

Derecho Marítimo

Problemática y aportaciones

 **SABATINO
PIZZOLANTE**
Est. 1975

 **ANIVERSARIO**

Derecho Marítimo

Problemática y aportaciones



Puerto Cabello
2026

TÍTULO: *Derecho Marítimo. Problemática y aportaciones.*

Colaboradores: *Ioán Darío Sabatino Pizzolante, José Alfredo Sabatino Pizzolante, Maribel Sabatino Baute, Benjamín Moisés Cordero Cote, Irina Audrey Ramírez Araya.*

Revisión de textos: *Maribel Baute de Sabatino.*

ISBN: 978-980-18-7948-0

Depósito Legal: CA2026000015

Diseño Cubierta: Miriam Ríos

Diagramación y montaje electrónico: Miriam Ríos

Contenido

LA FIRMA	9
PRÓLOGO	21
PREFACIO	27
Capítulo I	
La Jurisdicción Acuática	31
<i>Iván Darío Sabatino Pizzolante</i>	
Capítulo II	
El Arbitraje en Venezuela, actualidad y desafíos	41
<i>Iván Darío Sabatino Pizzolante</i>	
Capítulo III	
El Arbitraje Venezolano en contratos de transporte de mercancías por agua: ¿incompatible con la inderogabilidad de la jurisdicción?	67
<i>Benjamín Moisés Cordero Cote</i>	
Capítulo IV	
La Cláusula de Jurisdicción en el Contrato de Fletamento, a la luz de la Legislación Venezolana	73
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	
Capítulo V	
El SEA WAYBILL en Venezuela ¿un problema de interpretación jurídica?	93
<i>Benjamín Moisés Cordero Cote</i>	

Capítulo VI

Puerto y muelle seguro. Alcance y naturaleza de la garantía en los contratos de fletamento. Su aseguramiento	109
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo VII

Daños a la infraestructura portuaria e instalaciones fijas por buques (<i>Comentarios a los artículos 334 y 335 de la Ley de Comercio Marítimo venezolana</i>)	121
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo VIII

La recepción y entrega de mercancías en puertos venezolanos (<i>Una revisión del tema a la luz de la legislación acuática y aduanera vigentes</i>)	139
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo IX

Permanencia del contenedor en territorio nacional y multa aduanera	169
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo X

Multas aduaneras aplicables al transportista marítimo, por faltantes y sobrantes de mercancía	195
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo XI

Multas por faltantes y sobrantes de mercancía aplicables al porteador, bajo la Legislación Aduanera Venezolana (<i>Breves comentarios sobre una sentencia</i>)	221
<i>José Alfredo Sabatino Pizzolante</i>	

Capítulo XII

Los contratiempos del contenedor en Venezuela	243
<i>Benjamín Moisés Cordero Cote</i>	

Capítulo XIII

Las embarcaciones de recreo: algunos riesgos a considerar	247
<i>Benjamín Moisés Cordero Cote</i>	

Capítulo XIV

- Responsabilidad de las terminales portuarias y el convenio de operadores de transporte internacional 1991. Evolución de la cláusula “Himalaya”251
José Alfredo Sabatino Pizzolante

Capítulo XV

- La evaluación de los riesgos de transporte en los vehículos autónomos271
José Alfredo Sabatino Pizzolante

Capítulo XVI

- Acción directa contra los clubes de P&I y la regla “Pay to be Paid”291
Maribel Sabatino Baute

Capítulo XVII

- La cláusula de ley aplicable en el contrato de seguro de carga, según las cláusulas del instituto asegurador de Londres309
Irina Audrey Ramírez Araya

Capítulo XVIII

- Convenios internacionales aplicables a la medicina marítima en Venezuela323
Iván Darío Sabatino Pizzolante

Capítulo XIX

- Los desafíos del límite de azufre 2020335
Maribel Sabatino Baute

Capítulo XX

- El límite de azufre del combustible en el transporte marítimo: su implantación y estado actual en Venezuela339
Benjamín Moisés Cordero Cote

Capítulo XXI

- El Derecho Marítimo Venezolano: Comercio e Institucionalidad 363
Iván Darío Sabatino Pizzolante

*E*stablecida hace cinco décadas, Sabatino Pizzolante es, hoy por hoy, una reconocida firma de abogados dedicada al negocio marítimo, portuario y comercio internacional, que atiende el mercado venezolano y mantiene estrecha relación con importantes firmas legales y agencias internacionales especializadas en el extranjero. Su experticia abarca el área corporativa, del transporte y seguro marítimo, responsabilidades de los operadores portuarios, reclamos marítimos en general y proyectos que por su naturaleza requieren de una asistencia especializada y visión integral. Mantiene vínculos con Consultores Marítimos Asociados, C.A., su firma técnica, concepto materializado luego de analizar cuidadosamente las necesidades de la comunidad marítima respecto de los servicios legales, inspecciones e investigaciones. También con Globalpandi, S.A. que actúa exclusivamente como Corresponsal de P&I y representante de otros aseguradores internacionales.





Maribel Baute de Sabatino

Consultor Médico



Oswaldo Guerreiro

Consultor Náutico y Portuario



Elba Colina

Asistente Administrativo



Eneida Juárez

Administradora



Pierina Revilla

Asistente Administrativo



Ana Martínez

Recepcionista

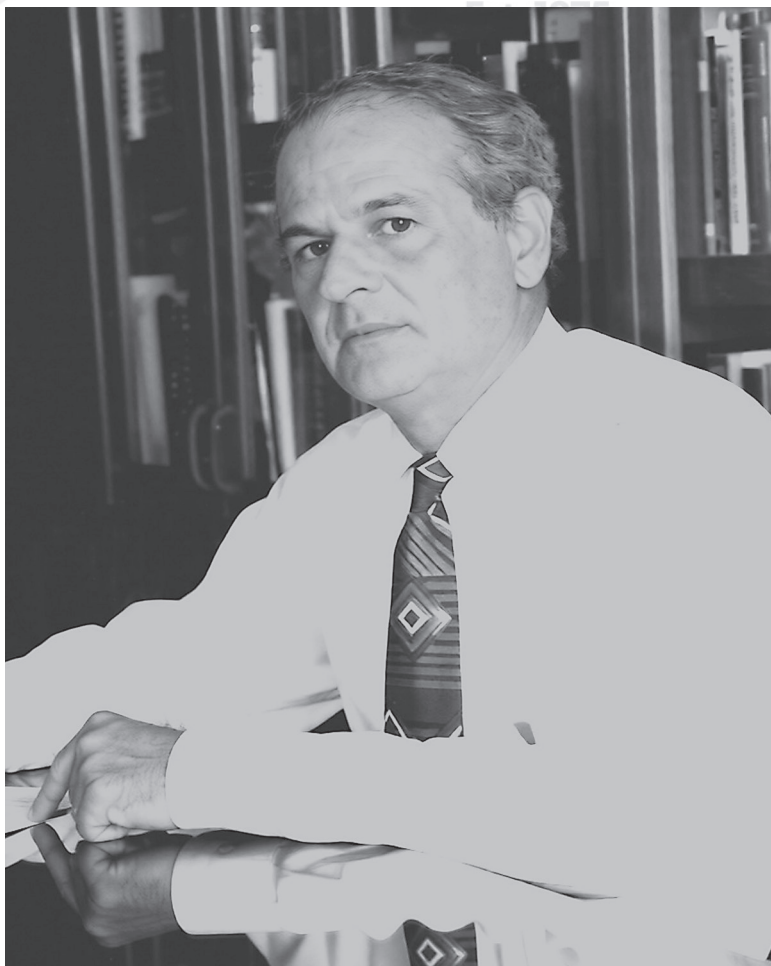


Haydeé Rodríguez

Servicios Generales

ORLANDO SABATINO PIZZOLANTE (1948-2003)
SOCIO FUNDADOR

SABATINO
PIZZOLANTE



Orlando Sabatino Pizzolante nació en Puerto Cabello, estado Carabobo, destacado abogado, periodista y promotor cultural. Cursó estudios de Derecho en la Universidad de Carabobo, donde obtuvo el título de abogado. Desde joven mostró un marcado interés tanto por las leyes como por la comunicación social y la historia local,

formación integral que más tarde le permitiría contribuir en múltiples ámbitos de la sociedad porteña.

En el ejercicio profesional del Derecho, desarrolló una dilatada carrera. Fue fundador de la firma Sabatino Piz-zolante, establecida a principios de 1975, dedicada en sus inicios a los asuntos civiles y mercantiles, siendo abogado de diversas empresas del sector comercio, Consultor Jurídico del Destacamento No. 25 de la Guardia Nacional y de Seguros Caracas, entre otras.

Su liderazgo y desempeño como abogado trascendió el ámbito privado, participando activamente en los asuntos gremiales, promoviendo la creación y consolidación de la delegación del Colegio de Abogados en Puerto Cabello, junto a otros juristas de la ciudad, realizando una destacada labor como su Presidente en los inicios de esa entidad gremial, logrando la creación del Registro Mercantil Tercero en nuestra ciudad, entre otras iniciativas.

Junto a su ejercicio profesional como abogado, también tuvo una distinguida trayectoria en el periodismo, especialmente a través de la radio. Fue pionero de la radiodifusión moderna en Puerto Cabello durante la década de 1970, formando parte del grupo de comunicadores que modernizó la radio local en esos años. Su nombre se hizo conocido gracias al programa radial de opinión “Algo Más”, que condujo por más de treinta años ininterrumpidos en la emisora “Ondas del Mar”, en la que entrevistó a destacadas figuras locales y nacionales, especialmente del mundo político, analizando temas de interés público, convirtiéndose en una respetada y cercana voz para la comunidad. Su programa alcanzó gran popularidad y prestigio, gracias al estilo inteligente, ameno y a la vez riguroso de su conductor dándole cabida a todos los sectores. Se identificaba al aire simplemente como “Orlando Sabatino P.”, y con ese sello personal logró escuchar y acompañar a generaciones de porteños con información, análisis y cultura. Su labor periodística y su don de gente y sencillez fomentó el diálogo ciudadano y la libertad de expresión en el ámbito local, en tiempos en que Venezuela

vivía etapas de apertura democrática y efervescencia cultural. Su recordado programa radial es recordado con respeto como referencia de periodismo local de calidad, y su nombre es frecuentemente evocado con cariño y respeto en Puerto Cabello. En el periodismo escrito también tuvo presencia como fundador y director de la revista “Dialogos”, que viera luz en la década de los setenta.

Como promotor cultural dedicó grandes esfuerzos a la preservación y difusión de la historia y las tradiciones de la ciudad. Consciente de la rica herencia de su ciudad natal trabajó para mantener vivo ese acervo en la contemporaneidad. Fue miembro activo de círculos culturales, colaborando con iniciativas destinadas a rescatar la memoria histórica local. En 1997, a sugerencia suya, el gobierno municipal instauró oficialmente el “Día de Puerto Cabello” cada 5 de agosto, fecha vinculada a la elevación de la localidad a la categoría de ciudad en 1811.

En su inquieta época universitaria fue miembro activo de la Cámara Junior de Puerto Cabello, y representante por años en la ciudad de la Extensión Cultural de la Universidad de Carabobo con profusas y variadas actividades culturales de periódicas presentación, a través de los llamados *Jueves Culturales*, siendo también promotor para la instalación en la ciudad del laboratorio de idiomas de la Universidad de Carabobo junto a otros actores.

Su labor como promotor en la preservación y reconstrucción del Teatro junto a otros actores, y luego como Presidente de la Fundación Cultural Municipal “Juan Antonio Segrestáa” fue, sin duda, la más importante de sus iniciativas, a la cual se entregó con pasión hasta sus últimos días, allí fue despedido con manifestaciones de aprecio por los diversos sectores y entidades, siendo luego develado un busto en su memoria por su entrega y dedicación.

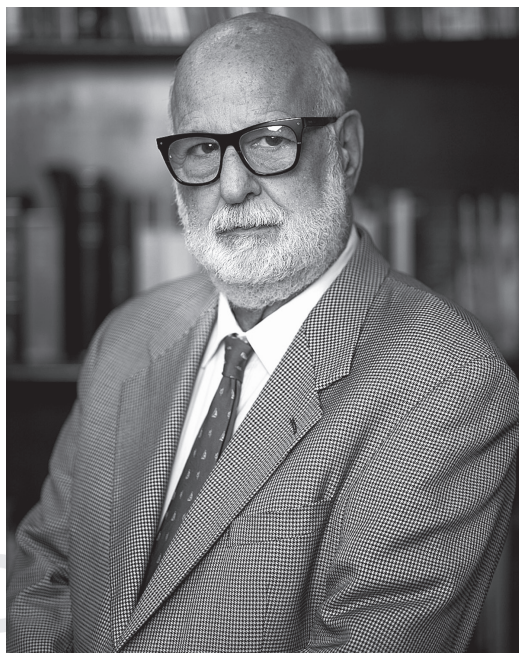
A lo largo de su vida recibió el aprecio público y fue objeto de homenajes por sus contribuciones, y aportes. Su legado permanece vivo en la ciudad por su multifacética trayectoria –como jurista, comunicador influyente y

promotor cultural— y sus ostensibles aportes a la comunidad porteña, testimoniado en el ámbito gremial con la colocación de su nombre a la biblioteca en la delegación del Colegio de Abogados, y en el ámbito radial a la sala de prensa de la emisora “Ondas del Mar”, en memoria y recuerdo de sus méritos y ejecutorias.

El bufete que fundó sigue hoy, en manos de sus hermanos Iván Darío y José Alfredo, como una reconocida y prestigiosa firma de abogados, preservando los valores y principios que guiaron su fundación y dictaron siempre la conducta del fundador.



A *bogado* (Universidad de Carabobo), Especialización en Derecho Marítimo (EESMM Caracas), Curso de Especialista en Derecho Marítimo Internacional en el Instituto Marítimo Español y Universidad Pontificia de Comillas (España). Especialización en Arbitraje Comercial (UCAB), Socio de la firma legal Sabatino Pizzolante, y Director General de Globalpandi, S.A., Ex Vicepresidente de la Rama Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, Miembro y Director Suplente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.



JOSÉ ALFREDO SABATINO PIZZOLANTE

A *bogado*, egresado de la Universidad de Carabobo (Venezuela), con Postgrados en Administración de Puertos (MSc) y Derecho Marítimo (LL.M), ambos por la Universidad de Gales, Cardiff, Reino Unido. Socio de la firma legal Sabatino Pizzolante. Gerente General de Globalpandi, S.A. Miembro Titular del Comité Marítimo Internacional (CMI), Miembro y Ex-Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM). Profesor de Administración Portuaria y Derecho Portuario, del área de investigación y Postgrado de la Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe (Caracas).



SABATINO PIZZOLANTE

A bogada graduada de la Universidad Católica Santa María La Antigua, Panamá con un Postgrado en Derecho Marítimo (LLM) de la Universidad de Southampton, Reino Unido. Maribel Sabatino tiene seis años de experiencia colectiva en disputas marítimas, habiendo trabajado en el departamento de litigios marítimos de una firma de la City de Londres y en una firma panameña, además de haber trabajado en Venezuela para la firma legal Sabatino Pizzolante y Globalpandi, S.A. Ha atendido a una variedad de cursos y conferencias internacionales relacionadas al sector marítimo, entre ellos el Curso de Seguros Marítimos de Gard P&I en Arendal, Noruega. Abogada (Solicitor) del Reino Unido. Actualmente es Abogada Asociada en la firma inglesa Preston Turnbull LLP con sede en Londres. Es autora de varias publicaciones y es Miembro Asociado de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.





A *bogado* (Magna Cum Laude) egresado de la Universidad José Antonio Páez, Carabobo, Venezuela; Cursante de la especialización en Comercio Marítimo Internacional, mención Derecho Marítimo, de la Universidad Marítima del Caribe, Caracas, Venezuela; Certificate del P&I Qualification del Grupo Internacional de Clubes de Protección e Indemnización, Londres. Ha cursado diversos diplomados en materia de Comercio Exterior, Gerencia Aduanera y Portuaria. Cursante de la Especialización de Derecho Marítimo Internacional del Instituto Marítimo Español, Universidad Pontificia de Comillas, España. Miembro de la firma legal Sabatino Pizzolante y presta asistencia legal en Globalpandi S.A. Miembro Titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo - IIDM - Rama Venezolana. Autor de diversos artículos en publicaciones del Boletín Jurisprudencial y publicaciones de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM).



SABATINO PIZZOLANTE

Graduado en la Universidad de Carabobo, con cursos de especialización en Arbitraje Comercial. Ejerce principalmente las áreas del Derecho del Trabajo convenciones colectivas de trabajo, contratación, procesos laborales, Civil y Mercantil con amplia experiencia en derecho procesal y litigios. Es asesor de la firma.



IVERSARIO

IRINA AUDREY RAMÍREZ ARAYA

A bogada egresado de la Universidad de Carabobo (Venezuela). Tesista en la Especialización en Comercio Marítimo Internacional, Mención Derecho Marítimo de la Universidad Nacional Experimental Marítima del Caribe (Venezuela). Actualmente se desempeña como abogado en la firma legal Sabatino Pizzolante y Globalpandi, S.A.



PRÓLOGO

*E*scribir las líneas que anteceden a una obra de esta envergadura es, por encima de todo, un acto de gratitud y un ejercicio de humildad intelectual. Cuando se me extendió la generosa invitación para prologar este libro titulado *Derecho Marítimo. Problemática y aportaciones*, dedicado a los 50 años de trayectoria y el legado de los doctores Sabatino Pizzolante, mi primera reflexión se centró en la naturaleza misma del aprendizaje: esa capacidad inagotable del jurista para redescubrir el Derecho a través de los ojos de quienes han hecho de una disciplina no solo su oficio, sino su apostolado.

He dedicado la mayor parte de mi vida profesional a ramas del Derecho ajenas al derecho marítimo en sus diversos aspectos y enfoques. Aun así, mi contacto con los doctores Sabatino Pizzolante marcó un punto de inflexión. Fue a través de ellos que pude incursionar en el fascinante mundo del Derecho Marítimo, tanto en su dimensión sustantiva –aquel complejo entramado de normas que rigen el hecho técnico, económico y político de la navegación y que imponen los comportamientos esenciales en la sociedad– como en su vertiente adjetiva, que regula los procedimientos y la operatividad de la justicia en este ámbito.

Esta incursión, realizada inicialmente con la curiosidad de un alumno y la madurez de un abogado de larga trayectoria, resultó ser una de las experiencias más apasionantes de mi vida jurídica. Descubrí que el Derecho Marítimo es, como bien han señalado destacados juristas, el conjunto de relaciones que tienen al mar por escenario y al comercio por objeto. Bajo la guía de mis hoy admirados amigos

y admirables colegas, comprendí que la navegación no es solo un fenómeno técnico, sino un ecosistema de derechos y obligaciones que exige una especialización profunda y una ética inquebrantable.

A lo largo de más de treinta años de relación con los Sabatino Pizzolante, he tenido la inmensa satisfacción de cultivar una amistad que trasciende lo estrictamente profesional. Son figuras dilectas, ejemplares, que sirven de buen ejemplo y, sobre todo, nuestra relación ha sido un terreno fértil donde hemos cosechado esfuerzos mutuos y aportes de ideas que hoy se ven reflejados en este merecido tributo. Haber sido elegido entre tantos juristas destacados para presentar esta obra es un honor que recibo con alegría y con el compromiso de estar a la altura de las circunstancias.

Al adentrarme en los capítulos que conforman este homenaje, no solo me he reencontrado con el rigor analítico que caracteriza a los doctores Sabatino Pizzolante, sino que he podido constatar la vitalidad de esta disciplina. La obra que el lector tiene en sus manos recorre, con una lucidez poco común, las complejidades sustantivas y adjetivas que hoy definen el tráfico marítimo, ofreciendo soluciones que, sin duda, se convertirán en referencias obligatorias para el ejercicio profesional. Es, en esencia, un mapa de navegación necesario para entender los retos actuales de nuestro Derecho Marítimo.

Este libro no es solo un compendio de doctrina marítima; es el testimonio de una vida dedicada a la excelencia. En sus páginas, el lector encontrará la profundidad del derecho sustantivo que regula el tráfico marítimo y la precisión del derecho adjetivo que garantiza la seguridad jurídica en los espacios acuáticos. Pero, sobre todo, encontrará el reflejo de una escuela de pensamiento liderada por hombres de integridad y talento.

En este caso tan grato, no se escribe como un observador ajeno, sino como alguien que ha sido testigo, alumno y colaborador de la trayectoria de los doctores Sabatino Pizzolante durante tres décadas. Eso otorga una legitimidad única para intervenir.

Claro, este prólogo de homenaje descubre no solo la admiración profesional, sino también el aprecio personal. Al respecto, pretendo con sobriedad y cariño el que el lector no solo respete al jurista homenajeado, sino que llegue a apreciarlo.

No en balde, el reconocer que fui formado en otras áreas del Derecho para luego destacar cómo la incursión en la materia marítima, de la mano de ellos, han enriquecido e incrementado –y en mucho– la educación y desarrollo profesional, traducido en un gesto de gran altura académica.

Me siento profundamente honrado de ser parte de este homenaje. No puedo más que agradecer a la vida por esta oportunidad de aprender, por la generosidad de mis amigos y por la satisfacción de ver plasmado en estas páginas el fruto de una dedicación ejemplar al Derecho Marítimo venezolano.

Efectivamente, esa es la verdadera esencia de un prólogo, especialmente cuando se trata de una obra homenaje. A diferencia de una introducción técnica –que se centra estrictamente en el contenido de la obra–, el prólogo tiene la facultad y la misión de contextualizar al autor, otorgándole un rostro humano a la producción académica.

La excelencia jurídica, especialmente en disciplinas de una complejidad técnica tan elevada como la que nos ocupa, no es patrimonio exclusivo de las grandes metrópolis. El talento, cual fuerza de la naturaleza, nace y crece en cualquier parte y tiempo. Los autores de este libro, abogados forjados en el interior de la República, han demostrado con creces esta máxima, alcanzando un prestigio que hoy trasciende nuestras fronteras. Fue precisamente de esta fuente, distante geográficamente del centro, pero cercana por la excelencia de su saber, de donde bebí mis primeras nociones sobre la especialidad, y donde tuve el privilegio, a lo largo de 30 años, de asesorar y representar a sus clientes en procesos diversos. Esta ha sido una oportunidad única de iniciar y perfeccionar mis trabajos en una materia tan especializada, desarrollada en un compendio vasto y variado de leyes.

Al internarme en las páginas que componen esta obra, he podido constatar que no estamos ante un texto convencional. Y aquí me salgo del rigor de todo prólogo; decisivamente, el libro recorre con rigor científico las aristas más complejas del Derecho Marítimo contemporáneo.

En el ámbito de la jurisdicción y el arbitraje, Iván Sabatino Pizzolante nos ofrece una visión sobre la actualidad y desafíos en

Venezuela; perspectiva complementada por Benjamín Moisés Cordero Cote, quien encara el Arbitraje en el Contrato de Transporte por Agua y su Aparente Fricción con el Principio de Inderogabilidad de la Jurisdicción, mientras José Alfredo Sabatino Pizzolante profundiza en la Problemática de las Cláusulas de Jurisdicción en el Contrato de Fletamento a la luz de nuestra legislación.

En lo concerniente a la operativa portuaria y contractual, José Alfredo Sabatino Pizzolante aborda con maestría conceptos como la garantía de “puerto y muelle seguro”, la responsabilidad ante daños a la infraestructura portuaria –con un comentario esencial a los artículos 334 y 335 de la Ley de Comercio Marítimo– y los retos en la recepción y entrega de mercancías bajo la normativa aduanera vigente.

En esta misma línea, se analizan los desafíos logísticos y aduaneros, tales como la permanencia de contenedores, las multas al transportista y los riesgos en embarcaciones de recreo, temas tratados por Benjamín Moisés Cordero y José Alfredo Sabatino. Este es un asunto complejo como revelan los beneficios fiscales por inversiones en naves. Asimismo, este último explora la responsabilidad de los terminales portuarios, el convenio de operadores de transporte internacional de 1991, la evolución de la cláusula Himalaya y los desafíos que plantean los vehículos autónomos.

Finalmente, la obra se enriquece con un análisis técnico especializado: desde la acción directa contra los clubes P&I y la regla “Pay to be paid”, pasando por la compleja ley aplicable en los seguros de carga bajo las cláusulas del Instituto Asegurador de Londres, hasta los convenios de medicina marítima y los límites de azufre 2020, temas desarrollados por Maribel Sabatino Baute, Irina Audrey Ramírez Araya e Iván Darío Sabatino Pizzolante.

La trascendencia de estos ensayos radica precisamente en que escapan de lo ordinario para adentrarse en lo intrincado. Esta obra no solo pretende resolver inquietudes coyunturales, sino que constituye, a mi entender, un cimiento necesario para la edificación de una doctrina marítima nacional robusta.

Al abordar estos asuntos con tanta intensidad, los autores no solo proponen soluciones, sino que invitan a la comunidad jurí-

dica a una “liza intelectual”; un llamado a que otros competentes especialistas se sumen para formar, con el tiempo, un archivo de doctrina indispensable para la seguridad jurídica de nuestro país.

Repito, es un privilegio presentar este trabajo que, estoy convencido, marcará un antes y un después en el estudio y ejercicio de nuestra materia.

Pocas ramas del ordenamiento jurídico exigen tanta fluidez y adaptabilidad como aquella que regula las relaciones nacidas en el mar. Mientras las leyes nacionales e internacionales corren el riesgo de quedar anquilosadas ante los vertiginosos cambios del comercio global, es la ciencia del Derecho la llamada a trazar el rumbo correcto.

En el contexto venezolano actual, donde la realidad portuaria, aduanera y naviera demanda respuestas jurídicas tan precisas como innovadoras, la presente obra colectiva emerge como un faro indispensable.

En palabras del maestro Alcalá-Zamora, “si el error del legislador suele ser la estática, la virtud de la doctrina jurídica reside en su capacidad de navegar el dinamismo de los tiempos”. Por ello, este libro no pretende ser un compendio rígido de normas abstractas; al contrario, sus páginas reúnen una rigurosa selección de ensayos y artículos de la más alta factura técnica, en los cuales destacados especialistas desentrañan, con agudeza, los desafíos más apremiantes de nuestro Derecho Marítimo. A través de este mosaico de visiones, el lector no solo hallará respuestas a problemas complejos, sino también la brújula conceptual necesaria para navegar la evolución de la justicia, tanto en nuestras aguas territoriales como en el escenario internacional.

Sea propicio celebrar no solo la aparición de un libro necesario, sino la constancia de una familia dedicada al cultivo de la excelencia jurídica. Entrego, pues, este prólogo con la convicción de que los ensayos aquí reunidos se convertirán en consulta obligada para quienes, con pasión y rigor, nos dedicamos al estudio de las leyes del mar. Enhorabuena a los autores y larga vida a esta contribución doctrinaria.

Importa decir que, si este prólogo se extiende más allá de lo acostumbrado, es únicamente porque la materia tratada y la jerarquía de quienes la exponen no admiten la ligereza de la brevedad. El rigor científico de los Dres. Sabatino Pizzolante merece un marco que esté a la altura de la profundidad de sus reflexiones.

Dr. Juan Vicente Ardila

Los Teques, junio de 2026



PREFACIO

Celebrar cincuenta años de trayectoria profesional en el ámbito jurídico constituye un acontecimiento muy especial para nosotros, particularmente cuando esa trayectoria ha estado vinculada de manera constante a una disciplina como el Derecho Marítimo, el Derecho Portuario y el Comercio Internacional. La obra que hoy se presenta, titulada *Derecho Marítimo. Problemática y aportaciones*, no es únicamente un libro conmemorativo, sino un testimonio intelectual y profesional de medio siglo de dedicación al estudio, a la práctica y al desarrollo del derecho aplicable a la actividad marítima en Venezuela. El volumen reúne una selección de conferencias y artículos preparados por quienes integran la firma, especialistas con una sólida formación académica y una extensa experiencia práctica en los ámbitos marítimo, portuario, asegurador y aduanero. La obra refleja, por tanto, una visión colectiva, plural y madura de los principales desafíos jurídicos que enfrenta hoy el sector marítimo venezolano e internacional, abordados desde la doctrina, la jurisprudencia y la experiencia profesional.

El libro se estructura como una compilación de estudios que examinan temas esenciales del Derecho Marítimo contemporáneo: la jurisdicción acuática, el arbitraje, las cláusulas de jurisdicción en los contratos de fletamento, la responsabilidad portuaria, el manejo jurídico del contenedor, las multas aduaneras, los seguros marítimos, la cláusula Himalaya, los riesgos tecnológicos, la medicina marítima, el límite de azufre en los combustibles marinos y la acción directa contra los clubes de P&I, entre muchos otros. Esta diversidad temática permite apreciar la complejidad actual del comercio marítimo y la necesidad de respuestas jurídicas especializadas y actualizadas.

Uno de los aportes más relevantes de la obra es su tratamiento de la Jurisdicción Acuática venezolana, analizada desde sus antecedentes históricos hasta su configuración moderna como jurisdicción especializada. Este enfoque no solo ofrece un panorama normativo, sino que reivindica la singularidad de Venezuela dentro del continente americano como uno de los pocos países que cuentan con tribunales marítimos especializados. Tal reflexión tiene un profundo valor institucional, pues conecta la evolución del Derecho Marítimo con la consolidación del Estado de Derecho en materia de transporte, comercio y seguridad jurídica. De igual manera, los trabajos dedicados al arbitraje en Venezuela examinan con rigor los avances y tensiones existentes entre la justicia ordinaria y los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, particularmente en contratos marítimos. La obra pone de relieve la importancia del arbitraje como herramienta de eficiencia, celeridad y especialización técnica, a la vez que alerta sobre los riesgos de su desnaturalización cuando se ve indebidamente interferido por instancias judiciales. Este análisis resulta especialmente pertinente en el contexto contemporáneo, donde la globalización del comercio exige soluciones jurídicas pre-visibles y confiables.

El carácter práctico del libro se manifiesta con claridad en los estudios relativos al contenedor, las multas aduaneras, la recepción y entrega de mercancías en puertos venezolanos, así como en los comentarios sobre la responsabilidad del transportista y de los operadores portuarios, todos temas que, surgidos al calor del ejercicio diario, raramente son tratados en la producción académica patria. Estos temas, lejos de ser meramente teóricos, constituyen problemas cotidianos del comercio marítimo nacional, en los que confluyen, principalmente, el derecho marítimo, el derecho aduanero y el derecho administrativo. Así, el libro ofrece interpretaciones jurídicas útiles tanto para abogados como para navieros, aseguradores, agentes marítimos y administraciones portuarias.

Otro aspecto relevante a ser mencionado, es la incorporación de estudios sobre seguros marítimos y Clubes de P&I, particularmente en lo referente a la acción directa y a la regla "pay to be paid". Estos trabajos conectan la doctrina venezolana con los estándares internacionales del seguro marítimo, evidenciando la necesidad de armonización entre el derecho interno y las prácticas del comercio

global. Asimismo, los capítulos dedicados al límite de azufre del combustible marino y a la evaluación de riesgos en vehículos autónomos muestran una clara preocupación por los nuevos desafíos tecnológicos y ambientales que enfrenta la industria marítima.

Desde el punto de vista académico, entonces, esta publicación cumple una doble función. Por un lado, incorpora debates fundamentales en la evolución del Derecho Marítimo venezolano; por otro, proyecta una agenda de investigación y reflexión sobre los temas que seguirán marcando la práctica jurídica marítima en los años por venir, ya que de ningún modo pretenden agotar los temas.

La publicación conmemora los 50 años de Sabatino Pizzolante, hoy reconocida como una de las firmas líderes en derecho marítimo, portuario, seguros marítimos y comercio internacional en Venezuela. La obra es también un homenaje a nuestro Socio fundador y recordado hermano, Orlando Sabatino Pizzolante, y la reafirmación de los principios que nos han animado a lo largo de los años, en la convicción de que el ejercicio del Derecho Marítimo exige no solo pericia técnica, sino también compromiso con la formación académica, la investigación y la difusión del conocimiento.

Iván Darío Sabatino Pizzolante
José Alfredo Sabatino Pizzolante

Puerto Cabello, enero de 2026



La Jurisdicción Acuática*

Iván Darío Sabatino Pizzolante

En el marco inicial de esta Primera Jornada de Derecho Procesal Marítimo Venezolano nos corresponde conversar con ustedes sobre la Jurisdicción Acuática como introducción al conjunto de las ponencias a desarrollarse durante estos dos días. Para ello hablaremos sobre los antecedentes históricos de la Jurisdicción Marítima Venezolana; el marco conceptual de Jurisdicción y Competencia; de su previsión legal y las competencias a ella atribuidas; el alcance de la misma, su inderogabilidad, y el caso especial del abordaje, cerrando nuestra intervención con unas consideraciones finales.

Necesario resulta destacar primeramente y para orgullo de todos, que junto a Panamá somos los únicos países del continente americano que cuentan con una Jurisdicción Acuática especializada.

Antecedentes históricos

Como antecedente histórico primario de nuestra jurisdicción acuática, debemos referirnos a la época de la colonia en el año 1819 en el cual fueron creados los Tribunales del Almirantazgo, similares a las instituidos para la época en España, y de origen anglosajón, los cuales tuvieron precaria existencia hasta el año 1822; los mismos estaban localizados, uno en Angostura y jurisdicción en las aguas del Río Orinoco; y el otro con sede en Margarita y jurisdicción en

* Conferencia dictada en “Primera Jornada de Derecho Procesal Marítimo Venezolano”, celebrada en Caracas, los días 23 y 24 de octubre de 2014.

las costas venezolanas, siendo éste posteriormente trasladado a La Guaira. Su creación estuvo orientada a proteger las aguas marítimas y control del tráfico naval, asegurando así también el transporte y comercio marítimo de los ataques de la corona, la piratería y el contrabando. La desaparición de estos tribunales estuvo marcada ante la insuficiencia de cubrir la amplia extensión geográfica colonial de la época, siendo sucedida esta jurisdicción marítima mediante la creación de cuatro (4) Departamentos de Marina que asumirían las funciones de dichos tribunales, estando conformados los mismos por un Comandante General y un Auditor de Marina.

La mencionada jurisdicción acuática instaurada en la época colonial, fue creada el año 1819 mediante Decreto del Congreso Constituyente de Angostura, hecho que resulta una curiosa coincidencia con nuestra actual jurisdicción acuática, cuyo génesis tuvo su origen también en la Asamblea Nacional Constituyente de 1999, mediante la mandataria aprobación de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, promulgada por la Comisión Legislativa Nacional o extinta Asambleaílla.

La Jurisdicción Acuática

Sin duda alguna un conjunto de factores de índole políticos y legislativos entre 1999 y 2001, junto a los diversos y valiosos aportes, particularmente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, y tantas voluntades de diferentes profesionales en el campo legal, marina mercante, técnicos, industriales y demás sectores vinculados al ámbito marítimo-portuario signados por una mística unísona, hicieron posibles la actual jurisdicción acuática venezolana.

Cordiales pero intensas discusiones y posiciones generó la creación de la jurisdicción acuática entre los colegas del sector, un grupo de los cuales abogaban por el actual sistema de un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal Superior con competencia nacional ambos, y sede en Caracas; y quienes desde el interior defendíamos la descentralización de dicha jurisdicción a lo largo de nuestra geografía nacional, mediante la creación de tres (3) Tribunales Superiores; y cinco (5) Tribunales de Primera Instancia localizados en las principales ciudades portuarias del país, propuesta ésta que aunque aprobada y prevista en

los artículos 109 y 110 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, publicada su reimpresión en la Gaceta Oficial No. 37.330 del 22 de noviembre de 2001, fue desestimada mediante la Resolución Plena del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2004, configurando y creando finalmente la actual jurisdicción, siendo derogadas posteriormente la señalada previsión legal en la reforma de la LOEA del año 2008.

En fecha 3 de mayo de 2017 la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia mediante Resolución 2017-0011, publicada en la Gaceta Oficial No. 41.160 de fecha 26 de mayo de 2017, proscribió la competencia nacional dada a la Jurisdicción Marítima mediante la creación de un (1) Tribunal de Primera Instancia Marítimo, y un (1) Tribunal Superior Marítimo con sede en Caracas según Resolución No. 2004-0010, de fecha 18 de agosto de 2004, publicada en Gaceta Oficial No. 38.021 del 13 de septiembre de 2004, desconcentrando dicha Jurisdicción Marítima y otorgándole tal competencia a los tribunales ordinarios que conforman la Jurisdicción Civil a través de (8) Tribunales de Primera Instancia, y Superiores Marítimos localizados en los estados costeros y fluviales con sede en los estados, Anzoátegui, Bolívar, Carabobo, Falcón, Nuevas Esparta, Sucre, Trujillo, y Zulia, ello atendiendo a la necesidad de acercar la administración de justicia a los usuarios en los ámbitos marítimo y portuarios, proveyendo y garantizando una justicia accesible, expedita, célere y próxima. Esta desconcentración, importante resaltarlo, no solo no se justifica por el escaso volumen de asuntos marítimos a nivel nacional, sino más importante aún, por carecer los jueces a quienes se le ha confiado la jurisdicción marítima del conocimiento del derecho marítimo y de la dinámica de la actividad marítima-portuaria.

Al hablar de Jurisdicción, por otra parte, necesario resulta también hablar de competencia, y en el marco conceptual de creación de la jurisdicción acuática debemos entender por jurisdicción la legítima y soberana expresión de todo Estado de administrar justicia, manifestada la función jurisdiccional en subsumir o encuadrar un hecho o situación jurídica controvertida entre particulares, o éstos con el Estado a la norma o previsión legal existente para el caso concreto sometida a su conocimiento. A este respecto, el abogado Carlos Matheus expresa: “... lo fundamental del concepto de Jurisdicción es que se trata de una función del Estado, encargada de dirimir los conflictos que se presenten

entre particulares, o entre otros órganos del poder públicos, o entre ciudadanos y órganos del poder público, teniendo como misión la concreción de la ley". (Matheus, Carlos. "La jurisdicción marítima en Venezuela", en III Congreso de Derecho Marítimo, 2003, p. 87)

Ahora bien, en lo atinente conceptualmente a la Competencia debemos entender de forma sencilla por tal, el marco o límite de actuación o expresión de la función jurisdiccional mediante la atribución de materias a ella sometida. En estricto término jurídico Rengel-Romberg señala: "La competencia puede definirse así, legalmente, como la medida de la jurisdicción que ejerce en concreto el juez en razón de la materia, del valor de la demanda y del territorio", tales límites a la jurisdicción están expresadas en los artículos 28, 29, y 40 del Código de Procedimiento Civil, relativos a la materia, cuantía y territorio". (Rengel-Romberg, A. "La Competencia del Juez", Tratado de Derecho Procesal Civil, 1992, p. 298)

Así las cosas, la jurisdicción marítima deviene constitucionalmente de conformidad con lo previsto en los artículos 136 y 253 de la Constitución Nacional y, por la otra, legalmente de la previsión señalada en la Ley de Derecho Internacional Privado en su artículo 40, y de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, inicialmente en los artículos 109 y 110 de la derogada ley, regulación ahora prevista en el Título XIII (Tribunales Marítimos) de la reforma aparecida en la Gaceta Oficial No. 6.153 Extraordinario, del 18 de noviembre de 2014 a la que, lógicamente, nos referiremos en lo adelante.

La Ley de Derecho Internacional Privado en el citado artículo 40, con antelación a la vigencia de la LOEA, permitía someter a los tribunales mercantiles en interpretación exegética como jurisdicción marítima, las acciones de contenido patrimonial sobre los buques localizados en puertos nacionales, para demandar y solicitar medidas cautelares aún de buques extranjeros; plantear reclamaciones de obligaciones tanto contractuales como extracontractuales tales como contratos de fletamentos, abordaje, salvamento y avería gruesa entre otros; ganar jurisdicción para conocer en principio de toda causa a ellas sometida al lograr la citación del Capitán en territorio nacional como legitimado pasivo del propietario; o al tratarse de sumisión expresa o tácita de jurisdicción.

La Competencia de los Tribunales Marítimos

Posteriormente la LOEA en forma taxativa somete al conocimiento de esta especializada jurisdicción y da competencia a la misma para conocer de aquellos actos, hechos, negocios o contratos jurídicos al Tribunal Superior Marítimo y al Tribunal de Primera Instancia Marítimo.

De conformidad con el artículo 125 corresponde a los Jueces Superiores Marítimos la competencia sobre todo el espacio acuático e insular nacional y sobre los buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la circunscripción de las aguas donde se encuentren.

El artículo 126, además, establece que corresponde al Tribunal Superior Marítimo conocer:

1. De las apelaciones que se interpongan contra las decisiones dictadas, en primera instancia, por los Tribunales Marítimos.
2. De los conflictos de competencias que surjan entre tribunales cuyas decisiones pueda conocer en apelación y entre éstos y otros tribunales distintos cuando el conflicto se refiera a materias atribuidas a los tribunales marítimos.
3. De los recursos de hecho intentados contra las decisiones relativas a la admisibilidad de la apelación en causas cuyo conocimiento le corresponda en segunda instancia.
4. De cualquier otro recurso o acción que le atribuya la ley que regula la materia.

Seguidamente el artículo 128 de la LOEA de igual forma taxativamente expresa la competencia del Tribunal de Primera Instancia Marítimo para conocer de:

1. Las controversias que surjan de los actos civiles y mercantiles relativos al comercio y tráfico marítimo, fluvial y lacustre, así como las relacionadas a la actividad portuaria y las que se sucedan mediante el uso del transporte multimodal con ocasión del comercio marítimo.
2. Las acciones dirigidas contra el buque, su Capitán, su armador, o su representante, cuando aquél haya sido objeto de medida cautelar o embargo preventivo.

3. Los casos que involucren a más de un buque y que alguno fuere de matrícula nacional, o cuando resulte aplicable la legislación nacional en virtud del contrato o de la ley, o cuando se trate de buques extranjeros que se encuentre en aguas jurisdiccionales de la República.
4. Los procedimientos de ejecución de hipotecas navales, y de las acciones para el reclamo de privilegios marítimos.
5. La ejecución de sentencias extranjeras, previo al exequátur correspondiente.
6. La ejecución de laudos arbitrales y resoluciones relacionadas con causas marítimas.
7. Juicios concursales de limitación de responsabilidad de propietarios o armadores de buques.
8. Las acciones derivadas con ocasión de la avería gruesa.
9. Las acciones derivadas con ocasión de los servicios de pilotaje, remolques, lanchaje, señalización acuática, labores hidrográficas, meteorológicas, oceanográficas, la cartografía náutica y el dragado y mantenimiento de las vías navegables.
10. Las acciones que se propongan con ocasión del manejo de contenedores, mercancías, materiales, provisiones, combustibles y equipos suministrados o servicios prestados al buque para su explotación, gestión, conservación o mantenimiento.
11. Las acciones que se propongan con ocasión de la construcción, mantenimiento, reparación, modificación y reciclaje de buques.
12. Las acciones que se propongan con ocasión de primas de seguro, incluidas las cotizaciones de seguro mutuo, pagaderas por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo o, por cuenta, en relación con el buque.
13. Las acciones relativas a comisiones, corretajes u honorarios de agencias navieras pagaderos por el propietario del buque o el arrendatario a casco desnudo, por su cuenta, en relación con el buque.
14. Controversias a la propiedad o a la posesión del buque, así como de su utilización o del producto de su explotación.

15. Las acciones derivadas del uso de los diversos medios y modos de transporte utilizados con ocasión del comercio marítimo.
16. Las hipotecas o gravámenes que pesen sobre el buque.
17. Las acciones derivadas del hecho ilícito con ocasión del transporte marítimo, fluvial y lacustre nacional e internacional de bienes y personas y, delitos ambientales perpetrados en los espacios acuáticos de conformidad con el ordenamiento jurídico, según el procedimiento establecido en el Código Orgánico Procesal Penal.
18. Cualquier otra acción, medida o controversia en materia regulada por la ley.

Aspectos particulares

La particularidad de la actividad marítimo-portuaria, y su naturaleza en algunos casos de derecho público, y/o de derecho privado, nos lleva a mencionar la situación planteada en lo atinente a la Jurisdicción Acuática y el conocimiento a ella atribuida de los asuntos, por una parte de naturaleza tributaria, en razón de los servicios públicos concesionados a particulares por el Estado señaladas en la Ley General de Marinas y Actividades Conexas, o de los servicios portuarios catalogados como tasas en la Ley General de Puertos; de naturaleza administrativa, manifestada en actos, decisiones, o sanciones dada la convivencia entre el Estado y los particulares en esta actividad; y de naturaleza laboral, relativa a las reclamaciones laborales, o infortunios del trabajo representada esta última en la actividad de estiba y desestiba abordo o en tierra cuyos casos resultan recurrentes.

Así las cosas, de la lectura concatenada de la LOEA, y demás leyes marítimas, con las demás leyes o códigos propias de cada materia, nos permite concluir que corresponde y le está dada a la jurisdicción acuática el conocimiento de las materias antes referidas; la defensa por demás clara de dicha postura y que opera en el ámbito administrativo, tributario, y laboral, la encontramos en lo manifestado por el abogado Aurelio Fernández-Concheso al señalar: “La Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares es tanto orgánica como especial y en consecuencia la conclusión apropiada y constitucional es que, sin perjuicio de la competencia del Tribunal

Supremo de Justicia para otras causas contra entidades del Estado no reguladas por una Ley Orgánica Especial de la materia sustantiva que se ventila judicialmente, los Tribunales de la jurisdicción acuática tiene competencia contenciosa-administrativa en la materia de su especialidad". (Fernández-Concheso, Aurelio. "El Procedimiento Marítimo Venezolano", 2006, p. 60).

No obstante, lo antes expresado, en el orden práctico tal competencia ha sido declinado en la actualidad por los tribunales marítimos y el Tribunal Supremo de Justicia, mediante diversas decisiones judiciales.

Otro de los logros más relevantes en cuanto a jurisdicción resulta la inderogabilidad de la jurisdicción acuática para el conocimiento en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio nacional, ello previsto en el artículo 10 de la Ley de Comercio Marítimo, en concordancia con el artículo 197 y siguientes del Capítulo III de dicha ley, orientado fundamentalmente a la protección y resguardo de los derechos de los nacionales, frente a los demás intereses por demás disímiles y con posición de dominios de diversos actores actuante en esta compleja actividad del comercio marítimo internacional y de la actividad marítimo-portuaria.

En materia de abordaje, la jurisdicción acuática venezolana es competente también para conocer de aquellos eventos sucedidos en aguas nacionales o no, si uno de los buques es de matrícula nacional; si uno de los buques es embargado en puertos venezolanos, o se otorgue fianza sustitutiva; y cuando luego del abordaje uno de los buques haga primera escala en puertos venezolanos. Solo en los últimos dos casos mencionados los tribunales venezolanos pueden declinar su jurisdicción de conformidad y en los términos señalados en el art. 333 de la mencionada Ley de Comercio Marítimo. A título de corolario de esta presentación sobre la Jurisdicción Acuática, queremos referirnos de forma sucinta al alcance espacial de la jurisdicción acuática, lo cual constituyó motivo de análisis nuestro recientemente, al tratar de determinar cuáles son sus límites, o donde termina la misma, ello dada la naturaleza desplazatoria de los buques y a las reclamaciones judiciales a las que están expuestas en muchos casos, debiendo señalar de forma concreta que el ejercicio de nuestra jurisdicción acuática tiene como límite las 12 millas náu-

ticas correspondientes al mar territorial. Lo antes expresado, viene dado de la lectura inicial del artículo 11 de la Constitución Nacional al señalar la misma, “La soberanía plena de la República se ejerce en los espacios continental e insular, lacustre y fluvial, mar territorial... omissis... Sobre los espacios acuáticos constituidos por la zona marítima contigua, la plataforma continental y la zona económica exclusiva, la República ejerce derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción en los términos, extensión y condiciones que determinen el derecho internacional público y la ley...”; del artículo 8 de la LOEA el cual señala: “La soberanía nacional en el mar territorial se ejerce sobre el espacio aéreo, las aguas, el suelo, el subsuelo y sobre los recursos que en ellos se encuentren”; y del artículo 9 de la misma ley al señalar: “El mar territorial tiene, a todo lo largo de las costas continentales e insulares de la República una anchura de doce millas náuticas (12 MN)...”

En este punto en cuanto a las 12 millas náuticas como límite de nuestra jurisdicción plena, que distinta es la situación en lo que se refiere la zona económica contigua, plataforma continental y zona económica exclusiva, en los cual nuestro país también ejerce derechos de soberanía y jurisdicción, pero no plena, por estar restringidas o limitada en los términos señalados en el Art. 11 de la Constitución Nacional y 45 y 46 de la LOEA, las cuales están referidas a actividades relativas a los recursos naturales, ambientales y de protección marina, de investigación científica, de exploración y explotación energía, etc.

Reflexiones finales

Ha sido nuestra intención hacer un esbozo general sobre el contenido y alcance de la Jurisdicción Acuática venezolana, que sirva de fundamento a las charlas específicas en el marco de esta Jornada.

Resulta indudable el significativo paso que dio nuestro país cuando en el año 2001 creara esta jurisdicción especializada, sustrayendo la materia marítima-portuaria del conocimiento de los tribunales civiles y mercantiles, no conocedores de la especificidad de este campo. Claro está justo es reconocer que cuenta la jurisdicción con un conjunto de normas sustantivas y adjetivas, contenidas en las leyes de Comercio Marítimo y de Procedimiento Marítimo que, aunque imperfectas,

permiten la operatividad de la jurisdicción acuática en términos de avanzada.

Como reflexión final, debemos tener presente, que corresponde a quienes ejercemos esta particular disciplina del derecho, y a los Jueces de nuestra Jurisdicción Acuática, el mantener la misma como marco de referencia positiva en el contexto del foro judicial venezolano y su realidad actual.



El Arbitraje en Venezuela, actualidad y desafíos*

Iván Darío Sabatino Pizzolante

Por gentil invitación de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y en homenaje al Dr. Luis Cova Arria con motivo de los 25 años de la creación de la Especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la Universidad Central de Venezuela, tenemos el agrado de acompañar en este merecido homenaje a uno de los forjadores del Derecho Marítimo en Venezuela, profesional de obligada y destacada referencia en nuestro país, y en el ámbito internacional. Lo conocemos y nos preciamos de ser su amigo por más de 30 años, agradeciéndole junto a otros destacados abogados marítimos el haber marcado el derrotero de esta apasionante disciplina entre las nuevas generaciones de abogados, permitiendo hoy al Derecho Marítimo patrio gozar de un destacado prestigio tanto en nuestro país, como internacionalmente expresadas en las prolíferas y diversas publicaciones de obras individuales y colectivas, la destacada presencia y participación en distintos congresos internacionales, seminarios y eventos de carácter académicos.

Justificación

La infausta aparición de manera global de la pandemia denominada COVID-19, con presencia en nuestro país desde marzo del 2020,

* Publicado en "Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria", conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Tomo II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.

y contemporáneo con ello la decisión de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del Avocamiento con vista a la solicitud planteada por ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A. (“APC” en lo adelante) en virtud de un Laudo Arbitral en curso llevado ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), nos sugieren analizar la institución del Arbitraje con este marco en mente, para justificar su conveniencia y potenciar su práctica.

En medio de la pandemia, el arbitraje en el mundo del derecho y de los negocios viene jugando importante papel, en razón del confinamiento global y de la “Nueva Normalidad”, lo que observamos ante las apremiantes adaptaciones o adecuaciones en importantes centros mundiales de arbitraje de sus reglamentos o regulaciones demandada por la realidad planteada, dando lugar al llamado “Arbitraje Virtual” que gana espacio día a día, particularmente en América Latina. En lo doméstico, su importancia resulta de la inactividad judicial en razón del COVID-19 y el confinamiento impuesto, que resulta en la paralización del sistema de justicia ordinario, lo que viene a sumarse a las deficiencias ya existentes en nuestra administración de justicia, auspiciando con mayor ahínco en nuestra opinión la pertinencia de la Conciliación, Mediación y el Arbitraje, en particular el Arbitraje Virtual como medios alternativos de resolución de conflictos, especialmente en ámbito marítimo.

Sin embargo, una reciente decisión de la Sala de Casación Civil del TSJ en materia de arbitraje pone en riesgo su utilidad y conveniencia, lo que obliga al detenido análisis de su contenido y la figura del avocamiento. Se trata de la sentencia interlocutoria No. 0042, del 20 de febrero de 2020, con ocasión del arbitraje de naturaleza civil planteado entre “APC” y MODEXEL CONSULTORES E SERVICIOS S.A. (“MODEXEL”) llevado por el CEDCA.

Así, mientras el presente trabajo justificará la necesidad de impulsar el Arbitraje Virtual, especialmente, ante la aparición de la pandemia y las políticas de distanciamiento social, también llamará la atención sobre el peligro que corre la institución del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, resultado de la intromisión del órgano judicial sobre las actuaciones del panel arbitral, circunstancia ésta que desnaturaliza a aquélla, generando desconfianza en el mundo comercial y el ejercicio profesional, muy

especialmente sirviendo de desincentivo en su uso y el fomento del mismo.

La institución del Arbitraje y su rango constitucional

Los datos claramente demuestran una buena receptividad en el mundo con respecto al instrumento del Arbitraje. La Cámara de Comercio Internacional (ICC), manejó 842 casos para el año 2018, la mayoría de ellos llevados a cabo en Nueva York. A su vez, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres por sí sola lleva aproximadamente 303 casos por año. Por último, según las estadísticas del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, para el año 2019, fueron instruidos a través de dicha institución un total de 503 casos, lo cual representa un incremento significativo con respecto a los años anteriores¹. No cabe duda de que el uso del Arbitraje ha venido siendo una constante en los diversos continentes, situación que parece contrastar en nuestro país, ante equívocos prejuicios sobre los altos costos del arbitraje, no obstante estar definido y fijados los honorarios de los árbitros previo al inicio del mismo, versus los costos por demás inestimables de acudir a la justicia ordinaria. Según un estudio realizado por el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje en el año 2016, el cual toma como referencia los casos registrados hasta entonces por el centro, los resultados arrojan un manejo de disputas que oscila entre los 9 a 15 casos por año², algunas épocas con mejores números que otras.

No obstante lo anterior, la exposición de motivos de la Constitución de 1999, ya dejaba entrever la importancia que tendrían los medios alternativos de resolución de conflictos para el nuevo Sistema de Justicia³, incorporados a través del artículo 258, de cuyo contenido se interpretó en su momento que la Administración de Justicia no constituye un monopolio exclusivo del Estado⁴ y que por

¹ Hong Kong International Arbitration Center. 2019 Statistics. Disponible en: <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>, consultado el 17 de mayo de 2020.

² Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Estadísticas 2016. Disponible en: <http://www.cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Estadisticas-2016.-Diciembre.pdf> consultado el 10 de mayo de 2020.

³ Sala Constitucional, sentencia No.192, del 28 de febrero de 2008 (*Caso: Bernardo Weininger y otros*).

