo, para un abordaje, se aplicará como normativa de fondo, según sea el caso, la Convención de Bruselas de 1910 sobre Unificación de Ciertas Reglas en materia de Abordajes, ratificada por ley 11.132, el Reglamento Internacional para Prevenir los Abordajes en el Mar de Londres de 1972, aprobado por ley 21.546, el Acuerdo de Transporte Fluvial por la

²⁵⁹ De acuerdo al artículo 2573 del Código Civil y Comercial de la Nación, “Privilegio es la calidad que corresponde a un crédito de ser pagado con preferencia a otro”. Los privilegios nacen de la ley, y los marítimos que recaen sobre el buque están contemplados en el artículo 476 de la ley 20.094.

²⁶⁰ “Art. 1º - Todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común.”

“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.”
por **Mainero Leonardo**

Hidrografía Paraguay - Paraná de Las Leñas de 1992 (Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra), ratificado por ley 24.385, en especial los artículos 46 y 61 de su Protocolo Adicional sobre Navegación y Seguridad, el Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940, ratificado por Decreto-Ley 7771/56, o la Ley de la Navegación Argentina, en especial sus artículos 91 y 605. Con lo cual no es necesario recurrir al derecho común para establecer la ley aplicable al incidente navegatorio de que se trate, pues ello está debidamente regulado por la normativa específica del Derecho de la Navegación.

Otro ejemplo, siguiendo el mismo orden de ideas: el artículo 2668 del Código Civil y Comercial de la Nación señala que los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado de registro. Con todo, una vez más, no corresponde recurrir al derecho común en tal caso pues la Ley de la Navegación en su artículo 155 establece que los buques son bienes registrables y se encuentran sometidos al régimen jurídico que dicha ley consagra (por ejemplo, en los artículos 51 a 54 de la ley 20.094), y ya hemos citado lo expuesto por el artículo 598 del mismo cuerpo normativo sobre la adquisición, transferencia y propiedad de los buques, existiendo además normativa reglamentaria específica como es la detallada por la ley 19.170, sobre la forma y recaudos de inscripción de los buques en la matrícula nacional argentina, en función de la organización establecida para el Registro Nacional de Buques.

Con ello, hemos descartado la aplicación del derecho común, para solucionar el vacío legal inherente a la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque que enarbole bandera extranjera.

¿QUÉ LEY SE APLICA A LA LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ARMADOR DEL BUQUE DE BANDERA EXTRANJERA ANTE UN CASO QUE ESTÁ SIENDO SOMETIDO A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES NACIONALES?

Existen algunas posibilidades a saber:

- ¿La ley del lugar del siniestro (“lex loci delicti”)?

El inconveniente de aplicar esta ley es que durante la navegación del buque en variadas jurisdicciones surgen diversas clases de incidentes, de diferente causa u origen (responsabilidad contractual, extracontractual), siendo sometido a distintas normativas,

y que en función de ello, sería azarosa la aplicación de un fondo de limitación de responsabilidad, en favor del armador del buque que lo opone o constituye, pues se necesitan reglas coherentes que permitan una sistematización razonable del instituto, que no podría estar sometido a varias interpretaciones jurídicas, acaso opuestas.

I.- ¿La ley del tribunal donde se está oponiendo la limitación de responsabilidad en favor del armador del buque (“lex fori”)?

Esto por un lado le daría la posibilidad al armador del buque que constituye el fondo de limitación de elegir un poco a su antojo la ley aplicable a la limitación de su responsabilidad, es decir plantear la cuestión ante el tribunal cuya ley de fondo le fuera más conveniente, y, de tal manera, se facilitaría el “forum shopping”, o sea que se lleve adelante una acción en un lugar en el cual tal vez no exista un genuino punto de conexión con el armador, ni con el buque.

II.- ¿La ley de la bandera del buque?

Esta es la posición que ha adoptado el actual Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, Alberto C. Cappagli, en su obra “*El Derecho Internacional Privado en la Ley de la Navegación Argentina*”, Buenos Aires, 2004, Editorial La Ley, pudiendo extractarse de su página 217 los siguientes dos párrafos:

A.- “Consideramos que no es apropiado que la limitación de la responsabilidad sea regulada de un modo diverso según el lugar donde ocurrió el hecho, o según el tipo de obligación de que se trate”.

B.- “La limitación de responsabilidad está regulada en resguardo del armador o propietario y no del acreedor, respondiendo a la necesidad de la industria de la navegación, de modo que sería absurdo que el límite de responsabilidad sobre el cual está basada la posibilidad del armador y del propietario de ejercer su industria, cambiase según la ley del lugar donde ocurriesen los hechos”²⁶¹.

También Diego Esteban Chami comparte este criterio, en su “Manual de Derecho de la Navegación”, Buenos Aires, 2010, Editorial Abeledo Perrot, página 273, al señalar que “La ley del pabellón del buque es la más conocida por el armador, es la que pretende limitar y brinda certeza, porque siempre se aplicará similar legislación, independientemente

²⁶¹ Ver del mismo autor, la Revista de Estudios Marítimos, N° 28/29, “*El Abordaje en el Derecho Internacional Privado*”, páginas 24 y 25.

“Ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque en la República Argentina.”
por **Mainero Leonardo**

del lugar de producción de los hechos o del tribunal al cual se someta la cuestión de la limitación”.

NUESTRA OPINIÓN JURÍDICA SOBRE EL TEMA BAJO ANÁLISIS.

Nosotros consideramos que la limitación de responsabilidad del armador del buque se rige por la ley de su bandera, tal como ocurre con los privilegios marítimos, en función de una interpretación amplia del artículo 598 de la ley 20.094, y por ser la bandera del buque un centro de imputación de normas concreto, objetivo, no manipulable -al menos para un siniestro específico- que no depende de otras circunstancias aleatorias vinculadas a un acaecimiento navegatorio.

Parafraseando al artículo 91 inciso 1 in fine de la CONVEMAR, cuando establece que *“Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque”*, nosotros proponemos también que exista una relación auténtica entre la bandera del buque y la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador de ese buque. Si bien ello no ha sido contemplado como una obligación de orden público en la Convención de Bruselas de 1957 ni en la Convención de Londres de 1976 a las que aludimos supra en el apartado III, puntos 1.B) y 1.C), sí ha sido sugerido en dichos ordenamientos jurídicos internacionales que todo Estado Parte tendrá el derecho de excluir el beneficio de la limitación -entre otros casos- si la persona que trata de limitar su responsabilidad no tiene su residencia habitual en un Estado Parte o el buque no enarbola la bandera de un Estado Parte²⁶².

Estimamos que la *limitación de responsabilidad del armador* es un tema que se refiere a un *derecho sustantivo*, que no puede quedar relegado a una cuestión de mero procedimiento o a la aplicación de la *lex fori*.

Además, aplicar la limitación de la ley de la bandera del buque facilita el conocimiento anticipado del quantum indemnizatorio a ser tenido en cuenta, con independencia del

²⁶² No escapa a nuestra apreciación, cierta tendencia que se percibe en algunos convenios internacionales modernos de temas vinculados al Derecho de la Navegación, de intentar extender o buscar generalizar el campo de aplicación de los mismos, incluso a Estados que no son parte en esos tratados, lo cual, en primera instancia, y superficialmente, revela la finalidad sana de pretender maximizar la uniformidad internacional en la materia que se regula, pero, un análisis más profundo, sin embargo, nos lleva a ser prudentes a la hora de su implementación práctica, pues esa técnica no está exenta de conflictos cuando se tiene que evaluar su aplicación en un caso concreto, siendo a veces necesarias normas de coordinación complementarias para superar algunos problemas interpretativos que se presentan.

tribunal que está considerando el caso, o del lugar donde se lleve adelante la constitución de un fondo de limitación o un juicio de limitación de responsabilidad por parte del armador del buque.

Desde lo jurídico, pareciera que la limitación de responsabilidad del armador debiera interpretarse con cierto sentido restrictivo, es decir que en caso de duda razonable o de que la aplicación de un sistema limitativo genere una solución altamente injusta o torne ilusoria la indemnización (ejemplo: pérdida total del buque por su hundimiento bajo el artículo 175 primer párrafo de la Ley de la Navegación Argentina, habiendo producido el siniestro únicamente daños materiales y no muerte o lesiones de personas), en nuestra opinión, debe estarse por el sistema que implique una mayor responsabilidad hacia el armador del buque. Elementales pautas de orden público internacional²⁶³ y de afectación del derecho²⁶⁴ de propiedad de los terceros damnificados -creemos- van a ser algunos aspectos que impedirán la aplicación de una eventual limitación irrisoria, en un caso concreto, sometido a consideración de un juez argentino. Si hipotéticamente existiera, bajo la ley de la bandera extranjera de un buque, una limitación de responsabilidad a favor de su armador que fuera manifiestamente contraria a pautas razonablemente admitidas por la comunidad internacional, esa regulación no debería superar con éxito el test de constitucionalidad a la que debería ser sometida por parte del juez nacional²⁶⁵.

²⁶³ Artículo 27 de la Constitución Nacional Argentina: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

Artículo 2600 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.

²⁶⁴ Artículo 17 de la Constitución Nacional Argentina: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

²⁶⁵ “... no se debe olvidar que estamos ante la presencia de una normativa que constituye una excepción a los principios generales del derecho privado, que en materia de responsabilidad por los actos ilícitos contempla la reparación integral del daño inferido. Siendo así, y ante una definición ambigua o equívoca del texto legal, la interpretación debe ser restrictiva y se debe preferir la solución que contempla una mayor armonía con esos principios generales. Por lo tanto, si un tipo de moneda conduce a retacear gravemente el justo resarcimiento y otro permite lograr en mejor medida la reparación del daño injustamente inferido, no parece dudoso que se debe elegir esta segunda alternativa”. Extracto del fallo Oholeguy de Devicenzi, G.E. y otro c/ Huber, R.R. y otro s/ daños, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, causa 5723/1992, sentencia del 25 de agosto de 1994, publicado en la Revista Ateneo del Transporte, N° 12, páginas 93 in fine y 94 ab initio. Allí se interpretó cuál era la moneda aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque y se prefirió al argentino oro. Se aclara que este criterio ha motivado opiniones encontradas en la doctrina nacional especializada en Derecho de la Navegación, no obstante lo cual compartimos el razonamiento del fallo, en la parte puntualmente transcripta.

Si existiera, desde lo técnico, un conflicto acerca de la aplicación de dos posibles leyes a la limitación de responsabilidad del armador del buque de bandera extranjera, y no hubiera una norma expresa de fuente convencional (Tratado o Convenio entre Estados) o de fuente interna aplicable al derecho internacional privado, como ocurre actualmente en Argentina, ese vacío -pensamos- debe ser llenado por el juez nacional de forma tal que el sistema de limitación no sea manifiestamente injusto o se torne absolutamente ilusorio para los reclamantes. Valores como la equidad, y el hecho de que, quien ha contribuido a causar un daño, pueda llegar a quedar sustancialmente liberado de sus consecuencias económicas, indemnizando un importe que sea más simbólico que real, refuerzan la idea de prudencia, justicia y razonabilidad al momento de aplicar el instituto de la limitación cuantitativa, lo que llevará en consecuencia a que el juez determine en concreto la presencia de esos recaudos para pronunciarse por la constitucionalidad de la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque.

El sistema de limitación de responsabilidad del armador contemplado en el Convenio de Londres de 1976, más su Protocolo de 1996 y su Enmienda de 2012 contiene pautas que mejoran técnicamente el sistema interno de la Ley de la Navegación Argentina, por lo que, en la medida en que exista un vínculo genuino entre la bandera del buque y la aplicación de dicho Convenio, nos pronunciamos a favor de su utilización por parte de un juez argentino, a los fines de determinar la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque de bandera extranjera.

Para finalizar, entendemos que sería preferible se dictara una legislación específica en la República Argentina que regulara la materia, y no que, como ocurre actualmente, quede librado a la interpretación judicial cuál puede llegar a ser la ley aplicable a la limitación de responsabilidad del armador del buque de bandera extranjera, en un caso sometido a la jurisdicción nacional.



Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.

Ester Mallach ²⁶⁶
ALEMANIA

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”
por **Mallach Esther**

Dado que muchas controversias en materia de derecho mercantil marítimo se resuelven en virtud del Derecho inglés según lo dispuesto en los contratos, esta decisión del Tribunal Superior (*High Court*) de Londres - K LINE PTE LTD.

y -PRIMINDS SHIPPING (HK) CO., LTD. (EL “ETERNAL BLISS”)²⁶⁷ puede ser de interés para aquellos cuyos contratos de fletamento se rijan por la legislación y jurisdicción inglesas.

La decisión del *ETERNAL BLISS* es una decisión significativa, ya que aclara un asunto que ha generado controversia entre los analistas jurídicos y ha dividido la opinión entre los jueces durante mucho tiempo: el alcance de las disposiciones sobre sobreestadía en los contratos de fletamento y si la tarifa de sobreestadía por no cumplir con la descarga al ritmo acordado, es el único recurso del que dispone un propietario contra el fletador, cuando el propietario sufre un tipo de pérdida diferente de la privación del uso del buque como consecuencia de la demora. *“De vez en cuando, un caso ofrece la oportunidad de resolver una incertidumbre de larga data sobre un aspecto jurídico de importancia en un campo particular del comercio.” Como dijo el juez Andrew Baker, es posible que con una decisión del Tribunal de Apelación, la controversia quede zanjada para siempre.*²⁶⁸

El asunto fue presentado ante el tribunal de primera instancia por acuerdo de las partes, los propietarios demandantes K-Line PTE Ltd. y su fletador, PrimindsShipping (HK) Co., Ltd. para que se decidiera sobre una cuestión de derecho que surgió durante el arbitraje y el tribunal asumió la jurisdicción para decidir sobre las siguientes cuestiones, en virtud del artículo 45 de la Ley de Arbitraje (Arbitration Act) de 1996 como una cuestión legal fundamental:

“Si los hechos fueron los que actualmente se presumen... en relación con el fletamento por viaje del buque «Eternal Bliss»... ¿el fletador tiene la responsabilidad de resarcir o indemnizar al propietario respecto de la pérdida, los daños y los gastos allí mencionados por medio de:

²⁶⁶ Socia de Arnecke Sibeth Dabelstein. Se colegio como abogada en Alemania en 1987 y como abogada inglesa en Londres en 1996. Se especializa en derecho procesal y arbitraje internacional, derecho marítimo de seguros, contratos de fletamento, derecho mercantil internacional, derecho laboral marítimo, derecho del turismo, reglamentos generales de protección de datos y regímenes de sanciones internacionales.

²⁶⁷ Número de citación neutral (Neutral Citation Number): [2020] EWHC 2373 (Comm) Expediente N.º (Case No): CL-2019-000815 en el Tribunal Superior de Justicia (High Court of Justice) Sala de lo Civil (QBD) Tribunal Mercantil (Comm Ct) (Andrew Baker J) [2020] EWHC 2373 (Comm) - 7 September 2020

²⁶⁸ Apartado 7 de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

I.- una indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento de contrato por parte del fletador al no completar la descarga dentro del tiempo de plancha permitido?;

II.- Una indemnización respecto de las consecuencias de cumplir con las órdenes del fletador de cargar, transportar y descargar la carga?”²⁶⁹

Los propietarios demandantes (K-Line Ltd.) no alegaron un incumplimiento de contrato contra el fletador demandado, salvo el incumplimiento con la descarga dentro del tiempo de plancha acordado. La parte demandante alega que, debido a dicho incumplimiento, la carga se retuvo a bordo durante un tiempo prolongado y se deterioró sin que mediara culpa de los propietarios; alega, por tanto, que la carga habría estado en buenas condiciones de haberse descargado dentro del tiempo de plancha. K-Line, alega que, como consecuencia de esto, se vio expuesta a demandas por daños y perjuicios presentadas por los propietarios de la carga y sus aseguradoras por una cantidad aproximada de 1,1 millones de USD, las cuales, a su vez, los Propietarios reclaman como una indemnización por daños y perjuicios respectivamente en virtud de una indemnización tácita. Los fletadores sostuvieron que el importe (mucho menor) que tuvieron que pagar por sobreestadía en virtud del contrato de fletamento era el único recurso del que disponía el Propietario.

Los hechos subyacentes eran los siguientes²⁷⁰:

K-Line y Priminds celebraron un contrato de fletamento en un modelo «Norgrain» (*North American GrainCharterparty* 1973, con enmiendas del 1/7/74), de fecha 30 de julio de 2014 por nueve travesías independientes, cada una de las cuales iba a realizarse por tonelaje a determinar por K-Line, con un plazo «laycan» por mes desde febrero hasta octubre de 2015, inclusive y, de otro modo, sujeto a condiciones sustancialmente idénticas. En virtud de un contrato concluido el 2 de julio de 2015, se agregaron tres travesías adicionales, con plazos «laycan» que se crearían y se reducirían en noviembre de 2015, diciembre de 2015 y enero de 2016.

La cláusula 45 del contrato establecía que la carga para cada travesía debía ajustarse a la condición «*un puerto seguro/un ataque seguro*» («*onesafeport/onesafeberth*») Santos o Tubarao o Paranagua o Rio Grande o Sao Francisco do Sul, o, según la opinión de Priminds, un ataque seguro en Argentina río arriba, pero no más arriba de Timbues

²⁶⁹ Apartado 21 de la sentencia.

²⁷⁰ Apartados 8-16 de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

de [sic] San Lorenzo o Nueva Palmira, o un atraque/puerto seguro Montevideo. En cualquier caso, seguido de completar la carga en un puerto/atraque seguro Bahía Blanca o Necochea, o un atraque/puerto seguro Montevideo. No estaba disponible el rango de carga adicional «a opción del fletador» si el puerto de descarga iba a ser en Japón.

La cláusula 47 adicional especificaba que la descarga para cada travesía debía ser un atraque seguro/un puerto seguro China, y que Priminds garantizaba un calado de llegada de 13,0 metros, con la opción para Priminds respecto de los cargamentos número 8 y 9 solamente de declarar, en su lugar, la descarga en: bien un puerto seguro/un atraque seguro Incheon/Korea, un puerto seguro/un atraque seguro Kaohsiung/Taiwán, o bien uno o dos atraque(s) seguro(s) en un rango de hasta tres puertos seguros Kashima a Kagoshima (ambos inclusive), incluido Hakata, Japón.

La carga para cada travesía (especificada en la cláusula adicional 46) sería de 60.000 t.m., 10 % más o menos, a opción de K-Line, de granos pesados, soya o sorgo a granel.

La cláusula 18 del contrato fijaba un ritmo de descarga contractual de 8.000 t.m. por día de trabajo de 24 horas consecutivas, si el tiempo lo permite, salvo sábados, domingos y festivos aunque se utilicen (no se cuenta desde el viernes a las 17:00 horas hasta el lunes a las 8:00 horas) y, por tanto, se determinaba el tiempo de plancha permitido y cuándo comenzó la sobreestadía del buque fletado en el puerto de descarga.

La cláusula de sobreestadía era la cláusula 19 Norgrain, con las condiciones que figuran a continuación, tras las enmiendas de las partes:

«Si se incurre en sobreestadía en los puertos de carga y/o descarga, los Propietarios deberán pagar por la sobreestadía a la tarifa declarada por los Propietarios en el momento del nombramiento del buque hasta un máximo de 20.000 USD al día o a prorrata y se pagará una prima de diligencia igual al 50 % del coeficiente de sobreestadía por tiempo de plancha ahorrado en ambos puertos por día o por parte de un día y los Fletadores pagarán las cantidades correspondientes respecto del o de los puerto(s) de carga y los Fletadores/Destinatarios respecto del o de los puerto(s) de descarga. La prima de diligencia será pagadera por los Propietarios a una taifa igual al 50 % del coeficiente de sobreestadía por todo el tiempo de plancha ahorrado en los puertos de carga y/o descarga. Todo tiempo perdido respecto del que los Fletadores/Destinatarios son responsables, que no se ajuste a ninguna excepción establecida en el presente Contrato de fletamento, se considerará como tiempo de plancha, hasta que el mismo venza, y desde entonces, tiempo de sobreestadía.»

El “ETERNAL BLISS” fue nombrado por K-Line y pasó a ser el buque fletado para el plazo «laycan» de junio de 2015. Cargó 70.133 t.m. de semillas de soja en Tubarao para su

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”
por **Mallach Esther**

descarga en China. La carga se completó y se emitieron los conocimientos de embarque el 11 de junio de 2015.

El buque llegó al fondeadero de Longkou y presentó la carta de alistamiento para efectuar la descarga a las 04:42 horas, hora local, del 29 de julio de 2015. Se mantuvo fondeada durante unos 31 días debido a la acumulación de barcos en puerto y a la falta de espacio de almacenamiento en tierra para la carga, de modo que la descarga se inició tarde, el 30 de agosto de 2015.

Tras la descarga, se notificó que la carga había sufrido daños significativos, a saber, se había llenado de moho y aglutinado durante la estiba.

La descarga se completó, y el buque partió de Longkou el día 11 de septiembre de 2015, tras proporcionar una carta de compromiso por un importe de 6 millones de USD emitida por China Reinsurance (Group) Corp, en calidad de garantes a favor de los destinatarios de la carga, Shandong Xiang Chi Grain and Oil Company Ltd, como garantía por la demanda de los destinatarios sobre la carga, a cambio de que los destinatarios no exigieran el embargo preventivo del buque.

Los hechos aceptados como indiscutidos entre las partes son los siguientes²⁷¹ :

«i) Eternal Bliss fue detenido en el puerto de descarga transcurrido el tiempo de plancha contractual, por motivos de acumulación de barcos en puerto y falta de capacidad de almacenamiento.

ii) Priminds, por tanto, incumplió su obligación de completar la descarga dentro del tiempo de plancha permitido.

iii) La condición de la carga se deterioró como consecuencia de la detención del buque una vez transcurrido el tiempo de plancha, y no debido a ninguna falta de diligencia por parte de K-Line.

iv) K-Line sufrió pérdida y daño e incurrió en gastos como consecuencia de la detención más allá del tiempo de plancha, entre los que se incluyen la necesidad de lidiar y liquidar las reclamaciones acerca de la carga presentadas por quienes tenían intereses en la carga y sus aseguradoras.

v) En relación con la pérdida, el daño y el gasto sufrido por K-Line, se afirma que:

²⁷¹ Apartados 17, 18 de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

a) no fue causado por ningún incumplimiento independiente del fletamento, aparte de la obligación de Priminds de descargar dentro del tiempo de plancha estipulado contractualmente; b) no fue causada por ningún acontecimiento que haya roto la relación de causalidad; y c) se incurrió en los mismos de forma razonable.

[No se exigió al tribunal que investigue las excepciones que pueden haber estado disponibles a los propietarios o si el importe de liquidación era de otro modo razonable]

vi) La pérdida, el daño y el gasto sufridos por K-Line fueron consecuencias del cumplimiento de las órdenes de Priminds de cargar, transportar y descargar la carga.

Para los propietarios K-Line, se alega que sus obligaciones en virtud de la reclamación sobre la carga no estaban relacionadas con la pérdida del uso del buque como un buque que genera ganancias por flete, y que, por tanto, K-Line no presenta ninguna reclamación por sobreestadía/indemnización por daños y perjuicios por detención. La pérdida pertinente fue una responsabilidad por daños a la carga causados por su retención a bordo del buque. Que esto haya sido, a su vez, una consecuencia de la demora del buque no cambia el hecho de que el daño a la carga (o la responsabilidad respecto de dicho daño) es de un tipo diferente. La misma era la relación de causalidad entre la demora más allá de los días de plancha y la pérdida recuperada más allá de la sobreestadía en REIDAR v ARCOS.

Los Fletadores Priminds alegaron que este no era un caso de una pérdida diferente debido a los hechos de que el deterioro de la carga y la pérdida consiguiente resultaron ambos de que el buque había quedado demorado en Longkou más allá del tiempo de plancha. La reclamación seguía siendo, por tanto, solamente una reclamación por sobreestadía/detención del buque.

La demora en la carga o descarga podrá, en sí misma, hacer que el Fletador incumpla otra obligación en virtud del Contrato de fletamento, por ejemplo, la carga de un cargamento total y completo, lo que causa otro elemento de perjuicio más allá de la detención del buque. En estas circunstancias, son recuperables daños y perjuicios, además de sobreestadía por la demora. Esta es la interpretación de la decisión de AKTIESELSKABET REIDAR v. ARCOS LTD²⁷² (Reidar v Arcos), la principal sentencia del tribunal de apelación discutida en «ETERNAL BLISS».

En AKTIESELSKABET REIDAR v. ARCOS LTD (REIDAR v ARCOS), el buque debía

²⁷² AKTIESELSKABET REIDAR v. ARCOS, LTD. (1926) 25 L.I.L.Rep. 513

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

cargar madera para su transporte a Manchester. Los fletadores excedieron el tiempo de plancha y pasó a ser pagadero un cargo por sobreestadía. La demora implicó que el buque solamente podía cargar madera hasta la altura permitida durante la temporada de invierno, que era aproximadamente un 30 % menor que la carga de verano. El Tribunal de Apelación determinó que los propietarios tenían derecho a una indemnización por daños y perjuicios por la diferencia del flete entre las líneas de carga de verano y de invierno, pero la decisión no fue unánime.

Un Juez entendió que el hecho de que los fletadores no cargaran el buque dentro del tiempo de plancha constituía un único incumplimiento contractual, pero que la cláusula de sobreestadía no impedía al propietario presentar una reclamación adicional de una indemnización por daños y perjuicios respecto de un tipo de pérdida independiente, a saber, el flete adicional. La interpretación de otro Juez fue que los propietarios tenían derecho a un resarcimiento, pero consideró que se había producido otro incumplimiento por separado, es decir, dos incumplimientos en total: la demora en la carga y el incumplimiento por parte de los fletadores de realizar una carga «completa».

En el ETERNAL BLISS, tras un análisis en profundidad de la decisión del tribunal de apelación en REIDAR v. ARCOS, el juez entendió que lo que se había decidido era que (i) el contenido de una obligación en un fletamento por viaje de cargar «una carga total y completa» se debe determinar sobre una base de la carga al ritmo de carga contractual, y (ii) la cláusula de sobreestadía no impide la presentación de una demanda por falso flete por incumplimiento de la obligación de carga completa, aunque dicho incumplimiento haya resultado de no haber cargado al ritmo de carga exigido por el contrato de fletamento; y, de manera importante, la sentencia del tribunal de apelación en REIDAR v ARCOS no puede usarse como precedente para la conclusión de que, si había solamente un incumplimiento, la reclamación por daños y perjuicios del propietario no está bien fundada²⁷³.

Las preguntas fundamentales, por tanto, son las siguientes: (i) ¿es necesario que haya un incumplimiento de una obligación independiente para que se pueda obtener una indemnización por daños y perjuicios, además del pago por sobreestadía? (ii) ¿es necesario que los propietarios sufran una pérdida diferente de la demora al completar las operaciones de carga y demora?

²⁷³ Apartado 37 de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”
por **Mallach Esther**

Existen, en esencia, dos enfoques:

Uno es el esgrimido por *Scrutton*²⁷⁴

Cuando no haya ningún incumplimiento adicional del Contrato de fletamento más allá de la incapacidad de cargar o descargar dentro del plazo del tiempo de plancha, pero el incumplimiento por parte del Fletador de cargar o descargar causa un daño al Propietario, además de la detención del buque, la posición no está clara, pero *Scrutton* afirma que la mejor interpretación de *AKTIESELSKABET REIDAR v. ARCOS LTD* es que es posible obtener un resarcimiento por estas pérdidas, de forma adicional al pago por sobreestadía.

La otra opinión fue expresada, entre otros, por el Juez Potter en *BONDEE*²⁷⁵. La opinión de *BONDEE* ha sido la más respetada en los últimos 30 años y establece que es necesario un incumplimiento adicional y diferente porque el régimen de sobreestadía proporcionaba un recurso exhaustivo al propietario del buque respecto de un incumplimiento por parte del fletador, en incumplimiento del contrato de fletamento, de cargar o descargar la carga dentro del plazo previsto. La única indemnización por daños y perjuicios pagaderos es la indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada, a saber, la sobreestadía recogida en el Contrato de fletamento. La demanda del *BONDEE* consistía en un contrato FOB («franco a bordo») en el modelo 64 de GAFTA con tasas de retraso (*carrying charges*) de 0,25 USD por t.m. al día si, en el momento de la llegada para la carga, el buque del comprador presentaba tarde su documentación ante las autoridades, fuera del plazo del embarque, y tales tasas de retraso eran pagaderas hasta la fecha del conocimiento de embarque. El buque presentó sus documentación tarde, por lo tanto, las tasas de retraso pasaron a ser pagaderas. Pero el periodo durante el cual eran pagaderas se extendió debido a que el vendedor no realizó la carga al ritmo estipulado en el contrato. El vendedor reclamó tasas de retraso calculadas conforme a lo establecido en el contrato. El comprador impugnó su responsabilidad respecto de la parte de tales tasas de retraso que aplicadas debido a que el vendedor no cargó la carga al ritmo estipulado en el contrato de fletamento. La disposición acerca de sobreestadía del contrato de venta establecía lo siguiente:

«*Sobreestadía/prima de diligencia: correrá por cuenta del vendedor a la tarifa establecida en el contrato de fletamento, pero se fija un máximo de 8.000/4.000 USD/día.*»

²⁷⁴ *Scrutton on Charter Parties*, 24th edition (22,15-001,15-006)

²⁷⁵ *RICHCO INTERNATIONAL LTD. v. ALFRED C. TOEPFER INTERNATIONAL G.m.b.H. (THE “BONDEE”)* [1991] 1 Lloyd's Rep. 136

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

Un tribunal de apelación de GAFTA determinó que las tasas de retraso eran de la misma naturaleza que la indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada, es decir, una indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada pagadera por el comprador por la pérdida del vendedor debido al transporte prolongado de la carga en tierra. El ratiodecidenti de la sentencia del BONDEE fue que el comprador no pudo obtener una indemnización por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía porque el único incumplimiento en que había incurrido el vendedor había sido no cargar al ritmo estipulado contractualmente. La agravación que constituye el incremento del coste de la carga (tasas de retraso) para el comprador no puede caracterizarse como parte de, o similar a, la pérdida diaria del propietario del uso del buque para obtener ganancias por su fletamento. Como sucedía en REIDAR v ARCOS, y en el ETERNAL BLISS, el comprador del BONDEE reclamaba que había sufrido pérdidas independientes y de diferente naturaleza que la detención del buque, a pesar de ser pérdidas resultantes de la demora del buque más allá del tiempo de plancha.²⁷⁶ *«Sobreestadía no es ni debería ser la única forma de resarcimiento cuando el incumplimiento de la obligación de realizar la carga dentro del tiempo de plancha estipulado contractualmente tiene otras consecuencias, además de la detención del buque».*²⁷⁷

Sin embargo, el propietario del buque puede demostrar que ha habido un incumplimiento independiente del Contrato de fletamento, aunque surja de las mismas circunstancias (demora en la carga), en ese caso, puede obtener una indemnización por daños y perjuicios “de carácter general», es decir, una indemnización por daños y perjuicios cuyo importe no se haya acordado previamente y que deberá ser fijado por un tribunal después de ocurrido el incumplimiento, si puede demostrar que hubo más consecuencias aparte de la detención del buque²⁷⁸.

De modo similar, *Cooke, Young et al* afirman en «VoyageCharters» (Fletamentos por viaje): *«Los diferentes razonamientos de los integrantes del tribunal en Reidar v. Arcos dejaron en duda si es necesario (teniendo en cuenta que se obtendrá una indemnización por daños y perjuicios además del pago por sobreestadía) demostrar que hubo un incumplimiento de una obligación independiente además de un daño de otro tipo que no sea la demora en completar las operaciones de carga y descarga. En SuisseAtlantique Société d'ArmementMaritime v. N.V. RotterdamscheKolenCentrale, tanto el Juez Mocatta*

²⁷⁶ Apartado 46. 48 de la sentencia.

²⁷⁷ Apartado 125 de la sentencia.

²⁷⁸ John Schofield, *Laytime and Demurrage*, 7th edition, 2016, 6.41 - 6.43)

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

como el Tribunal de apelación entendieron que es necesario demostrar un incumplimiento independiente. El punto de vista opuesto se adoptó en el caso Altus, en el que no se hizo referencia a SuisseAtlantique, pero en Bondee, el Juez Potter, tras evaluar todas las opiniones de autoridad, adoptó el punto de vista de SuisseAtlantique, que considera el punto de vista más acertado.”²⁷⁹

En ETERNAL BLISS, el juez señaló que el alcance de cualquier disposición sobre indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada es una cuestión de correcta interpretación de tal disposición en el marco del contrato en el que se recoge. Como es típico, la disposición referente a la sobreestadía en el modelo de contrato de Norgrain (cláusula 19) no establecía que el fletador debía efectuar un pago en concepto de indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada por cualquier incumplimiento de la obligación sobre el ritmo de descarga en virtud de la cláusula 18. En la cláusula 19 no se hace más que especificar la tarifa a la que se pagará la Sobreestadía, si se incurre en la misma. Esta disposición no detalla qué se entiende por sobreestadía ni qué se pretende compensar.²⁸⁰ El tribunal consideró que el debate sobre cómo interpretar la sentencia en el caso REIDAR v ARCOS había «generado distracción respecto de los argumentos subyacentes sobre los principios fundamentales que deben dar la respuesta»²⁸¹ y formuló las siguientes preguntas²⁸² :

«La cuestión de mayor importancia es comprender qué se liquida por medio del pago por sobreestadía. Es una tendencia bien establecida que, por «sobreestadía», se entiende un resarcimiento de naturaleza similar a la indemnización por daños y perjuicios previamente estipulada, pero ¿en qué respecto la sobreestadía (calculada de conformidad con el fletamento por viaje) fija, y por tanto limita, el resarcimiento del propietario? Según la ley, ¿qué incluye la tarifa de sobreestadía? ¿Qué liquida la sobreestadía?»

Y el tribunal proporcionó la respuesta:

Acordar una tarifa de sobreestadía permite una cuantificación de la pérdida de uso del buque que sufre el propietario que le impide seguir obteniendo ganancias por el

²⁷⁹ Cooke, Young et al., “Voyage Charters”, 4th Ed. (2014), at 16.14.

²⁸⁰ Apartado 25 de la sentencia.

²⁸¹ Apartado 5 de la sentencia.

²⁸² Apartados 22 y 27 de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

fletamento del mismo en relación con la demora del buque tras el vencimiento del tiempo de plancha, nada más. Cuando ocurre esa demora, la tarifa de sobreestadía ofrece una medida acordada que obliga a las partes respecto de cualquier demanda de indemnización por daños y perjuicios por detención, pero no pretende medir, ni por tanto hacer referencia, a ninguna otra reclamación por pérdidas de otro tipo, independientemente del fundamento de la misma²⁸³.

En el caso ETERNAL BLISS, tras una evaluación y un análisis detallados de las decisiones judiciales previas de autoridad, el juez resolvió a favor de los propietarios y entendió que es innecesario probar un incumplimiento independiente a fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios de forma adicional a la detención del buque si el propietario ha sufrido un tipo de pérdidas independiente de forma adicional a su pérdida de uso del buque.

Acordar una tarifa de sobreestadía permite una cuantificación de la pérdida de uso del buque que sufre el propietario que le impide seguir obteniendo ganancias por el fletamento del mismo en relación con la demora del buque tras el vencimiento del tiempo de plancha, nada más. Cuando ocurre esa demora, la tarifa de sobreestadía ofrece una medida acordada que obliga a las partes respecto de cualquier demanda de indemnización por daños y perjuicios por detención, pero no pretende medir, ni por tanto hacer referencia, a ninguna otra reclamación por pérdidas de otro tipo, independientemente del fundamento de la misma.²⁸⁴

De este modo, el tribunal resolvió que en el caso BONDEE, la decisión era incorrecta, porque el análisis del juez se basaba en el razonamiento erróneo de que el enfoque de «un incumplimiento» era «un error de Derecho»²⁸⁵– y esto no era así (véase más arriba la página 5). En relación con la interdependencia entre la cláusula de sobreestadía en el contrato de fletamento y las disposiciones sobre indemnización por daños y perjuicios en caso de demora del contrato de venta, el tribunal indicó además:

«Cuando, en un contrato FOB, se estipula una fecha de entrega, como tal, pero no hay urgencia (ya sea en la interpretación correcta del contrato en particular o porque el comprador no opta por la resolución del contrato en caso de demora en la entrega,

²⁸³ Apartado 61 de la sentencia.

²⁸⁴ Apartado 61 de la sentencia.

²⁸⁵ Apartado 126 (v) de la sentencia.

“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

aunque tenga derecho a hacerlo), y el vendedor entrega con retraso en un mercado a la baja, el comprador tendrá derecho a presentar una demanda de indemnización por daños y perjuicios por retraso en la entrega sin verse afectado por ninguna cláusula de tiempo de plancha/sobreestadía. En mi opinión, no hay ningún motivo racional para afirmar que la situación es diferente simplemente porque la fecha de entrega efectivamente establecida es una función de las disposiciones de tiempo de plancha, en lugar de una fecha de entrega indicada como tal por separado. La idea de que, al acordar también una cláusula de sobreestadía, típicamente en referencia a la tarifa de sobreestadía recogida en el contrato de fletamento, el comprador está acordando renunciar a su derecho normal de presentar una reclamación por retraso en la entrega en virtud del art. 53 de la Ley de Venta de Bienes (Sale of Goods Act) de 1979 es alarmante y, a mi modo de ver, con todo respeto, no es nada probable que sea la intención de los comerciantes que acuerdan ventas FOB.²⁸⁶”

Las cuestiones de Derecho preliminares que se plantearon al tribunal se respondieron de la siguiente manera:

¿El fletador tiene la responsabilidad de resarcir o indemnizar al propietario respecto de la pérdida, los daños y los gastos allí mencionados por medio de: (a) una indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento de contrato por parte del fletador al no completar la descarga dentro del tiempo de plancha permitido?; ¿o bien llevar a cabo (b) una indemnización respecto de las consecuencias de cumplir con las órdenes del fletador de cargar, transportar y descargar la carga? Si bien el punto A fue respondido afirmativamente, la segunda pregunta no se respondió y, a discreción del tribunal, se dejó para que lo decidieran los árbitros.

La decisión del ETERNAL BLISS es una decisión de primera instancia. Se concedió a los Fletadores permiso para presentar recurso en septiembre de 2020. Con todo, es importante porque abrió camino en el matorral de doctrina contradictoria existente y su coherencia es el resultado de la correcta interpretación de disposiciones contractuales.

Cuando el propietario ha sufrido un tipo diferente de pérdida derivada de un único incumplimiento del contrato de fletamento, a saber, sobrepasar el tiempo de plancha acordado contractualmente, los propietarios no tendrían que estar obligados a demostrar

²⁸⁶ Apartados 49,50, 126 de la sentencia.

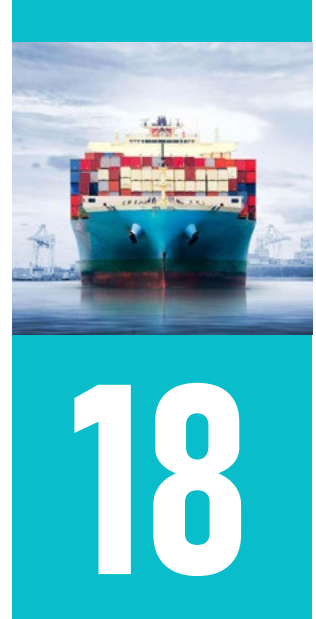
“Un solo incumplimiento de contrato y un tipo de pérdida diferente: un planteamiento nuevo sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios más allá de la sobreestadía.”

por **Mallach Esther**

que ha habido un incumplimiento por separado.

Los principios aplicados en la sentencia son igualmente aplicables a tiempo de plancha estándar y a disposiciones sobre sobreestadía, así como a contratos comerciales para la venta de materias primas.

Con sujeción una apelación, los fletadores y sus aseguradores quedarán expuestos a mayores niveles de responsabilidad por demoras que generen pérdidas diferentes de la pérdida de uso del buque (especialmente en las circunstancias actuales en que las consecuencias de la COVID-19 están generando muchas situaciones difíciles). Al determinar que el caso BONDEE se decidió erróneamente, el tribunal también abrió la puerta a un gran abanico de posibilidades de que se presenten demandas contractuales en virtud de contratos FOB, que pueden ser sustanciales. Naturalmente, el nombre del buque «ETERNAL BLISS» (dicha eterna) da lugar a juegos de palabras. Es posible que, si la sentencia se confirma en apelación, no conlleve olas de demandas, ya que se seguirán aplicando pruebas de causalidad y normas de mitigación. Salvo que el caso se resuelva extrajudicialmente, la sentencia del tribunal de apelación decidirá si la dicha es eterna, y para quién. A su paso, no obstante, es muy posible que este caso motive la revisión de condiciones contractuales y los poderes de negociación determinarán, en última instancia, quién asume el riesgo.



El tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en buques a México.

Bernardo Melo Graf ²⁸⁷
MÉXICO

En el presente trabajo, nos toca ahondar sobre un problema que se ha hecho más fuerte últimamente y amenaza a distintos puertos y en general a la industria marítimo portuaria como es el contrabando de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en buques.

En realidad no es nuevo el hecho de ver buques que transporten sustancias nocivas para la salud o estupefacientes ya que en el mundo es muy lucrativo este ilegal negocio, pero a recientes fechas se ha visto un alarmante incremento en los casos que son detectados en México y esto puede ser por el aumento en el consumo de drogas en el mercado Mexicano o para trasiego a los Estados Unidos de Norteamérica.

Actualmente, teniendo en cuenta los casos antes mencionados podemos ver que en ocasiones los Navieros y sus agentes son totalmente ajenos a las mercaderías ilegales que transportan, por ser introducidas sin su conocimiento o el de su tripulación en las embarcaciones que hacen tráfico ya sea regular o trampa de mercancías que si son legítimas a los puertos generalmente de las zonas geográficas donde se trasiega y comercializa con estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Lo que nos ocupa ahora es hablar del delito de tráfico de substancias ilegales, su naturaleza jurídica, así como el buque como instrumento de la comisión de un delito y su posible decomiso y extinción de dominio.

En primer término, debemos precisar que se consideran narcóticos a los estupefacientes, psicotrópicos y demás sustancias o vegetales que determinen la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia. En el caso de la Ley General de Salud, el artículo 234 y siguientes dan un catálogo bastante grande de estupefacientes entre los cuales se encuentran los más conocidos como son la Cocaína, Metadona, Fentanil, etc.

El Código Penal Federal en su parte conducente nos dice:

“Artículo 194.- Se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que:

I.- Produzca, transporte, trafique, comercie, suministre aun gratuitamente o prescriba alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud;

II.- Introduzca o extraiga del país alguno de los narcóticos comprendidos en el artículo anterior, aunque fuere en forma momentánea o en tránsito.

Si la introducción o extracción a que se refiere esta fracción no llegare a consumarse, pero de los actos realizados se desprenda claramente que esa era la finalidad del

²⁸⁷ Bernardo Melo Graf es socio de Melo Abogados, firma de abogados especializada en asuntos marítimos. El Sr. Melo es vicepresidente de la Asociación Mexicana de Derecho Marítimo, Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional, Vicepresidente suplente para México en el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, miembro activo del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Es un orador frecuente en institutos y seminarios marítimos. Con licencia para practicar derecho obtenida en 2003 y también tiene una Maestría en Derecho Marítimo y un Doctorado, además ha sido profesor de asuntos marítimos, procesales y administrativos.

agente, la pena aplicable será de hasta las dos terceras partes de la prevista en el presente artículo.”

Podemos encontrar en el texto de la Ley, el transporte, con lo cual entendemos el llevar de un lado a otro la sustancia prohibida por la Ley, Así pues será sujeto activo el que transporte, o sea el naviero y su tripulación.

En la fracción II antes mencionada encontramos la conducta típica en su hipótesis de introducción o extracción del país de alguna de las sustancias prohibidas, el cual debemos de diferenciar con el que se encuentra en el Código Fiscal de la Federación de contrabando de mercancías ya que los bienes jurídicamente tutelados son distintos, en el que nos ocupa es la salud pública y en el del Código Fiscal de la Federación, el patrimonio del Estado.

Ahora bien, la tentativa, doctrinariamente se entiende en el proceso conocido como el itercriminis, es decir, en el camino del delito, pero para que esto acontezca en la realidad es necesario que la hipótesis descrita en el tipo penal admita una fraccionabilidad de los actos. Del sucinto análisis de los tipos descritos es evidente que algunos de ellos no admiten fragmentación en el proceso ejecutivo, consisten más bien en un solo acto. En la descripción de las conductas que constituyen delitos contra la salud existen algunos delitos que son ya formales, ya de omisión simple, ya con condiciones objetivas de pluribilidad, y en todos ellos no cabe otra posibilidad que la consumación sin que puedan darse situaciones de tentativa.

Por otro lado, y con respecto a la culpa, no cabe ninguna duda de que en estos delitos contra la salud, y específicamente en el que nos ocupa, no cabe la culpa; estos delitos sólo pueden ser realizados con conciencia y voluntad, es decir, con representación y aceptación del resultado. Si se demuestra culpa, esto es, que el agente ha actuado sin representación del resultado o que, representándolo en su mente, no lo haya aceptado, no hay punibilidad y el hecho tendrá otras consecuencias jurídicas pero en ningún caso penales.

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL DE TRANSPORTE DE NARCÓTICOS.

ELEMENTOS OBJETIVOS.

La Conducta, en el delito de tráfico de narcóticos se constituye a través de:

la introducción o extracción del país de alguno de los narcóticos comprendidos en la Ley General de Salud, los convenios y tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalen las demás disposiciones legales aplicables en la materia.

El sujeto activo del delito de contrabando puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige alguna calidad específica, pero si podemos decir que para el transporte por buque el Derecho Marítimo exige ciertas calidades y aptitudes para poder conducir una embarcación. El sujeto pasivo es la sociedad en general.

El resultado material la disminución o afectación de la salud de los consumidores de estas sustancias.

ELEMENTOS SUBJETIVOS.

De acuerdo con el artículo 8º y 9º del Código Penal Federal, las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente. Una conducta es dolosa cuando conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, se quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.

El delito de transporte de narcóticos es una conducta dolosa.

RESPONSABILIDAD PERSONAS MORALES EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL.

ARTICULO 11 BIS.- Para los efectos de lo previsto en el Título X, Capítulo II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, a las personas jurídicas podrán imponérseles algunas o varias de las consecuencias jurídicas cuando hayan intervenido en la comisión de los siguientes delitos:

(...)

A. De los previstos en el presente Código:

(...)

III. Contra la salud, previsto en los artículos 194 y 195, párrafo primero;

CONSECUENCIAS

Tratándose de instrumentos y vehículos, en este caso los buques, utilizados para

cometer los delitos considerados en el capítulo de delitos contra la salud, así como de objetos y productos de esos delitos, cualquiera que sea la naturaleza de dichos bienes, se estará a lo dispuesto en el Código Penal Federal, siendo que el Órgano jurisdiccional mediante sentencia en el proceso penal correspondiente, podrá decretar el decomiso de bienes que sean instrumentos, objetos o productos del delito, con excepción de los que hayan causado abandono en los términos de las disposiciones aplicables o respecto de aquellos sobre los cuales haya resuelto la declaratoria de extinción de dominio. Para ese fin, el Ministerio Público dispondrá durante la averiguación previa el aseguramiento que corresponda y el destino procedente en apoyo a la procuración de justicia, o lo solicitará en el proceso, y promoverá el decomiso para que los bienes de que se trate o su producto se destinen a la impartición de justicia, o bien, promoverá en su caso, la suspensión y la privación de derechos agrarios o de otra índole, ante las autoridades que resulten competentes conforme a las normas aplicables.

Se ha asesorado con éxito a un gran número de empresas navieras y agentes de las mismas en la implementación de medidas que puedan atenuar o evitar el problema y en el caso de verse afectados con la introducción de narcóticos dentro de las mercancías que transportan, hayan previamente documentado todo el proceso de las medidas tomadas en el puerto de origen para aportar como prueba en la investigación y de esta manera en el deslinde de responsabilidades penales salir avante y demostrar la ausencia de los elementos del tipo para con la empresa y así encausar las investigaciones directamente a los responsables de tales delitos.

En atención a las disposiciones del Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias, para elaborar los planes de protección antes mencionados, cada instalación portuaria y buque deberán basarse en la evaluación de la protección de la instalación portuaria y de los buques, para la interfaz puerto-buque y buque-puerto, el cual deberá comprender los tres niveles de protección establecidos y adoptados por los Gobiernos, los cuales son los siguientes:

- Nivel de protección 1 (normal): el nivel al que funcionan normalmente los buques e instalaciones portuarias;
- Nivel de protección 2 (reforzado): el nivel que se aplicará si hay un incremento del riesgo de que se produzca un suceso que afecte a la protección;
- Nivel de protección 3 (excepcional): el nivel que se aplicará durante el periodo de tiempo en que sea probable o inminente un suceso que afecte a la protección.

Es importante mencionar que los Gobiernos son los responsables de determinar cual es el nivel de protección que se aplica en un momento determinado a las instalaciones

portuarias y buques, esto implica que ni las instalaciones portuarias, ni los buques pueden por su propia voluntad aumentar o disminuir el nivel de protección determinado por los Gobiernos.

Así las cosas, es importante señalar que el nivel inicial de protección establecido y adoptado por el Gobierno es el nivel de protección número 1, lo que implica que tanto las instalaciones portuarias, como el buque deberán de cumplir con el plan de protección únicamente por lo que respecta a las medidas de protección o seguridad que aplican al nivel de protección número 1, las cuales, por lo que respecta a las embarcaciones, son las siguientes:

- I.- Comprobar la identidad de todas las personas que deseen subir a bordo del buque y confirmar los motivos que tienen para hacerlo, mediante la comprobación de, por ejemplo, las instrucciones de embarco, los billetes de los pasajeros, las tarjetas de embarco, las órdenes de trabajo, etc.;
- II.- En colaboración con la instalación portuaria, el buque debe cerciorarse de que se designan zonas seguras en las que puedan realizarse inspecciones y registros de personas, equipajes (incluidos los de mano), efectos personales y vehículos, con su contenido;
- III.- En colaboración con la instalación portuaria, el buque debe cerciorarse de que se registren, con la frecuencia exigida en el Plan de Protección del Buque, los vehículos que vayan a cargarse en buques para el transporte de automóviles, buques de transbordo rodado y otros buques de pasaje antes del embarque;
- IV.- Separar a las personas y efectos personales que hayan pasado los controles de protección de las personas y efectos personales que aún no hayan sido sometidos a ellos;
- V.- Separar a los pasajeros que están embarcando de los que están desembarcando;
- VI.- Identificar los puntos de acceso que deben estar protegidos o atendidos para evitar el acceso no autorizado;
- VII.- Proteger, mediante dispositivos de cierre o por otros medios, el acceso a los espacios sin dotación permanente adyacentes a zonas a las que tengan acceso los pasajeros y visitantes; VIII) Informar a todo el personal del buque sobre aspectos de protección tales como las posibles amenazas, los procedimientos para notificar la presencia de personas u objetos sospechosos y las actividades sospechosas, y la necesidad de estar atentos.