⁴ Ello sin perjuicio del monopolio coactivo que detenta el Estado para hacer efectiva la ejecución del dispositivo de un fallo, o en su defecto, del contenido decidido en cualquiera de estos medios alternativos.

ende, éste podría hacer valer la promoción de tales medios, entre ellos el Arbitraje.

Dicha institución entre muchas definiciones, ha sido entendida como una función jurisdiccional trasladada por voluntad y determinación de las partes a los árbitros para el conocimiento y resolución de una controversia sometida a su conocimiento, y cuya decisión resultan de obligatorio cumplimiento al mismo tiempo que la ley le otorga la autoridad de cosa juzgada y ejecutoriedad que poseen las sentencias emanadas de los tribunales⁵. De esta manera, el acceso al arbitraje constituye un derecho fundamental reconocido por el constituyente, siendo que como medio del Sistema de Justicia, alternativo a la jurisdicción, tutela los derechos e intereses de los ciudadanos. Así, la Sala Constitucional en sentencia No.192 del 28 de febrero de 2008 (Caso: Bernardo Weininger y otros.) ha dicho lo siguiente:

“A esa óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dichos medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 de la Constitución. En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente, el arbitraje”.

En adelante, el Arbitraje se ha convertido, más allá de un elemento opuesto a la jurisdicción, en complemento de la misma en la persecución de su fin: la tutela judicial efectiva. Ya la jurisprudencia ha ratificado en repetidas ocasiones el rango constitucional del mismo que de forma alguna puede ser entendido como un óbice que contradice la función jurisdiccional propiamente dicha⁶, teniendo presente el mandato consagrado en el artículo 258 de la Constitución de la República, de la promoción del arbitraje, conciliación, mediación,

⁵ Susana Camila NAVARRINE y Rubén ASOREY, *Arbitraje*. La Ley, Buenos Aires. Citado en Sentencia No. 347 del 11 de mayo de 2018, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

⁶ Sentencia No. 1.067 del 3 de noviembre de 2010 (Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela).

cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos mediante la ley.

Es mediante la Ley de Arbitraje Comercial (LAC en lo adelante), publicada en la Gaceta Oficial No. 36.430, de fecha 7 de abril de 1998, que Venezuela se inserta en el ámbito del arbitraje como justicia alternativa a la justicia estatal, mediante un conjunto de disposiciones que desarrollan esta institución en su propia naturaleza, entre otras cosas, a través de la ratificación del principio de autonomía de la voluntad de las partes que representa un elemento *sine qua non* para la implementación del mecanismo⁷. De las normas más destacadas de la LAC debemos referirnos al artículo 5, el cual declara al “acuerdo arbitral” como exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria; contenido de la voluntad categórica de las partes del sometimiento de controversias existentes o futuras, y la renuncia de hacer valer sus pretensiones ante los jueces. Los artículos 43 al 47 de la Ley regulan todo lo relativo a la *Anulabilidad del Laudo*, señalando el Recurso de Nulidad como el “único” que procede contra los laudos arbitrales, y que de conformidad con el artículo 44 de la LAC podrá declararse en los siguientes supuestos: a) Cuando la parte contra la cual se invoca demuestre que una de las partes estaba afectada por alguna incapacidad al momento de celebrarse el acuerdo de arbitraje; b) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo no hubiere sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales que así lo ameriten, o no ha podido por cualquier razón hacer valer sus derechos; c) Cuando la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado a esta Ley; d) Cuando el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o contiene decisiones que exceden del acuerdo mismo; e) Cuando la parte contra la cual se invoca el laudo demuestre que el mismo no es aún vinculante para las partes o ha sido anulado o suspendido con anterioridad, de acuerdo a lo convenido por las partes para el proceso arbitral; y, f) Cuando el tribunal ante el cual se plantea la nulidad del laudo compruebe que según la Ley, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que la materia sobre la cual versa es contraria al orden público.

⁷ De conformidad a los artículos 5 y 6 de la LAC, dicha voluntad constituye la génesis del Arbitraje, al punto que debe ser legítimamente manifestada por escrito en el documento principal de la relación jurídica, a través de un acuerdo propiamente dicho o por medio de cláusula arbitral, dentro de las especificaciones enmarcadas por la Ley.

Un aspecto de particular interés en el marco de nuestro trabajo, y que será revisado nuevamente más adelante, es el hecho de que a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 43, “la interposición del recurso de nulidad no suspende la ejecución de lo dispuesto en el laudo arbitral a menos que, a solicitud del recurrente, el Tribunal Superior así lo ordene previa constitución por el recurrente de una caución que garantice la ejecución del laudo y los perjuicios eventuales en el caso que el recurso fuere rechazado”.

Adicionalmente a las normas ya citadas, la Ley en comento tiene algunos atractivos para aquellas partes extranjeras que bien deseen hacer uso del arbitraje en el foro patrio, o ejecutar laudos extranjeros en el país. Así, el artículo 10 establece que “las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales...” De mayor importancia resulta el artículo 48, según el cual el “laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias...”

Como resulta lógico, y siendo el arbitraje un mecanismo típico de la resolución de conflictos en el negocio naviero, es práctica generalizada su incorporación en los contratos de utilización de buques, específicamente, en los contratos de fletamento o arrendamiento a casco desnudo. Independientemente de lo que las legislaciones internas reserven exclusivamente para sus tribunales, es práctica común que se incluyan en los contratos marítimos cláusulas de compromiso arbitral como las que sugiere BIMCO en sus pólizas tipo, como a continuación se expone:

“This Contract shall be governed by and construed in accordance with English law and any dispute arising out of or in connection with this Contract shall be referred to arbitration in London in accordance with the Arbitration Act 1996 or any statutory modification or re-enactment thereof save to the extent necessary to give effect to the provisions of this Clause.

The arbitration shall be conducted in accordance with the London Maritime Arbitrators Association (LMAA) Terms current at the time when the arbitration proceedings are commenced... /”⁸

En línea con lo anterior, nuestra legislación marítima contiene disposiciones referidas expresamente al arbitraje. El artículo 11 de la LCM contempla la posibilidad de la derogatoria de la jurisdicción venezolana, y su sometimiento a un procedimiento arbitral en los casos que se admitidos, lo cual constituye el reconocimiento de la institución del arbitraje en nuestra legislación marítima, como medio alternativo para resolver las controversias planteadas tanto en los contratos de naturaleza marítima, como en el comercio marítimo, con excepción claro está al régimen aplicable al Contrato de Transporte de Mercancías por Aguas.

También encontramos una mención en el artículo 13 de la LCM, donde se condiciona el conocimiento de la jurisdicción acuática en causas relativas a propietarios o armadores de buques de bandera extranjera a la inexistencia de un acuerdo arbitral. A su vez, reconoce también la correspondencia y complementariedad entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, cuando se permite el aseguramiento de la ejecución de un eventual laudo arbitral, producido con ocasión a un crédito marítimo, a través del embargo preventivo de un buque, según estipula el artículo 94 de la mencionada norma. Atendiendo a tales consideraciones, el ordenamiento jurídico venezolano, del rango constitucional al legal, desenvuelve todo un marco normativo que incorpora al arbitraje dentro de las claras ventajas que su uso brinda a los ciudadanos (celeridad, eficacia, experticia, seguridad jurídica, etc.).

El Arbitraje frente al COVID-19

La “aldea global” en la que habitamos hoy nos resulta plana con la llegada de la Covid-19, ante la afectación a nivel mundial sin distingo alguno, que se refleja en las dolorosas y desastrosas pérdidas de

⁸ Dispute Resolution Clause 2016 – English Law, London Arbitration. Disponible en: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/dispute_resolution_clause_2016_english_law, consultado el 16 de mayo de 2020.

millones de vidas; el padecimiento de muchas otras bajo la incertidumbre de superarla; el caos sanitario generado en los sistemas de salud de los gobiernos; quebrantamientos profundos en el modo de vida y en la cotidianidad de nuestra sociedad; y en una profunda crisis económica, consecuencia de la pandemia y su impacto en el mundo de los negocios.

Tales acontecimientos económicos y jurídicos a su vez se han traducido en la interposición de demandas o reclamaciones, y en la terminación de relaciones contractuales, muchas de estas derivando en conflictos de responsabilidad regidos por cláusulas arbitrales. No obstante, si bien es cierto que el arbitraje en línea no constituye una novedad post COVID-19, también es de mencionar que el común denominador de los procesos que se venían llevando de forma presencial, e inclusive una buena proporción de los Centros de Arbitraje, no contaban con un reglamento que instruyera su realización a distancia.

De allí que, entre tantos pronunciamientos, la Cámara de Comercio Internacional emitiera la *“Nota de orientación de la CCI sobre Posibles Medidas Destinadas a Mitigar los Efectos de la Pandemia del COVID-19”*⁹, mediante la cual se establecen recomendaciones para las partes, abogados y tribunales arbitrales, y se exhorta a los Centros de Arbitrajes afiliados a la Cámara, a proponer a las partes la utilización de cualesquiera medios electrónicos estén a la disposición, con el propósito de no retrasar el desarrollo de los procesos en curso y continuar abiertos al conocimiento de conflictos futuros.

Al mismo tiempo, no han sido pocas las Instituciones de Arbitraje que han decidido adaptarse a esta nueva realidad por medio de las modificaciones de reglamentos arbitrales con vista a la virtualidad e instrumentación del teletrabajo, de lo cual nos permitimos hacer una referencia:

- Se encuentra que fue CIETAC *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC), quien el 1 de enero de 2020 promovió el desarrollo de un sistema de presentación online y una cuenta pública de WeChat¹⁰ para reuniones,

⁹ Cámara de Comercio Internacional. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/05/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-spanish.pdf>, consultado el 17 de mayo de 2020.

¹⁰ Plataforma de comunicación equivalente a Whatsapp en Occidente.

brindando el apoyo a sus usuarios con la edición de la “Guía de Arbitraje” para la presentación de “Casos Online”.

- Por su parte, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, comunicó el 16 de marzo de 2020 que debido a la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, implementarían la modalidad de teletrabajo para continuar colocándose a disposición de las partes y sus apoderados, así como para la programación de audiencias virtuales, recepción de los documentos de manera virtual mediante correos entre otras cosas.
- El Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones publicó una *“Nota de introducción inicial a los servicios y tecnología de sus audiencias virtuales con motivo del COVID-19”*, señalando que su plataforma de videoconferencia no requiere hardware o software especial, permitiendo la participación en audiencias con conexión a internet y si es deficiente, a través de conexión telefónica.
- La Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, comunicó en fecha 2 de abril de 2020, la prestación de sus servicios de manera virtual, pidiendo hacer uso de su infraestructura tecnológica, ello con vista a la Ley No. 21.226, que estableció un “régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicios de acciones que indica” por el impacto de la enfermedad COVID-19.

Dichas reformas corroboran el alcance y protagonismo que ha tomado el Arbitraje Virtual, como consecuencia de las medidas producidas por la pandemia. Sin embargo, han sido también otros los argumentos que operan a favor de dicha institución.

La dinámica económica y contractual sufrió daños a pasos galopantes. El cumplimiento de las obligaciones se vio trastornado por el propio fenómeno, planteando nuevas controversias y reclamaciones que han llevado a los abogados en todo el mundo a revisar los parámetros de la ejecución de los contratos y la interpretación de sus cláusulas con ocasión a la pandemia. Particularmente, contratos de utilización del buque como el fletamento o el transporte marítimo de mercancías, se han visto afectados tras las restricciones y limitaciones impuestas

por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Marítima Internacional (OMI), con respecto a los buques, las medidas de restricción de acceso a zonas portuarias, cierre de fronteras marítimas, paralización de terminales entre otro cúmulo de situaciones.

Tales eventualidades han limitado a las partes en la consecución de sus compromisos legales y contractuales, afectando la rentabilidad financiera de los mismos, y dando apertura a un conjunto de argumentos y teorías jurídicas relativas a eximentes de responsabilidad, que no solo pecan de ser profundas, especiales y distintivas para una materia en específico, sino que adicionalmente no encuentran un consenso o interpretación uniforme en la doctrina o en el Derecho Comparado.

Ejemplo de estas nociones han sido las referencias hechas al derecho continental, en cuanto a la “Fuerza Mayor” o el “Caso Fortuito”, mediante las cuales se discute si la Pandemia constituye una causa no imputable al Deudor, que lo imposibilita en el cumplimiento de su deber. Por otro lado, bien es cierto que el derecho anglosajón carece de tales eximentes en términos de aplicación jurisdiccional, donde más bien suele aplicarse la teoría excepcional de la frustración contractual (*Frustration of Charterparty*), donde se propone la existencia de un hecho imprevisible e insuperable para el deudor que altera de lleno las circunstancias en que la prestación debe ejecutarse, con respecto a cómo fueron originalmente pactadas. Con respecto a esto último el destacado maritimista español José María Alcántara, señala: *“La aplicación de esta cláusula implícita procedente de la doctrina más antigua nos llevaría a una interpretación más extensiva y lógica en la que las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles con daños extraordinarios puedan dejar sin efecto el contrato o modificar las prestaciones exigibles pactadas”*.

Por otro lado, los puertos tampoco escapan a las ya planteadas discusiones sobre responsabilidad, donde se manejan reclamaciones contra las aseguradoras de estos, basadas en el lucro cesante (*Business Interruption*) por la inoperatividad de las infraestructuras, máquinas y bienes del Puerto que ha generado el COVID-19. En este sentido, las coberturas prestadas para este tipo de bien asegurable se encuentran asociadas a la propiedad, cuya interrupción de negocios siempre es consecuencia de una pérdida física, vg. un incendio o

daño a una máquina, resultando complejo el poder hacer valer tal cobertura como consecuencia de la Pandemia sin una pérdida física en sentido estricto, o por decisiones de gobiernos sobre confinamiento general y cierre de negocio. Tales circunstancias darán lugar a muchas discusiones; de hecho, se discuten legislaciones para obligar a los aseguradores a cubrir estos reclamos. Actualmente se discute una propuesta en New Jersey.

Ahora bien, independientemente de las consideraciones que surjan con respecto a estos tópicos, no cabe duda que resulta más conveniente para las partes en disputa dirimir las reclamaciones o diferencias fundadas en torno a la “Fuerza Mayor”, “Caso Fortuito” o de “Interrupción de Negocio”, ante árbitros expertos con credenciales, que por los órganos jurisdiccionales.

En el ámbito judicial venezolano, el COVID-19 también tendrá incidencia en cuanto al funcionamiento regular de los tribunales, ello como consecuencia de la suspensión de las actividades judiciales, lo cual ha acarreado por una parte, el retraso procesal de las causas en curso, y sus acumulaciones; avizorándose por otra parte, la necesaria regulación del aforo máximo en los recintos tribunales entre otras posibles medidas sanitarias, incidiendo sin duda alguna en el cabal funcionamiento de la administración de justicia. Lo anterior limita el ejercicio profesional del derecho, y fundamentalmente la garantía del Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva, aunado a los vicios y deficiencia, y el progresivo deterioro que persiste en nuestro sistema judicial.

El Arbitraje Virtual y su vigencia en Venezuela

El Arbitraje en su modalidad virtual, por definición pretende trasladar la interacción física de las partes a las plataformas digitales, desarrollando el procedimiento a distancia por medio de la Red. Tales plataformas en la actualidad son amparadas por la tecnología y cada día mucho más avaladas por los ordenamientos jurídicos. No queda duda entonces que el Arbitraje Virtual se puede entender como aquel mediante el cual, las partes deciden someter la resolución de controversias relacionadas a un vínculo jurídico, a un grupo determinado de jurados, autorizando que se lleven a cabo

la totalidad de diligencias y actuaciones procesales que compongan al mismo de manera electrónica. En este mismo sentido Hernando Camila (2015), comenta lo siguiente:

“El arbitraje en línea es similar al arbitraje tradicional en el sentido en que un tercero elegido por las partes emite una decisión en el caso después de haber escuchado todos los argumentos relevantes y de haber observado la evidencia por ellas presentada. Lo característico de este tipo de arbitraje es que todas las actuaciones (o casi todas ellas) que se realizan en el procedimiento tienen lugar a través de internet o utilizando medios electrónicos. “De acuerdo a lo anterior estaremos en presencia de un Arbitraje Virtual ‘cuando los árbitros y los sujetos procesales utilicen el ordenador y la tecnología de las comunicaciones para realizar ciertas actuaciones a distancia, es decir, no en forma presencial”.

Es por ello que en lo que al Arbitraje respecta, elementos como la activación de la cláusula, la práctica notificaciones, el nombramiento de los árbitros, las audiencias y demás, son algunas de las diligencias que deberán adaptarse al sistema digital.

Ahora bien, a pesar de que en países de tradición arbitral la virtualidad no constituye una novedad de reciente data, al haberse implementado modalidades no presenciales, medios telemáticos o electrónicos por Centros de Arbitrajes importantes, también ha quedado claro que se ha manifestado un acelerado crecimiento desde los inicios del año 2020, en virtud del COVID-19. No obstante, al mismo tiempo surgen dudas con respecto a la validez jurídica que estas actuaciones podrían tener al efectuarse de manera virtual.

Efectuando un somero repaso sobre la institución no cabe duda, por ejemplo, que ante un eventual Arbitraje Virtual toda la información que se transmita entre las partes y los árbitros por vía electrónica, susceptible de ser almacenada (escritos, notificaciones, solicitudes de medidas cautelares e incluso audiencias grabadas) constituye un “Mensaje de Datos” a la luz de la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. En este sentido, nos preguntamos si a través de

una interpretación de la mencionada norma, y de las disposiciones de la LAC, quedarían habilitadas las partes a consentir el uso de plataformas electrónicas para la constitución de un arbitraje.

Como primer punto de referencia nos aventuramos a efectuar una interpretación del artículo 9 de la LAC, el cual en su primer párrafo estipula:

“Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral lo determinará, atendiendo a las circunstancias del caso, inclusive la conveniencia de las partes. No obstante, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones, oír las declaraciones de los testigos, los peritos o las partes, o para examinar mercancías, otros bienes o documentos”.

Ciertamente el legislador corrobora el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al espacio en donde se desarrolle el arbitraje. Por ende, tomando en consideración que el desarrollo humano propone el uso de herramientas innovadoras, evolucionando consigo su comprensión acerca del mundo, todo apunta a que dicho espacio o “lugar” no necesariamente debe ser uno físico, sino que el mismo puede verse representado a través de una plataforma que materialice nuestra presencia y libre voluntad, incluso cuando es a distancia. Es aquí donde la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, toma un papel fundamental al otorgar validez jurídica a las actuaciones virtuales. En su artículo 4 establece que los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, siendo que su promoción y control judicial, ante una posible impugnación, quedarán sometidas al régimen de pruebas libre del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, cualquiera de las actuaciones que se asienten en una plataforma digital tendrán el respaldo de las disposiciones anteriores.

Surge también la interrogante de cómo verificar que el Mensaje de Datos proviene de manera cierta de un emisor específico. Ante esta incógnita la Ley dispone en su artículo 9 que las partes pueden estipular de mutuo acuerdo los mecanismos de autenticación,

para lo cual, en cuanto al Arbitraje respecta, la reciente Guía para la Conducción de Casos a través de Medios Electrónicos, del CEDCA se sirve en Venezuela como un instrumento disponible para las partes. Establece el Centro, que de manera previa a la constitución del Arbitraje las partes pueden ratificar la aceptación de los términos para que el Arbitraje se desarrolle a través de medios electrónicos, para la presentación, envío y recepción de escritos y comunicaciones, así como también cualquier audiencia o reunión prevista en el Reglamento del Centro.

A su vez, la mencionada norma determina, en ausencia de acuerdo, un régimen para la determinación del emisor y su recepción, agregando adicionalmente en su Capítulo VI, un completo esquema de Firmas Electrónicas Certificadas, que jurídicamente contienen la misma validez y eficacia probatoria que las firmas autógrafas. Serían dichas firmas el medio más seguro que proporciona la ley a las partes involucradas en Arbitraje para autenticar el contenido de los Mensajes de Datos que se intercambien durante el proceso, o inclusive una vez recibida la grabación de audiencia, firmar electrónicamente una declaración que certifique su presencia en la misma¹¹.

En consecuencia, aun cuando las disposiciones de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas escapan en su profundidad del objeto de este artículo, bien es cierto que un repaso somero sobre su contenido confirma la posibilidad de poder efectuar un Arbitraje Virtual respaldado por el ordenamiento jurídico, y en última instancia, con la misma eficacia que la ejecución de un Arbitraje Presencial.

Aunado a tales consideraciones, una vez más se resaltan las ventajas que dicha modalidad posee. En nuestro caso, la economía volátil que poseemos, con índices inflacionarios significativos, repercute en el alza de costos relacionados con el acceso a la justicia ordinaria. Ello se refleja en componentes tales como los emolumentos para impulsar los procesos judiciales; el costo de impresiones fotostáticas de los documentos; el desplazamiento o traslado a los tribunales; todo ello aunado a las mencionadas incidencias del COVID-19, lo que plantea la imperiosa necesidad de auspiciar y promover al arbitraje, y en par-

¹¹ Para ello, entre las formas estipuladas por la Ley, el legislador prevé un Certificado de Firmas Electrónicas otorgado a cada signatario por medio de un Proveedor de Servicios de Certificación autorizado por el Estado Venezolano.

ricular el arbitraje virtual para dirimir las diferencias o reclamos planteados. Muchos de esos costos se simplifican dentro de la modalidad virtual, y nos acercaría más a un prospecto de Justicia evolucionada.

Adicionalmente, el tratamiento jurisdiccional de las causas en materia acuática ha sufrido un significativo retroceso luego del proceso de descentralización que trasladó la competencia marítima a los tribunales de la jurisdicción civil y mercantil. El arbitraje por excelencia, no solo asegura la celeridad de las causas, sino también su estructura acerca más a los particulares a una posible efectividad en la toma de decisiones, debido a la experticia corroborada de los profesionales nominados para ocupar el puesto de árbitro.

La Sentencia Interlocutoria No. 0042 de la Sala Constitucional del TSJ

Resulta obligado efectuar mención sobre la polémica y reciente solicitud de Avocamiento interpuesta por “APC”, la cual ha generado un fallo interlocutorio por parte de la Sala Constitucional cuando menos preocupante para el sector¹², dada la importancia, trascendencia, así como la notoriedad e interés generados en los foros arbitrales y del derecho tanto nacional, como extranjero.

Para la mejor comprensión del análisis de la solicitud de avocamiento en referencia, necesario resulta poner en contexto de manera sucinta los antecedentes del arbitraje, debiendo comenzar por señalar, que en fecha 10 de febrero de 2020 la representación legal de “APC” presentó ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia solicitud de Avocamiento relativa a la causa arbitral planteada por “MODEXEL” por ante el Centro Empresarial de Arbitraje y Conciliación (CEDCA), solicitándole a la Sala: “... () ... (i) ADMITIR LA PRESENTE SOLICITUD DE AVOCAMIENTO y, ... () ...”, y “...()... (ii) se sirva declarar PROCEDENTE EL AVOCAMIENTO, con lo cual, vista la importancia de los hechos que nos ocupan, esa la Sala tome las medidas a que hubiere lugar para restituir el orden público constitucional quebrantado en la forma explicada, de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”.

¹² Sala Constitucional, Sentencia Interlocutoria No. 0042 de fecha 20 de febrero de 2020.

En la premisa introductoria de su escrito la peticionante “APC”, denuncia los presuntos Derechos Constitucionales violados en los términos siguientes: *“En el caso que nos ocupa, existen suficientes elementos que debe evaluar esta Sala Constitucional como máximo garante de la uniformidad en la aplicación de la Constitución para que se avoque en forma excepcional para el conocimiento del asunto, en virtud de estar en presencia de violaciones de orden público constitucional acá delatados en cuanto a algunos excesos habrían llevado a la “desnaturalización” de la función del Tribunal arbitral, no obstante de estar constituidos de respetados colegas y honorables árbitros”*. Como violaciones a los Derechos y Garantías Constitucionales, “APC” señala: 1.- Violación del Derecho Constitucional a la Defensa, (Art. 49 CRBV); 2.- Violación del Derecho Constitucional a la Tutela Judicial Efectiva, (Art. 26 CRBV), y 3.- Violación de la Garantía Constitucional al Debido Proceso, (Art. 49, ord.8, CRBV).

En febrero de 2020, la Sala de Constitucional según sentencia No. 0042, decide: 1.- “ORDENA al Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), remitir el expediente no. 145-18, nomenclatura de dicho Tribunal, contentivo de la demanda arbitral ejercida conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Reglamento General de ese Centro de Arbitraje, por la sociedad mercantil MODEXEL CONSULTORES Y SERVICOS, S.A, respecto a la sociedad mercantil ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A, para lo cual se ordena al mismo para que remita dicho expediente en el lapso de cinco (5) días de despachos siguientes a su notificación a objeto de decidir sobre la petición formulada por el abogado Luis Alberto Petit Guerra, actuando con el carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil ALIMENTOS POLAR COMERCIAL, C.A.”; 2.- “ACUERDA la SUSPENSION de los actos procedimentales de la causa, que sigue MODEXEL CONSULTORES E SERVICOS, S.A. (MODEXEL) ante el Tribunal Arbitral constituido ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), en expediente No. 145-18, y de los actos de ejecución hasta que se decida el fondo del asunto”.

Diversas asociaciones vinculadas con el arbitraje han fijado posición sobre la solicitud de avocamiento por parte de “APC”, y la sentencia interlocutoria de la Sala Constitucional ordenando al CEDCA la remisión del expediente arbitra. La primera en pronunciarse fue la

Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA), destacando del comunicado que resulta un hecho sin precedente que en el arbitraje que, en nuestra opinión, pone en gran riesgo la independencia y el respeto de la institución del Arbitraje Comercial en Venezuela, amparada por la Constitución de la República y sus Leyes; que “el Arbitraje es una jurisdicción especial y autónoma, escogida por las partes en base a la autonomía de su voluntad, que excluye al Poder Judicial del conocimiento de la disputa”; y que “El avocamiento es una facultad especialísima que tienen las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, que se aplica por mandato legal a las causas que cursan por ante los tribunales que integran la jurisdicción ordinaria que conforma el Poder Judicial”. La Asociación Venezolana de Derecho Marítimo (AVDM) y la Rama Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), también fijaron posición, señalando que “las Asociaciones suscritas ven con suma preocupación las actuaciones realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sin que exista un laudo arbitral definitivo y descatando las disposiciones de rango constitucional y legal que regulan específicamente la interacción entre el poder judicial y la institución del arbitraje en Venezuela”; que, “Consagra el texto constitucional además que la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia deben ser gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”; en atención a las consideraciones expuestas precedentemente, y dada la preminencia de la cual goza el arbitraje como institución, y medio alternativo para dirimir las diferencias o controversias en el ámbito marítimo-portuario, y de seguro, tanto comercial, como legalmente; es por lo cual vemos con preocupación las implicaciones que a futuro tendría la decisión de la Sala Constitucional, en el arbitraje marítimo tanto nacional, como internacional, y su eventual pérdida de confianza como institución en lo referente a Venezuela. Por otra parte, en fecha 12 de mayo de 2020, el Comité de Arbitraje de la International Bar Association (IBA) envió comunicación al Presidente del Colegio de Abogados de Caracas, con similares consideraciones legales a las antes referida, señalando finalmente el IBA que “Exhorta enérgicamente a la Federación de Abogados de Venezuela a que eleve estas preocupaciones a la Sala Constitucional, ya sea a través de

declaración pública o, si lo considera posible y apropiado, a través de una intervención formal en el procedimiento de ‘avocamiento’”.

En respuesta a la comunicación del IBA, en fecha 19 de mayo de 2020, EMPRESAS POLAR, en la persona de su Director de Asuntos Legales y Regulatorios, emitió comunicación en donde fija posición señalando que “dicho arbitraje se deriva de una disputa contractual regida en su totalidad por las leyes venezolanas, tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo, ... () ... Por lo tanto, nos sorprende que la IBA haya decidido hacer comentarios sobre una disputa enteramente nacional”; señala seguidamente, “Así pues, APC, sería declarada responsable de un caso que nunca fue adecuadamente presentado por la contraparte. Además, la determinación de responsabilidad propuesta en el borrador del laudo es contraria a las pruebas presentadas durante el arbitraje, incluido el hecho de que el cumplimiento por parte de Modexel de sus propias obligaciones fue notoriamente deficiente”; expresando seguidamente que “Estas anomalías refuerzan nuestra convicción de que en el presente caso se ha producido una violación de nuestro derecho al debido proceso”.

Breves comentarios sobre la Sentencia Interlocutoria No. 0042

La Sentencia Interlocutoria No. 0042 de la Sala Constitucional sobre la solicitud de avocamiento planteado por “APC” ha llamado la atención de las instituciones antes mencionadas relacionadas con el arbitraje, pero también de destacados y reconocidos abogados del foro arbitral, dada su trascendencia e implicaciones futuras. Coincidentes han sido las opiniones legales y doctrinarias dadas, y las referencias jurisprudenciales señaladas, sobre el arbitraje y del recurso de nulidad como única vía de impugnación del laudo arbitral; de la improcedencia del avocamiento por ser propia de la jurisdicción ordinaria; y de la autonomía e independencia del arbitraje frente al poder judicial, entre otros argumentos. Nosotros, sin embargo, quisiéramos hacer énfasis sobre dos aspectos específicos: la autonomía e independencia de que está revestido el arbitraje y, por otra parte, la vinculación del avocamiento a las decisiones de los tribunales.

En cuanto a la autonomía e independencia del arbitraje, de la lectura de la LAC, de la solicitud de avocamiento, y de la decisión de la Sala Constitucional, y animados por no resultar repetitivo con las opiniones y criterios legales antes referidos, nos planteamos el análisis hermenéutico de los artículos 4 y 43 de la LAC, atendiendo a lo preceptuado en el artículo 4 del Código Civil Venezolano, relativo a los principios de interpretación de la ley, teniendo como premisa que el carácter autónomo e independiente de la institución le viene dada por la misma Ley de Arbitraje Comercial, de acuerdo a la categórica redacción de dos normas; el artículo 4, el cual expresa: “El ‘Acuerdo de Arbitraje’ es un acuerdo ... () ... El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria”; señalando luego en el artículo 43: “Contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad” (subrayado nuestro). De una detenida lectura de ambas normas, su imperativa y determinante redacción, y en la concreción de sus significados y alcances se desprenden de las mismas la *autonomía e independencia* de la cual está revestido el arbitraje.

En abono de lo expuesto precedentemente, necesario nos resulta atendiendo al diáfano contenido normativo de los citados artículos, y los vocablos “exclusivo y excluyente”, y “únicamente”, remitirnos a los principios de interpretación de la ley contemplado en el artículo 4 del Código Civil Venezolano, el cual señala: “... *A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí, y la intención del legislador. Cuando no hubiera disposición precisa de la ley, se tendrá en consideración las disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; y si hubiera todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho*”. La Sala de Casación Civil Accidental en sentencia No. 4, de fecha 15 de noviembre de 2001, Exp. 99-003 estableció el contenido y alcance del referido artículo 4, en los siguientes términos: “...*Cuando la Ley es diáfana muestra su propia transparencia; cuando la ley es clara, ella refleja la imagen de su contenido de una manera sencilla y natural, sin un gran trabajo de la mente, sin mayor esfuerzo de raciocinio, por lo cual el juez la aplica sin propiamente interpretarla según las reglas clásicas de interpretación, pues en este caso es cuando se entienden el adagio que dice que cuando la Ley es clara no necesita interpretación*”.

Con base al referido criterio jurisprudencial y del análisis normativo expuesto resulta concluyente que el artículo 43 de LAC, no permite interpretación en contrario sobre el recurso de nulidad como único medio de impugnación de los laudos arbitrales, debiendo la Sala Constitucional declarar improcedente el ejercicio recursivo de la citada solicitud de avocamiento, caso contrario se estaría incurriendo en violaciones de principios Constitucionales, legales, y de las propias decisiones de las distintas Salas del TSJ, incluyendo la Sala de Constitucional lo cual resultaría un contrasentido.

El segundo aspecto a ser mencionado, esto es la vinculación del avocamiento a las decisiones de los tribunales, obliga a revisar el contenido de los artículos 31 y 106 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ) que al referirse al avocamiento y la facultad de requerir cualquier expediente o causa, hacen alusión expresa a “... que curse ante otro tribunal”; y que “podrá recabar de cualquier tribunal”, de lo que se infiere la indefectible relación entre el avocamiento y los asuntos judiciales, como resulta lógico suponer.

El artículo 106 de la Ley que regula al TSJ señala: “Cualesquiera de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en las materias de su respectiva competencia, de oficio o a instancia de parte, con conocimiento sumario de la situación, podrá recabar de cualquier tribunal, en el estado en que se encuentre, cualquier expediente o causa para resolver si la avoca y asume el conocimiento del asunto o, en su defecto, lo asigna a otro tribunal”. Cabe aquí preguntarse cómo tratándose de la decisión de un panel arbitral pudo el TSJ admitir la solicitud del avocamiento planteada. En abono a este razonamiento resulta pertinente la lectura del artículo 108 de la LOTSJ: “La Sala examinará las condiciones de admisibilidad del avocamiento, en cuanto a que el asunto curse ante algún tribunal de la República, independientemente de su jerarquía y especialidad o de la etapa o fase procesal en que se encuentre, así como que las irregularidades que se aleguen hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia a través de los medios ordinarios...” Surge, nuevamente, la interrogante sobre el porqué el TSJ admitió la solicitud de avocamiento de un asunto que no cursa ante un tribunal de la República; y si la parte afectada oportunamente reclamó las irregularidades denunciadas a través de los medios ordinarios, cuando la decisión arbitral objetada es un

borrador que, de conformidad con el Reglamento del CEDCA, está sujeta a observaciones de las partes¹³.

Comentario final

A lo largo del presente trabajo hemos explicado cómo el COVID-19 y la “Nueva Normalidad”, imponen la revisión de la manera tradicional en que muchas actividades se vienen desarrollando, entre ellas, el arbitraje comercial. Así, la pandemia ha potenciado el llamado “Arbitraje Virtual” abriéndose un espectro de interesantes posibilidades, para hacer frente a la paralización y deficiencias mismas del sistema judicial. Lo anterior es, particularmente, cierto en el caso venezolano en donde el TSJ acordó la suspensión del despacho de los tribunales por medio de la Resolución No. 2020-0001, del 20 de marzo de 2020, la cual ha sido prorrogada por medio de otras resoluciones hasta la actualidad. Aún en un escenario post COVID-19, en el que el órgano judicial reanude sus actividades, el arbitraje sigue siendo una alternativa para colocar en manos de expertos el manejo de asuntos que requieren de un conocimiento a fondo de la materia. Esto aplica, igualmente, al caso venezolano en donde desde 3 de mayo de 2017, el TSJ otorgó según Resolución No. 2017-0011, la competencia marítima a jueces de Primera Instancia y Superior de cada Estado, sin conocimientos especializados para el manejo de temas técnicos tales como la avería gruesa, contratos de fletamento o contaminación marina, sin mencionar los retardos procesales propios de nuestro sistema judicial.

Es justo reconocer, sin embargo, el poco desarrollo del arbitraje marítimo en nuestro país, y la necesidad de promover e impulsar su práctica –tarea pendiente que tienen la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y la Rama Venezolana del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo– lo que solo sucederá si se logra convencer a la comunidad marítima acerca de la conveniencia de dirimir sus disputas ante un centro (s) arbitral (es) confiable (s) y una jurisdicción en la que la seguridad jurídica le sirva de asiento.

La sentencia interlocutoria No. 0042 de la Sala de Casación Civil del TSJ, suficientemente revisada en párrafos precedentes, en nada

¹³ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Reglamento de Conciliación y Arbitraje, Art. 24 de la Presentación previa del laudo.

contribuye a sentar las bases para ese desarrollo, por el peligro que corre la institución del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, resultado de la intromisión del órgano judicial sobre las actuaciones del tribunal arbitral¹⁴.

Urge, entonces, insistir en nuevas iniciativas institucionales e individuales bien a través de exhortos o acciones formales (*amicus curiae*) en el procedimiento mismo de avocamiento, para llamar la atención del Tribunal Supremo de Justicia sobre las adversas consecuencias de “avocarse” definitivamente al conocimiento del asunto, pues tal decisión generaría desconfianza en el mundo comercial y el ejercicio profesional sirviendo, además, de desincentivo en el uso y fomento del arbitraje, en vez de conocer del asunto eventualmente, y de conformidad con la LAC, por vía del Recurso de Nulidad contra el laudo definitivo, tal y como lo prevé la legislación aplicable.

Referencias

- AVENDAÑO, Miguel. “El Ciberarbitraje: Una nueva herramienta del siglo XXI para resolver los conflictos surgidos del comercio electrónico”. Barquisimeto, Venezuela, 2016. Disponible en: <https://es.slideshare.net/Miguelav76/arbitraje-virtual>, consultado el 26 de mayo de 2020.
- CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL. “Nota de orientación de la CCI sobre posibles medidas destinadas a mitigar los efectos de la pandemia del COVID- 19”, 2020. Disponible en: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/05/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-spanish.pdf>, consultado el 17 de mayo de 2020.
- CANGA, María Eugenia. “El arbitraje como medio alternativo para la resolución de conflictos surgidos en el comercio electrónico y su

¹⁴ Afortunadamente, mediante sentencia No. 0151 del 30 de abril de 2021, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia rechazó la solicitud de avocamiento planteada por Alimentos Polar Comercial, C.A. en virtud de la demanda arbitral presentada por Modexel Consultores e Servicios, S.A. ante el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), siendo negado el pretendido avocamiento al considerar que el mismo es una figura de carácter eminentemente excepcional y restringida, la cual no debe emplearse para interferir en juicios arbitrales cuyos desacuerdos procesales deben canalizarse mediante uno los medios previstos en la Ley de Arbitraje Comercial como es el recurso de nulidad de laudo.

- legalidad en la normativa vigente venezolana”, Universidad Privada Dr. Rafael Belloso Chacín. Maracaibo, Venezuela, 2005. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/993/99318837008.pdf>, consultado el 10 de mayo de 2020.
- CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE. Estadísticas 2016. Disponible en: <http://www.cedca.org.ve/wp-content/uploads/2017/01/Estadisticas-2016.-Diciembre.pdf>, consultado el 10 de mayo de 2020.
 - CIAR GLOBAL. “*Reacción ante la Covid-19 de las cortes de arbitraje en los cinco continentes*” Madrid, España, 2020. Disponible en: <https://ciarglobal.com/reaccion-a-la-covid-19-de-las-cortes-de-arbitraje-en-los-cinco-continentes/>, consultado el 3 de junio de 2020.
 - COVA ARRIA, Luis. “El Arbitraje Marítimo”, Boletín N° 153 de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Caracas, Venezuela, 2014. Disponible en: http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/2014/BolACPS_2014_153_117-132.pdf, consultado el 9 de mayo de 2020.
 - DE LOS SANTOS, Carlos. “¿Revolucionará el COVID-19 el arbitraje?”, España, 2020. Disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/revolucionara-el-covid-19-el-arbitraje, consultado el 3 de junio de 2020.
 - DE NAVARRO, Marielis. “Arbitraje comercial: Nuevo paradigma para la administración de justicia”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Rafael Belloso Chacín (URBE), Maracaibo, Venezuela, 2005. Disponible en: http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-62682005000200005, consultado el 10 de mayo de 2020.
 - Dispute Resolution Clause 2016 - English Law, London Arbitration. Disponible en: https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-clauses/current/dispute_resolution_clause_2016_english_law, consultado el 17 de mayo de 2020.
 - HERNANDO, Camila. “Arbitraje en Línea y Debido Proceso”, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2015. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/135411/Arbitraje-en->

l%C3%ADnea-y-debido-proceso.pdf?sequence=1&isAllowed=y, consultado el 10 de mayo de 2020.

- HONG KONG INTERNATIONAL ARBITRATION CENTER. Estadísticas 2019. Disponible en: <https://www.hkiac.org/about-us/statistics>, consultado el 17 de mayo 2020.
- Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia. “Falta de jurisdicción por cláusula de arbitraje”, sentencia N° RC.000495. Disponible en: <https://www.accesoalajusticia.org/jurisdiccion-medidas-cautelares-y-clausula-de-arbitraje/>, consultado el 6 de junio de 2020.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 192 del 28 de febrero del 2008 (Caso: Bernardo Weininger y otros). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/192-280208-04-1134.HTM>, consultado el 6 de junio de 2020.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.067 del 3 de noviembre del 2010 (Caso: Astivenca Astilleros de Venezuela). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1067-31110-2010-09-0573.HTML>, consultado el 6 de junio de 2020.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 1.773 del 30 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/1773-301111-2011-11-0381.HTML>, consultado el 6 de junio de 2020.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentencia N° 347 del 11 de mayo de 2018. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/211103-0347-11518-2018-17-0126.HTML>, consultado el 6 de junio de 2020.
- Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia N° 0042 del 20 de febrero de 2020. Disponible en: <http://www.tsj.gob.ve/es/web/tsj/decisiones#>, consultado el 6 de junio de 2020.
- TORRES PLAZ & ARAUJO. “Tip de resolución de controversias: Conducción de casos a través de medios electrónicos

- Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)”, Caracas, Venezuela. 2020. Disponible en: [https://storage.googleapis.com/wzukusers/user-30651903/documents/8871b847c19f4da89ccba968e798a26f/Tip%20de%20Resolucion%20de%20Controversias%20-%20Conducci%C3%B3n%20de%20casos%20a%20trav%C3%A9s%20de%20medios%20electr%C3%B3nicos%20%E2%80%93%20Centro%20Empresarial%20de%20Conciliaci%C3%B3n%20y%20Arbitraje%20\(CEDCA\).pdf](https://storage.googleapis.com/wzukusers/user-30651903/documents/8871b847c19f4da89ccba968e798a26f/Tip%20de%20Resolucion%20de%20Controversias%20-%20Conducci%C3%B3n%20de%20casos%20a%20trav%C3%A9s%20de%20medios%20electr%C3%B3nicos%20%E2%80%93%20Centro%20Empresarial%20de%20Conciliaci%C3%B3n%20y%20Arbitraje%20(CEDCA).pdf), consultado el 17 de mayo de 2020.

- Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, publicada en la Gaceta Oficial N° 36.860, de fecha 30 de diciembre 1999.
- Venezuela. *Ley de Arbitraje Comercial*, Gaceta Oficial N° 36.430, de fecha 7 de abril de 1998.
- Venezuela. *Ley de Comercio Marítimo*, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.351, de fecha 5 de enero de 2006.
- Venezuela. *Ley Orgánica del Tribunal de Supremo de Justicia*, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.483, de fecha 9 de agosto de 2010.



El Arbitraje Venezolano en contratos de transporte de mercancías por agua: ¿incompatible con la inderogabilidad de la jurisdicción?

Benjamín Moisés Cordero Cote

La inderogabilidad de la jurisdicción venezolana en controversias derivadas de contratos de transporte marítimo debería ser, a nuestro juicio, una cuestión superada tanto en el plano académico como en el judicial. El artículo 10 de la Ley de Comercio Marítimo (en lo adelante LCM) es tajante al asegurar que solo la jurisdicción venezolana conocerá de *“acciones en materia de contrato de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano”*.

Ya en el pasado¹ hemos explicado lo que creemos que son las razones detrás de esta disposición: la primera tiene que ver con la condición de contrato de adhesión del conocimiento de embarque, cuyas cláusulas son construidas e incorporadas en su reverso por el transportista, sin mediar negociación alguna con los intereses de la carga; esto no escapa de las cláusulas de resolución de controversias, a través de las cuales se condiciona a las partes a dirimir sus disputas en procesos judiciales o arbitrales delimitados, generalmente constituidos en territorios extranjeros distintos a los puertos de origen o destino contemplados en el contrato. Ello a nuestro juicio, también

¹ Benjamín Cordero. (2019). *Efectividad de la Cláusula de Jurisdicción en los Contratos de Fletamento, según lo asentado por la legislación y jurisprudencia venezolana*. Trabajo de grado para optar por el título de Abogado. Universidad José Antonio Páez, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Valencia; *El Arbitraje Venezolano en contratos de transporte de mercancías por agua: ¿incompatible con la inderogabilidad de la jurisdicción?* Revista MARC. 2da. Edición. Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Diciembre de 2025.

guarda relación con el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 26 de la Constitución, siendo que, generalmente en la práctica del negocio, los intereses de la carga tienen su asiento comercial estrictamente en los puertos de origen o destino, lo cual torna más compleja su participación en procesos extranjeros cuya elección ha sido unilateralmente pactada mediante la cláusula antes referida.

Con vista a los elementos antes mencionados, el Tribunal Supremo de Justicia antes de la promulgación de la Ley de Comercio Marítimo ya había emitido cierto pronunciamiento sobre este asunto, mediante la sentencia N° 1.252 del 30 de mayo de 2000, dictada por la Sala Político-Administrativa en el caso *El Gran Blanco v. Netloy-Linbebe*. En esa decisión, la Sala calificó al conocimiento de embarque como un contrato de adhesión que excluye debate sobre sus cláusulas por parte de los intereses de la carga, incluyendo la cláusula de elección de jurisdicción. Asimismo, advirtió que admitir cláusulas que excluyan la jurisdicción venezolana en estos contratos puede menoscabar el derecho de los nacionales a acceder a la justicia antes mencionado.

El legislador venezolano, al igual que ocurre en otras jurisdicciones, identificó una situación de “debilidad jurídica” o “desigualdad contractual” que suele afectar la posición del embarcador o consignatario de las mercancías frente al transportista marítimo. En atención a esta circunstancia, y con el propósito de proteger determinados principios e instituciones legales que rigen esta modalidad contractual, se optó por establecer un régimen particular para el transporte marítimo de mercancías. Este régimen se recoge en el artículo 149 de la Ley de Comercio Marítimo (LCM), y reviste carácter imperativo, limitando así la posibilidad de que las partes modifiquen contractualmente su aplicación.

En este contexto, cobra especial relevancia lo dispuesto en el artículo 10 de la LCM, el cual establece 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”. Una lectura estrictamente literal de esta norma sugiere que la inderogabilidad de la jurisdicción aplicaría únicamente cuando el destino es un puerto venezolano, permitiendo así, en teoría, su derogación cuando el puerto venezolano es solo el

punto de origen. Sin embargo, creemos que la tendencia jurisprudencial más reciente parece ir en sentido contrario, consolidando la idea de que la jurisdicción venezolana sería inderogable en ambos supuestos, es decir, tanto si el puerto nacional es el de llegada como si es el de partida.

En esta misma línea, resulta oportuno referirse al contenido del artículo 11 de la LCM, el cual dispone que “en los casos que se admita, una vez producido el hecho generador de la acción, la jurisdicción que corresponda a los tribunales venezolanos, podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje”. No obstante, el texto legal no define con claridad cuáles son los casos en los que tal declinatoria sería jurídicamente admisible, lo que deja espacio para diversas interpretaciones.

Ahora bien, si se considera que la finalidad subyacente a esta disposición sobre jurisdicción inderogable es la protección de los intereses de los consignatarios locales, y la garantía de su acceso a una tutela judicial efectiva, cabe preguntarse si el concepto de “jurisdicción” utilizado en el artículo 10 de la LCM debe interpretarse en un sentido amplio. Esto es, si puede entenderse que dicho término hace referencia al sistema de administración de justicia venezolano en su conjunto, tal como lo concibe la Constitución, y no exclusivamente al Poder Judicial ordinario. En tal sentido, cabe preguntarse:

Cuando el legislador habla de “jurisdicción inderogable”, ¿se refiere únicamente a la jurisdicción judicial ordinaria o al sistema de justicia en un sentido amplio?

La jurisdicción, el sistema de justicia y el arbitraje

Por una parte, no podemos perder de vista el concepto de jurisdicción a la luz de los artículos 253 y 258 de la Constitución; la doctrina de la Sala Constitucional (*Sentencia N° 1.139/00 caso: “Héctor Luis Quintero Toledo”*) la ha definido como la potestad o función del Estado de administrar justicia, ejercida en el proceso por medio de sus órganos judiciales². Ahora bien, nos resulta acertado que en esta misma sentencia la Sala, se refiere a los Jueces de Paz y Árbitros como

² Piero Calamandrei. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I, p. 114. EJEA. Buenos Aires. 1973.

formas alternativas de ejercer la jurisdicción, con fundamento a las normas constitucionales que incorporan estas instituciones dentro del sistema de justicia venezolano.

Bajo este criterio, también ratificado por sentencia de la misma Sala (N° 1067/2010 caso: *Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A.*), se puede afirmar que el arbitraje y árbitros venezolanos, por medio del procedimiento legalmente establecido o elegido por las partes, pueden ser considerados órganos jurisdiccionales que forman constitucionalmente parte del sistema de justicia, al dictar decisiones resolutorias de conflicto que adquieren el mismo carácter de cosa juzgada emanado de las sentencias dictadas en la jurisdicción ordinaria, sin que esto signifique una incompatibilidad con la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, a nuestro juicio no debería existir incompatibilidad entre el concepto de jurisdicción y el arbitraje.

Trayendo esta interpretación de la Sala Constitucional, cuyo desarrollo maduró después que fuera publicada y posteriormente reformada la Ley de Comercio Marítimo, a nuestro juicio cabría perfectamente la posibilidad de considerar que, cuando el artículo 10 de la LCM se refiere a una “*jurisdicción inderogable*”, en el contexto de la justificación antes explicada, realmente el legislador engloba las distintas expresiones de jurisdicción que conforman en el sistema de justicia venezolano, incluyendo la institución de Arbitraje y aquellos medios alternativos de justicia amparados por el artículo 253 de la Constitución.

Claramente, para que esto tenga sentido, debe cumplirse un presupuesto emanado del espíritu de la norma: la localización. No resulta lógico pensar que la “*jurisdicción inderogable*” pueda englobar todo tipo de arbitraje, extranjero o nacional; consideramos que se encontrará limitado a aquellos de fácil acceso para los embarcadores o consignatarios en salvaguarda de su interés de acceso a la justicia, *ergo*, el arbitraje realizado en Venezuela. En consecuencia, nos atreveríamos a afirmar que el artículo 10 de la LCM, bajo este criterio interpretativo, y siempre que las partes cumplan los requisitos legales relativos al pacto compromisorio, admite la constitución de un arbitraje en Venezuela para la resolución de disputas derivadas de esta categoría contractual.

2. De la adopción del Arbitraje en Venezuela para el Contrato de Transporte Marítimo de mercancías por agua

El contrato de transporte marítimo suele documentarse mediante el Conocimiento de Embarque (BL), que prueba la relación entre el transportista y el embarcador o consignatario. En su reverso, estos documentos incluyen cláusulas diversas, incluso sobre jurisdicción. Sin embargo, al tratarse de contratos de adhesión, cualquier referencia al arbitraje en Venezuela carecerá de validez si no se cumple con el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial, que exige consentimiento expreso.

Así, el reto para las líneas navieras de tráfico regular, transportistas de contenedores, que deseen incorporar cláusulas arbitrales es lograr que los clientes manifiesten su aceptación de forma expresa e independiente. Más allá de las dificultades para estandarizar esta práctica a nivel internacional, también hay retos logísticos: ya sea mediante confirmación de reserva, intercambio de correos o firmas electrónicas, será clave diseñar mecanismos contractuales claros que obtengan ese consentimiento sin afectar la dinámica operativa. Se trata, en definitiva, de equilibrar seguridad jurídica con viabilidad comercial.

Llegados a este punto, y considerando el riesgo de que un tribunal venezolano no acoja esta interpretación, además de los retos prácticos que su implementación podría representar para las compañías, surge una pregunta esencial para los transportistas: ¿vale la pena incorporar cláusulas de arbitraje en estos contratos? Desde nuestra perspectiva, la respuesta es afirmativa. El arbitraje, como mecanismo complementario al sistema judicial ordinario, ofrece claras ventajas en términos de celeridad, control de costos y previsibilidad, además de garantizar la intervención de especialistas en la materia.

Estas virtudes cobran especial relevancia en el contexto venezolano, donde, desde 2017, la jurisdicción acuática ha sido asumida por jueces civiles y mercantiles, quienes aún enfrentan el desafío de adecuarse a las complejidades del derecho marítimo, conforme lo exige la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos. En este escenario, el arbitraje administrado por centros especializados y árbitros con formación en derecho marítimo no sustituye la justicia ordinaria, sino

que la complementa, aportando eficiencia y técnica a la resolución de disputas.

En consecuencia, la inclusión de cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque que involucren puertos venezolanos puede representar una herramienta valiosa para las líneas navieras, permitiéndoles asegurar que eventuales controversias sean decididas por órganos dotados de igual especialización y previsibilidad, de forma alternativa al sistema de justicia ordinario.

Conclusiones

El criterio de la Sala Constitucional del TSJ confirma que el arbitraje es parte del sistema de justicia venezolano y no contradice la jurisdicción, sino que la complementa. En este sentido, el concepto de “jurisdicción inderogable” del artículo 10 LCM puede interpretarse en un sentido amplio, permitiendo el arbitraje en Venezuela siempre que garantice el acceso efectivo a la justicia para los intereses de la carga.

Para las líneas navieras, esto representa una oportunidad estratégica, como alternativa complementaria de la justicia ordinaria. Así, la incorporación de cláusulas arbitrales en contratos de transporte marítimo de mercancías que tengan como destino puertos venezolanos, estructuradas conforme a la normativa vigente, se perfila como una alternativa viable para la resolución de disputas en materia de comercio marítimo.

La Cláusula de Jurisdicción en el Contrato de Fletamento, a la luz de la Legislación Venezolana*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Preliminar

El derecho y la jurisdicción aplicable son elementos fundamentales en todo contrato de utilización de buques. El tema pareciera no tener mayor complicación, determinado como lo es por el principio de la autonomía de la voluntad, pero en la práctica puede plantear escenarios complejos, especialmente en función de las decisiones judiciales. Es precisamente ésta la razón que nos anima a abordar el tema, a la luz de la normativa contenida en la Ley de Comercio Marítimo venezolana, la Ley de Derecho Internacional Privado y recientes decisiones dictadas por los tribunales con competencia marítima.

El recordado profesor José Domingo Ray define la cláusula atributiva de jurisdicción como aquella *“que se establece en los contratos de utilización del buque, especialmente en los de fletamento y de transporte, determinando la jurisdicción de los tribunales de un Estado para intervenir en caso de litigio”*; generalmente, indica el autor, dicha cláusula se estipula en las pólizas de fletamento, como también en el conocimiento de embarque, con una preferencia notable al sistema jurídico de Londres, incluyendo sus instituciones de arbitraje, aunque Nueva York también se ha constituido en un importante centro. No obstante, sostiene el profesor Ray que se ha planteado la

* Publicado en “El Derecho Marítimo en los albores de la tercera década del Siglo XXI”. Homenaje al Profesor y Doctor Ignacio Luis Melo Ruiz. México: Porrúa, 2019.

problemática acerca de la validez jurídica de dicha cláusula, cuando el consignatario decide sostener su nulidad frente a los tribunales del Estado en el puerto de descarga.

Por otra parte, 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, siendo que se excluye la aplicación de *Lex Fori*, en el entendido de que no habrá juez nacional en términos estrictos, sino más bien un Juez o Árbitro que las partes estiman conveniente.

En este orden, bien señala el magistrado Pérez Benítez que resultarían ineficaces las objeciones hechas en contra de las cláusulas nacidas en el seno de este principio, desde el punto de vista del orden público o del mantenimiento de la soberanía, si dicho orden no refiere específicamente a disposiciones regulatorias, comunes incluso en Europa, que constituyan una jurisdicción inderogable para determinados efectos, siendo que, independiente del sometimiento de la jurisdicción al juez de un Estado, no hay obstáculo para aplicar la ley extranjera, o más bien, la que corresponde según sea lo acordado por las partes.

Ahora bien, tomando en consideración la naturaleza de los sujetos contratantes, como también la del conflicto que acontezca, es lógico pensar que ante la posibilidad de obtener mayores prerrogativas en una jurisdicción específica, cualquiera de las partes prefiera desviar la solución del conflicto a esta última, aun cuando haya pactado en principio algo diferente, de lo cual nace una profunda preocupación dentro del sector, no solo para la ciencia jurídica, sino también para los actores del negocio marítimo, ante la incertidumbre acerca de la efectividad de lo originalmente pactado que, desde luego, responderá a consideraciones legales, pero también de conveniencia comercial.

El presente artículo comprende un análisis sucinto de la cláusula atributiva de jurisdicción en los contratos de fletamento y su regulación en la normativa marítima venezolana, así como una crítica a

la reciente interpretación judicial que la misma ha tenido en el foro venezolano.

Jurisdicción en la Ley de Comercio Marítimo

En el año 2001 se promulga la Ley de Comercio Marítimo¹ (en lo adelante LCM), instrumento legal que significó una profunda modernización de la vieja normativa hasta entonces contenida en el Libro Segundo del viejo Código de Comercio, y otras leyes de pobre redacción. La misma formó parte del llamado paquete de leyes acuáticas, dictadas por mandato de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, promulgada el año anterior, incorporando a la legislación doméstica, en mucho, las principales convenciones marítimas². Adicionalmente, se crea la jurisdicción especial acuática dando así nacimiento a los tribunales marítimos, lo que significó un paso gigantesco, si se tiene presente la falta de especialización que se vivía en el sistema judicial respecto de los asuntos marítimos³.

Como era lógico de esperar la nueva normativa contiene disposiciones relativas a la jurisdicción. Así, el artículo 149 de la LCM, establece: *“Las disposiciones relativas al transporte de mercancías y de pasajeros por agua, son de carácter imperativo, salvo que la ley disponga lo contrario”*. No ocurre así, sin embargo, con las disposiciones relativas a los contratos de arrendamiento a casco desnudo y de fletamento, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 150, aquéllas *“son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que la ley disponga lo contrario”*.

¹ Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.351, de fecha 05-01-2006.

² La Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional se publica en la Gaceta Oficial No. 36.980, de fecha 26-06-2000, previendo su artículo 8 la adecuación de la legislación marítima nacional a la nueva Constitución Bolivariana de Venezuela, aprobada el año anterior. Con fundamento en aquel texto legal verán luz al año siguiente, la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos, Ley General de Marinas y Actividades Conexas, Ley de Comercio Marítimo, Ley General de Puertos, Ley de Pesca y Acuicultura, Ley de Procedimiento Marítimo y la Ley de Zonas Costeras.

³ La Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos había previsto inicialmente un esquema descentralizado de la jurisdicción especial acuática, mediante la creación de tres (3) Tribunales Superiores con sede en Caracas, Puerto Ordaz y Maracaibo; y cinco (5) Tribunales de Primera Instancia localizados en las principales puertos del país, propuesta ésta que aunque aprobada y prevista en los artículos 109 y 110 de ese texto legal, publicada su reimpresión en la Gaceta Oficial No. 37.330 del 22-11-2001, fue desestimada mediante la Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, conforme a la cual se crearían solo un tribunal marítimo de primera instancia y uno superior con sede en Caracas y competencia nacional.

Se entiende que cuando el legislador se refiere al *transporte de mercancías* en el artículo 149, alude a las disposiciones contenidas en el Capítulo III de la LCM, relativas al Transporte de Mercancías por Agua, es decir, el transporte de mercancías en régimen de conocimientos de embarque, contemplado entre los artículos 197 y 275. El legislador, además, advierte expresamente en el artículo 201 que las disposiciones del Capítulo III no son aplicables a los contratos de fletamento, señalando: *“No obstante, cuando se emite un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento, ellas se aplicarán a dicho conocimiento si éste regula la relación entre el porteador o el porteador efectivo y el tenedor del conocimiento que no sea el fletador”*. Se trata entonces de un supuesto específico en el que un conocimiento de embarque, emitido bajo un contrato de fletamento, quedará sometido a las disposiciones del Capítulo III (Transporte de Mercancías por Agua), esto es, cuando tal conocimiento de embarque se encuentre en manos de un tercero no fletador.

El principio rector de la nueva normativa fue entonces el de reclamar, en principio, jurisdicción exclusiva. Así, el artículo 10 de la LCM señala: *“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”*. Sin embargo, decimos en principio porque el artículo 11 establece que: *“En los casos en los que se admita, una vez producido el hecho generador de la acción, la jurisdicción que corresponda a los tribunales venezolanos, podrá declinarse a favor de tribunales o al procedimiento de arbitraje”*.

Algunos han pretendido afirmar que a pesar del contenido del artículo 11 supra, no existe norma alguna que “admita” la derogatoria convencional de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en el caso de una cláusula arbitral extranjera; sin embargo, este argumento ha sido desestimado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, al señalar que: *“Dicha norma viene a ratificar los argumentos expuestos en el presente fallo, en el sentido de que cuando algún tribunal de la llamada Jurisdicción Especial Acuática esté conociendo de una controversia planteada, podrá declinarse el asunto al procedimiento de arbitraje, siempre que ello sea permitido (‘se admita’), esto es, en aquellos casos en los que no se trate por ejemplo de jurisdicción exclusiva, lo cual, como se explicó, no se da en el caso de autos y que la*

cláusula de arbitraje sea válida (que como se indicó supra sí lo es), por lo que carece de sentido el razonamiento empleado por la parte demandante, para pretender restar validez a la cláusula de arbitraje, pues es la misma norma (artículo 11) la que faculta la derogatoria de jurisdicción en los procedimientos de arbitraje”⁴.

Este fallo, en consecuencia, reitera el principio conforme al cual en aquellos casos donde la jurisdicción venezolana no sea exclusiva, con arreglo a lo estipulado en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado⁵ (cuando el asunto se refiere a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano), resulta válida la derogatoria convencional de jurisdicción ya sea a favor de un tribunal extranjero o al procedimiento de arbitraje.

La jurisdicción venezolana se amplía substancialmente, además, en razón del artículo 12 de la LCM, que establece: *“Además de la jurisdicción que atribuye la Ley de Derecho Internacional Privado en sus artículos 39 y 40, deberán someterse al conocimiento de la Jurisdicción Especial Acuática, las acciones que se intenten con motivo de las disposiciones que regulan el comercio marítimo, la navegación por agua, la exploración y explotación de recursos ubicados en el espacio acuático nacional, así como las acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentran y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional”*.

De nuevo, esta disposición parece plantear una jurisdicción exclusiva respecto de controversias que involucran buques extranjeros que se encuentra en aguas venezolanas, objeto de acciones judiciales ante tribunales venezolanos, pero la Sala Político Administrativa del TSJ al analizar el contenido del artículo 12 de la LCM, en el caso MN NOBLEMAN, ha aclarado: *“La norma antes transcrita atribuye a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, el conocimiento de las acciones allí*

⁴ Astivenca Astilleros de Venezuela, C.A. contra la sociedad mercantil Oceanlink Offshore III AS, caso MN NOBLEMAN. Sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ N° 00687, de fecha 21-05-2009.

⁵ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.511, de fecha 06-08-1998.

indicadas, relacionadas con buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía; en el caso de autos se trata de un buque que si bien se encontraba en aguas venezolanas respecto de las que la República ejerce derechos exclusivos de soberanía, lo que pudiera implicar, en principio, que el conocimiento de los autos sí corresponde a la jurisdicción venezolana y específicamente a la llamada Jurisdicción Especial Acuática, no es menos cierto que con la estipulación de la cláusula de arbitraje las partes previeron someter sus disputas al arbitraje y, que en todo caso, no se ve afectado el orden público venezolano”.

De interés, por otra parte, resulta la limitación que impone el legislador a la jurisdicción acuática, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 de la LCM, al señalar que los tribunales de la jurisdicción especial acuática son competentes para conocer en todo juicio en que sea parte un propietario o armador de un buque de bandera extranjera, en los casos en que según esta Ley el buque pueda ser embargado preventivamente, salvo que hubiere un acuerdo arbitral o de atribución de competencia a otra jurisdicción, en cuyo caso, la medida preventiva o cautelar se decretará, a los solos efectos de obtener una garantía para ejecutar el eventual laudo arbitral o sentencia judicial que se dicte.

Es importante mencionar que el criterio del legislador venezolano respecto de la inderogabilidad de la jurisdicción, en el caso del transporte de mercancías por agua, no hizo otra cosa que recoger lo que ya venía siendo la posición de la extinta Corte Suprema de Justicia, en protección de los consignatarios o intereses de la carga. En efecto, ya en sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 02-12-1998, en el juicio de Seguros Ávila C.A. contra Thos & Jas Harrison Ltd., decidió lo siguiente: *“En relación a estas cláusulas atributivas de jurisdicción, es criterio de la Sala que si bien el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, así como los artículos 321 y 322 del Código Bustamante autorizan a las partes a seleccionar un domicilio especial, esta selección es concurrente, pero no exclusiva, a menos que las partes dispongan lo contrario. Entonces para que este domicilio especial, sea excluyente la cláusula debe estar redactada de forma tal, que las partes, de una manera expresa, renuncien a cualquier otro domicilio que por conexión pueda resultar idóneo para conocer la controversia”.* De igual forma, la Sala Político Administrativa, en sentencia número 1252 del 30-05-2000 (Caso El Gran Blanco v Nedlloyd Lijnen B.V), consideró nulas dichas cláusulas, señalando: *“El Conocimiento de Embarque si bien se trata de un tipo de contratación, no menos cierto es que*

el mismo se define como un contrato de adhesión en donde queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. En el contrato de adhesión, tal y como lo ha marcado la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero./Más aún considerando que la consecuencia de una cláusula contractual de elección y derogatoria de la jurisdicción, por un lado establece la competencia de los tribunales de un Estado, pero, por otro, impide que los órganos jurisdiccionales de otro Estado soberano sean activados para la resolución de controversias para las que resulte también competente, la interpretación de la fórmula legal que lo permite debe hacerse en el estricto sentido de sus palabras./Esto es, si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual, no puede aceptarse que los contratos de adhesión en donde no participan ambas partes en la redacción de cláusulas, se disponga acerca de la jurisdicción./Ello se ve reforzado con los ideales de acceso a la justicia plasmada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a los que se refiere, entre otros, al artículo 26 de ese Texto Fundamental. Consentir que las cláusulas de exclusión de la jurisdicción venezolana en los contratos de adhesión, como lo son los conocimientos de embarque, impidan a sus nacionales, como en el presente caso, satisfacer sus pretensiones y alcanzar la justicia por la imposición contractual del emitente del contrato, desvirtúan tal postulado constitucional y desarticulan todo el sistema judicial que pende de sus principios”.

Criterio finalmente ratificado por la misma Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 10-06-2015, en el que al decidir una regulación de jurisdicción se desestima una cláusula arbitral, y por tanto ratifica la jurisdicción de los tribunales nacionales para conocer del fondo, al señalar que en los contratos de adhesión y normalizados, se requiere la manifestación expresa e independiente de las partes, para la validez de la voluntad de aquellas y, por consiguiente, del compromiso arbitral, lo que no se deducía del caso bajo análisis⁶.

Con arreglo a lo antes explanado, la lectura concatenada de las disposiciones relativas a la normativa imperativa aplicable al transporte de mercancías por agua, así como la jurisdicción que corresponde de manera exclusiva a los tribunales marítimos, resulta meridianamente clara en sus fines, esto es, que el transporte de mercancías de

⁶ BARIVEN, S.A. y PDVSA SERVICIOS PETROLEROS, caso MN OCEAN PREFECT. Sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ N° 672, de fecha 10-06-2015.

importación en el tráfico de línea regular, queda sujeto a las disposiciones imperativas previstas en el Capítulo III de la LCM y, por tanto, a la jurisdicción exclusiva de los tribunales marítimos (salvo que las partes con posterioridad al hecho generador de la acción, acuerden remitir el reclamo a tribunales extranjeros o arbitrales); mientras que en el caso de los contratos de fletamento, las disposiciones que lo regulan (artículos 153 al 196 de la LCM) son supletorias de la voluntad de las partes, lógicamente, contenida en el contrato celebrado, salvo que la ley disponga –expresamente, debe entenderse– lo contrario. ¿Es esta la interpretación de los tribunales marítimos venezolanos, en recientes fallos? Lamentablemente, la respuesta es negativa.

Autonomía de la voluntad y arbitraje

Según el decir del profesor Ignacio Arroyo la regulación del fletamento se confía a la autonomía de la voluntad. *“El tráfico de línea libre o no regular (tramping) –escribe aquel– se caracteriza, precisamente, porque la póliza de fletamento recoge esa libertad de contratación, en contraste con el transporte regular, donde el conocimiento de embarque refleja las condiciones impuestas por el porteador”*⁷. Lo anterior explica por qué mientras no hay una regulación internacional que regula el fletamento, no ocurre así con el transporte de mercancías en régimen de conocimientos de embarque (tráfico regular), sujeto a Convenios Internacionales hartos conocidos.

Es el marco de esa libertad contractual, con base a consideraciones de índole legal y conveniencia comercial, que las partes acuerdan sobre los aspectos de derecho y jurisdicción aplicables, que habrán de regir la relación contractual. Entra en juego, generalmente, una cláusula compromisoria que remite las disputas a arbitraje en determinado lugar.

Esta libertad de contratación, desde luego, debe manifestarse con arreglo a los límites impuestos por la legislación, pero, como ya lo hemos señalado anteriormente, la jurisdicción exclusiva en Venezuela es propia del contrato de transporte de mercancías por agua. En este sentido, el Dr. Aurelio Fernández Concheso, en su obra *“El Procedimiento Marítimo Venezolano”*, escribe: *“La creación de la jurisdicción marítima venezolana no afecta en forma alguna la*

⁷ Arroyo, Ignacio (2015). “Curso de Derecho Marítimo” (Ley 14/2014, de Navegación Marítima), Tercera Edición, Thomson Reuters, p. 543.

conveniencia de arbitraje u otros métodos alternativos de resolución de disputas hoy en vigencia, como lo es, por ejemplo, la mediación, que en nada deben variar por la circunstancia de la existencia de una jurisdicción acuática. Las cláusulas compromisorias en contratos tipo o en otros que no necesariamente lo son, mantienen su validez, con lo cual, de existir, queda excluida la jurisdicción de los Tribunales Marítimos, excepto en el supuesto previsto en el artículo 10 de la Ley de Comercio Marítimo, a tenor del cual corresponde a la jurisdicción venezolana conocer en forma inderogable las acciones en materia de contratos de transporte de bienes o personas que ingresan al territorio venezolano y aun en estos casos, a tenor del artículo 11 de la misma Ley, se podrá comprometer en árbitros siempre y cuando el compromiso arbitral se materialice a posteriori del hecho que da lugar a la acción, es decir, luego de que sea generado el daño o pérdida de la carga o pasajero". (p. 65)

La Ley de Arbitraje Comercial⁸, por otra parte, exige que el acuerdo contentivo de la voluntad de las partes no solo sea expreso, sino que además conste por escrito. En este sentido, el artículo 6 establece: *"El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente".* De allí, que la cláusula arbitral *per sé* no determina la validez del acuerdo que excluya la jurisdicción venezolana, sino que se hace imperativo analizar la naturaleza del documento contentivo de la cláusula compromisoria y, más importante aún, que la misma haya sido suscrita y aceptada de forma expresa por las partes. Este imperativo es de imposible cumplimiento en los contratos de transporte en régimen de conocimientos de embarque, por su típica naturaleza de contratos de adhesión, pero de fácil cumplimiento en el marco de negociación propio del contrato de fletamento.

Adicionalmente, resulta interesante tener presente el contenido del artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, cuando la celebración

⁸ Publicada en Gaceta Oficial No. 36.430, de fecha 07-04-1998.

del contrato de fletamento involucra a un ente o agencia gubernamental: *“Cuando en un acuerdo de arbitraje al menos una de las partes sea una sociedad en la cual la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan participación igual o superior a cincuenta por ciento (50%) del capital social, o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior a cincuenta por ciento (50%) del capital social, se requerirá para su validez de la aprobación de todos los miembros de la Junta Directiva de dicha empresa y la autorización por escrito del ministro de tutela. El acuerdo de arbitraje especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, el cual en ningún caso será menor de tres (3)”*. De tal manera que, en el caso de casos de fletamentos que involucren a agencias del Estado –en los términos accionarios anteriormente descritos–, además de una cláusula compromisoria válida se requiere dar cumplimiento a la exigencia del artículo 4, para garantizar su legalidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha sido reiterativa al considerar ilegal una cláusula arbitral que no cumpla con los requisitos exigidos por el referido artículo⁹.

En los últimos años el Tribunal Supremo de Justicia se viene mostrando favorable hacia el arbitraje como mecanismo para la resolución de conflictos. Sin embargo, nuestro máximo tribunal en sentencia de la Sala Político Administrativa No. 1953 del 28-11-2007,

⁹ Sentencia de la Sala Político-Administrativa No 0004, de fecha 11-01-2006, Exp. 04-1306: “... Con fundamento en las normas antes transcritas, se observa que en el caso de autos, ciertamente, la voluntad de las partes fue la de incluir una cláusula arbitral con el propósito de que en caso de existir diferencias, éstas acudieran a la figura del arbitraje, quedando por ello excluido el conocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de cualquier controversia suscitada en relación con el contrato suscrito entre las partes. / ... omittis... / El fallo parcialmente transcrito, consagra que la validez y eficacia de la cláusula arbitral, dependerá de que ésta cumpla con los requisitos establecidos en la ley, tanto en el plano sustantivo como en el objetivo, para que pueda sustraerse de la jurisdicción ordinaria las controversias que puedan plantearse. / En este contexto, es importante señalar el contenido del artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial, que establece: / ... omittis... / Se desprende del artículo citado, que la validez del acuerdo de arbitraje suscrito entre las partes en conflicto, en las que la República posea más de cincuenta por ciento (50%) de sus acciones, estará supeditado a la autorización por parte de todos los miembros de la Junta Directiva y la autorización por escrito de los respectivos Ministerios de tutela. / Con fundamento en el artículo 4 anteriormente citado, estima la Sala que si bien en el caso de autos, las partes, en uso del principio de autonomía de la voluntad decidieron someter las controversias que pudieran surgir entre ellas con ocasión del contrato al conocimiento de los tribunales arbitrales, no lo es menos que no se cumplió con el requisito establecido en el artículo anteriormente citado, por cuanto no consta en el expediente documento alguno que demuestre que en efecto, tanto el Ministerio de Energía y Petróleo como el Ministerio de la Defensa, hayan emitido dicha autorización configurándose de esta manera la imposibilidad de las partes para comprometer en árbitros la controversia. / Por tanto, visto que en el caso de autos las partes estaban impedidas para comprometer en árbitros la controversia, la cláusula arbitral carece de validez y, en consecuencia, el Poder Judicial sí tiene jurisdicción para conocer de la demanda. Así se declara”.

ha señalado que las características del conocimiento de embarque no lo hacían un documento “idóneo” para llevar implícita una cláusula de arbitraje, por lo que la misma debería ser acompañada en documento separado tal y como lo preceptúa el artículo 6 de la Ley de Arbitraje Comercial. En consecuencia, la cláusula de arbitraje para ser válida en un contrato de transporte marítimo, no solo deberá ser acompañada en documento anexo al conocimiento de embarque de forma independiente, sino que también, de conformidad a la sentencia número 672 de la Sala Político Administrativa de fecha 10-06-2015, la misma deberá ser firmada, ratificada y consentida también de la misma forma, es decir que conste la manifestación de la voluntad de las partes de forma independiente al conocimiento de embarque, de forma tal que efectivamente se evidencie que tal sometimiento es fruto del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En este mismo orden de ideas, si bien es cierto el Tribunal Supremo de Justicia reconoce la validez de los compromisos arbitrales, en los términos arriba explicados, consideró en el caso MN NOBLEMAN que los mismos pueden originarse de las interacciones inter partes, no solo en la verificación de la cláusula dispuesta en documento firmado, sino también a través de una clara e inequívoca manifestación de voluntad, asentada en el intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímiles u otros medios de telecomunicación, de someter cualquier controversia que se suscite en el cumplimiento contractual o extracontractual de la relación jurídica, a un árbitro extranjero. Sin embargo, en revisión de la misma sentencia efectuada por la Sala Constitucional, se advirtió sobre el riesgo que representa para el demandado, el realizar en el juicio “cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva”, a riesgo de que opere la sumisión tácita a la jurisdicción nacional¹⁰.

A manera de corolario, sobre este punto creemos conveniente traer a colación lo afirmado por el Dr. Luis Cova Arria, al escribir: *“Con base a la legislación y jurisprudencia venezolana, se puede concluir que en Venezuela se admite la validez de la cláusula contractual de sumisión a una corte arbitral o jurisdicción extranjera en los contratos marítimos distintos del contrato de transporte de mercancía que ingrese al territorio*

¹⁰ Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, Exp. No. 09-0573, de fecha 10-11-2010.

*venezolano bajo conocimiento de embarque, siempre que dicha cláusula cumpla con los requisitos impuestos en la Ley de Arbitraje Comercial, y ratificados por la jurisprudencia, esto es, que el acuerdo contentivo de la voluntad de las partes conste en forma expresa y por escrito, y además que la incorporación por referencia de una cláusula arbitral en un contrato de adhesión, como suelen ser los contratos marítimos, no tienen validez”.*¹¹

Ahora bien, como lo manifestamos al inicio recientes decisiones judiciales dictadas por un tribunal regional con competencia marítima¹², obligan a la revisión de la interpretación judicial y a la necesaria crítica. Los casos involucraron contratos de fletamento por tiempo celebrados entre la empresa petrolera estatal (PDVSA Petróleos, S.A.) y empresas armadoras extranjeras, sobre buques que se dedicarían al transporte de cabotaje, contratos estos en los que se habían incluido una cláusula que preveía la aplicación de derecho inglés y arbitraje en Londres, cuyo contenido era el siguiente:

“Law and Litigation

a) The interpretation of this Charter and the rights and obligations of the parties shall be governed by English Law. No modification, waiver or discharge of any term in this Charter shall be valid unless it is reduced to writing, as soon as practicable, and executed by the party to be chartered therewith.

b) Any and all differences and disputes of whatsoever nature arising out of this Charter shall be put to arbitration in the city of London pursuant to the laws related to Arbitration there in force,

¹¹ “El Arbitraje Marítimo, como Medio Alternativo de Solución de Conflictos y la Validez de la Cláusula Contractual de Sumisión a una Corte Arbitral o Jurisdicción Extranjera”, en “Primeras Jornadas de Derecho Procesal” (Coordinador Luis Cova Arria). Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, Serie Eventos 32, p. 127.

¹² El esquema organizacional adoptado mediante la Resolución de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, conforme a la cual se crearían un tribunal marítimo de primera instancia y uno superior con sede en Caracas y competencia nacional, sufre modificación por Resolución No. 2017-0011 del 03-05-2017, que atribuya jurisdicción en materia marítima y aeronáutica a los tribunales de primera instancia de la jurisdicción civil con asiento en los estados Anzoátegui, Bolívar, Carabobo, Falcón, Nueva Esparta, Sucre, Trujillo y Zulia, señalados en la resolución en comentario; mientras que el conocimiento de los asuntos en segunda instancia, corresponderá a los tribunales superiores de la jurisdicción civil localizados en los mismos Estados, igualmente señalados en la resolución. La decisión de la Sala Plena, aun cuando tiene su justificación en la necesidad de garantizar a todos los ciudadanos un acceso expedito a la justicia, sin retardos y reduciendo los costos, puede verse también como un serio retroceso en la especialización de la jurisdicción acuática. En el caso concreto se trata de decisiones emanadas del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón.

before a board of three persons, consisting of one arbitrator to be appointed by Owners, one by Charterers and one by the two so chosen. In the event that either Owners or Charterers shall state a dispute and designate an arbitrator, in writing, the other party shall have 14 days, excluding Saturdays, Sundays and holidays, in Caracas and/or London, to designate its arbitrator, failing which the single arbitrator shall be entitled to render and award hereunder. The decision of any two of the three arbitrators on any point or points shall be binding and final. The arbitrators may grant any relief and render any award, which they or a majority of them deem just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance. Awards pursuant to this Clause may include costs, including a reasonable allowance for attorney's fees, and judgements may be entered upon any award made herein in any Court having jurisdiction in the premises".

Es el caso que, ante la falta de pago de los fletes, y con arreglo a los términos del contrato de fletamento por tiempo, los armadores procedieron a ejercer la retención de la mercancía a bordo, razón por la cual PDVSA Petróleos, S.A. en su condición de fletador y tenedor del conocimiento de embarque (el cual incorporaba los términos del contrato de fletamento), procedió a ejercer una demanda por vía ejecutiva para la entrega de la carga, de conformidad con el artículo 271 de la LCM¹³.

¹³ El artículo 271 de la LCM, establece: "El tenedor del conocimiento de embarque o de otro documento que lo sustituya, puede ejercer acción por el procedimiento de la vía ejecutiva establecido en el Código de Procedimiento Civil, para exigir la entrega directamente en el puerto de descarga de las mercancías que el porteador o su representante tengan en su poder, previa cancelación de los pagos que correspondan". Se trata de un mecanismo previsto en la Sección IX del Capítulo III, relativo al transporte de mercancías por agua, de dudosa aplicación a los contratos de fletamento, y cuya redacción resulta confusa, abriendo incluso la posibilidad de que un tribunal ordene la entrega de la mercancía, burlando el derecho a la defensa del porteador, como en los casos planteados. Sin embargo, escapa al ámbito del presente artículo analizar las decisiones judiciales en lo relativo a la entrega de la carga por vía ejecutiva. Conviene sí traer a colación lo anotado por el Dr. Marcos de Armas Arqueta, entonces Juez del Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas: "En realidad, la Acción Ejecutiva para la Entrega de la Carga no es una acción muy utilizada en el país, sin embargo, es importante delinearla, estudiarla y meditarla para hacerla eficaz en cuanto a su adelantamiento, sobre todo procesalmente, para que el profesional del derecho, cuando la seleccione, lo haga teniendo en cuenta que estos tres artículos de la Ley de Comercio Marítimo (Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, 2006) le dan vida a una gran cantidad de derechos procesales, a garantías Constitucionales que no se pueden obviar". "La Acción Ejecutiva para Exigir la Entrega de la Carga", en Cuaderno de Derecho Marítimo 1 (Compiladores Francisco Villarreal y Rafael Díaz Oquendo), Universidad Dr. Rafael Bellosillo Chacín, Maracaibo, 2013. p. 61.

En el libelo de la demanda la parte accionante invocó el artículo 258 de la LCM conforme a la cual *“El porteador no puede retener mercancías a bordo, en garantía de sus créditos”*. Argumentaba el accionante que una vez a bordo las mercancías y el conocimiento de embarque debidamente emitido y firmado, nacía el deber de entregar las mercancías en las condiciones dispuestas en el conocimiento de embarque y el derecho por parte del tenedor del mismo de recibir las mercancías, no pudiendo retenerlas en todo caso, en virtud del artículo 170 *in fine* de la LCM que le confieren al fletante los recursos que corresponden al porteador referidos al flete, de acuerdo a la Sección VII del Capítulo III, Título V, de la Ley de Comercio Marítimo, y que involucra la prohibición de retener mercancías a bordo, en garantía de créditos, contenida en el ya citado artículo 258.

Esta prohibición que tiene el porteador encuentra, sin embargo, remedio en protección del flete en el artículo 259 según el cual: *“El porteador mediante una orden judicial, podrá depositar las mercancías en manos de un tercero, con el fin de garantizar el pago del flete, demoras en la devolución de equipos intermodales, sobreestadias, gastos y afianzamiento o caución de la contribución de avería gruesa o común y la firma del compromiso de avería. / El porteador, una vez que se hayan cumplido los requisitos y pagado o garantizado el crédito fiscal correspondiente y si nadie se presentare a reclamar las mercancías, podrá pedir su remate judicial, si fueren perecederas o de difícil conservación o si transcurriere un término de sesenta (60) días continuos después de notificado el depósito”*.

Propuesta por el fletante demandado la cuestión previa referente a la Falta de Jurisdicción del Juez, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, en razón de: 1) La voluntad contractual manifestada por ambas partes, de someter cualquier diferencia o disputa derivada de la relación jurídica a la Ley Inglesa y a sus Tribunales Arbitrales, expresamente manifestada y gobernada por el contrato de fletamento, excluyente de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, así como del derecho venezolano, en el evento de disputas entre las partes, el tribunal; 2) Que pese a existir convenio expreso entre ambas partes, sobre el acuerdo de arbitraje contenido en el referido contrato, la sociedad mercantil PVDSA Petróleos, S.A. procedió, de forma violatoria al compromiso arbitral, a demandar por vía ejecutiva la entrega de

mercancías transportadas basándose en un conocimiento de embarque que no es emitido de forma autónoma, sino con que a todas luces se encuentra gobernado por el contrato de fletamento; y 3) Que de los alegatos y pruebas promovidas por el demandante era irrefutable que las partes se rigen por el contrato de fletamento, en cuyo clausulado efectivamente manifestaron su voluntad de resolver cualquier controversia que surgiera entre ellas, mediante la figura del arbitraje dada la validez y eficiencia del acuerdo, el tribunal de la causa resolvió el tema de la jurisdicción con arreglo al artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, declarándose competente para conocer del asunto. En efecto, frente a los argumentos esgrimidos por el fletante demandado –en especial la cláusula de ley y jurisdicción aplicables– señaló el tribunal que esta resultaba improcedente “por cuanto se evidencia que el artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado indica los supuestos necesarios para que se atribuya la jurisdicción venezolana en materia de contenido patrimonial, señalando que:

“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 deben ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio.

3.- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción...” (Subrayado del Tribunal)
Así mismo, el artículo 53 del Código de Procedimiento Civil, prevé que:

“...omissis... los Tribunales de la República tendrán competencia para conocer de las demandas intentadas contra personas no domiciliadas en la República, aunque no se encuentren en su territorio.

1º Si se tratare de demandas sobre bienes situados en el territorio de la República.

2° Si se tratare de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en el territorio de la República o que deban ejecutarse en ella.

3° Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a la jurisdicción de los Tribunales de la República...”
(Subrayado nuestro)

De lo anteriormente transcrito se colige que inexorablemente la jurisdicción que corresponde a la presente causa es la venezolana, esto por cuanto se evidencia que se trató de una obligación de entrega de mercancía a ser ejecutada en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela...”

Adicionalmente –y de manera errónea– el tribunal confundiendo los contratos de transporte por agua y los de fletamento, señala que: “Es en virtud de lo antes expuesto, y por cuanto la Ley de Comercio Marítimo en su artículo 10 señala 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”, que resulta forzoso para este Juzgador concluir que debe declararse sin lugar la cuestión previa esgrimida por la parte demandada. ASI SE DECIDE”.

Esta decisión sorprende, si se tiene presente el contenido del artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual permite la derogatoria convencional a favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto no se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano. De hecho el tribunal incurre en contradicción con los propios criterios bien establecidos, como el que se extrae de la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 18-11-2003, caso G.E. Correa contra Dresdner Bank Lateinamerika A.G. y otros, en la cual señaló: “estima la Sala, que el legislador patrio admite la regla de la derogatoria de la

jurisdicción por vía convencional, eso es, cuando las partes de común y previo acuerdo deciden, luego de un proceso de discusión y fijación de los términos que regirán la relación contractual, dicha derogación”.

Reflexiones finales

El actual modelo político-económico de Venezuela implica una altísima participación del Estado en las relaciones comerciales, lo cual hace que, en ocasiones, los contratos de fletamento, arrendamiento a casco desnudo o de transporte de mercancías por agua, tengan como arrendador, fletador, consignatario o embarcador al mismo Estado por medio de empresas que actúan bajo su control o tutela. Esto ha traído como consecuencia que el Poder Judicial, en ocasiones, actúe atendiendo a los intereses del Estado, en detrimento de los intereses del privado, afectando notablemente el atractivo del país en términos de seguridad jurídica e inversión, que tanta falta hace en momentos en que la flota nacional se encuentra mermada por su obsolescencia. Resulta obvio que los armadores extranjeros que contratan con fletadores públicos o privados domiciliados en Venezuela, siempre buscarán negociar la inclusión de cláusulas de derecho y jurisdicción extranjera (cortes o arbitraje), que les garanticen una justa, expedita y económica solución a las controversias que puedan surgir.

El tribunal marítimo del estado Falcón fundamentó su decisión para declararse competente en el artículo 40 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al considerar que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción cuando se trata de juicios relativos a acciones de contenido patrimonial, concretamente cuando las obligaciones deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos o hechos celebrados o verificados en dicho territorio. Lamentablemente el tribunal en cuestión hizo caso omiso de la cláusula de jurisdicción, contenida en el contrato de fletamento, que derogó convencionalmente a favor de árbitros en el extranjero la resolución de la controversia.

Si el criterio aplicado por esta instancia judicial fuera correcto, equivaldría a admitir una jurisdicción exclusiva a favor de los tribunales locales en el caso de los contratos de fletamento, que sería contrario al principio de la autonomía de la voluntad aceptada por la legislación nacional, como ya ha sido explicado. Así mismo, la

extensión de las disposiciones que regulan los contratos de transporte de mercancías por aguas a los contratos de fletamento, ha encontrado un erróneo asidero también en la aplicación de determinadas medidas; evidencia de ello lo constituye la decisión del tribunal de ordenar la entrega de la mercancía, sin la “previa cancelación de los pagos que correspondan” al armador fletante, tal y como lo exige ese mismo dispositivo legal.

Sin entrar a discutir a fondo el contenido y operatividad del artículo 271 de la LCM, tema que ya hemos manifestado escapa al alcance del presente artículo, es nuestra opinión que si bien es cierto el legislador en el artículo 170 de la LCM señaló que son aplicables al “fletamento por tiempo” las disposiciones de la Sección VII del Capítulo III del Título V de la ley y, por consiguiente, no podría retener mercancías a bordo en garantía de sus créditos (fletes), ello debe ser así en ausencia de cualquier pacto expreso que sobre el particular acuerden las partes, ya que la normativa que regula el fletamento es supletoria de la voluntad de las partes. Es, igualmente, discutible que la Acción Ejecutiva para la Entrega de la Carga (Artículo 271) aplique a los contratos de fletamento, por tratarse de un mecanismo claramente previsto en la Sección IX, del mismo Capítulo III del Título V que regula el transporte de mercancías por agua, y para la que no existe remisión alguna como sí ocurre con la Sección VII.

Afortunadamente, las decisiones judiciales en comento no son vinculantes, pero, indudablemente, encienden las alarmas del foro académico y profesional respecto de interpretaciones que deben ser revisadas y discutidas, en beneficio del derecho marítimo venezolano y la buena marcha del negocio marítimo en general.

Referencias:

- ÁLVAREZ LEDO, Tulio. (2011). *Derecho Marítimo*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. Tomos I y II.
- ARROYO, Ignacio. (2015). *Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*. Tercera Edición, Thomson Reuters, Madrid, España.
- RAY, José Domingo. (1997). *Derecho de la Navegación*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.

- FERNÁNDEZ CONCHESO, Aurelio. (2006). *El Procedimiento Marítimo Venezolano*. Ediciones Marítimas Venezolanas, Caracas, Venezuela.
- GABALDÓN GARCIA, José Luis. (2012). *Curso de Derecho Marítimo Internacional, Derecho marítimo internacional público y privado y contratos marítimos internacionales*. Editorial Marcial Pons, Madrid, España.
- PÉREZ BENÍTEZ, Jacinto José. (2008). *Dos cuestiones de Derecho Marítimo desde la perspectiva jurisdiccional: las cláusulas de jurisdicción y la responsabilidad del consignatario de buques*. En XVI Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián, Editorial Eusko Jaurlaritzaren Argitalpen Zerbitzu Nagusia. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco Donostia-San Sebastián, España.
- VV.AA. (2013) *Cuaderno de Derecho Marítimo 1*. (Compiladores Francisco Villarroel y Rafael Díaz Oquendo), Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín, Maracaibo, Venezuela.
- VV.AA. (2005). *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. (Coordinación TATIANA B. DE MAEKELT). Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela. Tomo II.
- VV.AA. (2015). *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Marítimo*. (Coordinador LUIS COVA ARRIA), Serie Eventos 32, Caracas, Venezuela.
- VILLAROEL RODRÍGUEZ, Francisco Antonio. (2017). *Tratado General de Derecho Marítimo Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela.

El SEA WAYBILL en Venezuela ¿un problema de interpretación jurídica?*

Benjamín Moisés Cordero Cote

Introducción

El desarrollo del régimen jurídico del transporte marítimo ha estado intrínsecamente relacionado con el contrato de compraventa internacional, brindándole a este, herramientas que garantizan el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes. A efectos de controlar la entrega de las mercancías, la naturaleza jurídica del conocimiento de embarque (B/L) cumple la función de un título representativo de las mercancías que se transportan a bordo del buque (*Document of Title*), a los fines de otorgar a su poseedor el carácter de propietario de las mismas. El Dr. José A. Sabatino Pizzolante (2021: pág 472) sostiene que su presentación en el puerto de descarga permite al tenedor obtener la entrega de las mercancías por parte del transportista, quien quedaría expuesto a responsabilidades por incumplimiento del contrato, en caso de negarse a cumplir con este deber, o habiendo procedido a entregarlas a una persona distinta¹.

Este mecanismo, como complemento del sistema de compra a través de cartas de crédito, ha resuelto por muchos años el paradigma

* Publicado en la Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, diciembre 2022, N° 17-6, Segunda Etapa.

¹ También ha corroborado el Dr. Tulio Álvarez Ledo (2011: pág. 429) y la doctrina marítima en general, que una de las funciones del conocimiento de embarque, es fungir como un título que acredita a su poseedor como propietario de las mercancías que son transportadas a bordo del buque. A efectos de su entrega, el receptor de las mismas no le basta con demostrar la condición de consignatario, sino que resulta necesario la presentación del conocimiento de embarque original o copia negociable del instrumento, para que el porteador proceda a entregar las mercancías.

de la confianza en el contrato de compraventa, cuando las partes se encuentran situadas en diferentes países. Sin embargo, a comienzo de los años sesenta, paralelamente surgió un cambio en las condiciones del transporte que perjudicó su implementación: el Profesor Grönfors K. (1991: pág. 19), explica que, tras la contenedorización y los avances tecnológicos del sector, el B/L empezó a sufrir cierta crisis motivada por el incremento de la velocidad de los buques y la mejora de los tiempos en las operaciones portuarias, ocasionando el arribo de mercancías con anterioridad a la llegada de los documentos de transporte necesarios para su despacho.

A lo anterior se le sumó la decadencia de los servicios de encomienda para la remisión de los documentos. La consecuencia: consignatarios empezaban a ver cómo sus cargas se acumulaban en la zona portuaria a la espera de la llegada del documento de transporte, especialmente cuando se trataban de rutas cortas. No existían tampoco mayores soluciones para apresurar el envío documental, siendo el B/L el último documento en emitirse en el proceso de exportación, a la espera de la recepción de las mercancías a bordo del buque, y el primero en requerirse en el proceso de importación.

Adicionalmente, según agrega Protor C. (1996: pág. 82), cuando el pago se efectuaba a través de cartas de crédito, el procesamiento documental de los bancos solía tomar más tiempo que el viaje *per sé*, particularmente en el caso de carga a granel revendida múltiples veces por *traders* en el mercado de futuros. En cualquiera de dichas circunstancias, los sujetos de la operación sufrían particulares consecuencias: primeramente, para el transportista resultaba imposible medir el tiempo en que la mercancía sería retirada, comprometiendo la siguiente planificación de zarpe del buque junto a los compromisos comerciales con nuevos clientes.

A su vez, múltiples cargos por demoras y almacenaje se generarían en el puerto de descarga dada la imposibilidad del consignatario de retirar las mercancías, quien en última instancia podría recurrir a una carta garantía a costo de encarecer la operación. Igualmente, la congestión portuaria se visibilizaba en los “cuellos de botella” que afectaban la eficiencia de las operaciones. En resumen, todas estas circunstancias desempeñaron un rol en la necesidad de idear

un mecanismo que, respecto al contrato de transporte marítimo, permitiera que la entrega de las mercancías fuera independiente de la tenencia de un título como el B/L.

Es en este momento donde, formulado a partir de otras modalidades de transporte, a finales de los sesenta se introduce al negocio la carta de porte marítimo, conocida inicialmente en idioma inglés como *ocean waybills*, *liner waybills* o *sea waybill*.

Ahora bien, antes de profundizar en este concepto, resulta pertinente aclarar que la problemática relativa al tiempo de llegada de los B/L ha perdido vigencia con el transcurrir del tiempo por dos principales razones: la primera tiene que ver con la adopción de los Conocimientos de Embarque Electrónicos, tendientes a minimizar el uso del papel impreso desde el punto de vista operativo y contractual, facilitando inclusive los procesos aduaneros y portuarios; y la segunda, al menos desde el punto de vista del tráfico de línea regular, se relaciona con la posibilidad de los transportistas de ofrecer la impresión y entrega de los Conocimientos de Embarque en destino, previa autorización del embarcador, con lo cual, el envío de los documentos por correspondencia resultaría un costo innecesario.

Sin embargo, esto de forma alguna resta importancia a la carta de porte marítimo, la cual continúa siendo un documento con relevancia práctica en las operaciones del negocio marítimo, y del cual resulta pertinente hacer breves consideraciones a la luz de las disposiciones jurídicas que lo regulan en Venezuela.

¿Qué es el Sea Waybill y cómo funciona?

Se coincide con Debattista C. (2009), en hallar grandes similitudes entre el *Sea Waybill* y el *Bill of Lading*. Algunos ejemplos permiten observar en su parte frontal caracteres comunes, tales como la descripción de las partes involucradas y la mercancía transportada², así como también un reverso de términos de transporte con un

² Revisar GENWAYBILL y LINEWAYBILL 2016 de BIMCO. Disponible en <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/genwaybill#> y <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/linewaybill-2016#>, respectivamente. Igualmente, misma estructura se observa del formato estándar de Sea Waybill de Hapag-Lloyd y Hamburg Sud. Disponibles en <https://www.hapag-lloyd.com/es/online-business/documentation/sea-waybill-terms-and-conditions.html> y https://www.hamburgsud.com/media/hamburg_sud_liner_shipping/starting_page/terms___conditions/swb/2021-02_HS_SWB.pdf respectivamente.

desarrollo muy similar (definiciones, responsabilidad, limitaciones...) Se constituye al igual que el B/L como un documento de transporte que hace prueba tanto de la existencia del contrato de transporte de mercancías por aguas, como de la recepción de las mercancías por parte del transportista.

Como contrapartida, siendo consecuente con sus orígenes, la doctrina en general coincide en distinguir su carácter “no-negociable”, así como también en aclarar que a diferencia del B/L, no supone un documento con aptitud para demostrar la propiedad sobre las mercancías que se transportan a bordo del buque.³ Por esta razón, la premisa contractual implica dos consecuencias conexas: 1. Ninguna de las partes involucradas conserva en su poder algún instrumento que permita ejercer contra el transportista un “derecho” para el recibo de las mercancías; 2. Aun cuando existe un documento de transporte emitido por el transportista, mal podría transferirse a un tercero con ánimo comercial, si de su tenencia no deriva derecho alguno. Su apreciación quedará, por ejemplo, para demostrar los términos del contrato y la descripción de la carga.

En este sentido, la obligación del transportista quedará sujeta a la entrega de las mercancías al consignatario que ha sido descrito en el documento, sin que sea necesaria la presentación de este último, quedando liberado de responsabilidad al haber actuado con diligencia en identificar correctamente a dicho consignatario. Al respecto, el Dr. Caslav Pejovic (2004: pág 71) comenta:

“Debido a que la Carta de Porte Marítimo no es un título valor, la entrega debe realizarse al consignatario nominado, independientemente de si este posee o no la Carta de Porte Marítimo.

...

A diferencia del tenedor de un conocimiento de embarque, de la Carta de Porte Marítimo no deriva ningún derecho para su poseedor por el simple hecho de serlo. La carta de porte marítimo es un documento no negociable que no

³ Bravo, Raúl. (1987: pág.42) “Sea Waybill: Una nueva tendencia en la documentación del transporte marítimo” *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo*. Volumen 7.

puede servir para transferir derechos sobre la mercancía en tránsito, ni puede trasladar derechos de reclamo.

...

El consignatario adquiere derechos contractuales frente al transportista simplemente por el hecho de que se lo identifica como destinatario en el documento. La posesión de un documento puede ser relevante solo para evidenciar los términos del contrato, pero es irrelevante para adquirir los derechos bajo el contrato.” (Negritas del Autor).

Una lectura rápida de los diversos ejemplos disponibles en el negocio permite concluir que, al margen de la inclusión de la mención “no negociable”, bajo esta interpretación se han incorporado cláusulas en sus términos que describen la forma en que el transportista puede ejecutar la entrega de la carga, bien sea por vía de facultad: “El transportista tiene derecho a entregar la carga al consignatario sin la entrega de la carta de porte marítimo”⁴ o requiriendo como único deber la identificación correcta del consignatario: “La carga embarcada bajo esta Carta de Porte será entregada a la parte nominada como Consignatario o su agente autorizado, contra el aporte de prueba de identidad sin ninguna formalidad documental”.⁵

En cualquier caso, llegadas las mercancías al puerto de destino, el porteador procederá con la debida diligencia a solicitar los elementos probatorios que demuestren la identidad del consignatario, dejando evidencia de su actuación. Tratándose de un consignatario identificado como sociedad mercantil y situado en Venezuela, como ocurre en la mayoría de los casos, bajo ley venezolana dicho deber comportaría la verificación del documento constitutivo protocolizado de la entidad que corrobore las personas que ejercen su representación, o según sea el caso, el acta de asamblea que atribuya dicho

⁴ Véase modelo estándar de Sea Waybill correspondiente a Hamburg Sud. Traducción libre de: *The Carrier is entitled to deliver the cargo to the named consignee without surrender of Sea Waybill*. Consultado en: https://www.hamburgsud.com/media/hamburg_sud_liner_shipping/starting_page/terms_conditions/swb/2021-02_HS_SWB.pdf

⁵ Véase modelo BIMCO GENWAYBILL. Traducción libre de: “*The cargo shipped under this Waybill will be delivered to the party named as Consignee or its authorised agent, on production of proof of identity without any documentary formalities*”. Consultado en: <https://www.bimco.org/contracts-and-clauses/bimco-contracts/genwaybill#>

carácter⁶. Igualmente, la exhibición de un poder especial autenticado por parte de aquel que represente al consignatario, generaría los mismos efectos para el porteador, salvo instrucción en contrario⁷.

En definitiva, al margen de sus semejanzas, claramente existe una marcada diferencia operacional y jurídica del Sea Waybill respecto del B/L, principalmente en cuanto a las obligaciones que le son imputables al transportista. Solo se le podrá exigir a este solicitar el documento de transporte a efectos de entregar la mercancía, cuando el documento de transporte que se ha emitido demuestra a su tenedor como propietario de las mismas, lo cual solo es posible a través de un Conocimiento de Embarque. Por lo tanto, ante un Sea Waybill, el embarcador (o bien el vendedor) asume el riesgo de perder el control documental que usualmente otorga el B/L para garantizar su pago. Lo anterior supondría preguntar: ¿Qué condiciones justifican su utilización?

Su uso encuentra justificación en operaciones donde existe reconocida solvencia y confianza comercial entre comprador y vendedor, lo que permite esperar el eventual pago de las mercancías, o bien en el caso en que las mercancías transportadas no sean objeto de compraventa o reventa durante su tránsito, e inclusive para el intercambio de bienes entre representantes de una misma empresa, a los fines de proveer, por ejemplo, materia prima para sus procesos productivos.

Tal y como lo afirma McQueen (1994), en las circunstancias correctas, escoger este documento de transporte comporta ventajas importantes a saber:

1. Garantiza que la entrega en destino no se verá retrasada por la llegada de ningún documento, lo cual implica menos costos adicionales incurridos en almacenaje, envío por correspondencia u obtención de cartas de garantías.

2. Por la mejora en los tiempos de entrega y la reducción de su estadía en puerto disminuye notablemente la posibilidad de que la carga sufra daños en destino, e igualmente previene que se incurran en penalidades contractuales relacionadas con demoras o tardía devolución de los contenedores involucrados en el transporte.

⁶ Ver artículos 214, 275 y 276 del Código de Comercio.

⁷ Ver artículos 1.684 y siguientes del Código Civil venezolano.

3. Reduce significativamente el riesgo de fraude documental relacionado con el B/L, respecto de aquellos casos en que el mismo es falsificado, especialmente en sistemas portuarios donde el despacho de la carga queda relegado a un tercero ajeno al transportista.

4. Aun cuando la compra de las mercancías requiera la emisión de una carta de crédito, la entidad bancaria negociadora aún puede optar por exigir que se le designe como consignatario en el documento, solicitando al embarcador una cesión de todos los derechos inherentes al control de las mercancías en tránsito, con lo cual, a falta de pago, el comprador de las mercancías no podría tener acceso a las mercancías.⁸

Desde hace algunos años, dichas ventajas han recibido buena receptividad por parte del mercado, el cual ha venido incorporando esta modalidad en el tráfico mundial. De acuerdo al reporte de UNCTAD del año 2003, al referirse a una encuesta sobre el uso de los documentos de transporte en el comercio internacional, 51% de los encuestados manifestó usar o requerir el uso del Sea Waybill, aunque solo 23% de estos lo escogen para la mayoría de sus operaciones.⁹

En esta misma línea, su protagonismo no tardará en ser más visible para los distintos tipos de tráfico de la región, incluyendo el caso venezolano, de ahí que se disponga como propósito de este artículo, una revisión de las disposiciones legales aplicables en Venezuela, su interpretación y consecuencias jurídicas.

El Sea Waybill en Venezuela. ¿Un problema de interpretación jurídica?

El contrato de transporte de mercancías por aguas se encuentra regulado en Venezuela por la Ley de Comercio Marítimo¹⁰, cuyo artículo 197 numeral 6 lo define como: *“todo 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”*. Un elemento fundamental para la existencia y ejecución de este contrato es el documento de transporte

⁸ Las Reglas Uniformes de Créditos Documentarios UCP600, de la Cámara de Comercio Internacional, reconocen en su artículo 21 el uso del Sea Waybill para este tipo de prácticas bancarias.

⁹ United Nations Conference on trade and development (2003) “The use of transport documents in international trade”. UNCTAD Secretariat.

¹⁰ Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.506 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. Título V. Capítulo III.

emitido por el porteador al momento de recibir las mercancías a bordo del buque, siendo que el propio desarrollo del derecho, como ya se ha explicado, le atribuye diversas funciones al mismo. La Ley de Comercio Marítimo reconoce estas características al definirlo en el artículo 197 numeral 7 como:

“Documento que hace prueba de un contrato de transporte por agua o aquel que lo reemplace y acredita que el porteador ha tomado a su cargo las mercancías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra la presentación del documento correspondiente y según el cual las mercancías han de entregarse a una persona determinada, a la orden o al portador”.
(Negritas del Autor)

De la lectura de dicha definición se desprende que aun cuando el legislador acoge el concepto de “conocimiento de embarque” como término genérico que se atribuirá a los documentos de transporte que se emitan con ocasión al contrato de transporte de mercancías por aguas, también reconoce la posibilidad de que exista un documento distinto a este que lo reemplace para ciertos efectos, aun conteniendo denominación y características distintas, según lo determine la autonomía de la voluntad de las partes.

Sin embargo, la ley en dicho artículo no discrimina en su totalidad a los documentos que reemplazan al “Conocimiento de Embarque”, pareciendo otorgar las mismas funciones a cualquiera de estos que pueda desempeñar en general su rol, esto es: a. Hacer prueba de la existencia del Contrato de Transporte por Agua; b. Evidenciar que el transportista recibió las mercancías objeto de transporte; c. Acreditar la obligación del transportista de entregar las mercancías contra la presentación de un “documento correspondiente”; y d. Señalar que las mercancías han de entregarse a una persona determinada, a la orden o al portador. Esto podría plantear inconvenientes, si alguna de dichas funciones resulta incompatible con la naturaleza jurídica de aquello que reemplaza al B/L.

Ahora bien, más adelante la ley ratifica que la modalidad contractual comentada puede resultar evidenciada en documentos distintos del B/L, incorporando en el artículo 243 el concepto de “carta de

porte marítimo” como documento no negociable, según se expone a continuación:

“Artículo 243: Cuando el porteador emite un documento distinto al conocimiento de embarque, como prueba del recibo de las mercancías que hayan de transportarse, el documento establecerá la presunción, salvo prueba en contrario, de que se ha celebrado el contrato de transporte de mercancías por agua y que el porteador se ha hecho cargo de las mercancías de acuerdo a la descripción que aparezca en el documento.

Los contratos evidenciados en Cartas de Porte Marítimo u otro documento nominativo similar **se encuentran sujetos a la norma de transporte de mercancías por agua**, sin que ellos sean considerados **títulos de crédito**, los cuales **no podrán ser negociados como tales**, salvo la facultad de su beneficiario de hacerse cesión de sus derechos, con el consentimiento del porteador y conforme a las normas de derecho común” (Negritas del Autor).

A propósito de dicho artículo, el Dr. Tulio Álvarez Ledo (2011) parte de la aplicación explícita de las normas de transporte de mercancías por aguas, con el objeto de aseverar que en el caso del Sea Waybill, el porteador conserva las mismas obligaciones que en un B/L “a la orden” en cuanto a la entrega de las mercancías respecta, siendo entonces necesaria la presentación del documento de transporte en el puerto de destino para proceder con dicha entrega. Lo anterior resultaría consecuente con el hecho de que el legislador en el numeral 7 del artículo 197 *eiusdem*, parece circunscribir cualquier documento que reemplace al Conocimiento de Embarque al compromiso del transportista de cumplir con la entrega de las mercancías “*contra la presentación del documento correspondiente*”.