Una vez que ha sido explicado lo anterior, en atención a lo dispuesto en el Convenio

Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente del Mar, así como en el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias, se debe implementar diversas medidas de protección o seguridad con el objeto de garantizar la ejecución adecuada de las normas, medidas y reglas de protección o seguridad contenidas en el plan de protección del buque a efecto de permitir una navegación segura, así como evitar que la embarcación sea utilizada para la comisión de delitos.

Así las cosas, en el presente asunto, en atención al riesgo que implica asistir a diversos puertos latinoamericanos, las medidas de protección o seguridad que la empresa naviera debe implementar y ejecutar en todo momento, esto es, tanto en el proceso de carga y descarga de la mercancía transportada deben ser las determinadas por el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias relativas al nivel de protección número 1, establecido y adoptado por el Gobierno en el Puerto de origen o de carga y por el Puerto de destino o descarga, así como también implementar y ejecutar medidas adicionales de protección o seguridad equivalentes al nivel de protección número 2, con el objeto de prevenir la comisión de delitos en contra de la sociedad, entre estas las siguientes:

- I.- Destinar más personal a la vigilancia de las zonas de cubierta durante las horas de inactividad para evitar el acceso no autorizado, esto es, implementar guardias de seguridad extra en las zonas de cubierta de la embarcación en todo momento durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.
- II.- Limitar el número de puntos de acceso al buque, identificando los que conviene cerrar y habilitando medios para protegerlos adecuadamente;
- III.- Disuadir cualquier intento de acceder al buque por el costado que dé al mar, por ejemplo, apostando lanchas patrulleras en colaboración con la instalación portuaria, esto es, implementar vehículos náuticos de vigilancia y seguridad durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.
- IV.- Establecer una zona restringida alrededor del costado del buque que dé a tierra en estrecha colaboración con la instalación portuaria;
- V.- Aumentar la frecuencia y la intensidad de los registros de personas, efectos personales y vehículos que estén embarcando o se estén cargando en el buque, esto es, proporcionar una lista con nombres y fotografías de los estibadores permitidos para ingresar a bordo de la embarcación durante el proceso de carga y descarga de la embarcación, además de presentar de una identificación que acreditara el rango o empleo de los estibadores permitidos para ingresar a bordo de la embarcación durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.

VI.- Acompañar a los visitantes en el buque;

VII.- Informar a todo el personal del buque sobre aspectos de protección más específicos tales como las amenazas detectadas, hacer hincapié en los procedimientos para notificar la presencia de personas u objetos sospechosos y las actividades sospechosas, y subrayar la necesidad de estar muy atentos; y

VIII.- Efectuar un registro total o parcial del buque.

IX.- Iluminación extra del lado del muelle durante la noche en el proceso de carga y descarga de la embarcación, y si es el caso de que se considere que la iluminación no es suficiente, el estibador o terminal portuaria deberá suministrar luces adicionales a satisfacción de la embarcación.

X.- Instalación de cámaras de videograbación para monitorear en todo momento el proceso de carga y descarga de la embarcación.

XI.- Atención directa del personal de la Agencia Portuaria para la debida atención de la embarcación durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.

XII.- Implementar un enlace de comunicación entre los estibadores, agentes portuarias, autoridades y el Capitán de Puerto en todo momento respecto a las maniobras de carga y descarga de la embarcación.

XIII.- Ninguna persona o equipo debe ser permitido ingresar abordo de la embarcación si no se cumple con lo siguiente:

XIV.- Listado de todas las personas, incluyendo Agentes Portuarias, estibadores e investigadores con fotografía, así como datos para contactar a las diversas compañías involucradas en el proceso de carga y descarga de la embarcación.

XV.- Cada persona que ingresará a la embarcación deberá tener una identificación con fotografía que contenga el nombre de la compañía, de la persona, así como de su rango en el proceso carga y descarga de la embarcación.

XVI.- No se permita el ingreso de personal con bolsas o mochilas en la embarcación durante el proceso carga y descarga de la embarcación.

XVII.- Las personas encargadas de llevar agua a bordo de la embarcación, únicamente podrán ingresar por medio de la pasarela y serán acompañados en todo momento por un miembro de la tripulación.

XVIII.- Los suplementos deben ser enviados por la pasarela del barco y acompañado por un miembro de la tripulación después de una revisión.

XIX.- Todo el equipo o maquinaria que sea proporcionada del lado de la costa deberá de tener certificados que acrediten su peso, sin lo cual, no se permitirá el acceso a la

embarcación, durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.

XX.- En caso de que cualquier persona suba a bordo y no acate la verificación de identidad y/o no tenga o no muestre su identificación se le negará la entrada.

XXI.- La elaboración de bitácoras de seguridad extra implementadas por el buque con el objeto de que tripulantes de la embarcación realizaran funciones de vigilancia en todo momento durante el proceso de carga y descarga de la embarcación.

Asimismo, tomando en consideración los incidentes ocurridos anteriormente en los que diversas embarcaciones se vieron involucradas en la comisión de delitos, estas medidas de seguridad o protección implementadas por la embarcación deben mantenerse activas en todo momento, esto es, durante el proceso de carga en el puerto de origen y durante el proceso de descarga en el puerto de destino.

Además, se debe destinar a bordo a un técnico especializado en materia de seguridad precisamente para que capacite a los miembros de la tripulación en la implementación de las medidas de protección y seguridad.

A manera de corolario, tenemos que los elementos del delito son la conducta por la introducción o extracción del país alguno de los narcóticos; el sujeto activo el transportista, siendo que el sujeto pasivo sería la sociedad en general y por último el resultado material vendría siendo la afectación a la salud de los consumidores de dichas sustancias.

Habiendo analizado lo anterior, podemos concluir que es de vital importancia que se sigan los protocolos establecidos en la legislación, pero sobre todo que los armadores y chateadores vayan un paso más adelante, documentando en su totalidad las maniobras de carga y descarga tanto por medios documentales, como con evidencia digital en video y audio.

Además, si bien es cierto que el puerto de arribo es quien fija el nivel de protección, es prudente que el naviero u operador a través de su agente naviero en puerto se entere de las específicas circunstancias y antecedentes de estos casos para que eleve las medidas de seguridad del buque para evitar el paso de sustancias prohibidas.



Costos de litigio en Brasil y disputas judiciales marítimas.

Bernardo Mendes Vianna ²⁸⁸

Colaboradora: Erika Chaves ²⁸⁹

BRASIL

Los tribunales brasileños están llenos de juicios que muchas veces tardan años en llegar a una decisión final, lo que aumenta los costos generales involucrados en la disputa. Este es uno de los aspectos más controvertidos del litigio en Brasil.

El artículo 389 del Código Civil brasileño establece que *“Si no se cumple la obligación, el deudor es responsable de las pérdidas y daños, más intereses y actualización monetaria de acuerdo con los índices establecidos y honorarios de los abogados”*. El artículo 395 de esa misma ley establece un texto similar cuando se trata del pago de deudas pendientes.

En primer lugar, es importante resaltar que los intereses y la corrección monetaria devengan sobre el monto en disputa, pero tienen diferentes plazos de inicio que varían según la naturaleza del daño, ya sea material o moral.

En segundo lugar, conviene aclarar que la corrección monetaria pretende otorgar a la parte el monto de actualización que corresponda a su pérdida, o sea, ajustar la devaluación de la moneda en el tiempo.

En los Tribunales del Estado hay diferentes índices para este fin, los cuales se deben analizar caso por caso. Por otro lado, actualmente los Tribunales Federales han publicado la Resolución No. 267/2013, que estableció los métodos de cálculo ante dichos tribunales.

Se definen los Tribunales Laborales al utilizar el índice IPCA, que es de aplicación nacional. Sin embargo, se pueden modificar dichas disposiciones en cualquier momento.

La aplicación de intereses puede considerarse una sanción por el incumplimiento de una determinada obligación. Según el Código Civil, la tasa de interés actual es del 12% anual, es decir, del 1% mensual (artículo 406).

Además, los honorarios de los abogados también se incluirán en los costos del litigio, al tener en cuenta que la parte perdedora es responsable de pagarlos.

Cuanto más tiempo tarde en convertirse la demanda res judicata, mayores son los costos involucrados. Este es un asunto para tener en cuenta al litigar en Brasil.

Simplificaremos el entendimiento a continuación:

I.- Daños materiales:

²⁸⁸ Formación em Direito pela Universidade Federal de Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduado em Direito Internacional Público pela AVM Faculdade Integrada. Curso de Educação Continuada em Direito Marítimo pela Fundação Getulio Vargas (FGV-Rio). Membro de diversas Câmaras de Comércio, notadamente da Francesa, onde atuou como Conselheiro de 2014 até 2016, tendo sido reeleito para o período de 2018-2021; atua como Coordenador da Comissão Jurídica desde 2011, sendo também mediador em disputas comerciais, certificado pelo Centro de Mediação e Arbitragem de Paris (CMAP). Presidente do Instituto Ibero-Americano de Direito Marítimo, Seção Brasileira – IIDM-BR para o biênio de 2018-2019. Membro Efetivo da Comissão Especial de Direito Marítimo e Portuário da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo (OAB SP).

²⁸⁹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Curso de Aperfeiçoamento profissional em planos de saúde pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Possui extensa experiência de mais de 20 anos, em direito civil, processual civil e do consumidor junto a todas as Cortes brasileiras, bem como todas as instâncias judiciais.

Los daños materiales implican una cierta pérdida monetaria para una de las partes, la cual debe ser debidamente acreditada en un juicio. Dicha pérdida puede surgir de disputas contractuales o extracontractuales.

A.- La tasa de interés

Para las responsabilidades contractuales, se aplicará la tasa de interés a partir de la citación del demandado en un juicio. El artículo 405 del Código Civil establece que “los intereses monetarios se contarán a partir de la citación válida”, incluso si se ordena en la jurisdicción equivocada (artículo 240 del Código de Procedimiento Civil).

En los casos de responsabilidad extracontractual, el deudor se encuentra en mora desde la fecha del hecho (artículo 398 del Código Civil). El Tribunal Superior de Justicia resuelve esta discusión, según el Caso No. 54 que establece “los intereses monetarios se devengan por el hecho lesivo, en caso de responsabilidad extracontractual”.

B.- La corrección monetaria

En ambos casos (responsabilidad contractual o extracontractual), se devengará a partir de la fecha del hecho lesivo. El Tribunal Superior de Justicia también ha analizado este asunto y se resuelven las decisiones al respecto (Expediente No. 43).

II.- Daño moral:

La indemnización por daño moral corresponde al daño sufrido por la propia persona, ya sea una persona natural o persona jurídica, que afecte la integridad de dicha persona.

A.- La tasa de interés

Hay una controversia sobre cuándo contarán los intereses en lo que respecta al daño moral. Algunos argumentan que la tasa de interés debe contarse a partir de la fecha del hecho lesivo, ya que surge el derecho a una indemnización por el daño. Por otro lado, hay quienes afirman que se debe contar la tasa de interés a partir de la fecha de la decisión que arbitra la indemnización, dado que efectivamente no se adeuda ningún monto antes.

Estos últimos sustentan sus argumentos con base en el Código Civil (artículo 407), siendo la tasa de interés sobre el daño moral aplicable desde el momento en que se establece, ya sea por resolución judicial de primera instancia, laudo arbitral o convenio conciliatorio entre las partes.

B.- La corrección monetaria

En cambio, en lo que respecta a la corrección monetaria, el Tribunal Superior de Justicia se resuelve en el Expediente No. 362 que prevé que “La actualización monetaria del monto de la indemnización por daño moral se aplicará a partir de la fecha de su constitución”.

III.- Honorarios de los abogados:

En un juicio, la parte perdedora también será responsable de los honorarios de los abogados que se indiquen en la decisión del juez. Según el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, se establecen los honorarios de los abogados en un rango del 10% al 20% sobre el monto actualizado de la indemnización. Se instituyen las tasas en la decisión de primera instancia y pueden aumentarse en cada recurso hasta el límite del 20%.

Cuando la demanda no tenga un monto determinado establecido o no pretenda tener un resultado económico identificado, el juez aplicará una regla diferente para los honorarios de los abogados. En ese caso, los honorarios se basarán en fundamentos legales específicos, como el grado de profesionalidad, la ubicación del servicio, la naturaleza e importancia del caso y el tiempo asignado. En esos casos, no se puede prever el monto que establecerá el juez.

Una vez que los honorarios de los abogados se fijan en una cierta cantidad, la actualización monetaria se acumulará después de que la decisión sea definitiva y vinculante.



Introducción al derecho marítimo internacional privado venezolano.

Gustavo Adolfo Omaña Parés ²⁹⁰
VENEZUELA

INTRODUCCIÓN.

El buque, en tanto centro de las actividades marítimas, es un bien mueble que tiene la capacidad de desplazarse por aguas internacionales o sometidas a la jurisdicción de diversos estados. Debido a ello, cuando se presentan disputas contractuales o extracontractuales entre personas de derecho privado, se hace necesario definir ante quién y en cuáles términos han de resolverse tales desencuentros. Históricamente, se ha procurado dar solución a estos problemas tanto a través del derecho uniforme como

del método conflictual, los cuales coexisten, pero no de igual manera en todas partes. En este trabajo, se examina el sistema que ha adoptado Venezuela para determinar el derecho aplicable en este tipo de situaciones.

Es imposible asumir el examen del derecho marítimo sin tomar en cuenta su vocación a la internacionalidad. Por eso, los nexos de esta rama jurídica con el derecho internacional privado profundos. Siendo así, realizar un estudio en el que se tomen en cuenta e integren ambas disciplinas tiene justificación y sentido práctico. Mas, un examen de esta naturaleza comporta varias dificultades: 1. La de ser muy técnico-jurídica y de necesitar para su cabal comprensión del conocimiento de otras materias,²⁹¹ por desarrollarse en espacios nacionales o comunitarios en los que, como afirma Carrascosa, la tensión entre derecho uniforme y método de conflicto se manifiestan en gran intensidad,²⁹² por no ser el derecho marítimo internacional privado, como se explicará más adelante, una ciencia jurídica autónoma. En tal contexto, debe explicarse el concepto y alcance cada una de las asignaturas involucradas en este ensayo, respetando las características técnico-jurídicas de ambas asignaturas, en orden de plantear, como se integran de manera armónica.

I.- Derecho uniforme.

Pérez nieto considera que las nuevas generaciones, que han nacido con acceso a internet y a todos los demás medios de comunicación internacional, miran hoy el derecho internacional privado como algo natural y necesario para el desarrollo del derecho y están en lo correcto, porque en la actualidad el mundo está cada vez más cercano.²⁹³ Sin embargo, esta interconectividad puede, asimismo, llevar a pensar los problemas son abordados de igual manera en todas partes y los procedimientos para resolver las

²⁹⁰ Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello, especialista en Derecho Marítimo, por la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante, profesor de derecho marítimo internacional privado en la Universidad Marítima del Caribe, miembro del Colegio de Abogados de Caracas, vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, miembro titular del Comité Marítimo Internacional, miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, ha publicado tres libros y 34 trabajos en obras colectivas y revistas especializadas. Socio de Girán Asociados & Abogados de Caracas.

²⁹¹ Guerrero, Sergio, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, p. 5.

²⁹² Carrascosa González, Javier, PROLOGO al libro de Castellanos Ruiz, Esperanza, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHO UNIFORME EN EL TRANSPORTE INTERNACIONAL. Editorial Comares, Granada, 1999, p. XX.

controversias entre particulares en las que existan elementos nacionales divergentes son homogéneos, cuando la verdad es otra. La falta de una estructura normativa de aplicación universal conlleva, en estos casos, a buscar salidas nacionales o regionales. La materia marítima no es una excepción.

La disposición a la internacionalidad es prácticamente una característica en el desarrollo de las actividades acuáticas. No en balde, el buque, en tanto objeto central de ellas, es un bien mueble y como tal puede desplazarse por aguas sometidas a distintas jurisdicciones. Al respecto Espinoza expone que: “El desarrollo del comercio marítimo internacional empezó a fomentar los problemas de derecho aplicable en el tráfico marítimo lo que pronto provocaría un intento de combatirlos mediante reglas de derecho uniforme.”²⁹⁴ En consecuencia, las posibilidades de disensiones entre personas de Derecho privado en los cuales existan elementos extraños son más frecuentes que en otras áreas. En este orden de cosas, tanto la estabilidad del comercio y de la navegación, con todo lo que ésta implica, como de la seguridad jurídica amerita el establecimiento de una normativa que precise a cuál Estado corresponde el conocimiento de estos casos y que ley debe aplicarse a los mismos.

González, trata el tema con claridad: “La naturaleza misma del tráfico marítimo da origen al derecho que lo regula, y lo impulsa en todo momento a la uniformidad de sus normas en el ámbito internacional. No es de extrañar, por tanto, que el criterio que hoy predomina en la sistematización del derecho marítimo sea su unificación internacional. Esto, aunado al hecho que varios países aún no han modernizado su legislación interna en la materia, se traduce en el actual interés de la comunidad internacional en concebir normas adaptadas a los requerimientos que el negocio marítimo y los avances tecnológicos imponen en los últimos tiempos. Por tanto, el derecho marítimo posee un marcado carácter internacional, derivado principalmente de la naturaleza del objeto que regula, y manifestado en el devenir de su desarrollo histórico.”²⁹⁵

²⁹³ Pereznieto Castro, Leonel, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. PARTE GENERAL, 10ª edición, Oxford University-Press, México. Recuperado el 11 de septiembre de 2020 en https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=wbpcDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT8&dq=derecho+internacional+privado&ots=9dI545XLSy&sig=rqeb2iu7fTkcPueYcqINLqWek_s#v=onepage&q=derecho%20internacional%20privado&f=false

²⁹⁴ Espinoza Calbauig, Rosario, EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCIAS: CUESTIONES DE LEY APLICABLE. Editorial Comares, Granada, 1999, p. 4.

²⁹⁵ González Abreu, Gigliola, LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES Y EL “DERECHO VIVO” COMO MEDIOS PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO, Revista del Centro de Estudios Internacionales. Año 1, N° 1, Universidad de Carabobo, 2005, p. 12.

Ante la posibilidad de que un caso específico pueda verse sometido a la soberanía de más de un estado se ha procurado, tanto en el derecho marítimo como en el derecho internacional privado, resolver los conflictos que se presentan a través de dos sistemas: el primero que se construye con la adopción de un marco legal uniforme devenido de convenciones internacionales o leyes modelo y, el otro, que se funda en disposiciones de conflicto establecidas en leyes locales o marcos comunitarios.

Sobre este punto, Álvarez, expresa: “La superación del particularismo y de la contradicción normativa que caracteriza a las regulaciones contenidas en los diversos ordenamientos internos se intenta desarrollar a través del fenómeno de la unificación internacional, mediante el proceso codificador, que solo puede materializarse a través de la cooperación internacional en sus diferentes manifestaciones, y que constituye en la actualidad fundamento y objetivo del DIPr; sin embargo debe relativizarse el alcance del citado proceso de unificación internacional, que si bien altera el presupuesto de la diversidad o pluralidad de ordenamientos, no implica su total superación.”²⁹⁶

En materia marítima, la uniformidad tiene particular importancia, tanto para la estabilidad y el fomento del comercio como para la seguridad jurídica. Sin embargo, como cavila Davis: “Lograr la uniformidad del derecho marítimo sigue siendo un ideal noble y necesario, y sería de gran utilidad tanto para el comercio marítimo como para los gobiernos interesados en promover la seguridad en alta mar, la protección del ambiente marítimo, y combatir la piratería y el terrorismo.”²⁹⁷ Ciertamente, es tanto deseable como difícil la conformación de un orden homogéneo, sobre todo, mediante la adopción de convenios internacionales, pues, como dice Graffam: “La inmersión de los países como los actores principales en la adopción de tratados marítimos internacionales ha representado y representa el mayor de los obstáculos para la uniformidad del derecho marítimo internacional. No ha sido fácil balancear la soberanía nacional con la uniformidad en el Derecho marítimo internacional.”²⁹⁸ Por tanto, coincidimos con Davis: “en el ámbito comercial marítimo, podría ser que el uso de acuerdos regionales y leyes modelo, al

²⁹⁶ Álvarez Rubio, Juan José, DERECHO MARÍTIMO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, Vitoria, 2000, p. 26.

²⁹⁷ Davis, Christopher, UNIFORMIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO EN LOS ALBORES DE LA TERCERA DÉCADA DEL SIGLO XXI. En El Derecho marítimo en los albores de la tercera década del Siglo XXI. Homenaje al profesor Ignacio Luis Melo Ruiz. Porrúa, México, 2019, p. 251.

²⁹⁸ Graffam, William, ¿POR QUÉ NOS ELUDE LA UNIFORMIDAD EN EL DERECHO MARÍTIMO EN EL SIGLO XXI?, En: Derecho marítimo iberoamericano, volumen I, Rama Venezolana del instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Caracas, 2013, p. 81.

igual que iniciativas privadas (por ejemplo, en inglés, softlaw y bestpractices, resulten ser más eficaces en promover la uniformidad del derecho marítimo, a corto plazo, por lo menos, hasta que las condiciones a nivel nacional y mundial sean más propicias para continuar el gran proyecto de codificar leyes marítimas a nivel internacional.”²⁹⁹

Además, la uniformidad, no es percibida de igual manera en todas partes, así, por ejemplo, Ruiz Soroa, desde una perspectiva española: “El derecho marítimo es en gran medida un derecho uniforme, que resuelve con normas materiales unificadas los problemas esencialmente transnacionales que en su ámbito se generan. Las reglas puramente conflictuales, aunque también significativas, no han merecido tanta atención en este sector, pues lo que requería el tráfico en soluciones iguales en países y foros distintos, y no simplemente reglas más o menos claras de selección de foros y leyes aplicables.”³⁰⁰ Pero en países como Venezuela, donde se han incorporado pocos instrumentos de derecho internacional público especializados en el comercio marítimo, las soluciones a los problemas que origina la internacionalidad de las actividades acuáticas son asumidas y resueltas, básicamente, mediante esquemas conflictuales.

A la par de los convenios internacionales, se ha buscado la conformidad de métodos mediante la elaboración de leyes modelo. Estos textos se formulan con el propósito de ayudar a los estados a reformar y modernizar sus legislaciones en materias específicas, vg.: la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial. En el sector acuático, es significativo mencionar que el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo se ha elaborado la Ley Modelo Iberoamericana de Derecho Marítimo. Este instrumento contiene varias disposiciones de derecho internacional privado, referidas a la incorporación de los principios reconocidos uniformemente por la doctrina y el establecimiento de la jurisdicción inderogable, por anticipado, de los tribunales nacionales, en los casos en que se trate de la ejecución final de los contratos de transporte, de personas o de cosas y de la responsabilidad del transportador.³⁰¹ Pero, tampoco por esta vía se ha logrado la unificación.

Un ejemplo significativo de la complejidad que implica la uniformidad mediante

²⁹⁹ Davis, 2019, p.251.

³⁰⁰ Ruiz Soroa, José María, PROLOGO de la obra de Álvarez Rubio, 2000, p. 13.

³⁰¹ Cova Arria, Luis, HACIA UNA LEY MODELO IBEROAMERICANA DE DERECHO MARITIMO, I Congreso Internacional de Derecho portuario comparado, Costa Rica, 26 al 28 de abril de 2006, recuperado el 12 de septiembre de 2020 en <http://www.luiscovaa.com/publicaciones.asp>

instrumentos de derecho internacional público lo encontramos, específicamente en el ámbito marítimo, al examinar las regulaciones existentes en el de transporte de bienes bajo conocimiento de embarque. En el transcurso de los últimos cien años, se han negociado y concretado diferentes acuerdos (Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque y sus Protocolos de los años 1968 y 1979, Reglas de Bruselas de 1924, Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978, (Reglas de Hamburgo) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Contrato Internacional de Mercancías total o parcialmente marítimo (Reglas de Rotterdam). En la actualidad hay estados que se han adherido a alguna de ellas o, como es el caso de Venezuela, que no se han hecho parte de ninguna. Es decir, no existe un reconocimiento universal, así por ejemplo Argentina ratificó las Reglas de la Haya, Perú, que lo había hecho, las denunció, Chile y Paraguay hacen parte de las reglas de Hamburgo, España de las Reglas de Rotterdam y Venezuela no ha ratificado ninguno de estos instrumentos.³⁰² En este orden de ideas, es pertinente transcribir la siguiente reflexión, que en el contexto del ordenamiento español hace Álvarez: “La determinación del alcance de la pretendida unificación internacional como cauce para superar los problemas derivados de la concurrencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos exige distinguir, atendiendo al subsistema jurídico en que se insertan las siguientes relaciones o situaciones jurídico privadas, entre la estructura interna, la comunitaria y la dimensión internacional general o comunitaria, indagando entre las interacciones existentes entre ellos.”³⁰³

Así las cosas, Fernández Rozas considera que; “El derecho uniforme y el derecho internacional privado constituyen a primera vista dos sistemas jurídicos incompatibles pues, de un lado, si el primero se generaliza desaparece uno de los elementos conformadores del segundo, cual es, el pluralismo de sistemas jurídicos. Y, de otro lado, no debe olvidarse que el mecanismo del derecho internacional privado se pone en marcha en muchas ocasiones por la existencia de situaciones privadas internacionales reguladas por normas diferentes e, incluso, contrarias, y trata de conjugar su aplicación a través de un conjunto de normas entre las que destaca, en este concreto sector, la norma de conflicto.”³⁰⁴ De igual manera, este autor considera que: “Derecho internacional privado y derecho uniforme han de ser concebidos, pues, en una relación de complementariedad.

³⁰² A la fecha, el único convenio, ratificado y en vigor, contentivo de disposiciones relativas a los contratos de relativos al transporte marítimo es el Código de Derecho Internacional Privado, emanado de la Convención de Derecho Internacional Privado suscrito en La Habana el 20 de febrero de 1928.

³⁰³ Álvarez Rubio, 2000, p. 30.

De un lado, desde una perspectiva formal, puesto que el derecho uniforme se configura como una técnica especialmente adecuada para la solución de los problemas del tráfico externo. De otro lado, desde una perspectiva funcional, puesto que ambos poseen la misma finalidad. Ello impide la posibilidad de justificar la autonomía teleológica de uno respecto de otro.”³⁰⁵

II.- Determinación del derecho marítimo

Bielsa propugna que todo examen del vocabulario jurídico que contribuya a la aclaración y a la depuración de los conceptos debe estimarse como útil en algún grado y que si en alguna disciplina esto es más necesario es en el derecho.³⁰⁶ A mayor abundamiento, Montiel advierte que las definiciones en el campo de derecho, tienen por objeto esencial brindar una idea aproximada, pero difícilmente acabada, de la cosa, negocio o relación jurídica a que se refiere.³⁰⁷ Partiendo de lo anterior, y a efecto de aclarar el alcance de este trabajo, es menester delimitar los significados tanto del derecho marítimo como del derecho internacional privado. Pues, independientemente de la metodología que deba aplicarse a la hora de determinar el ordenamiento jurídico que ha de conocer de los asuntos marítimos en los cuales estén presentes supuestos extranjeros, es necesario definir con certeza tanto al derecho marítimo como al derecho internacional privado. O, como explica Álvarez: “en primer lugar, delimitar la concepción que se adopta respecto al contenido del derecho marítimo y del derecho internacional privado, y precisar que realidad integra el objeto de ambas disciplinas, para contraponerlas y ubicar correctamente las coordenadas de estudio que ahora se presenta.”³⁰⁸

Delimitar el derecho marítimo es una labor no exenta de complejidad, tanto en orden desfijar la materia como al precisar su naturaleza. Desde una perspectiva muy

³⁰⁴ Fernández Rozas, Juan Carlos, CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RELEVANCIA DEL DERECHO UNIFORME EN LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO EXTERNO PRIVADO, EN Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, t IV, Civitas, Madrid, 1996, p. 5209. Recuperado el 12 de septiembre de 2020 en <https://core.ac.uk/download/pdf/19712519.pdf>

³⁰⁵ Ibidem, P. 5210.

³⁰⁶ Bielsa, Rafael, LOS CONCEPTOS JURÍDICOS Y SU TERMINOLOGÍA. Editorial Depalma. 3ª edición aumentada. Buenos Aires. 1961, p. 9.

³⁰⁷ Montiel, Luis, CURSO DE DERECHO DE LA NAVEGACIÓN. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1976. Página 1.

³⁰⁸ Álvarez 2000, p. 20.

amplia, es posible asumirlo como el conjunto de normas producto de convenciones internacionales, leyes internas, costumbres y principios que gobiernan la determinación de los espacios acuáticos, el uso de estos y la navegación de los buques y el comercio marítimo. Partiendo de esta cosmovisión, encontramos que esta asignatura se relaciona con realidades de naturaleza diversa: penal, laboral, ambiental, administrativa, comercial, etc. Adicionalmente, los aprietos no acaban al tratar de delimitar su contenido pues sucede que tampoco hay unidad, legislativa o doctrinal, a la hora de denominar esta disciplina. Así, Gabaldón plantea: “El término derecho marítimo no es unívoco, sino que cuenta, en realidad, con diversas acepciones, tanto en el plano conceptual como en el meramente terminológico. Así, en los ámbitos académicos cuando en los profesionales se asiste a denominaciones tales como derecho marítimo, derecho de la navegación marítima, derecho marítimo internacional, derecho comercial marítimo, derecho del mar, etcétera.”³⁰⁹

Atendiendo a las consideraciones precedentes, es necesario indicar que un análisis exhaustivo sobre el concepto del derecho marítimo excede el propósito de este trabajo, por tal razón, se entenderá, a los únicos efectos del presente trabajo, que el derecho marítimo es el conjunto de normas que regulan el comercio marítimo y la navegación por agua y se usará de manera indistinta con la acepción derecho de la navegación.

III.- Regulación del derecho marítimo en Venezuela

La base constitucional de las actividades navieras y el régimen de la navegación acuática se encuentra en los numerales 23 y 26 del Artículo 156 del texto fundamental, estas normas disponen que son competencias del Poder Nacional las políticas y legislación en materia naviera y el régimen de la navegación y el transporte marítimo, fluvial y lacustre de carácter nacional.³¹⁰ Así pues, la legislación concerniente a esta materia concierne de manera expresa al Poder Público Nacional. En desarrollo del tal precepto, la Comisión Legislativa Nacional, decretó la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, a través de la cual se ordenó al Ejecutivo Nacional presentar el Proyecto de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares y adecuar la legislación marítima a la Constitución.³¹¹ Como

³⁰⁹ Gabaldón García, José Luis, CURSO DE DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL. DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL PÚBLICO Y PRIVADO Y OTROS CONTRATOS MARÍTIMOS INTERNACIONALES, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 37.

³¹⁰ República Bolivariana de Venezuela, CONSTITUCIÓN, Gaceta Oficial N° 36.860 de 30 de diciembre de 2020.

³¹¹ República Bolivariana de Venezuela, LEY DE REACTIVACIÓN DE LA MARINA MERCANTE NACIONAL Gaceta Oficial N° 36.980 de 26 de junio de 2000.

resultado de lo anterior, se construyó un conjunto normativo que se conoce en doctrina como la legislación acuática y que se compone con la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, Ley General de Marinas y Actividades Conexas, Ley de Pesca y Acuicultura, Ley General de Puertos, Ley de Zonas Costeras, Ley de Comercio Marítimo y Ley de Procedimiento Marítimo. Cada una de ellas creada para regular aspectos específicos del sector acuático.³¹² Dentro de tal estructura, la Ley de Comercio Marítimo regula las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua, en las cuales se contemplan, las normas correspondientes a la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable en los casos marítimos con elementos extraños.

IV.- Internacionalidad del derecho marítimo

Matilla enseña que: “La navegación marítima, y la del transporte en particular, son una realidad preferentemente internacional, no regulada expresamente en cuanto tal en los Ordenamientos Jurídicos estatales, en los que hay más bien normas y principios aplicables a las relaciones internas y sistemas e instituciones diferentes. Y son también realidades que se desarrollan en gran medida en espacios internacionales no sujetos a la jurisdicción de ningún Estado, el alta mar (y la zona económica exclusiva).”³¹³

En tanto, Romero Basaldúa, considera que: “En cualquier rama del derecho, la diversidad de legislaciones produce necesariamente conflictos, pero en el derecho de Navegación esos conflictos son más frecuentes, por su carácter cosmopolita, su reconocido internacionalismo, su universalidad y por un elemento objetivo, el buque que en su tráfico internacional permanentemente entra y sale de diversas jurisdicciones, o transcurre en sus trayectos por ámbitos de alta mar, donde no se ejerce ninguna,

³¹² El proceso de creación y el análisis de la legislación acuática ha sido abordada por diferentes autores, De una manera general, quienes estén interesados en profundizar sobre este tema pueden consultar: Cova Arria, Luis, EL NUEVO RÉGIMEN DE LA NAVEGACIÓN EN VENEZUELA Y LA LEY DE COMERIO MARÍTIMO, Caracas, Luis Cova Arria & Asociados, 2002; Cova Arria, Luis, BREVE RESEÑA DE LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MARÍTIMA VENEZOLANA, en el libro III Congreso de Derecho Marítimo. EL NUEVO DERECHO MARÍTIMO VENEZOLANO, Comité Marítimo Venezolano, Caracas, 2004; Omaña Parés, Gustavo Adolfo LA LEGISLACIÓN ACUÁTICA DE VENEZUELA, Caracas, Legis, Caracas; Omaña Parés, Gustavo Adolfo, ANTECEDENTES, NATURALEZA Y PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN ACUÁTICA VENEZOLANA, en la revista Doctum, Universidad Marítima del Caribe, Caracas, 2003; Sánchez, María del Cielo, ESTUDIO DE LA LEGISLACIÓN ACUÁTICA NACIONAL, Dirección de Investigación y Postgrado de la Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe, Catia la Mar, 2005.

³¹³ Matilla Alegre, Rafael, INTERNACIONALIDAD DEL DERECHO MARÍTIMO Y JURISDICCIÓN INTERNACIONAL, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 50.

llevando a bordo una comunidad viajante, según se ha analizado, portadora de una pluralidad de vínculos, renovados, y situados en diversos países.”³¹⁴

Este carácter trashumante del buque obliga a los operadores marítimos y jurídicos a conocer cuál es la estructura de derecho internacional privado aplicable en los países donde puedan presentarse eventuales litigios y, adicionalmente, si la solución de estos corresponde la jurisdicción estatal o si también es aceptable la arbitral.

V.- El derecho internacional privado

Al igual que con el derecho marítimo, es difícil definir al derecho internacional privado. La Academia lo entiende como el conjunto de principios y normas que establecen la respuesta jurídica para aquellas situaciones privadas internacionales que, por estar conectadas con dos o más sistemas jurídicos mediante ciertos elementos de extranjería, se hallan afectadas por la contradicción normativa existente entre dichos sistemas.³¹⁵

Pero, no existe una visión única sobre el contenido de esta asignatura. Sáenz, por ejemplo, transcribe 13 definiciones, solo de autores latinoamericanos.³¹⁶ De entre estas, transcribimos aquí las siguientes, 1) Lecompte: “el estudio de los principios y normas jurídicas que tienen por objeto la nacionalidad de las personas, los derechos de los extranjeros y la determinación de la competente jurisdicción o la ley aplicable, cuando quiera que surjan conflictos de derecho entre personas de distinta nacionalidad o se establezcan relaciones que estén dentro de la órbita de distintos Estados.”³¹⁷, 2) Zabala: “el conjunto de reglas que sirven para decidir los conflictos entre legislaciones de diversos Estados”³¹⁸, 3) Arellano: “el conjunto de normas jurídicas de derecho público que tienen

³¹⁴ Romero Basaldúa, Luis, GENTE DE MAR. CONTRATO DE AJUSTE. Lerner Editora, S. R. L. Buenos Aires, 2008

³¹⁵ Real Academia Española, DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO, recuperado el 04 de julio de 2020 en <https://dpej.rae.es/lema/derecho-internacional-privado>

³¹⁶ Sáenz Carbonell, José Francisco, ELEMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 2da edición. Instituto del Servicio Exterior Manuel María Peralta del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica, San José de Costa Rica, 2016, pp. 6 a 9.

³¹⁷ Lecompte Luna, Álvaro, ESQUEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, 1ª edición, Ed. Temis, Bogotá, 1979, p.3. Citado por Sáenz, 2016, pp. 7 y 8.

³¹⁸ Zabala, Francisco, ELEMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL privado, 1ª edición, Editorial Porrúa, México, 1886, p.7. Citado por Sáenz, 2016, p. 8.

por objeto determinar la norma jurídica aplicable en los casos de vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un estado que pretenden regir una situación concreta.”³¹⁹, 4) Echeverría: “lo que verdaderamente viene a caracterizar el derecho internacional privado es la competencia entre las diferentes soberanías, la necesidad de decidir cuál es el Estado que tiene la jurisdicción para conocer de determinado asunto.”³²⁰ De lo anterior se desprende que hay dos visiones, una amplia, que incorpora el estudio de la nacionalidad y los derechos de los extranjeros y otra, que se resume a la selección del orden jurídico competente para conocer de los casos de derecho privado en los cuales se presenten elementos extraños. Para el propósito de esta comunicación, abordaremos el derecho internacional privado solo desde el ámbito conflictual.

VI.- Derecho internacional privado venezolano

Explica Pérez Pacheco que: “El derecho internacional privado venezolano como disciplina jurídica autónoma nace en las aulas universitarias en 1897. Por ello, se afirma que esta materia por muchos años sólo tuvo interés para los profesores universitarios, no haciéndose sentir en la práctica judicial. No obstante, el interés de la academia se extendió al ámbito legislativo, aprobándose así la primera Ley autónoma en materia de derecho internacional privado en el continente americano.”³²¹ Sobre este tema, Maekelt considera que: “La evolución del derecho internacional privado en Venezuela se relaciona directamente con los procesos de su codificación: internacional e interna. Desde el comienzo de este siglo, Venezuela ha participado en la elaboración de los tratados internacionales sobre la materia, tales como los Acuerdos Bolivianos de 1911 y, posteriormente, el Tratado de Derecho Internacional Privado, conocido como Código Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana, Cuba, 1928.”³²²

³¹⁹ Arellano García, Carlos, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Editorial Porrúa, México, 1986, p. 27. Citado por Sáenz, 2016, p. 8.

³²⁰ Echeverría García, Francisco, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, en Revista costarricense de Política Exterior N° 36, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, 2015, pp. 27 a 95. Citado por Sáenz, 2016, p. 9.

³²¹ Pérez Pacheco, Yaritza, APORTES DE LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANA A LA CODIFICACIÓN IUS INTERNACIONAL PRIVATISTA, en Ars Boni et Aequi, Año 10, N° 2, Universidad Bernardo O´Higgins, Santiago de Chile, 2014, p. 52.

³²² Maekelt, Tatiana, LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Comentarios Generales, Separata de la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 146.

Ahora bien, el sistema de derecho internacional privado venezolano, tiene base constitucional, se estructura, pero no se agota, en torno a la Ley de Derecho Internacional Privado, que contiene las instituciones y principios, y se complementa con las disposiciones de derecho internacional público vigentes sobre la materia y las disposiciones establecidas en leyes especiales posteriores a la LDIPr.

El fundamento constitucional de la materia se halla en el Artículo 156 numeral 32 de la Carta Magna, el cual establece que es competencia del Poder Público Nacional la legislación en materia de Derecho internacional privado. Mas, tomando en cuenta que la Ley de Derecho Internacional Privado es anterior al texto constitucional se presenta la interrogante acerca de la eficacia de este texto legal. Sobre este particular, Guerra explica: “La Doctrina ha señalado que la LDIP sigue vigente a pesar de ser preconstitucional. La base de esta afirmación se encuentra en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución venezolana, que ordena mantener en vigencia la normativa que no contradiga esta Constitución”.³²³ Pero ¿se puede afirmar la Ley de Derecho Internacional Privado no contradice el texto fundamental? Una respuesta a lo anterior amerita, sin duda, interpretar la validez de la norma de Derecho Internacional Privado en el entorno constitucional. Madrid dice: “La necesidad de que la norma subconstitucional se ajuste a la Constitución no hace más que reflejar, de alguna manera, la tesis de la jerarquía de las fuentes de Kelsen. En cambio, el hecho que todas las normas del sistema deban ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales podría generar cierta invasión de estos sobre las demás normas del sistema, con el añadido de que esta situación podría generar cierta inseguridad jurídica.”³²⁴ En principio, coincidimos que la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 es aplicable en el marco de la Constitución de 1999, empero, no de manera apriorística. La aplicación de la Ley de Derecho Internacional Privado procede, en orden de resolver una cuestión concreta, una vez que se verifique la adaptación de la norma de menor rango a la Constitución. Es decir, siempre que se pretenda la aplicación de esta o cualquier otra regulación preconstitucional, es imperativo revisar la constitucionalidad de esta. El juez, a quien compete, debe valorar si, en el caso en presencia, la norma de DIPr se subsume realmente en el marco constitucional. Pero, como enfatiza Melo: “Debe advertirse que la interpretación judicial

³²³ Guerra Hernández, Víctor Hugo, LÍMITES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Caracas, Editorial Jurídica Diké, Caracas, 2013, p. 157

³²⁴ Madrid Martínez, Claudia, CONSTITUCIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 10, Caracas, Editorial RVLJ, 2018, p. 228. Recuperado el 09 de septiembre de 2020 en <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-I-227-267.pdf>

no puede tener como consecuencia resultados que puedan constituirse, en la práctica, en una sustitución de actividades legislativas.”³²⁵ Por tanto la labor interpretativa debe ceñirse, en todo momento, al espíritu, propósito y razón del texto fundamental, y, como consecuencia de esta valoración constitucional, el juez debe asegurar que la aplicación de la Ley de Derecho internacional privado no vulnere los preceptos constitucionales, y que los contenidos y principios de la ley deben aplicarse de la misma forma que una legislación aprobada en el marco de la Constitución vigente. En estos términos ¿cómo influye la Constitución al sistema venezolano de derecho internacional privado? Guerra dice que la discusión del DIPr y el derecho constitucional apunta más a un control del DIPr por la vía de las garantías y derechos procesales que a una regulación expresa constitucional.³²⁶ Ciertamente, no puede ser de otra forma, ya que el constitucionalista deja al desarrollo legislativo la determinación del tratamiento del derecho internacional privado, por tanto no lo desarrolla, pero entiende que tanto las normas contenidas en la LDIPr como las que puedan desarrollarse en cualquier otra legislación especial deben someterse al texto constitucional.

VII.- Derecho marítimo internacional privado

Chami ilustra que: “En la actividad navegatoria encontramos tanto casos absolutamente internacionales -aquellos que desde el principio presentan elementos extranjeros- como casos relativamente internacionales-casos que nacen sin elementos extranjeros pero que en su desarrollo lo adquieren- como también con casos nacionales -casos sin elementos extranjeros-.”³²⁷ Así, en el universo del transporte marítimo y la navegación por agua, debido al carácter mobiliario de los buques, que pueden desplazarse por aguas sometidas a la soberanía de diferentes estados y por la diversidad de nacionalidades y domicilios de quienes trabajan a bordo, los supuestos de hecho en los que están presentes elementos de extranjería son más frecuentes que en otras áreas. Atendiendo a esta realidad, y a efectos de esta investigación, se hace imprescindible explicar los mecanismos que relacionan al derecho internacional privado con el derecho marítimo.

Arjona manifiesta: “En derecho internacional privado se acepta la autonomía y

³²⁵ Melo López, Luis Emilio, EL JUEZ EN EL LABERINTO DE LA INTERPRETACIÓN, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, N° 10, Caracas, Editorial RVLJ, 2018, p. 291 Recuperado el 09 de septiembre de 2020 en <http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-I-227-267.pdf>

³²⁶ Guerra, Límites..., p. 165.

³²⁷ Chami. Manual, p.84.

universalidad del derecho marítimo para no incurrir en el error de asimilaciones artificiales, ni aceptar ficciones que necesariamente habrían de producirse si se estimasen aplicables sin más a las instituciones de derecho marítimo, las normas de conexión del derecho civil.”³²⁸ Esta apreciación permite comprender la causa de la existencia de normas de derecho internacional privado especiales

En otro orden, Pereznieto y Silva señalan que la enseñanza del derecho internacional privado se divide en una parte general, la cual, como su nombre lo indica, está enfocada a la teoría general de la materia y que, al lado de esa parte general existe una parte especial.³²⁹ Igualmente, plantean estos autores que la parte especial del DIPr no tiene en todos los países un contenido único y unánimemente aceptado.³³⁰ En este orden de ideas, consideramos que el derecho marítimo internacional privado debe entenderse integrado en la parte especial. Siendo así, cabe explicar tal perspectiva, en orden de justificar la especialidad del Dmipr dentro de la esfera del DIPr: 1) Al momento de ubicarlo en la parte especial del derecho internacional privado es necesario precisar que el derecho marítimo internacional privado regula relaciones patrimoniales, 2) El contenido de la materia es específico -las actividades inherentes a la navegación por agua y el comercio marítimo -, 3) El derecho marítimo internacional privado puede ser regulado por normas autónomas, como es el caso venezolano y, 4) El derecho marítimo internacional privado puede enseñarse en un curso independiente.

A modo de colofón, si bien el derecho marítimo internacional privado puede gozar de cierta autonomía legislativa y didáctica, lo hace en el entendido que las instituciones fundamentales de la asignatura están establecidas en la parte general y la interpretación debe hacerse con acuerdo a los principios generales que informan la asignatura. En conclusión, el derecho marítimo internacional privado no es un derecho autónomo, pero si es un área especial dentro de la disciplina del derecho internacional privado.

³²⁸ Miguel Arjona Colombo, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, parte especial, Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1954, p. 441.

³²⁹ Pereznieto Castro, Leonel y Silva, Jorge Alberto, DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Parte especial. Segunda edición, Oxford University Press, México, 2007, p. 3.

³³⁰ Ibidem, p. 13.

VIII.- Derecho marítimo internacional privado venezolano.

En atención a lo indicado, en Venezuela, tanto el derecho marítimo como el derecho internacional privado están regulados por leyes especiales. Cada una de ellas gobierna aspectos concretos del universo jurídico, pero como la realidad no se estructura en compartimentos estancos y aislados entre ellos, si no, por el contrario, que se conciertan las distintas disciplinas para poder solventar los problemas jurídicos específicos. Así, un mismo asunto, que, por su naturaleza, interese a diversas ramas del saber jurídico, *exempli gratia*: mercantil, ambiental, administrativo y penal, debe ser abordado, aceptando su complejidad y los aspectos particulares de cada una de estas disciplinas, pero, con el propósito de armonizarlas a fin de dar una solución jurídica integral.

Los artículos 1 y 2 de Ley de Comercio Marítimo prescriben que sus normas aplican a los buques y a los hidroaviones nacionales o extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la República; a los buques nacionales que se encuentren en alta mar o aguas jurisdiccionales de otro país; a cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación destinada o no a ella; a las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas en el espacio acuático Nacional, salvo disposición expresa en contrario establecida en la ley. En tal sentido, cuando en cualquiera de los supuestos anteriores, se ubiquen elementos de extranjería, los conflictos que se presenten deben ser resueltos de acuerdo con lo estipulado en la LCM.³³¹

La Ley de Comercio Marítimo, especial en todo lo que tiene que ver con la navegación y el comercio por agua, contiene una serie de disposiciones de DIPr, las cuales deben interpretarse a tenor de los principios establecidos en la Ley de derecho internacional privado. De la lectura de ambas normativas, pero, en especial, de acuerdo con lo expresamente establecido en el Artículo 3 de la LCM en los supuestos de hecho previstos marítimos en los cuales estén presentes elementos extraños, se aplicará lo dispuesto en la Ley de Comercio Marítimo y, supletoriamente, lo contemplado en la Ley de Derecho internacional privado, pero desarrollando las instituciones y aplicando los principios contenidos en esta última. De este modo, Hernández-Bretón señala que: “Particularmente, la aplicación de eso que hemos llamado derecho internacional privado

³³¹ Art 1 LCM: Esta Ley tiene por objeto regular las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua. // Art 2. LCM: Las disposiciones de esta Ley se aplican a los buques y a los hidroaviones nacionales o extranjeros que se encuentren en aguas jurisdiccionales de la República; a los buques nacionales que se encuentren en alta mar o aguas jurisdiccionales de otro país; a cualquier construcción flotante apta para navegar, carente de propulsión propia, que opere en el medio acuático o auxiliar de la navegación destinada o no a ella; a las islas artificiales, instalaciones y estructuras situadas en el espacio acuático Nacional, salvo disposición expresa en contrario establecida en la ley.

marítimo se efectuará respecto de las materias objeto de la Ley de Comercio Marítimo “que tengan relación con ordenamientos jurídicos extranjeros”. Para tales efectos, el artículo 3 de la Ley de Comercio Marítimo establece la jerarquía de las fuentes para regular esos casos. En tal sentido, se habrá de acudir, en riguroso orden, primero a las normas de derecho internacional público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto se aplicarán las normas de derecho internacional privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de derecho internacional privado generalmente aceptados. El propio texto de tal lista hace evidente la influencia que ha tenido en la misma la disposición equivalente del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (“LDIP”).”³³²

IX.- La administración de justicia en Venezuela y los casos de derecho marítimo internacional privado.

Guerra asevera que la Constitución consagra de manera expresa la idea de la jurisdicción como un atributo de la soberanía del Estado (art. 5) y en tal sentido, entiende que la emanación de la soberanía venezolana corresponde, fundamentalmente, a las autoridades gubernamentales venezolanas, específicamente al Poder Judicial (art. 253).”³³³ En desarrollo de lo anterior, el Estado determina, entre otras cosas, el alcance de la jurisdicción y su forma de organización. En el primer aspecto, tiene la potestad de establecer cuando el ejercicio de la administración de justicia le corresponde en exclusividad y cuando puede ser delegado a terceros, como es el caso de los tribunales arbitrales y, como debe organizarse competencialmente, con acuerdo al territorio, la cuantía o la especialidad.

En tal contexto, el legislador ha establecido un marco judicial específico, en el cual, como señala Villarroel: “La Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos creó la jurisdicción marítima tomando en consideración dos elementos fundamentales, por una parte, el lugar geográfico, que abarcaría la jurisdicción en el espacio nacional, y, por otra

³³² Hernández-Bretón, 2011., p.119.

³³³ Guerra Hernández, Víctor Hugo, ¿ES INDEROGABLE LA JURISDICCIÓN VENEZOLANA EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO? REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO. En Revista de la Asociación Venezolana de derecho Marítimo, N° 13 -2 de la segunda etapa, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2018, p. 78. Recuperado el 06 de septiembre de 2020. https://284882bc-e3d8-467b-81a7-15f0c9450605.filesusr.com/ugd/7a5940_3a7c3cc0e58b4fa18d40d2cf75f42187.pdf

parte, el buque como elemento para determinar la jurisdicción del juez venezolano, independientemente del factor geográfico antes mencionado, ya que los tribunales de la república tendrían jurisdicción sobre los buques inscritos en el Registro Naval Venezolano independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren.”³³⁴ Vale decir, que los artículos 125 y 128 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos prescriben que a los jueces superiores y de instancia con competencia marítima corresponde el conocimiento de las causas marítimas.³³⁵

Al analizar la jurisdicción acuática en el contexto de la aplicación del derecho internacional privado, Hernández-Bretón explica que: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los temas del comercio marítimo y de la navegación por agua en la medida y en los casos en que estén dados los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en la normativa venezolana aplicable.”³³⁶

X.- Alcance del derecho marítimo internacional privado

Las normas de conflicto existentes en la Ley de Comercio Marítimo se aplican en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1 de la LCM a las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua en los cuales estén presentes elementos de extranjería y pueden dividirse en dos categorías: contractuales y extracontractuales. Y, las contractuales, a su vez, pueden subdividirse en contratos de utilización del buque (contratos de arrendamiento, fletamento y de transporte marítimo de bienes y personas) y otros contratos (contratos de construcción naval, compraventa, remolque, seguros marítimos, inspecciones navales, etc.) quedando excluidas las contrataciones laborales.

El estudio pormenorizado de la determinación del ordenamiento jurídico adecuado, la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los distintos supuestos de derecho marítimo internacional privado ameritan un tratamiento que supera por mucho el

³³⁴ Francisco Villarroel Rodríguez, JURISDICCIÓN MARÍTIMA VENEZOLANA, TRIBUNALES MARÍTIMOS VENEZOLANOS, COMPETENCIA MARÍTIMA, PROCEDIMIENTOS MARÍTIMOS, en: Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2011, p. 143.

³³⁵ LEY ORGÁNICA DE LOS ESPACIOS ACUÁTICOS, publicada en Gaceta Oficial N° 5890 extraordinario de 31 de julio de 2008.

³³⁶ Eugenio Hernández-Bretón, “EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS EN LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO”, en: Análisis de 10 años de vigencia de las leyes marítimas venezolanas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2011, p. 298.

propósito y la extensión de este trabajo. Sin embargo, haremos una somera exposición de estos.

A.- Los contratos de utilización de la nave

A la luz de la legislación venezolana, los contratos de utilización del buque constituyen una categoría jurídica, de acuerdo con lo previsto en el Título V de la Ley de Comercio Marítimo y, en el concerniente con la inscripción de los contratos de arrendamiento de buques, en la Ley de Marinas y Actividades Conexas. En este universo, se regula de manera específica el transporte de mercancías, el transporte de pasajeros, el arrendamiento a casco desnudo, el arrendamiento financiero en el Artículo 105 numeral 6 de la Ley de Marinas y Actividades Conexas, el fletamento por tiempo, y el fletamento por viaje y el contrato de remolque.

B.- Los contratos de transporte de bienes y personas y la aplicación del Derecho marítimo internacional privado.

Expone De Castro que el transporte es el conjunto de medios que posibilitan el desplazamiento de bienes y personas. Gran parte del transporte y del comercio internacional que ese realiza entre naciones separadas por océanos, ríos y lagos, siendo este género de transporte denominado acuático.³³⁷ La mayor parte de estas actividades se efectúan en un marco contractual. Aguirre y Fresnedo manifiestan que el Contrato de Transporte es un contrato en el cual un sujeto (el transportador) asume la obligación de llevar una mercadería que entrega a otro sujeto (el expedidor o cargador de un lugar a otro lugar determinado y entregarla a un destinatario (el consignatario o receptor).³³⁸ El contrato de transporte marítimo de bienes se materializa en un documento denominado conocimiento de embarque o *Bill of Lading* (B/L), en el que constan la identificación del buque, la carga, el cargador, el porteador, el consignatario, el nombre y domicilio del capitán, el flete, tanto el puerto de carga como de descarga y todas las condiciones en que viajan las mercancías. En tanto que el transporte de pasajeros se ejecuta mediante el contrato de pasaje.

En Venezuela, se entiende que el contrato de transporte internacional de mercancías por agua es aquel en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete, a transportar mercancías por agua de un puerto a otro que estén ubicados en

³³⁷ De Castro Junior, Osvaldo Agripino. DIREITO MARÍTIMO. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS. En: DIREITO MARÍTIMO MADE IN BRASIL. -De Castro Junior, Osvaldo Agripino, organizador. Lex Editora. S. A. Sao Paulo, 2007, Pág. 50

³³⁸ Aguirre, Fernando y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, TRANSPORTE MARÍTIMO. VOLUMEN III. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2011, Pág. 37

estados diferentes, o, siempre que un puerto venezolano sea tocado durante el viaje. La internacionalidad se concreta por el hecho objetivo de estar, en cualquiera de las fases del viaje, en puertos de más de un estado, siendo irrelevante para su determinación si las partes tienen distintas nacionalidades o domicilios. Claro, de presentarse un conflicto, la nacionalidad o domicilio de las partes pueden llegar a ser significativos en el caso concreto, pero estos datos no son los que determinan la internacionalidad de la contratación.³³⁹

El primer aspecto para subrayar, al estudiar el transporte marítimo de bienes y personas en la esfera del derecho internacional privado venezolano es el texto del Artículo 149 de la Ley de Comercio Marítimo: “Las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajeros por agua, son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario.” Esta imperatividad se impone, de igual forma, tanto a las normas materiales y de conflicto. Por tanto, aplican tanto al momento de determinar la competencia judicial internacional como la ley aplicable.

En materia de determinación del foro, la ley diferencia los transportes de bienes y personas dependiendo si ingresan o no a territorio nacional. En tal sentido el Artículo 10 de la LCM prescribe que corresponde a la jurisdicción venezolana conocer en forma inderogable de las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano.

Sobre este punto la doctrina ha dado, básicamente, dos interpretaciones, por una parte, están quienes sostienen que la inderogabilidad prevista en la norma es absoluta y no permite matices (Omaña, Sabatino) y quienes consideran que, dadas ciertas condiciones, puede admitirse una jurisdicción extranjera o arbitral (Hetcht, Ponce, Di Felice).³⁴⁰ Aquí, cabe transcribir la posición de Guerra: “En nuestra opinión, la inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en materia de contratos internacionales de transporte marítimo no hace ningún sentido. La concurrencia de jurisdicciones a elección del demandante o, de las partes en casos de sumisión expresa o tácita, nos parece que brinda una respuesta más adecuada a la noción actual del concepto de jurisdicción, que se relaciona con el acceso efectivo del individuo a la adecuada administración de justicia y a la eficacia de las sentencias.”³⁴¹

En aquellos casos donde resulte aplicable el Código Bustamante, la solución está establecida en el Artículo 318 de este instrumento: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones

³³⁹ Omaña, 2019, p. 578

civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación.”

Con relación a la ley aplicable, para el contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque, está claro que las disposiciones previstas en la Ley de Comercio Marítimo son de carácter imperativo.

Cuando un supuesto se rija por lo dispuesto en el Código Bustamante, aplica lo previsto en el Artículo 285: “El fletamento, si no fuere un contrato de adhesión, se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías. Los actos de ejecución del contrato se ajustarán a la ley del lugar en que se realicen.”

³⁴⁰ El artículo 10 de la Ley de Comercio marítimo ha sido examinada durante los últimos años por varios autores, vg.; Omaña Parés, Gustavo Adolfo, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO. (REGULACIÓN DE JURISDICCIÓN EN VENEZUELA DEL TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL). Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2019. En este texto, el autor cambia el criterio expuesto en Omaña Parés, Gustavo Adolfo, LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN MARÍTIMA COMERCIAL DE VENEZUELA, en Revista Foro de Derecho Mercantil N° 8, Legis, Bogotá, 2005, p. 142. De igual manera, esta materia ha sido objeto de análisis y debate en la doctrina venezolana, al respecto vale mencionar: Di Felice, Cindy, LA SUMISIÓN EN CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSPORTE DE MERCANCIAS POR MAR EN EL SISTEMA VENEZOLANO, en REVISTA DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO N° 14-3, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2019. Disponible en https://284882bc-e3d8-467b-81a7-15f0c9450605.filesusr.com/ugd/7a5940_bcc26b5e5f414240a008c893065278b6.pdf, Guerra Hernández, Víctor Hugo, ¿ES INDEROGABLE LA JURISDICCIÓN VENEZOLANA EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO? REFLEXIONES SOBRE EL ART. 10 DE LA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO, en REVISTA DE LA ASOCIACIÓN VENEZOLANA DE DERECHO MARÍTIMO N° 13-2, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2019. Disponible en https://284882bc-e3d8-467b-81a7-15f0c9450605.filesusr.com/ugd/7a5940_3a7c3cc0e58b4fa18d40d2cf75f42187.pdf, Ponce Freyes, Gerardo Javier, LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS COMPROMISORIAS EN LOS CONTRATOS DE TRANSPORTES DE MERCANCIAS Y PASAJEROS QUE INGRESAN A TERRITORIO NACIONAL, EN Derecho marítimo iberoamericano, vol. II - Blanco, María coordinadora., Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo Editorial jurídica Venezolana, Caracas, 2019. Hetcht Pérez, José Otilio, JURISDICCIÓN ARBITRAL EN MATERIA DE CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCIAS. En primeras jornadas de Derecho procesal marítimo. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015. Sabatino Pizzolante, Iván Darío, La Jurisdicción acuática, En primeras jornadas de Derecho procesal marítimo. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2015. Álvarez Ledo, Tulio, Contrato de transporte marítimo. En III Congreso de Derecho marítimo. El nuevo Derecho marítimo venezolano. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Caracas, 2004.

³⁴¹ Guerra, 2018, p. 84.

C.- Los contratos de arrendamiento y fletamento de buques y la aplicación del Derecho marítimo internacional privado.

El Artículo 150 de la Ley de Comercio Marítimo contempla que Las disposiciones relativas a los contratos de arrendamiento a casco desnudo y de fletamento son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que la ley disponga lo contrario. Por tanto, en este tipo de relaciones priva el principio de la autonomía, ya sea a la hora de determinar la jurisdicción competente (estatal o arbitral) o la legislación aplicable.

En este sentido Sabatino excogita: “La autonomía de la voluntad expresada por las partes en el momento de la conclusión del contrato, y orientada a que conflictos futuros sean resueltos bajo el conocimiento de un tercero, se basa en la existencia de una serie de elementos inherentes a las dos variantes, arbitral y jurisdiccional, en la cual grosso modo se busca la mayor seguridad jurídica, imparcialidad y objetividad en una decisión que afecte los intereses de las partes...”³⁴² Con relación a la interpretación de las normas contentivas de la voluntad de las partes Bolinaga expone que se debe necesariamente afirmar que la finalidad de la labor del intérprete -jueces, árbitros o abogados- consiste fundamentalmente en averiguar y comprender el sentido y alcance del consentimiento dado por las partes contratantes y, por ende, de cuál fue la voluntad de las mismas a la hora de pactar un contrato de fletamentos, arrendamientos a casco desnudo o las subespecies de más reciente creación como el COA, *Tripcharter* o viajes consecutivos, entre otros.³⁴³

Cuando la determinación de la ley aplicable competa al Código Bustamante, si las partes no han manifestado su voluntad, el fletamento se regirá por la ley del lugar de salida de las mercancías. Y, con relación a la competencia judicial internacional, se aplicará lo previsto en el Artículo 318 antes señalado.

D.- Los contratos de remolque y la aplicación del Derecho marítimo internacional privado.

El Artículo 312 de la Ley de Comercio Marítimo entiende por contrato de remolque,

³⁴² Sabatino Pizzolante, José Alfredo, LA CLÁUSULA DE JURISDICCIÓN EN EL CONTRATO DE FLETAMENTO, A LA LUZ DE LA JURISDICCIÓN VENEZOLANA, en *El Derecho marítimo en los albores de la tercera década del Siglo XXI. Homenaje al Profesor y Doctor Ignacio Luis Melo Ruiz*. Porrúa, México, 2019, p. 476.

³⁴³ Bolinaga S, Juan José, LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS, en *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo*, Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, 2017, p.40. Recuperado el 05 de septiembre de 2020 https://284882bc-e3d8-467b-81a7-15f0c9450605.filesusr.com/ugd/7a5940_b8e959e7b27d40f5a13c6486b-9cc5726.pdf

aquel por el cual el armador de un buque remolcador se compromete a aplicar la fuerza motriz del buque, para mejorar la propulsión, o permitir el desplazamiento de otro buque, a cambio de una remuneración.

En la Ley de Comercio Marítimo no contempla limitación alguna a la manifestación de la voluntad de las partes en este tipo de contratos por lo cual estas están en libertad de elegir el foro judicial o arbitral que consideren conveniente a sus intereses y a regir la relación por la ley que entiendan más adecuada a estos y, en caso de no hacerlo, se aplicará lo dispuesto en el Artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en lo concerniente a la determinación de la competencia judicial internacional, y, a tenor de lo previsto en el Artículo 30 eiusdem, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. En estos casos, el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

E.- Los riesgos de la navegación y la aplicación del derecho marítimo internacional privado

De acuerdo con Belisario, los Riesgos de la Navegación son más que aquellos casos fortuitos, accidentes o hechos inculpables para quien lo sufre que acaecen, con mayor o menor rareza y gravedad muy variable, en la navegación por los espacios acuáticos, con repercusiones en tripulantes, pasajeros, cargadores, destinatarios, en el buque y en la carga.³⁴⁴ Entre ellos encontramos los abordajes y otros accidentes.

El artículo 320 de la Ley de Comercio Marítimo define al abordaje como, el contacto material violento entre dos o más buques que naveguen o sean susceptibles de navegar en los espacios acuáticos. Chami advierte que este es el hecho ilícito más característico del derecho de la navegación.³⁴⁵ Y uno de los sucesos en los cuales los problemas por la presencia de elementos de extranjería están más presentes. Por tanto, las partes no pueden, a priori, establecer un foro para que conozca de sus disputas. En todo caso, y siempre y cuando no se vulnere el orden público internacional venezolano, y a tenor de lo previsto en el Artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo, una vez producido el hecho

³⁴⁴ Belisario C, Freddy, PROGRAMA ACADÉMICO SOBRE ABORDAJES, AVERÍAS Y SALVAMENTO, Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, p. 2. Recuperado el 16 de septiembre de 2020, <http://saber.ucv.ve/bitstream/123456789/4770/1/ABORDAJE%2C%20AVERIAS%20Y%20SALVAMENTO.pdf>

³⁴⁵ Chami, 2010, p. 869.

generador de la acción, la jurisdicción que corresponda a los tribunales venezolanos, podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje. Pero si las partes llegan a un compromiso o si este no es válido, de acuerdo con lo prescrito en el Artículo 332 de la LCM, además de la jurisdicción que les asigna la ley, los tribunales venezolanos conocerán de los casos de abordajes ocurridos en aguas jurisdiccionales venezolanas, y en las no jurisdiccionales, cuando: 1. Uno de los buques sea de matrícula nacional. 2. Uno de los buques sea embargado en puerto venezolano con motivo del abordaje o se otorgue en dicho lugar fianza sustitutiva. 3. Después del abordaje uno de los buques haga su primera escala o arribe eventualmente a puerto venezolano. En Venezuela está previsto que el juez pueda declinar su competencia judicial internacional a favor de tribunales extranjeros, en tal sentido el Artículo 333, dispone que en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del Artículo 332 de la LCM y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado. Se configura así, un *fórum non conveniens*, como una institución excepcionalísima en el ordenamiento jurídico venezolano.³⁴⁶

En materia de ley aplicable, el Artículo 331 *iusdem* establece que los abordajes se rigen por la ley: 1. Del país en cuyas aguas se producen, 2. Por la ley de la nacionalidad de los buques cuando ésta sea común y el abordaje ocurriere en aguas no jurisdiccionales, 3. Si el abordaje ocurriere en aguas no jurisdiccionales y los buques son de distinta nacionalidad, cada uno está obligado en los términos de la ley de su bandera y, 4. Por las normas contenidas en convenciones, tratados, convenios o acuerdos, cuando los abordajes ocurran entre buques que enarbolan pabellones de Estados adherentes o ratificantes de aquellos.

En Venezuela se entiende por colisión, al contacto material violento entre un buque

³⁴⁶ El *Forum non conveniens* es una institución novedosa que aun debe en Venezuela un desarrollo judicial. Pero si ha sido objeto de varios estudios, entre los cuales mencionamos: Omaña, Gustavo, ASPECTOS PROCESALES DEL FORUM NON CONVENIENS EN LOS CASOS DE ABORDAJE MARÍTIMOS DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA. En Primeras Jornadas de Derecho procesal marítimo. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas. 2015. Jreije Egger, Anita, APLICACIÓN DE LA DOCTRINA FORUM NON CONVENIENS EN LOS CASOS DE ABORDAJE EN LA LEGISLACIÓN MARÍTIMA VENEZOLANA, Libro homenaje a Carlos A. Matheus. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Comité Marítimo Venezolano. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015 y Cova Arria, Luis, LA DOCTRINA DEL *FORUM NON CONVENIENS* Y LA NUEVA LEY DE COMERCIO MARÍTIMO DE VENEZUELA. En Estudios de Derecho Marítimo en Homenaje al Doctor José Domingo Ray, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

y uno o varios objetos fijos en el agua o en un puerto. En estos casos, a falta de una decisión de las partes, el juez venezolano tendrá jurisdicción para conocer, en virtud de lo estipulado en el Artículo 40, numeral 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que precisa que Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse o que se deriven de hechos verificados en el mencionado territorio de la República. Igualmente, en virtud de lo determinado en el Artículo 29*eiusdem*, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes.

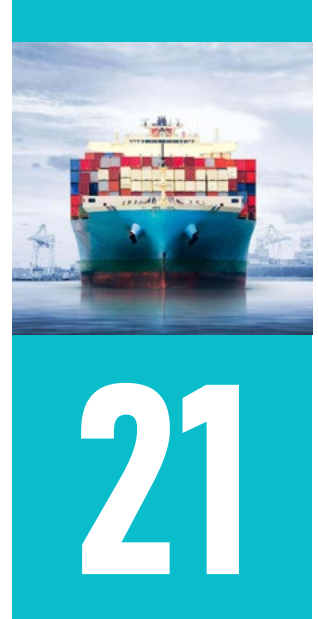
Pasando a otro tema, el Artículo 336 de la LCM entiende que son operaciones de salvamento los actos o actividades realizadas para auxiliar o asistir a un buque o para salvaguardar otro bien que requiera ser salvado, en aguas navegables o en otro espacio acuático. El Artículo 364*eiusdem* prevé que, salvo acuerdo entre las partes: 1. La ley venezolana se aplicará a los salvamentos efectuados en aguas jurisdiccionales venezolanas. 2. La distribución de la recompensa entre el propietario del buque salvador y las personas al servicio de dicho buque se rige por la ley de su pabellón. Los salvamentos pueden originar obligaciones contractuales y extracontractuales, con relación a las primeras, las partes pueden, en ejercicio de su libertad contractual, determinar la jurisdicción que más convenga a sus intereses, pero, si no, de ser aplicable lo previsto en el Artículo 11 de la Ley de Comercio Marítimo, una vez ocurrido el hecho generador de la acción, la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje. En el supuesto que no exista una manifestación válida de la voluntad de las partes, se deberá acudir a lo establecido en el Artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

En materia de averías, el legislador no reguló la jurisdicción, por tanto, debe entenderse que, una vez ocurrido el hecho generador de la acción, las partes podrán acordar la jurisdicción que más convenga a sus intereses. Pero, si las partes no pactan válidamente al respecto el problema se resuelve de acuerdo con lo ordenado en el Artículo 40 de la Ley de derecho internacional privado: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial: 1. Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República; 2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio; 3. Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República. Por otra parte, el Artículo 373 dispone que, salvo acuerdo entre las partes: 1. La ley de la nacionalidad del buque determina la naturaleza de la avería gruesa o común; los elementos, formalidades y la obligación de contribuir, 2. La ley del país en cuyo puerto

“Introducción al derecho marítimo internacional privado venezolano.”
por **Omaña Gustavo**

se verifique el acto o el gasto de la avería gruesa o común, rige la liquidación y prorrateo de ésta.

Finalmente, quiero agradecer a los profesores Juan José Bolinaga y Víctor Hugo Guerra Hernández por haber tenido la amabilidad de leer y criticar este trabajo. Sus consejos han sido altamente apreciados.



Uso del gas natural licuado (L.N.G.) como combustible de buques.

Erick Alejandro Oms ³⁴⁷
ARGENTINA

INTRODUCCIÓN.

La preservación del Medio Ambiente es uno de los grandes temas de la agenda internacional de los diferentes países. Los doctrinarios del derecho de la navegación, la han incluido entre las actividades reguladas por el derecho y han señalado “*que una de las notas características del derecho marítimo contemporáneo es la tendencia a la protección del medio ambiente, aguas y costas*”.³⁴⁸

En armonía con dicha obligación, la Organización Marítima Internacional, a lo largo de

“Uso del gas natural licuado (I.N.G.) como combustible de buques.”
por **Oms Erick Alejandro**

su historia ha acompañado y fomentado la protección del medio ambiente.

Dado que el medio marino sufre más a causa de los residuos sólidos y líquidos que llegan al mar por los ríos, y de los desechos gaseosos que contaminan la atmósfera primero, para caer luego sobre el mar cuando llueve³⁴⁹, el pasado 19 de mayo de 2005 se comenzó a escribir un nuevo capítulo en protección al ecosistema marino mediante la incorporación del Anexo VI al convenio MARPOL 73/78, sobre *“Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques”*.

El Anexo establece límites a las emisiones de óxidos de azufre y de óxidos de nitrógeno proveniente de los escapes de los buques, prohibiendo las emisiones deliberadas de sustancias que agotan el ozono.

Según la Organización Marítima Internacional, el transporte marítimo solo es responsable del 3 % de las emisiones globales de CO₂, aunque también le adjudica el 15 % de las de óxidos de azufre (SO_x) y entre el 20y 30 % de las de óxidos de nitrógeno (NO_x), amén de otros contaminantes que tienen repercusiones sobre la salud de las personas y el medio ambiente.

Dado que es prácticamente imposible que los combustibles derivados del petróleo pesado utilizados en la actualidad estén disponibles en una versión “Sin-Azufre”, existen tres opciones para que los propietarios de buques puedan cumplir las nuevas normas: el uso de diesel marino (Marine Gasoil MGO), lo que se traducirá en un aumento muy considerado en los costos de operación; la instalación de depuradores de humo a bordo de los buques, opción costosa e insatisfactoria para el medioambiente, y finalmente la utilización del gas natural licuado (LNG) como combustible, tema del que nos ocuparemos en el presente artículo ³⁵⁰.

³⁴⁷ Abogado. Egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la U.N.L.P - Argentina. Docente. Investigador. Prof. Titular de las Cátedras de Derecho del Transporte de la Universidad del Salvador y de Derecho de Marítimo y Aeronáutico de la Universidad Católica de La Plata. Adjunto (i) de la Cátedra de Derecho Marítimo de la Universidad Nacional de La Plata. Profesor de Posgrado de la Universidad Austral. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo y del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Conferencista nacional e internacional. Asociado de la firma “Lesmi y Moreno”- Abogados.

³⁴⁸ Ray, José D. (1992) Derecho de la Navegación, T.I, cap. III, p.255 y ss.

³⁴⁹ González Lebrero, Rodolfo A.(2000), Manual de Derecho de la Navegación. Ed. Depalma, 2000, pág. 605.

³⁵⁰ ChaddiMahmoud. “Análisis de la utilización del LNG en los buques de pasaje en España, desde una perspectiva legislativa - ambiental”.2014 Proyecto Final de Carrera / Diplomatura en Navegación Marítima Universitat Politècnica de Catalunya. Facultat de Náutica de Barcelona.

EL GAS NATURAL LICUADO UTILIZADO COMO COMBUSTIBLE.

Recordemos que el LNG o Gas Natural Licuado, es el gas que ha sido procesado para ser transportado en forma líquida. Es la mejor alternativa para monetizar reservas en sitios apartados, donde no es económico llevar el gas al mercado directamente por gasoducto o indirectamente, transformado en electricidad.

El gas natural es transformado en líquido a presión atmosférica y -160°C . La licuación reduce en 600 veces su volumen para poder ser transportado.

Se dice que el GNL es un líquido criogénico. El término “criogénico” significa baja temperatura, generalmente por debajo de -73°C . El GNL es un líquido puro, con una densidad de alrededor del 45% de la densidad del agua.

El gas natural está compuesto principalmente por metano, pero también contienen etano, propano e hidrocarburos más pesados. Pequeñas cantidades de nitrógeno, oxígeno, dióxido de carbono, compuesto de azufre y también pueden ser encontrado en baja proporción agua.

Su utilización como combustible en *vehículos es considerada de casi cero emisiones, pues eliminan óxidos de azufre, de nitrógeno, partículas y reducen sustancialmente las emisiones de CO₂.*

En la actualidad la flota propulsada a Gas Natural Licuado creció a nivel mundial de 118 buques en operaciones a finales de 2017 (entre los que encontramos, buques metaneros, ferris de pasaje, remolcadores y porta contenedores de más de 14.000 Teus); a 143 en el 2018; existiendo más de 135 buques en construcción ³⁵¹.

Los operadores, indican que para el presente año 2020 se espera un crecimiento del 87% de buques propulsados a GNL, hasta alcanzar un total de 254 en 2020 ³⁵².

Un informe presentado por la Sociedad de Clasificación DNV GL, estima que para el año 2050, el Gas Natural Licuado pasará a ser el combustible más utilizado en el transporte marítimo ³⁵³.

³⁵¹ RMF. rm-forwarding.com, 2019.

³⁵² [Rhttps://gasnam.es/numero-buques-propulsados-gnl-aumentara-87-2020/](https://gasnam.es/numero-buques-propulsados-gnl-aumentara-87-2020/)

³⁵³ <https://www.cadenadesuministro.es/noticias/el-gnl-sera-el-combustible-marino-mas-utilizado-en-2050/>

“Uso del gas natural licuado (I.N.G.) como combustible de buques.”
por **Oms Erick Alejandro**

Aseguran los expertos, que el *Gas Natural Licuado* es la única alternativa económicamente rentable a los combustibles convencionales en el transporte pesado y, además, la solución a la contaminación ambiental a corto plazo.

Adentrándonos más en tema, debemos diferenciar cuando el LNG es utilizado para consumo de los buques metaneros, es decir aquellos que transportan dicho producto a granel, de aquello que solo lo utilizan como combustible.

En el primer caso, buques metaneros, como el gas en estado líquido tiende a su estado natural, por la propia presión del producto este tipo de embarcación deben ventear el mismo a la atmósfera. Dicho proceso sería comparable con el efecto de un termo cerrado con agua hirviendo donde al aflojar la tapa sale vapor con alta velocidad.

La tecnología a través del proceso del boil-off, permite que esa liberación del producto sea re direccionado hacia las maquinas del buque, permitiendo quemar el mismo y utilizarlo como el propio combustible del buque. Claro es que en el mercado de los fletamentos, dicho términos son acordados en los contratos de fletamento a tiempo. (*“ShellLNGtime 1” y su versión “2”*).³⁵⁴

En el segundo de los casos; como combustible, el LNG es utilizado para alimentar los motores, sin importar la carga que se transporte ni el tipo de buque.

En la actualidad ya contamos con buques portacontenedores, car-carriers, remolcadores de maniobra; ferris y de hasta remolcadores de empuje, como el caso del proyecto argentino para la navegación de la Hidrovía *“Paraguay-Paraná”*, que lo utilizan como combustible en sustitución de los combustibles convencionales. Además debemos destacar que en tráfico Argentina-Uruguay contamos con el primer ferry alimentado a LNG de Sudamérica.

OPERACIONES DE ABASTECIMIENTO DE LNG A UN BUQUE.

Para el caso de los buques que no transportan LNG, sino que solo lo utilizan para su consumo como combustible, existen cuatro opciones para suministrarlo.

La primera, a través de un vehículo cisternas, aisladas al vacío, mediante el cual se abastece de gas natural a embarcaciones nuevas o modificadas con motores de GNL

³⁵⁴ Time Charter Party for the Carriage of LNG (SHELLNGTIME 1/2).PART.I Negotiated Chartering Terms. (a) y (b).

denominada operación TTS (*truck-to-ship*), de aproximadamente 40m³.

El procedimiento implica la transferencia directa de gas natural licuado desde un camión cisterna al barco o un sistema donde más de un camión se conectan a una rampa de descarga desde la cual posteriormente se transfiere al barco.

La segunda operación STS (*ship-to-ship*) en la que intervienen un buque que se amadrina y efectúa el trasvase. Operación similar a una de alije.

La tercera consiste en la carga desde una *terminal* terrestre al buque, denominada TPS (*terminal to ship by pipeline*). Aquí, la instalación fija suele estar compuesta por una instalación de almacenamiento, un muelle dedicado a la carga de GNL (los brazos de carga o mangueras, los conectores y los sistemas/procedimientos de carga), y una tubería desde los depósitos hasta el muelle.

Por último, la cuarta que consiste en el abastecimiento de la carga a través de contenedores normalizados con GNL a los barcos, TCS (*tanks container to ship*). El concepto reside en la carga de GNL mediante contenedores estandarizados de 1 o 2 TEUS. Claro es que en todos los casos descriptos, el GNL se encuentra en estado líquido.³⁵⁵

Debemos tener presente que los actuales motores de LNG, cubren una alta gama de potencias con motores solo gas, duales de dos y cuatro tiempos.

Los buques que utilizan gas natural, necesitan tanques para su almacenamiento. Su capacidad depende de la autonomía deseable y su almacenamiento a bordo presenta la desventaja, frente a los demás combustibles líquidos, que se necesita de un complejo aislamiento para que sea más seguro, los depósitos por cuestiones estructurales suelen ser de forma cilíndrica por los que los espacios perdidos suelen ser mayores. En el caso de los motores duales se necesita contar con dos depósitos uno para el combustible convencional y otro para el almacenamiento del gas natural.

Ahora bien, considerando que, como ya mencionamos, el GNL presenta características, propiedades y comportamiento muy diferentes a las de los combustibles líquidos convencionales, las operaciones de suministro a bordo de los barcos necesitarán que todos los elementos de la cadena deban ser analizados considerando cada situación específica. Esto incluye no sólo las operaciones de combustible, sino también, lo que ocurre a su alrededor, como por ejemplo las operaciones simultáneas del barco.

³⁵⁵ Almazan Ingenieros S.L. y Julio de la Cueva. “Estudios sobre el suministro de GNL a Buques mediante Camión”. Septiembre 2014. Gobierno de España. Ministerio de Fomento.p.58.

Por este motivo, con el objeto de garantizar que las operaciones de suministro de LNG se debe desarrollar en condiciones seguras para las personas involucradas, con el mínimo riesgo de daños para las instalaciones implicadas en la operación y con el menor impacto ambiental posible, todas las operaciones de suministro deberán contar, previa a su realización, con un estudio de riesgos cualitativo y/o cuantitativo que deberá permitir confirmar que los riesgos operacionales se han eliminado o reducido al mínimo razonable, identificando y valorando.

Las operaciones deberán tener en cuenta los posibles accidentales más relevantes y otros peligros durante la operación de suministro de combustible.

El Impacto en las instalaciones de suministro y en el buque receptor. El área circundante a la localización de la operación (instalaciones industriales, núcleos urbanos, etc.); las medidas preventivas y de mitigación de los daños que permitan reducir el riesgo.

Además los peligros con niveles de riesgo inaceptables y cantidad y tipos de medios de extinción, como así también las acciones complementarias que permitan reducir el riesgo por encima de los niveles obtenidos aplicando las medidas convencionales e indicando la persona u organización responsable de ponerlas en práctica y siempre las distancias de seguridad que resulten de una evaluación de la dispersión del combustible en caso de fuga.³⁵⁶

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL - MARCO REGULATORIO.

- IMO Resolución MSC.285 (86)

La Resolución MSC.285 (86) de la OMI, “*Interim Guidelines on Safety for Natural Gas-Fuelled Engine Installations in Ships*”, de 2009, establece una guía provisional para las instalaciones de motores de combustión interna en los buques que utilizan gas natural como combustible (ya sean motores puros de gas, o motores dual-fuel) y para las instalaciones de almacenamiento del gas a bordo (tanto en estado gaseoso como líquido).

Estas Directrices son aplicables a los buques nuevos, siendo la decisión sobre su

³⁵⁶ GASMAN. “*Recomendación técnica del suministro de gas natural licuado como combustible marino*”. <https://gasnam.es/wp-content/uploads/2018/10/Recomendacion-tecnica-GASNAM-suministro-GNL-a-buques-2017.pdf>.

aplicación a buques existentes competencia de las administraciones de rango infra-internacional.

El contenido de esta Resolución entre otros incluye:

- Disposiciones del buque y diseño de sistemas a bordo
- Materiales, características exigibles a las salas de compresores de gas y en la sala que alberga los tanques de almacenamiento.
- Características exigibles al sistema de búnkering; seguridad contra incendios, ente otras.

- IMO IGF Code.

El Código IGF de la OMI, *“International Code of Safety for Ships Using Gases or other Low-flash Point Fuels”*, establece directrices provisionales para todos los buques (salvo los buques regidos por el Código IGC para barcos gaseros) que utilicen combustibles de bajo punto de inflamación (gas natural, butano, propano, etanol, metanol, hidrógeno y otros), incluyéndose en este rango los barcos con motores a gas natural.

Este Código tiene un contenido similar a la Resolución MSC.285 (86) de la OMI (aunque su ámbito de aplicación es más amplio) y tiene una redacción más moderna. El objetivo de estas directrices es proporcionar criterios para la disposición e instalación de maquinaria con fines de propulsión y otros usos auxiliares, que utilizan combustibles de bajo punto de inflamación como combustible.

Respecto del búnkering, el código IGF cubre los siguientes aspectos:

- Requerimientos para las estaciones de búnkering, requerimientos para el manifold.
- Requerimientos para el sistema y las operaciones de búnkering.
- Formación y capacitación del personal.

También el código IGF trata los temas relativos a la cualificación y formación de las tripulaciones a bordo de los buques.

- Otras regulaciones IMO relacionadas

Es necesario reseñar que la OMI tiene otras dos regulaciones relacionadas con el búnkering de GNL que, aunque han sido incorporadas de una u otra forma en las ya mencionadas MSC.285 (86) e IGF Code, tienen independencia de estas y están sujetas

a continuas modificaciones y añadidos.

Estas dos regulaciones son las relativas a Seguridad y a Formación, y han sido materializadas en dos convenciones:

- *SOLAS, International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974.*
- *STCW, International Convention on Standards of Training, Certification and Watch keeping for Seafarers, 1978.*

Además, el ISPS Code (*International Ship and Port Facility Security Code, 2003*), denominado Código PBIP en castellano (Protección de Buques e Instalaciones Portuarias) no se ocupa del búnkering de GNL en particular, pero presenta principios generales para proteger los buques e instalaciones portuarias, los cuales deben ser considerados en el diseño de una terminal de búnkering de gas natural licuado.

- Otras regulaciones ISO relacionadas.

Actualmente se encuentra en fase de redacción la norma ISO 18683 “Guidelines for systems and installations for supply of LNG as fuel to ships”. En el borrador existente (ISO/DTS 18683), de 2013, se incluyen todos los avances realizados por el ISO TC-67WG-10.

Dichas recomendaciones son aplicables a todos los elementos intervinientes en el suministro de GNL a buques (parte terrestre, interfaz, y barco), así como a todos los modos de suministro STS, TTS y TPS, de los que se habló en apartados anteriores.

- Recomendaciones de SIGTTO.

SIGTTO (*Society of International Gas Tanker and Terminal Operators*³⁵⁷) ha publicado varias guías y recomendaciones relacionada con el trasiego y manejo de GNL, que, aunque no tienen rango de norma, ya que esta organización aglutina empresas particulares del sector del gas, si son consideradas por la ISO y la IMO.

Entre estas guías podemos destacar por su utilidad para el estudio del búnkering de GNL las siguientes:

³⁵⁷ (s/f) *Taques SIGTTO (Society of International Gas Tanker and Terminal Operators)*. Fundada en 1979 por la industria para el intercambio de la información técnica y la experiencia en las terminales de GNL, cuya finalidad es mejorar la seguridad y fiabilidad de las operaciones. Desde 1982, tiene el estatus de miembro observador de la OMI. (<http://www.sigtto.org>).

“Uso del gas natural licuado (I.N.G.) como combustible de buques.”
por **Oms Erick Alejandro**

- “*Ship to Ship Transfer Guide for Petroleum, Chemicals and Liquefied Gases*”, de 2013.
- “*A Risk Based Approach for the Evaluation of Firefighting Equipment on Liquefied Gas Jetties*”, de 1999.
- “*Training of Terminal Staff involved in Loading and Discharging Gas Carrier*”, de 1996.

- Recomendaciones de la EMSA.

EMSA (*European Maritime Safety Agency* ³⁵⁸), es la Agencia Europea de Seguridad Marítima, y uno de los organismos descentralizados de la Unión Europea que presta asistencia técnica y apoyo a la Comisión Europea y a los Estados miembros en el desarrollo y aplicación de la legislación de la UE sobre seguridad marítima y contaminación producida por los buques.

Entre las publicaciones de esta agencia, destaca la “*Guidelines for Systems and Installations for Supply of LNG as Fuel to Ships*”, de 2013. Esta recomendación de carácter técnico orienta sobre los requisitos mínimos para el diseño y operación de las instalaciones de bunkering de GNL tanto para barcos de navegación de altura o navegación oceánica como de navegación interior, y cubre todas las operaciones necesarias, como la inertización, gasificación, enfriamiento y carga.

Además aborda temas de seguridad y formación de personal. Esta guía ha servido de base principal para el desarrollo de la norma ISO 18683 “*Guidelines for Systems and Installations for Supply of LNG as Fuel to Ships*” (ISO/DTS 18683).

- Reglas de las Sociedades de Clasificación de Buques.

El propósito de las *Sociedad de Clasificación* es garantizar el cumplimiento de los requisitos para que un buque o instalación pueda navegar o cumplir con su cometido, emitiendo en caso positivo un certificado de clasificación, válido a efectos legales y frente a todo tipo de organismos reguladores.

La mayoría de estas sociedades de clasificación ha elaborado sus propias reglas para el uso de Gas Natural como combustible en los buques, basadas en la directriz provisional de la IMO MSC.285 (86), y adaptando ésta a los requisitos específicos adicionales de clase.

³⁵⁸ <http://www.emsa.europa.eu/>

“Uso del gas natural licuado (I.N.G.) como combustible de buques.”
por **Oms Erick Alejandro**

Así, y de forma similar a la MSC.285 (86) estas reglas de clase dan orientaciones para el diseño, construcción y operación de buques con motores a gas natural y no son vinculantes legalmente. Por tanto, cada estado de abanderamiento debe ponerse de acuerdo sobre la explotación de los buques con motores de gas que naveguen en sus aguas territoriales, y las reglas de la clase se utilizan para este proceso de autorización.

Claro es que la legislación en materia preventiva de bunker es abierta y dependerá de cada análisis de riesgo que se efectúe³⁵⁹.

Además, no debemos olvidar también las directivas de las Sociedades de Clasificación y las generales del puerto de carga, cumpliendo además un estricto control de vetting por parte de los armadores de los buques alimentados a gas natural licuado.³⁶⁰

CONCLUSIÓN.

La incorporación el pasado 19 de mayo de 2005, al convenio MARPOL del capítulo en protección al ecosistema marino, mediante el Anexo VI, de las “Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques”, ha tenido un impacto positivo en la industria del Shipping.

Los diferentes intereses de la industria, se encuentra en constante estudio sobre posibles nuevas fuentes de combustión para que la alimentación de los buques reduzca al máximo la contaminación ambiental; la incorporación de depuradores, el hidrógeno, la electricidad, son aparentes soluciones a la demanda de los armadores.

Sin embargo, el *Gas Natural Licuado* parece ser la opción más adoptada por los mismos.

Es evidente que este hidrocarburo, por su proceso y cualidades resulta ser uno de los combustibles más amigable al medio ambiente.

Además si tenemos en cuenta la seguridad que hasta el momento, ha demostrado su uso parecería ser el combustible más adecuado.

Un caso testigo es el remolcador “*Sakigake*”, primera nave impulsada por GNL en Japón y operada por Shin-NipponKaiyosha de NYK, fue cargado con este combustible por vez número cien (100).

³⁵⁹ José Poblet, “*Bunkering GNL. Estado Actual y perspectivas ante el 2020*”. Shipping de GNL.IME. 2019. p.49.

³⁶⁰ Nuria Paz, “*Vetting*”. Shipping de GNL.IME. 2019. p.201

“Uso del gas natural licuado (L.N.G.) como combustible de buques.”
por **Oms Erick Alejandro**

Lo cierto, es que las cifras actuales de la nueva generación de buques propulsados a GNL se encuentran en constante crecimiento.

Por su parte la llamada “*nueva generación de buques de crucero LNG*”, representa otro claro ejemplo.

De acuerdo con la coalición de abastecimiento de GNL SEA\LNG, los pedidos de buques propulsados por gas natural abarcan una gran variedad de tipos de embarcaciones que incluyen buques cisterna, cruceros, porta contenedores, transportistas de automóviles y grandes buques de transporte de mineral (VLOC) ³⁶¹.

Esta enumeración demuestra el cumplimiento de la adecuación a los nuevos paradigmas en la industria naviera en el cumplimiento de las medidas de prevención obligatorias emanadas de las disposición OMI en la reducción de los óxidos de azufre y nitrógeno.

Sin embargo, también es importante tener presente la solución jurídica aplicable para el caso de que ocurra un siniestro que tenga origen en el bunker u operación de búnkering y su consecuente reparación de daños.

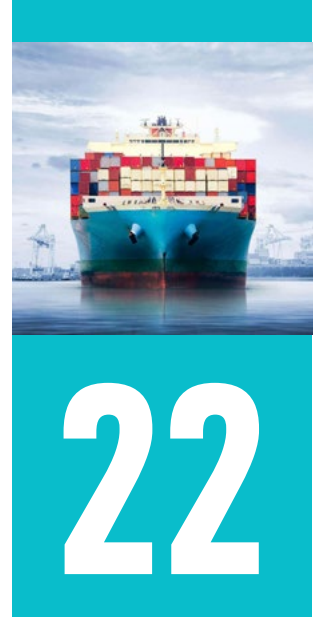
No olvidemos que si bien el Gas Natural Licuado, es una sustancia muy amigable al medio ambiente y un escape o derrame, al liberarse solo es capaz de producir una nube que se disipe en el aire; si llega a tomar contacto con una fuente ígnea puede causar un incendio repentino con su consiguiente deflagración y daños de grandes magnitudes.

autonomía de dos mil (2.000) km, debe cargar ciento cincuenta y tres metros cúbicos (153m³) de GNL y en caso de un camión cisterna que solo carga cuarenta y seis metros cúbicos (46m³), para el caso de un accidente que genere una explosión tipo *BLEVE* (*BolingLiquidExpanding Vapor Explosion*³⁶²) - en otros términos una expansión explosiva del vapor de un líquido en ebullición - se calcula un radio de acción de la explosión de noventa metros (90m) y doscientos metros (200m) de zona de caída de objetos; en el caso de existir un siniestro de este tipo en un remolcador con una carga como la mencionada, las dimensiones de las zonas comprometidas triplicarían las ya descritas.

En tal entendimiento, debemos analizar nuestras legislaciones y estudiar la conveniencia en la ratificación del “Convenio Bunker” para resarcir a las potenciales víctimas ante una explosión cuyo origen, sea el Gas Natural Licuado utilizado como combustible, tanto de un buque en navegación, en muelle o en una operación de búnkering.

³⁶¹ <http://rm-forwarding.com/2019/01/21/buques-propulsados-por-gnl-143-y-270-por-venir/>

³⁶² J. M. Bonilla Martínez, “Análisis de la Explosión de una Cisterna de gas natural licuado”. Seguridad y Medio Ambiente nro.127. 2012 p.31.



Normativa aplicable al contrato de crucero en Argentina.

Fernando Porcelli ³⁶³

ARGENTINA

En el presente artículo intentaremos analizar el encuadre legal y derecho aplicable entre las partes que se vinculan a través de este tipo de contrato.

En los últimos años, los cruceros marítimos han tenido un gran desarrollo en América del Sur, habiendo crecido en forma importante la cantidad de buques que efectúan distintos recorridos haciendo escala en puertos de este continente.

Los turistas nacionales pueden adquirir el pasaje de los cruceros a través de agencias turísticas locales como así también por medio de plataformas digitales, las cuales pueden actuar como organizadoras turísticas o intermediarias.

La Convención Internacional sobre Contratos de Viaje de Bruselas de 1970 -de la que

Argentina fue parte (ley 19.918) hasta que fue denunciada con fecha 16.12.08 definía los contratos de organización de viaje e intermediación.

El art.1 inciso 2 de la Convención de Bruselas define al contrato de organización de viaje, como cualquier contrato por el cual una persona se compromete en su nombre a procurar a otra, mediante un precio global, un conjunto de prestaciones combinadas de transporte, de estadía distintas del transporte o de otros servicios que se relacionan con él.

El inc. 3 del art 1 de la mencionada Convención conceptualiza al Contrato de intermediario de viaje como cualquier contrato por el cual una persona se compromete a procurar a otra, mediante un precio, o bien un contrato de organización de viajes, o una de las prestaciones aisladas que permitan realizar un viaje o una estadía cualquiera.

El CCyCN no define el contrato de viaje, como así tampoco lo hace la ley 18.829 de agentes de viaje, ni su decreto reglamentario 2.182/72 y que, si bien la referida Convención de Bruselas no se encuentra vigente en nuestro medio (B.O. 30.12.08), la jurisprudencia ha seguido su conceptualización (cfr. esta CNCom., esta Sala A, in re: “López R. y Lucci N. c/ Viajes Ati S.A.” del 22.05.08).

Sabido es que los cruceros que operan en Argentina son de propiedad de empresas extranjeras por lo que generalmente las empresas de turismo intermedian en la contratación de dichos servicios.

La relación que une al usuario con las agencias de turismo generalmente en los contratos de cruceros se puede encuadrar en la categoría de contratos de intermediación de viaje, de carácter internacional.

Estas relaciones jurídicas entabladas entre los clientes o usuarios y los intermediarios se catalogan como contratos de viaje internacional, los cuales a su vez se califican como

³⁶³ Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires en 1990. Matriculado en el Colegio de Abogados de la Capital Federal en 1991. Socio del Estudio Jurídico Porcelli -Derecho Marítimo-. Profesor Titular de Derecho de la Navegación en la Universidad de La Pampa. Dictado de Talleres sobre Responsabilidad del Agente Marítimo en el Centro de Estudios de Comercio Marítimo Internacional del Centro de Navegación. Dictado de clases en el Curso de Posgrado de Derecho de Comercio Exterior de la Universidad Austral. Dictado del módulo de “Derecho Marítimo y Aéreo” del Doctorado en Derecho Tributario y Derecho Mercantil de la Universidad de San Carlos de Guatemala. Miembro del Instituto Argentino de Estudios Marítimos. Miembro de Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Asesor Jurídico de la Comisión Permanente de Transporte de la Cuenca del Plata. Disertante invitado en Seminarios sobre seguros de carga, casco y maquinaria, Acuerdo de Transporte Fluvial por Hidrovia Paraguay-Paraná, régimen de amarraderos, responsabilidad civil sobre derrame de Hidrocarburos. Ha publicado artículos sobre alcance de seguro de carga, régimen de transporte de mercadería por contenedores, Acuerdo de Transporte Fluvial por Hidrovia Paraguay

contratos de consumo internacional, atento a los sujetos intervinientes o las prestaciones comprometidas se celebran y ejecutan en diferentes países.

¿Qué ley es aplicable?

La contratación de un usuario domiciliado en la República Argentina de un crucero internacional con una agencia de turismo cuyo establecimiento este radicado en nuestro país, será regida por la legislación nacional.

Ahora bien, la solución respecto de la ley aplicable en los casos de la intervención de una plataforma digital no es tan sencilla, ya que muchas veces las mismas se encuentran en el extranjero siendo dificultoso tener conocimiento de su domicilio comercial.

La Argentina es parte del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, suscripto el 14 de marzo de 1978, que fuera aprobado por ley 22.488, pero el mismo solo fue ratificado por Francia, Países Bajos y Portugal.

El artículo 2655 inc. d) del Código Civil y Comercial regula parcialmente la ley aplicable de los contratos de viaje internacionales cuando resultan encuadrables dentro de una relación de consumo internacional, ya que solo contempla el supuesto del contrato “de organización de viaje internacional”, cuando se refiere *“al contrato de viaje, por un precio global, que comprende prestaciones combinadas de transporte y alojamiento”* y lo somete a la ley del domicilio del consumidor.

Si bien, el Código Civil y Comercial es claro en cuanto a la ley aplicable respecto del contrato de organización de viaje internacional, ha omitido dar una solución al contrato de intermediación de turismo, el cual es el más usual en los casos de cruceros.

A todas luces parece lógico aplicar por analogía la misma solución que con relación al contrato de organización internacional de turismo, mas también se puede apelar por el mismo criterio de la analogía al art 11 del Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación, el cual dispone que *“en las relaciones entre el representado y los terceros, la existencia y el ámbito de poderes del intermediario, así como los efectos de los actos del intermediario en el ejercicio real o pretendido de sus poderes, se regirán por la ley interna del Estado en el que el intermediario tuviera su establecimiento profesional en el momento en que actúa siempre y cuando [...] b) El tercero tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en dicho Estado; o [...] d) el intermediario no tiene establecimiento profesional”*. El art 11 in fine dispone que cuando una de las partes tenga varios establecimientos profesionales, el presente artículo se referirá al establecimiento con el que el acto del intermediario se

conecte más estrechamente.

Es usual efectuar una contratación de este tipo de servicios turísticos a través de un sitio web o plataforma digital.

El artículo 1109 del CCyCN. Dispone que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considere lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

Ahora bien, siendo el contrato de intermediación de turismo internacional calificable como un contrato de consumo internacional, resultan aplicables los arts. 2654 y 2655, que regulan específicamente acerca de la jurisdicción y ley aplicable acciones judiciales y contratos vinculados a relaciones de consumo.

En ese sentido el art 2655 inc. a) establece que los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor [...]: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato.

Como corolario se puede concluir que cuando la contratación del crucero se efectuó entre el pasajero y una agencia de turismo, ambos con asiento en el país o por un pasajero domiciliado en la República Argentina a través de una plataforma digital, siendo dicho contrato encuadrable como un contrato de consumo, de acuerdo a lo establecido por el Art. 2655 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta aplicable la legislación nacional, la cual por cierto prohíbe, la posibilidad del ejercicio de la autonomía de la voluntad en lo que respecta a la ley aplicable.

¿Qué ley interna es aplicable?

Aclarado que este tipo de relaciones jurídicas entre las agencias de turismo y los usuarios resulta determinante al momento de analizar la normativa aplicable.

La actividad del turismo es regulada por la Ley Nacional de Agentes de Viajes N° 18.829 que, en su art. 1º, establece que quedan sujetas a las disposiciones de esa ley todas las personas físicas o jurídicas que desarrollen, en el territorio nacional, con o sin fines de lucro, en forma permanente, transitoria o accidental, algunas de las siguientes actividades: a) la intermediación en la reserva o locación de servicios en cualquier medio de transporte en el país o en el extranjero; b) la intermediación en la contratación de

servicios hoteleros en el país o en el extranjero; c) la organización de viajes de carácter individual o colectivo, excursiones, cruceros o similares, con o sin inclusión de todos los servicios propios de los denominados viajes “a forfait”, en el país o en el extranjero; d) la recepción y asistencia de turistas durante sus viajes y su permanencia en el país, la prestación a los mismos de los servicios de guías turísticos y el despacho de sus equipajes; e) la representación de otras agencias, tanto nacionales como extranjeras, a fin de prestar en su nombre cualquiera de estos servicios; y, f) la realización de actividades similares o conexas a las mencionadas con anterioridad en beneficio del turismo.