No obstante, en aras de ahondar en la interpretación de la norma, resulta pertinente sumar a la discusión otros elementos que el propio legislador también ha mencionado. Como primer punto, efectivamente el artículo somete este documento a las normas de transporte

de mercancías por aguas, lo cual comportaría, todas las disposiciones contenidas en el Título V, Capítulo III. Sin embargo, se observa que dicha sujeción contiene dos condiciones: la primera de estas es que el documento no será considerado un título de crédito¹¹.

El título de crédito de acuerdo con Romero R. (2011), quien cita a Barboza, constituye un documento creado con el fin de incorporar en el mismo un derecho que puede ser ejercido siempre y cuando, el sujeto que desea hacer valer el derecho incorporado, se encuentre en posesión del documento. Implica entonces la determinación de un derecho que nace, se transmite y ejerce mediante la emisión y presentación del documento. Para el caso del transporte marítimo de mercancías, antes se ha explicado que al conocimiento de embarque ciertamente se le pueden atribuir estos caracteres mencionados, más precisamente identificados por la doctrina anglosajona bajo la denominación “*Document of Title*”, toda vez que con arreglo al desarrollo jurídico de la institución, se le atribuye el carácter de título representativo de las mercancías que se transportan a bordo del buque, cuya tenencia incorpora un derecho para su poseedor: el de exigir la entrega de las mercancías al transportista.

No ocurre lo mismo en el caso del Sea Waybill, en cuyo caso se podría creer que el legislador ha arrebatado el carácter de título de crédito, precisamente con el propósito de aclarar que del mismo no deriva derecho alguno que pueda ser ejercido por medio de su posesión, marcando una radical diferencia con el B/L en cuanto a las obligaciones asumidas por el porteador.

El segundo elemento que condiciona la aplicabilidad del régimen de transporte de mercancías contenido en la ley, es la estipulación de “no-negociabilidad” del documento. Esto encuentra justificación en lo explicado anteriormente. Si del documento no deriva derecho alguno relacionado con la entrega de las mercancías, quiere decir que, aunque entre en posesión del mismo un tercero, este no podría presentarlo en el puerto de destino para tener acceso a las mercancías.

¹¹ Resulta más recurrente en la doctrina marítima el uso de la expresión “título valor”. El Dr. Ricardo Romero (2011: pág. 80) incorpora al título valor y al título de crédito dentro de una misma definición, aclarando no obstante que en Venezuela, la opinión mayoritaria se inclina más por la denominación de título valor. Sin embargo, creemos que el legislador aquí ha querido referirse al carácter de *Document of Title*, traído del derecho anglosajón. Este carácter según José Alfredo Sabatino (2021: pág.464) implica que el documento funciona como título de propiedad que representa las mercancías y cuya transmisión traslada la propiedad y posesión de aquella.

En consecuencia, tomando en consideración las condiciones que la propia Ley de Comercio Marítimo ha determinado para someter al Sea Waybill a las disposiciones del transporte de mercancías por aguas, aunado a los argumentos expuestos en la sección anterior, la interpretación más lógica del artículo 243 de la Ley de Comercio Marítimo es que, bajo esta modalidad contractual, el transportista deberá proceder con la entrega de las mercancías al consignatario identificado, sin requerir la presentación del mismo.

Del mismo modo, se podría concluir que, la obligación del porteador prevista en el numeral 6 del artículo 197 *eiusdem*, respecto a entregar la mercancía contra la presentación del “documento correspondiente”, resulta jurídica y operativamente inaplicable a los efectos de un contrato de transporte amparado bajo Sea Waybill, siendo que en dicha modalidad de transporte no existe un documento del que derive algún derecho con el propósito de ejercer control sobre la entrega en destino.

Al margen de las consideraciones doctrinarias expuestas en la sección segunda de este artículo, sumado a las cláusulas revisadas en la mayoría de los contratos modelos citados, algunas decisiones de tribunales extranjeros apoyan esta posición como una correcta interpretación de su naturaleza jurídica. En *Voss Peer v PL Co Pte Ltd*¹², la alta corte de Singapur, determinó que una diferencia importante entre el B/L y el Sea Waybill, es que este último nunca constituirá un instrumento negociable que sirva para transferir la propiedad de las mercancías, siendo que el receptor de la carga estará facultado de tomar las mercancías tan solo proporcionando su identidad. Igualmente dispuso que en todo caso dicho documento de transporte no será emitido en juegos, como suele ocurrir en el caso del conocimiento de embarque, y su original no debe ser presentado por el consignatario.

Misma posición reconoció la cámara de los lores en *J I MacWilliam Company Inc v. Mediterranean Shipping Company SA (The Rafaela S)*.¹³ En el mismo, el porteador intentó equiparar las funciones del Sea Waybill a las de un conocimiento de embarque nominativo. La corte

¹² Singapore High Court: Judith Prakash J. [2002]: *Voss Peer v PL CO Pte Ltd*. 23 April 2002.

¹³ United Kingdom House of Lords. [2005] UKHL 11 on appeal from: [2003] EWCA Civ 55: *J I MacWilliam Company Inc (Respondents) v. Mediterranean Shipping Company SA (Appellants)*.

recurre a la doctrina inglesa en aras de confirmar que la ventaja de contratar bajo este último, justamente se centra en que su presentación no es imprescindible para el retiro de las mercancías, lo que evita los retrasos en perjuicio del transportista y el consignatario cuando las mercancías han arribado antes que la documentación. Aclara el órgano jurisdiccional que, a diferencia de un conocimiento de embarque nominativo, el Sea Waybill en manos de un consignatario nunca constituirá un título que pruebe la propiedad sobre las mercancías¹⁴.

En este mismo orden de ideas, Langelaan F. (2019) refiere a los criterios sostenidos por la jurisdicción española para dilucidar las funciones que comporta un conocimiento de embarque, aseverando que: “La diferencia fundamental entre el sea waybill y el conocimiento de embarque es que mientras que el primero se emite cuando no se prevé la transmisión de las mercancías, porque no están destinadas a su circulación (STS núm. 157/1997, de 3 de marzo, FJ. 1), el segundo se emite en el caso contrario, es decir, cuando las mercancías han de cambiar de poseedor y están llamadas a circular o se prevea su circulación (SAP de las Palmas núm. 241/2006, de 15 de mayo, FJ. 4)”.

Finalmente, vale la pena llamar la atención sobre las Reglas Uniformes para Sea Waybill elaboradas por el Comité Marítimo Internacional, cuyas disposiciones coinciden con las opiniones esbozadas anteriormente. Su artículo 7 condiciona la obligación del transportista al momento de la entrega, únicamente a la correcta identificación del consignatario, disponiendo que el transportista no será responsable por mala entrega, si demuestra que ha ejercido un cuidado razonable en identificar al sujeto que asegura ser el consignatario en el puerto de destino.

El derecho de control sobre las mercancías bajo Sea Waybill

El doctor José V. Guzmán (2009: p. 97) ha definido el derecho de control como aquella prerrogativa que tiene el embarcador de las mercancías de instruir al porteador, una vez iniciado el trayecto, para cambiar el sitio de destino de la carga o el nombre del destinatario a

¹⁴ Utiliza la expresión “*document of title*” equiparable a los efectos del derecho venezolano a los “títulos valores”.

quien debe ser entregada, detener las mercancías antes de su entrega al consignatario o inclusive retornarlas al sitio de origen.

Tal y como se observa, cualquiera de dichas instrucciones representa una alteración de la obligación asumida por el transportista, razón por la cual su materialización demandaría que la orden se remita con anterioridad a la ejecución de sus obligaciones, esto es, con anterioridad a la entrega de las mercancías en destino al consignatario. Cualquier instrucción remitida con posterioridad a dicho momento, no alteraría el curso de las obligaciones asumidas, debiendo el porteador continuar con la ejecución del contrato so pena de incurrir en incumplimiento.

En cuanto al Sea Waybill respecta, resulta importante aclarar que aun cuando el mismo no debe considerarse un título de crédito, es posible que el embarcador mantenga un derecho de disposición de las mercancías, desde el punto de vista de encontrarse facultado para instruir al porteador, por ejemplo, a detener las mismas antes de su entrega al consignatario. En este sentido, las Reglas Uniformes para Sea Waybill elaboradas por el Comité Marítimo Internacional, también han incorporado entre sus disposiciones el tratamiento del *“right of control”* o derecho de control, de la siguiente forma:

“(i) A menos que el remitente haya ejercido la opción prevista en el inciso (ii) siguiente, será la única parte con derecho a dar instrucciones al transportista en relación con el contrato de transporte. A menos que lo prohíba la ley aplicable, tendrá derecho a cambiar el nombre del destinatario en cualquier momento hasta que el destinatario reclame la entrega de las mercancías después de su llegada a destino, siempre que notifique al transportista con un aviso razonable por escrito o por cualquier otro medio aceptable para el porteador, comprometiéndose así a indemnizar al porteador contra cualquier gasto adicional causado por el mismo”.

El Dr. Caslav Pejovic (2004: p. 71) coincide en atribuir este carácter al Sea Waybill, aduciendo la posibilidad de que el embarcador pueda

modificar el destinatario de las mercancías, por medio de instrucción expresa al porteador. Se considera entonces que la vigencia de este derecho abarcará el tiempo en que las mercancías se mantengan bajo poder del transportista, desde que les son entregadas por el embarcador, hasta el momento en que son descargadas y posteriormente entregadas. Quiere decir que, aun habiendo arribado el buque al puerto de destino, si el consignatario no se ha presentado a reclamar las mercancías, todavía persiste el derecho de control a favor del embarcador. Sin perjuicio de lo anterior, dicho derecho de disposición puede ser cedido al consignatario, por medio de anotación en el documento de la cláusula “NODISP” o “No disposal”¹⁵.

Conclusiones

Ninguna de las consideraciones expuestas anteriormente resulta ajena para la doctrina jurídica venezolana. Ya en el año 1987, a través de una publicación de la *Revista de Derecho Marítimo* de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, el Dr. Raúl Bravo describió ampliamente todas las ideas recogidas del Seminario Internacional de Hamburgo en materia de Sea Waybill que tuvo lugar en fecha 2 y 3 octubre de dicho año.

Dichas ideas, así como las aquí expuestas, son compatibles con el criterio de interpretación de los artículos 197 numeral 6, y 243 de la Ley de Comercio Marítimo fijada en la sección tercera del presente artículo. En efecto, la remisión de las disposiciones del transporte de mercancías por aguas contempladas en la Ley de Comercio Marítimo, a los contratos evidenciados bajo Sea Waybill, no puede suponer una aplicación irrestricta de la norma que fije obligaciones a cargo del transportista contrarias a la naturaleza jurídica del documento que regula la relación contractual, más aún cuando el propio legislador le ha otorgado el carácter no negociable, y especifica que el mismo no tendrá el carácter de título de crédito.

Por lo tanto, deberá tenerse en cuenta que, habiéndose contratado bajo esta modalidad de transporte, no le resulta exigible al porteador, demandar la entrega del documento de transporte en destino

¹⁵ Bravo, Raúl. (1987: p.42) “Sea Waybill: Una nueva tendencia en la documentación del transporte marítimo”. *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo*. Volumen 7.

para efectuar la entrega de las mercancías. Argumentar lo contrario, representaría un conflicto con el origen histórico del documento, así como de las diversas posiciones doctrinales expuestas. Sin embargo, el desconocimiento de esto por parte de las empresas que hacen vida en el comercio internacional, podría generar expectativas de derechos relacionados con el contrato, que resultarían inexistentes.

El uso de este mecanismo continuará tomando protagonismo en el negocio, en función de las ventajas que supone desde el punto de vista operativo, por lo que estas breves consideraciones se recogen al servicio de los agentes del sector marítimo, y especialmente, a disposición de los órganos jurisdiccionales que tengan a su bien conocer y resolver conflictos surgidos con ocasión a la contratación de esta categoría de transporte marítimo de mercancías.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, Tulio. (2011). *Derecho Marítimo*. Tomo I. 3era edición. Universidad Católica Andrés Bello.
- BRAVO, Raúl. (1987). Sea Waybill: “Una nueva tendencia en la documentación del transporte marítimo”. *Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo*. Volumen 7.
- ČASLAV, Pejovic. (2004). *Documents of Title in Carriage of Goods by Sea under English Law: Legal Nature and Possible Future Directions*. Faculty of Law, Kyushu University.
- DEBATTISTA, Charles. (2009). *Bill of Lading in Export Trade*. Tottel Publishing.
- GRONFORS, Kurt. (1991). *Towards Sea Waybills and Electronic Documents*. Swedish Maritime Law Association. Eleanders Tryckeri.
- GUZMÁN, José Vicente. (2009). *Contratos de Transporte*. Universidad Externado de Colombia.
- LANGELAN, Francisco de Borja. (2019). “Estudio Jurisprudencial sobre el Régimen Jurídico-Procesal de las Cláusulas de Jurisdicción insertas en Conocimientos de Embarque: Situación actual y futuro proyectado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 11, N° 1, pp. 408-437.

Ley de Reforma Parcial del Decreto N° 1.506 con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.351, del 5 de enero de 2006.

MCQUEEN, Peter. (1994). "Twenty first Annual Conference". Maritime Law Association of Australia and New Zealand.

PROCTOR, Carol. (1996). *The Legal Role of The Bill of Lading, Sea Waybill and Multimodal Transport Document in Financing International Sales Contracts*. University of South Africa.

ROMERO, Ricardo Rafael. (2011). *Los Títulos Valores*. Universidad de Los Andes.

SABATINO PIZZOLANTE, José Alfredo. (2021). "La Recepción y Entrega de Mercancías en Puertos Venezolanos (Una revisión del tema a la luz de la legislación acuática y aduanera vigentes)". *Libro Conmemorativo XX Años de la Legislación Acuática Venezolana*. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.

Uniform Rules for Sea Waybills. (1991). International Maritime Committee.

Puerto y muelle seguro

Alcance y naturaleza de la garantía en los contratos de fletamento. Su aseguramiento*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Puerto y Muelle Seguro. Definición

La *Seguridad* en el marco del contrato de transporte es una concesión recíproca que se hacen el armador y el fletador, e incluso el puerto o terminal portuario mismo.

El armador ofrece colocar a disposición del fletador un buque apto para navegar (en perfecto estado de navegabilidad o seaworthiness), además de recibir y transportar con seguridad la mercancía (cargoworthiness). El fletador, por su parte, se compromete a embarcar la mercancía y nominar un puerto o muelle capaz de recibir a ese buque, para los efectos de la carga o descarga.

Es verdad que el puerto de carga (o los puertos de ser el caso) puede (n) venir designado (s) en el contrato de fletamento, pero en la práctica puede (n) ser designado (s) con posterioridad a su celebración, por parte del fletador.

En el primer caso el armador deberá soportar los gastos y riesgos (esperar marea, alijar el buque por exceso de calado, etc.) que pueda enfrentar por el arribo a un puerto que no es idóneo para recibir su buque, pero era del conocimiento del armador para el momento de la

* Publicado en "Estudios de Derecho Marítimo. Libro Homenaje a la Memoria de Carlos A. Matheus". AVDM, Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2015.

conclusión del contrato de fletamento. Si el impedimento de acceso al puerto ocurre con posterioridad a la celebración del contrato, habría que considerar si se trata de uno de naturaleza temporal o definitivo, en cuyo caso deberían las partes sufrir el retardo sin perjuicio de los tiempos de plancha o demora, o de resultar el impedimento definitivo por ser irrazonablemente prolongado, quizá tal circunstancia podría encuadrarse en un supuesto de extinción del contrato o frustración, como se le conoce en el derecho anglosajón.

Esta obligación de designar un puerto o muelle seguro ha adquirido el carácter de una garantía cuyo alcance y naturaleza, a través de los años, han variado en función de las interpretaciones judiciales.

Se trata, en todo caso, de una garantía que se interpreta presente tanto en los contratos de fletamento por tiempo, como aquellos por viaje. Con base a la garantía de puerto o muelle seguro, entonces, el fletador garantiza que el buque pueda proceder al puerto o muelle designados, sin riesgo de sufrir daños físicos.

La definición clásica de puerto inseguro la encontramos en el caso “The Eastern City” (1958, 2 Lloyd’s Rep. 127), de acuerdo al cual el Juez Sellers, diría: “Un puerto no será seguro a menos que, en el período de tiempo relevante, el buque del caso pueda llegar a él, utilizarlo y abandonarlo sin que, en ausencia de algún acontecimiento anormal, esté expuesto a peligros que no puedan evitarse con una buena navegación”. Se trata de una definición (caso) citado reiteradamente desde entonces, en infinidad de casos sobre el tema que nos ocupa.

Alcance y naturaleza de la garantía

A través de la garantía de puerto o muelle seguro el fletador se obliga a designar uno que no exponga al buque a peligros que, en ausencia de un acontecimiento anormal, resulten inevitables aún con una buena navegación.

¿Qué tipo de peligros? Se entienden en un sentido amplio, de allí que no solo comprenden aquellos resultantes de riesgos naturales (tormentas, mar de fondo, hielo, bancos de arena, etc.), sino también los de naturaleza políticos (hostilidades, acciones bélicas, etc.) y

organizacionales (huelgas de estibadores), incluidos deficiencia en la infraestructura, equipamiento y servicios portuarios (ayudas de navegación, dragado, defensas, etc.) En otras palabras, riesgos de cualquier tipo que amenacen la seguridad del buque.

La garantía a que nos referimos, además, es una generalmente incorporada de manera expresa en los contratos de fletamento.

Así, la cláusula 2 del contrato BALTIME 1939 (Rev. 2001) establece:

“The vessel shall be employed... between safe ports or places where the Vessel can safely lie always afloat...”

Mientras que la cláusula 5 del contrato NYPE 93, señala:

“...between safe ports and safe places within...”

Sin embargo, la jurisprudencia inglesa ha dejado por sentado que aún en la ausencia de cláusulas que expresamente impongan la obligación al fletador de garantizar un puerto o muelle seguro, esta debe entenderse como una *garantía implícita* cuyo incumplimiento comporta para el fletador una obligación de resarcir al armador por los daños que pueda sufrir.

En contraste con esta obligación que corresponde al fletador de garantizar un puerto o muelle seguro; no obstante, aquella se ha matizado reemplazándola con una obligación de *diligencia*, tal y como sucede con la cláusula 4 (c) del contrato SHELLTIME 4. (“Charterers shall use due diligence to ensure that the vessel is only employed between and at safe places...”.) Igual ocurre con el BP Voy 2.

Es verdad que el fletador por viaje no tiene la operación o el control del buque, pero bajo los términos del contrato puede designar una lista de posibles puertos. Por ejemplo, en el caso del “Aegean Sea” (1998, 2 Lloyd’s Rep. 39) el fletador por viaje bajo un contrato Asbatankvoy ordenó al buque dirigirse a lo que más tarde ser consideró un puerto inseguro en España, resultando ello en un caso de contaminación.

Efectos prácticos de la existencia de la garantía

Siendo así las cosas, y en caso de incumplimiento de esta garantía por parte del fletador, el Capitán del buque podrá rehusarse a proceder al puerto o muelle designado, sin que incurra en el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de fletamento.

Los daños que entonces pueda sufrir el armador como consecuencia del incumplimiento de tal garantía por parte del fletador, estarán sujetos a resarcimiento, siempre y cuando el Capitán al seguir las instrucciones de aquel de dirigirse a un puerto o muelle no seguro, haya actuado razonablemente.

Caso contrario, esto es de no actuar razonablemente (es decir contrario a los patrones de pericia y experiencia náutica), estaría rompiendo la cadena causal entre la orden del fletador y el daño sufrido por el buque, lo que se traduciría en la irresponsabilidad del fletador, la imposibilidad del armador de obtener el resarcimiento.

La existencia de la cláusula de puerto o muelle seguro y subsecuentemente la obligación que pesa sobre el fletador, además del derecho que corresponde al armador de ser resarcido en caso de incumplimiento de tal garantía por parte de aquél, ha generado infinidad de decisiones judiciales, que demuestran sobradamente que es difícil ver el asunto de manera simplista, pues la práctica ha traído como resultado variados matices.

Así, los tribunales han concluido, entre otros temas, que:

- a) La inseguridad no solo involucra el peligro físico para el buque, sino también inseguridad política. (Chemical Venture, 1993, 1 Lloyd's Rep. 580)
- b) El simple incremento de los costos de ejecución de un contrato, a menos que sea totalmente desproporcionado, no produce la frustración del mismo. ("The Angelia", 1972, 2 Lloyd's Rep. 154)
- c) Los peligros conocidos o evidentes que simplemente retrasen al buque en su llegada, estancia en puerto y salida no convierten al puerto en uno inseguro. ("The Stork", 1954, 2 Lloyd's Rep., 397)

- d) Los peligros temporales como, por ejemplo, condiciones meteorológicas adversas, desconocidos para el Capitán o respecto de los cuales el puerto no disponga de medios de aviso o remedio de los mismos, pueden convertir al puerto en uno inseguro. (*"The Mary Lou"*, 1981, 2 Lloyd's Rep. 272)
- e) Si el retraso que se ocasiona al buque es uno que se prolonga de manera excesiva, puede también convertir al puerto en uno inseguro. (*"The Sussex Oak"*, 1950, 83 Ll.L.Rep. 297)
- f) La falta temporal de boyas y defensas en mal estado puede convertir a un muelle en uno inseguro. (*"The Houston City"*, 1956, 1 Lloyd's Rep. 1)

Otros casos más recientes, cuya lectura puede resultar de interés para ahondar sobre este tema son: *"Greek Fighter"*, 2006, 1 Lloyd's Law Rep. Plus 99; *"The Archimidis"*, 2007, 2 Lloyd's Rep. 101; *"Livanita"*, 2008, 1 Lloyd's Rep. 86; *"The Reborn"*, 2009, EWCA Civ. 531; *"Ocean Victory"*, 2013, EWHC 2199 (Comm) y *"Athos I"* (2013 U.S. App. Lexis 9827 (3d Cir. May 16, 2013)).

El *"Ocean Victory"* es un interesante caso. El buque es fletado para un viaje desde puerto sudafricano al puerto de Kashima en Japón. Una vez allí se producen fuertes vientos (9 Escala de Beaufort) y olas que obligan a los fletadores antes de completar la descarga a ordenar el desatraque del buque. Esto sucede y durante las maniobras fuertes vientos y las olas hacen que choque contra un rompeolas, se vara y posteriormente se parte. Los aseguradores Gard, subrogados en los derechos de los propietarios y los fletadores a casco desnudo, ejercieron acción contra los fletadores por incumplimiento de la garantía de puerto seguro. Los fletadores con fundamento en El Evia No. 2, argumentaron que el puerto había devenido en inseguro por acontecimientos imprevistos y anormales, por lo que no eran responsables. La corte con fundamento en el *"Eastern City"* señaló que la medida de seguridad en estos casos no es absoluta, que la corte debe ser guiada por los eventuales riesgos que representan un peligro para el buque y, especialmente, si estos riesgos pueden ser evitados por la pericia y la experiencia náutica. En el caso en concreto –dijo la corte– se requería más que eso, incluso buena suerte, para desatracar con seguridad. De hecho, la corte encontró que el puerto de Kashima no contaba con un sistema de seguridad que permitiera que un

buque en similares circunstancias abandonara el muelle de forma segura, señalando que el servicio de pilotos no constituye parte de ese sistema, y que las olas y vientos verificados no constituían una “circunstancia anormal”.

En “The Reborn” la Corte de Apelaciones inglesa encontró que no hay una garantía implícita de seguridad (implied warranty of safety) en el caso de un muelle designado expresamente en el contrato por viaje (1 muelle Chekka), cuando no se ha pactado expresamente tal garantía de seguridad bien para el puerto o el muelle. Los fletadores arguyeron que no existía tal garantía expresa de seguridad respecto del puerto o muelle. Los armadores argumentaron que era para los fletadores nominar ese muelle y que implícitamente el mismo debería ser seguro. La corte analizó los términos expresos e implícitos del contrato encontrando que, si bajo el contrato los fletadores nominarían un muelle, ellos no garantizaban que el mismo sería seguro, indicando que los armadores tendrían que investigar sobre las condiciones de aquel y los riesgos. En consecuencia, los fletadores fueron condenados.

En el “Athos I” (2013 U.S. App. Lexis 9827 (3d Cir. May 16, 2013, citado en Gard Insight 211, 2013) un buque fue fletado a tiempo por su propietario (owners and manager) al operador, que a su vez lo fletó por viaje a Carco (Citgo quien a su vez era propietario del terminal). El contrato de fletamento a tiempo estaba sujeto a ley y arbitraje inglés, mientras el sub-fletamento por viaje sujeto a ley americana. A su arribo al terminal el tanquero chocó contra un ancla abandonada que estaba sumergida en las inmediaciones del puerto (New Jersey), abriendo un hoyo al casco y produciendo un derrame de cerca de 200.000 barriles de petróleo pesado en el río Delaware. El caso se cita en una publicación de Gard como uno que pone de relieve las distintas interpretaciones que pueden producirse en las jurisdicciones americana e inglesa. El propietario, bajo OPA 90; fue responsable del pago de 180 millones por daños y costos de limpieza, de los que recuperó alrededor de 88 millones del Fondo. En consecuencia, ejerció acciones contra los Carco alegando que como operadores del terminal habían sido negligentes en no descubrir el ancla abandonada en la proximidad del muelle. Adicionalmente, argumentó que Carco había incumplido con la garantía de muelle seguro bajo el contrato por viaje, y aunque este contrato se celebró

con Star Tankers, a los propietarios y el gobierno americano, intereses subrogados, les correspondía recuperar sus gastos como tercero beneficiarios del contrato. El Tribunal de Distrito rechazó el reclamo (tort y contract claims), aunque más tarde La Corte de Apelaciones del Tercer Circuito reversó la decisión de aquel. Esta decisión, sin embargo, contrasta con lo que habría sido la decisión de las cortes inglesas en las que la doctrina de la relatividad de los contratos (privity of contract) es estrictamente seguida, lo que permite concluir que difícilmente hubiesen considerado a los propietarios como un beneficiario implícito bajo el contrato de fletamento por viaje.

En “The Count” el buque arribó a Beira y luego de alcanzar el muelle realizó operaciones entre 4 y 9 de julio 2004. Sin embargo, no pudo zarpar porque a la conclusión una embarcación había varado en el canal, al igual que había ocurrido con otro buque días antes. Finalmente, “The Count” zarpó el 13 de julio. Los propietarios reclamaron contra los fletadores por el retardo sufrido, alegando que estos habían incumplido con la garantía de puerto seguro. Argumentaron que el puerto era “prospectively unsafe” para el momento en que había sido nominado por los fletadores, debido al hecho de que las boyas de acceso al canal no estaban bien posicionadas y el canal no había sido correctamente monitoreado, tampoco había un sistema a tal fin. El cabal estaba sujeto a algunos bancos de arena, y los propietarios alegaron que las varaduras de British Enterprise y el Pongola eran buena evidencia de lo anterior. Los fletadores, por su parte, alegaron que no existía nexo causal entre la alegada inseguridad del puerto y las varaduras, que las boyas se habían movido por mal tiempo, que las varaduras hubiesen podido evitarse con pericia y buena navegación y que el retardo debe ser irrazonable y capaz de frustrar el contrato a los fines de convertir al puerto en uno inseguro. El tribunal encontró que había un nexo de causalidad entre la alegada inseguridad del puerto y la pérdida, debido a que las varaduras fueron causadas por la incorrecta localización de las boyas debido a pobre mantenimiento y que, por consiguiente, el puerto era inseguro entre el 29 de junio y el 13 de julio cuando las boyas fueron realineadas. El tribunal además encontró que el puerto fue *prospectively unsafe* para el momento de la nominación, ya que difícilmente las boyas estarían en la posición correcta. Importante es señalar que, aunque los fletadores argumentaron con base al “Hermine” que el retardo

(en su caso) no fue irrazonable y prolongado como para frustrar el contrato, este argumento fue desechado por el juez.

Resulta difícil concluir *a priori* sobre la condición segura o insegura de un puerto o muelle, a menos que se analicen con detenimiento las circunstancias propias de cada caso. Sin embargo, el criterio o test básico a aplicar, siguiendo el razonamiento de la Cámara de los Lores británica, es que la obligación del fletador se contrae a que en el momento en que da la orden respectiva el puerto en cuestión pueda estimarse con un cálculo razonable como seguro para el buque, de manera tal que le permita en la fecha futura prevista llegar, utilizarlo y zarpar sin problemas. En otras palabras, el fletador será responsable si al momento de nominar el puerto o muelle, conocía o debía razonablemente conocer la situación de inseguridad que aquel podría representar para el buque.

De tal manera que no sería responsable por incumplimiento el fletador, si el puerto *a posteriori* se torna inseguro como consecuencia de un acontecimiento inesperado y anormal. (“The Evia” (No. 2), 1982, Lloyd’s Rep. 307)

Aspectos de seguro

Hay siempre riesgos para un buque de sufrir daños al arribo, durante la estadía y al zarpe de un puerto, los que pueden traducirse en reparaciones costosas del casco, retardos, pérdidas de tiempo, además de los frecuentes daños a propiedades de terceros.

Por supuesto, todos estos riesgos pueden ser objeto de coberturas específicas (Casco & Maquinaria, P&I, Riesgos de Guerra, Huelgas, Retardos, Lucro Cesante, etc.) En el mercado asegurador hay muchísimos productos al alcance de los fletadores, tal y como sucede con las coberturas que ofrecen seguros de prima fija como Navigators y Raets. Particular mención, además, merecen coberturas como la ofrecida por el Charterers Club, y que cubren tanto, daños al casco del buque fletado (Damage to Hull o TDH) y a la mercancía transportada. Gard, por otra parte, ofrece su Comprehensive Charterers’ Liability Cover a través de las cuales se aseguran los múltiples riesgos que puede afrontar el fletador, incluido daños al casco del buque fletado como resultado del incumplimiento por parte de aquél de la garantía de puerto seguro.

Sin embargo, y en el marco del tema que tratamos, habría que hacer mención a la cobertura de FD&D (Flete, Demora y Defensa), porque es precisamente a través de ella que se asegura la protección (gastos legales) que supone las disputas entre armadores y fletadores por incumplimiento del contrato de fletamento, y que en ocasiones involucra a la garantía expresa o implícita de puerto o muelle seguro.

En un sentido más amplio, además, la garantía de puerto y muelle seguro rebasa el contrato de fletamento, para involucrar al puerto o terminal en el que el buque habrá de atracar para el desarrollo de sus operaciones. Es indudable que aquellos no solo deben prestar servicios portuarios de calidad, sino también garantizar condiciones de seguridad en sus instalaciones tanto en términos de una infraestructura idónea como la condición óptima del equipamiento. El puerto o el terminal portuario también encuentra variados productos para afrontar los riesgos (Daños a los muelles y las defensas, remoción de naufragios, contaminación, etc.) resultantes de un incidente que pueda involucrar presuntos incumplimientos de la garantía de puerto seguro. TTC, Navigators, Wavelength, entre otros, ofrecen seguros de propiedad, responsabilidad civil y defensa para aquellos.

Se trata de un tema que todavía está en evolución y respecto del cual veremos desarrollos en el futuro, por ejemplo, en temas de contaminación y piratería. En cuanto a contaminación hay situaciones en las que el fletador puede ser responsable de un derrame. Es cierto que bajo el CLC esa responsabilidad corresponde al propietario registrado del buque como “responsable party”, pero puede ser responsabilidad del fletador si estamos frente a la OPA 90 de los EE.UU., de acuerdo a la cual será responsable por los costos y daños “any person owning, operating, or demise chartering (bareboat charterer) the vessel” desde la cual el producto es descargado. Un fletador podría eventualmente ser responsable de tener la operación del buque.

Por otra parte, en casos en que el armador es estrictamente responsable por indemnizaciones a terceros, costos de limpieza y multas con ocasión de eventos contaminantes por hidrocarburos, por ejemplo bajo el CLC, no significa que aquel no pueda eventualmente ejercer las acciones de regreso contra el fletador que ha designado un muelle o puerto inseguro; lo anterior, sin perjuicio de las acciones de regreso que pueda ejercer contra una autoridad pública por haber

fallado en proveer ayudas de navegación adecuadas o garantizar el mantenimiento de canales de navegación.

En otras palabras, los armadores investigarán la relación de causalidad entre el evento contaminante y un posible incumplimiento del contrato de fletamento. El caso podría ser, a manera de ilustración, que el derrame sea producto de un daño al casco que en opinión de los armadores fuera causado por el incumplimiento de los fletadores de su obligación de nominar un puerto o muelle seguro. El eventual incumplimiento de esta garantía por parte de los fletadores, no solo puede hacer a estos últimos responsables por los daños al buque, sino también por daños frente a terceros (instalaciones portuarias o contaminación) resultantes de ese daño al casco.

En el campo de la piratería, además, se discute sobre si las adyacencias o pasos próximos a un puerto, pueden considerarse como una extensión de aquel a los efectos de la garantía de puerto o muelle seguro. El mercado naviero ha dado respuesta a esta inquietud a través de cláusulas específicas a ser utilizadas en los contratos de fletamento. INTERTAKO y BIMCO han preparado cláusulas de este tipo para contratos por tiempo y por viaje, y que permiten al armador ante el fundado temor de un ataque por piratas, de desviar su ruta, contratar medidas disuasivas como servicios de seguridad o escolta, e incluso contratar seguro adicional (Extra War Risk Insurance o EWRI), Loss of Hire y Kidnap & Ramson o K&R), todo lo anterior con cargo a los fletadores.

Reflexiones finales

No es difícil advertir, con base a lo antes expuesto, que la calificación de un puerto o un muelle como inseguro, dependerá de las circunstancias propias de cada caso, lo que obliga a una investigación a profundidad de los hechos, y la documentación debida. Al margen de la contratación de seguro este tópico en específico, impone la discusión y detenida revisión de los contratos de fletamento y los de terminal.

¿Y qué podrían hacer las partes en el contexto de una disputa que involucre la condición segura o no del puerto? Richard Neylon en un interesante artículo titulado *The "Unsafe Port" Dilemma - Who is at Fault*, formula útiles comentarios. Para los fletadores quizá una

cabal auditoría sobre la seguridad del puerto/muelle antes de su nominación puede hacer la diferencia. Este seguimiento debe, por su puesto ser documentado, e incluir incluso los sub-fletamentos. Corresponderá a los fletadores demostrar que han actuado con la debida diligencia del caso, lo que les impone documentar adecuadamente el caso (inspecciones, evidencia, testimonios, etc.) con miras a argumentar que o bien el incidente fue el resultado de la falta de pericia o buena navegación del Capitán, u ocurrió como resultado de algún acontecimiento imprevisible y anormal. Los fletadores en anticipación de cualquier reclamo por parte de los propietarios por incumplimiento de la garantía de seguridad, debería actuar proactivamente en la investigación de las condiciones del puerto, involucrando preferiblemente a las autoridades.

Para los propietarios la aplicación rigurosa a bordo de los procedimientos del Código ISM es indicativo de un personal bien disciplinado y entrenado, fundamental para demostrar que el Capitán ha actuado dentro de los patrones de la pericia y la buena navegación. Lo mismo podría ser dicho del cumplimiento de los procedimientos resultantes del Código ISPS tanto para el buque como para el puerto.

Así, la calificación de un puerto o un muelle como inseguro, dependerá de las circunstancias propias de cada caso, lo que obliga a una investigación a profundidad de los hechos, y la documentación debida. Independientemente de la contratación de seguro este tópico en específico, implica la discusión y detenida revisión de los contratos de fletamento y los de terminal. La cláusula 4 (a) del contrato SHELLTIME⁴, por ejemplo, permite al buque proceder a aguas con hielo sujeto al consentimiento del armador, además del pago de la prima de seguro que pueda ser requerida.

El armador o los aseguradores subrogados tendrán que probar la condición insegura del puerto o muelle, así como el hecho de que el buque resultó dañado como consecuencia de tal condición. También podría ser el caso que el armador deba probar que el daño no pudo ser evitado ni siquiera por la pericia o la experiencia náutica del Capitán.

Lo anterior impone recabar evidencia y testimonios que sirvan de fundamento para la formulación del reclamo bien de manera directa

por parte del armador, o por los aseguradores subrogados. En este sentido, la intervención de los corredores, inspectores/surveyors, abogados y otros expertos resulta fundamental.

Referencias

ASTLE, W. E. (1986). THE SAFE PORT, Fairplay Publications, London, 109.pp.

GARD (2001) GARD NEWS, Issue 163, August-November, 35 pp.

GOHLISH, Heinz E. (2008). CHARTERERS' LIABILITY INSURANCE. ESSENTIAL BEST PRACTICE, Whiterbys, London, 192 pp.

NEYLON, Richard. (2008). THE "UNSAFE PORT" DILEMMA - WHO IS AT FAULT, en: <http://www.steamshipmutual.com/publications/articles/safeport0908.html>

NORTH OF ENGLAND P&I ASSOCIATION. (2012). AN INTRODUCTION TO P&I INSURANCE AND LOSS PREVENTION, Newcastle, UK, Second Edition, 217.pp.

STEAMSHIP MUTUAL. (2014). RULES AND LIST OF CORRESPONDENTS 2014/2015, London, 232 pp.

WILFORD, Michael y otros. (1995). TIME CHARTERS, Lloyd's of London Press Ltd., 697 pp.

Daños a la infraestructura portuaria e instalaciones fijas por buques

(Comentarios a los artículos 334 y 335 de la Ley de Comercio Marítimo venezolana)*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Introducción

Los daños a la infraestructura portuaria e instalaciones fijas comprenden aquellos sufridos por muelles, defensas, ayudas a la navegación, grúas de tierra y otras instalaciones especializadas para la manipulación de mercancías, existentes en el muelle o puesto de atraque. Un reporte preparado por el Grupo Internacional de Clubes de P&I, el cual agrupa a los principales 13 aseguradores de responsabilidad de los armadores alrededor del mundo –que en conjunto aseguran aproximadamente 90 por ciento de la flota interoceánica– y que analiza incidentes con buques bajo pilotaje, sobre la data manejada colectivamente para el período 1999/2019, concluye que de un total de 1.046 incidentes, 630 de los casos estuvieron relacionados con daños a instalaciones fijas (allision/FFO) totalizando reclamos por US\$ 1.148.762.868,00; el estudio, además, señala que el valor individual promedio de estos incidentes fue de US\$ 3.845.888,00, y aunque han disminuido en número, no así en el monto del reclamo. Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto la importancia del tema.

* Publicado en “Estudios Iberoamericanos de Derecho Marítimo en homenaje al Prof. Eugenio Cornejo Fuller”. Asociación Chilena de Derecho Marítimo, Centro del Derecho del Mar, Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo Rama Chilena. Valparaíso: Tirant Loblanck, 2023.

El presente artículo aborda la revisión y análisis de los artículos 334 y 335 de la Ley de Comercio Marítimo venezolana, que de manera específica regulan este supuesto, en especial, la garantía exigida y su funcionamiento, así como la prescripción aplicable.

Daños a la infraestructura portuaria e instalaciones fijas y terminología

Los buques en sus operaciones de aproximación, maniobra, atraque, desatraque y zarpe son susceptibles de causar daños a muelles (incluidos los flotantes), espigones, duques de alba, esclusas, defensas, ayudas a la navegación tales como boyas y elementos de balizaje, así como grúas móviles y fijas de tipo pórtico y otras instalaciones de tierra para la manipulación de mercancías. En muchos casos estos incidentes no pasan de ser pequeños contactos con el muelle o ligeros daños a sus defensas, pero en ocasiones, pueden tornarse en serios eventos de cuantiosas pérdidas. Aunque la estimación de los daños a la propiedad no resulta tan difícil de determinar –asumiendo que expertos y empresas de reparación confiables entran en escena– aquellos por interrupción de negocios pueden elevar el reclamo a serios niveles. No así ocurre al considerar las causas del incidente, pues este puede ser consecuencia de una causa específica o la concurrencia de varias, dificultando la distribución de responsabilidades. La casuística revela entre estas causas el error en la navegación, la negligencia del piloto, el error del remolcador, la condición defectuosa de las defensas, condiciones del mar, entre otras.

Ahora bien, en el derecho anglosajón existe una diferenciación expresa entre los vocablos *collision* y *allision*, correspondiendo el primero a la definición clásica del abordaje incluida en la convención internacional que rige la materia¹, esto es, el contacto violento entre dos o más buques, mientras que el segundo está referido al choque entre un buque y objetos fijos en el mar o en los puertos. Desde el punto de vista del asegurador, los incidentes que involucran a los buques y las estructuras fijas, cualquiera sea su causa, suelen englobarse en la categoría Fixed Floating Objects o FFO.

¹ Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordajes, 1910.

El abordaje se encuentra regulado en Venezuela en la Ley de Comercio Marítimo², en lo adelante LCM, cuyo artículo 320 establece: “Se entiende por abordaje, el contacto material violento, entre dos o más buques que naveguen o sean susceptibles de navegar en los espacios acuáticos”, acogiendo así al concepto recogido por el convenio internacional. El artículo 328 *eiusdem* indica, además, que las disposiciones que regulan el abordaje (Contenidas en el Capítulo I, Título VI) se extienden a la reparación de los daños y perjuicios que un buque cause a otro u otros buques, o a los bienes o personas que se encuentren a bordo de estos, aunque no haya habido abordaje, ya sea por ejecución u omisión de una maniobra o por inobservancia de la ley. No comprendería este vocablo el choque de un buque con una instalación fija, punto enfatizado por el Dr. Tulio Álvarez Ledo al referirse al Abordaje Impropio (*allision*): “Como señalé *supra*, la definición misma de abordaje implica contacto violento entre *dos o más buques*; en consecuencia, tanto en Venezuela como en los Estados signatarios de la Convención, no puede ser establecido legalmente como abordaje el contacto violento entre un buque y un objeto fijo, por ejemplo, un muelle”³.

El vocablo *allision* no encuentra traducción en el idioma castellano, como sí ocurre con el de *collision* o *colisión* que según el diccionario de la lengua española consiste en el choque de dos cuerpos. A la luz de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordajes, que rige esta especial materia y que sigue en ocasiones de manera textual la legislación venezolana, designa respectivamente en sus dos idiomas oficiales como sujeto de la Convención: el “Abordage” en francés y “Collision” en inglés. Resulta indudable, entonces, que ambos términos están referidos al mismo hecho y resultan, en consecuencia, sinónimos.

Sin embargo, observamos en la legislación doméstica una significativa variación en cuanto a la terminología, toda vez que tal y como lo estudiaremos más adelante al referirnos al artículo 334 de la LCM, la única vez que el legislador usa el término *colisión* en el texto es cuando alude al choque “*de uno o más buques a un objeto u objetos fijos, en el agua o en el puerto*”, lo que sugiere una diferenciación entre los vocablos abordaje y colisión, al menos en el foro patrio.

² Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 38.351, de fecha 5 de enero de 2006.

³ Tulio Álvarez Ledo, *Derecho Marítimo*, Tomo II, p. 51.

No resulta difícil concluir que, al menos a la luz de nuestra legislación, mientras el contacto entre buques se denomina abordaje, el choque que ocurre entre el buque y un objeto fijo en el agua o en el puerto se denominará colisión⁴. Ambos, indudablemente, regulados por la Ley de Comercio Marítimo, en sus artículos 320 y siguientes.

Disposiciones específicas aplicables en caso de colisión con objetos fijos en el agua o en el puerto

Como ya lo hemos señalado, los daños a los muelles y con más frecuencia a las defensas, son eventos cotidianos en el día a día de las operaciones portuarias. Desde luego, existen una variedad de factores que pueden ser la causa determinante o concurrente del daño, uno de los más recurrentes al menos en nuestra jurisdicción, la obsolescencia misma de las defensas⁵. Sin embargo, ocurrido el incidente los armadores deben prepararse para enfrentar la posición de fuerza que ocupan muchos terminales marinos y autoridades portuarias. Un artículo, por ejemplo, llamaba la atención sobre este tipo específico de reclamo en el puerto de Alejandría (Egipto), en donde las defensas eran viejas y pobremente mantenidas, señalando que la Autoridad Portuaria de Alejandría (APA) no permitía que los buques salieran del puerto antes de finiquitar la reclamación, a través de una de las siguientes formas: a) Cuando se han producido daños en el muelle y no se discute la responsabilidad, mediante la presentación por parte del agente naviero de un compromiso en forma estándar (no negociable) a la autoridad portuaria, que garantice el pago de los costos de reparación. En ocasiones, esta garantía puede ser necesaria incluso después de que el buque ha zarpado; b) La presentación de un cheque bancario certificado a favor de APA,

⁴ A pesar de lo anterior, hemos visto en la práctica local la utilización de expresiones tales como choque, contacto e, incluso, barbarismos como "alisión".

⁵ El daño a las defensas puede atribuirse a dos causas distintas: a) Aproximación incorrecta del buque al muelle o puesto de atraque, lo que puede resultar en daños; b) Las defensas son de un material y calidad deficientes o no han recibido el correspondiente mantenimiento periódico, resultando en daños por la utilización que en circunstancias ordinarias la defensa debería soportar. En este último caso, y con cierta frecuencia, encontramos reclamos por daños sin fundamentos y con la clara intención de sacar provecho económico de la situación. Ver Standard Club, "Fender damage while berthing", 5 de mayo 2017. Disponible en: <https://www.standard-club.com/risk-management/knowledge-centre/news-and-commentary/2017/05/web-alert-fender-damage-while-berthing.aspx>, consultado el 5 de febrero de 2021.

para cubrir la totalidad de la reclamación; y, c) La presentación de una carta de garantía bancaria incondicional con el mismo fin⁶.

Afortunadamente, los artículos 334 y 335 de la LCM contienen disposiciones que aplican de manera específica a los siniestros que involucren el choque de buques contra objetos fijos, y que pueden resultar en daños a muelles u otros elementos de la infraestructura portuaria e instalaciones fijas, de allí la importancia de su exégesis para lo que transcribimos ambas disposiciones:

- *“Art. 334: En los casos de colisión de uno o más buques a un objeto u objetos fijos, en el agua o en el puerto, el propietario o el responsable del bien afectado estimará el perjuicio y lo hará saber al causante de los daños, debiendo este último constituir fianza suficiente a satisfacción del primero, a los fines de indemnizarle, procurando su solución extrajudicial mediante acuerdo que garantice la reparación del daño dentro del plazo que las partes estimen conveniente”.*
- *“Art. 335: Cuando se trate de daños a muelles u otros elementos de la infraestructura portuaria e instalaciones fijas, causados por un buque o por una aeronave, el Administrador Portuario exigirá a su propietario o armador o en representación de éstos, al Capitán o al agente naviero, una garantía para responder por los gastos de reparación. La garantía se mantendrá mientras no se abonen los gastos o se establezca la inexistencia de responsabilidad; además se exigirá bajo apercibimiento la detención del buque o de la aeronave y no permitirá el despacho de ningún otro buque o aeronave perteneciente al responsable, o explotado por él, en caso de haber salido de la jurisdicción nacional. En caso de convoyes, la referida obligación recae sobre el propietario o armador del buque que directamente causó el daño.*

La acción para hacer efectiva la garantía, caducará si no se intenta dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la fecha del evento que hizo nacer la obligación de prestarla”.

⁶ Steamship Mutual, “Fender Damage Claims in Alexandria Dekhelia Ports”, Junio 2015. Disponible en: <https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/fender-damage-claims-in-alexandria-and-dekheila-ports.htm>, consultado el 5 de febrero de 2021.

Como se infiere del referido artículo 334, tal y como lo apunta el Dr. Álvarez Ledo pareciera pesar sobre el causante de los daños (buque) una presunción de culpa que lo obliga a la presentación de una fianza suficiente a satisfacción del propietario o el responsable del bien afectado para resarcir los daños sufridos, obviamente se trata de una presunción iuris tantum. La obligación de presentar esta garantía, no obstante, luce poco equitativa si se tienen presente que en ocasiones los daños al objeto fijo no necesariamente son responsabilidad exclusiva del buque, que también puede sufrir serios daños, por lo que hubiese sido preferible el prever garantías recíprocas. Por otra parte, el dispositivo legal en comento sugiere el arreglo extrajudicial como mecanismo para resolución del conflicto por vía de un acuerdo entre las partes, lo que no siempre sucede, especialmente si no existe coincidencia entre las partes respecto de las causas. Al respecto el Dr. Belisario Capella apunta: “La *vía extrajudicial* es la que se realiza al margen de la vía judicial. Esta vía se utiliza para designar todo trámite, solución, gestión, transacción, etc., que se realiza fuera de juicio o proceso de un conflicto de Derecho. Siguiendo esta vía, las partes establecen un acuerdo que garantice la reparación del daño dentro de un plazo que las partes fijarán de mutuo acuerdo”⁷.

Antes de la última reforma sufrida por la Ley de Comercio Marítimo (2006), el artículo 334 fijaba un lapso de 30 días continuos de haberse logrado un acuerdo entre las partes, momento a partir del cual se abría la vía judicial para el propietario o responsable del objeto afectado por el incidente, a los fines de hacer valer su pretensión. El aludido lapso desapareció con la ley vigente, de forma tal que actualmente el reclamante puede recurrir a la vía judicial en cualquier momento y a su conveniencia.

El artículo 335, por otra parte, establece el derecho del Administrador Portuario –y no de la Autoridad Acuática, como algunos erróneamente afirman– a exigir la constitución de una garantía para responder por los gastos de reparación, cuando estén involucrados daños a los muelles u otros elementos de la infraestructura portuaria e instalaciones fijas, no solo causados estos por un buque sino también por una aeronave. El mérito de este dispositivo legal radica en que establece un procedimiento más o menos sencillo a seguir en tales casos: Ocurrido el siniestro el propietario o armador del buque, o en

⁷ Freddy Belisario Capella, *Derecho del Transporte Marítimo*, Tomo II, p. 501.

representación de éstos el capitán o el agente naviero, deberá presentar una garantía para responder por los gastos de reparación, la cual se mantendrá hasta tanto *“no se abonen los gastos o establezca la inexistencia de responsabilidad”*. El buque tiene poco espacio de maniobra para evitar la presentación de la garantía, la verdad, ninguno, pues el Administrador Portuario exigirá la garantía bajo la advertencia de proceder con la detención del buque, y de no permitir el despacho de ningún otro buque perteneciente al responsable, o explotado por aquél, en caso de haber salido de la jurisdicción nacional. En lo personal interpretamos que el no permitir el despacho de ningún otro buque al que alude la norma en ausencia de la garantía, opera como una suerte de derecho de retención a favor del administrador que tienen la gestión del puerto, sin necesidad de un pronunciamiento judicial.

Sobre la garantía exigida por el Administrador Portuario y la caducidad

En el foro venezolano la garantía a ser presentada al Administrador Portuario generalmente toma la forma de una Carta de Garantía (Letter of Undertaking, también conocidas como LOU) emitida por Clubes de P&I⁸, carta compromiso emitida por el mismo Corresponsal de P&I o agente naviero e, incluso una garantía bancaria, todo dependiendo del caso específico, cobertura de seguro existente, políticas del armador y requerimientos del reclamante.

La negativa del propietario o armador del buque a presentar la garantía puede, en circunstancias, terminar en una prohibición de zarpe. En efecto, la capacidad de negociación del primero es bastante limitada, por la relativa facilidad que tiene el reclamante de obtener la medida cautelar. Así, en el caso del MT “EAGLE PHOENIX”, con ocasión de la solicitud de medida cautelar de prohibición de zarpe, hecha por el representante legal de PDVSA, S.A. por las pérdidas y daños materiales sufridos producto de la acción de dicho buque que colisionó contra las instalaciones del Terminal de Almacenamiento

⁸ Los daños ocasionados a la infraestructura portuaria, ayudas a la navegación e instalaciones fijas en tierra son generalmente cubiertos por el seguro de Protección e Indemnización (P&I), por tratarse de daños a terceros o derivados de la responsabilidad civil. Esta cobertura ampara reclamos bajo la categoría FFO. Por el contrario, los daños que sufre el buque en su casco como resultado del incidente, están amparado por el seguro de Casco y Maquinaria (H&M).

y Embarque de Crudo J.A.A., con fundamento en los artículos 103 y 104 de la LCM en concordancia con los artículos 93, numeral 1; que establece los créditos marítimos y 115 numeral 5, el Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y Sede en la Ciudad de Caracas, se pronunció en los siguientes términos:

“... ()...

El artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo establece:

Artículo 103. El titular de un crédito marítimo o privilegiado sobre un buque, tal como se encuentran establecidos en esta Ley, podrá ocurrir ante un tribunal competente, para solicitar medida cautelar de prohibición de zarpe, con el objeto de garantizar el ejercicio del crédito marítimo o privilegiado. El tribunal requerido deberá acceder a la solicitud sin más trámite, siempre que se acompañen antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama. Si no fueren suficientes dichos antecedentes o el solicitante manifestare no poseerlos aún, el tribunal podrá exigir que se constituya garantía suficiente por los eventuales perjuicios que se causen, si posteriormente resultare que la solicitud era infundada. La prohibición de zarpe por créditos distintos a los señalados en este artículo, sólo podrá ser decretada mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil. (Subrayado por el Tribunal).

*A los fines de determinar el cumplimiento del requerimiento exigido por el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo, atinente a la existencia de antecedentes que constituyan presunción del derecho que se reclama, este Tribunal observa que el solicitante acompañó con su solicitud en copia simple 1) Declaración del Capitán Anfrey Ushakov, de fecha 20/11/10, presentada por ante la autoridad acuática de la Capitanía de Puerto La Cruz, adscrito al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), marcada “B”, 2) Boleta de asignación Inspector N° 18960 suscrita por la Capitanía de Puerto en fecha 22/11/10, marcado “C”. 3) Informe preliminar del evento levantado por la Gerencia de Refinación Oriente de sus representadas, marcado “D”, que en lo relacionada a la primera instrumental fue presentada ante la autoridad marítima, conforme a lo previsto en los artículos 5 y 6 de la Ley de Comercio Marítimo, por lo que en esta etapa y a los fines cautelares, salvo su apreciación en juicio, pueden ser apreciada como indicio grave, concordados y convergentes con las otras pruebas acompañadas, y permite luego de un análisis preliminar y los fines cautelares, demostrar la existencia del *fumus boni iuris*, en cuanto al crédito marítimo alegado en*

la solicitud, para el decreto de la medida de prohibición de zarpe de la M.T. EAGLE PHOENIX . Así se declara.

Asimismo, este Tribunal advierte que para evidenciar el peligro de que pudiere quedar o hacerse ilusoria la ejecución del fallo que en definitiva dicte el Tribunal (“periculum in mora”), el solicitante señaló que:

...Es importante destacar, que aun habiendo hecho la respectiva reclamación al Capitán del Buque, en fecha 18/11/10 vía fax, hasta los actuales momentos no hemos logrado respuesta favorable del Capitán, armador o propietario del mismo, a los fines de resarcir los daños causados a mi representada, existiendo además el temor fundado que los derechos de PDVSA Petróleo S.A. no puedan ser honrados por el causante del daño, siendo que el buque es de pabellón de Singapur y tenemos conocimiento que va a zarpar, sin haber dado algún tipo de garantía que protejan los derechos de mi mandante.