El art. 8 dispone, que las personas a las que se refiere el primer artículo, se encuentran obligadas a respetar los contratos, las tarifas convenidas y a ser veraces en la propaganda que realicen a fin de promover sus actividades, debiendo el material de dicha propaganda reflejar exactamente, sin dar lugar a confusión, el tipo de servicio ofrecido.

La Ley 18.829 ha sido reglamentada a través del Decreto N° 2.182/1972 el cual a través de su art. 13 dispone que los servicios a prestar por la agencia de viajes se convengan en todos los casos por contrato firmado entre un empleado autorizado de la agencia y el o los usuarios. En el mismo se consignará, como mínimo, lo siguiente:

a) especificación de los servicios a suministrar, indicando su categoría; b) fecha de prestación de los mismos; c) precios y condiciones de pago; d) plazos establecidos para la confirmación o desistimiento por ambas partes y los respectivos cargos, reembolsos e indemnizaciones en los distintos supuestos; y, e) toda obligación y responsabilidad que asuman agencias y clientes. Toda modificación que se realice a un contrato de servicios deberá hacerse por escrito y con la firma de ambas partes, a continuación o agregadas al contrato originario. Los contratos a que se refiere el presente artículo deberán cumplir los requisitos fiscales vigentes en la jurisdicción en que se celebren.

El art. 14 del decreto reglamentario regula la responsabilidad de los agentes de viaje disponiendo que las agencias de viajes serán responsables por cualquier servicio que hayan comprometido ellas, sus sucursales o sus corresponsales, sin embargo, quedan eximidas las agencias de toda responsabilidad frente al usuario, no mediando culpa, dolo o negligencia de su parte, cuando sean intermediarias entre las empresas de servicios y los mencionados usuarios, siempre y cuando tales empresas desarrollen sus actividades sujetas a un reglamento o legislación aprobado por autoridad competente que establezca las modalidades de la contratación entre esas empresas y los usuarios.

Por otro lado, el art. 15 establece que los precios convenidos con los usuarios no podrán ser modificados, si no es por causa de alteración de los mismos por parte de los terceros prestatarios de tales servicios, debiendo esta situación estar convenientemente documentada.

El Art. 23 de Decreto establece que las agencias de viajes sólo podrán cancelar sus viajes programados, cuando a juicio de la Dirección Nacional de Turismo exista causa justificada y el Art. 24, dispone que se considere que son, para las agencias de viajes, causas justificadas de anulación de los viajes individuales o colectivos, las siguientes:

a) fuerza mayor y caso fortuito; b) cuando en los viajes individuales las agencias, habiendo obrado con la previsión y diligencias debidas, no puedan disponer, por causas ajenas a su voluntad la totalidad de las reservas de hoteles, transportes u otros servicios esenciales, de acuerdo con el itinerario presentado; c) cuando la alteración de tarifas o de tipos de cambio de moneda obligue a un aumento sustancial en el precio del viaje; y, d) cuando no se haya alcanzado un suficiente número de inscripciones, siempre que tal extremo haya sido mencionado en las cláusulas o condiciones del contrato.

De acuerdo a la normativa citada el sistema de responsabilidad al intermediario y al organizador de viajes gira en torno a la aplicación de la responsabilidad de tipo subjetiva e integral.

En tal sentido el art. 14 del Dec. 2182/1972 dispone que las Agencias de Viaje serán responsables por cualquier servicio que hayan comprometido, pero quedan eximidas cuando no hayan obrado con culpa, dolo o negligencia y sean intermediarias entre las empresas de servicios y los usuarios.³⁶⁴

En consecuencia, este régimen normativo ha redundado por años en una clara protección al intermediario de viajes quien ante los inconvenientes que el turista pudo haber sufrido en su viaje, simplemente resultaba obligado en aquellos casos en que tales infortunios hubieran sido provocados por su culpa y no por la del organizador y/o de los prestadores de los servicios. En igual sentido se han visto favorecidos los organizadores. El principio general estaba basado en la obligación de reparar al viajero en razón de la inejecución total o parcial de las prestaciones, pero si los daños hubieran sido causados en ocasión de la ejecución de aquellas, el organizador sólo respondía en caso de culpa in eligiendo, pues se liberaba con la demostración de su comportamiento³⁶⁵ diligente en la elección de las personas que ejecutaban la prestación (art. 15).³⁶⁶

Si bien, la Ley 18.829 regula las actividades de las agencias de turismo, el contrato de intermediación y de organización de turismo es calificado como de contrato de consumo y como tal se le aplican también las normas del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor.

³⁶⁴ El Derecho del Consumidor y las Agencias de Viaje. Perspectivas y Previsiones frente al cambio. Publicado en “Derecho del Turismo”, Edt. Fundación Universitaria. Autora: Karina Barreiro.

Conforme surge del Art.3 de la LDC, la relación de consumo alude a un vínculo jurídico entre proveedor y consumidor o usuario, que se produce cuando tiene su fuente en un contrato -oneroso o gratuito- y se da entre un consumidor final (persona física o jurídica) con otra que actúe profesional ocasionalmente, o sea una empresa productora o prestadora de servicios.

De acuerdo al artículo 1º el objeto será la utilización en beneficio propio, familiar o social. (Causa Nº 7.710/07 del 20.10.15).

La actividad turística ha adquirido un notable incremento en especial a partir de la década del sesenta, convirtiéndose en un verdadero producto de consumo. Y esta temática exhibe punto de conexión relevante con los derechos del consumidor, que tienen en este ámbito, un gran campo de aplicación y una mayor necesidad de tutela. Ello así, ante el incumplimiento de una agencia de viajes, dicho supuesto se encuentra aprehendido por la Ley de Defensa del Consumidor, pues se trata de un contrato de servicio de turismo incluido dentro de los denominados de consumo. Causa 46451/10 “*Marta Roberto German Y Otro C/ Longueira & Longueria SA S/ Ordinario*”. 4/06/15 Cámara Comercial: F.

La Ley defensa del consumidor como la normativa del Código Civil imponen al proveedor el cumplimiento de determinados deberes como el de información, protección y seguridad del consumidor, trato digno, equitativo y no discriminatorio, derecho de cuestionamiento y protección ante cláusulas abusivas sumado al deber de indemnización por los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato como así el daño punitivo.

El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición.

En lo que respecta al deber de cuidado, protección y seguridad el proveedor debe suministrar las cosas y servicios de forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios. A su vez el art 6 de la LDC dispone que las cosas y servicios,

³⁶⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída “Contrato de Turismo”, Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 3, Edit. Rubinzal-Culzoni, pág. 135

incluidos los servicios públicos domiciliarios cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos.

El deber de seguridad, integridad física y riesgo de la salud son invocados por los pasajeros en los casos en que sufren algún tipo de accidente o lesión a bordo de los cruceros.

Una de las mayores particularidades de LDC está dada en la consagración de la responsabilidad solidaria de los integrantes de la cadena de servicio.

Como resumen podemos indicar que la normativa aplicable al derecho de consumo consagra la responsabilidad objetiva e integral del proveedor y la solidaridad entre los integrantes de la cadena de prestación de servicio.

Ahora bien, el contrato de crucero si bien no está regulado expresamente en la normativa nacional, se asemeja por analogía al contrato de transporte de personas regulado en la ley de navegación.

Diego Chami sostiene que *“El contrato de crucero es distinto y más amplio que el mero contrato de transporte de pasajeros por agua porque, además de las obligaciones de este último, incluye un abanico de obligaciones propias, que lo caracterizan de manera acentuada. Podría también pensarse que el contrato de crucero es una modalidad o subespecie del contrato de transporte de pasajeros por agua. Sea cual fuere la posición que se adopte, no hay duda de la existencia de obligaciones propias del contrato de crucero, que no se presentan en el mero contrato de transporte de pasajeros por agua. Podemos afirmar entonces que el contrato de crucero es un contrato mixto, porque incluye, por un lado, obligaciones típicas del contrato de transporte, como la de mantener la navegabilidad del buque y, por el otro, obligaciones que están vinculadas al esparcimiento del pasajero, tanto a bordo como en tierra, obligaciones estas últimas que son características del contrato de crucero.”³⁶⁷*

Atento el contrato de crucero puede ser considerado como una subespecie del contrato de pasaje, la normativa de la Ley de Navegación que regula dicho contrato sería aplicable.

La Ley de la Navegación regula el transporte de pasajeros entre los arts. 317 y 353

³⁶⁷ Chami, Diego Esteban “Manual de Derecho de la Navegación” Edit. Abeledo Perrot, pág. 834

de la sección 6” “Del transporte de las personas”, del capítulo 11 “De los contratos de utilización de los buques”, del título 111 “Del ejercicio de la navegación y del comercio por agua”.

Entre las instituciones más importantes del contrato de pasaje podemos destacar que se le impone al transportista el deber ejercer una diligencia razonable para poner al buque en estado de navegabilidad y mantenerlo durante todo el viaje, debe suministrar alimentos a los pasajeros, servicio de trasbordo y asistencia médica.

A su vez regula los supuestos de cancelación e interrupción del viaje como así el retardo en la partida de este, disponiendo las soluciones a cada supuesto.

El sistema de responsabilidad del transportista de pasajeros es de carácter subjetivo y limitado.

El transportista responde ante la muerte y lesiones del pasajero siempre que el daño se produzca durante el transporte, sea que ocurra por culpa o negligencia del transportador o por culpa de sus dependientes que obren en ejercicio de sus funciones. La culpa o negligencia del transportador o de sus dependientes se presume, salvo prueba en contrario, si la muerte o las lesiones corporales han sido causadas por naufragio, abordaje, varadura, explosión, incendio o por hecho relacionado con alguno de estos eventos.

Más allá de la presunción de culpa del transportista por las lesiones o muertes sufridas por los pasajeros ante los casos de naufragio, abordaje, varadura, explosión, incendio o por hecho relacionado con alguno de estos eventos, que supone una alteración de la carga de la prueba en favor del pasajero, la responsabilidad del transportista es de índole subjetiva.

A su vez la responsabilidad del transportista es limitada a la cantidad de 1500 pesos argentinos oro, excepto pacto en contrario que fije un límite superior (art. 331 de la LN)

El artículo 332 de la LN exige que el pasajero que haya sufrido lesiones corporales durante el transporte las comunique sin demora al transportador y, a más tardar, dentro de los quince días de su desembarco. La falta de aviso en término genera la presunción simple de que el pasajero desembarcó en las mismas condiciones en que se embarcó.

En lo que respecta a la responsabilidad del transportista por los daños sufridos por el equipaje la Ley de Navegación dispone:

El transportador no será responsable por las pérdidas o sustracciones de objetos de gran valor del pasajero, como moneda, títulos, alhajas, etc., que no hayan sido entregados en depósito.

El transportador responde por el equipaje de cabina si el pasajero prueba que el daño

ha sido ocasionado por el hecho del transportador, del capitán o de los tripulantes.

El transportador responde por los daños del equipaje de bodega salvo que pruebe que la causa del daño no le es imputable.

El transportista está facultado a limitar su responsabilidad, a los siguientes valores:

En los trasportes marítimos a 150 pesos argentinos oro para el equipaje de bodega y 100 pesos argentinos oro para el equipaje de cabina.

En el transporte fluvial limita su responsabilidad a 80 pesos argentinos oro para el equipaje de bodega y 50 pesos argentinos oro para el equipaje de cabina.

En caso de pérdida o daños a vehículos el transportista a 350 pesos argentinos oro en caso incluyendo el total del equipaje que se lleve en o dentro de aquél.

El sistema de responsabilidad del transportista consiste en un mínimo de orden público, por lo que los valores de los límites sólo pueden ser modificados por las partes en beneficio del pasajero.

El art. 338, párrafo 1º, exige que el pasajero notifique al capitán toda pérdida o daño que sufra el equipaje de cabina en forma inmediata y antes de su desembarco. El párr. 2º, art. 338, dispone que respecto del equipaje de bodega, la notificación deberá hacerse en el acto de la entrega, si el daño es aparente, o dentro del tercer día a partir de la entrega, si el daño no es aparente, o del día en que debieron ser entregados si el equipaje se ha perdido. Se requiere que en todos los supuestos el pasajero informe también el monto del perjuicio sufrido. De no efectuar las notificaciones, el pasajero pierde todo derecho a reclamo respecto del equipaje de cabina; y se presumirá que el equipaje de bodega le fue entregado en buen estado y conforme con la guía de equipaje, admitiendo prueba en contrario.

El art 339 de la LN consagra los mínimos de orden publico estableciendo que es nula y sin valor toda estipulación que exonere de responsabilidad al transportador; 2) establezca límites inferiores a los fijados por la Ley de la Navegación; 3) invierta la carga de la prueba que corresponda al transportador, o 4) someta a una jurisdicción determinada o a arbitraje las diferencias que puedan surgir entre las partes. La nulidad que la norma consagra no implicará la nulidad del contrato.

Finalmente, el Art. 346 dispone que todos los derechos consagrados a favor del pasajero son de orden público y las cláusulas de los billetes de pasaje sean válidas exclusivamente cuando aumenten tales derechos, pero nunca cuando los disminuyan o supriman.

La República Argentina por medio de la ley n° 22.718 aprobó el “Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, 1974”, y el “Protocolo

correspondiente al Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, 1974”, los cuales regulan el contrato de transporte de pasajeros estableciendo una responsabilidad subjetiva y limitada del transportista.

Como surge del resumen efectuado de la normativa del contrato de pasaje la responsabilidad del transportista es subjetiva, limitada con un particular régimen de prueba y con un mínimo orden público.

De ello se concluye que ante la celebración de un contrato de crucero en la legislación argentina resultan aplicables al menos tres fuentes normativas, la ley 18.829 y su decreto reglamentario 2182/72, la Ley del Consumidor y los artículos que regulan el contrato de consumo del Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Navegación.

La ley 18.829 y su decreto reglamentario y la normativa del contrato de consumo serían aplicables a la relación entre intermediario de turismo y el cliente, mientras la ley de defensa del consumidor y la Ley de Navegación eventualmente a las relaciones entre el pasajero y la empresa de cruceros que efectivamente presta el servicio.

Cabe entonces determinar qué normativa resulta aplicable en los casos de reclamo de los pasajeros ante algún incumplimiento del contrato de crucero.

El art 3 de la Ley de Consumo establece que las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica. En consonancia al art 3 de la LDC, el artículo 1094 del CCyCN dispone que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

A partir de la vigencia de la LDC, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han aplicado la legislación del derecho del consumidor por sobre la ley 18.829 y su decreto reglamentario.

La jurisprudencia mayoritariamente tiene dicho que *“ La actividad turística ha adquirido un notable incremento en especial a partir de la década del sesenta, convirtiéndose en un verdadero producto de consumo. Y esta temática exhibe punto de conexión relevante con los derechos del consumidor, que tienen en este ámbito, un gran campo de aplicación y una mayor necesidad de tutela. Ello así, ante el incumplimiento de una agencia de viajes, dicho supuesto se encuentra aprehendido por la Ley de Defensa del Consumidor, pues se trata de un contrato de servicio de*

turismo incluido dentro de los denominados de consumo.”

La LDC 40 -texto modificado según ley 24999- ha establecido la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la cadena de fabricación y comercialización de un bien o servicio, dando así respuesta a los nuevos modelos organizativos que exhibe la actividad económico empresarial que actualmente se estructura en forma de grupos, que ligan a distintos sujetos que se agrupan en torno a un mismo interés. Destácase, por fin, que en el marco de un contrato de turismo si bien el decreto 21/82: 14 otorgaba al intermediario un tratamiento diferente con relación al organizador, estableciendo un sistema subjetivo de responsabilidad, a lo cual debe sumarse lo dispuesto por el Convenio de Bruselas (LDC 19-2º), con la inclusión de la responsabilidad solidaria aludida supra, permite que queden como sujetos responsables tanto el organizador como el intermediario. Se plasma pues, legalmente, la tendencia a la objetivación de la responsabilidad orientada a ofrecer una mejor tutela jurídica al usuario.

Causa 46451/10 “Marta Roberto German Y Otro C/ Longueira &Longueria SA S/ Ordinario. 4/06/15 Cámara Comercial: F.

Sin perjuicio de la doctrina mayoritaria, en una interpretación más armónica a la interpretación mayoritaria en ellos, Autos “*Favale, Roque Daniel Y Otro C/ Despegar. Com.Ar S.A. S/ Ordinario*” la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 28-jun-2019 en los que la Dra Uzal dispuso:

En este marco pues, resulta incuestionable que la Ley N° 18.829 (B.O. 19.11.70) y su decreto reglamentario N° 2.182 (B.O. 28.04.72) conforman la ley especial en relación a la materia de que aquí se trata, dado que regulan específica y exclusivamente el vínculo de marras. Mas por otra parte, no resulta tampoco controvertible que la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (B.O. 15.10.93), se trata de una ley general, toda vez que regula a todas las convenciones -con prescindencia de la materia de que se trate- que configuren un contrato de consumo.

Así, cabe precisar que la ley general posterior no deroga a la ley especial anterior (conf. en este sentido Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, T° I, págs. 55/6). Es por ello que, si bien las normas referidas tienen idéntica jerarquía, las primeras regulan la actividad de los operadores turísticos en forma específica y la segunda, los contratos de consumo de manera genérica.

De modo que la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) contiene reglas protectoras

y correctoras que vienen a completar -no a sustituir- el ámbito de la protección del consumidor con carácter general, por cuanto la propia Ley N° 18.829 de agentes de viaje y su decreto reglamentario también protegen al cliente/usuario, aunque en forma específica.

En lo que respecta a la relación entre el pasajero y el proveedor del crucero la relación de la normativa aplicable parecería más compleja.

Dentro de los reclamos más comunes se pueden encontrar las lesiones a bordo del buque, la cancelación de escalas o del crucero, el hurto de pertenencias, la oposición del desembarco de pasajeros por orden el capitán por cuestiones de salud del propio pasajero. A dichos reclamos se puede adicionar los derivados por cancelaciones previas de cruceros, información incorrecta o trato inadecuado o discriminatorio del usuario.

Muchas de causas de los hechos que dan origen a los reclamos generalmente están vinculadas a la actividad navegatoria como desperfectos del buque, malos tiempos, riesgo de vida o salud del pasajero ante la imposibilidad de su desembarco durante el periodo de cruce del océano Atlántico. Sin duda, las causas de los incumplimientos están íntimamente vinculadas a la actividad navegatoria, la cual posee características particulares.

Sin perjuicio de lo establecido por los art 3 de la LDC y 1094 del CCyCN, el art 963 del CCyCN podría arrojar un poco de luz a esta controversia en tanto regula sobre la Prelación normativa en los contratos y dispone que cuando concurren disposiciones del CCyCN y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación:

a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código.

La citada norma coloca a la Ley de Navegación al menos igual al rango que la normativa de Defensa del Consumidor, pero con la salvedad que la primera regula en forma específica el contrato de pasaje y además posee normas que consagran un mínimo de orden público a favor del pasajero.

A ello se le debe sumar la particularidad de la autonomía del derecho marítimo el cual en su artículo 1 dispone su propio orden de prelación normativa al disponer que todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de esta ley, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. A falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se

podiere recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común.

A su vez la actividad navegatoria en particular en lo que respecta a la seguridad del buque, tripulantes y pasajeros, posee una profusa normativa cuyo cumplimiento es verificado por las autoridades de la bandera del buque, por Sociedades del Clasificación y por las autoridades del Estado Rector de Puerto

También es afectada por diversos factores como el mal tiempo, incidentes náuticos como varaduras, abordajes, obstrucciones de canales o turnos prefijados de ingreso a los mismos, evacuación de un pasajero por cuestiones de salud que pueden alterar la programación del crucero, todas ellos ajenos al control del Capitán del buque y que ameritan que el Comando de la embarcación tome medidas al respecto.

La normativa del contrato de pasaje no solo contempla normas de mínimo orden público en defensa del pasajero/consumidor sino que dentro de ese cúmulo de regulaciones también se consagra el derecho de limitación de responsabilidad del transportista. La aplicación del derecho del consumidor por sobre la normativa de la Ley de Navegación derogaría al instituto de limitación de responsabilidad del transportista entrando en colisión con la Ley de Navegación y la Ley ° 22.718 aprobó el “Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, 1974.

Si bien, existe un notable número de fallos, anteriores a la vigencia del CCy CN y su artículo 963 que han aplicado la normativa del derecho del consumidor por sobre la Ley de Navegación, en los autos caratulados “Meraviglia, Graciela Rosa C/ Costa Cruceros Sa S/Lesion y/o Muerte de Pasajero Trans. Marítimo” el Juez de Primera Instancia rechazó la demanda interpuesta por la actora por lesiones sufridas a bordo, por considerar que no puede tenerse por configurada la responsabilidad de la accionada en los términos del art. 330 de la Ley de Navegación.

Ahora bien, en un reclamo de restitución de pasaje ante la cancelación de viaje por muerte del pasajero el Juez de Primera Instancia Comercial N° 30 haciendo una distinción entre la faceta navegatoria y turística del contrato de crucero sostuvo que “No soslayo que el contrato de crucero es un contrato de transporte de pasajeros por agua y, como tal, está regulado por la Ley 20094 de Navegación. Ahora bien, la faceta turística del contrato se rige por la Ley 24.240” condenado a las agencias de turismo en virtud del derecho del consumidor.

Resulta interesante el análisis efectuado por el Magistrado distinguiendo los dos aspectos sobresalientes del contrato de crucero.

CONCLUSIONES.

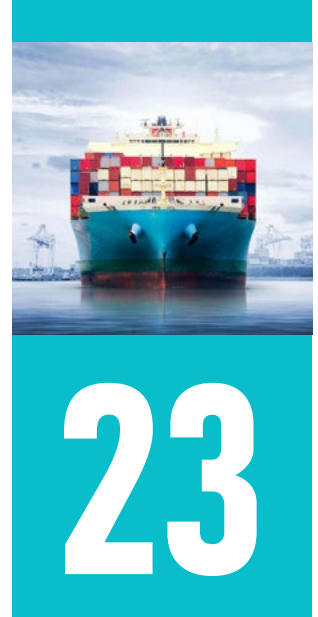
La actividad del turismo previamente a la consagración del derecho del consumidor era regida por una responsabilidad subjetiva, mas a partir de la sanción de la LDC, su aplicación a las relaciones jurídicas vinculadas a la actividad turística fue mayoritaria siendo receptado ello por los Tribunales.

En lo que respecta al contrato de crucero y su actividad en sí, si bien forma parte de un servicio de turismo, también es afectado por los riesgos e incidencias de la actividad navegatoria.

Si bien los art 3 de la LDC y 1094 del CCyCN consagran una supremacía del derecho del consumidor sobre las normas especiales, el art 963 del CCyCN al disponer un orden de prelación normativa cuando concurren normas del CCyCN y de alguna ley especial, establece que en primer lugar de prelación se aplican

Normas indisponibles de la ley especial y de este Código.

Las normas del contrato de pasaje de la Ley de Navegación son anteriores y especiales respecto de las del derecho de consumidor que son posteriores pero generales. Existen fallos que han armonizado la aplicación de las distintas normativas, una valiosa solución que brinda un equilibrio a las relaciones jurídicas entre los usuarios y el operador del crucero consistiría en aplicar las normas de defensa del consumidor en lo que respecta al deber de información, discriminación e igual trato de los usuarios, y protección de los usuarios ante cláusulas abusivas; mientras que el deber de seguridad, protección y salud, como la alteración de itinerario, interrupción cancelación del crucero, que se encuentran más vinculados a la actividad navegatoria sea analizada a través de la normativa específica del derecho de la navegación.



¿El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?

Liza Pozzi ³⁶⁸

ARGENTINA

El sistema de transporte de la Hidrovía crece de forma continua, siendo vital para los países que la integran y el único acceso al mar para los Estados de Paraguay y Bolivia.

Una vía navegable de 3442 km, en un área del orden de 700.000 km², que enarbola la libre navegación para los buques de los Estados que la componen (con algunas restricciones)³⁶⁹ como así también para terceras banderas.

El 23 de enero de 1967, la República Argentina mediante la Ley 17.185³⁷⁰ aprueba el Tratado de Navegación de los Ríos Paraná, Paraguay y de la Plata entre la República

Argentina y la República del Paraguay.

Este año entró en vigor el Octavo Protocolo Adicional, que dispone la vigencia indefinida del Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía³⁷¹.

A su vez, en Febrero ³⁷², se cumplieron 25 años del Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres – Puerto de Nueva Palmira), también denominado “Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra”, suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay, bajo el amparo del Tratado de Montevideo de 1980.

El Acuerdo fue incorporado al ordenamiento jurídico por la República Argentina mediante la Ley 24.385 ³⁷³ y también en cada sistema normativo del resto de los Estados Parte ³⁷⁴.

La República Argentina incorporó el Reglamento 11 “ RÉGIMEN ÚNICO DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE LA HIDROVIA PARAGUAY - PARANA (PUERTO

³⁶⁸ Abogada Asociada en el Estudio Radovich & Asociados. Miembro Titular de la Rama Argentina del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo y de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Prosecretaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo Rama Argentina. Profesora Autorizada en la Cátedra Derecho Comercial “Derecho Marítimo, Aeronáutico y Espacial”, de la Universidad del Museo Social Argentino. Entre los numerosos cursos de especialización que ha tomado cabe destacar los del Instituto Universitario Naval, Centro de Estudios Estratégicos de la Armada Argentina, “Derecho del mar y derecho marítimo” y el del Instituto Marítimo Español, curso de “Fletamentos y explotación de Buques”. Actualmente se encuentra cursando el “Diplomado Derecho Marítimo y Portuario” del IIDM Rama República Dominicana y la Escuela Nacional de la Judicatura. Docente Titular en la carrera “Certificación en Administración Marítima y Portuaria”, dictada por la Universidad Nacional de Rosario y el Centro Marítimo de Rosario.

³⁶⁹ Como ser la reserva de cargas de Paraguay.

³⁷⁰ Boletín Oficial del 3 de Marzo de 1967.

³⁷¹ <http://www2.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/9d75d127f40400a483257d800057bc77/ff64135907346b8f03256f6b-00522d7e?OpenDocument>

³⁷² 13 de Febrero de 2020.

³⁷³ Sancionada el 19 de Octubre de 1994. y Nota C.R. N° 4/95 de 11/01/1995 recibida por la SG con fecha 13/01/1995. BOLIVIA: Nota SG/N° 43/93 de 03/08/1993- Decreto Supremo N° 23.484 de 29/04/1993 (CR/di 359) BRASIL: Nota N° 3 de 10/01/1995. Decreto Legislativo N° 32 de 16/12/1994 y Decreto N° 2.716 de 10/08/1998 PARAGUAY: Nota RP/ALADI/4/41/94 de 17/03/1994 -Ley N° 269 de 13/12/1993 (CR/di 359.2) URUGUAY: Nota 414/93 de 12/07/1993 Decreto N° 238 de 26/05/1993 (CR/di 359.1)

³⁷⁴ ARGENTINA Ley 24.385 y Nota C.R. N° 4/95 de 11/01/1995 recibida por la SG con fecha 13/01/1995. BOLIVIA: Nota SG/N° 43/93 de 03/08/1993- Decreto Supremo N° 23.484 de 29/04/1993 (CR/di 359). BRASIL: Nota N° 3 de 10/01/1995. Decreto Legislativo N° 32 de 16/12/1994 y Decreto N° 2.716 de 10/08/1998. PARAGUAY: Nota RP/ALADI/4/41/94 de 17/03/1994 -Ley N° 269 de 13/12/1993 (CR/di 359.2). URUGUAY: Nota 414/93 de 12/07/1993 Decreto N° 238 de 26/05/1993 (CR/di 359.1) <http://www2.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/vArt14webR?OpenView&Start=1&Count=100&Expand=4#4>

“El nuevo REGINAVER argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

DE CÁCERES - PUERTO DE NUEVA PALMIRA)³⁷⁵ al igual que Brasil, Uruguay y Bolivia restando para su vigencia que lo incorpore Paraguay.

DEL REGLAMENTO N° 11

El Reglamento, prevé en su artículo 1, que *“las disposiciones del presente régimen serán aplicables sólo a las embarcaciones de la Hidrovía, a excepción de las infracciones al Título VII del Protocolo Adicional al Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná (Puerto de Cáceres-Puerto de Nueva Palmira) sobre Navegación y Seguridad y sus Reglamentos Complementarios, las cuales serán de aplicación a todos los buques y embarcaciones que utilizan la Hidrovía.”*

En cuanto a la responsabilidad contravencional y su eximición, el artículo 5 establece que *“será de aplicación la legislación del País Signatario que entienda en el hecho”*.

Los tipos de sanciones que pueden aplicarse acorde el Reglamento están previstos en el artículo sexto³⁷⁶ y desarrolladas desde el artículo 7 hasta el 14 inclusive.

Los artículos 7 y 8 respectivamente regulan que, tanto la cancelación de la habilitación para navegar como su suspensión *“sólo podrá ser aplicada por el País Signatario que hubiera otorgado el título y la habilitación al infractor y siempre que la falta se hubiera cometido en sus aguas jurisdiccionales, salvo lo dispuesto por el artículo 18³⁷⁷”*.

Estos dos artículos que tratan la cancelación o suspensión de la habilitación para navegar establecen claramente que queda reservado al País Signatario que otorgó la

³⁷⁵ Mediante el Decreto 733/2017. Tal como consta en ALADI, el mismo es incorporado de la siguiente manera: ARGENTINA: Nota EMSUR S.G. N° 78/17 de 23/10/17-Decreto 733/2017 (CR/di 4531). BOLIVIA: Nota SG/19/00 de 14/02/2000-Decreto Supremo N° 25.653 de 18/01/2000 (CR/di 1055) BRASIL: Nota N° 110 de 28/07/2000-Decreto N° 3.432 de 25/04/2000, Diario Oficial de 24/04/2000 (CR/di 1255) URUGUAY: Nota N° 305/16 de 12/09/2016-Decreto N° 281/2000 de 19/09/2000 (CR/di 4349). La excepción es la República del Paraguay.
<http://www2.aladi.org/nsfaladi/textacdos.nsf/9d75d127f40400a483257d800057bc77/73e7b-3333d55a0ad03256bb500448b6b?OpenDocument>

³⁷⁶ Artículo 6: Clases de Sanciones

Este régimen establece las siguientes sanciones:

- a) Cancelación de la habilitación para navegar;
- b) Suspensión de la habilitación para navegar;
- c) Cancelación de la habilitación para navegar en el tramo;
- d) Suspensión de la habilitación para navegar en el tramo;
- e) Prohibición para navegar;
- f) Suspensión temporaria para navegar,-
- g) Multa; y,
- h) Apercibimiento.

“El nuevo REGINAVER argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

habilitación al tripulante de su Marina Mercante Nacional, a diferencia del resto de las sanciones.

En cuanto a las facultades de los Países Signatarios respecto al título y habilitación de un tripulante infractor, el nombrado artículo 18 establece que el País otorgante de dicho título o habilitación puede cancelarla una vez que quede firme la condena en el País Signatario que la impuso. Según el Reglamento, la condena impuesta queda firme *“cuando [las resoluciones administrativas] resultaran irrecurribles de conformidad a la legislación nacional de los Países Signatarios.”*³⁷⁸

Para los casos de prohibición para navegar o la suspensión temporaria (artículos 11 y 12 respectivamente) se establece la privación absoluta o temporaria del ejercicio de la profesión *“en las aguas jurisdiccionales del País Signatario que hubiera impuesto la sanción, previo intercambio de información entre las autoridades competentes de los países involucrados.”*

En cuanto a las multas, se establece como unidad de cuenta los Derechos especiales de Giro (DEG)³⁷⁹ cuya cotización (a la fecha del acta de la infracción o del día inhábil inmediatamente anterior) y conversión están previstos en los artículos subsiguientes³⁸⁰.

En cuanto a la ley aplicable al procedimiento administrativo, el Reglamento establece

³⁷⁷ Artículo 18: Facultades de los Países Signatarios: El País Signatario que hubiera otorgado el título y la habilitación al infractor podrá cancelarla cuando se hallara firme la sanción de cancelación de la habilitación para navegar en el tramo o prohibición para navegar, impuesta por otro País Signatario.

El País Signatario que hubiera otorgado el título y la habilitación al infractor podrá suspenderla por igual plazo al previsto por la sanción de suspensión de la habilitación para navegar en el tramo o suspensión temporaria para navegar impuesta por otro País Signatario, siempre que ésta se encontrara firme.

³⁷⁸ Artículo 155: Resolución firme

Las resoluciones administrativas dictadas en virtud de la aplicación del presente régimen se encontrarán firmes, cuando resultaran irrecurribles de conformidad a la legislación nacional de los Países Signatarios.

³⁷⁹ Artículo 176: Derechos Especiales de Giro

Los Países Signatarios adoptan los Derechos Especiales de Giro como unidad de cuenta para el cálculo de las multas.

³⁸⁰ Artículo 177: Plaza de cotización

El valor de los Derechos Especiales de Giro estará dado por la cotización de la unidad en el mercado de New York, Estados Unidos de América.

Artículo 178: Valor de las unidades de cuenta

La cotización de los Derechos Especiales de Giro se tomará a la fecha del labrado del Acta de Infracción o del día hábil inmediatamente anterior.

Artículo 179: Conversión

La conversión de las unidades de cuenta se efectuará en base al valor oficial de la moneda nacional de los Países Signatarios a la fecha de la notificación de la Resolución Firme.

“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

que los mismos se ajustarán a las normas de los procesos administrativos de cada País Signatario donde se produjo la infracción y cuyas autoridades nacionales serán competentes ³⁸¹.

Es importante resaltar que nuevamente el ordenamiento normativo si bien les otorga competencia a las autoridades del País Signatario, vuelve a ratificar el equilibrio entre las facultades de esas autoridades y sus limitaciones; por cuanto podrían cancelar o suspender una habilitación por tramos, en sus aguas jurisdiccionales mas no cancelar o suspender el título habilitante otorgado por otro País Signatario. Tema al que regresaremos al ver el nuevo RÉGIMEN DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA, FLUVIAL Y LACUSTRE (REGINAVE) de la República Argentina.

DEL REGINAVE

Mediante el Decreto 4.516/73³⁸² se derogó el Digesto Marítimo y Fluvial que regía en la República Argentina desde 1938 y en su reemplazo se aprobó el “Régimen de la Navegación Marítima Fluvial y Lacustre” (REGINAVE) que, con modificaciones, continúa vigente hasta la actualidad.

Hasta la última modificación de este cuerpo normativo, practicada en Noviembre de 2019 mediante el Decreto 770/2019 ³⁸³, no se legislaba específicamente sobre alguna tripulación de otro País Signatario de la Hidrovía o de Buques que enarbolasen bandera de otro Estado Parte, con la salvedad del Título Cuarto, Capítulo Cuarto, denominado: DE LOS BUQUES PARAGUAYOS EN AGUAS ARGENTINAS SECCION UNICA³⁸⁴.

Respecto al Registro, habilitación y pérdida de la misma de los tripulantes de buques o artefactos navales de la Matrícula Nacional, los mismos se encontraban normados en el Título 5, Capítulo 2, Sección 1 y 2 respectivamente³⁸⁵, que no desarrollaremos en aras de la brevedad y porque escapan al planteo del presente artículo.

³⁸¹ Artículo 149: Ley aplicable

A excepción de lo dispuesto en este Título, la aplicación del presente régimen se ajustará a las normas de procedimiento administrativo del País Signatario que juzgara la infracción.

Artículo 150: Autoridad competente

Serán competentes para la aplicación de este régimen las autoridades del País Signatario en cuyas aguas jurisdiccionales se hubiera constatado la infracción, sin perjuicio de la facultad establecida en el Artículo 18.

³⁸² Decreto (PEN) 4516/73. del 16/5/1973. B.O: 30/5/1973

³⁸³ Boletín Oficial 14/11/2019

³⁸⁴ Artículos 404.0001 a 404.0008 inclusive.

Cuando la Instrucción consideraba que un tripulante de una Marina Mercante extranjera, había incumplido con la Ley la Navegación, Ordenanzas Marítimas, el propio REGINAVE, y/u otra norma, terminaba aplicando artículos sancionatorios que eran cuestionadas por los imputados por considerar que no alcanzaban a los tripulantes no pertenecientes a la Marina Mercante Nacional.

A modo de ejemplo, no era extraño ver que, frente a una imputación por lo establecido en el artículo 134 de la Ley de Navegación³⁸⁶ y el Art. 20 del Protocolo Adicional al Acuerdo de Transporte Fluvial por la Hidrovía Paraguay-Paraná, Ley 24.385³⁸⁷, por ser negligente de las condiciones de seguridad para un seguro amarre de parte del Convoy, se sancionase al tripulante de la Marina Mercante extranjera con el artículo 599.0101 del REGINAVE³⁸⁸ que establecía las siguientes sanciones: apercibimiento, suspensión de hasta dos años, cancelación de la habilitación y multa (en Unidades de Multa -UM-).

Más allá de la cuestión respecto de si se puede imputar a un tripulante de una Marina Mercante extranjera presunta responsabilidad acorde a nuestra normativa interna, frente a un vacío normativo respecto a la sanción aplicable a estos tripulantes, la Autoridad Marítima invocaba el artículo 599.0101 que se encontraba ubicado en el Capítulo 99 del Título 5: DE LAS SANCIONES AL PERSONAL NAVEGANTE DE LA MARINA MERCANTE NACIONAL.

La utilización de dicho artículo por parte de la Autoridad Marítima generó el reclamo

³⁸⁵ Artículos 502.0101 al 503.0103 junto con sus artículos sancionatorios en el cual se incluye el artículo 599.0101 que será tratado puntualmente.

³⁸⁶ Artículo 134 de la Ley 20.094: El capitán, aun cuando esté obligado a utilizar los servicios de un práctico, es el directo responsable de la conducción, maniobra y gobierno del buque, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde al práctico por su defectuoso asesoramiento. La autoridad del capitán no se subroga a la del práctico.

³⁸⁷ Artículo 20, Ley 24.385: Los países signatarios adoptarán las medidas necesarias para crear las condiciones que permitan optimizar los servicios de practicaje y pilotaje para las operaciones de transporte fluvial realizadas por las embarcaciones de los países que integran la Hidrovía.

³⁸⁸ Artículo 599.0101 del REGINAVE: Los actos y hechos de las personas comprendidas en el presente Título, que tuvieren lugar en el ejercicio de la actividad para la cual están habilitadas, que sin constituir delito o que constituyéndolo, tuvieren como sanción en sede judicial pena privativa de la libertad de ejecución condicional, y significaren acciones u omisiones en violación de las leyes, reglamentos u ordenanzas en general y en particular de la navegación, en cuanto les fueren aplicables, y los que configuren una falta de idoneidad profesional, mala conducta, impericia, imprudencia o negligencia, quedan sujetos a la jurisdicción administrativa de la navegación y a la aplicación de las siguientes sanciones:

- a. Apercibimiento;
- b. Suspensión de hasta DOS (2) años;
- c. Cancelación de la habilitación;
- d. Multa de DOSCIENTAS UNIDADES DE MULTA (UM 200) a VEINTE MIL UNIDADES DE MULTA (UM 20.000)

“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

de las tripulaciones de Marinas Mercantes extranjeras, y la consecuente jurisprudencia posterior que muchas veces reconocía la extralimitación de la Prefectura Naval Argentina al imponerle a un tripulante de una Marina Mercante extranjera una multa derivada del inciso d) del artículo 599.0101³⁸⁹. En otros antecedentes jurisprudenciales, se estableció como límite para la Autoridad Marítima Nacional *“declarar las responsabilidades de carácter profesional emergentes de los hechos investigados, comunicando ese pronunciamiento a las autoridades competentes”*.³⁹⁰

Ahora bien, en Noviembre del año pasado, se ha aprobado el nuevo REGINAVE que establece, respecto a tripulaciones habilitadas por Marinas Mercantes extranjeras (¿todas?) cambios considerables.

Considerando que dentro de los Estados Signatarios los buques con bandera del Paraguay son los que predominan en el uso de la Hidrovía, no extraña que se mantenga la especial mención a los buques de dicha bandera en el nuevo cuerpo normativo, cuyo Capítulo especial fue ampliado respecto del antiguo REGINAVE, fundamentalmente en lo referente al practicaje (en concordancia con el Reglamento de los servicios de Practicaje y Pilotaje para los ríos, puertos, pasos y canales de la República Argentina³⁹¹) con la responsabilidad solidaria entre Capitanes y Armadores³⁹².

En respuesta a la situación que se daba con el artículo 599.0101 y que fuera descripta en el ejemplo anterior respecto a los tripulantes de la Marina Mercante extranjera, se han incorporado en este REGINAVE normas que buscan resolver la problemática existente.

Así, el artículo 404.9901 que se encuadra en la Sección 99: DE LAS SANCIONES A LOS PROFESIONALES PARAGUAYOS EN AGUAS ARGENTINAS, en cuanto a los profesionales paraguayos, expresamente determina que *“quedan sujetos a la jurisdicción administrativa de la navegación y a la aplicación de las mismas sanciones de las que son pasibles los profesionales argentinos, conforme los artículos 599.0101³⁹³ y 599.0102”*³⁹⁴.

³⁸⁹ CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I Causa: 22189/2013 AGENCIA MARITIMA EL HAUAR SRL c/PNA-DISP 313/12(EX S02:68136/09).

³⁹⁰ CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA I causas: “Litoral Center”, “Agencia Marítima Nabsa” y “MediterraneanShipping Company S.A.”, 4 Fecha de firma: 02/07/2015 Firmado por: DO PICO - GRECCO - FACIO, JUECES DE CAMARA - SEC. HERNAN E. GERDING pronunciamientos del 5 de diciembre de 2013, del 23 de diciembre de 2014 y del 27 de noviembre de 2014, respectivamente.

³⁹¹ Aprobado mediante el Decreto 2694/91.

³⁹² El artículo 404.0102 en su quinto párrafo establece: *“Los capitanes y armadores serán solidariamente responsables por los daños y perjuicios que causaren con motivo del ejercicio de la prerrogativa acordada por el presente artículo, en los términos del artículo 13 del Anexo I del Decreto N° 2.694/91 y sus modificatorios”*.

El nuevo artículo sancionatorio 599.0101 varía parcialmente del anterior e incorpora la posibilidad de que convivan dos sanciones simultáneas (atento a la gravedad de la falta y/o de los antecedentes del infractor) como ser suspensión o cancelación de la habilitación con una multa.

El artículo 599.0102 establece frente a determinadas sanciones a los prácticos, la intervención de la Autoridad de Aplicación del Reglamento de los Servicios de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos, Pasos y Canales de la República Argentina.

Frente a esta nueva normativa surgen algunos interrogantes, como ser, si el actual artículo 404.9901 alcanza únicamente al Práctico y/o Baqueano y/o a los Capitanes cuando actúan como Práctico y/o Baqueano de la Marina Mercante del Paraguay o también a otros tripulantes de la Marina Mercante del mismo país, como ser por ejemplo, el Jefe de Máquinas.

Este interrogante se origina a partir del propio texto del cuerpo normativo, por cuanto, el artículo 404.9901 establece que dicho artículo sería aplicable a aquellas personas que *“están habilitadas y/o registradas por la Prefectura Naval Argentina”*

¿Y qué tripulantes de la Marina Mercante del Paraguay deben registrarse y/o estar habilitados por la Prefectura Naval Argentina? En principio, en el mismo Capítulo Cuarto cuando se hace referencia a los que se deberán inscribir en el Registro Legajo

³⁹³ Nuevo Artículo 599.0101: Los actos y hechos de las personas comprendidas en el presente Título, que tuvieren lugar en el ejercicio de la actividad para la cual están habilitadas y/o registradas, que significaren acciones u omisiones en violación de las leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas en general y en particular de la navegación, en cuanto les fueren aplicables, y los que configuren una falta de idoneidad profesional, mala conducta, impericia, imprudencia o negligencia, quedan sujetos a la jurisdicción administrativa de la navegación y a la aplicación de las siguientes sanciones:

- a. Apercibimiento;
- b. Suspensión de hasta DOS (2) años;
- c. Cancelación de la habilitación;
- d. Multa de DOSCIENTAS UNIDADES DE MULTA (UM 200) a VEINTE MIL UNIDADES DE MULTA (UM 20.000).

De acuerdo a la gravedad de la falta cometida, y/o a los antecedentes contravencionales que registre el infractor, la sanción de multa también podrá imponerse accesoriamente a las de suspensión o cancelación de la habilitación.

599.0102. Tratándose de prácticos, las sanciones de suspensión superiores a TREINTA (30) días, y de cancelación de la habilitación, serán impuestas por la Autoridad de Aplicación del Reglamento de los Servicios de Practicaje y Pilotaje para Ríos, Puertos, Pasos y Canales de la REPÚBLICA ARGENTINA.

³⁹⁴ Artículo 404.9901: Los actos y hechos de las personas comprendidas en el presente Capítulo, que tuvieren lugar en el ejercicio de la actividad para la cual están habilitadas y/o registradas por la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, que significaren acciones u omisiones en violación de las leyes, decretos, reglamentos u ordenanzas en general y en particular de la navegación, en cuanto les fueren aplicables, y los que configuren una falta de idoneidad profesional, mala conducta, impericia, imprudencia o negligencia, quedan sujetos a la jurisdicción administrativa de la navegación y a la aplicación de las mismas sanciones de las que son pasibles los profesionales argentinos, conforme los artículos 599.0101 y 599.0102.

“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

Multipropósito (RLM) del Sistema de gestión Documental Electrónica GDE son los alcanzados por el artículo 404.0104, es decir, aquellos que sean habilitados para Prácticos y Baqueanos.

De la hermenéutica de los artículos, entonces, podría llegar a pensarse que el nuevo REGINAVE si bien establecería un artículo sancionatorio específico para los tripulantes de la Marina Mercante del Paraguay, no llegaría a alcanzar a todos los tripulantes de dicha Marina Mercante³⁹⁵ y menos aún a tripulantes de otros Países Signatarios.

Ahora bien, a los efectos de dirimir dicho interrogante, se incorporó el nuevo Título 7: DEL PERSONAL EXTRANJERO EN AGUAS DE JURISDICCION ARGENTINA.

Al ver la pena establecida en su artículo sancionatorio³⁹⁶ bajo el título DE LAS SANCIONES AL PERSONAL EXTRANJERO, más allá de los interrogantes que plantea este artículo en cuanto a su alcance, resulta llamativo que la escala de pena llegue a ser hasta 10 veces más que la que establecida a un Capitán en el otro artículo. Es decir, que frente a una responsabilidad profesional un Capitán Argentino o de Paraguay podría ser sancionado con una pena de hasta 20.000 UM, mientras que un Jefe de Máquinas extranjero o un Capitán Uruguayo, Boliviano, Brasileiro o de otro Estado acorde a este Título 7, podría ser sancionado con hasta 200.000 UM.

En un modo de avanzar con la propuesta del presente artículo que no está dirigida al estudio interno del nuevo REGINAVE -que claramente es más sancionatorio que su antecesor- en sí mismo, aún con este interrogante que al día de hoy todavía no tiene respuesta en la práctica por el poco tiempo de vigencia de la norma y la falta de antecedentes jurisprudenciales a las distintas defensas que se podrían oponer a partir de juego de los distintos artículos, tomaremos los supuestos en donde la Autoridad Marítima puede y va a sancionar al infractor paraguayo acorde lo preceptuado en el artículo 599.0101. Como ya se ha mencionado, a partir de esta norma, la Autoridad Marítima puede aplicarle al infractor paraguayo la pena de “suspensión de hasta dos

³⁹⁵ En caso del personal extranjero en aguas de jurisdicción argentina está exceptuado por cuanto específicamente en los artículos 701.001 y 799.0101 que no desarrollaremos para evitar dispersiones al tema tratado pero que también tiene un juego con el resto de los articulados que daría lugar a ciertas defensas para estos tripulantes.

³⁹⁶ Art. 799.0101: Las personas humanas o jurídicas extranjeras que no cuenten con habilitación o registro ante la PREFECTURA NAVAL ARGENTINA, que incurran en contravenciones punibles por la presente Reglamentación y/o por otras normas nacionales o internacionales aplicables en jurisdicción nacional en materia de navegación, y/o que incurran en actos que configuren mala conducta, impericia, imprudencia o negligencia en materia de navegación, quedan sujetas a la jurisdicción administrativa de la navegación y a la aplicación de multa de CIENTO CINCUENTA UNIDADES DE MULTA (UM 150) hasta DOSCIENTAS MIL UNIDADES DE MULTA (UM 200.000), acorde la gravedad de la falta, cuando la infracción no tuviese estipulada una sanción específica.

años” y “cancelación de la habilitación”.

En principio, en concordancia al artículo 404.0106³⁹⁷, la suspensión y/o cancelación a la que alude el artículo 599.0101 sería estrictamente para nuestro Registro Nacional, lo que estaría en concordancia con lo preceptuado en el Reglamento 11 -acorde las facultades y las limitaciones que tienen los Estados Signatarios en sus aguas jurisdiccionales-. Pero en caso de que la Autoridad Marítima decida sobre alguna de estas dos penas, ¿el plazo de suspensión de hasta 2 años que establece el nuevo REGINAVE puede convivir armoniosamente con el de 6 meses que prevé el Reglamento 11 si el día de mañana Paraguay incorpora este Reglamento a su ordenamiento jurídico y, por ende, el mismo entra en vigencia para todos los Países Signatarios, o comenzaremos a tener normas de imposible convivencia? ¿Y en este último supuesto, cuál va a prevalecer?

Otro aspecto a tener en cuenta y que el día de mañana puede generar un conflicto, es el plazo de prescripción de la sanción que en el nuevo REGINAVE ocurre “a los tres años de notificada la resolución firme condenatoria del sancionado”³⁹⁸ mientras que, por ejemplo, la sanción de multa en el Reglamento 11 acorde al artículo 29, opera a los dos años a partir de la fecha en que se hallara firme la resolución. ¿Y si no es una multa la pena, cuándo prescribe acorde el Reglamento 11?

En su artículo 28³⁹⁹ el Reglamento prevé la prescripción de la sanción por muerte del sancionado, por su cumplimiento y por la prescripción que -a diferencia del REGINAVE- sólo la determina para el caso de la multa.

Otro punto a tomar en consideración de entrar en vigencia el Reglamento 11, va a ser el hecho de las distintas unidades de cuenta que establece cada cuerpo normativo. Así como el REGINAVE utiliza la Unidad de Multa (UM) la cual se encuentra cuantificada en el artículo 9001.0030⁴⁰⁰ (que se ajustará anualmente acorde al IPC), manteniendo su cálculo acorde la economía interna del país, el Reglamento 11 adopta los Derechos

³⁹⁷ Artículo 404.0106: Caducidad y suspensión de las habilitaciones

Sin perjuicio de las sanciones establecidas en el artículo 404.9901, las habilitaciones previstas en el presente Capítulo caducarán o serán suspendidas cuando el profesional dejara de navegar por más de UN (1) año. Igual medida podrá adoptarse por otras razones específicamente previstas en las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a los profesionales argentinos.

³⁹⁸ Artículo 901.0023: La acción prescribe a los TRES (3) años de producido el hecho. La sanción prescribe a los TRES (3) años de notificada la resolución firme condenatoria del sancionado.

³⁹⁹ Artículo 28: Prescripción de la Sanción

La sanción de multa prescribirá a los dos (2) años computados a partir de la fecha en que se hallara firme la resolución condenatoria.

“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

Especiales de Giro (DEG) como unidad de cuenta para el cálculo de la pena de multa ⁴⁰¹, reglando la cotización (mercado de New York, EE.UU), valor y conversión (en base al valor oficial de la moneda nacional de los Países Signatarios a la fecha de la notificación de la Resolución Firme)⁴⁰².

CONCLUSIÓN.

En concordancia al crecimiento de la Hidrovía, situaciones fácticas, reclamos judiciales y la necesidad de que el derecho se adecue a los tiempos que corren, a finales del año pasado ha sido bienvenida la actualización del REGINAVE.

Aunque hace años que el resto de los Países Signatarios incorporaron el Reglamento 11, al no haberse adherido todavía Paraguay, el mismo no se encuentra vigente, por lo que la normativa interna de cada Estado regula lo que sucede en la Hidrovía a partir de sus Autoridades Marítimas Nacionales.

Por lo tanto, si bien hoy no tenemos un conflicto entre ambas normas analizadas, en caso de que Paraguay adhiera al Reglamento 11, podrían comenzar a suscitarse diferentes conflictos.

En una actividad realizada por el Centro de Estudios de Derecho Marítimo del Paraguay, apoyada por la Rama del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo de ese país, a finales de Septiembre de este año ⁴⁰³, al exponer respecto al nuevo REGINAVE argentino, nuestro Asociado, el Dr. Matías Bongiorno mencionó la falta de adhesión de Paraguay a este Reglamento 11, lo que generó un eco en los asistentes paraguayos. Suficiente

⁴⁰⁰ Artículo 901.0030. El valor de las multas se determina en UNIDADES DE MULTA denominadas UM, cada una de las cuales equivale a la suma de PESOS DIEZ (\$ 10), que se ajustarán anualmente con base en la variación anual del Índice de Precios al Consumidor, que suministre el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS, o el organismo que lo reemplace.

En la resolución de la causa, el monto de la multa se determinará en cantidades de UM, y se abonará su equivalente en moneda de curso legal al momento de hacerse efectivo el pago.

⁴⁰¹ En nota 12.

⁴⁰² Artículos 177, 178 y 179 respectivamente. Ver nota 13.

⁴⁰³ MasterClass: “Sumarios y penalizaciones en el ámbito fluvio-marítimo. Régimen Sancionatorio Paraguay y Argentina”, 29 y 30 de Septiembre de 2020.

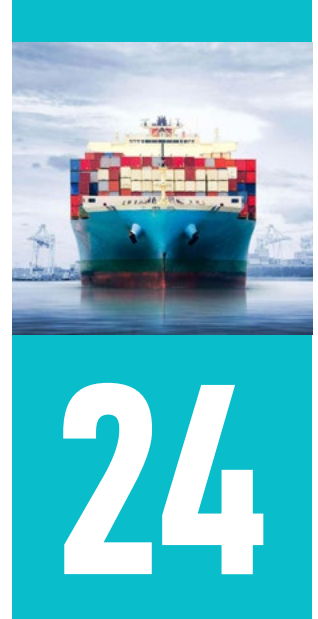
“El nuevo REGINAVE argentino podría llegar a vulnerar normas del acuerdo de Santa Cruz de la Sierra?”
por **Pozzi, Liza**

disparador para preguntarnos:

¿Cómo quedó hoy el REGINAVE?, y fundamentalmente, ¿qué pasaría con las normas si Paraguay termina adoptando el Reglamento 11?

El desarrollo de las economías, los avances tecnológicos, la propia demanda de los actores y de la sociedad lleva a la necesidad de actualizar el derecho y; la falta de uniformidad en esta materia provoca que, permanentemente, estemos frente a este tipo de situaciones.

Habrá que esperar a ver qué sucede, si Paraguay se mantiene al margen de este Reglamento, cómo la Autoridad Marítima Argentina aplica el nuevo REGINAVE y, por supuesto, qué plantearemos nosotros, quienes navegamos entre los artículos.



Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.

Jorge M. Radovich ⁴⁰⁴

ARGENTINA

INTRODUCCIÓN.

Ya en el XX Congreso del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, que se llevó a cabo en la Ciudad de Guayaquil, del 13 al 15 de Noviembre de 2017, presentamos un Power Point titulado “PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LOS BUQUES NO TRIPULADOS EN LATINOAMÉRICA”, donde tratamos dicha temática que era muy novedosa en

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

ese momento, al punto que aún no había sido tratada en la Organización Marítima Internacional (en adelante OMI,) no obstante lo sería al año siguiente ante el pedido de varios Estados Miembros.

Entendemos que esa presentación fue el primer trabajo en castellano sobre el tema que se llevó a cabo, al menos en Latinoamérica.

Los esfuerzos de la OMI en la regulación de la temática de los buques autónomos comenzaron con la 99ª sesión del Comité de Seguridad Marítima (MSC 99), realizada en el mes de Mayo de 2018.

El MSC 99 comenzó a analizar cómo se puede introducir el funcionamiento seguro y ambientalmente racional de los buques de superficie autónomos marítimos (Maritime Autonomous Surface Ships: MASS) en los instrumentos de la OMI. Los nombraremos indistintamente como buques autónomos o MASS.

Por razones de trabajo no pudimos escribir un artículo sobre el tema, lo que sí hizo Diego Chami dando crédito a nuestra presentación, que puede verse en el N° 59 de la Revista de Estudios Marítimos, págs. 51 y ss. Ese artículo se enfoca más en el impacto de los buques autónomos en la Ley Argentina -y viceversa- que en el enfoque internacional que nosotros adoptamos en Guayaquil.

A su vez, para un detallado análisis de los aspectos técnicos, y el planteamiento de temas muy interesantes, recomendamos la lectura del trabajo de Gustavo Nordensthal en la web Nuestromar ⁴⁰⁵, titulado muy apropiadamente “BUQUES SIN TRIPULACIÓN - El futuro ya está aquí, ha llegado”

Cuando hicimos la presentación en Guayaquil nos planteábamos una serie de problemas

⁴⁰⁴ Abogado, abanderado y Medalla de Oro de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Ex Miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Maritime International por dos períodos. Reelecto por unanimidad para el segundo y último admisible. Es Miembro del Nominating Committee del CMI. Ex Vice-Presidente Titular y actualmente Segundo por Argentina del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Presidente del Consejo Editorial de la Revista de Estudios Marítimos. Ex Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Consejero Ejecutivo y Protesorero de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo. Ex Profesor Titular de Derecho Comercial IV (Marítimo, Aeronáutico y Espacial) en la Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires. Arbitro en temas navigatorios. Conferencista internacional. Tiene más de 40 artículos y comentarios publicados en castellano, inglés y francés, y los libros “Curso de Seguros en el Comercio Exterior”, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc S.R.L., 1999, 768 págs.; “Problemas Actuales de Derecho Marítimo Argentino”, Buenos Aires, Ed. Quorum, 2004, 307 págs.; y “Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad y Seguridad Marítima, Registro de Buques, Sociedades de Clasificación y Riesgos de la Navegación por Agua”, obra esta última en la cual el Dr. Radovich es Director y ha escrito un Capítulo, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2006, 504 págs. Es Socio Director del Estudio Radovich & Asociados, de Buenos Aires, Argentina.

⁴⁰⁵ <https://www.nuestromar.org/files/BUQUES-NO-TRIPULADOS-GN.pdf>. Este trabajo fue publicado en Noviembre de 2017, y como el nuestro en Guayaquil, también antes que la OMI se abocara formalmente al tema.

prácticos que a nuestro juicio se podrían producir en relación con estos buques en Latinoamérica. En esa época no se sospechaba siquiera la existencia de la pandemia del covid-19, que ante la contagiosidad del virus ha provocado un gran desarrollo de la virtualidad, la robótica, la inteligencia artificial, la nanotecnología, la telemática y de las plataformas informáticas, a tal punto que debemos revisar las opiniones que dimos en Guayaquil y tenemos nuevos interrogantes y propuestas normativas, que plantearemos en este trabajo.

Aunque la pandemia ha provocado sufrimiento y muertes, paradójicamente llevó a un salto tal en las diversas especialidades de la informática que debemos considerar. Es increíble que 2.500 millones de personas pasaran a trabajar en forma remota desde sus domicilios súbitamente⁴⁰⁶.

Nos ha parecido interesante replantear esta temática partiendo del supuesto de que no será tan sencillo como se cree lograr una vacuna efectiva y que pueda evitar la re-infección, las mutaciones del virus y los rebrotes que se producen, de modo que la navegación por agua y la rama del Derecho que la regula, deberán adaptarse a esa situación, del mismo modo en que deberemos hacerlo todos nosotros.

Por supuesto que nuestro deseo es que se llegue rápidamente a una vacuna o cura efectiva, mas el salto informático ya ha sido dado y no puede ignorarse en este tema.

Los buques no tripulados son una realidad muy cercana, no un supuesto de ciencia ficción.

Rolls Royce hace años que se encuentra trabajando en el desarrollo de buques sin tripulación.

Los buques mercantes sin tripulación serían más seguros, reducirían los costos de operación, se ampliaría el espacio de carga y contaminarían menos.

La Unión Europea ya en ese entonces, cuando hablamos en Guayaquil, financiaba con 3,5 millones de euros un estudio para crear una flota de barcos sin tripulación.

La Sociedad de Clasificación Noruega DNV GL avanza con su proyecto “ReVolt”, embarcación propulsada por baterías, de alta eficiencia y no tripulada.

El buque tendría una autonomía de 100 millas náuticas sin necesidad de recarga. El “ReVolt” podría alcanzar una velocidad operativa de 6 nudos.

⁴⁰⁶ Comentario de Jacques Attali en nota de Hugo Alconada Mon titulada “La humanidad aun no comprendió la profundidad de esta crisis”, matutino “La Nación” del 6 de Setiembre de 2020”.

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

La Administración de Seguridad Marítima de China comunicó que la propuesta de avanzar con la iniciativa, denominada “Proyecto de Investigación y Desarrollo de Buques Multifuncionales No Tripulados”, recibió aprobación unánime.

Ya es una realidad tangible que existen barcos con navegación autónoma hoy día. Un claro ejemplo de ello es el SmartDock, un sistema de acoplamiento automático que permite a un barco zarpar, maniobrar y arribar de un puerto a otro sin ayuda de tripulación humana. También lo es el buque YARA BIRKELAND, el primer porta contenedores 100% eléctrico y autónomo, actualmente en período de prueba, pero que se prevé esté completamente listo muy pronto, para transportar fertilizantes y otros productos químicos de la industria agrícola en Noruega.

También se han probado ya Remolcadores Portuarios autónomos dirigidos remotamente con éxito.

Ya existen buques no tripulados sirviendo en las Armadas de varios países. Sirva como ejemplo el conocido buque autónomo israelí que lleva armamento, cuyo uso ha provocado la protesta palestina en la ONU.

Hoy asistimos a un vertiginoso desarrollo de los drones, cuyos usos civiles y militares nos son parcialmente conocidos, y a la vez pensamos que jugarán un papel importante en la operación de los buques autónomos.

Centraremos nuestra atención en los buques comerciales, y vinculados a éstos, y asumiendo que tales embarcaciones se utilizarán ab initio solamente para viajes cortos entre puertos determinados a priori.

Todas las opiniones que verteremos lo son exclusivamente a título personal.

EL COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL.

El Comité Marítimo Internacional, la más importante ONG que reúne a todas las partes interesadas en la navegación por agua y el Derecho Marítimo, fundada en Amberes en 1897, y responsable de una gran parte de las Convenciones Internacionales (todas las de Bruselas, por ejemplo) antes de la creación del organismo de las Naciones Unidas que más adelante se llamaría OMI, y con el cual colabora muy activamente, había reaccionado muy rápidamente y creado un Grupo Internacional de Trabajo sobre el tema, presidido por Tom Birch Reynardson, que como es habitual en la metodología de la organización, preparó un cuestionario que fue respondido por muchas de las Asociaciones Nacionales

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

de Derecho Marítimo, entre ellas la Argentina.

EL TRABAJO EXPLORATORIO DE LA OMI.

Como ya se ha mencionado en el Capítulo I, tras una propuesta de varios Estados Miembros, el Comité Marítimo Internacional, el Grupo Internacional de Clubes de P&I y la International Chamber of Shipping, el Comité de Seguridad marítima (MSC 98) de la OMI acordó incluir el tema de los buques de superficie autónomos marítimos en su orden del día. Para abordar el tema, se inició un estudio exploratorio sobre la reglamentación para determinar la manera de introducir en los instrumentos de la OMI existentes, la operación de los buques marítimos autónomos de superficie (MASS) en condiciones de seguridad, eficiencia y protección del medio ambiente.

El Comité Legal y el Comité de facilitación de la OMI también han incluido el estudio exploratorio de la reglamentación en sus agendas para los Convenios que les incumben.

Asignamos fundamental importancia práctica a la división en grados de autonomía de los MASS que se llevó a cabo:

Para facilitar el proceso del estudio exploratorio sobre la reglamentación, los grados de autonomía se organizan en cuatro grados siendo los últimos dos grados los casos más extremos:

La OMI también identificó provisoriamente las Convenciones Internacionales relacionadas con sus Comités del siguiente modo:

Comité de seguridad marítima (MSC)

La lista de instrumentos incluida en el estudio exploratorio del MSC son los que cubren:

⁴⁰⁷ “Grado 1: Buque con procesos automatizados y apoyo en la toma de decisiones: La gente de mar está a bordo para operar y controlar los sistemas y las funciones de a bordo. Algunas operaciones pueden estar automatizada y en ocasiones sin supervisión, pero con gente de mar a bordo lista para tomar el control; Grado 2: Buque controlado a distancia con gente de mar a bordo: El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. Hay gente de mar a bordo, disponible para tomar el control y operar los sistemas y funciones de a bordo del buque; Grado 3: Buque controlado a distancia sin gente de mar a bordo: El buque se controla y opera desde otro emplazamiento. No hay gente de mar a bordo; Grado 4: Buque totalmente autónomo: El sistema operativo del buque es capaz de tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo.” (<http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>)

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

La protección y la seguridad marítimas (Convenio SOLAS); El Reglamento de abordajes (COLREG); La carga y estabilidad (Convenio de líneas de carga); Formación de la gente de mar y los pescadores (Convenio de formación y Convenio de formación para pescadores); Búsqueda y salvamento (Convenio SAR); El arqueo de buques (Convenio internacional sobre arqueo de buques); Buques de pasaje en tráficos especiales (Acuerdo sobre buques de pasaje que prestan servicios especiales y Protocolo sobre espacios habitables en buques de pasaje que prestan servicios especiales).

Comité de facilitación (FAL)

El Comité de facilitación está considerando el Convenio para facilitar el tráfico marítimo internacional (Convenio de facilitación).

Comité Legal (LEG)

La lista de instrumentos que abordará en el Comité Legal incluye:

A - Convenios que son competencia del Comité Legal ⁴⁰⁸

B - Convenios resultantes de la labor del Comité Legal compartidos con otros comités

⁴⁰⁸ 1) Convenio sobre el combustible de los buques 2001 – Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por los hidrocarburos para combustible de los buques, 2001; 2) Convenio CLC de 1969 – Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969; 3) Protocolo CLC de 1976 – Protocolo de 1976 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969; 4) Protocolo CLC de 1992 – Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1969; 5) PROT 1992 FONDO – Protocolo de 1992 que enmienda el Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1971; 6) PROT 2003 FONDO – Protocolo de 2003 relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un Fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, 1992; 7) NUCLEARES 1971 – Convenio relativo a la responsabilidad civil en la esfera del transporte marítimo de materiales nucleares, 1971; 8) Convenio de Atenas de 1974 – Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974; 9) Protocolo de Atenas de 1976 – Protocolo de 1976 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974; 10) Protocolo de Atenas de 2002 – Protocolo de 2002 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, 1974; 11) Convenio de limitación de la responsabilidad 1976 – Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976; 12) Protocolo de 1996 relativo al Convenio de limitación de la responsabilidad 1976 – Protocolo de 1996 que enmienda el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo, 1976; 13) Convenio SUA 1988: Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, 1988; 14) Protocolo SUA de 1988: Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, 1988; 15) Convenio SUA 2005: Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima; 16) Protocolo SUA de 2005: Protocolo de 2005 relativo al Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental; 17) Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989 – Convenio internacional sobre salvamento marítimo, 1989; 18) Convenio WRC de 2007 – Convenio internacional de Nairobi sobre la remoción de restos de naufragio, 2007; 19) Protocolo SNP de 2010 – Protocolo de 2010 relativo al Convenio internacional sobre responsabilidad e indemnización de daños en relación con el transporte marítimo de sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, 1996

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

de la OMI ⁴⁰⁹

C - Tratados conjuntos entre la OMI y otros organismos de las Naciones Unidas resultantes de la labor del Comité jurídico ⁴¹⁰

Se tratará de un trabajo muy relevante de adaptación de los más importantes Convenios Internacionales Marítimos, a los buques autónomos en sus diversos grados. El mismo, consideramos, será muy interesante de seguir.

LAS CUESTIONES QUE PUSIMOS EN CONSIDERACIÓN EN GUAYAQUIL Y SUS CAMBIOS, SI LOS HUBIERA.

Nuestra propuesta es mucho más modesta. Nos proponemos replantear las preguntas y aseveraciones que hemos efectuado en Guayaquil, proponer nuevos interrogantes y reconsiderarlos, en función del avance tecnológico producido por la contagiosidad del virus que originara la pandemia.

I.- REGLA 33 DEL CAPÍTULO V DE SOLAS ASISTENCIA

Establece la obligación del Capitán de todo buque de acudir en auxilio de vidas en peligro en el mar.

Se ha sugerido que los buques no tripulados debieran ser eximidos de esa obligación. Creemos que la discusión debe limitarse a los MASS de los grados tres y cuatro, porque los de grado uno y dos están tripulados, aunque limitadamente, de modo que resultaría impensable excluirlos de esta obligación.

Pienso que no corresponde eximir a los buques no tripulados de grado tres y cuatro de prestar salvamento a otros cuando éstos estén en una situación de peligro que pueda afectar vidas humanas, salvo que hubiera otros buques tripulados en condiciones de hacerlo en el área y oportunamente.

⁴⁰⁹ 1) Convenio de intervención de 1969 – Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos, 1969; 2) Protocolo de intervención, 1973 – Protocolo relativo a la intervención en alta mar en casos de contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, 1973

⁴¹⁰ 1) Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993 (conjuntamente con la UNCTAD); 2) Convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999 (conjuntamente con la UNCTAD)". (<http://www.imo.org/es/MediaCentre/HotTopics/Paginas/Autonomous-shipping.aspx>)

Si bien es cierto que en áreas con tráfico marítimo intenso el peligro de desatención se reduciría; eso no sería así en la mayor parte del hemisferio Sur y en determinados lugares del Norte.

No vemos por qué razón los buques no tripulados no pudieran llevar una embarcación auxiliar o un bote o balsa salvavidas inflable con ancla de mar y con elementos mínimos de supervivencia que podrían resultar de gran utilidad para el salvamento de vidas humanas en el mar. El bote o balsa deberían incluir un sistema especial de expulsión, localización y acceso seguro para los tripulantes en peligro.

Podrá alegarse que ello genera problemas de diseño, mas en conversaciones con los Ingenieros Navales que habitualmente consultamos nos han asegurado que existen soluciones sumamente simples al respecto.

II.- EXIGENCIA DE CAPITÁN Y OFICIALES CALIFICADOS

Cabe considerar la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que establece de forma muy específica en su artículo 94 los deberes del Estado del pabellón, al señalar: “... que cada buque esté a cargo de un capitán y de oficiales debidamente calificados...”, en cuanto a la gestión u operación del buque se requiere cumplir con el Código de Gestión de la Seguridad, el cual establece que se deberán definir las responsabilidades del capitán, las cuales tienen que estar claramente especificadas, así como la descripción de las tareas a bordo, los procedimientos y la documentación.

Nuevamente el problema se presentaría en los MASS de grados tres y cuatro. En los de grado tres una o más personas dirigirían remotamente el buque.

¿Alguna de ellas sería el capitán, con las importantes funciones que la normativa internacional les impone? ¿Podría, por ejemplo, decidir sacrificios al buque o a la carga en una situación de peligro? ¿Aun sin ser gente de mar sino un operador informático?

Nos han comentado que una misma persona podría operar varios buques a la vez. ¿Es ello aceptable o incrementaría la inseguridad en el mar? ¿Sería el Capitán de varios buques a la vez?

Y los problemas se incrementan en los MASS de grado cuatro. Consideramos que debieran tener, no obstante los importantes avances en la informática a los que nos hemos referido, al menos un sistema de respaldo de emergencia operado por un humano calificado.

III.- ACUERDO DE VIÑA DEL MAR

Es un acuerdo de los Estados Latinoamericanos que establece el derecho a controlar buques de bandera extranjera por parte del Estado Rector del Puerto, suscrito en Viña del Mar, Chile, el 5 de Noviembre de 1992.

En la actualidad son Miembros plenos del Acuerdo Latinoamericano de Viña del Mar: ARGENTINA, BOLIVIA, BRASIL, CHILE, COLOMBIA, CUBA, ECUADOR, GUATEMALA, HONDURAS, MÉXICO, PANAMÁ, PERÚ, REPÚBLICA DOMINICANA, URUGUAY y VENEZUELA.

El espíritu y objetivo principal consiste en el compromiso asumido por las Autoridades Marítimas de la región de mantener un sistema eficaz de inspección a fin de garantizar, sin discriminaciones en cuanto al pabellón, que los buques extranjeros que visitan sus puertos cumplen con las normas establecidas en los Convenios Internacionales.

Constituye una herramienta importante para luchar contra los buques subestandar que se amparan en banderas de conveniencia que no controlan las condiciones de navegabilidad de esos buques ni la calificación de sus tripulaciones.

Las inspecciones incluyen abordar el buque, entrevistar al Capitán y a otros tripulantes, realizar comprobaciones relativas al Estado del Casco, Maquinaria, sistema de comando, etc.

¿Cómo se efectivizarían en buques no tripulados? Nuevamente el problema son los MASS de grado tres y cuatro.

No lo hubiéramos considerado así en Guayaquil, mas ahora pensamos que existen medios informáticos apropiados y que pueden utilizarse drones para llevar a cabo en forma remota las inspecciones requeridas por el Acuerdo. Las Sociedades de Clasificación ya los están utilizando en sus inspecciones de los buques. Además, desde una perspectiva práctica nos resulta muy difícil imaginar un moderno buque no tripulado que a la vez pueda ser calificado de subestandard.

IV.- RIPPA

El Reglamento Internacional para la Prevención de Abordajes está pensado, como no podía ser de otra manera, en relación a buques tripulados.

La Regla 3 inciso K) dice que *“Se entenderá que los buques están a la vista uno del otro únicamente cuando uno pueda ser observado visualmente desde el otro”*.

Se entiende que observado por un tripulante a bordo.

¿Se aplica a buques no tripulados cuya capacidad de visualización puede ser muy

superior a la de un humano?

La Regla 5 -Vigilancia- dispone que: *“Todos los buques mantendrán en todo momento una eficaz vigilancia visual y auditiva”*.

¿Cumplirían los buques no tripulados con esa regla? Aun cuando sus sistemas de detección tengan mayor alcance que la vista y el oído humanos. Según nuestros consultores no existirían inconvenientes al respecto dados los recientes avances.

¿Un pasaje o una vuelta encontrada en canales estrechos se coordinarían entre los operadores ausentes en el Puente de Mando? Esta cuestión es harto delicada.

Tal vez sería conveniente utilizar buques de grado uno a tres hasta tanto no se desarrollen Protocolos y algoritmos seguros para las MASS de grado cuatro.

V.- PRACTICAJE OBLIGATORIO

Los Estados imponen la utilización de Prácticos por ellos habilitados o reconocidos para el ingreso a puertos y la navegación en áreas cuyas características lo justifiquen, en aras a la seguridad de la navegación.

Transcribimos en negrita lo que nos preguntábamos en el Congreso de Guayaquil.

¿Cómo abordaría el Práctico un buque que no cuente con facilidades para alojar tripulación y cómo llevaría a cabo su función de aconsejar al inexistente -a bordo-Capitán?

Nuevamente el problema se presentaría en los MASS de grado tres y cuatro. Si bien podría incluirse en el diseño un espacio a bordo para el práctico, no parece tener mucho sentido.

¿Es factible el practicaje remoto?

Por las consultas que hemos realizado a especialistas la respuesta sería afirmativa, aunque tratándose de viajes cortos y entre puertos predeterminados en un sistema como el SmartDock pareciera racional eximir a los MASS del practicaje.

VI.- DISMINUCIÓN DE RIESGOS DE CONTAGIO EN LOS MASS

Este tema no lo tratamos en Guayaquil simplemente porque no se había desatado la pandemia todavía.

Se han producido resonantes casos de contagios y rechazo de descenso de tripulantes y pasajeros especialmente en Cruceros, como el caso del ZAANDAM, mas también en

pesqueros y buques mercantes.

Tanto los Clubes de Protección e Indemnidad cuanto los Estados han desarrollado diversos Protocolos para reducir el riesgo de contagio, que no nos proponemos analizar en detalle en este trabajo.

Mas nos parece evidente que la reducción del número de tripulantes en los MASS grado uno y dos y su ausencia en los de grado tres y cuatro coadyuva a la lucha contra la extensión de la pandemia.

VII.- MANUAL DEL LLOYD’S REGISTER SOBRE BUQUES AUTÓNOMOS

La prestigiosa Sociedad de Clasificación Lloyd’s Register publicó el Unmanned Marine SystemsCode, para establecer las pautas regulatorias que esa Sociedad de Clasificación para el diseño, construcción y mantenimiento de Sistemas Marinos Autónomos.

El documento contiene los procedimientos para el diseño de buques sin tripulación. Contempla las áreas de Definiciones, Estructura, Estabilidad, Sistemas de Control, Sistemas Eléctricos, Sistemas de Navegación, Propulsión y Maniobra, Incendio, y Sistemas Auxiliares.

Se definen seis niveles de Autonomía (AutonomyLevels o AL) a diferencia de los cuatro reconocidos por la OMI y una sistematización de las posibles fallas y sus mecanismos de superación.

Los buques autónomos clasificados por el Lloyd’s deberán sujetarse a esta regulación.

Aunque ya hemos mencionado que otra prestigiosa Sociedad de Clasificación Noruega estaba dedicando su atención a los buques autónomos, pensamos que la emisión de ese Código por parte de tan importante Sociedad de Clasificación es de gran importancia.

VIII.- PROTECCIÓN DE CIBER ATAQUES

Deberá ser muy cuidadosa la implantación de elementos protectivos que impidan que un buque autónomo pueda ser hackeado por personas no autorizadas, máxime teniendo en cuenta el desarrollo de habilidades cada vez más sofisticadas y eficientes por parte de los piratas informáticos. Para el caso de los de grado uno y dos, pensamos que las Escuelas de Náutica deberán incluir en sus programas materias de informática en forma intensiva.

“Influencia del desarrollo informático de la pandemia sobre la regulación de los buques autónomos.”
por **Radovich Jorge**

IX.- MODIFICACIÓN DEL SEÑALAMIENTO MARÍTIMO

El IALA (International Association of Lighthouse Authorities) también está estudiando la solución a problemas que se presentarán con la navegación de buques autónomos en las áreas en las que se autorice su navegación. Las balizas, boyas y demás ayudas a la navegación deberán ser del tipo “activo” y no meramente pasivo, capaces de intercomunicarse e interactuar con las embarcaciones no tripuladas⁴¹¹.

X.- PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y BUQUES NO TRIPULADOS

DERECHO NACIONAL

Por razones de protección del medio ambiente las embarcaciones no tripuladas no debieran ser admitidas por los países de Latinoamérica en tareas vinculadas a la exploración y explotación de hidrocarburos Costa afuera, que están bajo la soberanía del Estado otorgante de la licencia, salvo en lo que actividades auxiliares a las de exploración y prospección se refiera.

¿Y las admitiríamos para transporte de hidrocarburos, GNL y SNPs?

Nuestra opinión continúa siendo negativa al respecto, por la peligrosidad y elevada capacidad dañosa o contaminante.

DERECHO INTERNACIONAL

El Art. 211 de la CONVEMAR permite a los Estados dictar leyes y reglamentos para prevenir, controlar y reducir la contaminación del medio marino por parte de buques extranjeros, incluso aquéllos que ejerzan el derecho de paso inocente en su mar territorial.

Pero su inciso 4 “in fine” impide que tales leyes y reglamentos **“obstaculicen el paso inocente de buques extranjeros”**.

Ya hemos destacado que la propia OMI considera que estos buques MASS serán utilizados en principio para transportes cortos y entre puertos predeterminados, por lo que no nos parece aceptable que fuera del supuesto de cabotaje nacional o internacional autorizado por el o los Estados concernidos, se permita su paso inocente por el mar territorial de nuestros Estados, y menos viajes interoceánicos.

⁴¹¹ Nordensthal, Gustavo, op. cit. pág. 37.

Nordensthal sostiene que: *“Para el caso de los buques sin tripulación, las normas que se aplican para la Zona Económica Exclusiva (hasta las 200 millas) son aún más amplias y no existen limitaciones para la navegación de esos buques, como tampoco las hay en Alta Mar.”*⁴¹²

Disentimos con una interpretación tan amplia. La CONVEMAR nació en 1982, cuando no podía de ningún modo preverse la navegación de buques autónomos, por lo que puede interpretarse que pudiera haber autorizado la navegación de éstos en Alta Mar.

Por otra parte, en la medida que se desarrollen actividades pesqueras, extractivas o de otro tipo en su Zona Económica Exclusiva, es evidente el interés del Estado ribereño en impedir que las mismas sean afectadas por la navegación de buques autónomos de grado tres y cuatro. Ese derecho se halla contemplado en los incisos 4 y 5 del Art. 60 y en el Art. 73 de la CONVEMAR.

La CONVEMAR autoriza en su Art. 23 el Paso inocente de buques de propulsión nuclear o que transporten materiales nucleares por el Mar Territorial de los Estados Miembros.

Esto es dentro de la escasa distancia de 12 millas náuticas de las líneas de base en el territorio del Estado Ribereño.

Parece sumamente peligroso extender esta autorización a buques no tripulados. En el pasado ya ha habido resistencia en Argentina cuando buques especialmente preparados transportaban residuos nucleares por el Mar territorial argentino en viajes entre Japón y Francia a fin de reciclar y reutilizar los combustibles nucleares gastados por las plantas nucleares niponas.

Pensamos que no debiera admitirse una interpretación extensiva del artículo 23 de la CONVEMAR que ampara este tipo de transportes.

Máxime si se tiene en cuenta que en Art. 2 inciso 3 de la Ley ratificatoria de la CONVEMAR el Parlamento Argentino señaló expresamente que debiera regularse debidamente el tránsito marítimo de buques con cargamentos de sustancias radiactivas de alta actividad, lo que demuestra que existía conciencia del serio riesgo que esta navegación genera⁴¹³.

⁴¹² Op. cit., pág. 40.

CONCLUSIONES.

- La tarea exploratoria que está llevando a cabo la OMI es apropiada y pertinente, y seguramente deberán modificarse varias de las Convenciones Internacionales identificadas para regular adecuadamente a los buques autónomos.
- La utilización de los mismos deberá restringirse a trayectos cortos y entre puertos predeterminados, al menos en una primera instancia.
- El avance tecnológico producido en la informática, la inteligencia artificial, la telemática y la comunicación y comando a distancia que se produjo durante la pandemia hace que puedan superarse varios de los interrogantes que planteáramos en Guayaquil en 2017.
- Consideramos que aun los MASS de grado tres y cuatro debieran llevar botes o balsas de salvamento con ancla de mar para prestar asistencia a buques en peligro en caso de ser absolutamente necesario.
- La coordinación de cruces de vuelta encontrada y sobrepaso en canales estrechos debiera estar limitada a los de grado uno y dos en una primera etapa, al menos hasta que se desarrollen Protocolos y algoritmos aprobados por las Autoridades Marítimas y Sociedades de Clasificación que permitan efectuar la coordinación en totales condiciones de seguridad.
- No debiera permitirse que los MASS de grado tres y cuatro transporten hidrocarburos, GNL, ni sustancias nocivas y peligrosas (HNS por sus iniciales en inglés).
- Los buques no tripulados no debieran transportar materiales o desechos nucleares, ni ser propulsados por este medio, ni resultarles aplicables el Art. 23 de la CONVEMAR.

⁴¹³ Hemos tratado el tema en el libro “Problemas Actuales de Derecho Marítimo en la Argentina”, publicado en Buenos Aires por la Editorial Quorum en 2003. El Capítulo 1 se titula “Transporte marítimo de materiales nucleares. El problema de los desechos”. Se estudia allí el derecho de los Estados ratificantes de la CONVEMAR de transportar materiales nucleares por paso inocente en nuestro mar territorial, los peligros que ello implica y la inexistencia de una convención internacional única que asegure la pronta limpieza y recomposición de los perjuicios que un siniestro puede provocar, incluyendo los ambientales.



Registro de naves y artefactos navales: Imposibilidad del doble registro en Colombia.

Deisy M. Rincón ⁴¹⁴

COLOMBIA

INTRODUCCIÓN.

La nacionalidad de un buque o nave es una condición necesaria para que este pueda navegar y cumplir su labor mercantil de transitar por los puertos nacionales y extranjeros sin complicaciones jurídicas⁴¹⁵. Para obtenerla, el buque o nave debe estar registrada en el estado donde desea operar, siempre que cumpla con los requisitos para obtener el acto de registro y matrícula de la embarcación. Mediante este acto jurídico se crea

un vínculo que obliga al buque o nave, al armador y a su tripulación a someterse a la legislación nacional y al estado, a prestarle la debida protección una vez dicho buque o nave sea registrado⁴¹⁶.

⁴¹⁴ Abogada de la Universidad de la Costa, especializada en derecho marítimo de La Universidad Externado de Colombia y en derecho de la seguridad social de la universidad de Cartagena. experiencia en el sector marítimo y portuario, instructor OMI de la escuela naval almirante padilla para navales y mercantes, miembro y ex vicepresidente del Instituto Iberoamericano de derecho marítimo- IIDM y, de la asociación colombiana de derecho marítimo- ACOLDEMAR, directora ejecutiva de la asociación nacional de pilotos prácticos de Colombia-ANPRA. Socia directora de la firma DMR MaritimeLaw Office.

⁴¹⁵ **Convemar/82. ARTICULO 91.** “Nacionalidad de los buques. Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

Cada Estado expedirá los documentos pertinentes a los buques a que haya concedido el derecho a enarbolar su pabellón”.

ARTICULO 92. Condición jurídica de los buques. “Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro.

El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad”.

⁴¹⁶ **ARTICULO 94. Deberes del Estado del pabellón.** “*Todo Estado ejercerá de manera efectiva su jurisdicción y control en cuestiones administrativas, técnicas y sociales sobre los buques que enarbolan su pabellón.*

En particular, todo Estado:

a) *Mantendrá un registro de buques en el que figuren los nombres y características de los que enarbolan su pabellón, con excepción de aquellos buques que, por sus reducidas dimensiones, estén excluidos de las reglamentaciones internacionales generalmente aceptadas; y*

a) *Ejercerá su jurisdicción de conformidad con su derecho interno sobre todo buque que enarbole su pabellón y sobre el capitán, oficiales y tripulación, respecto de las cuestiones administrativas, técnicas y sociales relativas al buque.*

Todo Estado tomará, en relación con los buques que enarbolan su pabellón, las medidas necesarias para garantizar la seguridad en el mar en lo que respecta, entre otras cuestiones, ha:

a) *La construcción, el equipo y las condiciones de navegabilidad de los buques;*

b) *La dotación de los buques, las condiciones de trabajo y la capacitación de las tripulaciones, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales aplicables;*

c) *La utilización de señales, el mantenimiento de comunicaciones y la prevención de abordajes.*

Tales medidas incluirán las que sean necesarias para asegurar:

a) *Que cada buque, antes de su matriculación en el registro y con posterioridad a ella en intervalos apropiados, sea examinado por un inspector de buques calificado y lleve a bordo las cartas, las publicaciones náuticas y el equipo e instrumentos de navegación que sean apropiados para la seguridad de su navegación;*

b) *Que cada buque esté a cargo de un capitán y de oficiales debidamente calificados, en particular en lo que se refiere a experiencia marinera, navegación, comunicaciones y maquinaria naval, y que la competencia y el número de los tripulantes sean los apropiados para el tipo, el tamaño, las máquinas y el equipo del buque;*

c) *Que el Capitán, los oficiales y, en lo que proceda, las tripulaciones conozcan plenamente y cumplan los reglamentos internacionales aplicables que se refieran a la seguridad de la vida en el mar, la prevención de abordajes, la prevención, reducción y control de la contaminación marina y el mantenimiento de comunicaciones por radio.*

Al tomar las medidas a que se refieren los párrafos 3 y 4 todo Estado deberá actuar de conformidad con los reglamentos procedimientos y prácticas internacionales generalmente aceptados, y hará lo necesario para asegurar su observancia. (...).

El procedimiento de registro de motonaves, y artefactos navales se encuentra regulado como una obligación a cargo de sus armadores - o sus representantes, de inscribir ante la autoridad competente (Capitanía de Puerto de la jurisdicción donde se encuentra registrada la compañía), las características propias de la embarcación, al igual que su número de matrícula.

En ese sentido, podemos definir el registro como el acto mediante el cual la Autoridad Marítima Nacional inscribe en el Libro de Registro, las naves y artefactos navales autorizados para enarbolar la bandera colombiana, así como todos los actos, documentos y contratos relacionados con su propiedad o las limitaciones a su dominio, así como los actos que transfieran la condición de armador a persona diferente a su propietario registrado.

En Colombia, la Dirección General Marítima - DIMAR - es la entidad encargada de documentar la existencia jurídica de la embarcación conforme a lo establecido en las leyes colombianas.

OBJETIVOS.

El trámite de registro de motonaves y artefactos navales se regula en Colombia en razón de la función que ejerce la Dirección General Marítima-DIMAR, por intermedio de las Capitanías de Puerto, considerando que, una de sus funciones es la de vigilar y controlar la inscripción y registro de embarcaciones y, de esta forma, identificar e individualizar cada una de las naves y artefactos navales que se encuentran operando en cada puerto, realicen estas navegación de cabotaje o sean de tráfico internacional; con las características particulares, descritas en el registro, tales como- letra de llamada, serial de motor y demás elementos distintivos de la embarcación, que permitan su individualización e identificación dentro del territorio nacional y por fuera de este. Igualmente ello coadyuva al logro de su clasificación.

Con este procedimiento se busca, tener un registro de todas las embarcaciones que se encuentren operando bajo la bandera colombiana, para facilitar el ejercicio de las funciones de control a cargo de la entidad competente.

Al margen de lo anterior, es pertinente tener presente que la Dirección General Marítima-DIMAR, como entidad administrativa, por conducto de las Capitanías de Puerto ejerce funciones de carácter sancionatorio a aquellas embarcaciones que no cuenten con registro y matrícula, y esto acarrea que no puedan ejercer las facultades que les otorga el registro.

DEFINICIONES.

En los términos del artículo 1 de la Ley 730 de 2001, y de los artículos 1430, 1473 y 1666 del C. de Co. resulta importante tener en cuenta las siguientes definiciones:

PROPIETARIO: La persona natural o jurídica, que aparece como propietario en el registro de buques. Es decir, ejerce el derecho de disposición.

ARMADOR: Persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la apareja, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan. La persona que figure en la respectiva matrícula como propietario de una nave se reputará armador, salvo prueba en contrario.

ARTEFACTO NAVAL: Es la construcción flotante, que carece de propulsión propia, que opera en el medio marino, auxiliar o no de la navegación. En el evento de que ese artefacto naval se destine al transporte con el apoyo de una nave, se entenderá el conjunto como una misma unidad de transporte.

BARCO, BUQUE O NAVE: Toda construcción flotante con medios de propulsión propios destinada a la navegación por agua, que se utiliza en el comercio para el transporte de carga o para remolcar naves dedicadas al transporte marítimo, incluyendo los barcos pesqueros comerciales e industriales. Se excluyen específicamente las naves deportivas de cualquier tamaño.

FLETAMENTO A CASCO DESNUDO: Es el contrato de arrendamiento válido y debidamente registrado de un buque, por tiempo determinado, en virtud del cual el arrendatario tiene la posesión y el control pleno del buque, incluido el derecho a contratar al capitán y a la tripulación por el período del arrendamiento.

REGISTRO: Diligencia mediante la cual la Autoridad Marítima Nacional inscribe en el Libro de Registro las naves y artefactos navales autorizados para enarbolar la bandera colombiana, así como todos los actos, documentos y contratos relacionados con los mismos.

MATRÍCULA: Es el Acto Administrativo mediante el cual la Autoridad Marítima Nacional certifica que una nave o artefacto naval autorizado ha sido inscrito en el Libro de Registro correspondiente, de conformidad con el Código de Comercio.

MARCO JURÍDICO.

El procedimiento aplicable para el trámite del registro de motonaves y artefactos navales, en sede de la Capitanía de Puerto o la Dirección General Marítima- DIMAR, se encuentra regulado por normas de carácter nacional e internacional.

Las competencias otorgadas a la Dirección General Marítima como la entidad encargada de realizar el registro y matriculas de las embarcaciones se encuentran consagradas en el Decreto Ley 2324 del año 1984, por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima y en su artículo 5º, se establece lo siguiente:

“DECRETO LEY 2324 DE 1984, por medio del cual se reorganiza la Dirección General Marítima

Artículo 5º. Funciones y atribuciones. La Dirección General Marítima tiene las siguientes funciones:

9º Efectuar y controlar la inscripción, registro, inspección, clasificación, matrícula y patente de las naves y artefactos navales.

(...)”

Por su parte el Código de Comercio Colombiano (C. Co. en su artículo 1437 reza:

“ARTÍCULO 1437. NACIONALIDAD DE NAVES MATRICULADAS EN COLOMBIA. Toda nave matriculada en Colombia, es de nacionalidad colombiana y, por tanto, debe enarbolar el pabellón colombiano.

Las naves marítimas se matricularán en capitanía de puerto colombiano.

Las demás, como lo dispongan los respectivos reglamento”

La Ley 730 de 2001 es la norma encargada de establecer los procedimientos para el registro y abanderamiento de naves y artefactos navales dedicados al transporte marítimo y a la pesca comercial y/o industrial. De esta ley se infiere que en Colombia sólo es permitido el registro único de naves, quedando proscrita cualquier posibilidad que permita el doble registro, es decir, que dicha dualidad de abanderamiento pueda ser suscita en Colombia y en otro país.

Los Decretos 19 del 2012 y 2106 de 2019, derogaron algunos de los artículos de la Ley 730 del año 2001, en lo concerniente al campo de aplicación del registro de naves y

artefactos navales en Colombia.

En cuanto a las tarifas por los trámites realizados ante la DIMAR, la Ley 1115 del año 2006, estableció los costos para las operaciones de registro y matrícula de embarcaciones.

TIPO DE REGISTRO.

La Ley 730 del año 2001 consagró todo lo relacionado con registro y matrícula de naves. Esta ley también estableció un procedimiento de carácter abierto, pues, no restringe el registro a los armadores, operadores nacionales y extranjeros, posibilitando que estos puedan realizar operaciones con buques y artefactos navales registrados en Colombia.

Con base en lo anterior, los buques y artefactos navales puedan realizar dos tipos de registros, esto es, (I) registro provisional, (II) registro definitivo. Veamos la definición de cada uno de estas figuras:

(I) Registro provisional: Dicho registro es el que se realiza sobre los buques o artefactos navales de manera preventiva, con la finalidad de que puedan operar las embarcaciones por un término de tiempo limitado, es decir, hasta cumplir con los requisitos establecidos en la misma ley.

(II) Registro definitivo: El registro definitivo, es el acto por medio del cual se realiza la inscripción y matrícula de la embarcación, posibilitando a la misma realizar operaciones en el territorio nacional y por fuera de esta enarbolando el pabellón colombiano.

Posibilidad de un segundo registro

Según las estadísticas de la UNCTAD, respecto del registro de buques, los países que cuentan con mayor número de registros son Grecia y Japón. La razón de esto, es porque cuentan con mayor registro de buques con pabellón extranjero que nacional.

Pasando al caso de América latina, Brasil cuenta con 300 buques de pabellón nacional y 101 con pabellón extranjero, para un total de 401 buques registrados. Esto tiene como explicación, que Brasil cuenta con la posibilidad del doble registro y sus connacionales son los que operan dichos buques.

“Registro de naves y artefactos navales: imposibilidad del doble registro en Colombia”
por **Rincón Deisy**

Propiedad de la flota mundial por TPM, 2019		Número de buques			TPM				
País o territorio de control	Pabellón Nacional	Pabellón Extranjero	Total	Pabellón Nacional	Pabellón Extranjero	Total	Pabellón Extranjero como porcentaje del total	Total como porcentaje del total	
1	Grecia	670	3.866	4.536	60.776.654	288.418.535	349.195.189	82,6	17,79
2	Japón	875	2.947	3.822	35.532.308	189.588.907	225.121.215	84,22	11,47
3	China	3.987	2.138	6.125	90.930.376	115.370.656	206.301.032	55,92	10,51
4	Singapur	513	1.214	2.727	71.287.105	50.198.543	121.485.648	41,32	6,19
5	Hong Kong (China)	890	738	1.628	72.311.219	25.817.099	98.128.318	26,31	5
6	Alemania	212	2.460	2.672	8.365.247	88.167.113	96.532.360	91,33	4,92
7	República de Corea	774	873	1.647	12.418.609	4.282.908	76.701.517	83,81	3,91
8	Noruega	367	1.671	2.038	1.758.664	59.356.435	61.115.099	97,12	3,11
9	Estados Unidos	822	1.153	1.975	9.518.623	48.859.083	58.377.706	83,69	2,97
10	Bermudas	14	518	532	337.958	57.894.249	58.232.207	99,42	2,97
11	Provincia china de Taiwán	134	871	1.005	5.651.439	45.439.668	51.091.107	88,94	2,6
12	Reino Unido	327	1.000	1.327	6.665.237	42.008.100	48.673.337	86,31	2,48
13	Dinamarca	26	954	980	29.405	42.974.866	43.004.271	99,93	2,19
14	Mónaco	-	448	448	-	42.277.013	42.277.013	100	2,15
15	Bélgica	107	191	298	10.155.219	20.011.240	30.166.459	66,34	1,54
16	Turquía	484	1.038	1.522	7.164.081	20.445.631	27.609.712	74,05	1,41
17	India	854	165	1.019	16.602.223	8.256.940	24.859.163	33,21	1,27
18	Suiza	30	405	435	1.225.335	23.412.718	24.638.053	95,03	1,26
19	Federación de Rusia	1.356	351	1.707	7.772.112	14.975.374	22.747.486	65,83	1,16
20	Indonesia	2.063	82	2.145	20.768.274	1.526.652	22.294.926	6,85	1,14
21	Países Bajos	708	487	1.195	5.802.564	12.348.682	18.151.246	68,03	0,92
22	Emiratos Árabes Unidos	117	796	913	418.544	17.689.385	18.107.929	97,69	0,92
23	Arabia Saudita	133	151	284	12.877.984	5.214.501	18.092.485	28,82	0,92
24	República Islámica del Irán	172	64	236	3.981.632	13.927.633	17.909.265	77,77	0,91
25	Italia	514	178	692	12.058.223	5.803.985	17.862.208	32,49	0,91
26	Brasil	300	101	401	4.859.921	8.807.661	13.667.582	64,44	0,7
27	Francia	93	342	435	574.475	12.659.787	13.234.262	95,66	0,67
28	Chipre	128	172	300	3.950.928	7.076.469	11.027.397	64,17	0,56
29	Viet Nam	880	140	1.020	7.736.562	1.896.794	9.633.356	19,69	0,49
30	Canadá	217	156	373	2.636.754	6.460.998	9.097.752	71,02	0,46
31	Malasia	458	141	599	6.283.692	2.488.601	8.732.293	28,04	0,44
32	Omán	5	44	49	5.704	7.871.432	7.877.136	99,93	0,4
33	Qatar	63	68	131	1.143.727	5.877.576	7.021.303	83,71	0,36
34	Tailandia	337	69	406	5.036.967	1.826.924	6.863.891	26,62	0,35
35	Suecia	85	213	298	931.752	5.682.725	6.614.477	85,91	0,34
Subtotal de los 35 principales países que controlan flotas		19.715	26.205	45.920	507.569.517	1.364.874.883	1.872.444.400	72,89	95,41
Resto del mundo y de países desconocidos		2.841	2.923	5.764	34.528.774	55.608.866	90.137.640	61,69	4,59
Total mundial		22.556	29.128	51.684	542.098.291	1.420.483.749	1.962.582.040	72,38	100

Fuentes: www.un.org/publications

PROCEDIMIENTO LOCAL PARA EL REGISTRO.

La solicitud de registro de motonaves o artefactos navales en Colombia, debe ser realizada por cualquiera de los siguientes sujetos: (I) armadores, (II) representantes de armadores o agencias marítimas, y (III) por intermedio de apoderado judicial. Esta solicitud debe dirigirse a la Capitanía de Puerto o directamente a la DIMAR. Dicha solicitud podrá ser radicada vía correo electrónico o personalmente en las dependencias oficiales de la Capitanía de Puerto o en Bogotá en la Dirección General Marítima, según lo indicado en el artículo 19 de la Ley 730 del año 2001, modificado por el artículo 69 del decreto ley 2106 de 2019. La solicitud de registro tendrá un carácter provisional y con posterioridad al trámite, se deben presentar a la Capitanía de Puerto o a DIMAR unos documentos adicionales como la licencia para el acceso a las bandas de frecuencias atribuidas al servicio móvil marítimo, la asignación de las letras de llamadas y el número de identificación del servicio móvil marítimo (MMSI).

El artículo 17 de la Ley 730 del año 2001, subrogado por el artículo 67 del Decreto Ley 2106 de 2019, establece los requisitos que debe cumplir la solicitud de registro de motonaves y artefactos navales, para ser admitida por parte del ente rector del puerto, estos son los siguientes:

- I.- El nombre de la nave o artefacto naval que pretende inscribir.
- II.- Nombre y dirección del propietario.
- III.- La eslora, manga y puntal de diseño.
- IV.- Constructor, fecha y lugar de construcción.
- V.- Calado máximo.
- VI.- Arqueo bruto, arqueo neto y peso muerto.
- VII.- Material del casco.
- VIII.- Servicio al cual se propone destinarla.

Si la solicitud cumple con la especificación de cada uno de los requisitos indicados en la norma, le corresponderá a la Capitanía de Puerto, el estudio de la solicitud y la admisión de la misma. Además de los requisitos establecidos en el artículo mencionado, el cual fue subrogado por el artículo 70 del Decreto 2106 de 2019, la solicitud debe ir acompañada de los siguientes documentos:

- I.- Copia del acto, contrato de compra o factura, si corresponde.

II.- Certificado de cancelación del registro anterior, si no ha sido aportado antes.

III.- Seguro de responsabilidad civil extracontractual que ampare el riesgo de contaminación súbita a favor de terceros afectados, por la suma previamente fijada por la Dirección General Marítima Ministerio de Defensa Nacional, según la clase, el porte, y el servicio al cual se destinará la nave o artefacto naval. El mencionado seguro podrá ser contratado con compañías aseguradoras colombianas o extranjeras o Clubes de Protección e Indemnización -P & I -que ofrezcan dichas coberturas.

IV.- Si se trata de persona jurídica, acreditar estar inscrito en el registro mercantil de su domicilio social, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses.