Sin embargo, el artículo 103 de la Ley de Comercio Marítimo, no exige el cumplimiento de este requisito, sino únicamente cuando se trate de créditos distintos a los créditos marítimos, lo que no ocurre en el presente caso. No obstante, la no exigencia de tal requisito, el juzgador debe ponderar, como se ha sostenido hasta ahora, el peligro de que un buque zarpe de puerto venezolano, no retorne nuevamente y este expuesto a los riesgos del mar. De esta manera, el peligro se hace más evidente cuando se trata de buques de bandera extranjera que no prestan un servicio de línea o regular. En el presente caso, el tratarse de un buque de bandera de “Singapur”, puede presumirse que realiza una navegación eventual a puerto venezolano, también conocido como servicio “tramp”, por lo que existe el peligro señalado. Así se declara.

Por otra parte, los artículos 334 y 335 de la Ley de Comercio Marítimo establece:

Artículo 334. En los casos de colisión de uno o más buques a un objeto u objetos fijos, en el agua o en el puerto, el propietario o el responsable del bien afectado estimará el perjuicio y lo hará saber al causante de los daños, debiendo éste último constituir fianza suficiente a satisfacción del primero, a los fines de indemnizarle, procurando su solución extrajudicial mediante acuerdo que garantice la reparación del daño dentro del plazo que las partes estimen conveniente.

Artículo 335. Cuando se trate de daños a muelles u otros elementos de la infraestructura portuaria e instalaciones fijas, causados por un buque o por

una aeronave, el Administrador Portuario exigirá a su propietario o armador, o en representación de éstos, al Capitán o al agente naviero, una garantía para responder de los gastos de reparación. La garantía se mantendrá mientras no se abonen los gastos o se establezca la inexistencia de responsabilidad; se exigirá bajo apercibimiento la detención del buque o de la aeronave, y no permitir el despacho de ningún otro buque o aeronave perteneciente al responsable, o explotado por él, en caso de haber salido de la jurisdicción nacional.

En caso de convoyes, la referida obligación recae sobre el propietario o armador del buque que directamente causó el daño. La acción para hacer efectiva la garantía, caducará si no se intenta dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la fecha del evento que hizo nacer la obligación de prestarla. Capítulo II Salvamento Sección I Disposiciones Fundamentales. (Resaltado por el Tribunal).

En virtud de lo indicado anteriormente, este Tribunal considera que es procedente el decreto de la medida de prohibición de zarpe, por estar llenos los extremos exigidos por los artículos 103 y 104 de la Ley de Comercio Marítimo. Así se declara.-

...()....”⁹

Resulta oportuno recordar algo que con frecuencia parecen olvidar los reclamantes, y es que la garantía se presenta, y se mantiene en vigencia hasta que se abonen los gastos, generalmente a través de un proceso de negociación “o se establezca la inexistencia de responsabilidad”, lo que ocurre en la instancia judicial. El recordatorio nos parece prudente, habida cuenta la actitud de algunos administradores portuarios que actúan en la creencia de que la garantía es tan solo una de pago absoluta.

En todo caso, el legislador establece que la “acción para hacer efectiva la garantía, caducará si no se intenta dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la fecha del evento que hizo nacer la obligación de prestarla”. En opinión del Dr. Álvarez Ledo, se produce así la sustitución de la figura del deudor (propietario o armador) en el Garante, quien debe mantener la garantía hasta efectuar el pago de los daños; el reclamante deberá ejercer la acción para hacer efectiva la misma dentro

⁹ Sentencia del 27 de noviembre de 2010, Exp. No. 2010-000386. En igual sentido se pronunció el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Marítimo del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, en el caso MN PETREL BULKER con ocasión de supuestos daños ocasionados a las instalaciones de COPAL, C.A., Sentencia del 26 de junio de 2017, Exp. No. 44.484.

de los 6 meses de la ocurrencia del siniestro, para no correr el riesgo de que se extinga la acción en contra del Garante quien –afirma este autor– es el único deudor de la obligación de indemnizar, razón por la que no podría ejercerse acción legal en contra del buque, su capitán y su armador o propietario¹⁰.

Importante señalar, entonces, que el lapso para exigir la garantía es uno de caducidad, en el que el tiempo corre fatalmente sin que pueda ser impedido, interrumpido o suspendido, como sí sucede en la prescripción. La literatura jurídica es abundante al referirse a la diferenciación entre la caducidad y la prescripción, por lo que no insistiremos en el punto. A pesar de ello, vale la pena resaltar que la caducidad emana de la ley, señalando el plazo de duración de un derecho, transcurrido el cual ya no es ejercitable. En otras palabras, por el indefectible paso del tiempo, sin que se ejerza el derecho reconocido por la ley, éste se extingue de manera que el interesado será impedido del ejercicio de la acción. La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión con carácter vinculante, se ha pronunciado respecto de la caducidad en los siguientes términos: *“Dicho lapso, sin duda alguna, es un aspecto de gran importancia dentro del proceso, dado su contenido ordenador y su vinculación con la seguridad jurídica que tiene que garantizar todo sistema democrático. / En efecto, la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento, de esa forma, de que tras el transcurso del lapso que preceptúa la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le proporcione; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente, incidiría negativamente en la seguridad jurídica. / El lapso de caducidad, como lo denunció el recurrente, transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni suspensión...”*¹¹

El lapso de caducidad previsto en el segundo párrafo del Art. 335 de la LCM, es un hecho soslayado con mucha frecuencia por los reclamantes, cuyos deficientes procedimientos internos retardan innecesariamente el manejo del caso, pretendiendo exigir el cumplimiento de la garantía más allá del lapso de seis meses otorgado, en vez de instrumentar mecanismos eficientes y breves para exigir el cumplimiento de la garantía.

¹⁰ Tulio Álvarez Ledo, *Opinión legal sobre la prescripción y/o caducidad derivadas de las posibles acciones relativas a daños a muelles u otras instalaciones portuarias, causadas por un buque*, 15 de enero 2016.

¹¹ Sentencia del 8 de abril de 2003, Exp. No. 03-002.

La Prescripción de la acción contra el propietario o armador

Hemos explicado que el artículo 335 de la LCM impone al propietario o armador o en representación de estos, al capitán o al agente naviero, la presentación de una garantía para responder por los gastos de reparación, correspondiendo al afectado exigir su ejecución antes de que opere la caducidad, en ausencia de lo cual el Garante quedaría liberado de la obligación de reparar. ¿Y qué ocurre con las acciones en contra del propietario o armador? Es verdad que el Dr. Álvarez Ledo sostiene que, verificada la caducidad, no solo no podría ejercerse la acción en contra del Garante (generalmente un asegurador) sino tampoco en contra del buque, su capitán y su armador o propietario, ello porque ocurre una sustitución del deudor en el Garante. Sin embargo, la ausencia de decisiones judiciales sobre este particular deja abierta la discusión.

Podría creerse se trata de una mera disquisición jurídica, pero no es así ya que en el pasado algunos reclamos extrajudiciales han sido presentados a los propietarios y armadores, a través de sus aseguradores o bien directamente a ellos, verificado el lapso de caducidad de los 6 meses, argumentando que, aunque caducada la acción contra el asegurador bajo la garantía, la responsabilidad del propietario o armador asegurado subsiste. ¿De ser este el caso, cuál sería el lapso de prescripción? Al menos una opinión legal hemos tenido a la vista, en la que se sostiene que la prescripción aplicable es aquella del artículo 1.977 del Código Civil venezolano, esto es, el lapso de diez (10) años, también llamada prescripción decenal para las acciones personales, posición que, desde luego, no compartimos por las razones que explicaremos a continuación.

Nuestra legislación consagra el principio de la aplicación preferente de la ley especial sobre la general, en términos inequívocos. Así, tenemos que el Código Civil establece en el artículo 14: “Las disposiciones contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad”. En concordancia con la citada norma, dispone el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil: “Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial”.

El principio de la aplicación preferente de la ley especial sobre la general, por otra parte, ha sido ratificado en diversas decisiones por el Tribunal Supremo de Justicia:

Sala de Casación Civil, Sentencia No. RC.007 del 16 de febrero de 2001, Exp. No. 3-D-40:

“... Esta norma procesal debe aplicarse inmediatamente a los procesos en curso ante el Máximo Tribunal, sin remisión a otras disposiciones legales en la materia, no solo porque ahora la perención de instancia en los procedimientos ante el Máximo Tribunal tiene norma expresa que regula su propia Ley Orgánica, sino porque ante la disyuntiva de ley especial frente a legislación general, la elección no debe ofrecer dudas al intérprete, como tampoco deben surgir vacilaciones en la escogencia hermenéutica entre ley orgánica frente a legislación ordinaria...”

Sala Constitucional, Sentencia No. 163 del 5 de febrero de 2002, Exp. No. 00-1536:

“... Los Códigos Civil y de Comercio son, en efecto, leyes generales, mientras que la Ley para promover y proteger la libre competencia es una ley especial en su materia. Ello, no obstante, no quiere decir que esa ley sea necesariamente especial respecto de todas las normas de los referidos códigos. En realidad, más que de leyes generales o especiales debe hablarse de normas generales o especiales. Así, la especialidad de una norma respecto de otra debe analizarse en cada caso, a fin de poder precisar la que será aplicable en un supuesto concreto. Al ser innecesario para resolver este caso, esta Sala no hará pronunciamiento alguno acerca de la especialidad de la ley citada respecto de los Códigos Civil y de Comercio...”

Sala de Casación Civil, Sentencia No. 114 del 12 de marzo de 2009, Exp. No. 07-819:

“... No encontrándose una disposición legal expresa, tanto en la Ley de Aviación Civil de 2005, como en la

Ley de Procedimiento Marítimo de 2001, que indique cuál es el procedimiento aplicable a las causas de índole civil y comercial que establece el artículo 157 de la Ley de Aviación Civil, se hace necesario acudir al artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, por vía de una interpretación sistemática de la Ley, el cuál dispone lo siguiente:

*“Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, **se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial.**” (Resaltado de la Sala).*

La aplicación del procedimiento civil ordinario se realiza cuando no exista un procedimiento especial que regule o determine otro tipo de procedimiento. En este sentido, el procedimiento ordinario tiene un carácter residual, cuando no esté determinado expresamente un procedimiento especial en forma directa.

Es de perogrullo que la ley especial priva sobre la general, donde la generalidad tiene un carácter secundario, dándosele preeminencia a la especialidad e igualmente que la ley posterior tiene preferente aplicación sobre cualquier disposición anterior implícitamente derogada por la sucesiva.

El respeto por el principio de especialidad del procedimiento, sobre aquél ordinario o general, incluso dentro del mismo Código de Procedimiento Civil, se observa en el artículo 22 eiusdem, el cual establece:

‘Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuando constituya la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso...’

Pero esta aplicación del principio de especialidad del procedimiento, debe estar expresamente consagrado en la

Ley, y en el caso bajo estudio, atinente a la materia contenida en el artículo 157.1 de la Ley de Aviación Civil, no existe una disposición concreta que atribuya un procedimiento especial para tramitarlo ni lo regula la Ley de Procedimiento Marítimo”.

Por otra parte, afirma el Dr. Tulio Álvarez Ledo que íntimamente ligado al principio de aplicación preferente de la ley especial se encuentra, además, el de la prelación de la ley posterior sobre la anterior. En tal sentido es importante señalar –enfatisa este autor– que la legislación marítima nacional es ley especial y ley posterior con respecto al Código Civil.

Pretender aplicar la ley general de manera supletoria a casos expresamente regulados por la ley especial, contradice lo señalado repetidamente por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, que ha establecido en forma reiterada y pacífica que: “... la supletoriedad de las leyes debe emanar de norma expresa que así lo contemple, y debe referirse a aspectos no regulados por ésta...”, en abono de lo cual se transcriben dos decisiones de interés:

Sala de Casación Civil, Sentencia No. RC.616 del 15 de julio de 2004, Exp. No. 02-932:

“... En el caso que se estudia, es aplicable el criterio anterior; la supletoriedad de las leyes al cual hace referencia la sentencia sólo es posible si la propia ley así lo contempla; por tanto, debe referirse a aspectos no regulados por ésta, lo que no sucede con la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1996, por cuanto en la referida ley no hay ninguna disposición que permita supletoriamente acoger lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil para practicar la citación del demandado”.

Sala de Casación Civil, Sentencia No. RC. 186 del 11 de mayo de 2011, Exp. No. 10-588:

“... Así pues, el juez de la recurrida en el sub iudice no debió aplicar supletoriamente el Código Civil, pues se ha

indicado que la supletoriedad de las leyes debe emanar de norma expresa que así lo contemple, y debe referirse a aspectos no regulados por ésta, lo que en modo alguno sucede con la Ley General de Puertos la cual no contempla la supletoriedad del Código Civil, por lo que no era necesario aplicar lo dispuesto en tal código, respecto a la prescripción”.

De lo anterior se infiere que la aplicación supletoria de una ley de carácter general, solo es posible en el caso que la ley especial así lo establezca.

No puede pretenderse, entonces, la aplicación de una normativa de carácter general (artículos 1.185 y 1.977 del Código Civil), con prescindencia de la normativa especial contenida en numerosas disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo, tanto más cuando el supuesto que estudiamos se encuentra enmarcado en el artículo 335 de la LCM, a su vez comprendido en el Capítulo I (Abordajes y otros Accidentes), Título VI (Riesgos de la Navegación) de la LCM, en cuyo artículo 330 se establece un lapso de prescripción de dos (2) años desde la fecha de la ocurrencia del abordaje (choque entre buques), incluido como debe entenderse el llamado abordaje impropio (Artículo 328) y la colisión (Artículo 334), supuestos todos regulados por el referido Capítulo I del Título VI (Artículos 320 al 335). En soporte de lo ya afirmado, es importante recordar que la norma rectora en lo relativo a interpretación de la ley, está contenida en el artículo 4 del Código Civil, según la cual: “... () ... Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho”.

Aun cuando el choque de un buque contra instalaciones fijas e infraestructura portuaria, no puede ser legalmente considerado como un abordaje conforme a lo dispuesto en el artículo 320, el evento constituye indiscutiblemente una colisión, términos sinónimos a la luz del convenio internacional que rige la materia, existiendo una norma expresa que regula la prescripción, esto es, el lapso de dos (2) años contemplado en el artículo 330 de la LCM.

Comentario final

Los daños a la infraestructura portuaria e instalaciones fijas pueden dar lugar a una variedad de reclamos que, en ciertas circunstancias, involucran grandes cantidades de dinero. Se trata de siniestros en el que la determinación del quantum de los daños se torna fundamental para la estimación expedita de la garantía, su presentación y eventual pago. Aunque ciertos incidentes no dejan lugar a dudas sobre la (s) causa (s), la experiencia demuestra que otros se tornan complejos, al tratarse de instalaciones y elementos de muy pobre mantenimiento y/o con daños preexistentes. En estos casos el propietario o el responsable del bien afectado, lejos de hacer una estimación honesta del perjuicio, casi siempre tendrá como objetivo el reemplazo del bien afectado por uno nuevo, bajo amenaza de impedir el zarpe del buque. Resulta fundamental, entonces, contar con inspecciones in situ, registros fotográficos, reportes técnicos y opiniones expertas que permitan documentar de manera precisa el evento y sus múltiples aristas, tareas que dependerán del profesionalismo y experticia de las partes intervinientes.

En el foro venezolano, el suceso que origina los daños en el caso del choque de un buque con elementos de la infraestructura portuaria e instalaciones fijas, no puede ser legalmente considerado como un abordaje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 de la LCM. El evento bajo análisis encuadra dentro del denominado *allision* en la práctica anglosajona, en contraposición al abordaje propio (*collision*). En todo caso, el artículo 334 de la LCM denomina tal evento como una colisión.

Prevé la legislación patria dos dispositivos que de manera clara regulan el supuesto bajo estudio, destacando la caducidad de la acción para ejecutar la garantía que se prestare, sujeta a un lapso de tiempo relativamente breve de 6 meses, contados a partir de la fecha del evento que hizo nacer la obligación de prestarla, lo que sugiere la implantación de mecanismos expeditos para la estimación y exigibilidad del pago.

Independientemente de que opere o no la caducidad, y por las razones antes explanadas, la prescripción de la acción será de dos (2) años, tal y como lo establece la normativa especial.

Referencias bibliográficas

- ÁLVAREZ LEDO, Tulio. (2011). *Derecho Marítimo*. Universidad Católica Andrés Bello. 3ra. Edición, Caracas, Venezuela. Tomos I y II.
- BELISARIO CAPELLA, Freddy. (2013). *Derecho del Transporte Marítimo*. Ediciones Marítimas Venezolanas. Caracas, Venezuela. Tomos I y II.
- BELISARIO CAPELLA, Freddy. (2013). *Riesgos de la Navegación*. Anauco Ediciones, C.A., 2da. Edición, Caracas, Venezuela.
- International Group of P&I Clubs. (2020). *Report on P&I claims involving vessels under pilotage 1999-2019*, London.
- VILLARROEL RODRÍGUEZ, Francisco Antonio. (2017). *Tratado General de Derecho Marítimo Venezolano*. Editorial Jurídica Venezolana, 3ra. Edición, Caracas, Venezuela.

La recepción y entrega de mercancías en puertos venezolanos

(Una revisión del tema a la luz de la legislación acuática y
aduanera vigentes)*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Justificación

Uno de los aspectos más importantes de la Ley General de Puertos, promulgada inicialmente en septiembre del año 2001, lo constituyó el Título IV que establece un régimen especial de responsabilidad aplicable a los Operadores Portuarios, hasta entonces inexistente. Dicho régimen no puede ser considerado en singular, pues requiere de la lectura conjunta de las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo que regulan la responsabilidad del porteador, permitiendo así eliminar la llamada “tierra de nadie” e identificando claramente la cadena de custodia sobre las mercancías que se movilizan dentro de la zona portuaria. Es en el contexto de ese nuevo marco legislativo, introducido dos décadas atrás, que se analizará la problemática de la recepción y entrega de mercancías y, muy especialmente, la liberación de éstas sin la exigencia del Conocimiento de Embarque original, por parte del administrador portuario / operador portuario que, según las circunstancias, tienen la custodia de aquellas.

El presente artículo aborda el tema, sin embargo, desde una perspectiva mucho más amplia y necesaria para incluir la normativa

* Publicado en “Libro Conmemorativo XX Años de la Legislación Acuática Venezolana: En Homenaje a la memoria de Julio César Sánchez-Vegas”. Caracas: AVDM, 2021.

y prácticas aduaneras y portuarias existentes dentro de los puertos de uso comercial, llamando la atención sobre los riesgos involucrados y proponiendo una interpretación que creemos ajustada a derecho y a las prácticas reconocidas en el comercio internacional.

Preliminar

Tan importante como el transporte adecuado de la mercancía, resulta la custodia de la cosa misma. No obstante, imposible lo primero para el porteador sin la colaboración de quien tiene a su cargo la recepción efectiva de las mercancías en puerto¹, en el caso venezolano, del operador portuario². Sin perjuicio de que se trate de una descarga directa con arreglo a la normativa aduanera³, en términos prácticos siempre estará presente un operador portuario encargado de la manipulación de la mercancía, entregándola en tierra en representación del porteador o del receptor, según los términos del contrato de transporte pactados. La mercancía, por otra parte, se encuentra amparada bajo un conocimiento de embarque (*Bill of Lading* o *BL*), una de cuyas funciones es la de operar como un recibo por la mercancía embarcada, documento original

¹ Coincidimos con el Dr. Carlos Matheus quien al tratar el tema ("Responsabilidad de los Operadores Portuarios", en Régimen Legal de Puertos Venezolano, p. 79) hace una distinción entre las operaciones materiales de carga y descarga y los actos jurídicos de recepción y entrega, los que no siempre coinciden, como lo veremos más adelante.

² De conformidad con el art. 78 de la Ley General de Puertos, "se entiende por operador portuario toda persona distinta al transportista que, en el ejercicio de una autorización o un contrato otorgado por el administrador portuario, se hace cargo de mercancías que han sido o serán objeto de transporte por agua, a fin de prestar o hacer prestar con respecto a esas mercancías, servicios tales como el depósito transitorio, la carga, la descarga, la estiba, la desestiba, el arrumaje, el entablado, el trincado, el acarreo y el almacenamiento". En el caso de la mayoría de los puertos de uso comercial (Puerto Cabello, La Guaira, Maracaibo y Guanta, entre otros), corresponde la custodia de las mercancías a Bolivariana de Puertos, S.A., ente gubernamental en el que concurren su condición de administrador portuario y Operador Portuario.

³ El artículo 23 de la Ley Orgánica de Aduanas, señala: "Las mercancías deberán permanecer en depósitos temporales, previamente autorizados para tal fin por la Administración Aduanera, mientras se cumple el trámite aduanero respectivo para recibir un destino aduanero. Se exceptúan de esta obligación los efectos que sean, descargados o embarcados en forma directa, los que por su naturaleza o características especiales deban permanecer a la orden de la aduana en otros lugares a juicio de la autoridad competente, y los que expresamente se señalen por vía reglamentaria". Adicionalmente, el artículo 97 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas, establece: "Además de los casos señalados en el artículo 21 [ahora 23] de la Ley, quedarán exceptuadas de permanecer depositadas en las zonas de almacenamiento, mientras se cumple el trámite aduanero correspondiente, aquellas mercancías que: a) Por su presentación o manipulación pongan en peligro o amenacen la integridad de otras mercancías o personas, instalaciones y equipos; b) Por su estado o procesamiento, sean mercancías perecederas que, por falta de almacenamiento apropiado, sufran deterioro o inutilización; c) Por su naturaleza o necesidad se consideren envíos urgentes". Se refiere, por ejemplo, a mercancías tales como explosivos o refrigeradas.

que será exigido por el porteador al consignatario para la entrega de mercancía.

El conocimiento de embarque

Se trata, sin duda alguna, del documento de transporte de uso más generalizado en el comercio internacional, y del que existe registros que se remontan al siglo XIV. La lectura de los antiguos conocimientos de embarque encerraban fórmulas, a veces, un tanto poéticas: “Yo Juan Carbó y Roig vecino Español Maestre que soy de la Fragata que Dios salve, nombrada la Rosalía que al momento está surto, y anclado en este Puerto, para con la buena ventura seguir el presente viaje al de Puerto Cabello Conozco haber recibido, y tengo cargado dentro del dicho Barco... () ... con lo qual prometo y me obligo, llevandome Dios en buen salvamento con dicho Barco, al referido Puerto, de entregar por vos, y en vuestro nombre a... () ... y para así cumplirlo, obligo mi persona, bienes, Barco, fletes, aparejos, y lo mejor parado de él. En fe de lo qual os dí tres Conocimientos de un tenor, firmados de mi nombre por mí, ó por mi Escribano, de los quales uno cumplido, los otros no valgan”⁴. Independientemente del amparo divino al que apelaba el Capitán, este documento funcionó en sus inicios básicamente como un recibo firmado por aquél por los efectos cargados, confirmando que los mismos habían sido embarcados a bordo.

Se afirma que en los albores del comercio el dueño de las mercancías, o un comerciante de algún tipo, a menudo viajaba con ellas y las vendía en destino. Esta persona presentaba el conocimiento de embarque al Capitán en el puerto de descarga y, a cambio, este último entregaba las mercancías a aquél o al comprador según le instruyeran⁵. Desde luego, la emisión de este documento también establecía la relación contractual entre el transportista y el dueño de la mercancía. Con el paso del tiempo y al calor de las prácticas comerciales, se hizo imposible para los mercaderes navegar con todos los envíos que organizaban, así que las órdenes al Capitán en lo referido a la entrega de los bienes se escribían en el Conocimiento que, finalmente, se convirtió en un documento-título facilitando la transferencia de propiedad sobre los bienes, por parte de la persona que lo poseía.

⁴ Conocimiento de Embarque emitido por el Maestre de la Fragata Rosalía, en su viaje de Palma de Mallorca a Puerto Cabello (Venezuela), fechado el 30 de enero de 1813. Colección del autor.

⁵ Stephen Mills, *Bills of Lading*, pp. 31-32.

La evolución del Conocimiento explicada arriba en forma sucinta se resume, entonces, en tres funciones básicas que, aunque no es nuestra intención tratar en detalles, bien vale la pena enumerar:

- 1) Sirve como *recibo* por la mercancía embarcada, tal y como se infiere del nombre mismo del documento;
- 2) Constituye evidencia *prima facie* del contrato de transporte, celebrado entre el porteador y el cargador; y,
- 3) Funciona como título de propiedad (*Document of Title*), esto es, un documento que representa la mercancía y cuya transmisión traslada la propiedad y posesión de aquélla. Estas funciones ponen de relieve la importancia que el Conocimiento tiene para el porteador, además del celo que merece su manejo⁶.

Conviene recordar, además, que según el Conocimiento sea emitido en el tráfico de línea regular o *tramp*, operará como un verdadero contrato de mercancías por agua y, en otros casos, como un mero recibo por las mercancías embarcadas, toda vez que las condiciones del transporte subyacen en el contrato de fletamento. Sin embargo, lo que deseamos resaltar, a los fines de nuestra exposición y como principio general, es que las mercancías objeto de transporte serán entregadas contra la presentación de un Conocimiento de Embarque original, por parte del recibidor al transportista. Este principio no solo lo confirma la costumbre y las decisiones de los tribunales, sino que lo consagra los convenios internacionales y las legislaciones nacionales.

Las Reglas de Hamburgo, por ejemplo, en el artículo 1 (7) señala: “Por conocimiento de embarque se entiende un documento que hace prueba de un contrato de transporte marítimo y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías, y en virtud del cual este se compromete a entregarlas contra la presentación del documento. Constituye tal compromiso la disposición incluida en el documento según la cual las mercancías han de entregarse a la orden de una persona determinada, a la orden o al portador”. (Subrayado nuestro)

⁶ No deja de asombrar, en el ámbito doméstico, el desconocimiento que tienen muchos de los actores sobre el Conocimiento de Embarque, sus funciones y alcance, deteniéndose, a veces, solo en el contenido del anverso y olvidando que se trata de un todo, en el que el clausulado del reverso también cuenta.

Las Reglas de Rotterdam, de igual manera, en su artículo 46 consagra: “Cuando se haya emitido un documento de transporte no negociable del que se infiera que el documento debe ser restituido para obtener la entrega de las mercancías: a) El porteador deberá entregar las mercancías al destinatario ... una vez que este, al ser requerido para hacerlo, se haya identificado debidamente y haya restituido al porteador el documento de transporte no negociable. El porteador podrá denegar la entrega si, al ser requerida para ello, la persona que alegue ser el destinatario no se identifica debidamente como tal, y deberá denegar la entrega en caso de no serle restituido el documento no negociable”. (Subrayado nuestro)

Igual principio es recogido por el artículo 197 (7) de nuestra Ley de Comercio Marítimo⁷, al definir al Conocimiento de Embarque como el “documento que hace prueba de un contrato de transporte por agua o aquel que lo reemplace y acredite que el porteador ha tomado a su cargo las mercancías, y en virtud del cual este se compromete a entregarlas contra la presentación del documento correspondiente y según el cual las mercancías han de entregarse a una persona determinada, a la orden o al portador”. (Subrayado nuestro)

Sin embargo, el Conocimiento podría no estar en manos del Consignatario, por una variedad de razones: 1) No ha cancelado la mercancía a través de la carta de crédito, y el BL todavía se encuentra en poder del banco; 2) No ha cancelado la mercancía al proveedor y, en consecuencia, aquel no ha enviado el BL al comprador; 3) El BL se puede extraviar al ser enviado a través de la empresa de mensajería; y, 4) En el caso de cargas consolidadas, el BL Master permanece en manos del agente de carga o transitario (*Freight Forwarder*) en origen, quien no lo ha enviado al agente de carga en destino, por existir pagos pendientes. Claro está, en ciertas situaciones y de manera excepcional, el porteador podrá entregar las mercancías sin la presentación del Conocimiento original, a cambio del otorgamiento por parte del receptor de una Carta de Indemnización (*Letter of Indemnity*).

El derecho que corresponde al Armador a exigir el Conocimiento contra la entrega de las mercancías, incluso, subsiste a pesar de las facultades que tiene el Fletador de dar instrucciones al Capitán para

⁷ Gaceta Oficial N°38.351 del 5 de enero de 2006.

la emisión y firma de estos documentos. Así, muchos contratos de fletamentos autorizan a los Fletadores a requerir de los Armadores la firma y entrega de los Conocimientos de Embarque, obligando a los primeros a indemnizar a los segundos de incurrir en pérdidas o daños por el cumplimiento de tales órdenes. Con arreglo a esta garantía implícita de indemnización, los Fletadores con frecuencia requieren del Armador y a todo evento la entrega de las mercancías sin el Conocimiento, argumentando su obligación de indemnizar; sin embargo, las cortes inglesas han dejado en claro que de ser ese el caso, una cláusula expresa y claramente redactada debe existir. En el caso *The Houda*, por citar un precedente, la existencia de una cláusula en el contrato de fletamento que establecía: *"The master... shall be under the orders and directions of Charterers as regards employment of the vessel... and shall sign Bills of Lading as Charterers or their agents may direct... Charterers hereby indemnify Owners against all consequences or liabilities that may arise from the master... otherwise complying with Charterers' or their agents' orders, (including delivery of cargo without presentation of Bills of Lading..."*⁸ no fue suficiente, en opinión de la corte, como para obligar al Armador a entregar la mercancía sin la presentación del Conocimiento.

La responsabilidad del porteador

La Ley de Comercio Marítimo, artículos 197 y siguientes, recoge las disposiciones imperativas que aplican al contrato de transporte de mercancías por agua, esto es, el típico contrato utilizado en el tráfico de línea regular. El artículo 203 señala que las mercancías están bajo la custodia del porteador desde el momento en que éste las haya tomado a su cargo, hasta el momento en que las entregue:

- 1.- En poder del consignatario; y,
- 2.- En poder de una autoridad o de un tercero a quienes hayan de entregarse las mercancías, de conformidad con el contrato, la ley o los usos del comercio, aplicables en el puerto de descarga.

⁸ Traducción libre: "El capitán ... estará bajo las órdenes y direcciones de los Fletadores en lo que respecta al empleo de la embarcación ... y firmará los Conocimientos de Embarque como los Fletadores o sus agentes puedan ordenar ... Los Fletadores indemnizarán a los Propietarios contra todas las consecuencias o responsabilidades que puedan surgir del capitán ... de lo contrario cumplirán con las órdenes de los Fletadores o sus agentes, (incluida la entrega de carga sin presentación de los Conocimientos de Embarque ..."

En ejecución del contrato de transporte evidenciado bajo conocimiento de embarque, el porteador asume ciertas obligaciones entre las que destacan, de conformidad con el artículo 204, las siguientes:

- a) Poner a disposición un buque en estado de navegabilidad;
- b) Equipar y aprovisionar el buque; y,
- c) Cuidar que sus bodegas, cámaras frías o frigoríficas y cualquier otro espacio utilizado en el transporte de mercancías, esté en condiciones para recibirlas, conservarlas y transportarlas.

El porteador, además, asume la obligación de proceder “en forma conveniente y apropiada” a la manipulación, carga, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercancías transportadas por agua, pero dentro del espectro de las obligaciones asumidas por el porteador y, definitivamente, la más relevante en el contexto de la responsabilidad, está aquella conforme a la cual el porteador debe entregar las mercancías contra la presentación del Conocimiento original, a quien se presume es su legítimo propietario, a tenor de lo dispuesto en el artículo 197 (7).

No obstante, aquella visión romántica en la que el Capitán al arribo, quizás en cubierta o al costado del buque, cuida de la entrega de su cargamento a cambio de los Conocimientos ha quedado en el pasado, pues la evolución y dinámica de las operaciones hace que la entrega de mercancías se verifique condicionada por la organización y usos portuarios, su normativa y los procedimientos aduaneros aplicables.

Así, en el ámbito portuario venezolano podemos distinguir tres etapas bien diferenciadas, que han condicionado la recepción y entrega de mercancías:

Instituto Nacional de Puertos (INP) / 1975-1991: El INP operó como una organización portuaria de tipo operativo y, por tanto, encargada de la prestación de todos los servicios que comprendían la utilización de las radas, canales de acceso, muelles, almacenes, patios y vías internas, así como los equipos y maquinarias necesarios para el manejo de mercancías en los buques, gabarras y dependencias de los puertos. Correspondía al INP la ejecución de los servicios de estiba, caleta, almacenaje, recepción y entrega de mercancías y realizar todas las operaciones y faenas concernientes a la movilización de la carga⁹.

⁹ Artículo 7, literal c) de la Ley que crea el Consejo Nacional de Puertos y el Instituto Nacional

En consecuencia, la recepción y entrega de mercancía, así como la custodia de la misma, correspondía al INP, ente encargado de emitir el acta de recepción / pase de salida y responsable por la custodia y cuidado de las mercancías, de allí que el artículo 53 del Reglamento de la Ley que crea el Consejo Nacional de Puertos y el Instituto Nacional de Puertos, señalaba: “El Instituto Nacional de Puertos responderá a los propietarios o consignatarios por las pérdidas o deterioro que sufran las mercancías introducidas al país, desde el momento que sean debidamente recibidas hasta el día de su retiro”¹⁰.

Interesante resulta señalar, además, que en los años finales del INP el sector privado asumió algunas de sus responsabilidades. Al respecto el Dr. Carlos Matheus señala: “El INP, con su personal de obreros y empleados, prestó ese servicio de una manera muy deficiente, sin productividad, en condiciones de inseguridad para los bienes confiados a ellos, así como corruptelas de toda índole, lo que dio como resultado que los armadores y usuarios de los servicios, de hecho comenzaron a intervenir a través de sus agentes, dependientes y contratistas independientes en las labores materiales de carga, estiba, descarga, y manipulación de las mercancías, a veces en forma conjunta con el INP y a veces de manera excluyente... () ... Igualmente, se puede mencionar el problema de la tierra de nadie”¹¹,

de Puertos (Decreto-Ley No. 674, Gaceta Oficial No. 3.574 Extraordinario, de fecha 21 de junio de 1985).

¹⁰ Decreto No. 1.835, G.O. No. 1.917 Extraordinario, de fecha 11 de noviembre de 1976.

¹¹ El problema de la llamada “tierra de nadie” no fue un problema exclusivo de los puertos venezolanos, sino consecuencia de la entrada en las operaciones de prestadores de servicios privados encargados del manejo de la mercancía. Sobre este particular, ya escribimos en el pasado: “Particular incidencia han tenido las reformas ocurridas en nuestros puertos y la aparición de los Operadores Portuarios, en los regímenes de responsabilidad. A casi una década de iniciados estos nuevos esquemas portuarios en Latinoamérica, se hace cada vez más patente que la visión parcial conque muchos de ellos fueron adelantados, han creado una problemática en el campo de las responsabilidades de difícil solución. La vetustez de la legislación aduanera y la marítimo-comercial, en el contexto de un modelo de gestión portuaria privado o quasi-privado, han dado lugar al nacimiento de las llamadas “Tierras de Nadie” en el que la determinación de responsabilidades entre armador-estibador o empresa operadora portuaria-administrador portuario resulta una tarea harta difícil. Ya lo hemos mencionado en el pasado, al señalar que muchos países no advierten la gravedad de adelantar la modernización de sus sistemas portuarios, sin introducir cambios en otras legislaciones que tienen influencia determinante sobre aquéllas, ej. La aduanera y la marítimo-comercial. Resulta claro que muchas de estas legislaciones fueron diseñadas en una época para la cual el modelo imperante de gestión portuaria, era uno de tipo netamente público en manos de entes nacionales tales como el Instituto Nacional de Puertos (INP) en Venezuela o Colpuertos, en Colombia. A pesar de los muchos vicios que tenían lugar dentro de los recintos portuarios, la determinación de las responsabilidades era cuestión más o menos fácil de determinar, no así la obtención de las indemnizaciones. Y esto lo decimos porque al terminar la responsabilidad del porteador marítimo en el gancho, según las Reglas de la Haya o Haya-Visby, era fácil advertir que el responsable inmediato de cualquier pérdida de mercancía en el tramo terrestre, lo sería la administración portuaria,

en que la recepción y entrega de mercancía por el INP, ocurría en la práctica antes de que el INP formalmente recibiera las mercancías, mediante una constatación escrita, quedando éstas a merced de los depredadores, sin poderse imputar responsabilidad al INP y sin que el armador ni sus agentes, ni mucho menos los consignatarios, pudieran arbitrar medios eficientes de custodia de la carga”¹².

Descentralización / 1991-2009: Durante esta etapa los servicios de transferencia, carga, descarga, almacenamiento y entrega de mercancía, así como la realización de todas aquellas operaciones y faenas concernientes a la movilización de la carga, suministro de equipos en arrendamiento, transferencias y, en general, cualquier servicio al buque y a la carga eran prestados por los operadores portuarios privados. La competencia portuaria pasa del Poder Nacional a las regiones que asumieron la competencia con arreglo a la Ley de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, los entes portuarios regionales eran meros administradores, pudiendo prestar servicios solo por vía de excepción. En muchos casos los operadores portuarios privados tenían contratos de estiba o terminal con las líneas navieras regulares, obligándose aquéllos entre otras cosas, a la entrega de las mercancías únicamente contra la presentación del BL original, y siempre que existiera el entréguese o “*release*” por parte del transportista, a través de su agente naviero, permitiéndole así el efectivo control sobre el embarque, cobro de fletes y demoras.

Bolipuertos, S.A. / 2009-Actualidad: Verificada la toma de los silos, patios y almacenes en ciertos terminales marítimos, por parte de Bolivariana de Puertos, S.A., en ejecución de la Resolución Ministerial No. 192 del MOPVI¹³, este ente público entra en control inmediato de ellos y, en algunos puertos, de los servicios de carga y descarga. De nuevo la recepción y entrega de mercancías quedan en mano de ese

cuyos trabajadores manipulaban la carga, o a quien correspondía la administración de los patios y almacenes, o administraba los depósitos fiscales. Por el contrario, la introducción del sector privado en los puertos ha complicado las cosas, toda vez que en la gran mayoría de los casos aquél ha sido habilitado para prestar sus servicios con arreglo a un instrumento legal en particular, pero subsistiendo viejas reglas aduaneras y marítimo-comerciales extraña a él’. José Alfredo Sabatino Pizzolante, “El Moderno Derecho Portuario vs. Las figuras del Operador de Terminal, Operador Portuario, Agente Portuario y del Agente Naviero. Análisis jurídico de sus responsabilidades y derechos”, en *Retos al afrontar el Nuevo Milenio*, Temas de Derecho Marítimo - Portuario, San José de Costa Rica, 1999, pp. 233-234.

¹² Carlos Matheus, *Ibidem*, p. 81.

¹³ Gaceta Oficial No. 39.231, del 30 de julio de 2009.

ente público administrador y operador portuario, quien se rehúsa a celebrar con los porteadores contratos de estiba o terminal. A partir de entonces ha existido una absoluta discrecionalidad de este último, respecto de la exigibilidad del Conocimiento al momento de la entrega, ante la falta de una norma legal o reglamentaria que expresamente le imponga dicha obligación, ello a pesar de que tal exigibilidad se infiere de la lectura exegética y concatenada de las normativas que regulan el tema.

El Conocimiento de Embarque, por lo tanto, se convierte en documento fundamental del transporte marítimo razón por la cual: 1) Solo un juego de originales debe ser emitido¹⁴; y 2) La entrega de mercancías sin el conocimiento de embarque original, tiene serias implicaciones en términos de la responsabilidad del porteador bajo el contrato de transporte y la cobertura de seguro que lo ampara.

1.- Implicaciones jurídicas que emergen de la entrega de mercancías sin el Conocimiento de Embarque original

La exigencia del Conocimiento original contra la entrega de la mercancía tiene fundamento en las prácticas generalizadas y aceptadas en el comercio internacional, así como en numerosas decisiones de los tribunales. Ya bien lo afirmaba el Juez Bowen en el caso de *Sanders Bros v Mclean & Co.*, cuando definía el Conocimiento como: “Una llave que en manos del propietario legal está supuesta a abrir las puertas del almacén, flotante o fijo, en el que las mercancías se encuentran”¹⁵. En consecuencia, el Conocimiento es la llave que permite al tenedor del mismo abrir el almacén –en término figurado claro está– verificándose la entrega de las mercancías en el puerto de descarga. De allí que se afirme que ese es el rasgo individual más importante del Conocimiento de Embarque.

¹⁴ Contrario a lo que ocurría con el artículo 735 del derogado Libro Segundo del Código de Comercio de Venezuela, que señalaba que del Conocimiento de Embarque se harían los ejemplares que exigiera el cargador “debiendo ser cuatro por lo menos”, la Ley de Comercio Marítimo no indica un número específico de ejemplares. Ha sido práctica desde el siglo XVI que el Conocimiento de Embarque original se emita en un juego de tres ejemplares, uno de los cuales permanecía en posesión del embarcador, el segundo corresponde al porteador, mientras que el tercero era enviado al consignatario. El porteador, sin embargo, cumple con su obligación de entregar la mercancía exigiendo la presentación de uno solo de los ejemplares originales, principio que quedó sentado por el Juez Willies, a finales del siglo XIX, en el caso *Glyn Mills Currie & Co v East & West India Dock Co.*

¹⁵ *Sanders Bros v. Mclean & Co.* (1883) QBD 327, 341.

Cuando se habla de un Conocimiento como título de propiedad (*document of title*), lo que se quiere significar es que su presentación permite al tenedor obtener la entrega de la mercancía del porteador, cuando esta llega al puerto de descarga. Si la mercancía ha sido entregada a alguien más, o si el porteador se rehúsa a entregarla ante la presentación del Conocimiento, entonces existirá una acción por incumplimiento de contrato, conversión o incumplimiento del depósito (*bailment*), ya sea en contra del porteador, en contra de la persona que ha obtenido la entrega o en contra de ambas. En cambio, el porteador estará protegido si entrega la mercancía ante la presentación de un único Conocimiento, o si se niega a entregar la mercancía ante la no presentación de este documento.

El tema ha sido tratado frecuentemente por las cortes inglesas, mereciendo particular atención tres casos, que ponen de manifiesto la visión restrictiva que tienen los jueces al respecto:

Sze Hai Tong Ltd v Rambler Cycle Co (1959) AC 576

Si el porteador entrega la mercancía a alguien que no tiene derecho a su entrega, sin la presentación de un Conocimiento de Embarque original, el porteador será, en principio, responsable bajo contrato y en conversión frente al legítimo poseedor del Conocimiento.

En este caso el porteador entregó un cargamento de bicicletas al consignatario sin la presentación del Conocimiento –en poder del banco en origen hasta que se verificara el pago de una letra de cambio por el valor del embarque– a cambio de la presentación de una Carta de Indemnización (LOI), razón por la cual fue encontrado culpable por incumplimiento de contrato. En su decisión el Juez Lord Denning, señaló: “Es una ley perfectamente clara que el propietario de un buque que entrega sin la presentación del conocimiento de embarque lo hace por su cuenta y riesgo. El contrato es para entregar, previa presentación del conocimiento de embarque, a la persona que tiene derecho en virtud del conocimiento de embarque. En este caso fue “a la Orden o sus cesionarios”, es decir, a la orden de la Rambler Cycle Company. Ltd., si no habían asignado el conocimiento de embarque, o a sus cesionarios, si lo habían hecho. La empresa de transporte no entregó la mercancía a ninguna de esas personas. Por lo tanto, son responsables del incumplimiento del contrato, a menos que exista algún

término en el conocimiento de embarque que los proteja. Y entregaron las mercancías, sin presentación del conocimiento de embarque, a una persona que no tenía derecho a recibirlas. Por tanto, son responsables en la conversión a menos que estén igualmente protegidos”.

Así, el porteador fue declarado responsable frente al embarcador por haber entregado las mercancías tras la presentación de una Carta de Indemnización, sin la presentación del Conocimiento de Embarque a un consignatario que no había pagado por la mercancía. El porteador fue declarado responsable tanto por incumplimiento de contrato como por conversión.

The Sormovskiy 3068 (1994) 2 Lloyd’s Rep 266

En *Sze Hai Tong*, el porteador sabía que estaba actuando ilegalmente, sin embargo, el principio se ha extendido a situaciones en las que el porteador pensaba que estaba actuando legalmente. En *The Sormovskiy*, el Juez Clarke expuso lo siguiente: “Comercialmente tiene sentido la existencia de una regla sencilla al efecto de que, en ausencia de una cláusula expresa en el contrato, el Capitán debe entregar la mercancía únicamente al poseedor del Conocimiento de Embarque que realice su presentación”.

El Juez Clarke también sugirió la existencia de limitadas excepciones de responsabilidad del porteador, por ejemplo, en caso de un Conocimiento de Embarque perdido o robado. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente ha adoptado la regla simple, pero no las excepciones.

Motis Exports v Dampskibsselskabet AF 1912 (2000) 1 Lloyd’s Rep 211

El principio también opera en situaciones en las que se ha presentado un Conocimiento de Embarque falsificado. En *Motis Exports* el porteador (el cual ignoraba que se trataba de un Conocimiento de Embarque falsificado) pensó que estaba entregando la mercancía a la persona con derecho a reclamar la entrega, sin embargo, la corte lo encontró culpable tanto por incumplimiento de contrato como por conversión.

La conversión es un *tort* intencional que involucra el desconocimiento de la titularidad del reclamante. Es cometido tanto por la persona que realiza la entrega, como por la persona que la acepta (por

lo que la reclamación del poseedor legítimo no se limita únicamente a una reclamación contra el porteador). La conversión no requiere que el desconocimiento de la titularidad sea intencional, por lo que, puede ser cometido incluso, como en el caso de *Motis Exports*, si el porteador creía que estaba entregando la mercancía a la persona con derecho a reclamar su entrega.

2.- Posición bajo el seguro de P&I

Al margen de las consecuencias jurídicas que derivan de la entrega de la mercancía sin el Conocimiento, discutidas en el punto anterior, el tema reviste especial interés desde la perspectiva del asegurador de Protección e Indemnización (P&I), que ampara la responsabilidad del armador frente a terceros.

Stephen Mills, al hacer referencia a la entrega de mercancías en el puerto de descarga, señala que en ausencia de claras instrucciones del Armador o Corresponsales de P&I locales, el Capitán debería tener presente entre otros puntos de importancia que la indisponibilidad de un Conocimiento de Embarque al arribo no es su problema, sino de los compradores y vendedores de la mercancía, advirtiéndole que no debe aceptar el descargar la mercancía contra una Carta de Indemnización (LOI), a menos que el Armador lo haya convenido expresamente. En otro orden de ideas, este autor le recuerda al Capitán que el retardo del buque mientras espera por el Conocimiento será generalmente pagado bajo el contrato de fletamento en la forma de alquiler o demora (o como una parte del tiempo de plancha que ha sido pagado en el flete) y que, de ser el buque amenazado con el costo de tal retardo, esa amenaza no debe justificar la entrega de la mercancía sin la presentación del Conocimiento o en un puerto distinto del convenido en el contrato¹⁶.

No obstante, la consecuencia más seria que deriva de la entrega sin la presentación del Conocimiento o en un puerto distinto, es el incumplimiento de los términos del Seguro de P&I y, por tanto, la ausencia de cobertura en el evento de producirse un reclamo por parte del verdadero dueño de la mercancía. Williams afirma que el transportista que entrega las mercancías de tal forma, lo hace bajo su riesgo toda vez que tal proceder equivale a una interferencia de los derechos que tiene el propietario de la carga para poseer y disponer de ella¹⁷.

¹⁶ Stephen Mills, *Bills of Lading*, p. 18.

¹⁷ Richard Williams, *Gard Guidance on Maritime Claims and Insurance*, p. 391.

Tal y como ya lo mencionáramos, puede que el Conocimiento no se encuentre en manos del consignatario por acción de la dinámica misma del comercio internacional que impide el movimiento expedito de este instrumento debido, por ejemplo, a su paso por numerosos comerciantes, *traders* y entidades bancarias, problemas con el financiamiento y retardos o pérdida en los servicios de mensajería. En tales circunstancias, no es extraño se produzca el arribo del buque al puerto de destino sin que esté disponible el Conocimiento, en cuyo caso el transportista puede exigir la presentación de una Carta de Indemnización, a los fines de entregar la mercancía en ausencia de aquél. En tales casos, esta Carta por la no presentación del Conocimiento de Embarque adopta la forma de una promesa del emisor quien está instruyendo al destinatario (Armador) a los fines de entregar la mercancía a la parte que tiene derecho a recibirla, y que en su momento será el poseedor legítimo del Conocimiento¹⁸. Nótese que el uso de estos instrumentos –contrario a las Cartas de Indemnización que se otorgan para la emisión de Conocimientos de Embarque limpios¹⁹, y que resultan ilegales por sus fines mismos, cual es la de engañar a su eventual poseedor, lo que podría resultar en un fraude– son de uso lícito y generalizado en el comercio marítimo, dirigidos como están a lograr del Armador la entrega de la mercancía a la parte que tiene derechos sobre ella sin la presentación del Conocimiento, o la entrega en un puerto de descarga distinto del originalmente convenido. Tan cierto lo anterior, que el *International Group of P&I Clubs* recomienda formatos estándares para su emisión, pero también advirtiéndolo acerca de los riesgos implícitos. Se trata, en todo caso, de una práctica delicada y que, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, obligan al Armador a buscar la debida asesoría de sus abogados y aseguradores, así como tomar las necesarias precauciones²⁰.

¹⁸ Stephen Mills, Ben Roberts y North of England P&I Association, *Letters of Indemnity*, p. 27.

¹⁹ Aquel Conocimiento de Embarque que de conformidad con el artículo 27 de las Prácticas y Costumbre Uniformes UPC 600, “no contiene ninguna cláusula o anotación que haga constar de forma expresa el estado defectuoso de las mercancías o su embalaje”.

²⁰ La cancelación de los Conocimientos de Embarque (*Switch of Bills of Lading*), a solicitud de los intereses de la carga no es un hecho extraño en el negocio naviero. La razón suele estar asociada a requerimientos bajo el contrato de compra-venta de mercancías o la carta de crédito en uso que, a manera de ilustración, prevén una forma específica de BL, o un puerto distinto de descarga o, sencillamente, porque el *trader* desea mantener el anonimato del cargador a quien ha comprado la mercancía. (Ver Richard Williams, *ibidem*, p. 402) No obstante, esa cancelación generalmente está acompañada de un protocolo seguido por el Armador, para asegurar la destrucción del juego de Conocimientos inicial y la emisión del que lo sustituye, en ocasiones con la asistencia de los Corresponsales locales de P&I, lo anterior siempre con el ánimo de evitar la duplicación o circulación fraudulenta, lo que

Bajo la cobertura de P&I, entonces, la regla general es que el transportista no podrá reclamar al asegurador, en aquellos casos en que descargue las mercancías sin la presentación de un Conocimiento de Embarque, descargue la mercancía en un puerto distinto del pactado en el contrato, o emita un Conocimiento con una fecha incorrecta de carga, descripción incorrecta de la mercancía, su cantidad, condición, puerto de carga o descarga, todas circunstancias que mal podrían tener la aprobación de los aseguradores por tratarse de la emisión de Conocimientos inexactos y que, con toda seguridad, inducirán a error a terceros de buena fe, dando lugar a potenciales escenarios de fraude.

Recepción y entrega de mercancías en el marco de la normativa aduanera y portuaria venezolana

La recepción y entrega de mercancías son operaciones incidentales al transporte de aquellas, siendo la prestación fundamental a cargo del porteador la de conducir las desde el puerto de carga hasta el de descarga, correspondiéndole el cuidado y custodia de las mismas desde que las toma del cargador hasta que las pone en manos del consignatario.

Como bien lo apunta el Dr. Matheus, en un principio las operaciones materiales de carga y descarga coincidían con los actos jurídicos de recepción para su transporte y entrega al consignatario, pero en la medida que las operaciones se modernizaron y las prácticas comerciales evolucionaron, en el tráfico de línea regular, la situación ha variado, de manera que la carga y descarga no necesariamente coinciden con los actos jurídicos de recepción y entrega, como consecuencia de la intervención de terceros, contratistas independientes, que asisten en la carga y descarga. “Este hecho –continúa el Dr. Matheus– es una fuente de complicación en el comercio marítimo, pues las operaciones de carga y descarga y los actos de recepción y entrega ya no vienen realizados directamente por el porteador ni por los derecho habientes de las mercancías, sino que se realizan con la intervención de estos terceros”²¹.

pueda repercutir negativamente contra el transportista.

²¹ Carlos Matheus, “Responsabilidad de los Operadores Portuarios”, en *Régimen Legal de Puertos Venezolano*, p. 80.

La normativa aduanera y portuaria aplicable en los puertos, insistimos, influenciará de manera determinante la recepción y entrega. Aunque a la luz de la normativa doméstica el porteador debe entregar la mercancía contra la presentación del Conocimiento a quien se presume es su legítimo propietario –caso contrario, tal entrega se traducirá en reclamos por mala entrega ante la falta de pago de mercancía, pérdidas para el porteador por falta de pago del flete y demoras, etc.– ya veremos que esto no necesariamente es lo que ocurre.

Durante la etapa descentralizada (1991-2009), y como consecuencia de la introducción y actuación de los operadores portuarios privados quienes tenían el control patios y almacenes de uso exclusivo (bajo contratos de autorizaciones celebrados con los entes administradores) o utilizaban patios de uso común bajo el control del administrador portuario, la recepción y entrega era un aspecto delicado, y generador de reclamos. Las aduanas emitían, entonces, una “carta de transferencia” a solicitud del consignatario a través de su agente aduanal, para movilizar la mercancía dentro y fuera de la zona portuaria entre patios y almacenes; solicitud que, en ocasiones, se hacía únicamente con una copia no negociable del Conocimiento, lo que resultaba en la negativa del operador portuario nominado por el porteador de entregar las mercancías, hasta que se presentara el Conocimiento original, sin importar esta hubiese sido nacionalizada²². Es verdad que las mercancías, fueran recibidas aquellas en áreas bajo el control exclusivo del operador portuario o en un patio de uso común bajo control del administrador portuario, permanecían a la orden de la aduana y su entrega sujeta a la autorización de la administración aduanera cumplido el desaduanamiento, pero –como lo explicamos en su oportunidad– el control de la aduana era de tipo documental, mientras que el del operador portuario físico o material, razón por la que en la práctica junto con la documentación aduanera (Forma C-80) necesaria para el despacho, el operador portuario solicitaba el original del Conocimiento o certificación de la copia no negociable emitida por el agente naviero, para proceder con la entrega de la mercancía²³.