V.- Certificados de navegabilidad y seguridad expedidos en nombre de la república de Colombia por la Dirección General Marítima o por una Organización Reconocida por esta.

VI.- La documentación técnica que determine la reglamentación de la Dirección General Marítima, según la clasificación del registro establecida en la presente Ley.

Además de los requisitos encontrados en el artículo 20 de la Ley 730 del año 2001 subrogado por el artículo 70 del Decreto 2106 de 2019, el artículo 1438 del C. de Co. establece una serie de requerimientos especiales, cuales son:

I.- Cuando la nave sea de nueva construcción y el solicitante sea el constructor, presentará certificado de las autoridades marítimas competentes en que conste la licencia otorgada para construirla o la prueba de que trata el artículo siguiente. El constructor podrá hacer la solicitud para sí o para un tercero;

II.- Si el solicitante es persona distinta del constructor, presentará además la escritura pública que contenga el título del cual derive su derecho. Dicha escritura sólo se registrará en la capitanía de puerto en que se vaya a matricular la nave.

III.- Si la nave se halla matriculada, se cumplirá lo preceptuado en cuando a la cancelación del registro antiguo.

IV.- Al matricular una nave de nueva construcción se exigirá certificación de la capitanía del puerto del lugar donde se encuentre el astillero en que se construyó, de que se halla libre de hipoteca. Si existiere este gravamen se inscribirá en la respectiva matrícula.

V.- El contrato de construcción de naves, no obstante, su naturaleza mercantil, se regirá por las normas del Código Civil.

Cuando se trate del registro de una embarcación con registro de un país diferente a Colombia, adicional a los documentos referenciados, el solicitante deberá aportar una certificación de la cancelación del registro anterior en el estado donde había sido matriculada la embarcación.

Documentos para la solicitud provisional

En los términos del Artículo.18 de la Ley 730 de 2001. Subrogado por el artículo 68 del Decreto 2106 de 2019, los documentos para el registro y expedición de matrícula provisional de naves y artefactos navales son:

- I.- Certificados de navegabilidad y seguridad vigentes los cuales pueden haber sido expedidos por una Organización Reconocida por la Autoridad Marítima Nacional;
- II.- Certificado de cancelación del registro anterior o constancia de inicio de dicho trámite;
- III.- Copia del acto, contrato de compra o factura, si corresponde;
- IV.- Seguro de responsabilidad civil extracontractual que ampare el riesgo de contaminación súbita a favor de terceros afectados, por la suma previamente fijada por la Dirección General Marítima - Ministerio de Defensa Nacional, según la clase, el porte, y el servicio al cual se destinará la nave o artefacto naval. El mencionado seguro podrá ser contratado con compañías aseguradoras colombianas o extranjeras o Clubes de Protección e Indemnización -P & I - que ofrezcan dichas coberturas;
- V.- Pago de la tarifa establecida para el trámite.

Parágrafo 1º. El requisito del literal d) no es aplicable a las naves de recreo o deportivas que no desarrollen actividades comerciales. La Dirección General Marítima - DIMAR hará la verificación de carencia e informes por tráfico de estupefacientes relacionada con comportamientos referidos a delitos de tráfico de estupefacientes y conexos, lavado de activos, testaferrato y enriquecimiento ilícito, así como frente a procesos de extinción del derecho de dominio.

Parágrafo 2º. Para el trámite de registro y expedición de Matrícula Provisional para remolcadores, la Dirección General Marítima conjuntamente con la expedición de la Matrícula Provisional, expedirá un Permiso de Operación Provisional, mientras se surten los trámites que determine la reglamentación expedida por la misma”.

La Capitanía de Puerto que conociere de la solicitud de registro provisional de motonaves o artefactos navales, tendrán el término perentorio de tres (03) días hábiles para otorgar el certificado de la matrícula provisional. Para obtener el registro definitivo

de la embarcación el solicitante contará con el término de seis (06) meses, contados a partir de la expedición de la matrícula; si no se procederá a la cancelación de la matrícula provisional.

Documentos para el registro definitivo

Para el registro definitivo de la nave o artefacto naval, deberá remitirse, en documentación original y/o autenticada, según el caso:

- I.- Una (1) copia de la escritura de compra, para su registro en la Capitanía de Puerto o la Dirección General Marítima, si corresponde;
- II.- Constancia de entrega material de la nave o artefacto naval si no se encontrare en el instrumento de compra;
- III.- Certificado de cancelación del registro anterior, si se trata de una nave o artefacto naval usado;
- IV.- Póliza de garantía por contaminación a favor de la Nación colombiana, por la suma previamente fijada por la Dirección General Marítima, según la clase, el porte, y el servicio al cual se destinará la nave o artefacto naval;
- V.- Recibo de pago del derecho de registro provisional o definitivo;
- VI.- Tres (3) fotografías a color de la nave o artefacto naval de costado de 4x6 cms., en las cuales se vea claramente el nombre de la misma;
- VII.- Tres (3) fotografías de la nave o artefacto naval (proa, popa y costado) de 15x16 centímetros;
- VIII.- Si se trata de persona jurídica, su certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de su domicilio social, cuya fecha de expedición no sea superior a tres (3) meses.
- IX.- Los certificados de navegabilidad y seguridad de la nave vigentes, expedidos por la Autoridad Marítima o por una Sociedad Internacional de Clasificación reconocida;
- X.- Licencia para el acceso a las bandas de frecuencias atribuidas al servicio móvil marítimo y la asignación de las letras de llamadas, expedidas por el Ministerio de Comunicaciones;
- XI.- Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes, expedido por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Presentados los documentos anteriores, la Capitanía de Puerto, tendrá el término de cinco (05) días hábiles para la expedición de la matrícula de registro definitivo.

DURACION DEL TRÁMITE.

El trámite de registro provisional, puede variar en su duración de acuerdo con la agilidad del solicitante para reunir todos los requisitos que se relacionan en la norma, pero un aproximado sería treinta (30) días, hábiles. En cuanto al registro definitivo de las embarcaciones, la norma otorga el término de seis (06) meses, contados a partir de obtención del registro provisional. La razón de ello radica en dos requisitos, en primer lugar, la licencia para el acceso a las bandas de frecuencias atribuidas al servicio móvil marítimo y la asignación de las letras de llamadas, expedidas por el Ministerio de las Telecomunicaciones y Tecnologías de la información y, por otra parte, el Certificado de Carencia de Informes por Tráfico de Estupefacientes, expedido por la Dirección Nacional de Estupefacientes. Este último por lo general es el resultado de la solicitud presentada al Ministerio de Justicia, por medio del cual se certifica la inexistencia de informes de autoridades nacionales e internacionales sobre conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes y delitos conexos, teniendo una duración aproximada de tres (03) meses.

Una vez se aporten todos los documentos relacionados para el registro definitivo, la Capitanía de puerto o la DIMAR, tendrá el término de cinco días para expedir la matrícula definitiva de la embarcación.

EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DEL SEGUNDO REGISTRO.

La legislación colombiana actualmente no contempla la posibilidad de que una embarcación cuente con dos registros de manera simultánea, como se ha establecido en otros países. A nivel de América latina, Brasil es el único país que permite esta posibilidad.

Las razones por las cuales no resulta posible que sea admisible una dualidad de registro en una nave o artefacto naval, recae sobre uno de los requisitos de la ley 730 del año 2001, para la obtención del registro por parte del ente rector del puerto, como lo es, la certificación de la cancelación del registro anterior, requerimiento que al no ser cumplido por parte del solicitante, la entidad que conoce de dicho trámite no admitirá el registro del mismo por improcedencia de la solicitud al no cumplir con el lleno de los requisitos de Ley.

En ese sentido, al cumplir los buques con la teoría de la extraterritorialidad de la ley, y al considerarse como una extensión del poder soberano sobre el territorio, Colombia solo permite la posibilidad de un único registro y de esta forma brindar seguridad

jurídica, imposibilitando las ventajas en cuanto a nuevas inscripciones de naves que sean registradas en Colombia, exentas de gravámenes altos, aumentando la oferta, con un transporte marítimo más sostenible que represente un aumento gradual en la economía nacional.

En Colombia no existen las bases normativas para incluir en nuestra legislación en cuanto a abanderamiento y registro, la opción de dotar a un buque o artefacto naval, con una dualidad de registro, no permite un avance frente a lo consagrado en otros países.

Por otra parte, ante las nuevas tendencias que se han implementado en materia de transporte marítimo internacional en países de Europa, tales como Noruega o España, las restricciones en cuanto tripulación, como que el 80% de la misma, tienen que ser nacionales o la imposibilidad de negociar el pago de salarios, generan un rechazo entre los operadores o armadores de buques que planeen invertir.

Sobre el particular, Colombia debe considerar y adoptar la implementación del segundo registro de la suspensión del registro de manera provisional, con la finalidad de posicionarse como un estado promotor de las flotas de marina mercante modernas y aumentar su carácter competitivo en el sector marítimo, así como también para promover la exención de tributos y cargas fiscales y sociales generados por el empleo de marineros nacionales, suscribiendo convenios colectivo de trabajo para las tripulaciones con el fin de preservar las condiciones competitivas con el mercado internacional, igual que la modernización de los procedimientos de registro con la finalidad de garantizar la agilidad y optimizar las operaciones económicas desde la celeridad.

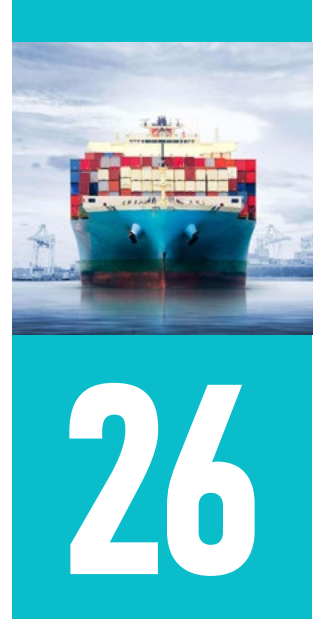
Este segundo registro o suspensión provisional, si no se comparte el segundo registro, se podrá otorgar a naves de bandera extranjera fletados por armadores colombianos y a armadores, compañías navieras y buques extranjeros cuando estén respaldadas por acuerdos firmados por el estado, cuando exista un interés público debidamente justificado, realicen actividades específicas en nuestras aguas marítimas colombianas que, por su estructura y actividad mercantil, permita el crecimiento económico del país, soportado mediante un contrato de fletamento por tiempo o a casco desnudo y con permanencia en el país por un determinado periodo de tiempo.

Lo anterior, en razón a que no se podría tramitar una baja o cancelación de su bandera, primero, por la rigurosidad de procedimientos dispendiosos que atrasaría la actividad mercantil y segundo porque la nave solo viene a realizar una operación durante determinado periodo de tiempo quedando con su bandera de registro original suspendida.

En estos momentos ante el Congreso, se está tramitando un proyecto de que busca

promover el abanderamiento de naves y artefactos navales, disponer de incentivos para el sector marítimo y eliminar algunos requisitos, pero no se vislumbra la más mínima posibilidad de un segundo registro de naves en Colombia, posibilidad que la autora de este artículo sugiere estudiar, valorando las ventajas y las desventajas de la adopción del doble registro para el desarrollo de las actividades marítimas del país.⁴¹⁷

⁴¹⁷ Código de comercio, Libro V. De la navegación.
Decreto Ley 2324 de 1984.
Ley 730 de 2001.
Decreto 019 de 2012. Derogado por el Decreto 2106 del 2019.
www.UNTAC/estadisticasdebuques/americalatina
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2256.htm



El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.

Miriam Sara Repetto ⁴¹⁸

PERU

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

INTRODUCCIÓN.

La pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (Pesca INDNR) es un problema y una amenaza mundial para los recursos pesqueros y los ecosistemas marinos, que ocasiona pérdidas de alrededor de 23,000 millones de dólares al año en el mundo. Una herramienta fundamental para hacer frente a esta problemática lo constituyen las medidas que puede adoptar el Estado Rector del Puerto con la finalidad de impedir que los buques que realicen estas actividades puedan ingresar a sus puertos, y efectuar el transbordo y comercialización de dichas capturas.

En este documento se analizarán, los antecedentes y la evolución de las medidas del Estado Rector del Puerto que fueron recogidas y desarrolladas en diversos instrumentos internacionales a lo largo de estos últimos años.

Posteriormente, se analizarán las principales disposiciones recogidas y el alcance de las medidas establecidas en el Acuerdo sobre las Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR, acuerdo que entró en vigor a nivel internacional el 5 de junio del 2016.

En la tercera parte, se analizará ya el caso del Perú que pierde cerca de 360 millones de dólares anuales por las actividades de pesca ilegal. El Perú ha ratificado el Acuerdo Internacional, y éste entró en vigor el 27 de Octubre del 2017. Finalmente se analizarán los desafíos que deberá enfrentar el Perú para poder implementar el referido Acuerdo y hacer frente a la lucha contra la pesca INDNR.

ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DE LAS MEDIDAS DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO PARA HACER FRENTE A LA PESCA ILEGAL.

Las medidas de Estado Rector de Puerto para prevenir y eliminar la pesca ilegal fueron por primera vez consideradas en las disposiciones establecidas en el Convenio del Derecho del Mar, (1982 UN Convention) conocido como “Constitución de los

⁴¹⁸ Consultora en temas de derecho marítimo, logística, comercio exterior y transporte. Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú y con especialización en Derecho Marítimo Internacional en el IMLI (International Maritime Law Institute in Malta). Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo y Presidente de Wista Perú (Women’s International Shipping and Trading Association).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

Océanos”. Sin embargo, si bien fueron recogidas por primera vez en dicho instrumento internacional, el contenido de las mismas conforme se conoce hoy en día, fue variando y desarrollándose a lo largo de los diversos instrumentos internacionales que fueron posteriormente aprobados⁴¹⁹.

A continuación, mencionaremos los principales instrumentos internacionales para hacer frente a la pesca ilegal que han sido desarrollados.

I.- Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenamiento por los buques pesqueros que pescan en alta mar de la FAO (1993). -

Este Acuerdo fue aprobado el 24 de Noviembre de 1993, y entró en vigor el 24 de Abril del 2003. El objetivo de este Acuerdo es dotar de un instrumento a los Estados Parte para que puedan adoptar acciones efectivas consistentes con el derecho internacional para asegurar el cumplimiento de las medidas para la conservación y ordenamiento de los recursos marinos vivos en alta mar. Se estipula así la responsabilidad de los Estados de Bandera o Pabellón del Buque respecto al otorgamiento de la autorización de pesca para alta mar.

II.- Código de conducta para la pesca responsable, de la FAO de 1995.-

El Código fue adoptado el 31 de Octubre de 1995 por la Conferencia de la FAO. Tiene como principales objetivos entre otros, establecer principios, de conformidad con las normas de derecho internacional, para que la pesca y las actividades relacionadas con la pesca, se lleven a cabo de forma responsable.

III.- Acuerdo de 1995 sobre las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios

Este Acuerdo fue adoptado el 4 de Agosto de 1995 y entró en vigor el 11 de Diciembre del 2001 y se basa en las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982. Asimismo, desarrolla los problemas vinculados a la ordenación de la pesca de altura que se mencionan en la Agenda 21 de la Conferencia de las Naciones

⁴¹⁹ Doulman David J. y Swan Judith, “Una guía sobre los antecedentes y para la implementación del Acuerdo de 1999 de la FAO sobre las Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal”. Roma, 2012. p. 1.

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992⁴²⁰.

Este Acuerdo establece un régimen legal para la conservación y el manejo de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios. Requiere a su vez entre otras disposiciones, a los Estados ribereños y los Estados que pescan en alta mar a aplicar el criterio de precaución.

IV.- Plan de acción internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (PAI-INDNR) (2001).-

El PAI-INDNR se elaboró como un instrumento voluntario, en el marco del Código de Conducta para la Pesca Responsable, fue aprobado el 2 de Marzo de 2001 y ratificado el 23 de Junio de 2001.

El objetivo del PAI es prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal no declarada y reglamentada (INDNR) proporcionando a todos los Estados medidas eficaces para que actúen con arreglo a ellas. Se establece que estas medidas sean aplicadas tanto por los Estados del pabellón, Estados ribereños y Estados del puerto.

V.- Modelo de sistema sobre las medidas del Estado Rector del puerto destinadas a combatir la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (2005) ⁴²¹.-

Este documento fue diseñado para promover la implementación del PAI-INDNR, y para servir como un punto de partida para la elaboración de un instrumento obligatorio de medidas de Estado Rector del Puerto⁴²².

ACUERDO SOBRE MEDIDAS DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO DESTINADAS A PREVENIR, DESALENTAR Y ELIMINAR LA PESCA ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA (INDNR) DE LA FAO (2009)⁴²³.-

⁴²⁰ En http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/reviewconf/FishStocks_SP_B.pdf (Revisado el 8 de octubre de 2020).

⁴²¹ El texto completo de este documento puede ser revisado en <http://www.fao.org/3/a0985t/a0985t00.htm> (Revisado el 8 de octubre del 2020).

⁴²² Doulman David J. y Swan Judith, “Una guía sobre los antecedentes y para la implementación del Acuerdo de 1999 de la FAO sobre las Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca Ilegal”. Roma, 2002. p.13.

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

Fue aprobado por la Conferencia de la FAO en su 36° período de sesiones en Noviembre del 2009. Este documento tiene como principal objetivo prevenir, desalentar y eliminar la pesca INDNR mediante las medidas eficaces del Estado Rector del Puerto. En este sentido, se busca que los buques que efectúen pesca INDNR no utilicen los puertos para desembarcar o transbordar estas capturas, buscando con ello desincentivar este tipo de actividades.

Las disposiciones establecidas en este Acuerdo se aplican a todos aquellos buques con productos pesqueros que soliciten entrar a un puerto distinto al de su Estado de Pabellón.

Conforme se ha señalado previamente, se busca a través de las medidas de Estado Rector del Puerto, que los Estados se encuentren facultados para denegar el ingreso a sus puertos, de conformidad con sus leyes nacionales, así como con el derecho internacional, y no permitir de esa manera el uso de sus puertos para el desembarque, transbordo, empaquetamiento o procesamiento de la pesca INDNR. Se establecen a su vez en este Acuerdo, los requisitos de notificación previa que deberán cumplir las embarcaciones pesqueras antes de arribar al puerto, así como los requisitos de documentación e inspecciones y acciones de seguimiento en los puertos.

Ahora, bien en este contexto y tomando en consideración que este Acuerdo entró en vigor el 5 de Junio del 2016, y existen aún Países que no son parte del mismo, un aspecto fundamental es saber qué beneficios traerá la adopción e implementación de este Acuerdo. Al respecto, conforme lo señalan Doulman David J. y Swan Judith⁴²³, si las medidas de este Acuerdo son implementadas y aplicadas efectivamente, se va a contribuir con las mismas a fortalecer la conservación y el manejo de la pesca. Se dice que se podrá contar a través de dichas medidas con una información más adecuada y completa sobre la cantidad, especies, locación y captura de los recursos, se podrá tener un mayor conocimiento sobre el grado de cumplimiento de las embarcaciones pesqueras con relación a las autorizaciones y permisos de pesca que les han sido otorgados y se podrá promover una cooperación regional pesquera entre los Estados ribereños y otras miembros de los organismos regionales de ordenación pesquera.

Sin perjuicio de ello, se reconoce también que la comunidad internacional es consciente que el problema de la pesca INDNR, no será resuelto únicamente a través de

⁴²³ El texto completo del Acuerdo puede ser revisado en http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/O37t-s.pdf(Revisado el 8 de octubre del 2020).

⁴²⁴ Ibidem

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

este Acuerdo internacional, sino que este problema debe ser abordado de una manera más integral. A la fecha, 67 Países son Parte de este Acuerdo ⁴²⁵.

En la próxima sección, analizaremos el caso del Perú, cómo estas medidas vienen siendo implementadas, así como los desafíos y acciones complementarias que se requieren para ello,

EL PERÚ Y LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO SOBRE MEDIDAS DEL ESTADO RECTOR DEL PUERTO DESTINADAS A PREVENIR, DESALENTAR Y ELIMINAR LA PESCA ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA (INDNR) DE LA FAO (2009).

I.- La actividad pesquera en el Perú.

La actividad pesquera es un elemento estratégico para la economía del Perú, es la segunda fuente generadora de divisas más importante luego de la minería. La actividad pesquera peruana está principalmente sustentada en la anchoveta, así como en otros recursos como el jurel, la caballa, la merluza⁴²⁶.

Ahora bien, de acuerdo con las cifras proporcionadas por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la pesca ilícita puede representar hasta 26 millones de toneladas de pescado al año, cifra que representa a más del 15% de la producción total anual de la pesca de captura en el mundo.

La pesca ilegal no solo causa un grave perjuicio económico, sino que también dichas prácticas pueden amenazar la biodiversidad local y la seguridad alimentaria de muchos Países⁴²⁷. En el caso del Perú se estima que se pierde 360 millones de dólares anuales por pesca ilegal ⁴²⁸.

⁴²⁵ Ver <http://www.fao.org/port-state-measures/background/parties-to-the-psma/es/> (Revisado el 8 de octubre de 2020)

⁴²⁶ Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO- UN) “FAO” “Perfiles de Pesca y Acuicultura por Países” en <http://www.fao.org/fishery/facp/PER/es> (Revisado el 8 de octubre de 2020).

⁴²⁷ FAO. 2016. El estado mundial de la pesca y la acuicultura 2016. Contribución a la seguridad alimentaria y la nutrición para todos. Roma. p.iii.

⁴²⁸ En Oceana, La Pesca ilegal, un crimen millonario en Altamar en <http://peru.oceana.org/es/publicaciones/informes/infografia-pesca-ilegal> (Revisado el 8 de octubre de 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

En este contexto, siendo que la actividad pesquera es una de las fuentes más importantes generadoras de divisas, es que el gobierno peruano ha venido adoptando una serie de medidas de conservación y ordenación pesquera, así como medidas para hacer frente a la pesca ilegal. En este sentido, destacan entre estas medidas como una de la más importantes, la ratificación del Acuerdo sobre medidas del Estado rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) de la FAO (2009), como veremos a continuación.

II.- La Ratificación del Perú del Acuerdo sobre medidas del Estado rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada (INDNR) de la FAO (2009).-

El Gobierno Peruano suscribió este Acuerdo internacional el 3 de Marzo del 2010, el mismo que fue aprobado por el Congreso de la República mediante Resolución Legislativa N° 30591, y ratificado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo N°040-2017-RE, de fecha 6 de Septiembre de 2017. El Acuerdo entró en vigor para Perú el 27 de Octubre del 2017.

III.- Marco legal vigente en el Perú y medidas que vienen siendo adoptadas por el Perú para la implementación del Acuerdo.-

A.- Marco legal vigente y autoridades competentes.-

El ordenamiento pesquero en el Perú tiene como objetivo principal regular la actividad pesquera para promover su desarrollo sostenido y asegurar el aprovechamiento responsable de los recursos ⁴²⁹. El marco legal vigente se encuentra conformado, entre otros, por los siguientes dispositivos legales:

- Ley General de Pesca, Decreto Ley N° 25977.
- Reglamento de la Ley General de Pesca aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PE.
- Reglamento para la Recepción y Despacho de Naves en los Puertos de la República

⁴²⁹ Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO- UN) “FAO” “Perfiles de Pesca y Acuicultura por Países” en <http://www.fao.org/fishery/facp/PER/es> (Revisado el 8 de octubre de 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2011-MTC.

- Reglamento del Programa de Vigilancia y Control de las actividades pesqueras y acuícolas en el ámbito nacional, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2013-PRODUCE.
- Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional, aprobado mediante Decreto Supremo N° 015-2014-DE.
- Medidas para autorizar operaciones en puertos y astilleros peruanos de embarcaciones de bandera extranjera que realizan actividades pesqueras de recursos hidrobiológicos altamente migratorios, tranzonales o transfronterizos en alta mar”, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 016-2016-PRODUCE.
- Reglamento de Fiscalización y Sanción de las Actividades Pesqueras y Acuícolas, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 017-2017-PRODUCE.
- Decreto Legislativo que regula la intersección en las actividades ilegales en Pesca, Decreto Legislativo N° 1393.

Las principales autoridades competentes encargadas de velar por el ordenamiento pesquero y la lucha contra la pesca INDNR en el Perú son: (i) El Ministerio de la Producción⁴³⁰, (ii) la Autoridad Portuaria Nacional ⁴³¹, y (iii) la Autoridad Marítima Nacional (Dirección General de Capitanías y Guardacostas)⁴³².

Conforme se puede observar son tres los principales sectores que se encuentran involucrados de acuerdo con el marco legal peruano, para hacer frente a la lucha contra la pesca INDNR, entidades que deben coordinar entre sí para poder cumplir las funciones que les han sido asignadas de acuerdo con su ámbito de competencia.

B.- El Perú y los Organismos Regionales de Ordenación Pesquera (OROP). -

Otro aspecto importante como lo hemos mencionado y que resulta fundamental para

⁴³⁰ Ver <https://www.gob.pe/produce> (Revisado el 8 de octubre de 2020)

⁴³¹ Ver <http://www.apn.gob.pe> (Revisado el 8 de octubre de 2020)

⁴³² Ver <https://www.dicapi.mil.pe/> (Revisado el 8 de octubre de 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

poder hacer frente a la lucha contra la pesca INDNR son los mecanismos de cooperación regional y la participación de los Estados en las organizaciones y arreglos subregionales o regionales de ordenación pesquera.

Las Organizaciones Regionales de Ordenamiento Pesquero han sido definidas como organizaciones o acuerdos internacionales que se encuentran integradas por países con intereses pesqueros en un área de alta mar. Las OROP están conformadas por los Estados ribereños, así como por los países con interés en una determinada pesquería. Las OROP desempeñan además un rol fundamental en la gestión pesquera mundial y son la principal herramienta de cooperación entre los Países ⁴³³.

En este contexto, es importante mencionar que el Perú es parte de dos Organizaciones Regionales de Ordenamiento Pesquero, en efecto es parte de la Organización Regional de Ordenamiento Pesquero del Pacífico Sur (OROP-PS)⁴³⁴ y de la Organización Regional de Ordenación Pesquera en el ámbito del Océano Pacífico Oriental (OPO), en el ámbito del Océano Pacífico Oriental- Comisión Interamericana del Atún Tropical-CIAT ⁴³⁵. Asimismo ha sido considerado como estado adherente al Convenio para la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (CCRVMA)⁴³⁶.

C.- Acciones que vienen siendo llevadas a cabo por el Gobierno Peruano para implementar el Acuerdo.-

Con la finalidad de implementar las disposiciones establecidas en el Acuerdo, el mismo que entró en vigor para el Perú el 27 de Octubre de 2017, el Gobierno Peruano ha venido llevando a cabo diversas acciones, entre las cuales destacan las siguientes:

Talleres y Capacitaciones.- El Ministerio de la Producción a través de las entidades competentes ha organizado y participado de diversos talleres de capacitación para los Inspectores de la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Sanción del Vice ministerio de Pesca y Acuicultura. Entre estos, cabe destacar el que se realizó con la participación de expertos de la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica de los Estados Unidos⁴³⁷.

⁴³³ Ver <https://www.produce.gob.pe/index.php/sobre-el-orop/65-orop>(Revisado el 8 de octubre del 2020).

⁴³⁴ Ver <https://www.sprfmo.int/> (Revisado el 11 de octubre de 2020).

⁴³⁵ Ver <http://www.iattc.org/HomeSPN.htm> (Revisado el 11 de octubre de 2020).

⁴³⁶ Ver <https://www.ccamlr.org/> (Revisado el 11 de octubre de 2019).

⁴³⁷Ver <https://www.gob.pe/institucion/produce/noticias/78295-produce-fortalece-capacidades-tecnicas-de-fiscalizadores-peruanos-para-combatir-la-pesca-ilegal> (Revisado el 11 de octubre del 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

Acuerdos Interinstitucionales y Convenios.-Con relación a los Acuerdos y Convenios suscritos hasta la fecha, se pueden mencionar entre éstos, a los siguientes:

- Convenio Marco de Cooperación suscrito entre el Ministerio de la Producción y la Organización No Gubernamental OCEANA⁴³⁸.
- Convenio Marco de Cooperación para fortalecer la supervisión y fiscalización de embarcaciones pesqueras nacionales e internacionales, suscrito entre el Ministerio de la Producción y la Marina de Guerra del Perú.
- Memorando de Entendimiento suscrito entre el Ministerio de la Producción y Global FishingWatch Inc.

Aprobación de normas:

Al respecto es importante mencionar que el Perú cuenta con un Decreto Supremo N° 016-2016-PRODUCE, mediante el cual se establecieron las medidas para autorizar operaciones en puertos y astilleros peruanos de embarcaciones de bandera extranjera que realizan actividades pesqueras de recursos hidrobiológicos altamente migratorios, transzonales o transfronterizos en alta mar⁴³⁹. Asimismo, se ha regulado la interdicción en las actividades ilegales en pesca, mediante el Decreto Legislativo N° 1393⁴⁴⁰, dispositivo en el que se ha establecido las medidas que se consideran ilegales, así como las acciones de interdicción que serán realizadas de manera conjunta por el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú o la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (DICAPI).

Mecanismos de coordinación con la CPPS, las OROPS y Redes regionales.-

El Gobierno Peruano ha venido participando activamente y estableciendo diversos mecanismos de coordinación y cooperación a nivel regional e internacional para hacer frente a la lucha de la pesca INDNR, entre los que cabe mencionar a los siguientes:

⁴³⁸ Oceana es una organización internacional dedicada a proteger los océanos del mundo que fue creada en el 2001. Para mayor información sobre Oceana revisar <http://peru.oceana.org/es> (Revisado el 11 de octubre del 2020).

⁴³⁹ El texto del Decreto Supremo N° 016-2016-PRODUCE, puede ser revisado en <http://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/establecen-medidas-para-autorizar-operaciones-en-puertos-y-a-decreto-supremo-n-016-2016-produce-1408438-6/> (Revisado el 11 de octubre del 2020).

⁴⁴⁰ El texto del Decreto Legislativo N° 1393, puede ser revisado en <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-regula-la-interdicion-en-las-activi-decreto-legislativo-n-1393-1688406-2/> (Revisado el 12 de octubre del 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

- El Perú asumió la Secretaría General de la primera red de América Latina y el Caribe contra la pesca INDNR. Esta red se conformó en el marco del taller de intercambio de experiencias sobre la implementación del Acuerdo que se llevó a cabo en Panamá, en Octubre del 2017 y está integrada por Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Estados Unidos, Panamá y Perú ⁴⁴¹.
- El Perú participó en el Taller sobre el “Fortalecimiento de la coordinación regional para la lucha contra la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada en aguas bajo jurisdicción nacional de los Estados miembros de la Comisión Permanente del Pacífico Sur (CPPS) ⁴⁴².
- El Perú fue sede de la Sexta Reunión de la Comisión OROP-PS, que se llevó a cabo en Lima del 30 de Enero al 3 de Febrero del 2018. En dicha reunión se desarrollaron entre otros temas, las medidas de conservación y manejo, el sistema de monitoreo de buques y el trabajo futuro de la Comisión⁴⁴³ y ha participado también en la VIII Reunión del Comité Científico de la OROP-PS, que se desarrolló por primera vez en modalidad virtual en Nueva Zelanda, del 3 al 8 de Octubre del 2020⁴⁴⁴.

D.- Desafíos para la implementación y lucha efectiva contra la pesca INDRN en el Perú.-

Son diversos los desafíos que se deberán tomar en consideración para la implementación y la lucha efectiva contra la pesca INDRN, pero entre éstos podemos destacar los siguientes:

⁴⁴¹ Para mayor información sobre la Red de Intercambio de Información y Experiencias entre Países de América Latina y el Caribe, para Prevenir, Desalentar y Eliminar la Pesca INDNR, revisar <http://www.redpescaindnr.gob.pe/> (Revisado el 13 de octubre del 2020).

⁴⁴² El Perú es parte de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, un sistema marítimo regional que se constituyó en 1952 a través de la Declaración de Santiago. Tiene como finalidad consolidar la presencia de los países ribereños en el área del pacífico sur y está integrada por Chile, Colombia, Ecuador y Perú.

Para ver mayor información sobre los alcances de los temas tratados en el taller se puede revisar <http://cpps.dyndns.info/cpps-docs-web/subsec/2017/nov/taller-pesca-indnr/Informe%20Final%20Taller%20pesca%20INDNR.pdf> (Revisado el 13 de octubre del 2020).

⁴⁴³ Para mayor información sobre la Organización Regional de Ordenamiento Pesquero del Pacífico Sur (OROP-PS), revisar: <https://www.sprfmo.int> (Revisado el 13 de octubre del 2020).

⁴⁴⁴ Para mayor información revisar <https://www.sprfmo.int/new-meetingpage-News/current-news/sprfmo-sc8-meeting-to-be-held-virtually/> (Revisado el 13 de octubre del 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

- Debe existir una integración y coordinación entre las medidas establecidas en el Acuerdo con las otras políticas o disposiciones legales que existen respecto a las medidas de Estado Rector de Puerto ⁴⁴⁵ y que son ejercidas por otras autoridades competentes. En este sentido, por ejemplo, se pueden mencionar las disposiciones que vienen siendo aplicadas por la Autoridad Marítima y que se encuentran referidas a la seguridad y protección marítima y protección del medio ambiente. Debería existir por tanto integración y coordinación entre estas medidas y las medidas que se están implementando en mérito al Acuerdo.
- Seguir participando activamente y fortaleciendo los mecanismos de coordinación y cooperación regional e internacional a través de los Organismos de Ordenamiento Pesquero (OROP) de los cuales es parte, así como de las redes y organismos intergubernamentales (CPPS), entre otros.
- Fortalecer y seguir desarrollando programas de capacitación para los diferentes profesionales e inspectores que participan en los programas de inspección establecidos en el Acuerdo.

CONCLUSIONES.

- La pesca INDRN es un problema y una amenaza mundial para los recursos pesqueros y los ecosistemas marinos, que perjudica a los pescadores y las comunidades costeras. Problema que ocasiona pérdidas económicas de alrededor de 23,000 millones de dólares al año en el mundo ⁴⁴⁶.
- Las medidas de Estado Rector de Puerto como herramienta de manejo para la pesca y para hacer frente a la pesca INDRN fueron por primera vez consideradas en el Convenio del Derecho del Mar (1982 UN Convention).
- Entre los principales instrumentos internacionales para hacer frente a la pesca INDRN que han recogido las medidas de Estado Rector de Puerto podemos mencionar entre otros: el Acuerdo para promover el cumplimiento de las medidas internacionales de conservación y ordenamiento por los buques pesqueros que pescan en alta mar de

⁴⁴⁵ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, “Informe del Taller FAO para la implementación del Acuerdo sobre Medidas del Estado Rector del Puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada”. Montevideo, Uruguay 29 de septiembre -3 de octubre 2014. p.4.

⁴⁴⁶ Ver <http://www.fao.org/3/a-i5422s.pdf> (Revisado el 13 de octubre de 2020).

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

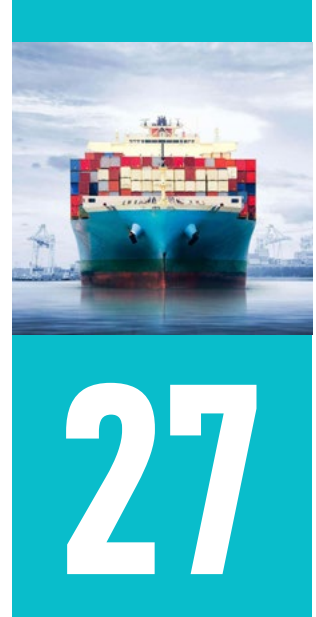
la FAO (1993), el Código de Conducta para la pesca responsable de la FAO de 1995, el Acuerdo de 1995 sobre las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios y el Plan de acción internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal no declarada y no reglamentada (PAI-INDNR 2001).

- En Noviembre del 2009 fue aprobado el Acuerdo sobre medidas del Estado Rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada o no reglamentada (pesca INDNR), el mismo que entró en vigor el 5 de Junio del 2016. Este Acuerdo internacional tiene como principal objetivo que los buques que efectúen pesca INDNR no utilicen los puertos para desembarcar o transbordar esta captura.
- A través de las medidas establecidas en este Acuerdo, se busca facultar al Estado Rector de puerto, de conformidad con el derecho internacional y la legislación nacional, a denegar el ingreso a sus puertos a aquellas embarcaciones que hayan efectuado pesca INDNR o a aquellas que no cumplan con los requisitos para el ingreso al puerto. Se establecen también en el Acuerdo los requisitos de notificación previa que deberán cumplir las embarcaciones pesqueras antes de arribar al puerto, así como los requisitos de documentación e inspecciones y acciones de seguimiento en dichas instalaciones.
- El Acuerdo reconoce el rol importante que desempeñan los Organismos Regionales de Ordenación Pesquera (OROP) para hacer frente a la lucha contra la pesca INDNR, siendo además la principal herramienta de cooperación entre los Países.
- El Perú pierde alrededor de 360 millones de dólares anuales por la pesca INDNR. Ante ello, el Gobierno Peruano con la finalidad de hacer frente a esta problemática ha procedido a ratificar el Acuerdo, el mismo que entró en vigor para el Perú el 27 de Octubre del 2017.
- Las principales autoridades competentes encargadas de velar por el ordenamiento pesquero y la lucha contra la pesca INDNR en el Perú son el Ministerio de la Producción, así como la Autoridad Portuaria Nacional y la Autoridad Marítima Nacional.
- Con la finalidad de implementar debidamente las disposiciones establecidas en el Acuerdo y hacer frente a la pesca INDNR, el Gobierno Peruano viene desempeñando un rol muy activo tanto a nivel nacional como a nivel regional e internacional. A la fecha ha venido organizando y participando en diversos talleres y capacitaciones para el personal que aplicará las disposiciones establecidas en el Acuerdo y ha suscrito también diversos Convenios de cooperación con entidades públicas y privadas con la finalidad de poder fortalecer y potenciar las capacidades para hacer frente a la lucha contra la pesca INDNR.

“El Perú y la implementación del acuerdo sobre las medidas del estado rector del puerto destinadas a prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada.”

por **Sara Repetto Miriam**

- Uno de los principales desafíos para la debida implementación del Acuerdo y con el que el Perú tendrá que hacer frente es establecer y mantener mecanismos efectivos de coordinación nacional entre las autoridades competentes, así como integrar las medidas establecidas en el Acuerdo con otras disposiciones o políticas que existan respecto a las medidas de Estado Rector del Puerto.
- El Perú viene participando activamente tanto a nivel regional como internacional. Es parte de la Organización Regional de Ordenamiento Pesquero del Pacífico Sur (OROP-PS) y de la Organización Regional de Ordenación Pesquera en el ámbito del Océano Pacífico Oriental-Comisión Interamericana.
- El Perú viene llevando a cabo conforme podemos observar, diversas acciones con la finalidad de implementar las disposiciones establecidas en el Acuerdo. Son varios los desafíos que viene enfrentando y frente a los cuales viene adoptando acciones concretas. Sin embargo, los logros y avances deberán ser analizados con más detalle en la medida que las disposiciones sigan siendo implementadas y aplicadas.



La prescripción y el abandono en seguros marítimos.

La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.

Dra. Andrea Signorino Barbat ⁴⁴⁷
URUGUAY

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

INTRODUCCIÓN.

Preliminarmente, cabe decir que, en la República Oriental del Uruguay, el 26 de octubre de 2018 se sancionó y el 8 de noviembre de 2018 se publicó en el Diario Oficial, la Ley 19.678 que actualiza nuestra legislación sobre seguros. Está pues, vigente desde el 19 de noviembre de dicho año siendo la última ley especial de seguros sancionada en Latinoamérica.

La nueva ley refiere no solamente al contrato de seguros, sino también a otros aspectos relacionados con la materia y el mercado asegurador. Se trata de una ley especial sobre seguros, que moderniza las disposiciones que sobre estos contiene nuestro antiguo, pero sabio, Código de Comercio de 1865.

La mencionada ley, publicada como “Aprobación de modificaciones en el marco legal del mercado de seguros”, constituye un verdadero hito en el país pues sin duda, contiene novedades que tendrán un impacto importante en el contrato de seguros y en el mercado asegurador uruguayo.

Por un lado, los aseguradores deberán prestar atención a las cláusulas contractuales incluidas en las pólizas, cuando se trate de contratos de seguros a celebrar luego de la entrada en vigencia de la ley o las renovaciones posteriores a dicha fecha.

Esto pues la ley no prevé un período de carencia de vigencia para la adaptación paulatina del mercado de seguros a sus disposiciones, como suelen prever las leyes de este tipo que producen eventuales cambios en las cláusulas contractuales. Su aplicación es inmediata, ya entrada en vigencia.

Este aspecto es importante pues la ley es de orden público, es decir que no pueden pactarse cláusulas que contradigan o modifiquen lo que la ley estipula, salvo cuando la propia ley habilita al pacto en contrario o cuando se trate de cláusulas más beneficiosas para el asegurado.

Por supuesto, para pactar en contrario, o mejor dicho pactar en forma diferente a lo

⁴⁴⁷ Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Traductora Pública, Universidad de la República Oriental del Uruguay. Postgrados en Gerencia, Habilidades gerenciales y Dirección de personas, Universidades ORT, EDU y Católica del Uruguay. Secretaria General de AIDA World (Association Internationale de Droit des Assurances), Secretaria académica internacional AIDA-Uruguay, Presidente Grupo internacional Nuevas Tecnologías, Prevención y Seguros en AIDA, Vicepresidente Grupo internacional Principios generales del contrato de seguros en AIDA- Miembro Comisión Directiva de la Asociación uruguaya de derecho marítimo- Ex Presidente (2015). Miembro del IIDM. Ex - Vicepresidente titular y suplente. Profesora de grado y postgrado en seguros en Argentina, Brasil, Chile, Colombia España y Uruguay. Directora académica en Universidad de Montevideo. andreasignorino@gmail.com - www.andreasignorino.com.uy

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

estipulado en la ley, deberá tenerse en cuenta el principio de buena fe, tan valorado en el contrato de seguros, y no vulnerar derechos de los asegurados.

La ley trae novedades y cambios con respecto a la legislación anterior contenida en el Código de Comercio, e incluso con respecto a ciertas condiciones de póliza actuales.

Por solo mencionar algunos de estos cambios o novedades, el contrato de seguros pasa de ser solemne a consensual, existen plazos para que el asegurado se pronuncie sobre si las condiciones de póliza se ajustan a los términos de la solicitud aceptada; se establecen plazos para la denuncia del siniestro, la liquidación del daño y el pago del siniestro; la ley trae disposiciones precisas sobre el agravamiento del riesgo y sus consecuencias existiendo o no siniestro; se modifican los plazos de prescripción, ya que ahora son diferentes en seguros de daños y para personas; existen condiciones específicas para ciertas ramas de seguros, regulándose los seguros de responsabilidad civil y en nueva forma, los agrícolas; se establece un Registro de Seguros de Vida que supone nuevos deberes de información en cabeza del asegurador.

Asimismo, en materia de seguros de transporte, incluido marítimo, la ley presenta aspectos interpretativos desafiantes, en especial en cuanto a su coordinación con las disposiciones del Código de Comercio que la ley declara de aplicación subsidiaria para estos seguros.

Esto entre otras muchas novedades, sin pensar que, además, deberán reglamentarse varios aspectos legales.

Del lado del asegurado, este contará con un marco jurídico protector, que no puede ser vulnerado por las condiciones contractuales. Asimismo, la ley le impone obligaciones y cargas que debe cumplir.

En suma, con la ley en vigencia, comienza una nueva era para el contrato de seguros y para la actividad aseguradora en Uruguay. Es de esperar que esto sirva para dinamizar el mercado y asimismo expandir la tan necesaria cultura aseguradora entre nuestra población.

I.- Estructura de la ley

La Ley cuenta con 135 artículos, distribuidos en los siguientes Capítulos y Secciones:

- Capítulo I. Del contrato de seguros.
- Sección I. Disposiciones Generales.
- Sección II. Del riesgo.
- Sección III. De la póliza.

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

- Sección IV. Obligaciones de las partes.
- Sección V. Del siniestro.
- Sección VI. Del incumplimiento.
- Sección VII. De la prescripción.
- Capítulo II. Seguros de daños patrimoniales.
- Sección I. Disposiciones Generales.
- Sección II. Seguros de incendios.
- Sección III. Seguros de Responsabilidad Civil.
- Sección IV. Seguros de hurto.
- Sección V. Seguros de transporte.
- Sección VI. Seguros de riesgo agrícola.
- Capítulo III. Seguros para las personas.
- Capítulo IV. Reaseguros.
- Capítulo V. Reglas de derecho internacional privado.
- Capítulo VI. Denominación de empresas de seguros.
- Capítulo VII. Activos y reservas en materia de obligaciones previsionales.
- Capítulo VIII. Seguro obligatorio de automotores.
- Capítulo IX. Seguros de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.
- Capítulo X. Base de datos de seguros.
- Capítulo XI. Derogaciones y sustituciones.
- Capítulo XII. Disposiciones transitorias.

En el aspecto estructural, cabe destacar que la ley presenta dos partes bien diferenciadas: hasta el Cap. V inclusive, trata aspectos relacionados directamente al contrato de seguros; del Cap. VI, en adelante, trata aspectos que tocan otros puntos relacionados al seguro, a la actividad aseguradora.

Esto posiblemente aprovechando la ocasión de legislar sobre temas de seguros lo cual no ocurre a menudo. La última ley integral sobre la temática aseguradora es de finales de octubre del año 1993, en ocasión de la sanción de la Ley 16.426 sobre desmonopolización del mercado de seguros. Luego, cabe destacar algunas leyes especiales como la de seguro

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”
por **Signorino Barbat Andrea**

obligatorio automotor de 2008.

APLICACIÓN SUBSIDIARIA DEL CÓDIGO DE COMERCIO PARA SEGUROS DE TRANSPORTE, ARTÍCULO 82.

La Sección V de la nueva ley se encarga de los seguros de transporte e involucra por cierto al transporte marítimo y a los seguros marítimos en varios aspectos que analizaremos seguidamente.

Dice el artículo 82º (Seguros de transporte). *Los seguros que tienen por objeto el transporte se regirán por las disposiciones de la presente ley y subsidiariamente por las relativas a los seguros marítimos, contenidas en el Código de Comercio. Los seguros aeronáuticos se regirán por las disposiciones del Código Aeronáutico.*

Cabe decir primeramente que entiendo muy discutible la técnica legislativa de aplicar subsidiariamente el Código de Comercio a la vez que el artículo 133 de la ley analizada, deroga todas las disposiciones que se opongan a ella.

Las alternativas que parecían mejores a esta hubieran sido aclarar cómo se coordinan estas normas, o bien legislar en forma expresa sobre seguros de transporte.

En efecto, pues, “subsidiariamente” se mantiene en vigencia la normativa que establece el Código de Comercio en los artículos 1327 a 1433, esto a pesar que, como he dicho, el artículo 133 deroga todas las disposiciones que se opongan a la presente ley.

Por lo tanto, cabe preguntarse y hacer el ejercicio en relación a cada artículo del Código de Comercio para ver si a pesar de estar derogado, subsiste o revive su aplicación para los seguros de transporte en forma subsidiaria.

La otra dificultad se plantea en torno a las diversas fuentes que ambas normas tienen y que responden a épocas distintas. No parece adecuado regular modernamente el contrato de seguros con una ley al día con las novedades en materia del contrato de seguros y “subsidiariamente” recurrir a normas de 1865.

Tampoco parece lógico aplicar subsidiariamente normas del seguro marítimo a otro tipo de seguros de transporte; es más, para qué hacerlo si se regulan varios aspectos en la parte general de la Ley e incluso en el Sección especial sobre seguros de transporte.

Esto trae la problemática de determinar cuándo de veras hay un vacío legal que amerite la aplicación subsidiaria de las normas del Código sobre seguros marítimos.

Si a esto le sumamos la existencia de otras leyes de derecho marítimo que podrían ser

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

aplicables, el problema se complejiza.

Nos concentraremos en este artículo en esta problemática únicamente en relación a la prescripción y al abandono.

LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO.

A la subsidiariedad del Código de Comercio, se suma un problema adicional nada menor: en materia de seguros marítimos no solo son aplicables las normas del Código de Comercio. Existe otra normativa aplicable como es el caso de la Ley N° 19.246 de 19 de agosto de 2014 sobre Derecho comercial marítimo. El artículo 82 no hace referencia a estas otras normas, por lo tanto, cabe preguntarse si resultan aplicables o no.

El problema esencial entiendo radica en la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros marítimo que establece el artículo 3, numeral 3.4 de la mencionada ley (en realidad los numerales fueron eliminados en el trámite parlamentario, pero los cito a efectos metodológico).

En él se establecen distintos plazos que en la Ley N° 19.678.

Siendo esta posterior, entiendo debe ser la aplicable, ahora bien, esta ley no trae el grado de detalle que aporta la Ley N° 19. 246 que refiere a distintas acciones y plazos. Por lo tanto, ¿debe aplicarse esta subsidiariamente? ¿Debe aplicarse siendo que la Ley 19.678 en su artículo 82 solo refiere al Código de Comercio?

Nótese además que la Ley N° 19.246 deroga solo los artículos 1040, 1041, 1042 (sobre secuestro y embargo de buques) 1256 y 1257 (sobre reconocimiento judicial de daños) del Código de Comercio. No se deroga el artículo 1021 del Código de Comercio sobre prescripción en materia de seguros, hoy a su vez derogado por la Ley N° 19.678 que establece sus propios

⁴⁴⁸ El Artículo 1.021 del Código de Comercio establecía una prescripción extintiva de un (1) año para las acciones que provengan del contrato de seguro.

Artículo 1021, Código de Comercio:

Las acciones que provengan de préstamo de la gruesa, o de la póliza de seguro, se prescriben por un año contado desde el día en que las obligaciones se hicieron exigibles, siendo contraídas dentro de la República, y por tres años si hubiesen sido contraídas fuera de ella.

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

Para el abordaje, asistencia y salvamento, así como la avería gruesa, no había un plazo específico en el Código de Comercio. No obstante, por ser una responsabilidad netamente extracontractual, para el abordaje se aplicaba el plazo de 4 años del Código Civil.

Artículo 1332, Código Civil:

La acción concedida al damnificado prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito.

En el caso de la asistencia y el salvamento, dependía si se consideraba su naturaleza como contractual o como extracontractual.

⁴⁴⁸ El Artículo 1.021 del Código de Comercio establecía una prescripción extintiva de un (1) año para las acciones que provengan del contrato de seguro.

Artículo 1021, Código de Comercio:

Las acciones que provengan de préstamo de la gruesa, o de la póliza de seguro, se prescriben por un año contado desde el día en que las obligaciones se hicieron exigibles, siendo contraídas dentro de la República, y por tres años si hubiesen sido contraídas fuera de ella.

Para el abordaje, asistencia y salvamento, así como la avería gruesa, no había un plazo específico en el Código de Comercio. No obstante, por ser una responsabilidad netamente extracontractual, para el abordaje se aplicaba el plazo de 4 años del Código Civil.

Artículo 1332, Código Civil:

La acción concedida al damnificado prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito.

En el caso de la asistencia y el salvamento, dependía si se consideraba su naturaleza como contractual o como extracontractual.

En la avería gruesa, la doctrina nunca estuvo de acuerdo en cuál era el plazo aplicable.

En la **Ley N° 19.246**, el artículo 3, que cabe decir de antemano que en el trámite parlamentario, lamentablemente, “extravió” los sub-numerales que arrojaban bastante claridad al texto -los destacados en el texto son agregados a efectos metodológicos, establece:

Artículo 3°. (Prescripción).- Los reclamos por incumplimiento del contrato de transporte marítimo, o por daños o faltantes a la carga, prescribirán a los dos años de la fecha en que la carga fue entregada o debió ser entregada si se trata de faltantes.

La acción de repetición del transportador o del buque contra el cargador, contra operadores subcontratados o contra terceros podrá ser ejercida aun después de vencido este plazo, dentro de los seis meses de haber sido notificada la demanda que motiva el reclamo o de haber efectuado judicial o extrajudicialmente el pago. El cargador, los operadores subcontratados o los terceros referidos podrán ser citados en garantía en el juicio principal.

Todo otro reclamo de derecho marítimo o derivado de la navegación o servicios auxiliares de la misma, prescribirá también a los dos años a partir de que la obligación sea exigible. En los siguientes casos dicho plazo de prescripción correrá:

A) En las acciones emergentes del abordaje, a partir de la fecha del hecho.

B) En las acciones derivadas de la asistencia y salvamento, a partir de la fecha en que la operación haya concluido.

C) En las acciones derivadas del contrato de remolque, a partir de la fecha en que se realizó o debió realizarse la operación.

D) En las acciones derivadas del hallazgo o rescate de restos náuticos, a partir de la fecha en que fueron hallados o rescatados los restos o efectos náuticos.

E) En las acciones derivadas de la avería gruesa o común, a partir de la fecha de conclusión de la descarga en el puerto en que terminó la expedición o la aventura que motivó la contribución. Cuando se haya firmado un compromiso de avería, el plazo de prescripción se interrumpirá desde la fecha de la firma, hasta que se notifique la liquidación de avería emitida por el liquidador designado al efecto.

Seguidamente la norma refiere a la prescripción en el contrato de seguro marítimo, estableciendo que:

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

plazos de prescripción (arts. 50 y sgts.).⁴⁴⁸

Expliquemos un poco más. La Ley N° 19.678 establece en el artículo 50 un plazo de prescripción “de las acciones derivadas del contrato de seguros” de dos años, salvo, solo en el caso de seguro de vida cuyo plazo es de cinco años.

Artículo 50º (Plazo). *Las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben en el plazo de dos años, salvo en el caso del seguro de vida cuyo plazo es de cinco años.*

No establece ninguna otra excepción en materia de seguros, con lo cual los seguros marítimos quedarían dentro de este plazo de prescripción.

El artículo no determina a qué refiere con “acciones”, luego establece el comienzo de prescripción para algunas de ellas en el artículo 51, pero no para todas las acciones posibles.

En las acciones derivadas del contrato de seguro marítimo el plazo de prescripción de dos años correrá a partir de las siguientes fechas:

A) La acción para el cobro de la prima, a partir de la fecha de su exigibilidad.

B) Las acciones de avería o las derivadas del seguro de casco, a partir de la fecha del accidente o hecho generador de la obligación.

Si el buque se hubiera perdido, y no fuera determinable una fecha concreta del siniestro, a partir de la fecha en que el buque debió llegar a puerto.

C) Las acciones derivadas de la contribución a la avería común, salario de asistencia o de salvamento o responsabilidad por abordaje, a partir de la fecha en que el asegurado haya pagado.

D) Si el asegurado hubiera hecho un reclamo concreto al asegurador, el plazo de prescripción se interrumpirá hasta que este conteste en forma si acepta o rechaza el reclamo.

La norma refiere a un caso de suspensión de plazo, al igual que para el caso de la existencia de un compromiso de avería; habla de interrupción pero señala un plazo de suspensión -desde el reclamo del asegurado hasta la contestación del asegurador-.

Entiendo que el legislador quiso establecer un plazo suspensivo, lógico para este tipo de situaciones, pero plasmó en el texto la palabra “interrumpirá” lo cual puede dar problemas en la práctica.

Seguidamente, el artículo se encarga de la acción de repetición del asegurador, diciendo:

La acción de repetición del asegurador contra los responsables del siniestro, cuando es demandado por el asegurado, podrá ser ejercida aun después de vencidos estos plazos, en el término y en los plazos establecidos por el inciso segundo de este artículo.

Todas las prescripciones a que refiere el presente artículo son extintivas.

Recordemos que el inciso segundo de este artículo refiere a que la acción podrá ser ejercida aun después de vencido este plazo, dentro de los seis meses de haber sido notificada la demanda que motiva el reclamo o de haber efectuado judicial o extrajudicialmente el pago.

Entiendo también aplica lo que dicho inciso establece en cuanto a que, en este caso los responsables del siniestro, podrán ser citados en garantía en el juicio principal.

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

Únicamente refiere al comienzo del plazo para el pago de la indemnización y para el pago del premio.

Artículo 51º (Comienzo del plazo) *La prescripción del pago de la indemnización comenzará a correr desde que se comunica al asegurado la aceptación o el rechazo del siniestro en forma expresa o al cumplirse los plazos indicados en el artículo 35 de la presente ley.*

El pago del premio por parte del asegurado o tomador será exigible según lo pactado en las condiciones particulares de la póliza.

Cuando el premio debe pagarse en cuotas, la prescripción para su cobro se computa a partir del vencimiento de la última cuota impaga.

En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que este conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de cinco años contados desde el fallecimiento de la persona cuya vida se asegura

Cierto es que el artículo 1 de la Ley N° 19.678 deja a salvo las leyes especiales diciendo que *La presente ley es de orden público y tiene por objeto regular las distintas modalidades del contrato de seguro, sin perjuicio de la aplicación de las leyes especiales que rijan seguros específicos...*

Y cierto es que a Ley N° 19.246 regula la prescripción en los contratos de seguros marítimos.

Ahora bien, el seguro marítimo ¿es un seguro específico? Pues sabido es que no existe un seguro marítimo como tal, serán en puridad seguros de daño o seguros de responsabilidad civil o seguros de personas pero no existe un “seguro marítimo” cuyo riesgo cubierto sea distinto a los antedichos o incluso a otras coberturas como ser de lucro cesante o pérdida de beneficios, etc.

Por lo tanto, en puridad el seguro marítimo es un ¿seguro “específico”?

Según el diccionario de la Real Academia española lo específico es algo “concreto” o lo que es propio de algo y lo caracteriza y distingue de otras cosas.

Entiendo que no, que el seguro marítimo es una denominación general que se utiliza en la jerga al igual que cuando decimos seguro de automotores. No son seguros específicos que cubran un riesgo diferente al cubierto en forma principal o adicional por los seguros de daños concretos, o de daño patrimonial, o de responsabilidad civil, o incluso seguros de personas.

No constituye un seguro con un riesgo distinto, solo sucede que esos riesgos comunes a otras actividades, se relacionan en el caso de los seguros marítimos, a la actividad marítima.

Tampoco nos ayuda el artículo 82 como vimos, pues solo aplica subsidiariamente el Código de Comercio, no otras leyes relacionadas al seguro marítimo, siendo la Ley N° 19.678

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

además posterior a la Ley N° 19.246.

Lo que sí es cierto es que hay ciertas acciones cuyo comienzo de cómputo no está en la Ley N° 19.678 –art.51- como ser la acción de avería o la acción de contribución de avería común. En este sentido, sí entiendo que podría recurrirse a la Ley N° 19.246 porque es un aspecto que la Ley N° 19.678 no contempla y que por lo tanto no se opone a sus disposiciones, con lo cual no queda derogado en virtud del artículo 133 de la ley comentada.

En suma, solo podremos aplicar el artículo 3, 3.4, -recordando que los numerales no quedaron en la norma, pero a efectos metodológicos los cito- de la Ley N° 19.246, que afortunadamente consagra dos (2) años de prescripción que, al menos para seguros generales, coincide con el plazo de la Ley 19.678, para establecer el comienzo del cómputo del plazo de prescripción de las acciones en las cuales el artículo 51 no establece el momento de comienzo de dicho cómputo.

Recordemos que las que contempla el artículo 51 son dos: el cómputo del plazo de la acción derivada del pago del premio, y el plazo de prescripción derivada del pago de la indemnización – su aceptación o rechazo-.

Entiendo pues que queda vigente la Ley N° 19.246 para el comienzo del cómputo del plazo de:

- la acción de avería,
- las acciones de contribución a la avería simple,
- las acciones por salario de asistencia o de salvamento,
- las acciones derivadas del seguro de casco siempre que no sean por pago de premios o por reclamos relacionados las indemnizaciones,
- la acción de repetición del asegurador

EL ABANDONO EN LA LEY DE SEGUROS Y EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

La Ley refiere en dos artículos al abandono: en el artículo 23 en el capítulo de Disposiciones generales aplicables a todos los contratos de seguros y en el artículo 88 en la sección específica sobre seguros de transporte. Articulemos el comentario de ambas normas.

Artículo 23º (Abandono). El asegurado no podrá hacer abandono total o parcial de los bienes u objetos asegurados, se encuentren o no afectados por un siniestro, para exigir indemnización sobre ellos, salvo pacto que prevea la entrega de tales bienes u objetos al asegurador.

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

Quedan exceptuados de la presente disposición los seguros de transporte que se rigen por lo estipulado en el artículo 88 de la presente ley y los seguros marítimos que se rigen por la legislación vigente en la materia.

El artículo 23 refiere al abandono expresando que el asegurado no puede abandonar los bienes en forma total o parcial, existiendo o no siniestro, para exigir indemnización sobre ellos salvo que se haya pactado expresamente la entrega de dichos bienes u objetos al asegurador.

La excepción a este artículo son los seguros de transporte que se rigen por el artículo 88 de la Ley y los seguros marítimos que lo hacen por la legislación vigente en la materia.

Realmente, la ley no aclara la palabra abandono, ni explica en qué consiste, ni en qué supuestos se puede dar y cuáles son sus efectos, lo cual es una deficiencia de técnica legislativa.

La figura del abandono proviene del derecho marítimo donde admite dos contextos.

Por un lado, es una forma que tiene el armador de limitar su responsabilidad.

En este sentido, respecto a los seguros marítimos lo vigente es el artículo 6 de la Ley N° 19.246 de Derecho comercial marítimo. Este ha modificado el artículo 1050 del Código de

⁴⁴⁹ Art. 6 Ley N° 19246. “Sustitúyese el artículo 1050 del Código de Comercio por el siguiente:

1050.1- La responsabilidad a que se refieren los dos artículos anteriores, podrá limitarse mediante el abandono del valor del buque con más todas sus pertenencias, y más los fletes y pasajes percibidos o que deban percibirse en el viaje a que se refieren los hechos del capitán y los créditos a su favor que hayan nacido durante el mismo.

El abandono deberá hacerse mediante presentación judicial y en el mismo acto deberá depositarse a la orden del tribunal un valor igual al del buque antes del accidente más los créditos indicados en el inciso anterior.

Si el propietario o alguno de los partícipes han hecho asegurar su interés en el buque o en el flete, su acción contra el asegurador no se entenderá comprendida en el abandono. Tampoco estarán comprendidos en el abandono los créditos contra terceros por los hechos que generaron el daño o naufragio de la nave.

Si ya existieran demandas contra el buque, la petición deberá presentarse ante el tribunal en el que haya sido incoada la demanda más antigua. El tribunal competente tendrá fuero de atracción sobre todas las demandas derivadas del viaje y buque respecto al cual se practique el abandono.

El peticionante deberá acompañar a la solicitud judicial:

- A)** Una tasación del valor del buque antes del accidente o hecho generador del reclamo, realizada por un perito inscripto en el Registro de Peritos Navales de la Prefectura Nacional Naval.
- B)** Una lista de los deudores por fletes, pasajes, seguros u otros conceptos mencionados en el inciso primero, con sus domicilios, y los contratos de fletamento o seguro en el que se funda la deuda.
- C)** Una lista de los acreedores conocidos o potenciales, incluyendo en la misma todos los consignatarios de carga y de sus seguros, si fueran conocidos, con sus domicilios.

La presente limitación de responsabilidad no se aplicará a los buques comprendidos en la Ley N° 16.820, de 23 de abril de 1997, relativa a la ratificación de convenios internacionales sobre indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos.

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

Comercio que en su redacción original preveía el instituto del abandono liberatorio por el cual el armador podía limitar su responsabilidad dejando el buque en el estado en que se encuentre a disposición de los acreedores.⁴⁴⁹

La nueva solución del artículo 6 adopta un sistema similar al de Argentina y de uso universal en la actualidad, por el cual el propietario del buque puede limitar su responsabilidad a una suma de dinero que debe depositar a la orden de un tribunal que tendrá fuero de atracción en todas las demandas que reciba. La suma de dinero se fija por tasación del buque antes del accidente, y no del buque ya siniestrado y tal vez hasta hundido.

Se abandona el valor del buque con más todas sus pertenencias, más fletes y pasajes percibidos o a percibir en el viaje y los créditos a su favor que hayan nacido durante el mismo.

Si el propietario o algunos de los partícipes hicieron asegurar su interés en el buque o en el flete, su acción contra el asegurador no queda comprendida en el abandono. Tampoco lo están los créditos contra terceros por los hechos que generan el daño o naufragio de la nave.

El otro contexto donde se utiliza el concepto de abandono es la acción de abandono.

Esta implica la transferencia irrevocable al asegurador de todos los derechos que tenga el asegurado sobre el bien, vinculados al interés asegurable a partir del momento de la notificación del abandono al asegurador. Los casos en que puede ejercerse el abandono en seguros marítimos son los determinados en el Código de Comercio, artículos 1404 a 1422.

Este es el sentido que tiene el abandono del artículo 23, es decir, es el derecho que tiene el asegurado, similar al que tendría en seguros marítimos, de transferirle al asegurador los restos de la cosa asegurada que ha sufrido un siniestro y percibir entonces la suma asegurada en su totalidad.

Esto según el artículo 23 solo es posible en el caso de que así se pacte en forma expresa.

Ahora bien, recordemos que la Ley N° 19.678 regula a los seguros de transporte -incluidos los seguros marítimos- pero aplica a estos subsidiariamente el Código de Comercio con el alcance que al comentar el artículo 82 hemos dicho.

Esto trae la dificultad de saber si el Código de Comercio aplicaría en forma subsidiaria a todos los tipos de seguros en virtud del artículo 23, lo cual entiendo debe ser respondido en forma negativa ya que el artículo 82 hace aplicable subsidiariamente la legislación sobre seguros marítimos contenida en el Código sólo a los seguros de transporte. Y estos son regidos por el artículo 88 y no por el 23 en comento.

En suma, el principio general para todo tipo de seguros es que no rigen las exigencias de los casos en que puede operar el abandono exigidos por el Código de Comercio (1404

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

a 1422), sino que podría pactarse el abandono para cualquier situación y para cualquier seguro, excepto para seguros de transporte pues estos se rigen por el artículo 88 contenido en la sección específica sobre seguros de transporte.

Artículo 88º (Abandono). En los casos en que es admisible el abandono, conforme a las disposiciones vigentes sobre seguros marítimos, el asegurado sólo puede verificar el abandono en el plazo pactado entre las partes, el cual no podrá ser inferior a 30 días, contado desde el día que tuvo conocimiento del daño o la pérdida.

Como ya he dicho al comentar el artículo 23 de la ley, la acepción o instituto a que refiere este artículo 88 -como el 23- es al de la acción de abandono no a la limitación de responsabilidad que supone el abandono liberatorio.

Este abandono implica la transferencia irrevocable al asegurador de todos los derechos que tenga el asegurado sobre el bien, vinculados al interés asegurable a partir del momento de la notificación del abandono al asegurador.

El artículo 88 nuevamente emplea una remisión a la normativa del Código de Comercio en la materia, pues establece que el abandono es admisible “*en los casos en que es admisible el abandono conforme a las disposiciones vigentes sobre seguros marítimos*”.

El abandono está previsto en el Código de Comercio entre los artículos 1404 y 1422. Estas normas entonces no están derogadas por la Ley N° 19.678 pues expresamente la ley se remite a ellas.

Esa normativa continúa regulando la figura del abandono, tanto en su procedencia como en su alcance y demás elementos configurativos de la misma.

En virtud de este instituto, el asegurado deja por cuenta de los aseguradores los bienes asegurados de manera tal de exigir las cantidades por las que se aseguraron tales bienes, y los casos en que puede ejercerlo son los establecidos en el artículo 1404 del Código de Comercio.

Artículo 1404 C.Com.

El asegurado puede hacer abandono de las cosas aseguradas, dejándolas por cuenta de los aseguradores, y exigir de éstos las cantidades que aseguraron sobre ellas, en los casos de: Apresamiento. Naufragio. Rotura o varamiento del buque que lo inhabilite para navegar. Embargo o detención por orden del Gobierno propio o extranjero. Imposibilidad de que las cosas aseguradas lleguen a su destino. Pérdida total de las cosas aseguradas. Deterioración que disminuya su valor hasta las tres cuartas partes de su totalidad.

Todos los demás daños se reputan avería, y se soportarán por quien corresponda, según

“La prescripción y el abandono en seguros marítimos. La ley de seguros uruguaya N° 19.678 Y la aplicación subsidiaria del código de comercio y de otras leyes de derecho marítimo.”

por **Signorino Barbat Andrea**

los términos en que se haya contratado el seguro.

Cabe agregar que el artículo 88 establece que el asegurado solo puede verificar el abandono indicando un plazo para ello.

Este plazo, es el *plazo pactado entre las partes* en el contrato el cual no puede ser menor que a treinta (30) días.

En suma, rige la autonomía de voluntad de las partes pero el plazo pactado no podrá ser menor a treinta días, es decir, que si lo es, se aplica el término de treinta días. O sea, que si la póliza indica un plazo menor, se aplicará el plazo legal, si la póliza indica un plazo mayor, será ese plazo y no el legal. Si no se indica plazo entiendo que hay que aplicar el plazo legal pues es el mínimo aceptable.

Es loable la consagración de un plazo mínimo pues era habitual en la práctica encontrar pólizas con plazos para el abandono muy reducidos, lo que afecta el ejercicio por parte del asegurado de este derecho.

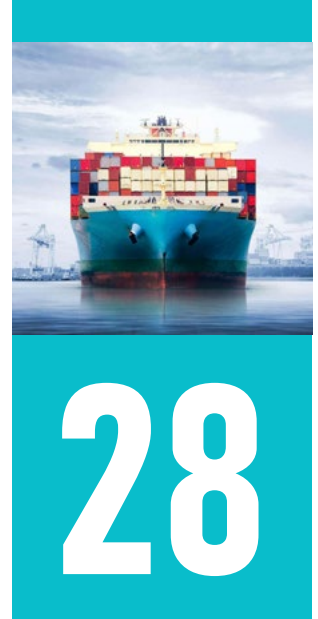
CONCLUSIONES.

Con respecto a los seguros marítimos y las figuras relacionadas al transporte marítimo, la nueva Ley de seguros aporta soluciones que difieren del Código de Comercio, otras que hacen dudar sobre la aplicación subsidiaria del Código de Comercio, en virtud del polémico artículo 82, y aporta asimismo dudas sobre las disposiciones de otras leyes de derecho marítimo que quedan vigentes, total o parcialmente, en especial en vistas al artículo 133 de la nueva ley.

Este artículo, 133 consagra que quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a la presente ley empleando una técnica legislativa por demás criticable.

Este facilismo -si lo comparamos con la ardua tarea de estudiar cuáles normas quedan derogadas por la presente ley- crea ambigüedades y dudas, en especial, en relación con las normas del Código de Comercio que se aplican en forma subsidiaria, como hemos visto ocurre con los seguros de transporte, incluido marítimo. Versiones anteriores del texto sancionado establecían derogaciones expresas como ser que se derogaban los artículos 634 al 699, 1327, y 1423 al 1432 del Código de Comercio.

Con el texto vigente, deberá estudiarse en cada caso qué normas se oponen y cuáles no a la presente ley, para establecer si están derogadas o no, y esto afecta en especial a los seguros marítimos, entendidos como todos los seguros involucrados en la actividad marítima.



La responsabilidad civil por daños ambientales derivados del transporte marítimo. Realidad y desafíos.

Dagniselys Toledano Cordero ⁴⁵⁰

CUBA

NOTAS INTRODUCTORIAS.

La contaminación marina es un riesgo que deben afrontar quienes se dediquen al transporte comercial marítimo. El desarrollo tecnológico varió los sistemas de propulsión de los buques, que en la actualidad emplean sustancias nocivas para el medio ambiente. Igualmente, otras industrias requieren de diversas sustancias, algunas altamente peligrosas, que se transportan por vía marítima y que también constituyen una amenaza para el medio marino. Por todo lo anterior la transportación marítima se ha convertido en uno de los

mayores y más peligrosos contaminantes del medio acuático.

Cada travesía representa un peligro para la conservación ambiental, tanto por los posibles vertimientos como por los residuos que se originan en los viajes. Además, la aventura marítima se encuentra potencialmente amenazada por los denominados “siniestros de la navegación”. Ambos supuestos, vertidos y siniestros, constituyen fuente de problemas ambientales que requieren una efectiva tutela jurídica.

La protección jurídica para la contaminación marina derivada del transporte marítimo en el ámbito internacional tuvo un primer acercamiento en las Conferencias de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1958 y 1960, donde se trató tangencialmente el tema de la contaminación del mar, derivada del transporte comercial marítimo con un enfoque preventivo. En los años siguientes tienen lugar una serie de accidentes en los que fueron vertidas al mar toneladas de hidrocarburos, provocando daños de gran magnitud. Tales hechos evidenciaron la insuficiencia de las normas del derecho común para reparar los daños que generaban estos accidentes.⁴⁵¹

Ante la gravedad de la situación que se presentaba y la dificultad de encontrar una solución a escala internacional se adoptó, en el año 1969, el Convenio sobre Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos (CLC) que entró en vigor en julio de 1971.⁴⁵² El instrumento en cuestión establece pautas para la reparación de los daños en función de los que intervienen en la aventura marítima.

También es significativa la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CONVEMAR) y del Convenio sobre Responsabilidad e Indemnización de daños en relación al Transporte Marítimo de Sustancias Nocivas

⁴⁵⁰ Doctora en Derecho por la Universidad de La Habana (2004). Máster en Derecho Privado por la Universidad de Valencia (España) (2001). Licenciado en Derecho por la Universidad de La Habana (1997). Profesora Titular de Derecho de Marítimo, Derecho Portuario y Derecho Ambiental en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Autora de varios libros y numerosos artículos sobre Derecho Marítimo y Derecho Ambiental. Miembro de la Junta Directiva de la Sección de Derecho Marítimo de la de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo y Vicepresidenta Titular de la Rama cubana de dicho Instituto. Además de sus responsabilidades académicas, acumula 20 años de práctica como abogada litigante adjunta de la Organización de Bufetes Colectivos de la República de Cuba. Es Par Evaluador en varias revistas Nacionales e Internacionales. Participó en la elaboración de la Ley de Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre, de la República de Cuba, así como de su Reglamento.

⁴⁵¹ No en todos los casos podía demostrarse la intención de causar el daño, y en los supuestos en que quedaba establecida la culpabilidad existían dificultades en la determinación del sujeto responsable, como consecuencia de que no siempre quien explota el buque es su propietario, a lo que se sumaban los problemas relacionados con la inscripción de los navieros.

⁴⁵² El texto original del Convenio ha sido modificado en tres ocasiones desde su entrada en vigor. El primer Protocolo modificativo fue aprobado en Noviembre de 1976 y entró en vigor en abril de 1981. En 1984 se aprueba el segundo que nunca entró en vigor. La tercera enmienda data de 1992; este último Protocolo entró en vigor en mayo de 1996.

y Potencialmente Peligrosas (HSN) adoptado en mayo de 1996.⁴⁵³ En el primero de los Convenios se incluyó una referencia directa a la responsabilidad por los daños ambientales ocasionados por el transporte marítimo, dirigida en esta ocasión a los Estados,⁴⁵⁴ mientras que el segundo contiene disposiciones que van más al ámbito privado con un texto muy similar al del Convenio de Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.

Sin lugar a dudas, los instrumentos internacionales vigentes constituyen una base importante para dirimir los conflictos que se deriven de la contaminación marina ocasionada por el transporte comercial marítimo. Sin embargo, el caso del Prestige ha demostrado que las disposiciones de los mismos, no son suficientes para solucionar lo relativo a los daños ambientales por su naturaleza y características, lo que ilustraremos en el desarrollo del presente trabajo.

Partiendo de los instrumentos internacionales antes comentados, los Estados Partes han ido incorporando a su derecho interno dichos instrumentos, desarrollándolos en las normas nacionales. En el caso de los Estados no signatarios, cuando se causan daños en su territorio deberán regirse por la ley del lugar donde se haya producido el daño, de conformidad con el principio *lex loci damni*.

Cuba solo es asignataria de la CONVEMAR. No ha ratificado ninguno de los Convenios de responsabilidad antes mencionados, por lo que para solucionar eventuales casos de contaminación marina deberá acudir a la legislación nacional. De ahí que el abordaje de este tema en el contexto cubano, requiere de una mirada hacia nuestro ordenamiento jurídico. Si bien la Ley de Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre⁴⁵⁵ cubana, contiene un precepto que cubre los supuestos de responsabilidad en estudio, no agota todos los elementos que afectan la exigencia de responsabilidad en estos casos, sobre lo que ampliaremos más adelante.

⁴⁵³ Este Convenio nunca entró en vigor y fue sustituido por un Protocolo en 2010 que tampoco ha entrado en vigor.

⁴⁵⁴ Previa a la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 en 1972 se celebró la Conferencia sobre el Medio Humano y en la Declaración adoptada en este foro se estableció como principio del Derecho Ambiental la responsabilidad por los daños al medio ambiente, reconocimiento que en nuestra opinión incidió en la inclusión en la CONVEMAR del artículo 235.2 donde se establece que: “Los Estados asegurarán que sus sistemas jurídicos ofrezcan recursos que permitan la pronta y adecuada indemnización u otra reparación de los daños causados por la contaminación del medio marino por personas naturales o jurídicas bajo su jurisdicción.”

⁴⁵⁵ La Ley No. 115 de Navegación Marítima, Fluvial y Lacustres fue aprobada en julio de 2013 por el órgano legislativo de la República de Cuba, la Asamblea Nacional, y publicada en la Gaceta Oficial No. 34 de 4 de noviembre de 2013.

EL CLC Y LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS AMBIENTALES: ACIERTOS Y DESACIERTOS.

No pretendemos en este trabajo agotar el análisis del contenido del Convenio, solo analizaremos aquellos aspectos que inciden en el resarcimiento de los daños ambientales. En este sentido, comenzaremos con algunas reflexiones sobre la definición de los denominados “daños por contaminación”.

Conforme al texto inicial los daños por contaminación comprendían: “...las pérdidas o daños causados fuera del barco que transporte hidrocarburos por la contaminación resultante de derrames o descargas; e incluye el costo de las medidas preventivas.” La formulación del concepto anterior por su generalidad permite incluir tanto los daños ecológicamente puros como los que afecten directamente la salud del hombre o sus actividades económicas. Igualmente, será válida la exigencia de responsabilidad por el daño emergente y por el lucro cesante.

En lo que a la determinación de los daños respecta, los Protocolos de 1984 y 1992 completaron aún más la definición. En el texto final adoptado se observa una previsión sobre los daños futuros y se establece que el resarcimiento de los daños puramente ambientales estará limitado a las medidas efectivas que se adopten para su reparación. Consecuentemente, si los daños no fuesen reparables de alguna manera, queda excluida la posibilidad de exigir responsabilidad por la afectación puramente ecológica, lo que tampoco se logra con el Convenio sobre constitución de un Fondo internacional de indemnización por la contaminación por hidrocarburos, considerado su instrumento complementario y que se ha aprobado y modificado paralelamente con el CLC.

En efecto, los términos que en ambos Convenios se emplean permiten solo la indemnización de los daños que afecten recursos que puedan ser restablecidos o regenerados. Por ello coincidimos con BETANCOR RODRÍGUEZ en lo que plantea respecto al conceptos de daños por contaminación de ambos Convenios: “Hay dos limitaciones importantes: la primera, que se refieren a «re- cursos», no al ecosistema o a la Naturaleza y, la otra, que no contempla las pérdidas derivadas de los daños sufridos por tales recursos”.⁴⁵⁶

Es importante tener en cuenta que las afectaciones ambientales pueden producir pérdidas de uso o beneficios que no son contempladas en los instrumentos internacionales en estudio. En el Manual del Fondo se aclara que «no se indemniza respecto de reclamaciones

⁴⁵⁶ BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS: *Responsabilidad y aseguramiento por daños ambientales. El caso Prestige*, Colección de Derecho Económico-Ambiental, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1ª ed., Madrid, febrero 2018, p. 113.

por daños al medio ambiente basadas en una cuantificación abstracta calculada conforme a modelos teóricos», de lo cual se colige que solo será indemnizado con base a estos Convenios el daño ambiental patrimonial pero no el ecológicamente puro. Como indica el propio Betancor Rodríguez “Aquí está la cláusula de cierre que impide el acceso de este tipo de daños al régimen de responsabilidad civil contemplado y regulado en el Convenio 1992”⁴⁵⁷.

Frente a este problema consideramos positiva la redacción del Protocolo de 1992 respecto a las medidas que pudiesen ser tomadas en el futuro, así como a las medidas preventivas y las pérdidas o los daños ulteriormente ocasionados por tales medidas. Nótese además como, tanto en la definición inicial como en la de los últimos Protocolos, se incluyen las medidas preventivas. No puede perderse de vista, que en los supuestos de daños ambientales es fundamental la inclusión de las medidas que eviten que en el futuro vuelvan a producirse daños similares, aspecto bien importante si se tiene en cuenta que los daños ambientales pueden manifestarse tiempo después de la ocurrencia del acto contaminante.

La determinación del sujeto responsable es otra cuestión que merece de una mirada, pues como indica Betancor Rodríguez “La reparación en términos jurídicos depende de un concepto clave: el responsable. Si no hay responsable jurídico, no hay reparación”.⁴⁵⁸ En los daños ambientales confluyen ciertos factores que pueden afectar el establecimiento de qué sujeto ha provocado los daños,⁴⁵⁹ a los que se suma, cuando estos se ocasionan en el transporte marítimo, la multiplicidad de sujetos que intervienen en la explotación comercial del buque. En el tráfico comercial marítimo en cada viaje hay diversos sujetos con intereses directos y otros que se vinculan indirectamente al acto de navegación, lo que ha conducido a que se acuda al mecanismo de la canalización de la responsabilidad que no es más que la imputación previa de responsabilidad a un determinado sujeto.⁴⁶⁰

El Convenio de Responsabilidad Civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos se hace recaer la responsabilidad en la figura del propietario, canalización que se refuerza por la exclusión expresa de la responsabilidad

⁴⁵⁷ Ídem p. 114.

⁴⁵⁸ Ídem p. 19.

⁴⁵⁹ Véase al respecto: GOMIS CATALA, LUCÍA: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, 1ª ed., Ed. Aranzadi, Navarra (España), 1998, pp. 161-172; TOLEDANO CORDERO, DAGNISELYS: *La responsabilidad del empresario marítimo por el daño ambiental*, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, La Habana, Mayo 2004, pp. 66-70; VILA CID, SARAI: “*La responsabilidad civil derivada de la contaminación marítima por hidrocarburos. En particular, el caso Prestige*”, Trabajo de fin de Máster Universitario en Estudios Internacionales, Facultad de Derecho, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago De Compostela, 2017-218, p. 25.

de otros sujetos que se hace en el cuarto párrafo del propio artículo III. El texto original del Convenio prohíbe se establezca reclamación contra los dependientes o agentes del propietario, lo que fue ampliado en la modificación del Convenio por el Protocolo de 1992; con la citada enmienda quedan exentos de responsabilidad el práctico o cualquier otra persona que sin ser tripulantes preste servicios al buque, los fletadores, el gestor naval, el armador, los salvadores y las personas que tomen medidas preventivas.⁴⁶¹ Para atenuar la aplicación de la canalización se le reconoce al propietario el derecho de repetición.

La justificación que los tratadistas otorgan al establecimiento de la responsabilidad del propietario es la posibilidad de determinar con mayor precisión quién es el propietario del buque por el tratamiento registral de la titularidad sobre el buque. Como señalan Ruiz Soroa y Gabáldon García la canalización prevista en el Convenio “...no responde a ningún criterio jurídico particular sino simplemente a un dato práctico: el propietario es siempre fácilmente identificable, el naviero puede no serlo.”⁴⁶² En mi opinión, el criterio seguido por el Convenio no es jurídicamente acertado, pues no siempre el propietario del buque aparece como titular de la empresa de navegación marítima. Si se produce la cesión del buque por un contrato de explotación del buque y durante esta se producen daños ambientales, lo justo es que sea el sujeto que está desplegando la actividad quien asuma las consecuencias dañosas que se deriven de su ejercicio.

Respecto al criterio de imputación de responsabilidad el Convenio adopta un criterio objetivo. La navegación marítima es una actividad riesgosa y al asumirla se deberán asumir también las consecuencias negativas que se deriven de su desarrollo. En la doctrina se ha sostenido que la imputación objetiva de responsabilidad del propietario establecida por el Convenio se encuentra atenuada.⁴⁶³ Tal afirmación descansa en la limitación de la

⁴⁶⁰ La canalización de la responsabilidad ofrece algunas ventajas. En primera instancia, la adopción de este mecanismo permite aplicar los principios «quien contamina paga» y el preventivo, en tanto que las personas potencialmente capaces de generar el daño deberán asumir los costes de las medidas preventivas y de corrección. Con la canalización se concentra la responsabilidad en una sola persona, permitiendo que quienes resulten perjudicados por el acto lesivo puedan resarcirse en el menor tiempo posible. El establecimiento a priori del responsable coadyuva a que éstos contraten seguros o empleen cualquier otra de las garantías financieras existentes. De esta manera se facilita la determinación de un responsable ante la presencia de varias personas relacionadas con la actividad generadora del daño.

⁴⁶¹ VILA CID, SARAI: op.cit., p. 28.

⁴⁶² RUIZ SOROA, JOSÉ MARÍA y GABALDÓN GARCÍA, JOSÉ LUIS: *Manual de Derecho de la Navegación*, 1ª ed. Ed. Marcial Pons, Madrid (España), 1999, p. 665.

⁴⁶³ Véase: ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio: *Curso de Derecho Marítimo*, 1ª ed., Ed. BOSCH, Barcelona (España), 2001, pp. 289 - 290; RUIZ SOROA, José María y GABALDÓN GARCÍA, José Luis: ob. cit., p. 665; PULIDO BEGINES, Juan Luis: *Accidentes y riesgos en la navegación marítima y área*, 1ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid (España), 2003.

responsabilidad y en la previsión de causas de exoneración, aspectos que seguidamente examinaremos y que son esenciales para los daños ambientales.

La limitación de la responsabilidad ha sido el elemento tradicionalmente invocado al distinguir al empresario marítimo del resto de los empresarios mercantiles. El beneficio de la limitación de responsabilidad del naviero se ha justificado por los riesgos inherentes a la navegación y por la distancia que existe entre el naviero y las personas a bordo del buque, que impiden un control directo de las acciones de aquellos.⁴⁶⁴

Sin embargo, frente a la postura tradicional en la actualidad se discute la pertinencia del mantenimiento del beneficio de la limitación de responsabilidad. Se ha planteado, en primer lugar, que en los tiempos modernos los buques tienen una construcción más sólida que les permite soportar los riesgos de la navegación. Asimismo, se ha señalado que en los orígenes de la limitación el transporte marítimo se caracterizaba por la explotación de un buque aisladamente o bajo régimen de copropiedad, situación que justificaba se previeran beneficios para quienes asumían la aventura marítima; mientras que en la actualidad el transporte marítimo descansa en empresas navieras que adoptan diversas formas societarias y que manejan flotas completas. Por último, se sostiene, que al igual que sucede con la actividad del transporte marítimo, existen otras actividades industriales con similares o mayores riesgos que no gozan del privilegio de la limitación.

La tendencia que proscribe la limitación de la responsabilidad me parece poco objetable. Hoy día la incomunicación entre el naviero y personal a bordo es casi inexistente por los adelantos de las comunicaciones. Además, tampoco es usual la presencia de empresarios marítimos individuales, en tanto que el fenómeno societario, cuyos antecedentes se encuentran en la actividad marítima, se ha impuesto en el mundo moderno.⁴⁶⁵

Adicionalmente, esta limitación afecta directamente la reparación de la totalidad de los daños ambientales. El Convenio estipula la cuantía máxima por la que responderá tomando como referencia las toneladas de arqueo de los buques, elemento sobre el que se han centrado las críticas al sistema de limitación, pues por hechos iguales o similares las víctimas

⁴⁶⁴ Sobre este particular consúltese: PADILLA GONZÁLEZ, Rafael: “El empresario de la navegación” en Jiménez Sánchez, Guillermo (coordinador): *Derecho Mercantil, Tomo I*, 2ª Ed., Ed. Ariel, Barcelona (España), 1992, pp. 753 - 754; GARRIGUES, Joaquín: *Curso de Derecho Mercantil, Tomo I y Tomo II*, 6ª ed., Ed. Aguirre, Madrid (España), 1993, p. 573; URÍA, Rodrigo: *Instituciones del Derecho Mercantil, Tomo I y Tomo II*, 1ª ed., Ed. de Derecho Reunidas, Madrid (España), 1994, pp. 1156 - 1157; SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Instituciones del Derecho Mercantil, Tomo I y Tomo II*, 1ª ed., Ed. de Derecho Reunidas, Madrid (España), 1994, p. 496; DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: “La limitación de responsabilidad del naviero en el Código de Comercio” en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Tomo II*, 1ª ed., Ed. Tirant lo blanch, Valencia (España), 1995, pp. 935 - 936.

⁴⁶⁵ Respecto a este tema véase: RUIZ SOROA, José María y GABALDÓN GARCÍA, José Luis: ob. cit., p. 681.

pueden ser resarcidas de manera diferente.

La limitación de la responsabilidad no permite la plena satisfacción de los acreedores, quienes pueden quedar patrimonialmente afectados. Los daños ambientales que se producen en el supuesto especial del derrame de hidrocarburos pueden alcanzar grandes magnitudes y su ocurrencia no sólo perjudica a un sujeto en particular sino que repercuten directamente en la sociedad en su conjunto. Cuando este tipo de daño ambiental se produce, las medidas que deben adoptarse para revertir los efectos adversos al medio ambiente son altamente costosas, a lo que se suman los daños económicos y a la salud que pueden presentarse en dependencia del lugar en que le derrame se verifique. Consecuentemente, en el caso de la responsabilidad por daño ambiental las desventajas que para los lesionados se derivan de la limitación adquieren una mayor connotación.

Como señala Vila Cid Vila *“se trata de un sistema de responsabilidad limitada que, en multiplicidad de supuestos, resulta escandalosamente insuficiente ya que la víctima no obtiene una indemnización por el daño efectivamente sufrido, sino sólo hasta un límite máximo de cantidad que marca el convenio, lo que lo convierte en un sistema verdaderamente insatisfactorio para los que han sufrido los daños del vertido”*.⁴⁶⁶

No encuentro razón alguna que justifique la limitación de responsabilidad en el supuesto que nos ocupa, en tanto que con ello se puede impedir el logro de los fines de la responsabilidad civil cuando de daños ambientales se trate. En mi opinión, si se producen daños ambientales por derrame de hidrocarburo, o por cualquier otra razón, en ocasión del transporte marítimo debe responderse ilimitadamente.

El CLC prevé la pérdida del beneficio de la limitación de responsabilidad en el párrafo 2 del artículo V si se prueba que el siniestro ha sido originado por un acto del propietario, requiriéndose a raíz del Protocolo 1992 demostrar que en el comportamiento lesivo del propietario concurra la *“...intención de causar esos daños, o bien temerariamente y a sabiendas de que probablemente se originarían tales daños.”* Al aludirse en el artículo a actos del propietario, sólo se perderá el beneficio en los supuestos de navieros propietarios, siendo imposible la aplicación del precepto cuando exista una disociación entre la titularidad dominical sobre el buque y la titularidad de la explotación. A lo anterior se agrega, que la presencia del naviero a bordo del buque, característica del Medioevo, no es cosa común en los tiempos modernos, por tanto, tampoco será usual que los daños de la contaminación

⁴⁶⁶ VILA CID, SARAI: op. cit., p. 17. Consúltese además ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO: *“Problemas jurídicos relativos a la seguridad de la navegación marítima (referencia especial al Prestige)”*, en AA.VV., (Dir. MEILÁN GIL, J. L.), *Estudios sobre el Régimen Jurídico de los Vertidos de Buques en el Medio Marino*, 1ª ed., Ed. Aranzadi SA, Navarra, 2006, p. 35; BETANCOR RODRÍGUEZ, ANDRÉS: op. cit., p. 115.

sean una consecuencia de los actos de aquel.

Más allá del problema del sujeto, el párrafo segundo del artículo V exige se pruebe que el propietario haya actuado culposa o dolosamente. La prueba de la culpabilidad del responsable del daño ambiental, es una de las mayores dificultades que se presentan en esta materia. Las circunstancias y el lugar en que se producen los derrames de hidrocarburos afectan que pueda establecerse con claridad la presencia de dolo o culpa en el acto del lesionante. Precisamente, los problemas que entraña la demostración del elemento intencional han incidido en que se imponga el criterio objetivo de imputación de la responsabilidad. En consecuencia, hacer depender la pérdida del beneficio de la limitación de la prueba del elemento intencional convierte el reconocimiento en una mera formalidad.

Paralelamente al establecimiento de la responsabilidad limitada el Convenio de 1969 establece algunas causas que eximen de responsabilidad al propietario, atenuando de esta manera la imputación objetiva de responsabilidad. Las causas de exoneración previstas en el Convenio deben ser consideradas como causales de interrupción del nexo causal, en tanto que si se producen desaparece la responsabilidad del causante del daño.

Las eximentes de la responsabilidad se encuentran en el artículo II del Convenio en su versión inicial. En sede a este precepto el propietario no responderá si prueba que los daños fueron: consecuencia de un acto de guerra, hostilidades, guerra civil o insurrección o de un fenómeno natural de carácter excepcional, inevitable e irresistible; totalmente causados por una acción u omisión intencionada de un tercero para causar daños o provocados por la negligencia u otro acto lesivo de cualquier Gobierno u otra autoridad responsable del mantenimiento de luces u otras ayudas a la navegación en el ejercicio de esa función.

En la primera de las causales de exoneración del Convenio se agrupan supuestos que podrían catalogarse como caso fortuito o fuerza mayor, que escapan del control de quienes intervienen en la aventura marítima. En la causal de los fenómenos naturales el requerimiento del carácter excepcional es importante pues hay fenómenos habituales o característicos de determinada área que deben ser previstos al conformar la travesía, de modo que puedan adoptarse las medidas pertinentes. Resulta también válida la alusión a la previsibilidad de las causas de origen natural.

La redacción de las restantes causales no deja dudas sobre su excepcionalidad⁴⁶⁷. Solo apuntar que en lo que respecta a la participación de quien resulta afectado por el derrame debe advertirse que esta causal de exoneración sólo opera cuando se trata de

⁴⁶⁷ Con relación a la excepcionalidad la autora LUCIA GOMIS CATALA destaca que en los supuestos de responsabilidad por daños ambientales es “... absolutamente necesario restringir las excepciones atendiendo a determinadas circunstancias.”. GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., p. 129.

daños personales o económicos, sin que pueda alegarse si los daños que se generan son ecológicamente puros.

Por último, abordaré el tema de la exigencia de garantías. En el artículo VII del Convenio de 1969, se exige para los buques que transporten más de 2000 toneladas de hidrocarburos a granel como cargamento la suscripción obligatoria de un seguro o de otra garantía financiera, debiendo existir en cada buque una constancia documental del cumplimiento de este requerimiento.

Los efectos del incumplimiento de la suscripción del seguro u otra garantía financiera no quedan claros en el texto del Convenio. Parece que las consecuencias para este caso son las descritas en el párrafo 10 del propio artículo VII. En el párrafo en cuestión se establece que los Estados podrán prohibirles navegar a los buques que tengan su pabellón y no tengan a bordo el Certificado de la existencia de la garantía expedido con arreglo al Convenio.

En mi opinión, no debería limitarse con ningún criterio los buques sujetos a la exigencia de garantías, cualquiera que sea la cantidad de hidrocarburos que se transporte si se produce un vertido se generan daños. En todos los casos, la suscripción de un seguro u otra garantía financiera permite una mayor certeza en la reparación de los daños.

EL TRATAMIENTO DEL TEMA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CUBANO.

Como antes comentamos, al no haber ratificado Cuba el CLC ni tampoco los Convenios del Fondo, el marco normativo para solventar sucesos de contaminación marina en ocasión del transporte marítimo es la legislación nacional. Partiendo de lo anterior se impone un examen de lo regulado al respecto en la Ley de Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre.

La norma en cuestión no dedica un espacio especial a la responsabilidad civil por contaminación. En el Capítulo III del Título VI denominado “De los riesgos propios de la navegación” se regula lo referente a la responsabilidad civil, siendo sus disposiciones aplicables al supuesto en estudio debido a su amplia formulación. Lo previsto en dicho Capítulo sustenta la responsabilidad tanto para los casos de contaminación operacional ⁴⁶⁸ como para la contaminación derivada de un suceso o siniestro marítimo.

Considero que en términos generales la regulación que el Capítulo antes referido se hace del tema responsabilidad resulta, para la exigencia de responsabilidad ambiental, limitada. En los dos artículos que conforman el Capítulo no se agotan todos los aspectos que afectan la exigencia de responsabilidad en estos casos, que suelen ser muy complejos, como se evidenció en el apartado anterior. En el primero de ellos, el artículo 122, establece quiénes

están obligados a responder y los daños comprendidos, mientras que el segundo, artículo 123, contiene la obligatoriedad de la suscripción de seguros tanto para los armadores o navieros nacionales o con intereses cubanos como para los extranjeros.

La obligación de responder la encontramos en la parte inicial del citado artículo 122 que dispone: “El propietario de un buque, embarcación y artefacto naval, o el armador o naviero, en su caso, al ocurrir un siniestro o suceso marítimo, es responsable de...”. Como puede observarse el legislador canaliza la responsabilidad hacia el propietario o el armador o naviero, lo que en mi opinión garantiza la determinación primaria del sujeto responsable. Sin embargo, en los daños ambientales derivados del transporte marítimo pueden ser también responsables otros sujetos que intervienen o se vinculan con la aventura marítima o con el suceso del que se derivan los daños. En tales casos podría el propietario o el armador o naviero repetir contra quienes también sean responsables del suceso o siniestro, o contra aquellos cuya actuación agravó las consecuencias e incluso eximirse de responsabilidad. La norma de navegación cubana no dispone nada al respecto, con lo cual habrá que recurrir en primera instancia a las normas ambientales por la naturaleza del daño o las normas del derecho común.

La Ley del Medio Ambiente⁴⁶⁹ cubana regula el tema de la responsabilidad civil por daño ambiental, pero no contiene previsiones sobre la concurrencia de causas o responsable, ni establece posibles causas de exoneración. Consecuentemente, en cuanto a estos particulares será menester remitirse a las reglas establecidas en el Código Civil,⁴⁷⁰ no porque exista una remisión expresa, sino en atención al principio de supletoriedad refrendado en el artículo 8 del último texto legal citado.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ La prohibición de la contaminación operacional está contenida en el artículo 44 de la norma. El precepto en cuestión contiene además una amplia definición de lo que se entiende por contaminación operacional; concluyendo el artículo con la remisión al Capítulo dedicado a la responsabilidad civil en su tercer apartado:

ARTÍCULO 44.1.- Se prohíbe la contaminación de las aguas sometidas a la jurisdicción cubana por las que naveguen los buques, embarcaciones y artefactos navales, como consecuencia de la operación de los mismos entendiendo como tal la producida por la descarga al mar de los desechos sólidos y líquidos, las mezclas oleosas, las aguas de sentinas, los lodos semisólidos y el lastre, o por el derrame, vertimiento o cualquier acto equivalente de las sustancias o materiales que se lleven como cargas o de los hidrocarburos contenidos en los tanques de consumo.

3.- La exigencia de responsabilidad civil por daños derivados de la contaminación referida en el apartado uno se rige por las disposiciones contenidas en el capítulo respectivo de esta Ley, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que incurran los que ocasionaron la contaminación

⁴⁶⁹ Ley No. 81, Del Medio Ambiente, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 7, de 11 de Julio de 1997.

⁴⁷⁰ Ley No. 59, Código Civil de la República de Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria No. 9, de Octubre de 1987.

⁴⁷¹ Artículo 8. Las disposiciones de este Código son supletorias respecto a materias civiles u otras reguladas en leyes especiales.

La reparación de los daños ambientales ocasionados por el transporte marítimo puede ser exigida en virtud de las estipulaciones del Capítulo VI del Título IV del Libro Primero del Código Civil, bajo la rúbrica “Actividades lícitas que generan riesgo”. El primer precepto de este Capítulo es el 104, que ofrece una definición de las actividades que generan riesgo señalando que son: “...actos lícitos que por su propia naturaleza implican una posibilidad de producir daño”. En el precepto siguiente se prevé la obligación de responder por los daños causados en ocasión del transporte de sustancias peligrosas, sea cual sea el medio que se emplee, haciendo alusión expresa al transporte marítimo en el párrafo primero del artículo 105.⁴⁷²

Como parte de la regulación de las actividades lícitas que generan riesgo la norma civil nacional solamente establece una causal de exención de la responsabilidad, a saber: la prueba de la actuación culposa o dolosa de la víctima.⁴⁷³ Evidentemente tal eximente de responsabilidad cuando los daños que se ocasionen sean ambientales, sólo es válida para los casos en que los daños tengan repercusión en la salud, bienes o actividad económica de alguna persona, pues si el daño es puramente ecológico no podrá hablarse de actividad concurrente de la víctima.

Para la determinación de los daños cuya reparación es exigible debemos volver al texto de la Ley de Navegación. En la parte final de su artículo 122 se dispone que se debe responder: “...de todos los daños que le son imputables, causados a terceros por la operación de dicho buque, embarcación y artefacto naval o por la carga derramada o descargada desde el mismo, como resultado del siniestro, así como de las medidas tomadas para prevenir o reducir esos daños.”.

Nótese que el legislador ha empleado una formulación general que permite se incluyan tantos los daños ambientales personales como los patrimoniales, los ecológicamente puros y las medidas para su prevención o minimización. Asimismo, aunque la norma nada expresa sobre los daños sobrevenidos, continuados y permanentes, podrían estos también ser exigidos.

⁴⁷² Artículo 105.1. Las personas dedicadas al transporte terrestre, marítimo o aéreo y los propietarios de las cargas, son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados por estas a las personas o bienes, dentro y fuera del medio de transporte, cuando dichas cargas, por su naturaleza, son peligrosas, nocivas o perjudiciales, o cuando, no siéndolo, resulten nocivas, peligrosas o perjudiciales al ponerse en contacto, cualquiera que sea la causa, con el medio circundante.
2. Son peligrosas, nocivas o perjudiciales las sustancias radiactivas, los hidrocarburos y sus derivados, y las otras decididas en los convenios internacionales.
3. Son también sustancias peligrosas, nocivas o perjudiciales, el combustible y el lubricante que acarrear los medios de transporte para su propio desplazamiento, pero con respecto al daño que con ellas se ocasione responde solo el transportista si la carga no es peligrosa, nociva o perjudicial.