²² Ver SABATINO PIZZOLANTE *Newsletter - Delivery of Cargo without production of Original Bills of Lading. January 1997 / I* – N° 1, p. 3. Consultable en: www.sabatinop.com

²³ Ver SABATINO PIZZOLANTE *Newsletter - Is the carrier entitled to ask for an original bill of lading to deliver cargo? January 1998 / II* - N° 4, p. 2. Consultable en: www.sabatinop.com

Desde el punto de vista de la legislación aduanera, el Conocimiento es un documento fundamental para la nacionalización de la mercancía y, obviamente, debería serlo para su retiro. El artículo 53 de la Ley Orgánica de Aduanas, señala: “La aceptación de la consignación solamente podrá efectuarse por quien acredite ser el propietario de la mercancía, mediante el correspondiente conocimiento de embarque o documento equivalente...” En el caso de las importaciones el artículo 98 del Reglamento General establece como documentación exigible para la declaración de las mercancías, entre otros, el original del conocimiento de embarque, como lo hemos manifestado anteriormente.

La importancia del Conocimiento es tal que en el artículo 103 del Reglamento General, señala que cuando el consignatario no haya recibido el original “la declaración de mercancías podrá hacerse mediante la presentación de la constancia de pago de las mismas, expedidas por una entidad bancaria o por el respectivo exportador o proveedor”. Agregando, en otra parte, que cuando alguno de estos documentos no se encuentre disponible, para el retiro de las mercancías deberá presentarse fianza o depósito por el valor de aquéllas incluidos flete y seguro, que exima a la administración de toda responsabilidad ante terceros, disposición por demás clara y raramente seguida por la administración aduanera.

Ahora bien, de conformidad con los procedimientos aduaneros vigentes, los portadores entregan las mercancías a los almacenes autorizados que como operadores portuarios que son, y con arreglo a la Ley General de Puertos “responde por las mercancías desde el momento en que se hace cargo de ellas hasta el momento en que las colocan en poder de la persona facultada para recibirlas, de conformidad con los procedimientos aduaneros aplicables...” (Artículo 83) Es importante señalar, además, que de conformidad con el artículo 26 de la Ley Orgánica de Aduanas “las personas que operen recintos, almacenes o depósitos bajo potestad aduanera responderán directamente ante el Tesoro Nacional por el monto de los créditos fiscales que corresponda pagar por las mercancías pérdidas o averiadas y ante los interesados por el valor de las mismas”. (Subrayado nuestro)

Es indiscutible, entonces, que el porteador debe entregar las mercancías contra la presentación del Conocimiento de Embarque original, pero ¿cómo puede hacerlo cuando la mercancía debe ser

entregada “a los responsables de los recintos, almacenes o depósitos aduaneros autorizados, públicos, privados o ante quien acredite debidamente ser el propietario o representante autorizado del consignatario”, a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 de la normativa aduanera? Aún más, si los recintos, almacenes y depósitos bajo potestad aduanera –recordando el contenido del artículo 26 de la Ley Orgánica de Aduanas– responden directamente ante el Fisco Nacional por el monto de los créditos fiscales que corresponda pagar por las mercancías perdidas o averiadas y ante los interesados por el valor de las mismas ¿cómo no podrían aquéllos exigir el Conocimiento original al momento del despacho? Estos recintos, almacenes y depósitos aduaneros, en el caso de los puertos de uso comercial, son en la actualidad de carácter públicos y se encuentran bajo el control de Bolivariana de Puertos, S.A., quien como operador portuario responderá por las mercancías.

De la lectura adminiculada de los artículos ya citados contenidos en la Ley Orgánica de Aduanas²⁴ y su Reglamento General²⁵, la Ley de Comercio Marítimo y la Ley General de Puertos, se concluye claramente que existen argumentos a favor de la exigibilidad del Conocimiento de Embarque original contra la entrega. Primeramente, los recintos, almacenes y depósitos aduaneros, públicos y privados, están obligados como auxiliares de la administración aduanera a exigir el Conocimiento original al momento del retiro de la mercancía, como responsables que son ante los interesados por el valor de las mismas. En segundo lugar, porque habida cuenta que el porteador está obligado a entregar estas mercancías a los recintos, almacenes y depósitos, son ellos los que pueden exigir la presentación del Conocimiento.

A pesar de las obligaciones que impone la normativa que venimos comentando a las administraciones aduanera y portuaria, la congestión y los retardos en el despacho de los embarques, especialmente la ocurrida entre los años 2010 y 2012, sirvió de justificación a las autoridades para autorizar la entrega de mercancías contra la presentación del Conocimiento sin liberación o entréguese de las líneas navieras, así como sin la presentación del Conocimiento original, sujeto a la

²⁴ Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario, de fecha 29 de enero de 2020.

²⁵ Gaceta Oficial No. 4.273 Extraordinario del 20 de mayo de 1991.

presentación de una Carta Compromiso para la posterior presentación del BL y el pago de las demoras por el uso de los contenedores. A pesar de lo anterior, muchas fueron las cargas importadas por entes estatales como LA CASA, PDVAL y BARIVEN que fueron retiradas sin los Conocimientos originales, alegando para ello el principio de la seguridad alimentaria consagrado en el texto constitucional. Lamentablemente esta práctica subsiste hasta nuestros días.

La discrecionalidad como regla en la exigibilidad del conocimiento de embarque original

Con ocasión de la entrega de un número superior a los 200 contenedores sin el Conocimiento de Embarque original, a mediados del año 2012, por parte de Bolipuertos, S.A. Puerto Cabello, y ante la solicitud hecha por el agente naviero del porteador llamando la atención sobre lo irregular del caso, al tiempo que solicitando el fundamento legal para tal proceder, la gerencia de este terminal portuario emitió opinión de fecha 18-06-2012²⁶ en la que con base a lectura conjunta de los artículos 98, 99 y 103 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas temerariamente señaló:

1.- “... se evidencia que el original del BL (Conocimiento de Embarque) es un documento que debe presentarse ante la Autoridad Aduanera (SENIAT) para la aceptación o declaración de la mercancía, sin que su consignación constituya un requisito legal ante la Autoridad Portuaria (Bolipuertos, S.A.)”; y,

2.- “... A todo evento, BOLIPUERTOS, S.A. tiene la potestad de exigir la consignación del original del Conocimiento de Embarque (Bill of Lading) para el despacho de mercancías, sin que ello implique un requerimiento legal “*sine qua nom*” o indispensable para el despacho en cuestión”.

Estos razonamientos, a pesar de ser vertidos en una respuesta a un caso específico, ponen de manifiesto el grado de discrecionalidad existente respecto del tema, algo verdaderamente preocupante

²⁶ Oficio No. BP/PC-DAL-2012-074, de fecha 18-06-2012.

cuando son emitidos por ese ente administrador portuario. Esta discrecionalidad, además, parece descansar en la idea de algunos quienes afirman que a la luz de artículos 73 y 74 del Reglamento del Sistema Aduanero Automatizado (SIDUNEA)²⁷, el único documento para proceder al retiro de las mercancías del recinto aduanero autorizado es el “respectivo pase de salida emitido por el sistema aduanero autorizado” y ningún otro como, por ejemplo, el conocimiento de embarque original.

No obstante, resulta conveniente la lectura completa del referido artículo 73: “Satisfecho el pago de los gravámenes aduaneros y demás tributos cuando corresponda, y el cumplimiento de otros requisitos a que pudieran estar sometidas las mercancías”, de lo que se desprende que dicho pase de salida deber estar acompañado, entre otros requisitos, de la exigencia del Conocimiento de Embarque original”.

El artículo 74 del Reglamento del SIDUNEA complementa al anterior, estableciendo que: “A los fines de proceder al control de la carga que se introduce al territorio nacional, el funcionario del Resguardo Aduanero ubicado en el punto de control respectivo “únicamente” solicitará el pase de salida emitido por el sistema aduanero automatizado, comprobando que la cantidad y numeración de los contenedores y precintos se corresponden en su totalidad con los consultados en el módulo respectivo”. La lectura concatenada de ambos artículos, en nuestra opinión, no admite una interpretación distinta a la del control aduanero y fiscalización por el resguardo, ejercido sobre el retiro de la mercancía mediante el pase de salida emitido por el SIDUNEA, que no colide para nada con el “cumplimiento de otros requisitos a que pudieran estar sometidas las mercancías”, entre otros, la exigencia del original del Conocimiento.

La interpretación propuesta de la lectura conjunta y exegética de las normas legales arriba transcritas, ratifica el derecho que corresponde al porteador de efectuar la entrega contra la presentación del Conocimiento –o de no ser esto posible debido a los procedimientos aduaneros y portuarios– la obligación del operador portuario (léase Bolipueritos, S.A. para efectos de nuestra disertación) como auxiliar de la administración aduanera, de exigirlo al momento de la entrega

²⁷ Gaceta Oficial No. 37.967, del 25 de junio de 2004.

de la mercancía con fundamento en los artículos 26 de la Ley Orgánica de Aduanas y 83 de la Ley General de Puertos.

Una interpretación distinta no solo sería contraria a la naturaleza y fuerza que tiene el Conocimiento de Embarque, sino que dejaría al porteador en un estado de minusvalía en la jurisdicción venezolana para controlar la mercancía, garantizar el cobro de fletes, demora y recargos e, incluso, ejercer el privilegio que tiene sobre la mercancía²⁸. Derechos que le corresponden en razón de la legislación especial y las prácticas marítimas de uso general, y de vieja data en Venezuela. En este sentido, valdría la pena traer a colación lo señalado en el derogado artículo 49 del Reglamento del INP, respecto al ejercicio del derecho de retención sobre las mercancías que corresponde al porteador: “La petición de los transportistas a que se refiere la Ley para que no sea autorizada la entrega de las mercancías a sus propietarios, en el ejercicio del derecho de retención, procederá en los siguientes casos: a) Cuando los respectivos fletes estén pendientes de pago o deban ser fijados por ajuste o peritaje posterior a la entrega; b) Cuando el transportista hubiere sido comisionado por el embarcador para recibir del consignatario el pago del precio de la mercancía y éste no se hubiere efectuado; c) Cuando se haya declarado avería gruesa y previamente a la entrega del cargamento, el recibidor no haya depositado su contribución u otorgado la garantía correspondiente; y, d) Cuando a juicio del Consejo Directivo concurren otras circunstancias no previstas que justifiquen tal retención”. Desde luego, el ejercicio de este derecho de retención estaba sujeto a ciertas condiciones, según lo dispuesto en el artículo 50 de la norma reglamentaria, conforme al cual los transportistas que deseaban ejercer el derecho de retención, debían dirigir solicitud motivada a la respectiva gerencia portuaria, y una vez autorizada dicha retención el interesado debía en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas, constituir fianza a favor del Instituto por

²⁸ Nos referimos, por ejemplo, al privilegio que sobre las cosas cargadas tiene el Armador por: “El flete, los gastos por sobrestadía, los gastos por carga y descarga cuando fueren procedentes, y los demás gastos y créditos derivados del contrato de transporte o de fletamento, según el caso”, indicados en el artículo 260, numeral 6, de la Ley de Comercio Marítimo, así como el derecho que tiene el Armador de mediante una orden judicial poder depositar las mercancías en manos de un tercero, con el fin de garantizar “el pago del flete, demoras en la devolución de equipos intermodales, sobreestadias, gastos y el afianzamiento o caución de la contribución de avería gruesa o común y la firma del compromiso de avería”, según lo estipula el artículo 259 *eiusdem*.

el monto que este señalaba para responder por el almacenamiento y cualquier otro gasto que la mercancía ocasionara.

Consecuencias de la discrecionalidad

Si bien es cierto que no toda entrega de mercancías sin el Conocimiento implica un reclamo, toda vez que aquella podría haber sido pagada al proveedor al igual que pagado el flete al porteador, en otras ocasiones pueden ser fuente de serios litigios. Así, no son extraños los reclamos contra el transpotista, principalmente en el puerto de embarque, hechos por proveedores/embarcadores en razón de la falta de pago de las mercancías, así como los ejercidos por agentes de carga o transitarios por la falta de pago de fletes y otros cargos, dando lugar a complejos, largos y costosos juicios.

Un caso muy ilustrativo de lo anterior lo constituye el de CSAV v Hin Pro²⁹, que involucró la entrega de un importante número de contenedores en los puertos de Puerto Cabello y La Guaira, sin el Conocimiento original. La Compañía Sud Americana de Vapores S.A. (CSAV) era el porteador y Hin-Pro International Logistics Ltd. (Hin Pro), un transitario registrado en Hong Kong. Se emitieron conocimientos de embarque de CSAV para el transporte de mercancías desde China a Venezuela, nombrando a Raselca Consolidadores C.A. (Raselca) como consignatario y a Hin-Pro como embarcador. Las mercancías (contenedores) fueron liberadas por la aduana y el puerto sin la presentación de los Conocimientos de Embarque originales, generando el reclamo de Hin-Pro contra CSAV. El transitario reclamó aproximadamente US\$ 24.000.000,00 por el presunto valor factura de las mercancías transportadas, el flete de US\$ 1.800.000,00 al que Hin-Pro afirmaba tenía derecho, y la pérdida por tipo de cambio, los cargos portuarios y otros, además de honorarios de abogados.

En 2012, Hin-Pro inició un procedimiento contra CSAV en el Tribunal Marítimo de Wuhan, en virtud de cinco conocimientos de embarque que cubrían el transporte desde Nanjing hasta Puerto Cabello, esto a pesar de que CSAV invocó una cláusula de jurisdicción.

²⁹ Compañía Sud Americana de Vapores SA v Hin-Pro International Logistics Ltd [2015] EWCA Civ 401, [2015] 2 Lloyd's Rep 1; [2014] EWHC 3632 (Comm), [2015] 1 Lloyd's Rep 301 219-41.

dicción exclusiva (cortes inglesas) contenida en los documentos de transporte. En noviembre de 2012, CSAV inició un procedimiento en Inglaterra en busca de una medida cautelar (*anti-suit injunction*) con fundamento en la cláusula de jurisdicción exclusiva, la que le sería eventualmente otorgada. Sin embargo, Hin-Pro insistió en sus reclamos y entre mayo y julio de 2013, inició otros 23 procedimientos en los tribunales marítimos de Guangzhou, Qingdao, Tianjin, Ningbo y Shanghai con respecto a otros 70 conocimientos de embarque.

Hin-Pro alegaba que CSAV había entregado la mercancía por error en los puertos venezolanos, sin la presentación de los Conocimientos originales. La posición del porteador fue que no hubo entrega incorrecta porque la ley venezolana requería que la mercancía fuera entregada al almacén autorizado por el gobierno venezolano y que los conocimientos de embarque así lo establecían. Adicionalmente, CSAV alegó que la entrega se hizo así y que, de hecho, todas las mercancías fueron entregados a Raselca, el destinatario mencionado en los conocimientos de embarque, pero luego fueron entregados por ellos a los compradores finales. Además, CSAV alegó que los vendedores chinos habían recibido el pago completo de las mercancías, y que Hin-Pro no había sufrido ninguna pérdida, por lo que la reclamación en China era fraudulenta y fundamentada en documentos falsos. En el curso de los procesos, CSAV impugnó la jurisdicción de los tribunales chinos, lo que fue más tarde desestimado, produciéndose algunos fallos en contra del porteador. Acciones se adelantaron, adicionalmente, en las cortes de Hong Kong³⁰.

El caso que comentamos es un ejemplo de cómo las malas prácticas en nuestros puertos, pueden generar largos y costosos litigios en origen, todo ello en detrimento de la imagen comercial de nuestro país.

Problemática recurrente y cláusulas *ad-hoc* como solución parcial

Podría pensarse que la problemática que abordamos es de carácter excepcional, siendo el caso CSAV v Hin-Pro una excepción,

³⁰ Para mayores detalles sobre este caso, recomendamos la lectura del trabajo de la Profesora Yvonne Baatz titulado "*An English jurisdiction clause in a bill of lading: construction and consequences of breach*", en *Maritime Law in China: Emerging Issues and Future Developments*.

aunque el más emblemático. Sin embargo, sorprenderá saber que la liberación de mercancía sin la presentación del Conocimiento de Embarque original se ha convertido en una práctica rutinaria en algunos puertos venezolanos. A manera de ilustración, y con base a estadísticas confidenciales manejadas por tres de las principales líneas regulares que sirven el mercado venezolano, solo el año 2020 en los puertos de Puerto Cabello y La Guaira se liberaron sin este documento original una cifra superior a los 500 contenedores. Se trata de una cifra meramente referencial e informal, pero demostrativa de la seriedad del problema. Claro está, e insistimos en ello, lo anterior no significa que la totalidad de las cajas liberadas dieran lugar a reclamos (puesto que la mercancía con toda seguridad fue pagada a los proveedores, por ejemplo), pero sí evitaron que el transportista pudiera cobrar las demoras por el uso de los contenedores, mientras que algunos casos terminaron en reclamaciones de urgente atención.

La negativa por parte de Bolipuertos, S.A. como ente administrador y operador portuario que tiene bajo su control los patios y almacenes, y por tanto responsable del cuidado y custodia de la mercancía, de firmar *contratos de terminal* con los porteadores, por una parte; la problemática experimentada en los últimos años y, sobre todo, la discrecionalidad demostrada por las autoridades competentes en la exigibilidad del Conocimiento de Embarque original al momento de la entrega, ha traído como consecuencia que algunos transportistas comenzaran a incluir en sus Conocimientos *cláusulas ad-hoc* de aplicación específica al tráfico venezolano, dirigidas a exonerar su responsabilidad por entrega a la administración aduanera y portuaria. Una cláusula de este tipo, se transcribe a continuación:

“Delivery in Venezuela.

Notwithstanding anything in this bill of lading to the contrary, the parties agree that the responsibility of the Carrier at Venezuelan ports shall cease when the goods are discharged into the possession of the customs authorities or other public legal entities in charge of the administration and operation of any relevant Venezuelan port(s) of discharge, and that the Carrier is entitled to make such discharge without requiring presentation or surrender of this bill of lading. Such discharge shall

constitute final delivery and due accomplishment by the Carrier under this bill of lading and Venezuelan maritime, customs and ports laws”³¹.

Como podrá observarse la cláusula en referencia no hace otra cosa que ratificar lo que en la práctica la legislación doméstica consagra, esto es, que al momento de la descarga la mercancía queda en posesión de la autoridades aduaneras y portuarias, bien a través de Bolipuertos, S.A. como un operador portuario público, o por intermedio de un operador portuario privado, en cualquier caso, auxiliares todos de la administración aduanera.

No es difícil advertir que el uso de estas cláusulas son la consecuencia directa de la discrecionalidad existente por parte de las administraciones aduanera y portuaria. Bien por la lectura interesada de los artículos 73 y 74 del Reglamento General del SIDUNEA, o la ausencia de disposiciones legales expresas que impongan la obligación al administrador portuario/operador portuario encargado del patio o almacén de hacer entrega de las mercancías contra la presentación del Conocimiento –las que no pensamos sean necesarias– o por la negativa de Bolipuertos, S.A. a celebrar contratos de terminal en el que se especifiquen de manera clara las obligaciones y responsabilidades de las partes, los porteadores han necesitado instrumentar mecanismos que le permitan su mejor defensa. En este sentido, la cláusula en comento tiene como fundamento los artículos 73 del Reglamento General del SIDUNEA, 203 (2) de la Ley de Comercio Marítimo y 83 de la Ley General de Puertos.

La entrega de mercancías sin el Conocimiento original más allá de constituir una práctica discrecional, tiene repercusiones en el extranjero generando reclamos y litigios en otras jurisdicciones y creando incertidumbre en exportadores, siempre en detrimento de nuestro comercio internacional. Por ejemplo, el año 2013, la

³¹ Traducción libre: “**Entrega en Venezuela.** No obstante cualquier disposición en contrario en este conocimiento de embarque, las partes acuerdan que la responsabilidad del Transportista en los puertos venezolanos cesará cuando las mercancías sean descargadas en posesión de las autoridades aduaneras u otras personas jurídicas públicas encargadas de la administración y operación de cualquier puerto de descarga relevante de Venezuela, y que el Transportista tiene derecho a realizar dicha descarga sin requerir la presentación o entrega de este conocimiento de embarque. Dicha descarga constituirá entrega final y debido cumplimiento por parte del Transportista bajo este conocimiento de embarque y las leyes marítimas, aduaneras y portuarias venezolanas”.

Asociación de Exportadores del Perú (ADEX), por conducto de la Embajada del Perú en Venezuela, formuló consulta formal sobre si las autoridades venezolanas podrían entregar las cargas a los consignatarios sin la presentación de los documentos originales y sin autorización o liberación de la agencia naviera. Así, la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT, en fecha 22 marzo 2013, emitió un proyecto de respuesta a la Embajada del Perú acreditada en el país, dirigida al Jefe de la Oficina de Políticas Públicas y Gestión Interna, en la que señala: "... De las normas antes transcritas, se evidencia que el porteador es responsable por las mercancías que estén bajo su custodia, desde el momento en que este las haya recibido, hasta el momento en que las entregue, contra la presentación del documento de embarque, en poder del consignatario, en poder de una autoridad o de un tercero a quienes hayan de entregarse las mercancías...()... De lo antes expuesto, se puede concluir que la responsabilidad del porteador cesa en el momento en que efectúa la entrega de las mercancías al auxiliar de la administración, que por el régimen de responsabilidad establecido en la Ley General de Puertos, responde por las mercancías desde el momento en que se hacen cargo de ellas hasta el momento en que las colocan en poder de la persona facultadas para recibirlas"³². Ignoramos si el propuesto proyecto de respuesta fue alguna vez enviado, pero de lo que no tenemos dudas, es que, difícilmente pudo despejar las interrogantes de los exportadores del país hermano.

Reflexiones finales

Con base a las consideraciones antes formuladas, resulta lógico concluir que quien tiene la custodia de las mercancías, y además es responsable directo ante los interesados (consignatarios) por el valor de ellas, exija también el Conocimiento de Embarque original con el objeto de verificar que quien retira las mercancías es su legítimo propietario, procediendo así a una entrega apropiada. Como ya ha sido referido, en los últimos años se vienen presentando casos en el que la nacionalización y entrega de mercancías se produce sin la exigencia de este documento, contrariando lo establecido en la legis-

³² Consulta No. DCR-5-72.269, de fecha 22-03-2013, emanada de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del SENIAT.

lación, lo que se traduce en reclamos extrajudiciales y judiciales en origen contra el transportista, por parte de embarcadores a quienes no se les han cancelado el valor de las mercancías; y pérdidas para el transportista por la falta de pago del correspondiente flete y otros recargos. Tal práctica, además, ocasiona que el transportista pierda el control sobre la localización de los contenedores, planteándose graves problemas en cuanto a la aplicación de las demoras, su determinación y cobranza.

En este sentido resulta necesario tomar acciones y estar vigilantes ante tales prácticas, dado los perjuicios tanto para los embarcadores y recibidores como para el transportista, teniendo como premisas fundamentales que:

- La presentación del Conocimiento original para el retiro de la mercancía no solo resulta un imperativo legal y producto de los usos y costumbres del comercio, tal y como lo hemos visto, sino también una garantía para el operador y administrador portuario respecto de la custodia efectiva de las mercancías que tienen bajo su cuidado. La legislación acuática promulgada el año 2001, amén de la aduanera, contiene normas de las que se infiere la obligatoriedad en la presentación del documento de transporte original para la entrega.
- En Venezuela las mercancías no pueden ser entregadas por el porteador directamente al consignatario, a menos no en los puertos de uso comercial. Por imperativo legal, la entrega deberá efectuarse a los responsables de los recintos, almacenes o depósitos aduaneros autorizados, en el pasado operadores portuarios privados, hoy día el ente público Bolipuertos, S.A.
- La responsabilidad del porteador cesa en el momento en que efectúa la entrega de las mercancías a ese administrador portuario que, por aplicación del régimen de responsabilidad establecido en la Ley General de Puertos, responde por las mercancías desde el momento en que se hacen cargo de ellas hasta el momento en que las colocan en poder de la persona facultada para recibirlas.
- Corresponde a la aduana autorizar la nacionalización de la mercancía, previo cumplimiento de las formalidades legales,

que incluye la presentación del Conocimiento original, por lo que es lógico suponer que Bolipuertos, S.A. como auxiliar de la administración aduanera que es, tiene igual obligación.

El tema requiere que las autoridades con competencia en el sector (SENIAT y Bolipuertos, S.A.) discutan con el sector privado (Comunidad Portuaria en general) en la búsqueda de criterios claros que garanticen la certidumbre jurídica e integridad de las mercancías, fundamentales en el comercio internacional, instrumentando mecanismos que aseguren la exigibilidad del Conocimiento de Embarque original al momento de la entrega o retiro de la mercancía.

Referencias

- ÁLVAREZ LEDO, Tulio. (2011). *Derecho Marítimo*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, Venezuela. Tomos I y II.
- ARROYO, Ignacio. (2015). *Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima)*. Tercera Edición, Thomson Reuters, Madrid, España.
- HJALMARSSON, Johanna y ZHANG, Jingbo – Editores. (2017). *Maritime Law in China: Emerging Issues and Future Developments*, Routledge.
- Ley que crea el Consejo Nacional de Puertos y el Instituto Nacional de Puertos*, publicada Gaceta Oficial No. 3.574 Extraordinario, de fecha 21 de junio de 1985. (Derogada)
- Ley de Comercio Marítimo*, publicada en Gaceta Oficial N°38.351 del 5 de enero de 2006.
- Ley General de Puertos*, publicada en Gaceta Oficial No. 39.140 del 17 de marzo de 2009.
- Ley Orgánica de Aduanas*, publicada en Gaceta Oficial N° 6.507 Extraordinario de fecha 29 de enero de 2020.
- MILLS, Stephen and North of England P&I Association. (1998). *Bills of Lading, a guide to good practice*, Anchorage Press, UK.

MILLS, Stephen, ROBERTS, Ben and North of England P&I Association. (2005). *Letters of Indemnity, a guide to good practice*, North of England P&I Association, UK.

Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas, publicado en Gaceta Oficial No. 4.273 Extraordinario del 20 de mayo de 1991.

Reglamento del SIDUNEA, publicado en Gaceta Oficial No. 37.967 del 25 de junio de 2004.

Reglamento de la Ley que crea el Consejo Nacional de Puertos y el Instituto Nacional de Puertos, publicado en Gaceta Oficial No. 1.917 Extraordinario, de fecha 11 de noviembre de 1976. (Derogado)

SABATINO PIZZOLANTE Newsletter - *Delivery of Cargo without Production of Original Bills of Lading*. January 1997 / I - N° 1.

SABATINO PIZZOLANTE Newsletter - *Is the carrier entitled to ask for an original bill of lading to deliver cargo?* January 1998 / II - N° 4.

SABATINO PIZZOLANTE Newsletter - *Delivery of cargo without the original bill of lading*. April 2012 / April 2013 / XVII - N° 44/45/46/47.

VV.AA. (1995). *Régimen Legal de Puertos Venezolano* (Alberto Lovera Viana: Coordinador). Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Caracas, Venezuela.

WILLIAMS, Richard. (2013). *Gard Guidance on Maritime Claims and Insurance*, Gard AS, Arendal Norway.

Permanencia del contenedor en territorio nacional y multa aduanera*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Preliminar

El transporte de mercancías en contenedores¹, cualquiera sea su tipo, implica problemas operativos, contractuales, aduaneros y aseguraticios de necesaria atención. El conocimiento de embarque (BL) en el tráfico de línea regular establece las condiciones (derechos & obligaciones) que corresponden al porteador y la carga, incluido el uso del “contenedor” por parte del embarcador/recibidor que, generalmente, es complementado por otros documentos (booking o el recibo de intercambio de equipo o EIR, entre otros) y que facilitan el cobro de conceptos relacionados con el uso de las cajas o demoras.

Desde el punto de vista aduanero los contenedores, al igual que las mercancías, están bajo potestad aduanera² en lo que respecta a su

* Publicado en “Estudios de Derecho Marítimo en Homenaje a Aurelio Fernández-Concheso”. AVDM/Instituto de Estudios Jurídicos del Colegio de Abogados del estado Sucre Helena Fierro. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2016.

¹ De acuerdo al Art. 1 del Convenio Aduanero sobre Contenedores 1972, se entiende por “contenedor” un elemento de equipo de transporte (cajón portátil, tanque movable u otro elemento análogo): i) que constituya un compartimiento, total o parcialmente cerrado, destinado a contener mercancías; ii) de carácter permanente y, por tanto, suficientemente resistente para permitir su empleo repetido; iii) especialmente ideado para facilitar el transporte de mercancías, por uno o varios modos de transporte, sin manipulación intermedia de la carga; iv) construido de manera que se pueda manipular fácilmente, en particular al tiempo de su transbordo de un modo de transporte a otro; v) ideado de tal suerte que resulte fácil llenarlo y vaciarlo; y vi) de un volumen interior de un metro cúbico, por lo menos; el término “contenedor” comprende los accesorios y equipos del contenedor propios del tipo de que se trate, siempre que se transporten junto con el contenedor. El término “contenedor” no comprende los vehículos, los accesorios o piezas de recambio de los vehículos ni los embalajes. Las carrocerías desmontables se asimilan a los contenedores.

² De conformidad con el Art. 7, numeral 3, de la Ley Orgánica de Aduanas 2014, se someterán

introducción, permanencia y salida del territorio nacional, pudiendo ello generar una variedad de situaciones que pueden resultar en la necesidad de correcciones de la documentación, declaraciones de faltantes y sobrantes, formalidades de la admisión temporal, etc. El tema es de tal importancia que varias convenciones regulan el uso de los contenedores, entre ellas, los Convenios Aduaneros sobre Contenedores de 1956 y 1972, el Convención Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores (CSC) 1972 y el Convenio sobre el Régimen Aduanero de los Contenedores Explotados en Común en el Transporte Internacional de 1994, ninguno de ellos suscritos por Venezuela.

En el presente trabajo, sin embargo, no abordaremos los problemas que derivan del uso del contenedor en el contexto del conocimiento de embarque o documentos complementarios, tampoco trataremos de manera amplia la problemática aduanera que deriva del uso de estas cajas metálicas. Nos concentraremos solo sobre las multas aplicadas por la administración aduanera, con ocasión de la permanencia de los contenedores considerados como “elementos de equipo de transporte”, utilizados para los fines de importación y exportación de mercancías.

Regulación normativa y problemática

De conformidad con el art. 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas (Gaceta Oficial Extraordinaria No. 4.273, de fecha 20 de mayo de 1991), RLOA en lo sucesivo, los contenedores serán introducidos temporalmente al país para ser reembarcados dentro de los 3 meses siguientes a su entrada, exceptuándolos a los solos fines de su introducción, de las formalidades previstas para el régimen de admisión temporal³.

a la potestad aduanera, entre otros, los implementos de movilización de carga, que sean objeto de tráfico internacional o que conduzcan las mercancías o bienes, dentro de los que se subsumen los “contenedores”.

³ Art.79 RLOA: “A los efectos de las regulaciones previstas en el artículo 16 de la Ley, el Ministro de Hacienda dispondrá que los contenedores, furgones y demás implementos, equipos, repuestos y accesorios allí señalados sean introducidos temporalmente al país para ser reembarcados dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrada, exceptuándolos, a los solos fines de su introducción, de las formalidades previstas en este Reglamento para el régimen de admisión temporal. Dicho reembarque podrá efectuarse por cualquier aduana habilitada”.

Este plazo de tres meses otorgado por la norma aduanera para la introducción temporal de los contenedores, es importante recalcarlo, coincide con el lapso de permanencia previsto en el Convenio Aduanero sobre Contenedores 1972 (Art. 4), previéndose la eventual prórroga a discreción de las autoridades aduaneras.

Antes de avanzar, sin embargo, conviene enumerar algunos de los supuestos prácticos relacionados con el uso de los contenedores:

1. Contenedores (del tipo secos y sus variaciones) utilizados como unidades de carga para el transporte de mercancías de importación o exportación, suministrados al embarcador por el porteador o línea transportista.

2. Contenedores (del tipo isotanque) ingresados al territorio nacional vacíos para su llenado y posterior embarque por parte del exportador. Pueden ser suministrados por el propietario de la mercancía (shipper owned), operadores de isotanques, el porteador, etc.

3. Contenedores vacíos importados al territorio nacional como mercancías.

Permanencia extemporánea de contenedores y sanción aduanera

La problemática objeto de análisis tiene su origen en la imposición de multas aduaneras, más o menos de manera reiterada a partir del año 2007 en todas las oficinas aduaneras del país, por permanencia del contenedor en el territorio nacional más allá de los 90 días siguientes a su llegada, permitido por el Art. 79 del RLOA.

La permanencia extemporánea del contenedor en territorio nacional, por otra parte, se produce por diversas razones que, según los casos, puede ser responsabilidad del consignatario o el porteador, siendo los supuestos más frecuentes los siguientes:

1. Contenedores llenos arribados a territorio nacional y retirados por el consignatario para su vaciado, pero devueltos tardíamente al porteador (más allá de los 90 días) para su reembarque.

2. Contenedores llenos arribados a territorio nacional y caídos en estado de abandono legal, sin que sean recuperados por el consignatario por vía de suspensión.

3. Contenedores llenos arribados a territorio nacional y devueltos por el consignatario luego de su vaciado, aunque a tiempo, con daños estructurales que impiden su oportuno reembarque, por requerir reparaciones o por impedimentos de las autoridades competentes.

4. Contenedores llenos arribados a territorio nacional, retirados y devueltos por el consignatario dentro de los 90 días, sin que el porteador pueda proceder a su reembarque dentro del vencimiento del este plazo por diversas razones, entre ellas, por estar averiado, y por falta de buque.

Como podrá observarse en los tres primeros casos hay una clara responsabilidad del consignatario, mientras que en el cuarto supuesto del porteador. En todo caso, estos últimos han buscado protegerse de los efectos de las multas aduaneras imputables a los consignatarios, por medio de la exigencia de depósitos de garantía o cartas compromisos, los cuales no necesariamente brindan la protección adecuada al transportista.

A la luz de la Ley Orgánica de Aduanas 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria No 5.353, de fecha 17 de junio de 1999), en lo adelante LOA, y según el criterio aplicado por la administración aduanera (SENIAT), el contenedor es una “mercancía” y al no ser reembarcado dentro del lapso de 90 días previsto por el Art. 79 del RLOA y tratándose de una admisión temporal, el porteador incurre en la multa prevista en el Art. 118 de la LOA⁴, esto es, equivalente al valor de la mercancía, en el caso concreto y con arreglo a la interpretación de la oficina aduanera, el valor del contenedor. En la práctica, las oficinas aduaneras pretendieron aplicar sanciones equivalentes a US\$ 2.000,00 para un contenedor de 20 pies, y US\$ 4.000,00 para los de 40 pies. Adicionalmente, puesto que el contenedor es una mercancía y se le aplica el régimen de la admisión temporal, en consecuencia, es posible pedir la extensión o prórroga de 90 días por un período igual (180 días)⁵.

⁴ Art. 118 de la LOA 1999: “La falta de reexportación, o nacionalización legal, dentro del plazo vigente, de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, o su utilización o destinación para fines diferentes a los considerados para la concesión del permiso respectivo, serán penados con multa equivalente al valor total de las mercancías”.

⁵ Art. 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.129, de fecha 30 de diciembre de 1996): “La reexpedición o reintroducción de las mercancías admitidas o exportadas temporalmente deberá hacerse dentro de los plazos previstos en este Reglamento, según sea el caso, contados a partir de su fecha de llegada o de ingreso a la zona primaria de cualquier aduana habilitada. Este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez y por un periodo que no podrá exceder del plazo originalmente otorgado,

El criterio adoptado por el SENIAT trajo como consecuencia la imposición de innumerables y multimillonarias multas por permanencia extemporánea de contenedores en territorio nacional, generando recursos de revisión, jerárquicos y contenciosos tributarios, particularmente, en el período 2007-2010, en los que se alegaron como fundamento de la nulidad absoluta del acto sancionatorio, además de la violación del derecho a la defensa y al debido proceso, el falso supuesto de derecho.

El 17 de noviembre de 2008 el Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, mediante sentencia No. 1427, se pronuncia sobre el tema, en el marco de un recurso contencioso tributario contra una decisión administrativa que aplicó la sanción contemplada en el Art. 118 de la LOA, con ocasión de la sobreestadía de contenedores o implementos de transporte vacíos, decisión que bien vale la pena revisar en extenso:

“Alega la recurrente que tales actos administrativos están viciados de nulidad absoluta, por estar afectadas del vicio de falso supuesto de derecho al incurrir en una incorrecta aplicación de la Ley, ya que la Gerencia de la Aduana Principal, sancionó al administrado por la falta de reexpedición o nacionalización de los contenedores que ingresaron al territorio nacional con fundamento en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas, norma ésta cuyo supuesto sancionador está referido de manera expresa entre otros supuestos, a mercancías introducidas bajo el régimen de admisión de temporal, dándole erróneamente la calificación de mercancías a los contenedores que constituyen elementos de equipos de transportes.

La recurrente en su escrito recursorio, por otra parte, resalta la condición de los contenedores vacíos como elementos de equipo de transporte, señalando que de conformidad con el artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, estos contenedores serán introducidos temporalmente al país para ser

reembarcados dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrada, exceptuándolos a los solos fines de su introducción, de las formalidades previstas para el régimen de admisión temporal. Afirma, además, la recurrente que una lectura concatenada de los artículos 79 y 80 del Reglamento en cuestión, permite inferir que sólo cuando los contenedores sean un “elemento de equipo de transporte” podrán acogerse a esta admisión temporal sui generis, que permite su lícita permanencia en territorio nacional por espacio de tres meses, es decir, que cuando se habla de contenedores que se acogen a ese régimen de permanencia, se alude a “equipos de transporte” y de ninguna manera a “mercancías”. Concluye la recurrente afirmando que los contenedores vacíos o elementos de equipo de transporte para la carga de mercancías, no son mercancías por lo que mal puede imponerse la pena prevista en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas.

III

ALEGATOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La representación fiscal fundamentó su actuación en los siguientes aspectos a saber:

Como primer punto señala la presunta violación del derecho a la defensa y el debido proceso; es necesario acotar que es frecuente observar la costumbre de denunciar la violación al derecho a la defensa cada vez que se interpone un Recurso Contencioso Tributario. Esta situación ha provocado que la jurisprudencia patria, con excepcional precisión, haya ido delineándole del verdadero alcance y contenido de tal derecho y cuando puede ser violado el mismo. En tal sentido se ha destacado lo siguiente: “La Sala quiere expresar que la violación del dere-

cho a la defensa, consagrado constitucionalmente en el artículo 68, existe cuando los interesados no conocen el procedimiento que puede afectarlos, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, o se les prohíbe realizar actividades probatorias, o no se les notifican los actos que los afecten. Es decir, cuando en verdad el derecho de defensa ha sido severamente lesionado o limitado...” Cfr. Senten CSL/SPA del 09.05.91 caso Francisco Malavé vs. Consejo de la Judicatura, bajo la ponencia del Magistrado cr. Roman José Duque Corredor.) (Folio 69).

De igual forma la representación fiscal señaló que en ningún momento cercenó el derecho a la defensa de la contribuyente, cabe destacar en primer lugar, que a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica de Aduanas todo vehículo que practique el tránsito internacional deberá contar con un representante legal domiciliado en el lugar del país donde vayan a efectuarse dichas operaciones, los cuales serán responsables solidarios ante la aduana respectiva, representación ésta que ejecuta la recurrente en nombre de la Línea Naviera CSAV, lo que supone conocimiento suficiente sobre los procedimientos inherentes a las operaciones aduaneras.

También alegó la administración tributaria que la notificación constituye un aspecto fundamental del derecho a la defensa y en tal sentido afirma que en ningún momento fue violado por la contribuyente, toda vez que consta que en fecha 13 de julio de 2007 se levantó Acta de Retención Preventiva N° 62 debidamente notificada al custodio de los equipos, Almacenadora Servicom, C.A.”

La administración aduanera señalo de igual forma que la recurrente en ningún momento presentó ante la Gerencia de Aduana Principal de Puerto Cabello

alegato alguno al respecto, en uso precisamente de los derechos que le da la normativa legal vigente, a este Honorable Tribunal, al interponer el presente Recurso Contencioso Tributario, constatándose de manera clara y precisa la falta de violación al debido Proceso y así solicita sea declarado.

Lo que respecta al falso supuesto, en su escrito de informes la Representación Fiscal arguye que la parte actora; "...acepta la existencia del hecho al indicar en su escrito recursivo: "Una vez arribados los citados contenedores, se procedió a realizar por parte de los consignatarios el desaduanamiento de las mercancías y la devolución de los contenedores vacíos, presentándose en el tiempo diversos problemas de carácter logísticos y de operaciones que no permitieron que se realizara el reembarque de los referidos equipos dentro del lapso reglamentario, (...) evidenciando de manera taxativa y sin lugar a dudas que los mismos no fueron reexpedidos en el tiempo exigido en la ley, pero que al determinarse lo elevado de la sanción aplicada considera que merece gozar de un derecho infringido al solicitar la anulación del Acto Administrativo objeto del presente Recurso o la consideración de atenuantes inexistentes e injustificados legalmente en sus alegatos para la aplicación de la sanción establecida en el artículo 121, literal b, cuando la misma no aplica bajo ningún concepto al caso de marras, toda vez que establece el literal b, lo siguiente: "cuando obstaculicen o no realicen la carga o descarga en la debida oportunidad por causas que le sean imputables (...), "en virtud de que el objeto del presente recurso se fundamenta en la falta de reexpedición o nacionalización de los equipos dentro del lapso estipulado y en ningún momento se ha referido al posible retardo u obstaculización en la carga o descarga de mercancía, demostrándose inde-

fectiblemente que la Aduana Principal de Puerto Cabello actuó de manera ajustada a derecho y así solicito sea declarado en la sentencia definitiva...”

Ahora bien la representación de la República, alega al final de su escrito de informes lo siguiente: “...en aras de evitar sanción alguna y ante la problemática de logística y operaciones que alega la recurrente, y en representación de la LINEA NAVIERA CSAV, perfectamente pudo haber solicitado la prórroga establecida en el artículo 22 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales el cual establece: “este plazo podrá ser prorrogado por una sola vez y por un período que no podrá exceder del plazo originalmente otorgado, previa solicitud razonada del interesado”, solicitud de prórroga que NUNCA fue consignada ante la Gerencia de la Aduana Principal de Puerto Cabello”.

IV

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Planteada la controversia según la narrativa expuesta, luego de analizar los argumentos de la recurrente, leído los fundamentos de derecho de la resolución de multa recurrida, y apreciados y valorados los documentos que cursan en autos, con todo el valor que de los mismos se desprende, este tribunal pasa a dictar sentencia en los siguientes términos:

La controversia se circunscribe a determinar la procedencia o no de la multa impuesta por la Aduana Principal de Puerto Cabello con base al artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas, (Bs. 159.000.000,00) a la recurrente, en su condición de agente naviero de la línea naviera CMA CGM, por la no reexpedición de los contenedores identificados en autos, dentro de los tres (3) meses siguientes a su ingreso al

territorio nacional. No es materia controvertida que los contenedores fueron descargados con mercancías de importación y que luego de su desaduanamiento fueron retornados vacíos, y que problemas logísticos y de operaciones, y que la línea naviera APL opera con espacios de carga fletados a otras líneas navieras y en razón del gran volumen de carga manejado recientemente en el puerto de Puerto Cabello se originó un basto congestionamiento que disminuyó las operaciones de reembarque de estos equipos lo que demora la carga de contenedores en su debida oportunidad.

La contribuyente afirma que la Gerencia de Aduana Principal de Puerto Cabello la sancionó por la falta de reexpedición o nacionalización de los contenedores que ingresaron al territorio nacional, con fundamento en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas, norma ésta cuyo supuesto sancionador está referido de manera expresa entre otros supuestos, a la falta de reexportación o nacionalización de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, dándole erróneamente la calificación de mercancías a los contenedores que en el caso concreto constituyen elementos de equipos de transportes, a tenor de lo dispuesto en la lectura concatenada de los artículos 79 y 80 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, y solicita desaplicación para este caso concreto del artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas.

El juez considera oportuno transcribir el contenido del artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Artículo 118. La falta de reexportación, o nacionalización legal, dentro del plazo vigente, de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, o su utilización o destinación para fines diferentes a los considerados para la concesión del permiso

respectivo, serán penados con multa equivalente al valor total de las mercancías. (Subrayado por el Juez).

En el mismo orden de ideas el artículo 79 del Reglamento Ley Orgánica de Aduanas expresa:

Artículo 79. A los efectos de las regulaciones previstas en el artículo 16 de la Ley, el Ministro de Hacienda dispondrá que los contenedores, furgones y demás implementos, equipos, repuestos y accesorios allí señalados sean introducidos temporalmente al país para ser reembarcados dentro de los tres (3) meses siguientes a su entrada, exceptuándolos, a los solos fines de su introducción, de las formalidades previstas en este Reglamento para el régimen de admisión temporal. Dicho reembarque podrá efectuarse por cualquier aduana habilitada.

Por otra parte el artículo 80 del Reglamento Ley Orgánica de Aduanas dispone:

Artículo 80. Los contenedores, furgones y demás equipos similares que no sean un elemento de equipo de transporte, estarán sometidos a impuestos, tasas u otros requisitos, establecidos para la importación y exportación de mercancía. Observa quien juzga que el caso concreto involucra contenedores vacíos que no fueron reembarcados dentro de los tres meses a su ingreso al territorio nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas. Se trata de elementos de equipo de transporte, a tenor de lo preceptuado en el artículo 80 de la Ley Orgánica de Aduanas, razón por la cual al no ser mercancías no están sometidos a impuestos, tasas u otros requisitos establecidos para la importación y exportación de mercancías, sino a un régimen sui generis

(exceptuándolos a los fines de su introducción de las formalidades reglamentarias previstas para la admisión temporal) que permite su introducción temporal al país para ser reembarcados dentro de los tres meses siguientes a su entrada al territorio nacional. Así las cosas, para este juzgador y según las circunstancias del caso concreto, los contenedores pueden ser verdaderos elementos de equipo de transporte o simplemente mercancías. En el primer caso, estas cajas funcionan como envases metálicos utilizados por los porteadores y/o las líneas navieras, a los fines de la prestación de los servicios de transporte por vía acuática; en estos casos el ingreso de estos equipos a territorio nacional estará exceptuado de las formalidades previstas por la norma reglamentaria para la admisión temporal de mercancías, de manera tal que podrán ser introducidos temporalmente para ser reembarcados dentro de los tres meses siguientes a su entrada. En el segundo caso, los contenedores ingresan al territorio mediante una importación ordinaria, en cuyo caso estarán sujetos a los impuestos, tasas y otros requisitos para la importación de mercancía, tal y como lo prevé el artículo 80 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, o también pueden ingresar al territorio nacional mediante el cumplimiento de las formalidades del régimen de admisión temporal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 32, literal l) del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, sobre los regímenes de liberación, suspensión y otros regímenes aduaneros especiales, y de acuerdo al cual entre las mercancías que pueden ingresar bajo este régimen, se encuentran los "...contenedores y demás instrumentos que se utilizan para el transporte de mercancías..." De lo anterior se infiere una clara distinción entre los contenedores utilizados como elementos de

equipo de transporte de mercancías, y aquellos contenedores que en sí mismos son una mercancía y, en consecuencia, susceptibles de ser objeto de una importación ordinaria o ser ingresados al territorio bajo régimen de admisión temporal. Asimismo, observa el juez que la infracción prevista en el artículo 118 de la LOA se refiere a la falta de reexportación o nacionalización legal de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, o su utilización o destinación para fines diferentes a los considerados para el otorgamiento del permiso respectivo. Se trata de evitar que el régimen de admisión temporal, esto es, el régimen por el cual se introducen mercancías al territorio aduanero nacional, con suspensión del pago de los impuestos de importación y otros recargos o impuestos nacionales que les fueren aplicables, pueda ser utilizado más allá de los límites o condiciones conformes a los cuales ha sido otorgado al beneficiario de dicho régimen aduanero. Dicha norma sancionatoria prevé como supuesto de hecho la falta de reexportación o nacionalización legal de mercancía, lo que sugiere que el legislador quiso utilizar la expresión “reexportación” como sinónimo de “reexpedición”, más apropiada cuando se está en presencia del régimen de admisión temporal de mercancías, si se tiene presente el contenido del artículo 31 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, sobre los regímenes de liberación, suspensión y otros regímenes aduaneros especiales, el cual es solicitado a instancias del importador. Lo anterior contrasta con el “reembarque” cuya solicitud tiene lugar a instancias del porteador o transportista marítimo, tal y como sucede para el caso de los contenedores que fungen como elementos de equipo de transporte sujetos al “reembarque” señalado en el artículo 79 del Reglamento de la LOA; o el “reembarque” de

las mercancías descargadas de más, previsto en el artículo 92 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas.

Es evidente para el juez, que en el caso de autos, no se trata de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, no reexportadas (reexpedidas) dentro del lapso reglamentario de tres meses como afirma la administración tributaria, sino de elementos de equipo de transporte o simplemente contenedores vacíos que no fueron reembarcados dentro del lapso de tres meses siguientes a su entrada al territorio nacional, reembarque que tendría lugar más tarde, con arreglo a la solicitud formulada por CSAV a través de su agente naviero a la Gerencia Principal de Puerto Cabello y posterior autorización de ésta, como fuera probado en autos por la recurrente. En tal sentido, y al no poder ser considerados tales contenedores como mercancías sino como elementos de equipo de transporte, mal puede imponerse la sanción prevista en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas, esto es, una multa equivalente al valor total de las mercancías, todo lo cual evidencia un falso supuesto de derecho. Así se decide”.

La sentencia No. 1427 antes transcrita será apelada por la representación del fisco en diciembre de 2008, siendo el fallo confirmado por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante setencia No. 00817 de fecha 04-08-2010, oportunidad en la que nuestro máximo tribunal analizó en detalles el régimen de la Admisión Temporal, señalando:

“Vistos los términos en que fue dictado el fallo apelado, las consideraciones expuestas en su contra por la representación judicial del Fisco Nacional y la contestación de la contribuyente, observa esta Sala que el asunto planteado queda circunscrito a decidir acerca del supuesto vicio de falso supuesto

por errónea interpretación de la norma jurídica, en que –a decir de la apoderada fiscal– incurrió el *a quo*, “...al considerar que la situación de hecho planteada se circunscribe dentro de los supuestos previstos en el artículo 121, literal f de la Ley Orgánica de Aduanas...” puesto que “...la irregularidad denunciada por la Administración Aduanera Tributaria se encuentra tipificada en el artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas y sancionada por el artículo 118 de la propia Ley, por considerar la figura de los contenedores como mercancías sometidas al régimen de admisión temporal”.

... Omissis ...

A tal efecto, este Máximo Tribunal se ha pronunciado referente a la *naturaleza jurídica del régimen especial de admisión temporal de mercancías*, por lo que se acoge el criterio ya establecido en sentencias Nros. 05891 del 13 de octubre de 2005, caso: *Sudamtex de Venezuela, S.A.C.A.*; 06160 del 9 de noviembre de 2005, caso: *Fundaciones Franki, C.A.*; 00922 del 6 de abril de 2006, caso: *Caribbean Flight, S.A.*; N° 02937 del 20 de diciembre de 2006, caso: *G.B.C. INGENIEROS CONTRATISTAS, S.A.*, entre otros, donde quedó expresado lo siguiente:

“(...)

Dentro de los llamados Regímenes Aduaneros Especiales, concretamente de los denominados Regímenes de Suspensión, se encuentra la admisión temporal simple, conforme a la cual pueden ser introducidas al territorio aduanero nacional con suspensión de los impuestos de importación y otros recargos o impuestos adicionales que fueren aplicables, ciertas mercancías con una finalidad determinada, a condición de que sean reexpedidas luego de su utilización, sin haber experimentado modificación alguna (artículo 31 del Reglamento de Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales). Asimismo, dentro de esta clase de regímenes,

se prevé la extracción temporal simple o exportación temporal simple, que permite extraer del territorio aduanero nacional, de manera temporal, mercancías que se encuentren legalmente en libre circulación dentro de dicho territorio, para ser reintroducidas posteriormente, sin pago de los correspondientes impuestos de importación cuando no hayan sufrido modificación alguna (artículo 38 eiusdem).

A su vez, este género de operaciones aduaneras suspensivas, encuentra su especie en las operaciones atinentes al tráfico de perfeccionamiento que, para el caso de las admisiones temporales, contempla el perfeccionamiento activo, es decir, la modificación, cambio, reparación, rehabilitación, mezcla o cualquier otro tipo de perfeccionamiento verificado sobre las mercancías en el territorio aduanero nacional. Por su parte, para las exportaciones temporales, se establece el perfeccionamiento pasivo, referente a modificaciones o alteraciones producidas fuera del territorio aduanero nacional.

Ahora bien, de acuerdo al análisis del presente caso, constata esta Sala que el mismo está referido a un régimen de admisión temporal simple, conforme al cual las mercancías pueden ser introducidas al territorio aduanero nacional con suspensión de los impuestos de importación y otros recargos o impuestos adicionales que fueren aplicables, a condición de que sean reexpedidas o, en su defecto, nacionalizadas, por lo que resulta necesario atender al contenido de los artículos 31, 34 y 37 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales, cuyos textos disponen lo siguiente:

... Omissis ...

Atendiendo al contenido de la normativa transcrita, se evidencia que para el ingreso de mercancías bajo el régimen de admisión temporal, se debe solicitar una autorización,

la cual será otorgada siempre que tales mercancías sean reexpedidas antes del vencimiento del plazo establecido inicialmente en el permiso; salvo que, en vez de proceder a reexpedir la mercancía fuera del territorio aduanero nacional, se decidiera por su nacionalización, lo cual se deberá requerir igualmente antes del cumplimiento del lapso original contenido en la autorización de admisión temporal, ante la Dirección General Sectorial de la Aduana respectiva.

Es así como se otorga la posibilidad a los importadores, que hayan realizado operaciones aduaneras bajo el régimen de suspensión de impuestos de importación, de nacionalizar la mercancía así introducida al territorio aduanero nacional, cumpliendo los requisitos exigidos para ello y cancelando los correspondientes impuestos, recargos e intereses.

(...)”.

Visto el contenido de la precedente jurisprudencia, examinemos los artículos 7, numeral 3º, 13, Parágrafo Único y 16 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999; así como los artículos 76, 79, 80 y 81 de su Reglamento de 1991, los cuales son del siguiente tenor:

Omissis...

De las normas previamente transcritas se observa que la Administración Aduanera tiene competencia para ejercer su potestad sobre los vehículos o medios de transporte que sirvan para la movilización y traslado de mercancías o de personas, que sean objeto de tráfico internacional por vía terrestre, marítima, fluvial, lacustre, y aérea, para lo cual, los propietarios de tales medios, deben “contar con un representante domiciliado en el lugar del país donde vayan a efectuarse dichas operaciones”, y además, se requiere la constitución de “garantía permanente y suficiente” a favor del Fisco Nacional, a los efectos de resguardar

los intereses de la República por los actos de los porteadores en el ejercicio de sus funciones, *quienes responderán de manera solidaria*.