⁴⁷³ Artículo 106. En los casos señalados en el artículo anterior solo exime de responsabilidad la prueba de que los daños o perjuicios se produjeron como resultado de una acción u omisión intencional o imprudente de la víctima.

Partiendo de lo anterior, considero que la redacción de este precepto supera las limitaciones del CLC en cuanto a los daños por contaminación susceptibles de reparación. A diferencia del Convenio nuestra norma no hace depender la indemnización del daño ambiental a los costos de la reparación con lo cual se podrá exigir la correspondiente responsabilidad aún y cuando las afectaciones ambientales no sean reparables, permitiendo además sean indemnizados las pérdidas de uso o beneficio. Se advierte también como con el artículo 122 quedan comprendidas todas las causas que provocan los daños ambientales en ocasión del transporte marítimo como son la contaminación operacional y la que se origina por el derrame de lo que se transporta como carga.

El criterio de imputación seguido en el precepto es el objetivo. Con la simple ocurrencia del daño podrá accionarse el sistema de responsabilidad, sin que sea necesario demostrar que quien lo originó ha actuado culposa o dolosamente.

El silencio de la Ley de Navegación respecto al contenido de la reparación también merece una reflexión, debiendo recurrir una vez más a lo regulado en las normas ambientales y civiles. Sobre este tema y teniendo en cuenta la naturaleza de los daños debe aplicarse en primera instancia la Ley del Medio Ambiente. Conforme a los artículos 70 y 73 de dicha norma,⁴⁷⁴ la responsabilidad comprende: el cese de la conducta, la reparación de los daños y perjuicios, y la asunción de las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente, quedando excluidas la restitución del bien y la reparación del daño moral. Tal omisión obliga a remitirse al derecho común, o sea al Código Civil. Sin embargo, la lectura del Capítulo destinado a las actividades lícitas que generan riesgo, evidencia que se restringe el contenido de la responsabilidad en el artículo 107,⁴⁷⁵ sin que sea posible pretender en sede a esta causal de responsabilidad la reparación de los daños morales y la restitución *innatura*.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ Artículo 70. Toda persona natural o jurídica que por su acción u omisión dañe al medio ambiente está obligada a cesar su conducta y a reparar los daños o perjuicios que ocasione

Artículo 73. En el resarcimiento de la responsabilidad civil correspondiente se procurarán de forma preferente, las acciones encaminadas a la rehabilitación del medio ambiente.

⁴⁷⁵ Al regular las actividades lícitas que generan riesgo se establece en el artículo 107 que: “El contenido de la responsabilidad por actividades que generan riesgo comprende: a) La reparación del daño material; y b) la indemnización de los perjuicios.”.

⁴⁷⁶ Ante la omisión de estas formas de resarcimiento dentro de la regulación de las actividades lícitas que genera riesgo, cabría preguntarse si podría recurrirse a lo previsto para los actos ilícitos en la norma civil, en tanto que para dichos actos la norma prevé en el artículo 83 la restitución del bien y el daño moral. En este análisis es necesario tener en cuenta que es lícito todo comportamiento que la ley permite o no prohíbe expresamente, mientras que lo ilícito presupone un acto contrario a la ley, o sea, implica el incumplimiento de un mandato legal. Visto de este modo la contaminación del medio marino, cualquiera sea su causa, ha de ser considerado un acto ilícito, pues está prohibida expresamente el artículo 44 de la Ley de Navegación cubana. No obstante, es necesario tener en cuenta que si se funda en esta causa la responsabilidad en el supuesto en estudio, se puede llegar a impedir la reparación de los daños ocasionados. No puede perderse de vista

Considero que no es correcta la limitación del contenido del resarcimiento presente en ambas normas. Debe tenerse en cuenta que el daño ambiental puede ser también un daño moral. No encuentro fundamento para no prever expresamente la restitución del bien como forma de resarcimiento. Es cierto que la denominada reparación *in natura* se puede tornar difícil en materia ambiental. No en todos los casos los daños pueden ser reparados en especie, pues el logro de la reparación específica dependerá del elemento ambiental dañado. Sin embargo, doctrinalmente se ha reconocido que la reparación *in natura* debe ser tenida como principio general y, en aras de lograr su aplicación, deberá realizarse el mayor esfuerzo posible para poder preservar efectivamente el medio ambiente.⁴⁷⁷

Por último comentar que tampoco hay disposición dentro de la Ley de Navegación sobre el tema de la limitación de responsabilidad del responsable. Por tanto, de conformidad con la legislación civil vigente la responsabilidad del sujeto responsable será ilimitada.

IDEAS CONCLUSIVAS.

El transporte marítimo continuará siendo una potencial fuente de contaminación del mar y en consecuencia un actividad generadora de daños ambientales. Pese a la existencia de un marco convencional, sigue siendo insuficiente ante las peculiaridades de dichos daños, como se ha evidenciado con los grandes siniestros de los últimos años. Muchos son los Estados Parte del CLC que se encuentran limitados para atemperar sus normas nacionales a las características de los daños ambientales, ante las estipulaciones de este Convenio que no permiten su plena reparación.

En el caso de Cuba, que no es parte del CLC, la regulación que de la responsabilidad civil se hace en la Ley de Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre constituye sin lugar a dudas un paso de avance. Sus disposiciones, aunque parcas y omisas en algunos aspectos,

que aunque aparentemente el Código Civil cubano en la responsabilidad por actos ilícitos sigue el criterio objetivo de imputación, en el propio texto legal se desvirtúa este criterio cuando en el inciso c) del artículo 99.1 se establece la actuación con la debida diligencia como causal de exoneración de la responsabilidad, o sea, se produce una subjetivación del criterio de imputación. En las actividades riesgosas el resultado dañoso puede producirse inclusive si se ha actuado diligentemente, por tanto, no es adecuado aceptar la diligencia como causa de exoneración, pues ello pone a quien ha sufrido el daño en situación de total indefensión.

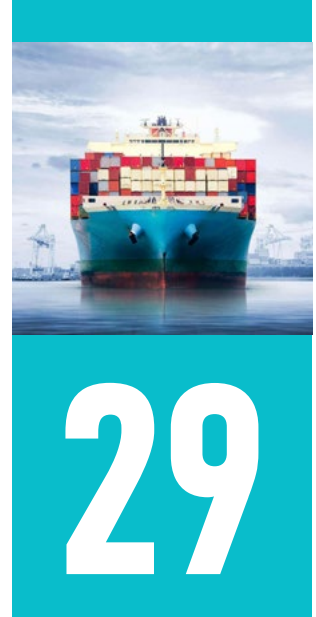
⁴⁷⁷ En cuanto a la reparación *in natura* consúltese: de MIGUEL PERALES, Carlos: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, 2ª ed., Ed. CIVITAS, Madrid (España), 1997, pp. 27 - 232; GOMIS CATALA, Lucía: ob. cit., pp. 249 - 260.

son perfectamente alegables en la exigencia de responsabilidad por daños ambientales y encuentra complemento en la norma civil vigente.

Corresponde pues, insistir en la necesidad de articular un marco normativo, tanto en el plano internacional como nacional, que permita la total reparación de dichos daños, superando los imposibles físicos y jurídicos.

las normas del Código de Comercio que se aplican en forma subsidiaria, como hemos visto ocurre con los seguros de transporte, incluido marítimo. Versiones anteriores del texto sancionado establecían derogaciones expresas como ser que se derogaban los artículos 634 al 699, 1327, y 1423 al 1432 del Código de Comercio.

Con el texto vigente, deberá estudiarse en cada caso qué normas se oponen y cuáles no a la presente ley, para establecer si están derogadas o no, y esto afecta en especial a los seguros marítimos, entendidos como todos los seguros involucrados en la actividad marítima.



Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras El “Eternal Bliss”.

Elizabeth Turnbull ⁴⁷⁸
INGLATERRA

INTRODUCCIÓN.

La decisión en el caso *K Line Pte v PrimindsShipping (HK) Co Ltd* (The “Eternal Bliss”)

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

[2020] EWHC 2373 (Comm) brinda respuesta a un debate de alrededor de 90 años, con dos escuelas de pensamiento completamente opuestas.

Aunque en el pasado no resultaba claro si la falla del fletador de completar la carga o la descarga dentro del laytime acordado constituía un incumplimiento de contrato y, la jurisprudencia trataba el pago de demora como una suma pagadera por el fletador por la detención del buque en el puerto de carga o descarga más allá del *laytime*⁴⁷⁹, hoy por hoy es generalmente aceptado que el pago de demora comprende los daños y perjuicios liquidados por el incumplimiento de contrato del fletador por no cargar o descargar el buque dentro del *laytime* estipulado en el contrato.

Al ser reconocida como una suma dada en daños y perjuicios, el debate estaba en si el armador tenía derecho a reclamar daños y perjuicios adicionales a la demora en aquellos casos donde la única obligación incumplida por el fletador es aquella de cargar o descargar dentro del *laytime* estipulado. Por ejemplo, ¿se podría reclamar daños a la carga ocasionados por esa demora? Por un lado, algunos juristas sostenían que el armador podía recuperar daños y perjuicios además de la demora si podía probar un tipo de pérdida separada relativa a la pérdida de uso del buque. Otros sostenían que, además de un tipo de pérdida separada, el armador también tenía que probar un incumplimiento de contrato distinto: esto es, uno diferente al del incumplimiento de cargar o descargar dentro del laytime.

La anterior disyuntiva mantuvo divididos a jueces y comentaristas durante los últimos 90 años y finalmente ha sido resuelta (al menos por el momento) por el juez Andrew Baker en el caso *The “Eternal Bliss”*. Reconociendo esta realidad, el juez, en su sentencia de fecha 7 de septiembre del 2020, comenzó diciendo:

“From time to time, a case provides the opportunity to resolve a long-standing uncertainty on a point of law of significance in a particular field of commerce. This is such a case...”

⁴⁷⁸ Elizabeth es abogada inglesa y socia en el bufete Preston Turnbull LLP con sede en Londres. La práctica principal de Elizabeth se centra en el transporte marítimo, el comercio internacional y el seguro que los protege. Se especializa en la resolución de disputas y tiene una importante experiencia en litigios en los tribunales ingleses, manejando casos en todos los niveles (Primera Instancia, Corte de Apelaciones, Tribunal Supremo) así como también en arbitrajes bajo reglas LMAA, LCIA e ICC. En cuanto al transporte, se ocupa de las disputas que surgen de los contratos marítimos como contratos de fletamento, conocimientos de embarque, contratos de construcción naval y pólizas de seguro marítimo. En asuntos comerciales, representa a sus clientes en una variedad de disputas internacionales de comercio e inversión. Elizabeth es Vice-presidente por el Reino Unido del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, está identificada como Abogada Líder en el sector de derecho marítimo en Legal 500 2021 y abogada clave en asuntos marítimos y de arbitraje en Latin-Lawyer 250.

Con la inestimable ayuda de mi compañera Maribel Sabatino.

⁴⁷⁹ Lockhart v Falk (1875) LR 10 Ex 132

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

HECHOS.

K-Line como armador y Priminds como fletador firmaron un contrato de fletamento por volumen el 30 de julio de 2014 en virtud del cual debían realizar 9 viajes separados, cada uno a ser ejecutado con tonelaje nominado por K-Line con un laycan mensual desde febrero hasta octubre del 2015 con términos materialmente idénticos. El contrato se encontraba en la forma de una póliza Norgrain (the North American GrainCharterparty 1973, Amended 1/7/74) modificada y suplementada por las partes. El contrato contenía cláusulas especiales sobre la creación y delimitación del laycande los viajes individuales y la nominación del buque para cada uno por parte de K-Line.

El 2 de julio de 2015, las partes concluyeron un acuerdo para la realización de 3 viajes adicionales con ventanas (“*laycans*”) en noviembre del 2015, diciembre del 2015 y enero del 2016.

La Cláusula 47 establecía que la descarga para cada viaje debía hacerse en un muelle seguro y en un puerto seguro de China, con Priminds garantizando un calado de 13,0 metros a la llegada del buque.

De acuerdo a la Cláusula 46, la mercancía para cada uno de los viajes, debía ser 60.000 TM más o menos 10% a opción de K-Line, de grano pesado de soja o sorgo a granel con un factor de estiba de 48/49, sin garantía.

La Cláusula 18 establecía el régimen de laytime y demora aplicable – una velocidad de descarga de 8.000 TM por día laborable, si el tiempo lo permite, sábados, domingos y festividades exceptuados (sin contar el viernes desde las 1700 horas hasta el lunes a las 0800 horas) determinando entonces, el laytime permitido y el momento en el que el buque entraría en demora en el puerto de descarga. Además, la Cláusula 19 del Norgrain (Cláusula de demora), modificada por las partes establecía:

“Demurrage at loading and/or discharging ports, if incurred, to be paid at the rate of declared by Owners upon vessel nomination but maximum USD 20,000 per day or pro rata / despatch half demurrage lay time saved at both ends. per day or for part of a day and shall be paid by Charterers in respect of loading port(s) and by Charterers/Receivers in respect of discharging port(s). Despatch money to be paid by Owners at half the demurrage rate for all lay time saved at loading and/or discharging ports. Any time lost for which Charterers/Receivers are responsible, which is not excepted under this Charter Party, shall count as laytime, until same has been expired, thence time on demurrage.”

Es decir, la tasa de demora en el puerto de carga o descarga tendría que ser declarada por el Armador al momento de la nominación del buque, pero ésta no podría exceder los

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

USD 20.000 por día o pro rata y cualquier pérdida de tiempo cuya responsabilidad recaía en los Fletadores / Recibidores tenía que contar como laytime, y una vez expirado, como tiempo de demora.

K-Line nominó al buque granelero *Eternal Bliss* para la ventana de junio de 2015. El buque cargó 70,133 toneladas métricas de soja en Tubarao para su descarga en China. El 11 de junio de 2015, una vez completadas las operaciones de carga, se emitieron los respectivos conocimientos de embarque.

El *Eternal Bliss* arribó al fondeadero de Longkou y emitió *Notice of Readiness* (“NoR”) para la descarga a las 04:42 horas locales el 29 de julio de 2015. Debido a congestión en el puerto y falta de espacio de almacenaje en tierra para la mercancía, el buque permaneció en el fondeadero por unos 31 días, por lo que la descarga no pudo comenzar hasta el 30 de agosto de 2015.

Al momento de la descarga, se descubrió que la mercancía de la mayoría de las bodegas había sufrido daños por aglomeramiento y moho. Las operaciones de descarga concluyeron el 11 de septiembre de 2015 y, para que el buque pudiese zarpar de Longkou, el seguro del armador, China Reinsurance (Group) Corp. otorgó una Carta de Garantía (“LoU”) por US\$6 millones a favor de los consignatarios de la mercancía, Shandong Xian Chi Grain and Oil Company Ltd, a cambio de que los consignatarios no embargaran el buque.

Tiempo más tarde, K-Line liquidó la reclamación de los consignatarios de la mercancía y de sus aseguradores por US\$1,1 millones e inició un arbitraje en contra de Priminds reclamando daños y perjuicios o una indemnización con respecto a esa suma.

El único incumplimiento de Priminds aducido por el armador (aparte del de no indemnizar a K-Line) fue el de no descargar la mercancía dentro del tiempo establecido en la Cláusula 18. Las partes decidieron referir la cuestión de derecho al Tribunal Superior Inglés (*High Court*), quien debería resolver la cuestión como un asunto preliminar de acuerdo con la sección 45 de la Ley de Arbitraje de 1996.

Pregunta de Derecho

En el Tribunal Superior, el Juez procedió a decidir el asunto (entre otros) sobre la base de los siguientes puntos que habían sido aceptados por ambas partes:

- (i) El buque fue detenido en el puerto de descarga más allá del laytime estipulado, debido a la congestión en el puerto y a la falta de capacidad de almacenaje.
- (ii) En consecuencia, Priminds incumplió su obligación de descargar el buque dentro del laytime estipulado en el contrato.

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

a pérdida, daño o gastos sufridos por K-Line fueron consecuencia de su cumplimiento de las órdenes de Priminds de cargar, transportar y descargar la mercancía.

Las partes acordaron que la pregunta de derecho para determinación del Tribunal Superior fuese la siguiente:

“Cuando un buque fletado por viaje ha sido detenido en el puerto de descarga más allá del laytime, y ese retraso ha causado el deterioro de la mercancía y causado que el armador sufra una pérdida material (y, también incurrido en responsabilidad hacia terceros) ¿tiene derecho el armador a recuperar de los fletadores, además de cualquier suma pagadera en demora, aquella pérdida / daño / gasto en virtud de:

(a) Daños y perjuicios por el incumplimiento contractual del fletador de no completar la descarga durante el laytime permitido; y/o

(b) Una indemnización en respecto de las consecuencias de cumplir con las órdenes del fletador de cargar, transportar y descargar la mercancía?”

Sin embargo, Andrew Baker J reformuló la pregunta de la siguiente manera:

“Si los hechos son tal como han sido asumidos... con respecto al fletamento por viaje de la m.n. ‘Eternal Bliss’... ¿es el fletador responsable de compensar o indemnizar al armador en respecto de la pérdida, daño o gasto a los que se hace referencia en concepto de:

(a) Daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato de los fletadores de no completar la descarga dentro del laytime permitido;

(b) Una indemnización en respecto de las consecuencias de cumplir con las órdenes de los fletadores de cargar, transportar y descargar la mercancía?”

La decisión del Tribunal Superior

Es bien aceptado que las demoras son daños liquidados por incumplimiento de contrato. Sin embargo, en su decisión, el Juez Andrew Baker comenzó por preguntarse: “¿qué es lo que liquida la demora?”

El juez hizo referencia a la definición de demora hecha por Lord Brandon en *The Lips* [1987] 2 Lloyd’sRep 311:

“la demora es...una responsabilidad en daños a la que el fletador se hace sujeto, ya

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

que, al detener el buque más allá del laytime estipulado, el fletador se encuentra en incumplimiento de contrato. La mayoría, por no decir todos, los contratos de fletamento por viaje contienen una cláusula de demora que establece la tarifa diaria en virtud de la cual los daños por tal incumplimiento se deben cuantificar. El efecto de esa cláusula es liquidar la suma pagadera en daños y perjuicios.”

En la opinión del Juez, esta definición no asistía a ninguna de las partes.

Reidar v Arcos

Para alcanzar su decisión, el Tribunal analizó la jurisprudencia relevante. En *Reidar v Arcos* (1926) 25 L1L Rep 513 el buque “Sagatind” estaba fletado para transportar un cargamento de madera a Manchester en Inglaterra. El fletador se excedió del laytime estipulado en el contrato por lo que tuvo que pagar demora. Producto de la demora en el comienzo de la operación de carga, el buque no pudo cargar la misma cantidad de mercancía que inicialmente tenía intención de cargar. El buque tuvo que cargar la mercancía de acuerdo con el volumen de carga permitida en cubierta para la temporada de invierno, esto es, alrededor de un 30% menos de lo que se hubiese cargado si la operación de carga se hubiese realizado dentro de los *laydays*, donde aplicaba el volumen de carga permitida en cubierta para la temporada de verano. En virtud de lo anterior, el armador reclamó al fletador flete muerto, el cual fue concedido en Primera Instancia y en la Corte de Apelaciones.

Sin embargo, en la apelación, los tres jueces no se ponían de acuerdo sobre la manera de abordar el asunto. Por una parte, el juez Bankes LJ determinó que sólo había existido un incumplimiento de contrato; esto es, la falla de cargar la mercancía al ritmo estipulado en el contrato, pero, debido a que la pérdida de flete es una pérdida distinta de la demora, el armador tenía derecho a recuperar este tipo de pérdida también. Por otro lado, el juez Sargant LJ determinó que existían dos incumplimientos de contrato: el segundo, era la falla de los fletadores de cargar “la totalidad de” la mercancía (“*a full cargo*”). El debate se centró en si el tercer juez de la Corte de Apelaciones, Atkin LJ, estaba de acuerdo con Bankes LJ en que existía un solo incumplimiento, o, si concordaba con Sargant LJ en que existían dos.

De cualquier forma, y aunque Andrew Baker J reconoció que en el balance de las probabilidades Atkin LJ se inclinaba por el argumento de los dos incumplimientos, decidió que el hecho de que existieran dos incumplimientos distintos en *Reidar v Arcos* no quería decir que la conclusión de Bankes LJ en cuanto al alcance y efecto de la cláusula de demora era incorrecta, ni que de existir un solo incumplimiento la reclamación del armador no prosperaría.

Cabe resaltar que el desacuerdo sobre si había uno o dos incumplimientos de contrato distintos no significó que la reclamación del armador no prosperara, ya que todos los jueces

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

estuvieron de acuerdo en que la cláusula de demora no precluía la reclamación del armador por pérdida de flete.

La naturaleza de la demora

En su decisión, Andrew Baker J expresó la opinión de que a pesar de ser importante, el debate sobre *Reidar v Arcos* había distraído a las partes de los principios relevantes.

Explicó que, al acordar una tasa de demora, las partes están acordando la cuantía de la pérdida del armador por la pérdida de uso del buque para generar flete en un viaje futuro una vez el buque ha sido retrasado luego de la expiración del laytime y “nada más”. Cuando este retraso ocurre, la tasa de demora es la medida acordada y a la cual las partes se encuentran obligadas con respecto a la reclamación del armador por daños y perjuicios por la detención del buque. Sin embargo, la tasa de demora no afecta ninguna reclamación por tipos diferentes de pérdida, independientemente de la base de esa reclamación.

Andrew Baker J consideró la decisión de Potter J en *The Bonde* [1991] 1 Lloyd’s Rep 136, donde éste último decidió que, para recuperar daños adicionales a la demora, el armador debe demostrar que esa pérdida adicional no sólo es una pérdida distinta a la pérdida de uso, sino que también se originó del incumplimiento de una obligación adicional o independiente. Sin embargo, Andrew Baker J dijo que el razonamiento de Potter J en *The Bonde* partió del principio de que, si la mayoría en *Reidar v Arcos* era de la opinión de que habían existido dos incumplimientos, entonces el razonamiento de Bankes LJ era incorrecto – con lo que, de nuevo, Andrew Baker J no estuvo de acuerdo.

En este sentido, revocando la decisión ente Bondi, el juez decidió que, cuando un armador ha sufrido un tipo diferente de pérdida (que en este caso fue la responsabilidad incurrida frente a los dueños de la carga y a sus asegurados por daños a la mercancía), el mismo no necesita probar un incumplimiento de contrato adicional o distinto para poder prosperar en el recobro. En consecuencia, el armador, K-Line, pudo recobrar daños por las pérdidas sufridas en frente a los dueños de la carga por daños a la mercancía por USD 1,1 millones sin la necesidad de demostrar que el fletador había incurrido en otro incumplimiento de contrato adicional, más allá de haberse excedido del laytime permitido.

Dado que Andrew Baker J respondió la primera pregunta de derecho de manera afirmativa, ejerciendo la discreción a la cual tenía derecho, decidió que no era necesario contestar la segunda pregunta.

“Reclamaciones por daños y perjuicios por la detención del buque al momento de la carga o la descarga más allá del pago de demoras. El “Eternal Bliss””
por **Turnbull Elizabeth**

COMENTARIOS.

La decisión es considerada una de las decisiones más importantes sobre la interpretación de contratos de fletamento en los últimos tiempos y, como era de esperarse, ha sido bienvenida por los armadores.

En virtud de la decisión, un armador no tiene que establecer un incumplimiento del contrato de fletamento adicional o distinto para poder recuperar un tipo de pérdida diferente causada por la falla del fletador de cargar o descargar la mercancía dentro del *laytime* permitido.

Sin embargo, tal como lo anticipó Andrew Baker J en su decisión, el asunto deberá ser resuelto por la Corte de Apelaciones en una audiencia que se espera a mediados del 2021.



Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree

Katerina Vuskovic ⁴⁸⁰
PERU

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

En un contexto marcado por la crisis desencadenada por la pandemia del COVID-19, el gobierno peruano, al igual que la mayoría de gobiernos del mundo, dictó una serie de dispositivos legales que buscaban mantener las operaciones logísticas y el abastecimiento de artículos de primera necesidad para evitar, además de la crisis sanitaria, una crisis social por falta de provisión de medicinas, víveres y todo lo relacionado a proveer insumos y/o alimentos de la manera más oportuna y en la forma que la crisis lo permitiera.

Entre estos dispositivos, se dictó la Ley 31011 que delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diversas materias para la atención de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. En tal sentido, los numerales 8, 9 y 10 del art. 2° de la Ley 31011 se refieren a la continuidad de la cadena logística y sus actividades conexas; a la protección de los sectores productivos, extractivos y de servicios; al fomento de la libre competencia y la protección del derecho de los consumidores; así como también a la reactivación económica.

También habría que señalar que la declaratoria del estado de emergencia se determinó a través de normas sucesivas del mismo rango que establecieron que las actividades indicadas en el párrafo anterior, por el art. 4° de la R.M. 232-2020-MTC/01.02 y su modificatoria, están permitidas por estar exceptuadas de las medidas del estado de emergencia, incluyendo el horario de inmovilización social obligatoria. Y, asimismo, que el transporte de carga y mercancías en todas sus modalidades, así como sus actividades conexas, son actividades esenciales y forman parte de la cadena logística de comercio exterior, cuyo flujo debía ser salvaguardado.

De esa manera se buscaba asegurar la continuidad de la cadena logística del comercio exterior, y por ello era también pertinente dictar las medidas que promovieran una relación jurídica transparente y de equilibrio en la contratación del servicio de transporte marítimo de mercancías, que brinde al dueño de la carga, o consignatario, la seguridad y certeza del costo de los servicios que conforman el contrato de transporte marítimo de mercancías.

También señalaba la citada norma, que era prioridad del Estado reactivar el desarrollo de la cadena logística de comercio exterior. Para esto, se buscaba determinar el alcance del servicio del transporte marítimo con el propósito de garantizar los principios de transparencia en la estimación de los costos, reducir la asimetría de la información entre los operadores que participan en la cadena logística de comercio exterior, y promover la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

Es así que el 10 de mayo del 2020 se dictó el Decreto Legislativo 1492 que aprobó las

⁴⁸⁰ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM Soton. Presidente del Insitituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Marítimo.

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

disposiciones necesarias para la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior. Dicha norma, cuyo fin era positivo y que tenía muchos aspectos rescatables, en algunos puntos se alejaba de su objetivo, buscando promover en los operadores locales transparencia, seguridad y certeza respecto de los costos por servicios brindados a la carga; cuestión algo alejada del objeto del contrato de transporte marítimo, que se intentaba regular en dicha norma. Esto debido a que creemos que los costos de los servicios que conforman el transporte marítimo (según los considerandos del D.L. 1492) se contratan, generalmente, en el extranjero, y se vinculan con el conocimiento de embarque, el cual acredita la existencia del contrato de transporte del art. 1° (literal b) de las Reglas de la Haya.

La mencionada norma establecía disposiciones que permitirían la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones vinculadas a la cadena logística de comercio exterior, afectada como consecuencia de la emergencia sanitaria producida por el COVID-19. Era también la finalidad de la misma, según lo regulado en su art. 2°, promover y asegurar la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior, vinculadas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga desde o hacia el país; lo cual incluía la prestación de servicios de transporte de carga y mercancías vinculados a la cadena logística de comercio exterior, en todos sus modos, así como las actividades conexas al mismo, conforme a lo estipulado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones; procurar la digitalización de los documentos y procesos de las entidades públicas y privadas, para optimizar el tiempo de las operaciones, prevenir y reducir el riesgo de contagio del personal que presta servicios en toda la cadena logística y brindarle mejores condiciones de salubridad; y, finalmente, garantizar la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística de comercio exterior, la cual se había visto afectada a consecuencia de la emergencia sanitaria nacional ocasionada por el COVID-19.

Como podemos apreciar, en los artículos 1° y 2° del D.L. 1492, el objeto de la norma es la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones; y en concordancia con ello, se habría de garantizar la transparencia en los costos de los servicios de la cadena logística. Al respecto, se dice que esta transparencia se ha visto afectada por la emergencia sanitaria nacional consecuencia del Covid-19. Sin embargo, aunque garantizar la transparencia es un fin loable, consideramos que el Estado no se debe inmiscuir en la relación entre privados que regulan una actividad como el transporte de mercaderías por mar, y que regulan sus precios de manera independiente según el libre mercado de oferta y demanda.

Subrayamos el hecho que el gobierno peruano afirma en estos considerandos que la emergencia sanitaria ha afectado la transparencia en los costos. Sin embargo, no entendemos dicha supuesta afectación, ya que justamente el tema de la prestación de estos servicios, como cualquier otro, se ha adecuado al mercado generado por la crisis. Es así que, al inicio de

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

la cuarentena, cuando escaseaban artículos de primera necesidad o de protección sanitaria, los precios sufrieron un alza considerable originada por dicha escasez.

De otro lado, buscando que la reactivación que se pretende se haga llegar a la mayor parte de los principales integrantes de la cadena logística, el D.L. 1492 establece que su aplicación corresponde también a las entidades públicas competentes, los operadores de comercio exterior, y los operadores que conforme a la Ley General de Aduanas D.L. 1053 vienen a ser las personas naturales o jurídicas autorizada por la administración aduanera.

El D.L. 1053 precisa en este aspecto que es operador interviniente el importador, exportador, beneficiario de los regímenes aduaneros, pasajero, administrador o concesionario de las instalaciones portuarias, aeroportuarias o terminales terrestres internacionales; el operador de base fija, laboratorio, proveedor de precinto, y, en general, cualquier persona natural o jurídica interviniente en un régimen o trámite aduanero, o en una operación relacionada a aquellos, que no sea operador de comercio exterior. De esta forma puede distinguirse su vinculación a la cadena logística de comercio exterior.

Regresando al D.L. 1492, la declaración que prioriza la continuidad y la eficiencia de las operaciones logísticas de comercio exterior, referidas al ingreso y salida de mercancías y medios de transporte de carga, establece que las autoridades, asegurando las medidas sanitarias que al efecto resulten competentes, deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la atención de los procedimientos administrativos para expedir autorizaciones, o realizar inspecciones, para el ingreso y salida de mercancías desde o hacia el territorio nacional, por puertos, aeropuertos y puntos de frontera habilitados, utilizando medios electrónicos.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos, más que reconocidos y justificados por el estado de emergencia, el Estado peruano no ha conseguido definir claramente la razón, porque no hay más que una, por la que optó denunciar el Convenio de 1924.

Así, sólo dos días después de la promulgación del D.L. 1492, el gobierno peruano, sin ningún aviso ni justificación, procedió a promulgar el 12 de mayo de 2020 el Decreto Supremo 012-2020 REE mediante el cual se denunciaba el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque de 1924, conocidas mundialmente como Reglas de La Haya.

Aquí hay que señalar que la poca claridad en la manera como se ha abordado el tema no consigue mitigarse por la intención de transparentar los costos logísticos. Es un tema delicado, por no decir bastante delicado, pretender conocer de un negocio tan sensible, como el del transporte marítimo, uno de sus mayores secretos industriales, sino el más grande. Creemos no equivocarnos si pensamos que ninguna empresa estará dispuesta a revelarlos solo porque la ley peruana lo establece.

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

Hay muchas predicciones que pueden hacerse respecto de las consecuencias directas e indirectas de la norma respecto al comercio exterior peruano; sobre todo al ir contra aquello que es objeto de la norma: rehabilitar, reactivar y dar continuidad a las operaciones de la cadena logística. Pero, además, hacerlo prescindiendo del documento que acredita el contrato de transporte, exigiendo por decreto que los costos logísticos se hagan transparentes, es, por decir lo menos, bastante aventurado en nuestra opinión.

Y es que declarar prioritarias la reactivación, continuidad y eficiencia de las operaciones logísticas del comercio exterior no estimamos sea razón suficiente para denunciar el convenio internacional. Más aún, cuando el único pretexto para la denuncia, según el decreto supremo, es por convenir a los intereses del Perú.

En cuanto a la necesidad de establecer, hoy más que nunca, que las entidades públicas exijan o generen documentos, o información relacionada a los procesos vinculados a la cadena logística de comercio exterior, es casi una cuestión determinante de sobrevivencia, en un mercado donde la mínima diferencia puede llevar a los representantes de las navieras a considerar opciones portuarias o de recaladas alternas en la costa oeste latinoamericana.

No hay que olvidar que la crisis sanitaria exigió a los servicios de transporte de carga y mercancías automatizar sus procesos, sustituir la documentación física por la digital, así como el intercambio de datos entre las partes implicadas, para con ello buscar evitar que las personas se trasladen hacia o desde puntos diferentes en el país. Pero lo cierto es que también se hizo evidente que se está a la zaga, frente a competidores portuarios más serios y comprometidos, que no intentan acceder a cierta información reservada de los operadores.

Damos por hecho que los traslados en las ciudades han sido y, al parecer, seguirán siendo algo inevitable. Por lo tanto, impedir la propagación de la enfermedad es hoy determinante, y es por ello que las normas alientan a optimizar el uso de recursos públicos y a disminuir los costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior. Esto último, al parecer, habrá de lograrse casi por la fuerza, y así también se hará que la presentación física de los documentos sea, poco a poco, excepcional, tal como está ocurriendo a nivel mundial. Ya antes, la digitalización era un tema que cada vez tomaba más fuerza y necesidad; sin embargo, con la pandemia se ha convertido en esencial.

Las consideraciones anteriores nos pueden llevar a entender que, en algún momento, se produjo un alza considerable en los costos de las operaciones logísticas en el país. Pensamos que sería aquella la única forma de interpretar el origen del D.L. 1492; sin embargo, aquello tampoco justificaría la denuncia del convenio.

Respecto a la digitalización de procesos y trámites logísticos del sector privado, se ha establecido que los operadores de comercio exterior deberán incorporar el uso de todos aquellos medios electrónicos que su actividad requiera, hasta completar el espectro logístico

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

y una óptima eficiencia. Sobre este tema, es conocido que, en otras latitudes y en parte de la nuestra, ya forman parte del quehacer diario las versiones digitales de los conocimientos de embarque (B/L). En este mismo sentido, se deberá incorporar al servicio que brinden los operadores en sus procesos, al menos progresivamente, los sistemas de intercambio de datos o mecanismos electrónicos alternos necesarios para la validación de documentos y/o información.

Recordemos que el objeto del uso del documento electrónico es el evitar el desplazamiento de personas, y evitar así el riesgo de contagio del COVID-19; así como disminuir costos de transacción involucrados en las operaciones de comercio exterior como consecuencia de la pandemia; siendo excepcional, como mecanismo de contingencia, el uso de papel. Así, se traslada al reglamento del decreto la implementación progresiva de esta medida por cada operador. También, el decreto precisa que las navieras o sus representantes deberán implementar mecanismos electrónicos para los procesos y/o trámites indispensables para el comercio exterior, como para el recojo y/o devolución de contenedores o equipos.

Sabemos que las características de la operatividad marítimo-portuaria son esencialmente complejas, y tan o más engorrosa que la entrega de la mercancía en puerto es la gestión de la devolución de los equipos que sirven para la conservación y protección de aquella que es objeto de transporte. Por esta razón esencial, la dinámica para facilitar los trámites que el D.L. 1492 denomina “recojo y devolución” hace mucho tiempo que se realiza en su totalidad por medios electrónicos, y la razón es elemental: las consecuencias operativas en caso de extravío, daño o demora de un equipo, pueden incluso afectar el embarque de mercancías en el puerto de la siguiente recalada donde por medios electrónicos han previsto el arribo del contenedor.

Vemos como el desarrollo y el esfuerzo conjunto de navieros, agencias marítimas, representantes portuarios, e incluso de los depósitos temporales (antes terminales de almacenamiento en la ley peruana), ha hecho posible y factible que desde hace décadas los clientes o usuarios de los servicios marítimos puedan retirar su carga y que, atendiendo los costos que aquello implique, sea el representante de la nave en puerto quien se haga cargo de la gestión complementaria de devolución del equipo y la puesta a disposición del naviero (numeral 7.2 del art. 7° del D.L. 1492). Por otro lado, el mismo requerimiento del numeral 7.2 lo efectúa el 7.3, en cuanto a no requerir de la presentación física del conocimiento de embarque (B/L). Sobre este punto, el Estado peruano parece carecer del peso de una buena razón para denunciar el Convenio de 1924; ya que la solución al dilema es en extremo sencilla y se funda justamente en las exigencias de los numerales antes resaltados (el 7.2. y el 7.3), pues lo que debería exigirse es una solución electrónica para el conocimiento de embarque.

Lo cierto es que las naciones más prósperas y adelantadas, en medio del inconveniente

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

mundial que la pandemia supone, han desarrollado soluciones al respecto, y prueba de ello es que en la línea naviera ONE (Ocean Network Express), integrada por K-Line, MOL & NYK, opera desde abril de 2020 el conocimiento de embarque electrónico sin que el gobierno de Japón haya denunciado el Convenio de La Haya, suscrito por ellos en 1957.

Merece una mención aparte que el D.L. 1492 (que se ocupa específicamente de la materia) propone un “proyecto de reglamento”,⁴⁸¹ elaborado y publicado por el MINCETUR,⁴⁸² el cual no se refiere en ninguno de sus artículos al conocimiento de embarque electrónico, como sería una lógica consecuencia a los considerables avances y propuestas plasmados en el decreto.

Adicionalmente, el proyecto del MINCETUR consigna en su artículo 12° lo referido al denominado “módulo de intercambio de información entre operadores de comercio exterior”, pero se remite a los artículos 7° y 9° del decreto para tratar el delicado tema del conocimiento de embarque, dado que no se ha establecido con meridiana claridad si este habrá de digitalizarse. Tampoco se detalla el modus operandi del llamado desglose de un conocimiento de embarque, de manera que, lejos del propósito de la norma de intentar clarificar los costos de transacción o de aquellos que componen e integran la actividad de comercio exterior, se desatiende al usuario final quedando casi obligado a sufragar cualquier posible sobre costo en el camino hacia la entrega de mercancía de su propiedad.

Prueba de ello es la propuesta que los servicios y demás conceptos prestados por el transportista, o por terceros en nombre de este, sean pagados por el dueño o consignatario siempre que se encuentren comprendidos en el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías. Habrá que esperar a que las buenas prácticas comerciales además de la versión peruana electrónica del conocimiento de embarque ponderen “los servicios y demás conceptos” donde aquellas facilitarán que los dueños o consignatarios cumplan con sus obligaciones, evitando la exigencia de los transportistas o sus representantes.

Queda entonces establecido por el artículo 8° que el MINCETUR coordina con el MTC⁴⁸³, y este a su vez con las entidades públicas y privadas, respecto del intercambio o validación de datos y documentos que se produzcan entre aquellas y los operadores de comercio exterior u operadores intervinientes de aquellos que desarrollen por medios electrónicos y haciendo uso intensivo de la VUCE (Ventanilla Única de Comercio Exterior).

⁴⁸¹ Proyecto de reglamento hecho público mediante Resolución Ministerial 102-2020-MINCETUR del 19 de junio de 2020.

⁴⁸² Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

⁴⁸³ Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

Lo relativo al detalle operativo, considerado y expuesto por el artículo 9°, lo estimamos estructurado y en consonancia con lo que prevé el D.L. 1053, Ley General de Aduanas. Sin embargo, alejándose del tema de control que supone el campo aduanero, al parecer se ha establecido una nueva autoridad, o una delegación de facultades, cuando se le otorgan capacidades administrativas de fiscalización y de sanción al MINCETUR, vía el artículo 10° del D.L. 1053. Incluso se establecen infracciones sancionables vía reglamento, lo que es anti técnico para los operadores de comercio exterior, las navieras o sus representantes, precisándose, inclusive, que el incumplimiento de lo previsto configura infracciones administrativas sancionadas (sic) con multas por montos (sic) de hasta diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT),⁴⁸⁴ señalándose (o confirmándose) que los procedimientos de fiscalización y sanción serán regulados vía decreto supremo emitido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

En cuanto a la transparencia de la (que debería de ser: en la) cadena logística de comercio exterior, creemos que el artículo 11 ° del D.L. 1492 va más allá de lo que estipula el contrato; esto es, incluir todos los servicios, operaciones, gastos administrativos y cualquier costo o gasto conexos (sic) o complementarios (sic), así como cualquier concepto relacionado al servicio principal de transporte que resulten (sic) necesarios (sic) para la entrega de la carga, o prestados (sic) por terceros (sic) en su nombre, al dueño, consignatario, con excepción de aquellos servicios solicitados expresamente de manera adicional por el usuario que resulten necesarios para que se efectúe la entrega de la carga, los cuales forman parte del referido contrato. Además, todos los servicios deben estar consignados en el documento de transporte, salvo aquellos solicitados de manera adicional.

Como podemos ver, tal y como lo propone la norma, lejos de proteger al usuario se le expone innecesariamente a ignotas negociaciones que en su nombre y/o representación podrían decidir o elegir a su arbitrio al intermediario, o quien lo represente, en el país exportador, con lo que, concluida la negociación en su nombre, no tendrá más que aceptar las condiciones y/o servicios a la carga ofrecidos. A esto se añade que, en los hechos, la propuesta es complicada de implementar, por cuanto el mercado nacional de servicios a la carga es disperso, y con una tasa de informalidad considerable, especialmente en lo referido al transporte terrestre de contenedores entre puertos.

Correspondiente con lo anterior, pero en franco retroceso, es la fórmula propuesta para el pago, donde indica que deberán atenderse aquellos conceptos necesarios para la entrega. Si tenemos en cuenta la gama de servicios complementarios o conexos a la carga (necesarios

⁴⁸⁴ Para el año 2020 la Unidad Impositiva Tributaria en el Perú fue fijada en 4,300 soles, lo que equivale aproximadamente a 120 dólares americanos.

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

e indispensables para la entrega), y se alude al artículo 11° para señalar que el usuario (no se precisa si intermedio o final) no está en la obligación de pagar aquellos que no contrató con el transportista, se estará frente a un auténtico problema para determinar responsabilidades, dado que la travesía marítima implica demasiados riesgos e imprevistos que podrían afectar al contrato, por lo que si el porteador toma decisiones para la conservación de la carga en un supuesto de lo más elemental aquellas no serían reembolsadas en el supuesto que el destino final de la carga sea el Perú, para referirnos al menos complicado de los casos.

Ahora bien, lo que el artículo 13° del D.L. 1492 prevé; esto es en cuanto al lugar de entrega de la mercancía, porque el aludido menciona: “al terminal correspondiente”, es preciso indicar que ninguna nave arriba a un terminal. Aquí salvó la situación la redacción más técnica del reglamento, que interpretando al citado señala que en caso el dueño, consignatario de la carga, designe en el documento aduanero correspondiente un lugar de entrega distinto al señalado en el conocimiento de embarque, los servicios y gastos originados por el traslado a dicho lugar son asumidos por el referido dueño, consignatario. Por ello es que el artículo 106° de la Ley General de Aduanas señala que el transportista, o su representante, entrega las mercancías en el punto de llegada, sin la obligatoriedad de su traslado temporal a otros recintos que no sean considerados como tales; y la responsabilidad aduanera del transportista o su representante cesa con la entrega de las mercancías al dueño o consignatario en el punto de llegada.

Finalmente, lo ordenado por las disposiciones complementarias modificatorias del D.L. 1492 reitera el establecimiento del ente fiscalizador y sancionador para los operadores de comercio exterior previstos en la Ley 28977 (Ley de Facilitación del Comercio Exterior). Es así como se establece que respecto de los operadores (almacenes y depósitos aduaneros), constituyen infracciones sancionables por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo no remitir y/o no actualizar la información que debe ser publicada en el módulo de información del referido ministerio. Para esto, el MINCETUR realiza la actividad de fiscalización a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de los operadores previamente señaladas.

Al momento de escribir estas líneas, el reglamento del DL 1492 aun no ha sido promulgado. Esperemos que se corrijan algunos de los puntos que hemos discutido en estas líneas.

La denuncia y los escenarios:

Hemos realizado una sucinta revisión del D.L. 1492 al ser, en nuestro parecer, la principal causa de la denuncia de las Reglas de La Haya. Así, el decreto legislativo revisado en las páginas anteriores debería haber establecido las bases para la publicación del D.S. N° 012-2020-RE, publicado el 12 de mayo de 2020. Conforme a lo que el decreto indica, convendría a los intereses del Perú denunciar la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque de agosto de 1924, haciendo notar que la denuncia de los tratados, conforme al artículo 57° de la Constitución peruana, es potestad del presidente de la República y, al no encontrarse sujeto este tratado a la aprobación del Congreso, la denuncia no requiere de su conformidad.

Como se ha explicado, la denuncia se produjo sin mayor discusión ni información, por lo que consideramos que la denuncia de un convenio internacional sin el necesario debate e inclusión de los gremios navieros y cargadores, logísticos, y la academia nos ha llevado a un estado de incertidumbre sobre las intenciones del gobierno peruano.

Como se sabe, en cuanto al procedimiento para la denuncia en sí, el Perú debería alcanzarla al gobierno belga por los canales diplomáticos. De esta forma, éste emite una copia certificada para notificarla a los demás Estados firmantes, comunicándoles la denuncia presentada, y sus efectos se producirán únicamente respecto del Estado que la notificó, al término de un año posterior a la fecha en que se alcanzó.

Al momento de redacción de estas líneas, en octubre 2020, hemos recibido la confirmación que, lamentablemente, la denuncia a las Reglas de La Haya ya fue depositada ante el gobierno belga el 19 de mayo, siendo entonces que desde el 20 de mayo de 2021 el Perú pasará a engrosar la lista de Estados que han denunciado dicho tratado. Sin embargo, la mayoría de denuncias de dichas reglas se han debido a que los Estados ratificaron otras convenciones, mientras que en nuestro caso puntual aún no hay nada claro en cuanto a la ratificación de algún otro convenio; y así se tomase la decisión prontamente, las convenciones internacionales establecen un plazo para entrar en vigencia: por ejemplo, las Reglas de Hamburgo de 1978 contemplan un año después del depósito de la ratificación para entrar en vigencia, por lo cual existiría un periodo de incertidumbre para el sector.

Es penoso constatar que a pesar que las Reglas de La Haya fueron aprobadas en el Perú mediante Resolución Suprema N° 687 del 16 de octubre de 1964, y que entraron en vigencia en nuestro país el 29 de abril de 1965, siempre ha existido un desconocimiento de sus alcances y aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, buscando circunscribirlas solo a temas aduaneros o portuarios. Es quizás por ello que el gobierno, ante la promulgación del D.L. 1492 (que trata básicamente sobre temas operativos, logísticos y aduaneros), lo ha considerado contrario al convenio. Consideramos también que dicho desconocimiento es el que ha llevado al gobierno a denunciar una convención internacional que creaba un marco jurídico que brindaba cierta estabilidad a nuestro arcaico derecho marítimo.

En efecto, en el Perú sigue en vigencia el Código de Comercio de 1902, cuyo libro tercero trata “Del Comercio Marítimo”, y es prácticamente el único libro (capítulo) sobreviviente de un código casi derogado en su totalidad por otros códigos o leyes posteriores. También, cabe precisar que dicho código está basado en el código español de 1885, que a su vez estuvo basado en el Código de Comercio Napoleónico de 1807; y si seguimos hacia atrás,

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

este a su turno se basó en las Ordenanzas de Colbert de 1681. En base a esto podemos concluir que definitivamente nuestro ordenamiento en materia marítima tiene sus referentes en siglos pasados y realidades totalmente distintas a la actual, donde ni se soñaba que la mayoría de carga a nivel mundial se movilizara mediante contenedores, ni que se utilizaría el intercambio electrónico de datos, asistencia de navegación como el GPS, etc.

No podemos dejar de mencionar importantes intentos de modificación y modernización de la ley local, que si hubiesen sido exitosos hubieran hecho que la denuncia de las Reglas de La Haya no hubiese tenido tantas consecuencias negativas. Queremos mencionar dos de dichos intentos: El primero fue en 1988, con el proyecto de sustitución del Libro Tercero del Código de Comercio elaborado por la Asociación Peruana de Derecho Marítimo e impulsado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); y el último intento fue el proyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo de 1999, el mismo que duerme el sueño de los justos en un cajón olvidado del Congreso de la República. Aquí cabe resaltar que dicho proyecto fue redactado por un grupo de connotados especialistas en derecho marítimo y comercial y buscó, además de modernizar las normas marítimas locales, reflejar la novel convención, en esa época, llamada Reglas de Hamburgo.

Hay que tomar en consideración que, desde ese último intento normativo, otro convenio internacional muy importante vio la luz, luego de 13 años de discusión, en el seno de UNCITRAL y el CMI (Comité Marítimo Internacional). En 2008, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional publicó el Convenio de Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, conocidas mundialmente como Reglas de Rotterdam y firmadas en dicha ciudad en septiembre de 2009. Ciertamente, se trata de un marco normativo uniforme que busca el equilibrio entre los distintos actores del comercio marítimo y que dado el transcurso de los años aborda de manera más completa y moderna todos los aspectos y actores del transporte marítimo. Sin embargo, a la fecha dicho convenio no cuenta con el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor, pero bien vale un análisis y discusión del mismo en nuestro país.

Como es sabido, las reformas normativas y adopción de convenios internacionales toman años de discusión, estudios y debates, con miras a entender y adaptar normas a la realidad de los países. Es por ello que la crítica y preocupación del medio académico peruano ha sido en este sentido.

Esta situación ante la que nos encontramos con la denuncia de las Reglas de La Haya, ciertamente va originar mayores costos a un sector ya afectado por la coyuntura actual, ya que la reacción natural de los navieros o transportistas va a ser el incremento de los fletes y consecuentemente también el incremento de seguros, aumentando los costos ya altos que venían enfrentando los consumidores finales. Así, si la intención primaria de los legisladores

“Perú: el decreto legislativo 1492 y la denuncia del convenio para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque - Reglas de La Haya de 1924 mediante d.S. N° 012-2020-rree”
por **Vuskovic Katerina**

fue reducir costos creeríamos que ocurrirá lo contrario.

Luego de transcurridos algunos meses desde la denuncia (mayo a octubre), y sin tener una posición clara y oficial del gobierno, solo nos queda adivinar que su intención podría ser la de ratificar las Reglas de Hamburgo. Sin embargo, nuestra recomendación, de ser esa la intención del gobierno, es iniciar el debate académico y formar mesas de discusión y diálogo con todos los sectores involucrados para llegar a una toma de decisión basada en un análisis exhaustivo de argumentos a favor y en contra de ratificar las Reglas Hamburgo.

Mientras esta discusión y diálogo se realiza, en mi humilde opinión, el gobierno aún podría retirar la denuncia ante el gobierno belga antes de que surta efecto, y así plantear un auténtico debate sin las presiones ni incertidumbres que se ha desatado debido a su decisión.

Es entonces primordial abrir el debate y discusión, y desde el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, que presido actualmente, nos sentimos comprometidos con dicha labor académica, para lo que se están organizando foros y seminarios vía internet, con la participación de especialistas mundialmente reconocidos y con el aval y participación del CMI y de UNCITRAL.

Creemos que con un mayor debate y discusión creemos que las autoridades responsables podrán tomar una decisión más informada, que ponga los intereses de nuestro país como prioridad. Así, hacemos votos para que la denuncia de las Reglas de La Haya sea el incentivo que nos hacía falta para iniciar la ansiada modernización de nuestro vetusto derecho marítimo.



Una Publicación del Instituto
Iberoamericano de Derecho Marítimo
Rama Argentina

www.iidmaritimo.org