Asimismo, se aprecia que para los efectos de la importación de cualquier tipo de mercancías podrán ser introducidos al país de manera temporal “...los contenedores, furgones y demás implementos, equipos, repuestos y accesorios...”, requeridos por la legislación aduanera, a los efectos de transportar las mismas, con la obligación de que tales equipos sean “*reembarcados*” dentro de los tres (3) meses siguientes a su llegada al territorio aduanero nacional. Dicha regulación establece de manera expresa que el ingreso de los aludidos instrumentos está exceptuado de cumplir con las formalidades exigidas por la Ley para el régimen de admisión temporal.

En el mismo orden de ideas se puede inferir que solo cuando los aludidos contenedores sean utilizados como “*elementos de transporte*” gozan de la excepción prevista en dicha norma, ya que de lo contrario estarán sujetos al pago de impuestos, tasas y demás requisitos establecidos en la Ley y su Reglamento para la importación o exportación de mercancía, según sea el caso; *vale decir, que de acuerdo al fin para el cual sean introducidos a territorio aduanero nacional, los contenedores pueden ser considerados implementos de carga o simplemente mercancías*.

Circunscribiendo el presente análisis al caso de autos, esta Sala observa que la Administración Aduanera, en razón de lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999 impuso multa a la sociedad mercantil *omissis...*, por la cantidad de Bs. *Omissis...*, debido a que se detectó la permanencia de cincuenta y tres (53) implementos de transporte (contenedores vacíos) pertenecientes a la “*Línea Naviera CSAV*”, representada por dicha contribuyente,

que no habían sido reembarcados dentro del lapso de tres (3) meses contados a partir de su entrada a territorio aduanero nacional, según lo establecido en el artículo 79 del Reglamento de la referida Ley.

A tal efecto, el artículo 118 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999 dispone lo que a continuación se transcribe:

“Artículo 118.- La falta de reexportación, o nacionalización legal, dentro del plazo vigente, de mercancías introducidas bajo el régimen de admisión temporal, o su utilización o destinación para fines diferentes a los considerados para la concesión del permiso respectivo, serán penados con multa equivalente al valor total de las mercancías”.

La norma previamente transcrita tipifica una sanción de multa aplicable a aquellos supuestos en que las mercancías que hayan ingresado al territorio aduanero nacional bajo el régimen de admisión temporal, no se reexporten o nacionalicen dentro del lapso legalmente establecido.

No obstante, aprecia este Alto Tribunal que la Administración Aduanera, a través del acto administrativo impugnado (Decisión Administrativa N° SNAT/NA/APPC/AAJ/2007/D/N° 008547 del 4 de septiembre de 2007), estableció lo siguiente:

“(…)

*Visto informe Técnico N° SNAT/INA/APPC/ARA/2007 de fecha 13/07/2007 suscrito por las funcionarias Omissis..., (...), respectivamente, mediante el cual se deja constancia del **Acta de Retención Preventiva de Mercancías SNA-INA-APPC-ARA-2007- ACTA N° 062** de fecha 13/07/2007, levantada en virtud de haber sido detectada la permanencia de cincuenta y tres (53) equipos pertenecientes a la **LINEA NAVIERA CSVA**,*

implementos de transporte que no han sido reembarcados dentro del lapso vigente establecido en el artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas..." (sic). (Resaltado de la fuente y subrayado de la Sala).

Vista la precedente transcripción, *este Alto Tribunal advierte que dichos equipos fueron introducidos al país, a los efectos de prestar un servicio de carga, razón por la cual no pueden ser calificados como "mercancías"*, puesto que en primer lugar, *no forman parte de la operación de comercio exterior objeto de importación*; en segundo lugar, se observa que *tales bienes no arribaron al territorio aduanero nacional bajo la especial figura de admisión temporal de mercancías*, sino que se trata de contenedores vacíos que ingresaron temporalmente con el objeto de servir de transporte de los productos importados por la recurrente; que no fueron *"reembarcados"* dentro del lapso de tres (3) meses siguientes a su entrada al territorio aduanero nacional por el Agente Naviero, en su carácter de Auxiliar de la Administración Aduanera, tal como lo exige el precitado artículo 79 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas de 1991".

Corresponderá así a la jurisdicción contenciosa tributaria rectificar la situación, acogiendo los argumentos esgrimidos por los recurrentes, dejando claro que a la luz de los artículos 79 y 80 del RLOA es necesario, primeramente, distinguir si el contenedor constituye o no un elemento de transporte (esto es, si está siendo utilizada la caja para movilización de mercancía en general), pues de no serlo, entonces, el contenedor, furgón y demás equipos serán considerados una "mercancía" y, en consecuencia, estarán sometidos a los impuestos, tasas y otros requisitos, establecidos para la importación.

Sin embargo, aunque los tribunales acogieron el importante criterio en comento, también encontraron que la extemporaneidad en la permanencia del contenedor, implicaba una forma de impedir o retrasar el ejercicio de la potestad aduanera, a la luz del art. 121, literal

f), de la LOA, anulando la sanción del Art. 118 y aplicando aquélla por vía de la emisión de una nueva planilla. “... Se trata –señalará el Juzgado Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, en la sentencia No. 1427– de la falta de reembarque de contenedores vacíos dentro del lapso reglamentario de tres meses siguientes a su entrada, cuyo reembarque no se realizó en el lapso reglamentario, y no legal, como lo señala la resolución de multa impugnada, por lo cual se trata más de una infracción a la obligación de realizar la carga en la debida oportunidad o lapso previsto para ello, aunque la falta de reembarque también podría subsumirse en una infracción al ejercicio de la potestad aduanera, por no haber procedido con el reembarque e informar a la administración aduanera oportunamente, impidiendo o retrasando el control que le corresponde ejercer a la oficina aduanera... (Omissis)... Como consecuencia de la interpretación del juez, este considera que la sanción a aplicar debe ser la del literal (f) del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas supra transcrito, sanción comprendida entre 100 y 1000 unidades tributarias. Así se decide”.

En consecuencia, y partir de las reiteradas decisiones judiciales, el SENIAT no aceptará más prórrogas para la permanencia de los contenedores por no ser ahora considerados mercancías, mientras que las multas en lo adelante tendrían como fundamento el art. 121, literal f), de la LOA, esto es, equivalente entre 100 y 1.000 U.T., es decir, su término medio 550 U.T.

Responsabilidad del consignatario y eximentes de responsabilidad penal tributaria

Es importante señalar que esta multa se aplica al porteador, en cabeza del agente naviero como el responsable solidario de su principal, de conformidad con el Art. 13 de la LOA. Lo anterior, por injusto que resulte, parece lógico cuando la falta de reembarque de los contenedores son responsabilidad o resulta imputable al porteador. La sanción, sin embargo, no resulta nada justa para el porteador, cuando la falta de reembarque tiene lugar por conductas exclusivamente imputables al consignatario. Por ejemplo, la no devolución del equipo dentro de un período de tiempo prudencial, para que aquél proceda con el reembarque dentro del plazo reglamentario. Se trata este de

un supuesto no previsto en la norma aduanera, que ha traído como consecuencia la aplicación de la sanción que venimos analizando, aún en los casos en que la falta de reembarque no sea responsabilidad del porteador, a menos que la oficina aduanera correspondiente, siempre en uso de su discrecionalidad, decida no aplicarla.

Una posible solución para hacer frente a este supuesto (reembarque extemporáneo por causas imputables al consignatario) es atacar la sanción por vía de la “FUERZA MAYOR” o “CASO FORTUITO” como eximente de la responsabilidad penal tributaria⁶, con las grandes dificultades probatorias que ello supone y el criterio cada vez más restrictivo de los tribunales, a los fines de obtener la nulidad absoluta del acto administrativo.

En este sentido se pronunció el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante sentencia No. 1.592, de fecha 14-02-2012, con ocasión del Recurso Contencioso Tributario presentado contra una resolución de multa y su accesoria planilla de pago, mediante la cual se impuso al agente naviero en representación del porteador, multa de 550 U.T., esto de conformidad con lo establecido en el artículo 121 numeral 6 de la Ley Orgánica de Aduanas, por la sobreestadía en el país de un implemento de transporte.

Manifestó la recurrente que el gerente de la Aduana Principal de La Guaira, al dictar la resolución impugnada incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho insanable, ya que la falta de oportuno reembarque, no se debió a causas imputables al agente naviero - Auxiliar de la Administración Aduanera, sino por hechos o circunstancias únicamente atribuibles a la oficina aduanera, quien violentando lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución, no solo no otorgó oportuna y debida respuesta a los requerimientos formulados por

⁶ Art. 85 del Código Orgánico Tributario: “Son circunstancias que eximen de responsabilidad por ilícitos tributarios:

1. El hecho de no haber cumplido dieciocho (18) años;
2. La incapacidad mental debidamente comprobada;
3. El caso fortuito y la fuerza mayor;
4. El error de hecho y de derecho excusable;
5. La obediencia legítima y debida y
6. Cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicables a los ilícitos tributarios”.

la agencia naviera, donde solicitó a la administración que fuere ordenado al responsable del recinto aduanero, donde fue localizada la mercancía transportada en el container su inmediato vaciado, a los fines de proceder al reembarque del implemento de movilización de carga, transgrediendo con su inactividad lo establecido en el artículo 191 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas, en lo relativo al procedimiento establecido para las mercancías legalmente abandonadas e impidiendo con tales omisiones que el implemento de movilización de carga, que transportó la mercancía caída en estado de abandono legal, fuere reembarcado dentro del plazo legal.

La recurrente, igualmente, manifestó que requirió oportunamente fuere ordenado el vaciado del contenedor, por cuanto solo había transcurrido para esa fecha un mes y cinco días del plazo de tres meses que concedía el artículo 79 del RLOA de Aduanas, contados desde el arribo del contenedor al territorio nacional, carga esta que ya se encontraba en abandono legal, motivo por la cual la oficina aduanera no actuó con la debida diligencia al realizar el vaciado del contenedor, y con tal omisión coadyuvó a que se materializase una infracción producto de la imposibilidad de reembarcar el implemento de transporte vacío dentro del plazo establecido en el artículo 79 del RLOA. Lo anterior, en palabras de la recurrente, materializó una eximente de responsabilidad penal aduanera como el caso fortuito tipificado en el artículo 85 numeral 3 del Código Orgánico Tributario, por cuanto el obstáculo, causa, hecho o circunstancia no imputable a la recurrente, que imposibilitó el reembarque del contenedor fue la desatención de la oficina aduanera al no otorgar oportuna respuesta a los requerimientos del agente naviero.

El Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, al evaluar los hechos y las pruebas aportadas, señaló que en tales circunstancias cada contenedor debe ser vaciado para la inspección, revisión y reconocimiento por los funcionarios de aduana, pero mal pueden los agentes navieros establecer planes de evacuación sobre equipos que aún se encuentren en las zonas primarias esperando ser nacionalizados con cargas de importadores, por lo que no puede proceder unilateralmente al vaciado de los contenedores que se encuentran bajo este régimen, así como de cualquier otro equipo

que se encuentre bajo su custodia, sin que medie la autorización de vaciado y tenga lugar la presencia de un funcionario de la administración aduanera, es decir que la coordinación de este proceso, en todo caso, corresponde exclusivamente al importador y/o su agente aduanal quien actúa como mandatario de la recurrente, quien solicita la debida autorización a la administración aduanera para el vaciado de los contenedores, a los fines de su reembarque. En el fallo bajo análisis, adicionalmente se puede leer: “A efectos de verificar la existencia del aludido vicio de falso supuesto, se advierte del análisis de las pruebas aportadas a los autos, que la actuación de la recurrente fue diligente, por cuanto requirió oportunamente a la Administración Aduanera fuere ordenado el vaciado del contenedor, mediante comunicación de fecha 08 de noviembre de 2010, la cual la Gerencia Regional de Tributos Internos de la Región Capital del Seniat no hizo mención alguna sobre esta prueba, sin ni siquiera señalarlas en el acto administrativo. Considera esta juzgadora que la Administración Aduanera partió de un falso supuesto al dictar la resolución recurrida, razón por la cual este Tribunal Superior declara procedente las alegaciones sostenidas por la recurrente y declara la nulidad de la resolución impugnada. Así se decide”.

Corolario

La LOA 2014 (Gaceta Oficial 6.155, del 19 de noviembre de 2014) no ha resuelto esta problemática y, por el contrario, la profundiza, pues la sanción aplicable en la actualidad por el reembarque extemporáneo de los contenedores es de 1.000 U.T., ello con fundamento en el art. 161, numeral 1⁷, procedente cuando se impida o dificulte las labores de reconocimiento, control o verificación o de cualquier otra actuación, de la Administración Aduanera en ejercicio de la potestad aduanera.

El Art. 157 de la LOA establece que son circunstancias que eximen de responsabilidad por ilícitos aduaneros, el caso fortuito y la

⁷ Art. 161 de la LOA 2014: “Los auxiliares de la Administración Aduanera serán sancionados de la siguiente manera:

Con multa de mil unidades Tributarias (1.000 U.T.) cuando impidan o dificulten las labores de reconocimiento, control verificación o de cualquier otra actuación, de la Administración Aduanera en el ejercicio de la potestad Aduanera”.

fuerza mayor, y el error de hecho y de derecho excusable, ofreciendo a los auxiliares de la administración aduanera una herramienta para solicitar la no aplicación de la sanción prevista en el Art. 161, numeral 1. No obstante, siempre se estará a merced de las pruebas documentales. De allí que pueda afirmarse que los porteadores enfrentan en el presente serios problemas respecto de la sanción aplicable por falta de reembarque dentro del plazo reglamentario, la procedencia de las eximentes, la eventual aplicación de la suspensión y la revocatoria de la autorización a los agentes navieros como responsables solidarios (Arts. 162 y 163 LOA 2014).

Tomando en cuenta la problemática existente, sería recomendable modificar la norma aduanera a los fines de que la sanción por falta de reembarque de los contenedores dentro del plazo reglamentario, solo se aplique en los casos de equipos vacíos efectivamente en poder de los transportistas. En línea con lo anterior, se podría modificar la norma aduanera para que la sanción sea aplicable a los consignatarios, en aquellos casos que la falta de oportuno reembarque les sea imputable, o al menos incrementar por vía reglamentaria el lapso de permanencia de los contenedores en territorio nacional de 90 a 180 días. Propuestas las anteriores que, junto a otras, bien pudieran ser presentadas a las autoridades con competencia en la materia, a través de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo.

Referencias:

- Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial N° 6152, de fecha 18 de noviembre de 2014).
- Convenio Aduanero sobre Contenedores 1972.
- Convenio Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores (CSC) 1972.
- Convenio sobre el Régimen Aduanero de los Contenedores Explotados en Común en el Transporte Internacional 1994.
- Ley Orgánica de Aduanas 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.353, de fecha 17 de junio de 1999).

- Ley Orgánica de Aduanas 2014 (Gaceta Oficial 6.155, de fecha 19 de noviembre de 2014).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.273, de fecha 20 de mayo de 1991).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.129, de fecha 30 de diciembre de 1996).
- Sentencia N° 1427 dictada por el Juzgado Superior Contencioso Tributario de la Región Central, de fecha 17 de noviembre de 2008.
- Sentencia N° 00817 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 4 de agosto de 2010.
- Sentencia N° 1592 dictada por el Tribunal Superior Tercero de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, de fecha 14 de febrero de 2012.
- Sentencia N° 01428 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de diciembre de 2013.

Multas aduaneras aplicables al transportista marítimo, por faltantes y sobrantes de mercancía*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Justificación

El arribo del buque al puerto de destino impone al transportista marítimo, a través de su agente naviero, la obligación de presentar a la administración portuaria y a la aduanera el manifiesto de mercancías y los correspondientes conocimientos de embarque, que documentan las mercancías transportadas, cualquiera sea su naturaleza y empaque (carga general suelta o en contenedores, a granel, etc.). Desde la perspectiva del administrador portuario, esta documentación le permite tener información sobre las mercancías, a los fines de hacer los arreglos operativos para la recepción del buque así como la manipulación de la carga dentro de la zona portuaria y, muy especialmente, para el cálculo de los derechos o contraprestaciones (tasas o tarifas) a ser aplicadas a la carga; mientras que al administrador aduanero, la documentación suministrada por el porteador le permitirá ejercer el debido control fiscal de lo que ingresa al territorio aduanero, de manera tal que los consignatarios importadores procedan con los correspondientes trámites aduaneros.

* Publicado en "El Libro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo - Rama Venezolana". Colección Estudios Jurídicos N° 35. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2019.

La información suministrada por el porteador, indudablemente, deberá ser exacta e inequívoca a los fines de describir de forma veraz lo que se descarga en el puerto, sin que ello le cause perjuicios de ninguna especie al administrador portuario, mucho menos al fisco nacional. Sin embargo, la práctica diaria demuestra que a la par de las fallas operativas, errores se comenten en la documentación preparada y presentada por el porteador, generando ello la necesidad de solicitar correcciones en los manifiestos y conocimientos de embarque, o hacer declaraciones de faltantes o sobrantes, de conformidad con los procedimientos aduaneros.

Los errores en cuestión implican para el porteador, en ocasiones, la aplicación de sanciones como mecanismo disuasivo y, desde luego, punitivo, bien por parte de ente portuario o de la autoridad aduanera, al menos en el caso venezolano. La legislación portuaria, por ejemplo, contempla sanciones para el caso en que se produzcan tales errores u omisiones en el suministro de la información relativa a la mercancía que habrá de descargarse de un determinado buque. Así, durante el funcionamiento del Instituto Puerto Autónomo de Puerto Cabello (1991-2009), el Régimen Tarifario contenido en la Resolución No. 062 del 11-06-97 establecía que para “determinar la cantidad da Toneladas Métricas (T.M) o el número de unidades de equipos intermodales –con base a lo cual se aplicaba a los operadores portuario o consignatarios la tasa denominada “Traslado de Mercancías” pagadera por su movimiento desde el contado de buque a patio y almacenes y viceversa– el Instituto aceptará el peso de Toneladas Métricas (T.M) o el número de unidades de Equipos intermodales que señale el respectivo conocimiento de embarque o manifiesto de carga, no obstante el instituto reserva el derecho de verificar la información y en caso que se determine que el peso o el número real sea superior al declarado en el conocimiento de embarque o manifiesto de carga. Los excesos estarán sujetos a un recargo de cien por ciento (100%) en el pago de los derechos. Así mismo se procederá a establecer un recargo de cien por ciento (100%) sobre la cantidad de toneladas métricas (T.M.) o el número de equipos intermodales no declarados por el interesado dentro los dos (2) días hábiles a contar del zarpe de la nave, en el respectivo conocimiento del embarque o manifiesto de carga. Este recargo no tendrá lugar, siempre que el

exceso no sea mayor que el tres por ciento (3%) del peso declarado en el conocimiento de embarque o manifiesto de carga”.

Actualmente, el artículo 35 de la Ley de Tasas Portuarias también establece una sanción al señalar que cuando la declaración de la carga no se corresponda con la efectivamente desembarcada o embarcada, se aplicará una sanción de cinco (5) U.T. por toneladas métricas o contenedor no identificado¹. Se busca así garantizar que el administrador portuario reciba de manera precisa la información sobre las mercancías, permitiéndole la aplicación de la tasa que le corresponde y garantizándole no sufrir pérdidas por ese concepto.

El presente trabajo, es importante recalcarlo, abordará de manera específica el tema de las multas aduaneras aplicables al porteador marítimo con ocasión de los faltantes y sobrantes de mercancía.

Los faltantes y sobrantes de mercancía

Como ya lo hemos anotado, en el curso de las operaciones el porteador marítimo puede incurrir en errores u omisiones al momento de informar sobre la mercancía que transporta y descargará en puerto, cualquiera sea su naturaleza. Ya se trate de contenedores², mayoritariamente utilizados en la actualidad, o aquella mercancía transportada a granel, siempre habrá espacio para estos errores en la descripción que de ella se hace en el manifiesto de carga y los conocimientos de embarque³, lo que puede ocurrir por una variedad

¹ Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Tasas Portuarias, G.O. No. 6.150 Extraordinaria, de fecha 18-11-2014.

² De acuerdo al Art. 1 del Convenio Aduanero sobre Contenedores 1972, se entiende por “contenedor” un elemento de equipo de transporte (cajón portátil, tanque movable u otro elemento análogo): i) que constituya un compartimiento, total o parcialmente cerrado, destinado a contener mercancías; ii) de carácter permanente y, por tanto, suficientemente resistente para permitir su empleo repetido; iii) especialmente ideado para facilitar el transporte de mercancías, por uno o varios modos de transporte, sin manipulación intermedia de la carga; iv) construido de manera que se pueda manipular fácilmente, en particular al tiempo de su transbordo de un modo de transporte a otro; v) ideado de tal suerte que resulte fácil llenarlo y vaciarlo; y vi) de un volumen interior de un metro cúbico, por lo menos; el término “contenedor” comprende los accesorios y equipos del contenedor propios del tipo de que se trate, siempre que se transporten junto con el contenedor. El término “contenedor” no comprende los vehículos, los accesorios o piezas de recambio de los vehículos ni los embalajes. Las carrocerías desmontables se asimilan a los contenedores.

³ La Ley Orgánica de Aduanas (Gaceta Oficial 6.155, del 19 de noviembre de 2014) en lo adelante LOA, establece en el art. 20 que los transportistas, porteadores o sus representantes legales deberán registrar, ante la oficina aduanera respectiva, a través del sistema aduanero automatizado, los “manifiestos de carga” a más tardar con cuarenta y ocho (48) horas de anticipación al momento de la llegada o salida del vehículo cuando se trata de carga marítima. Por su parte, el art. 67 del Reglamento General de la LOA (Gaceta Oficial

de circunstancias que comprenden, entre otras: información errónea suministrada por el embarcador al porteador; errores de transcripción de la información relativa a la mercancía, por parte de empleados de la empresa porteadora o sus agentes; errores en la transmisión de la data por medio informáticos, etc.

La importancia del manifiesto de carga es tal que, a tenor de lo dispuesto en el Art. 20 de la LOA, la descarga de aquellas no podrá efectuarse sin haberse registrado el respectivo documento ante la administración aduanera. El manifiesto de carga se tendrá por definitivo para todos los efectos legales y por tal razón, el usuario no podrá realizar transmisiones adicionales con posterioridad a la fecha de su registro en el sistema aduanero automatizado. Sin embargo, a la luz del Art. 14 del Reglamento parcial de la LOA relativo al Sistema Aduanero Automatizado⁴, aún después de registrado dicho manifiesto, este “y sus respectivos documentos de transporte podrán ser corregidos por parte del funcionario competente de la aduana, a solicitud del transportista, porteador, ...()... o sus representantes legales, antes de la entrega de las mercancías a los responsables de los recintos, almacenes o depósitos aduaneros autorizados, en caso de errores materiales o de cálculo”, circunstancia esta de suma importancia para nuestra posterior discusión.

En términos generales, las mercancías descargadas de más (sobrantes) o de menos (faltantes), generan la obligación para el transportista de presentar una declaración informando a la oficina aduanera sobre tal circunstancia, en cuyo caso y tratándose de sobrantes aquel procederá con el “reembarque” de los efectos hacia su destino correcto o su nacionalización de ser el caso; mientras en el evento de faltantes las mercancías “retornarán” al país en una fecha posterior para su eventual manifiesto y nacionalización. Es importante señalar que, al igual que sucede en el ámbito portuario, la configuración del sobrante o faltante

Extraordinaria No. 4.273, de fecha 20 de mayo de 1991), en lo adelante RGLOA, que el manifiesto de carga, también denominado en la práctica aduanera venezolana “sobordo”, contendrá todos los datos concernientes al cargamento, así como también la clase, nacionalidad, porte y nombre o siglas de la nave, nombre del porteador, nombre de los embarcadores o remitentes de las mercancías, nombre de los consignatarios, número de los conocimientos de embarque de la carga especificada en ellos; marcas, numeración de los bultos, clase de éstos, cantidad, peso y contenido de los mismos según los conocimientos de embarque, suma total de los bultos, expresada en letras y guarismos y firma del porteador. Conviene recordar que el reglamento general que se viene aplicando data del año 1991, evidentemente requerido de una urgente actualización.

⁴ Reglamento parcial de la Ley Orgánica de Aduanas relativo al Sistema Aduanero Automatizado, en lo adelante RPLOASAA, publicado en la Gaceta Oficial No. 37.967 del 25-06-2004.

puede acarrear una sanción en la forma de multa, pero solo cuando la declaración a la oficina aduanera se hace de manera extemporánea.

A la luz del Art. 91 del RGLOA las mercancías descargadas de más o menos “deberán ser declaradas por el transportista dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la finalización de la recepción de los cargamentos”. No obstante, la entrada en vigencia de la última LOA (2014) ha generado criterios encontrados en algunas oficinas aduaneras respecto del lapso para esta declaración, al establecer el Art. 22 que “la diferencia en más o menos de mercancías descargada con relación a la incluida en los manifiestos de carga, deberá ser justificada por el transportista, porteador o su representante legal, a más tardar al día siguiente de la llegada o salida del vehículo...” (Subrayado nuestro) Párrafo, por cierto, no existente en la anterior redacción del precitado Art. 22, lo que ha llevado a algunos funcionarios a interpretar que el lapso aplicable ya no es el de 5 días hábiles, sino uno mucho más breve como lo es “al día siguiente de la llegada”. A pesar de lo anterior, no puede escapar a nuestra atención y no debería a los ojos de los funcionarios aduaneros actuantes, que el nuevo Art. 22 hace alusión a la palabra “justificación” y no “declaración”, razón por la que nos inclinamos a pensar que el lapso para la declaración continúa siendo el de 5 días hábiles, pues no resulta difícil advertir que se trata de obligaciones diferentes.

El literal d) del Art. 103 de la LOA, por otra parte, introdujo como obligación para el transportista, porteador y su representante legal, el “emitir conjuntamente con el representante del recinto, almacén o depósito autorizado constancia de entrega y recepción de las mercancías consignadas en el manifiesto de carga y en los documentos de transporte, con indicación expresa de los bultos faltantes y sobrantes, así como los desembarcados en mala condición exterior, con huellas de haber sido abiertos, así como los contenedores con precintos violentados, al día siguiente de recibida la mercancía, notificando a la oficina aduanera el mismo día”. Esta constancia conjunta de entrega y recepción difícilmente se emite, por la falta de una norma reglamentaria actualizada, o lineamientos por parte de las oficinas aduaneras.

Es práctica más o menos general, además, que la legislación portuaria y la aduanera permitan un margen de tolerancia respecto

del peso manifestado y que de producirse dentro del límite no implique la configuración de un faltante o sobrante. Este margen de tolerancia, lógicamente, se refiere a cargas a granel que por fenómenos atmosféricos, físicos o químicos pueden experimentar tales variaciones. Así, establece el Art. 22 de la LOA que “las diferencias en más o menos de las mercancías descargadas con relación a lo especificado en el manifiesto de carga, serán admitidas sin necesidad de justificación y no configurarán infracciones aduaneras, siempre que no superen un límite de tolerancia de tres por ciento (3%) de la cantidad declarada”.

El RPLOASAA en su Art. 15, por otra parte, establece un procedimiento específico a ser seguido por la administración aduanera en el caso de verificarse la existencia de bultos sobrantes o faltantes: “Al momento de la carga o descarga de los medios de transporte, el funcionario aduanero competente ubicado en la zona de carga y descarga verificará que la totalidad de bultos se corresponda con la información transmitida, a través del sistema aduanero automatizado. / En caso de bultos faltantes o sobrantes respecto de los relacionados en el manifiesto de carga, dicho funcionario procederá a la modificación en el sistema del documento de transporte respectivo, siempre y cuando estos bultos se encuentren amparados por el mismo. / Para el caso de que los bultos sobrantes respecto de los relacionados en el manifiesto de carga a través del sistema aduanero automatizado, no estén amparados por el documento de transporte respectivo, el funcionario competente procederá a elaborar el informe, colocando los bultos sobrantes a la orden del Jefe de la Oficina Aduanera correspondiente, quedando los mismos bajo responsabilidad de los transportistas, portadores o sus representantes legales hasta el momento de su reembarque o nacionalización”.

Los sobrantes y faltantes en descarga, por consiguiente, se producen cuando existen discrepancias entre lo manifestado por el porteador, y lo efectivamente descargado. El Dr. Marcos A. Osorio Ch. lo explica de la siguiente manera: “Podemos, en síntesis, definir la mercancía sobrante en descarga como aquella que, según el Acta de Recepción de los cargamentos, ha sido descargada del vehículo de transporte, sin aparecer relacionada en ninguno de sus manifiestos de carga oportunamente registrados en la aduana. Mercancía faltante

en descarga, en cambio, es aquella que según el Acta de Recepción de los cargamentos no fue descargada del vehículo de transporte, pese a aparecer relacionada en uno de sus manifiestos de carga oportunamente registrados en la aduana”⁵.

Régimen sancionatorio de los faltantes y sobrantes de mercancía

Podría ser afirmado que la redacción de la norma sancionatoria a ser aplicada en el caso de la declaración extemporánea por sobrantes y faltantes, no ha sido la más feliz dando lugar, como es de esperarse, a confusión en cuanto a su interpretación y, sobre todo, a la discrecionalidad por parte del funcionario actuante a la hora de su aplicación. En este sentido, habría que recordar que en las últimas décadas surgió el tráfico de contenedores, desplazando el transporte de carga suelta y el uso del “bulto” como unidad de embalaje.

La Ley Orgánica de Aduanas de 1978, a manera de ilustración, de manera muy acertada al establecer la multa por declaración extemporánea de las mercancías descargadas de más, diferenciaba entre bultos y mercancía a granel:

“Artículo 121.

(...)

c) Cuando descarguen mercancías de más, respecto de las anotadas en la respectiva documentación, que no fuesen declaradas a la aduana dentro del término que señala el reglamento con multa equivalente a la cantidad que resulte mayor entre un Bolívar por kilogramo y cincuenta Bolívares por cada bulto. Si se trata de mercancía a granel, la multa será de un Bolívar por cada kilogramo (...).”.

Por el contrario, cuando la ley aduanera es modificada el año 1999⁶, se omite la mención a la mercancía a granel:

“Artículo 121. Las infracciones cometidas por los auxiliares de la Administración Aduanera:

⁵ Osorio Ch., Marco A., “Las Mercancías”, p. 371.

⁶ Gaceta Oficial Extraordinaria No 5.353, de fecha 17 de junio de 1999.

transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agente de aduanas, mensajeros internacionales, serán sancionadas de la siguiente manera:

(...)

3) Cuando descarguen bultos de más o de menos, respecto de los anotados en la respectiva documentación, que no fueren declarados a la aduana dentro del término que señale el Reglamento, con multa equivalente a cinco unidades tributarias (5 U.T.) por cada kilogramo bruto en exceso o faltante. La misma sanción será aplicable al depositario o almacenista que no declare oportunamente a la aduana los bultos sobrantes o faltantes en la descarga”.

Finalmente, el Artículo 165 de la LOA vigente si bien introduce dos sanciones diferentes para los casos de sobrantes y faltantes, tampoco ha sido mejor redactado al establecer que los transportistas, porteadores o sus representantes legales serán sancionados de la siguiente manera:

“(...)

7. Con multa de cinco Unidades Tributarias (5 U.T.) por cada kilogramo bruto en exceso, cuando descarguen bultos de más, respecto de los anotados en la documentación correspondiente;

8. Con multa de dos Unidades Tributarias (2 U.T.) por cada kilogramo bruto en faltante, cuando descarguen bultos de menos, respecto de los anotados en la documentación correspondiente;

(...)”

Resalta de la redacción antes transcrita la omisión a la declaración reglamentaria y temporánea del faltante/sobrante, de allí que una lectura interesada al considerar la sanción tal y como se ha previsto en el art. 165, numerales 7 y 8, podría argüir que la multa aplicaría por el solo hecho de verificarse tales supuestos, aún en el evento de

producida la oportuna declaración a la administración aduanera. Lo anterior, desde luego, nos conduciría a un absurdo.

Sobrantes y faltantes de mercancía vs. correcciones

La aplicación de las multas por sobrantes y faltantes en descarga han dado lugar a interesantes discusiones sobre puntos específicos como, por ejemplo, si aquellas aplican únicamente en el caso de “bultos” y no en el caso de “graneles”. En efecto, en junio del año 2000 la Aduana Principal de La Guaira impuso multa por Bs. 1.650.000.000,00 a un agente naviero en su condición de representante legal de la empresa porteadora, por la supuesta declaración extemporánea de un sobrante de 34.375 kilogramos de trigo a granel. Los apoderados de la empresa sancionada además de argumentar que la declaración del sobrante se había hecho dentro del lapso reglamentario establecido en el Art. 91 del RGLOA, también señalaron que la multa estaba afectada del vicio de falso supuesto toda vez que el Art. 121, literal c, de la LOA 98, se refería concretamente a “bultos” y no “granel” descargados de más o de menos. El argumento manejado por la representación fiscal, en contraste, resultaba uno verdaderamente débil al sostener que “en materia aduanera el concepto de bulto es aplicado a toda mercancía importada, exportada, etc.”, pretendiendo así señalar que cuando la legislación aduanera mencionaba la palabra “bulto”, se refería a toda mercancía que entra o sale de la aduana, independientemente a la forma en que estaba embalada dicha mercancía. El Juzgado Superior Primero de lo Contencioso Tributario decidió el caso a favor del recurrente, encontrando que su conducta encuadraba dentro de una eximente de responsabilidad penal tributaria (error excusable), lamentablemente para nuestra discusión encontrando inoficioso pronunciarse sobre cualquier otra denuncia⁷. Habida cuenta la actual redacción del art. 165, numerales 6 y 7, de la LOA, es indudable que el tema todavía sería uno de discusión.

⁷ La palabra “bulto” alude claramente a una unidad de embalaje para la carga, distinguible de la mercancía a granel. En el ámbito del transporte marítimo el punto también ha sido objeto de discusión. En *Vinnlustodin HF and another v. Sea Tank Shipping AS (Aqasia)* [2016] EWHC 2514 (Comm), una disputa por daños a un cargamento de aceite de pescado a granel surgió entre los armadores (Disponent Owners) y fletadores. Los primeros invocaron el paquete de limitación bajo las Reglas de la Haya (Artículo IV, Regla 5) que hace referencia a “unidad” o “paquete”, lo que fue refutado por los fletadores quienes sostenían que la mercancía transportada era a granel que no formaba una “unidad” o “paquete” en los términos de las Reglas de la Haya. La corte llegó a la conclusión de que la aludida “unidad” en la RH es una unidad física para la carga y no una unidad de medida.

Por otra parte, práctica frecuente en algunas oficinas aduaneras ha sido la imposición de multas por faltantes y sobrantes, con ocasión de las solicitudes de corrección de manifiestos y conocimientos de embarque, hechas por los transportistas marítimos a través de sus agentes navieros, con arreglo al Art. 14 del RPLOASAA. Tales correcciones producto de errores en la descripción de los kilos y bultos contenidos en los conocimientos de embarque, son necesarias para permitir que los consignatarios puedan proceder con el normal desaduanamiento de las mercancías, a través del sistema aduanero automatizado.

El caso de la motonave “CSAV Tianjin” puede bien ilustrar el punto en comento, por lo que nos explanaremos en extenso. El 21 de febrero de 2008, el Agente Naviero Logística Marítima (Logimar), C.A., registró en el sistema aduanero automatizado el Manifiesto de Carga bajo el N° 576, relacionado con mercancías objeto de importación, y a la consignación de la empresa Despachadora An Mar, C.A., según consta del Conocimiento de Embarque N° PBC031498. Dicho registro consistió en “40 bultos de acero con un peso de 8.720 Kgs”. En fecha 22 de febrero de 2008, arribó a la Aduana Principal de Puerto Cabello del SENIAT la motonave “CSAV Tianjin” perteneciente a la línea naviera Compañía Sud América de Vapores, S.A., contentiva de “barriles de acero y plástico” a la consignación de la sociedad mercantil antes mencionada, cuya importación –como se dijo anteriormente– fue registrada el día 21 de febrero de 2008. El 19 de marzo de 2008, el Agente Naviero Logística Marítima (Logimar), C.A., dirigió comunicación a la citada Aduana con el propósito de corregir el manifiesto de carga, toda vez que el registro de la mercancía importada en sistema aduanero automatizado efectuado el “21 de febrero de 2008” se hizo por 40 bultos en lugar de 45, con lo cual se omitieron 5 que hacían un peso de 434 kgs. En fecha 15 de diciembre de 2008, la Gerencia de la Aduana Principal de Puerto Cabello del SENIAT, dictó la Resolución de Multa N° SNAT-INA-APPC-AAJ-310-2008/0013300 del 15 de diciembre de 2008, por medio de la cual se sancionó al Agente Naviero Logística Marítima (Logimar), C.A., “por Bs. 99.820,00, conforme a la disposición normativa contemplada en el numeral 3 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas de 2008, en razón de no haber declarado cinco (5) bultos sobrantes de la mercancía importada el 22 de febrero de 2008, a la consignación de la empresa Despachadora An Mar, C.A.,

antes de la entrega a los almacenes, pues lo que registró en el sistema aduanero automatizado consistió en 40 barriles de acero con un peso de 8.720 Kgs.

La Resolución de Multa fue recurrida alegándose, entre las razones, la violación del debido proceso y del derecho a la defensa; falso supuesto, toda vez que no se está en presencia de un sobrante de bultos, sino un error en la descripción de la mercancía; confiscatoriedad de la sanción impuesta; vulneración del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; existencia de la eximente de responsabilidad contemplada en numeral 4 del artículo 85 del Código Orgánico Tributario y de las atenuantes 2 y 6 del artículo 96 *eiusdem*.

El caso fue decidido favorablemente por el Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central, mediante sentencia No. 0906 del 9 de agosto de 2010, con base en las consideraciones siguientes:

“(…)

La controversia se origina por aplicación de una sanción por parte de la administración aduanera que tiene como fundamento el no haber notificado la empresa Logística Marítima, Logimar, C.A., el sobrante en descarga dentro del lapso establecido en la ley.

(…)

El juez considera oportuno transcribir el contenido parcial de los artículos 22 y artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas, artículo 91 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas y artículos 14 y 15 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas relativo al Sistema Aduanero Automatizado:

(…)

Ahora bien de la lectura del artículo 14 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas se evidencia que el manifiesto de carga se tendrá como definitivo no pudiendo

hacerse nuevas transmisiones por parte de los usuarios con posterioridad a su registro inicial; no obstante el funcionario competente de la aduana podrá corregir el manifiesto y el conocimiento de embarque a solicitud del transportista en los casos de errores materiales o de cálculo, antes de la entrega de las mercancías a los almacenes o depósitos autorizados.

En relación con el caso bajo análisis en el informe técnico suscrito por la funcionaria Ana Pedraza, transcrito en la Resolución de Multa N° SNAT/INA/APPC/AAJ/RM-310-2008/013300, del 15 de diciembre de 2008 (folio 57), se lee:

(...)

Asimismo, observa el juez que la contribuyente consignó en la Aduana Principal de Puerto Cabello comunicación (folio 67) donde solicita la corrección sobre la descripción de la mercancía consolidada y transportada amparado bajo el conocimiento de embarque PBC031498, el cual fue declarado en el manifiesto de carga registrado bajo el número 576 en el Sistema Aduanero Automatizado (SIDUNEA), informando con esta carta de corrección sobre el error en la descripción de las mercancías descritas en el conocimiento de embarque, y transportadas según dicho conocimiento de embarque y debidamente manifestado a la aduana.

(...)

Es criterio de este juzgador que la corrección de los manifiestos de carga o de encomienda y sus respectivos documentos de transporte establecida en el artículo 14 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas relativa al Sistema Aduanero Automatizado y la declaración de bultos sobrantes y faltantes prevista en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas y artículo 91 del Reglamento General de la ley aduanera entrañan supuestos distintos y

bien diferenciados dentro del proceso aduanero, toda vez que mientras el primero de los casos se trata de la existencia de errores materiales o de cálculo de tipo documental que pueden ser corregidos en el manifiesto de carga o de encomienda y sus respectivos documentos de transporte a los fines de permitir al importador completar el proceso de desaduanamiento, en el segundo de los casos se trata de mercancías que físicamente resultan sobrantes o faltantes respecto del manifiesto de carga, lo que obliga al transportista a hacer una declaración de sobrante o faltante, y el posterior reembarque o retorno según los casos, de conformidad con el reglamento de la ley aduanera ...omissis... (Subrayado nuestro)

(...)

En el informe técnico suscrito por la funcionaria Ana Pedraza, transcrito en la Resolución de Multa N° SNAT/INA/APPC/AAJ/RM-310-2008/013300 del 15 de diciembre de 2008 (folio 48), se lee adicionalmente:

(...)

Es evidente para el juez, que el caso de autos no se trata de un sobrante de bultos toda vez que el transportista manifestó a la administración aduanera, a través del SIDUNEA, el arribo del contenedor GLDU-345935-5 el cual fue efectivamente descargado y luego solicitada la corrección material de un error en la descripción de los bultos y kilos expresados en el conocimiento de embarque.

Por otra parte, por mandato del artículo 15 del Reglamento Parcial de La Ley Orgánica de Aduanas Relativo al Sistema Aduanero Automatizado se establece:

(...)

Es criterio de este juzgador que el manifiesto de carga y sus respectivos documentos de transporte

pueden ser corregidos no solo antes de la entrega de las mercancías al almacén y si en otro momento, pues de una detenida lectura del artículo 14 ut supra transcrito no se desprende lo contrario, tanto más cuando la administración en la práctica da curso a las solicitudes de corrección, lo que permite a los importadores la nacionalización de sus embarques.

Adminiculando las normas anteriormente transcritas con el supuesto de hecho se evidencia que la solicitud de corrección presentada por la contribuyente es extemporánea, pero este hecho en sí mismo no convierte tal circunstancia en un sobrante o faltante de mercancías subsumible dentro del artículo 121, numeral 3 de la Ley Orgánica de Aduanas, por lo que no se trata de un sobrante de bultos como afirma la administración tributaria, supuesto éste expresamente sancionado por el numeral 3 del artículo 121 antes mencionado. Resulta claro para este sentenciador que el transportista manifestó a la administración aduanera, a través del SIDUNEA, el arribo del contenedor referido amparado por el conocimiento de embarque PBC031498, y posteriormente a través de la comunicación mediante la cual solicitó la corrección sobre la descripción de las mercancías contenidas en aquél, por lo que no se trata de un supuesto de bultos sobrantes en los términos del artículo 91 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas. En otras palabras, se desprende de las documentales que se acompañaron al escrito recursivo que se trató de un error material advertido por el transportista en la descripción de las mercancías contenidas en el conocimiento de embarque, posteriormente corregido por la Aduana a solicitud del recurrente, permitiendo que en la nacionalización de las mercancías no se presentara disparidad en la declaración aduanera y el manifiesto de carga registrado bajo el número 576.

(...)

Si bien es cierto que la normativa aduanera vigente no señala de manera expresa cual es la sanción aplicable en aquellos casos en que la corrección del manifiesto de carga y documentos de transporte se solicita luego de verificada la entrega de las mercancías a los almacenes o depósitos, no escapa a la atención de este juzgador que la recurrente solicitó la corrección de manera extemporánea, causando con ello un retardo en el ejercicio de la potestad aduanera y por ende al momento de llevar a cabo el reconocimiento de las mercancías amparadas bajo el conocimiento de embarque, que no permitió el normal desarrollo de la potestad aduanera retrasando las actuaciones del funcionario.

(...)

Una vez resuelta la incidencia anterior, el juez entra a analizar la graduación de la sanción, las eximentes y atenuantes pretendidas por la contribuyente.

El error de hecho excusable no es atribuible a este caso en particular, puesto que la contribuyente simplemente omitió la comunicación del suceso a la administración tributaria antes de la entrega de las mercancías al almacén autorizado. Tampoco pudo haber error de interpretación, pues fuese cual fuese la causa del error en la transmisión, esta debería haber sido notificada oportunamente a la autoridad correspondiente según establecen las normas supra transcritas, según ya hemos explicado ampliamente. Así se decide.

La recurrente adicionalmente pretende que el tribunal tome en cuenta las circunstancias atenuantes de los numerales 2 y 6 del artículo 96 del Código Orgánico Tributario, que se refieren a la conducta que el autor asuma en el esclarecimiento de los hechos y otras atenuantes que resulten de los procedimientos administrativos o judiciales. No encuentra el juez aplicable al caso bajo análisis estas

atenuantes, puesto que el hecho objetivo de solicitar extemporáneamente la corrección del conocimiento de embarque no se subsumen dentro de esos supuestos, por lo cual considera que dichas atenuantes son inexistentes de acuerdo con la interpretación del juez, por las mismas causas por las cuales tampoco consideró las eximentes de responsabilidad expalanadas supra. Así se decide.

Como la pena establecida en el numeral 6 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas está fijado entre dos límites, se debe proceder a establecer la sanción en su término medio, esto es, quinientas cincuenta unidades tributarias (550 UT) de conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Código Penal. Así se decide.

Una vez decidida la sanción a aplicar en la presente causa, considera inoficioso decidir sobre el resto de las pretensiones de la recurrente. Así se decide.

V

DECISIÓN

Por las razones expresadas, este Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central ...omissis... declara:

- 1) PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso contencioso tributario de nulidad interpuesto ...omissis... contra el acto administrativo contenido en la Resolución de Multa N° SNAT/INA/APPC/AAJ/RM-310-2008/013300 del 15 de diciembre de 2008...
- 2) ANULA de la Resolución de Multa, número SNAT/INA/APPC/AAJ/RM-310-2008/013300 del 15 de diciembre de 2008...
- 3) PROCEDENTE la sanción establecida en el numeral 6 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas aplicable a LOGÍSTICA MARÍTIMA

‘LOGIMAR’ C.A., por haber solicitado fuera del lapso reglamentario la corrección del manifiesto de carga, impidiendo o retrasando el control que le corresponde ejercer a la oficina aduanera.

- 4) ORDENA al SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA (SENIAT), emitir nueva planilla de liquidación...
- 5) EXIME de las costas procesales a las partes por no haber sido totalmente vencidas en la presente causa, de conformidad con lo establecido en el artículo 327 del Código Orgánico Tributario...”

La sentencia antes transcrita será apelada por la representación del fisco, siendo el fallo confirmado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia No. 01025 de fecha 13-10-2016, oportunidad en la que nuestro máximo tribunal analizó en detalles el tema, señalando:

“(…)

De los citados preceptos (Refiriéndose a los artículos 22 de la LOA 98 y 15 del RPLOASAA) se desprende que la carga y descarga de la mercancía objeto de importación, es un hecho que permite determinar dos momentos u oportunidades relevantes: el primero en el que el transportista entrega la mercancía a los responsables de los recintos, almacenes o depósitos aduaneros autorizados, públicos, privados o ante quien acredite debidamente ser el propietario o representante autorizado del consignatario con especificación precisa de los bultos faltantes y sobrantes, los cuales deberán ser notificados a la Aduana; y el segundo el funcionario aduanero verifica que la totalidad de bultos se corresponda con la información transmitida a través del Sistema Aduanero Automatizado (Vid. Sentencia N° 00875 del 22 de septiembre de 2010, caso: *Transportes Aliados y Cía. LTDA. SPA/TSJ*).

Ahora bien, esa notificación de los bultos sobrantes a la que hace referencia el mencionado artículo 22 deberá efectuarse dentro de los

cinco (5) días hábiles siguientes a la finalización de la recepción de los cargamentos o de la descarga de la mercancía objeto de operación aduanera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas de 1991. En efecto, el citado artículo 91 textualmente prevé:

“Artículo 91. Las mercancías descargadas de más o de menos deberán ser declaradas por el transportista dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la finalización de la recepción de los cargamentos.

El jefe de la oficina aduanera autorizará el reembarque de las mercancías declaradas de más, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de la declaración”.

Debiéndose entender además de lo establecido en la prenombrada norma cuando hace referencia a que la “*declaración*” de las mercancías de más o de menos debe hacerse dentro de los 5 días hábiles siguientes “*a la finalización de la recepción de los cargamentos*”, que dicha disposición está dirigida también a aquellas operaciones aduaneras vinculadas a un tipo de mercancía a la consignación de un mismo sujeto pero que su ingreso al territorio aduanero ocurre en distintos intervalos de tiempo, caso en el cual debe considerarse que esos 5 días comenzarán a transcurrir a partir de la última de las descargas respectivas, lo que tampoco imposibilita que ese deber de notificación a la Administración Aduanera de la existencia de esas mercancías de más o de menos se haga inclusive antes de esa última descarga.

De manera que las mencionadas normas imponen a los operadores de transporte o a sus representantes legales la obligación de informar al órgano fiscal sobre las mercancías faltantes o sobrantes, producto de la labor de verificar que los efectos registrados, descargados y entregados a los responsables de los recintos o almacenes coincidan con los manifiestos de carga y demás instrumentos que acrediten la certeza de la mercancía objeto de operación aduanera.

Es precisamente cuando existe la discordancia entre lo descargado y lo dispuesto en el manifiesto de carga y/o demás instrumentos

que acrediten la certeza de la mercancía objeto de operación aduanera, que surge lo que se conoce como “*mercancía sobrante en descarga*”, que es en definitiva la que está llamado a notificar a la Administración Aduanera, ese representante de los porteadores y/o transportistas.

En efecto, partiendo que por definición la “*mercancía sobrante en descarga*” es aquella que ha sido descargada del vehículo de transporte, sin aparecer relacionada en ninguno de sus manifiestos de carga oportunamente registrados en la Aduana, entiende esta Alzada que es a través de la verificación conjunta de los efectos descargados con el manifiesto de carga que puede determinarse la existencia o no de los bultos sobrantes, que se traduce en definitiva en la observancia de las mercancías objeto de importación con lo indicado en ese documento, pues es el que contiene la descripción de los efectos que son objeto de la operación aduanera, y así lo estableció esta Máxima Instancia en la sentencia que aquí se ratifica, distinguida con el N° 1265 del 28 de octubre de 2015, caso: *Logística Marítima (Logimar), C.A.*

Tan importante es la vinculación de la observancia física de la mercancía importada con la descripción establecida en el manifiesto de carga para la determinación de eventuales bultos sobrantes, que el Legislador patrio en el antes transcrito artículo 15 del Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas, relativo al Sistema Aduanero Automatizado de 2004, consagró la posibilidad que el funcionario aduanero, quien debe estar presente en el momento de la descarga de la mercancía, pueda “*modificar*” el documento registrado en el sistema y, a su vez, colocar a la orden del Jefe de la Oficina Aduanera correspondiente los bultos sobrantes que no estén amparados o descritos en dicho documento para su posterior “*reembarque o nacionalización*”.

De manera que es en el momento de la descarga de la mercancía y su verificación conjunta con el manifiesto de carga y/o conocimiento de embarque que puede determinarse la existencia o no de los bultos sobrantes y no necesariamente de la eventual discordancia que pudiera ocurrir entre el registro del manifiesto de carga y su contenido, o entre ese registro y la descarga de la mercancía, fundamentalmente porque la manera más efectiva de evidenciar un sobrante es a través de la percepción física de la mercancía importada con la verificación conjunta de lo descrito en el manifiesto de carga y/o demás instrumentos que acrediten la certeza de la

mercancía objeto de operación aduanera, siendo ese el sentido que se desprende de la norma contemplada en el numeral 3 del artículo 121 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas de 2008 –cuyo contenido es similar al literal c del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas de 1999– cuando señala que las infracciones cometidas por los Auxiliares de la Administración Aduanera serán sancionadas: “...3) *cuando descarguen bultos de más o de menos, respecto de los anotados en la respectiva documentación...*”, cuya disposición pone en evidencia, entre otras cosas, que lo pretendido es evitar la comisión de ilícitos como por ejemplo el contrabando. (Destacado de la Sala).

En efecto, el mencionado artículo copiado a la letra prevé:

“Artículo 121. Las infracciones cometidas por los auxiliares de la Administración Aduanera: transportistas, consolidadores, porteadores, depositarios, almacenistas, agente de aduanas, mensajeros internacionales, serán sancionadas de la siguiente manera:

- 1) *Cuando no entreguen oportunamente a la aduana alguno de los documentos exigidos en esta Ley o su Reglamento con multa de cinco unidades tributarias (5 u.t.) a cincuenta unidades tributarias (50 u.t.).*
- 2) *Cuando obstaculicen o no realicen, la carga o descarga en la debida oportunidad, por causas que le sean imputables, con multa de cinco unidades tributarias (5 u.t.) a cincuenta unidades tributarias (50 u.t.)*
- 3) *Cuando descarguen bultos de más o de menos, respecto de los anotados en la respectiva documentación, que no fueren declarados a la aduana dentro del término que señale el Reglamento, con multa equivalente a cinco unidades tributarias (5 u.t.) por cada kilogramo bruto en exceso o faltante. La misma sanción será aplicable al depositario o almacenista que no declare oportunamente a la aduana los bultos sobrantes o faltantes en la descarga.*

- 4) *Cuando no hubiere sido participada al consignatario la llegada de los cargamentos, en las condiciones señaladas por el Reglamento, con multa de cinco unidades tributarias (5 u.t.).*
- 5) *Si se trata de vehículos de cabotaje que por cualquier circunstancia justificada, hayan tocado en el extranjero, sin participación a la autoridad aduanera, con multa de cinco unidades tributarias por cada kilogramo de peso bruto de mercancías embarcadas en dicho lugar, excluidas las provisiones de a bordo y el lastre.*
- 6) *Cuando impidan o retrasen el ejercicio de la potestad aduanera, con multa equivalente entre cien unidades tributarias (100 U.T.) y mil unidades tributarias (1.000 U.T.).” (Destacado de la Sala).*

Tomando en cuenta lo anterior, esta Sala observa que la presente causa surgió como consecuencia “*de la sanción impuesta por no haberse notificado a la Administración Aduanera la existencia de cinco (5) bultos sobrantes, toda vez que la recurrente en instancia registró cuarenta (40) en lugar de cuarenta y cinco (45) como aparece en el manifiesto de carga y el conocimiento de embarque*”.

Nótese de la afirmación que antecede, que la determinación de la existencia de bultos sobrantes efectuada por el órgano fiscal se debió a la inconsistencia entre el registro de lo dispuesto en el conocimiento de embarque y el contenido de ese documento, pues mientras la información registrada hacía señalamiento a cuarenta (40) bultos, la descripción hecha en ese conocimiento de embarque era de cuarenta y cinco (45) bultos.

Lo arriba indicado deja en evidencia que el hecho que generó la imposición de la sanción por parte de la Administración Aduanera no se debió a la discordancia entre lo descargado y lo previsto en los documentos que respaldan la mercancía importada, vale decir, el conocimiento de embarque, que conforme fue sostenido precedentemente es cuando se está en presencia de esa inconsistencia y su falta de notificación a la autoridad aduanera, lo que en definitiva

constituye el supuesto que haría posible la sanción contemplada en el numeral 3 del artículo 121 de la Ley Orgánica de Aduanas de 2008, vigente *ratione temporis*. (Subrayado nuestro)

En efecto, según se destaca del conocimiento de embarque distinguido con el N° PBC031498 (folios 117 y 118 de las actas procesales) las mercancías importadas consistieron en: “40 barriles de acero con un peso de 8.729 kgs; y 5 barriles de plástico con un peso de 434 kgs, que representa un total de 45 barriles con un peso de 9.154 kgs”, las cuales fueron descargadas en su totalidad conforme se desprende del contenido del manifiesto de carga (folio 120 del expediente judicial).

Así, lo que antecede pone de manifiesto dos hechos importantes: en primer lugar, que tanto el conocimiento de embarque como el manifiesto de carga de las mercancías controvertidas coinciden con la cantidad de efectos importados, y en segundo término, que tal cantidad coincide a su vez con lo que fue objeto de descarga, lo cual demuestra que lo ocurrido en el presente caso obedece a un error en el que incurrió la sociedad mercantil Logística Marítima (Logimar), C.A., al momento de registrar la documentación contentiva de las mercancías ingresadas al territorio nacional en el sistema aduanero automatizado.

De manera que al no tratarse la discordancia que generó la sanción, entre lo descargado y lo dispuesto en el manifiesto de carga y/o el conocimiento de embarque, que, tal como se dijo precedentemente, es lo que permite determinar la existencia de bultos sobrantes y su obligación de notificación conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas de 2008, vigente *ratione temporis*, estima esta Sala que la causa sujeta a examen no se vincula a la infracción cometida por la falta de notificación de la existencia de “bultos sobrantes en descarga”. Así se declara.

(...)”

Es de especial relevancia lo observado por los tribunales en el sentido de que no basta la mera discrepancia documental sino que es, igualmente, importante la observancia física de la mercancía con respecto de la descripción de aquella contenida en el manifiesto, para lo cual se invoca el contenido del Art. 15 del RPLOASAA, que

“consagró la posibilidad que el funcionario aduanero, quien debe estar presente en el momento de la descarga de la mercancía, pueda “*modificar*” el documento registrado en el sistema y, a su vez, colocar a la orden del Jefe de la Oficina Aduanera correspondiente los bultos sobrantes que no estén amparados o descritos en dicho documento para su posterior “*reembarque o nacionalización*”, concluyendo el Tribunal Supremo de Justicia “que es en el momento de la descarga de la mercancía y su verificación conjunta con el manifiesto de carga y/o conocimiento de embarque que puede determinarse la existencia o no de los bultos sobrantes y no necesariamente de la eventual discordancia que pudiera ocurrir entre el registro del manifiesto de carga y su contenido, o entre ese registro y la descarga de la mercancía, fundamentalmente porque la manera más efectiva de evidenciar un sobrante es a través de la percepción física de la mercancía importada con la verificación conjunta de lo descrito en el manifiesto de carga y/o demás instrumentos que acrediten la certeza de la mercancía objeto de operación aduanera...” Lo anterior contrasta con la conducta de algunos funcionarios de las oficinas aduaneras que se limitan, en la práctica, a la mera revisión documental sin constatar la realidad física de la descarga.

El criterio sostenido por la sala en el caso de la motonave “CSAV Tianjin” ha sido reiterado en varias ocasiones por los tribunales de la república en casos similares, lo que permite concluir de forma incontrovertible que los sobrantes y faltantes de mercancía solo se configuran, cuando hay una discordancia entre lo descargado físicamente y lo manifestado documentalmente, y no cuando tales discordancias están solo presentes en los documentos de transporte, producto de errores materiales o de cálculo.

Las varias y uniformes decisiones judiciales, sin embargo, no han resuelto el problema de la imposición arbitraria de las multas que venimos analizando, producto es verdad de la discrecionalidad de los funcionarios aduaneros a la hora de analizar los hechos. Curiosa, por ejemplo, resulta una Revisión de Oficio del año 2009, emanada de una aduana principal en la que luego de impuesta multa por supuesto sobrante de mercancías, ello como consecuencia de una solicitud de corrección de conocimiento de embarque por parte del agente naviero, que buscaba corregir el PESO BRUTO expresado en

dicho documento el cual decía 80.685 Kgs. y debía decir 81.225 Kgs. En las consideraciones para decidir dicha oficina aduanera señala que la multa del Art. 121, literal c, de la LOA 98 había sido erróneamente aplicada, pues “la corrección se refería a los kilos y no a los bultos, como se describe en la mencionada norma” procediendo, en consecuencia, a revocar el acto sancionatorio.

Lamentablemente la problemática subsiste en la actualidad, pues recientemente tuvimos a la vista un Acta de Verificación de Incumplimiento - Sanción del Artículo No. 165, Numeral 8, de la LOA, en la que el funcionario actuante pretendía aplicar una sanción por faltante de kilos, que supuestamente excedían el margen de tolerancia de 3%, curiosamente se trababa de contenedores y no de mercancía a granel, amén de que el problema a todas luces involucraba una corrección documental por discrepancias en la descripción de la mercancía.

Reflexiones finales

La entrada en vigencia de la LOA 2014 no resuelve la problemática relativa a las multas por sobrantes y faltantes de mercancía, que deben ser afrontadas por los porteadores bien directamente o a través de sus aseguradores, principalmente de P&I. Es difícil generalizar en cuanto a la casuística, por lo que cada caso debe ser analizado sobre la base de los hechos, aun así, es posible formular algunas reflexiones para posterior análisis. Primeramente, la configuración del sobrante o faltante en descarga se produce únicamente en aquellos casos en donde exista discrepancias entre las mercancías descritas en el manifiesto de carga, y lo efectivamente descargado del buque. Distinto del sobrante o faltante en descarga, es la corrección del manifiesto de carga y conocimientos de embarque, con el objeto de modificar la descripción de la mercancía en términos de kilos o bultos. Por otra parte, es discutible que la multa prevista en el Art. 165, numerales 7 y 8, de la LOA vigente sea aplicable en los supuestos de faltantes y sobrantes de graneles que superen el margen de tolerancia legal, habida cuenta su redacción actual.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, sería recomendable una futura modificación de la norma aduanera a los fines de establecer

claramente los supuestos de hecho a sancionar distinguiendo, además, entre los contenedores, bultos y carga a granel. Más importante aún sería que la administración aduanera preparara instructivos internos dirigidos a sus funcionarios y usuarios, que dotara a los primeros de criterios precisos a seguir para la aplicación de estas sanciones, evitándose así la subjetividad y discrecionalidad que en ocasiones impera, y a los segundos conocer claramente los supuestos en que proceden.

Referencias

- ASUAJE SEQUERA, Carlos. (2002). *Derecho Aduanero*. Editorial Buchivacoa, C.A., Caracas, Venezuela, 2da. Edición.
- CAMARGO G., Juan Manuel. (2000). *Nuevo Derecho Aduanero. Parte General e Importaciones*. Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, Bogotá, Colombia.
- Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial N° 6152, de fecha 18 de noviembre de 2014).
- Convenio Aduanero sobre Contenedores 1972.
- Convenio Internacional sobre la Seguridad de los Contenedores (CSC) 1972.
- Convenio sobre el Régimen Aduanero de los Contenedores Explo-tados en Común en el Transporte Internacional 1994.
- Ley Orgánica de Aduanas 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.353, de fecha 17 de junio de 1999).
- Ley Orgánica de Aduanas 2014 (Gaceta Oficial 6.155, de fecha 19 de noviembre de 2014).
- OSORIO Ch., Marco A. (2008). *Las Mercancías*. Aforo Editorial, Caracas, Venezuela.
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, (Gaceta Oficial Ex-traordinaria N° 4.273, de fecha 20 de mayo de 1991).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros

Especiales. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.129, de fecha 30 de diciembre de 1996).

- Sentencia N° 1048 dictada Tribunal Superior Primero de lo Contencioso Tributario en Caracas, de fecha 29 de marzo de 2006. Asunto AF41-U-2001-000153-1663.
- Sentencia N° 138/2009 dictada Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario en Caracas, de fecha 27 de noviembre de 2009. Asunto AP41-U-2008-000788.
- Sentencia N° 01265 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de octubre de 2015. Exp. N° 2012-0154.
- Sentencia N° 01025 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de octubre de 2016. Exp. N° 2011-0248.
- Sentencia N° 01026 dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 13 de octubre de 2016. Exp. N° 2012-0202.
- SERRANO, Frino Guillermo; VECINO ARENAS, Carlos Enrique y VASCO MARTÍNEZ, Rubén. (2003). *El Sistema Aduanero en Colombia. Teoría y Práctica*. Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ, Bogotá, Colombia.

Multas por faltantes y sobrantes de mercancía aplicables al porteador, bajo la Legislación Aduanera Venezolana

(Breves comentarios sobre una sentencia)*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Justificación

El porteador tiene la obligación legal de informar al arribo del buque, a las administraciones portuaria y aduanera, acerca de las mercancías transportadas lo que, documentalmente, hace mediante la presentación del manifiesto de carga y los conocimientos de embarque. Sin embargo, la dinámica misma de las operaciones, fallas en los sistemas informáticos, errores de transcripción e incumplimiento de procedimientos, entre otras circunstancias, pueden ocasionar que la información suministrada no resulte correcta o ajustada a lo que efectivamente se transporta o descarga en puerto, obligando al porteador a través de su agente a hacer las notificaciones del caso a los entes gubernamentales involucrados. La legislación aduanera, específicamente, establece el procedimiento para la declaración de los faltantes y sobrantes de mercancía por parte del porteador, en incumplimiento de lo cual multas de importante cuantía podrían ser aplicadas.

* Publicado en “Libro Estudios de Derecho Marítimo: En Homenaje a la Memoria de Tulio Álvarez Ledo”. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Caracas: AVDM, 2022.

El presente trabajo aborda el tratamiento dado por la normativa aduanera actual (LOA 2020) al tema, llamando la atención sobre su confusa redacción, la necesidad de una futura reforma legislativa, también revisando la interpretación que una reciente decisión judicial nos ofrece como solución.

Un problema recurrente

El tema de las multas aduaneras por faltantes y sobrantes de mercancías aplicables al transportista marítimo, ya ha sido objeto de nuestro análisis en el pasado¹. El problema lejos está de ser solucionado y, como era de esperarse, ha comenzado a generar la imposición de multas por demás onerosas –al menos en una oficina aduanera de importancia en el país– producto de la subjetividad y la discrecionalidad. La confusa redacción del artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas², las sanciones impuestas por el artículo 165, numerales 7 y 8 y, en especial, la falta de actualización de la norma reglamentaria, son todos factores que contribuyen a interpretaciones absurdas, que poco contribuyen a facilitar el comercio internacional, ratificando lo que en su momento recomendáramos, esto es, que una eventual modificación de la norma aduanera estableciera claramente los supuestos de hecho a sancionar distinguiendo, además, entre los contenedores, bultos y carga a granel.

El arribo del buque al puerto de destino impone al transportista marítimo, la obligación de presentar a la administración portuaria y a la aduanera el manifiesto de mercancías y los correspondientes conocimientos de embarque (BL), que documentan las mercancías transportadas, cualquiera sea su naturaleza y embalaje (carga general suelta o en contenedores, a granel, etc.). La información suministrada por el porteador, indudablemente, deberá ser exacta e inequívoca a los fines de describir de forma veraz lo que se descarga en el puerto, sin que ello le cause perjuicios de ninguna especie al administrador portuario, mucho menos al fisco nacional. Sin embargo, la práctica diaria demuestra que a la par de las fallas operativas, errores se comenten en la documentación preparada y presentada por el porteador, generando ello la necesidad de solicitar correcciones en los manifiestos y conoci-

¹ Ver “Multas aduaneras aplicables al transportista marítimo, por faltantes y sobrantes de mercancía”, en *II Libro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo - Rama Venezolana*, Editorial Jurídica Venezolana, 2019, págs. 375 y sgtes.

² Gaceta Oficial No. 6.507 Ext., de fecha 29 enero 2020.

mientos de embarque, o hacer declaraciones de faltantes o sobrantes, de conformidad con los procedimientos aduaneros, en ausencia de lo cual procederá la aplicación de las sanciones como mecanismo disuasivo³. Sin embargo, una cosa es la sanción como mecanismo disuasivo, otra muy distinta una multa de carácter represivo en términos de su cuantía y naturaleza.

A pesar de que la normativa aduanera sufriera una nueva modificación a principios del año 2020, la problemática bajo análisis no fue abordada, repitiéndose el mismo articulado, de forma tal que la incertidumbre aún persiste. Mientras se producen las deseadas reformas legislativas, y en ausencia de criterios técnicos y razonables, corresponde a los tribunales contencioso-tributarios dar respuesta, en el mejor de los casos soluciones, al tema que nos ocupa, circunstancia que precisamente anima estos breves comentarios.

Una multa que procede a todo evento

El criterio e interpretación que viene siguiendo al menos una oficina aduanera respecto del alcance del artículo 22 de la LOA y cómo aplicar la sanción por faltantes y sobrantes, puede advertirse claramente del caso cuyos detalles brindamos a continuación. Así, bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Aduanas de 2020, el agente naviero de la línea porteadora registra en el sistema SIDUNEA el manifiesto de carga con indicación de 72 conocimientos de embarque, amparando 114 contenedores, 151.255 bultos y un total de peso bruto de 1.923.839,22 kilogramos, que arribarían al puerto. El buque efectivamente arribó, y al día siguiente el agente naviero consigna comunicación de Declaración de Bultos Faltantes, indicando 7 contenedores faltantes, equivalentes a 153.208 kilogramos. El faltante en el caso concreto se produjo por un error en el sistema de control de embarque utilizado por el transportista, que impidió la carga de los equipos en el puerto previo, circunstancia ésta que no pudo ser advertida de manera inmediata por la corta ruta o trayecto entre aquel puerto y el de destino.

A continuación, la oficina aduanera levanta un Acta de Verificación de Incumplimiento, en el que el funcionario actuante con fundamento en el artículo 22, hace referencia a la falta de “justificación” del faltante por parte del porteador, así como también al límite de tolerancia de 3% de la cantidad declarada. El razonamiento del funcionario que aplicó

³ José Alfredo Sabatino Pizzolante, *Ob. cit.*, pág. 376.

la sanción es que el transportista “está en la obligación de justificar la diferencia de más o menos de mercancías descargadas con relación a la incluida en los manifiestos de carga”. Igualmente, observó que “la diferencia de más o menos de mercancías descargadas con relación a la incluida en los manifiestos de carga, serán admitidas sin necesidad de justificación y no configuran infracciones aduaneras siempre que no superen un límite de tolerancia de tres por ciento (3%) de la mercancía declarada”. Acto seguido, luego de hecho el cálculo y encontrar que el faltante superaba el límite de tolerancia en cuestión, procedió a la aplicación de la exorbitante multa prevista en el artículo 165, numeral 8, de la LOA, lo anterior sin importar que el porteador había hecho la declaración del faltante al día siguiente de arribado el buque, con arreglo al artículo 91 del reglamento aduanero. En otras palabras, según la curiosa interpretación de la oficina aduanera, de superarse el límite de tolerancia de 3%, la multa procedería aún en el supuesto de que la declaración o justificación de ser el caso, del faltante o sobrante se haga oportunamente lo que resulta, a todo evento, un disparate. En línea con lo este razonamiento, solo en el caso de que la diferencia de más o de menos no supere dicho límite, la justificación no sería necesaria ni se configuraría una infracción.

Por una interpretación más apegada al espíritu de la norma

Como ya lo hemos manifestado en el pasado, la redacción de la norma sancionatoria a ser aplicada en el caso de la no declaración o declaración extemporánea por sobrantes y faltantes (Art. 165, numerales 7 y 8 de la LOA), a partir del 2014 no ha sido la más feliz, ya que resalta de la redacción la omisión a la declaración reglamentaria y temporánea del faltante/sobrante, de allí que una lectura interesada al considerar la sanción tal y como se ha previsto en el art. 165, numerales 7 y 8, podría argüir que la multa aplicaría por el solo hecho de verificarse tales supuestos, aún en el evento de producida la oportuna declaración a la administración aduanera. Lo anterior, desde luego, nos conduciría a un absurdo⁴.

Adicional a lo arriba planteado, nos encontramos con interpretaciones subjetivas, que agravan el problema, surgiendo así la necesidad de una interpretación que se apegue al espíritu de la norma. En este contexto, es importante señalar que la configuración del sobrante o

⁴ *Ibidem*, pág. 381.

faltante puede acarrear una sanción en la forma de multa, pero solo cuando la declaración a la oficina aduanera no se hace, o se hace de manera extemporánea.

La problemática actual se centra, por una parte, en la diferenciación que la ley aduanera hace entre la “declaración” y la “justificación”, figura esta última que a la fecha no dispone de un desarrollo reglamentario; y por la otra, sobre el lapso dentro del cual debe hacerse la declaración (¿O justificación?) del faltante o sobrante. El artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas vigente, al igual que sucedía con su versión 2014, guarda una marcada diferencia respecto de la redacción que ese mismo artículo tenía en la LOA 1999, al incorporar una obligación para el porteador marítimo o su representante legal de “justificar” a más tardar al día siguiente de la llegada o salida del buque, las mercancías descargadas en más o en menos con relación a la incluida en el manifiesto de carga. Esta “justificación”, de conformidad con el artículo 22 de la LOA, debe hacerse “en las condiciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley [LOA 2020] y su Reglamento”, instrumento último –el Reglamento– que es importante señalar no ha sido ni aprobado con base en la nueva y actual LOA, y mucho menos modificado a la presente fecha, por cuanto sigue vigente y aplicándose el Reglamento General de la LOA, dictado en 1991. Luego se desconoce el alcance y la forma como debe procederse con esa “justificación”, con base en la aplicación del artículo 22 de la vigente LOA.

En efecto, a la luz del artículo 91 del Reglamento General de la LOA (1991) las mercancías descargadas de más o menos “deberán ser declaradas por el transportista dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la finalización de la recepción de los cargamentos”, sin hacer referencia a ninguna obligación de justificación. La omisión de esa declaración o su ejecución extemporánea, acarrearía la aplicación de la norma sancionadora.

Lo anterior plantea, desde luego, una confusión para el administrado ya que una lectura exegética de la ley el reglamento aduanero vigentes, parecieran sugerir que existe, por una parte, la obligación para el porteador marítimo a través de su representante legal de “Declarar” los bultos faltantes o sobrantes; y, por la otra, una obligación de “Justificar” la diferencia en menos o en más de mercancía que supere los márgenes de tolerancia (3%) previsto en ese artículo, no

resultando para nada claro si este límite de tolerancia aplica exclusivamente a la mercancía granel o, de igual forma a la contenedorizada, lo que según la práctica comercial no pareciera ser el caso.

En ausencia de la norma que reglamente el artículo 22 vigente, y teniendo presente el espíritu que acompaña a la sanción por faltantes y sobrantes no declarados o declarados extemporáneamente (tal y como resulta de las prácticas aduaneras/navieras internacionales y lo previsto en nuestra legislación aduanera hasta la LOA 1999), la interpretación coherente es que las diferencias de menos o de más que superen 3% de la cantidad declarada deben “justificarse” a más tardar al día siguiente de la llegada del buque. En ausencia de norma reglamentaria expresa, de nuevo, esa justificación se hace mediante la declaración del faltante o sobrante, la que de no ser presentada o habiéndolo hecho extemporáneamente, acarrearía la aplicación de la multa. En el caso de que la cantidad declarada no supere ese límite de 3% no se requerirá, entonces, hacer dicha justificación por vía de declaración del faltante/sobrante no acarreando, en consecuencia, ninguna multa.

Insistimos, se trata de la interpretación coherente, y más apegada al espíritu de la norma, porque históricamente el límite de tolerancia se ha aplicado a las mercancías a granel, y no a los contenedores, para todos los efectos prácticos, bultos. En efecto, es práctica general que la legislación portuaria y la aduanera permitan un margen de tolerancia respecto del peso manifestado y que de producirse dentro del límite no implique la configuración de un faltante o sobrante. Este margen de tolerancia, lógicamente, se refiere a cargas a granel que por fenómenos atmosféricos, físicos o químicos pueden experimentar tales variaciones. Lamentablemente, la redacción del artículo 22 de la LOA crea gran confusión al respecto.

Pensar que el solo hecho de que la cantidad declarada supere 3% acarrea la aplicación de la multa *ipso facto*, sería violatoria del debido proceso y el derecho a la defensa, garantías constitucionales consagradas en los artículos 25 y 49, numeral 1, de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tanto más cuando se advierte en tiempo hábil a la administración aduanera del faltante o sobrante de la mercancía con respecto de lo declarado. Producida la declaración del faltante o sobrante dentro del lapso reglamentario, se configura la inimputabilidad o lo que sería lo mismo la inapli-

cación de la sanción prevista en el artículo 22 de la LOA, ya que la falta de una norma reglamentaria que establezca las condiciones de justificación de la diferencia en más o menos de mercancías, no da lugar a una imputación por falta de justificación, pues con solo haber notificado a la administración de tal faltante en los términos y dentro del lapso establecido para ello en el referido artículo 22 de la LOA, es suficiente para aclarar y dejar expresa constancia del diferencial, lo que de ninguna forma puede generar perjuicios patrimoniales al fisco nacional y/o perjuicios materiales aduaneros, habida cuenta que el reglamento vigente, en modo alguno señala condiciones especiales de justificación del faltante/sobrante de mercancías.

El criterio judicial como solución

Sin embargo, la interpretación coherente por la que abogamos anteriormente no parece estar en el ánimo de la oficina aduanera que viene imponiendo estas multas por faltantes o sobrantes, mucho menos en los abogados de la representación fiscal, quienes afirman que “... el incumplimiento de la obligación de declarar las mercancías introducidas al territorio Nacional aduanero, sin justificación previa a la administración aduanera, acarrea inexorablemente la sanción de multa establecida en la norma señalada; no aplicar dicha sanción, atentaría contra el principio de legalidad que rige en todo el ordenamiento jurídico vigente...” (Subrayado nuestro)

El criterio que se viene aplicando y las multas resultantes, obviamente, han dado lugar al ejercicio de recursos contencioso-tributarios, en el marco de los cuales se produce la sentencia⁵ bajo análisis que, al menos de momento, brinda cierta guía y una interpretación lógica de la norma. En el correspondiente recurso la recurrente alegó que la multa impugnada, estaba afectada del vicio de falso supuesto de derecho y falso supuesto de hecho, además de que vulneraba los derechos constitucionales que atienden a: Violación del Derecho al Debido Proceso y Derecho a la Defensa, Violación del Derecho a Dedicarse a la Actividad Económica de su Preferencia, Violación del Derecho a la Capacidad Económica de los Contribuyentes, Violación al Derecho de No Confiscatoriedad de los Tributos y Violación al de Confianza

⁵ Sentencia N° 1550 dictada Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central con Competencia en los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes, de fecha 15 de junio de 2022. Expediente No. 3697.

Legítima. Así, en sentencia del 15-06-22 el tribunal se pronuncia sobre las denuncias formuladas, en los siguientes términos:

“-VI-

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Pasa este juzgador a delimitar el *thema decidendum*, siendo entonces el controvertido objeto de decisión, determinar si existen o no los vicios alegados en autos, a saber:

- i) *Determinar si en el Acto Administrativo contenido en la Resolución de Multa Nro. SNAT/GAP/LGU/AAJ/2020-001592, de fecha 05 de octubre de 2020 emanado del Gerente de la Aduana Principal de... Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que dio lugar a la sanción del artículo 165, numeral 8 de la LOA, la Administración Tributaria incurrió o no en el vicio de falso supuesto de derecho o no.*
- ii) *Determinar si el Acto Administrativo, contenido en la Resolución de Multa Nro. SNAT/GAP/LGU/AAJ/2020-001592, de fecha 05 de octubre de 2020, emanado del Gerente de la Aduana Principal de... Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) se encuentra viciado de nulidad o no, por cuanto la recurrente denunció falso supuesto de hecho.*
- iii) *Si la Administración Tributaria vulneró o no los Derechos Constitucionales señalados en el escrito recursivo de la recurrente, los cuales atienden a: Violación del Derecho al Debido Proceso y Derecho a la Defensa, Violación del Derecho a Dedicarse a la Actividad Económica de su Preferencia, Violación del Derecho a la Capacidad Económica de los Contribuyentes, Violación al Derecho de No Confiscatoriedad de los Tributos y Violación al de Confianza Legítima.*

Delimitada la *litis* según lo expuesto, luego de analizar los argumentos de las partes, leídos los fundamentos de derecho de la resolu-

ción impugnada; apreciados y valorados los medios probatorios que cursan en autos, con todo el valor que de los mismos se desprende, este Tribunal pasa a dictar sentencia en los términos siguientes:

- i) *Determinar si en el Acto Administrativo contenido en la Resolución de Multa Nro. SNAT/GAP/LGU/AAJ/2020-001592, de fecha 05 de octubre de 2020 emanado del Gerente de la Aduana Principal de... Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), que dio lugar a la sanción del artículo 165, numeral 8 de la LOA, la Administración Tributaria incurrió o no en el vicio de falso supuesto de derecho o no.*

Dada la naturaleza de la controversia planteada por las partes que conforman este proceso, se hace necesario señalar las obligaciones inherentes a los Agentes Navieros, específicamente sobre los referidos bultos faltantes y sobrantes de las mercancías en descarga a la Administración Aduanera, las cuales se encuentran contempladas en el Capítulo X, Sección II, artículo 103, numeral 1, del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de Aduanas, publicada en la Gaceta Oficial, Extraordinario, N° 6.507, de 2020, a saber:

“Artículo 103. Son obligaciones del transportista, porteador y su representante legal:

Al arribo o llegada:

...Omissis...

d) Emitir conjuntamente con el representante del recinto, almacén o depósito autorizado constancia de entrega y recepción de las mercancías consignadas en el manifiesto de carga y en los documentos de transporte, con indicación expresa de los bultos faltantes y sobrantes, así como los desembarcados en mala condición exterior, con huellas de haber sido abiertos, así como los contenedores con precintos violentados, al día siguiente de recibida la mercancía, notificando a la oficina aduanera el mismo día;...” (Resaltado y negrillas del Tribunal)

Debiéndose entender de este modo, que los transportistas Auxiliares de la Administración Aduanera tienen la obligación de notificar las mercancías que resulten faltantes o sobrantes, una vez que las mismas arriben al puerto de descarga, de esta obligación se desprende el primer punto del debate en autos, por cuanto la representación judicial de la recurrente, señaló lo siguiente:

“el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas (LOA) vigente, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.507 Extraordinario, de fecha 29-01-2020, guarda una marcada diferencia respecto de la redacción que ese mismo artículo tenía en la LOA 1999, al incorporar una obligación para el porteador marítimo o su representante legal de “justificar” a más tardar al día siguiente de la llegada o salida del buque, las mercancías descargadas en más o en menos con relación a la incluida en el manifiesto de carga. Esta “justificación”, de conformidad con el artículo 22 de la LOA, debe hacerse “en las condiciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento”, instrumento último –el REGLAMENTO– que es importante señalar no ha sido ni aprobado con base en la nueva y actual LOA, y mucho menos modificado a la presente fecha, por cuanto sigue vigente y aplicándose el Reglamento General de la LOA, dictado en 1991. Luego se desconoce el alcance y la forma como debe procederse con esa “Justificación”, con base en la aplicación del artículo 22 de la vigente LOA.

En efecto, a la luz del artículo 91 del Reglamento General de la LOA (de fecha 1991) las mercancías descargadas de más o menos “deberán ser declaradas por el transportista dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes a la finalización de la recepción de los cargamentos”, sin hacer referencia a ninguna obligación de justificación. La omisión de esa declaración o su formación extemporánea, acarrearía la aplicación de la norma sancionadora.

Lo anterior plantea, desde luego, una confusión para el administrado ya que una lectura

exegética de la ley el reglamento aduanero vigentes [sic], parecieran sugerir que existe, por una parte, la obligación para el porteador marítimo a través de su representante legal de “Declarar” los bultos faltantes o sobrantes; y, por la otra, una obligación de “Justificar” la diferencia en menos o en más de mercancía que supere los márgenes de tolerancia (3%) previsto en ese artículo, no resultando para nada claro si este límite de tolerancia aplica exclusivamente a la mercancía granel o, de igual forma a la contenedorizada, lo que según la práctica comercial no pareciera ser el caso.

Sobre el particular denunciado, la Administración Tributaria, señaló lo siguiente:

“...Advierte entonces esta representación de la República, que la Administración Aduanera, se acogió al procedimiento administrativo establecido en la normativa aduanera, en virtud que la recurrente..., notificó a la Aduana Principal de la Guaira los bultos faltantes, sin embargo, no hubo la respectiva justificación señalada en la Ley Orgánica de Aduanas.

Así pues, el incumplimiento de la obligación de declarar las mercancías introducidas al territorio Nacional aduanero, sin justificación previa a la administración aduanera, acarrea inexorablemente la sanción de multa establecida en la norma señalada; no aplicar dicha sanción, atentaría contra el principio de legalidad que rige en todo el ordenamiento jurídico vigente...” (Negritas y subrayado de este Tribunal)

Para quien juzga se hace necesario traer a colación las consideraciones realizadas por la Recurrida, al momento de aplicar la sanción en la Resolución de Multa N° SNAT/GAP/LGU/AAJ/2020-001592, de fecha 05 de octubre de 2020, en la cual señaló lo siguiente:

“Ahora bien, según se desprende del contenido del Acta de Verificación descrito, el Auxiliar de la Administración

*Aduanera ..., superó el margen de tolerancia del 3% establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas en cuanto a mercancías faltantes en descargas, **notificada a la Administración Aduanera en fecha 17/08/2020, incurriendo así en la sanción establecida en el artículo 165 numeral 8 de la Ley Orgánica de Aduanas.***

Es menester indicar, que son obligaciones del transportista, porteador y su representante legal, informar y justificar ante la oficina aduanera respectiva, el mismo día de la llegada o más tardar al día siguiente la diferencia, en más o menos de mercancías descargadas con relación a la incluida en el manifiesto de carga; tal como lo establece el artículo 103, numeral 1, literal d); de la Ley Orgánica de Aduanas.

...Omissis...

De lo expuesto y en cumplimiento de la normativa legal vigente, se determinó en la notificación realizada por el Auxiliar de la Administración Aduanera..., que la transmisión de datos e información con errores en cuanto a la cantidad de kilogramos faltantes en descarga y en comparación con lo registrado en el manifiesto de carga se configura en el supuesto sancionable establecido en la Ley Orgánica de Aduanas, en el artículo 165 numeral 8..." (Negrillas y subrayado del Tribunal)

...(...)...

***De la Declaración de Bultos Sobrantes y Faltantes se desprende una totalidad de siete (07) Contenedores FALTANTES EN DESCARGA;** lo que da un total en KILOS FALTANTES de ciento cincuenta y tres mil doscientos ocho (153.208,00) kilogramos..."*

En este punto es menester señalar las disposiciones de la Ley Orgánica de Aduanas, en su artículo 22, con relación a los procedimientos de notificación y justificación de los bultos faltantes o sobrantes, los cuales prevén lo siguiente:

***"Artículo 22:** Las mercancías deberán ser entregadas por los porteadores, transportistas o sus representantes legales*

a los responsables de los recintos, almacenes o depósitos aduaneros autorizados, públicos, privados o ante quien acredite debidamente ser el propietario o representante autorizado del consignatario, a más tardar al siguiente día hábil de su descarga, con especificación precisa de los bultos faltantes y sobrantes, los cuales deberán ser notificados a la aduana.

La diferencia en más o menos de mercancías descargadas con relación a la incluida en los manifiestos de carga, deberá ser justificada por el transportista, porteador o su representante legal, a más tardar al día siguiente de la llegada o salida del vehículo, y en las condiciones establecidas en este Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.

La diferencia en menos no justificada, que supere los márgenes de tolerancia previstos en este artículo, hará presumir que la mercancía ha sido introducida definitivamente en el territorio nacional, siendo responsables por el pago de los tributos aduaneros el porteador, transportista o su representante legal.

En caso de diferencia en más no justificada, la mercancía recibirá el tratamiento establecido en este Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley y su Reglamento.

Esta justificación del porteador, transportista o su representante legal no lo exime de las sanciones que pudieran corresponder conforme a lo establecido en este Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley.

Las diferencias en más o menos de las mercancías descargadas con relación a lo especificado en el manifiesto de carga, serán admitidas sin necesidad de justificación y no configurarán infracciones aduaneras, siempre que no superen un límite de tolerancia de tres por ciento (3%) de la cantidad declarada.

En aquellos terminales acuáticos, aéreos o terrestres, en los cuales existiese más de un recinto, almacén o depósito aduanero, el documento de transporte podrá indicar el almacén autorizado al cual deberán entregarse las mercancías, salvo que la autoridad competente disponga lo contrario”.

Ahora bien, no escapa de la vista de este Juzgador que, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas, describe textualmente una obligación de “Notificar” y “Justificar” los bultos de más o de menos, a más tardar al día siguiente de su descarga, en el caso de autos la Administración Tributaria, hizo mención sobre el hecho de que el Auxiliar de la Administración Aduanera, efectivamente cumplió con la notificación señalada en la norma, sin embargo, hizo referencia a un supuesto incumplimiento sobre la “justificación” descrita en el primer aparte del artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas.

Resulta prudente resaltar que, de la revisión exhaustiva de las probanzas que reposan en autos, se observó que la recurrente promovió las declaraciones de bultos faltantes y sobrantes en las cuales se **constata** el hecho de haber comunicado y cumplido con la obligación de la notificación, las cuales corren insertas en los folios 22 al 33, y marcadas con las letras B1, B2, B3 y B4, indicando siete (07) contenedores faltantes en descarga, equivalentes a 153.208 kilogramos.

No obstante a lo anterior, tomando en cuenta las facultades inquisitivas del Juez Superior Contencioso Tributario, es imperativo traer a colación el criterio que ha sido sostenido por este Juzgado, a través de sentencia definitiva N° 1546, caso: *Agencia Marítima Mundo Mar, C.A. vs. Aduana Principal de la Guaira del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributario (SENIAT)*, sobre la ausencia en cuanto a los parámetros que debe tomar en cuenta el auxiliar de la administración aduanera para proceder a “justificar” los faltantes, puesto que, del Reglamento vigente en las disposiciones referidas a los Bultos Faltantes o Sobrantes, en el Título IV, Capítulo I, Sección V, no se contempla regulación alguna relacionada con dicho deber, establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas, de cómo llevar a cabo dicha justificación, solo hace mención de unas condiciones que no han sido contempladas, en ninguno de los instrumentos legales, lo que resulta contradictorio e improcedente, sancionar un hecho no regulado de acuerdo al Principio de Legalidad, todo ello

en virtud de la falta de reforma del mencionado cuerpo normativo a los fines de ser adecuado al de la Ley Orgánica de Aduanas del año 2020. **Así se declara.**

... (...) ...

Ahora bien, tomando en consideración la falta de condiciones dispuestas en el Reglamento para dar cumplimiento íntegro a la obligación de Justificar los Bultos Faltantes y Sobrantes, hasta tanto no se produzca una Reforma del mencionado cuerpo normativo, la misma resulta impracticable para el contribuyente por no existir todos los presupuestos jurídicos que el legislador ha exigido para su cumplimiento, siendo entonces que el transportista Auxiliar de la Administración Aduanera, respecto a los Bultos Faltantes o Sobrantes, solo deberá efectuar la Notificación o declaración de los Bultos Faltantes y Sobrantes dentro del lapso contemplado en el artículo 91 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, como lo ha señalado la Máxima Sala, en mediante Sentencia N° 01025 de fecha 18 de octubre de 2016, caso Logística Marítima (LOGIMAR), C.A. **Así se decide.**

- ii) *Determinar si el Acto Administrativo, contenido en la Resolución de Multa Nro. SNAT/GAP/LGU/AAJ/2020-001592, de fecha 05 de octubre de 2020, emanado del Gerente de la Aduana Principal de... Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) se encuentra viciado de nulidad o no, por cuanto la recurrente denunció falso supuesto de hecho.*

Sobre el denunciado vicio del falso supuesto de hecho, la recurrente señaló lo siguiente en el libelo:

“Así tenemos que, la sanción impuesta se basa en que la diferencia de los kilogramos declarados en el Registro No. 394 de fecha 13/08/2020 que totalizó según tal declaración 1.923.839,22 kilogramos, como peso de la mercancía importada, excedió del 3% de la cantidad declarada, siendo que diferencia del peso alcanzó la cantidad de 153.208 kilogramos, por debajo de lo declarado, lo que equivale al 7,96%, que según lo señalado en la resolución de multa

“...claramente superando el margen de tolerancia establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Aduanas...”, por lo que esa Administración Tributaria considera que con solo haber excedido del margen de tolerancia del 3% como faltante del peso declarado, a pesar de que se trataba mercancía contenedorizada, distinta a productos a granel, que es a la que se le debe aplicar dicha diferencia por merma de traslado y ambiental, es causa suficiente para aplicar la debida notificación de justificación de faltante en tiempo oportuno como lo establece el referido artículo 22 de la LOA, aplicable en este caso, sin que sea necesario legalmente cumplir con algún otro requisito distinto a dicha justificación oportuna, habida cuenta de que el reglamento de la ley (léase LOA) no ha sido actualizado y el vigente no establece en absoluto nada distinto y/o novedoso que pudiera imputarse a mi representada como no cumplido; siendo así, es por lo que la actuación de la Administración Tributaria al imponer la multa impugnada, se basó en un falso supuesto de hecho y derecho, lo cual vicia dicho acto administrativo de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en el artículo en el numeral 4 del artículo 270 del Código Orgánico Tributario...

...Omissis...

Ahora bien en el presente caso, se han configurado ambos “falsos supuestos”, pues la Administración Tributaria fundamenta la imposición de la multa, en hechos totalmente falsos tal y como fuera evidenciado anteriormente, pues mi representada no incurrió en conductas que pudieran catalogarse como ilícitos tributarios, dado que realizó en tiempo oportuno la debida notificación de justificación del faltante de mercancía, tal y como lo establece el segundo aparte del artículo 22 de la LOA, lo que para más INRI lo señala la resolución impugnada, se cita: “...

En fecha 17/08/2020..., consigna comunicaciones de Declaración de bultos faltantes, ante la Decisión de Trámites de esta dependencia..."

... (...) ...

Nótese de lo que antecede que la sanción impuesta por la Administración Aduanera, radicó en que el margen de tolerancia en kilogramos declarados por la sociedad mercantil..., había excedido en 7.96% del límite establecido en el artículo 22 de Ley Orgánica de Aduanas, la cual señala un límite de tolerancia de 3% en las mercancías descargadas, sin embargo es menester nuestro desglosar las consideraciones tomadas por la funcionaria actuante al momento de aplicar la sanción conjuntamente al espíritu de la sanción misma, en virtud del Principio Inquisitivo de los órganos jurisdiccionales contencioso-tributario le devenga la facultad de revisar toda actuación administrativa, dicha facultad que compete cumplir aun de oficio tanto en los procedimientos seguidos para la emisión de los actos administrativos, como el cumplimiento de los requisitos para la validez y eficacia de aquellos. Igualmente, a los Jueces Tributarios le es conferida, la posibilidad de examinar la legalidad de las actas que conforma el expediente administrativo vistas las amplias facultades de control de la legalidad, con las cuales pueden estos confirmar actos administrativos, modificarlos o revocarlos, sin que ello constituya violación del principio dispositivo que rige en el procedimiento civil ordinario, regulado en nuestro ordenamiento positivo por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

La labor del Juez Contencioso Tributario está orientada fundamentalmente por el principio inquisitivo, el cual le faculta, entre otras circunstancias, a corregir irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes, con base en el principio del control de la legalidad y del orden público, en atención a los principios establecidos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, el segundo acápite del artículo 22 de la LOA, hace alusión a las mercancías de menos que NO hayan sido declaradas que supere los límites de tolerancia, o que hayan sido declaradas fuera del tiempo correspondientes, esos faltantes no notificados, generarían *ipso facto* una sanción, por no haber sido enterados al Fisco, aunado a ello, el cuarto acápite señala textualmente: *Las diferencias en más o*

menos de las mercancías descargadas con relación a lo especificado en el manifiesto de carga, ***serán admitidas sin necesidad de justificación y no configurarán infracciones aduaneras, siempre que no superen un límite de tolerancia del tres por ciento (3%) de la cantidad declarada;*** en razón de ello se deduce:

1. Los BULTOS de menos, deben ser declarados, y esa obligación debe cumplirse dentro del lapso oportuno, lo cual debe hacerse de conformidad al artículo 91 del reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, como ya se ha hecho mención a lo largo de la decisión;

2. Sobre los BULTOS que NO superen el límite de tolerancia de 3%, NO existe la obligación de notificar, por cuanto el mismo artículo señala que hasta esa cantidad no se genera una infracción;

Por lo que se debe entender que se trata de dos circunstancias concurrentes para la imposición de la sanción, la primera que los bultos faltantes no hayan sido notificados y la segunda que excedan la tolerancia, son aquellos sobre los cuales se aplicaría la sanción del artículo 165 numeral 8 de la LOA, pero si las mercancías de menos han sido notificadas, y dicha notificación se configura dentro del lapso correspondiente, declarándose ese excedente de 3% lo cual es, lo que ha sido llamado a “justificar”, pero en ausencia del procedimiento en la normativa, la obligación se ve satisfecha cuando el auxiliar cumple con los parámetros de la notificación, no aplica sobre estas mercancías, sanción alguna; además es propicio señalar que, sobre el caso de autos no estamos en presencia de bultos faltantes, sino de contenedores, y la ley nada menciona al respecto. Así se declara.

Es decir, si los faltantes no superan el límite de tolerancia, no se deben declarar, pero si exceden de 3% deben declararse, y si se declaran no hay sanción aplicable, ya que el mismo artículo es claro cuando indica: “La diferencia en menos no justificada, que supere los márgenes de tolerancia previstos en este artículo”, y en el caso de autos el recurrente en fecha 16 de agosto de 2020, registró comunicaciones, las cuales obedecen al Registro N° 394, y este medio probatorio corre inserto en autos marcado como anexos: “B1, B2, B3 y B4”, donde notificó lo relativo a siete (07) contenedores que resultaron faltantes en la descarga, razón por la cual, considera quien decide que la Administración Aduanera y Tributaria incurrió en el vicio de falso supuesto de hecho. Así se decide.

iii) *Si la Administración Tributaria vulneró o no los Derechos Constitucionales señalados en el escrito recursivo de la recurrente, los cuales atienden a: Violación del Derecho al Debido Proceso y Derecho a la Defensa, Violación del Derecho a Dedicarse a la Actividad Económica de su Preferencia, Violación del Derecho a la Capacidad Económica de los Contribuyentes, Violación al Derecho de No Confiscatoriedad de los Tributos y Violación al de Confianza Legítima.*

Con base en las consideraciones anteriores, este Órgano Jurisdiccional estima que al haberse constatado en el presente proceso judicial que los actos administrativos recurridos se encuentran afectados del vicio de falso supuesto de hecho y de derecho, y declarar procedente la nulidad de dicho acto sancionatorio, resulta inoficioso pronunciarse sobre cualquiera otra denuncia, sin embargo, resulta en consecuencia que haber incurrido en falso supuesto de hecho y de derecho la Administración Aduanera en este caso, implica de conformidad con el criterio de que el principio de la **confianza legítima** se refiere a la expectativa plausible que tienen los particulares de que la Administración Pública siga decidiendo tal como lo ha venido haciendo en una materia en base a sus actuaciones reiteradas y conforme a derecho, razón por la cual este jurisdicente considera que se ha violado el principio de la confianza legítima y el principio de legalidad, al debido proceso y derecho a la defensa de la recurrente. **Así se declara”.**

Exhorto final

Mientras se producen los cambios legislativos y reglamentarios tan necesarios para resolver la problemática en comento, los porteadores

marítimos han de confiar en el desarrollo jurisprudencial y, en el mejor de los casos, el criterio técnico de la administración aduanera que bien puede elaborar instructivos internos dirigidos a sus funcionarios y usuarios, dirigidos a establecer criterios precisos a seguir para la aplicación de estas sanciones y los supuestos en que proceden.

La sentencia del 15-06-22⁶, sin perder de vista que se trata de una decisión firme pero sujeta a apelación, establece una guía y/o interpretación que esperamos pueda servir a la administración aduanera en el manejo de futuros casos, destacando lo siguientes principios:

1.- *A falta de condiciones dispuestas en la norma reglamentaria para dar cumplimiento íntegro a la obligación de justificar los bultos faltantes y sobrantes:* Hasta tanto no se produzca una reforma del mencionado cuerpo normativo, la misma resulta impracticable para el contribuyente por no existir todos los presupuestos jurídicos que el legislador ha exigido para su cumplimiento, “siendo entonces que el transportista Auxiliar de la Administración Aduanera, respecto a los Bultos Faltantes o Sobrantes, solo deberá efectuar la Notificación o declaración de los Bultos Faltantes y Sobrantes dentro del lapso contemplado en el artículo 91 del Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas...”

2.- *En cuanto al alcance del artículo 22 de la LOA y la obligación de justificación allí señalada:* Los bultos de menos, deben ser declarados,

⁶ La precitada sentencia número 1.550 del 15 de junio de 2022, fue decidida por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 000891, de fecha 11 de octubre de 2023, respecto de la cual notamos diferencias sustanciales en el criterio de interpretación que inicialmente había adoptado el tribunal a quo. En efecto, mediante dicho fallo la Sala declaró con lugar la apelación ejercida por la representación judicial del Fisco Nacional contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia, por lo que la multa impuesta resultó procedente y exigible, fijando un nefasto antecedente para el negocio marítimo. La Sala fundamentó su decisión en el análisis de los artículos 22 de la Ley Orgánica de Aduanas y 91 de su Reglamento, normas que contemplan dos obligaciones distintas a cargo del porteador. La primera es la declaración o notificación de los bultos faltantes y sobrantes descargados, la cual debe realizarse, por el porteador o su representante nacional, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la culminación de la recepción de la mercancía por el almacén autorizado. La segunda, incorporada con la reforma de la Ley de Aduanas de 2014, consiste en la obligación de “justificar” dichos bultos faltantes y sobrantes, la cual no resulta exigible cuando la diferencia en la descarga no excede el 3% del monto declarado por el porteador. Sobre esta segunda obligación, la Sala no se pronunció acerca del plazo dentro del cual debía cumplirse, ni acogió los argumentos expuestos por el recurrente sobre la imposibilidad material de cumplirla cuando no se dan las condiciones previstas en la norma para ello. No obstante lo anterior, el Tribunal determinó que, con independencia del cumplimiento del deber de declaración o de justificación, ninguna de estas dos actuaciones impide que la Aduana imponga la multa al porteador. En consecuencia, la Sala concluyó que, pese a que el recurrente presentó la declaración ante la Aduana, no existe evidencia de que se haya consignado la justificación correspondiente y que, aun de haberse presentado, la multa habría procedido igualmente.

y esa obligación debe cumplirse dentro del lapso oportuno, lo cual debe hacerse de conformidad al artículo 91 del reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas; mientras que respecto de los bultos que no superen el límite de tolerancia de 3%, no existe la obligación de notificar, por cuanto el mismo artículo señala que hasta esa cantidad no se genera una infracción.

Referencias:

- ASUAJE SEQUERA, Carlos. (2002). Derecho Aduanero, Editorial Buchivacoa, C.A., Caracas, Venezuela, 2da. Edición.
- Código Orgánico Tributario (Gaceta Oficial N° 6152, de fecha 18 de noviembre de 2014).
- Ley Orgánica de Aduanas 1999 (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.353, de fecha 17 de junio de 1999).
- Ley Orgánica de Aduanas 2014 (Gaceta Oficial 6.155, de fecha 19 de noviembre de 2014).
- Ley Orgánica de Aduanas 2020 (Gaceta Oficial No. 6.507 Ext., de fecha 29 enero 2020).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas, (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.273, de fecha 20 de mayo de 1991).
- Reglamento de la Ley Orgánica de Aduanas sobre los Regímenes de Liberación, Suspensión y otros Regímenes Aduaneros Especiales. (Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.129, de fecha 30 de diciembre de 1996).
- Sentencia N° 1546 dictada Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central con Competencia en los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes, de fecha 19 de mayo de 2022. Expediente No. 3558.
- Sentencia N° 1547 dictada Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central con Competencia en los Estados Aragua, Carabobo y Cojedes, de fecha 19 de mayo de 2022. Expediente No. 3559.
- Sentencia N° 1550 dictada Tribunal Superior de lo Contencioso Tributario de la Región Central con Competencia en los Estados

Aragua, Carabobo y Cojedes, de fecha 15 de junio de 2022.
Expediente No. 3697.

- VV.AA. (2019). *II Libro del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo - Rama Venezolana*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

Los contratiempos del contenedor en Venezuela*

Benjamín Moisés Cordero Cote

El elemento protagónico de la reciente reforma a la Ley Orgánica de Aduanas (LOA) promulgada el año 2020, ha sido la evolución hacia un método sancionatorio más agresivo, mediante la sustitución de la Unidad Tributaria por *“el equivalente al tipo de cambio oficial de la moneda de mayor valor publicada por el Banco Central de Venezuela”*, como nueva unidad para determinar el cálculo de las multas y cuyas consecuencias patrimoniales no han tardado en hacerse notar en el sector.

El nuevo riesgo patrimonial que representa cometer un ilícito aduanero, no solo lleva a refrescarnos la siempre debida recomendación de contratar pólizas de seguros que cubran la responsabilidad frente a la imposición de sanciones aduaneras, sino que también obliga a la revisión de los procedimientos logísticos y operativos del sector empresarial, en aras de detectar a tiempo la raíz del posible incumplimiento. En concreto, nos gustaría hablar de un tema que involucra a casi todos los sujetos del comercio internacional, pero que obra principalmente en detrimento de las líneas navieras que operan en el país: los tiempos del contenedor.

El contenedor que ingresa al país como equipo del buque, a los efectos de transportar mercancías, se encuentra sujeto a un régimen

* Publicado en Revista “Puerto” de la Cámara de Comercio de Puerto Cabello. N° 24, mayo-octubre 2021.

de admisión *sui géneris* que, conforme al artículo 79 del Reglamento de la LOA, obliga al transportista a reembarcarlo dentro de los 3 meses siguientes a su ingreso en territorio nacional. El incumplimiento de dicha obligación bajo la vigencia de la LOA anterior (2014), implicaba para el porteador la imposición de una multa equivalente a 1.000 U.T., monto este que resultaba proporcional si se relaciona con el valor histórico y continuamente actualizado de la Unidad Tributaria. No obstante, tras su modificación, el mismo Art. 161, numeral 1, impone como sanción una multa del equivalente en Bolívares a 1000 veces la moneda de mayor valor según el Banco Central de Venezuela, lo que se traduce en un monto referencial de aproximadamente US\$ 1.500.00 por cada contenedor no reembarcado oportunamente.

Esta reforma, gestada con la intención de proveer protección a los intereses del Fisco, nos lleva a plantearnos ciertas reflexiones relacionadas con la logística de los contenedores, cuya manipulación genera responsabilidades tanto para su propietario como también para terceros.

Los terceros y el contenedor

Si bien es cierto que la extemporaneidad en la permanencia del contenedor en territorio nacional, puede ser atribuible a la línea transportista como consecuencia de problemas operativos o logísticos; en otras ocasiones, el contenedor muchas veces permanece mayor tiempo por circunstancias ajenas a su voluntad. Veamos:

- 1.- Es posible que el contenedor arribe al país y sea devuelto tardíamente a los patios de la línea para su reembarque, por circunstancias imputables al consignatario.
- 2.- El contenedor podría arribar a territorio nacional y, luego de su vaciado, ser entregado a tiempo por el consignatario, pero con daños que requieren toda una gestión de reparación que alarga su estadía, reparación necesaria para que las autoridades no impidan su reembarque.
- 3.- El contenedor también podría arribar a la zona aduanera y ser sometido a un procedimiento de confiscación o investigación por parte de la Autoridad Aduanera, a la luz de mecanismos

de control por cumplimiento de obligaciones aduaneras, y cuya duración será siempre incierta para la Línea.

- 4.- ¿Y si al Contenedor le fuera asignada una carga de exportación, y tras su consolidación, su salida del territorio nacional se retrasa por incumplimiento de obligaciones legales del exportador, o porque éste último sencillamente comunica tardíamente la cancelación del booking por razones comerciales ajenas a las líneas?

Sin perjuicio de otros escenarios, estos ejemplos más que ejercicios hipotéticos son situaciones que suceden a diario en nuestro comercio, generando enfrentamientos entre los distintos actores del negocio, y cuyas consecuencias terminan generalmente pagando los transportistas.

Por otro lado, ciertamente la norma tributaria contempla la posibilidad de alegar la Fuerza Mayor como una eximente de responsabilidad, en cualquiera de las circunstancias mencionadas; sin embargo, y sin perjuicio de la carga probatoria requerida, debemos advertir que de no compartir la administración aduanera la defensa sostenida por el porteador, procediendo a emitir la multa y exigiendo su pago, los Recursos disponibles para la línea naviera no contemplan la suspensión automática de los efectos del acto administrativo, siendo “discrecional” para la Aduana otorgarlo, todo lo cual se traduce en el desembolso del monto requerido.

Conclusiones

Al margen de las demoras causadas como penalidad del contrato de transporte de mercancías por agua (o evidenciado bajo el Bill of Lading, propio del tráfico de línea regular), vale la pena llamar la atención respecto a las prácticas antes mencionadas, sobre todo en aras de recomendar a las empresas el prestar la debida diligencia en la entrega oportuna del contenedor, cerciorándose igualmente en la revisión de sus tiempos logísticos y en el control documental eficiente, demostrativas de todas las circunstancias a las que haya quedado expuesto el equipo. Caso contrario, sostener defensas de responsabilidad se convierte en una difícil tarea.

Debe reconocer el sector, igualmente, que esto será un problema exclusivo de los transportistas, solo hasta el momento en que decidan trasladar directa o indirectamente el costo de la multa a sus clientes, en aquellos casos que le sea atribuible responsabilidad, lo cual encarecerá las operaciones de cualquiera de las empresas nacionales.

Finalmente, la problemática que nos ocupa debería llamar a las autoridades a reflexión, en lo que a la aplicación de sanciones se refiere, toda vez que el tratamiento de cualquier circunstancia que exima de responsabilidad al transportista o, en general, a cualquier otro auxiliar de la administración aduanera, es una parte estructural y consecuente del Derecho a la Defensa en el procedimiento sancionatorio, lo cual más que parecernos lógico, nos resulta de urgente consideración en pro del comercio en general y del negocio marítimo en particular.

Las embarcaciones de recreo: algunos riesgos a considerar*

Benjamín Moisés Cordero Cote

Ser propietario de una embarcación de recreo generalmente es visto como sinónimo de prosperidad y lujo. En efecto, yates, catamaranes, lanchas y peñeros, todos se encuentran anclados a la imagen de paraísos turísticos, entre playas, cayos y fondos, por constituir los medios para su visita, bien sea por explotación comercial o por uso personal. De allí que hayamos visto inclusive cómo algunos clientes, aunque ajenos al sector marítimo, resulten seducidos por la ilusión de alguna vez ser dueños de una de estas embarcaciones, recibéndolas como forma de pago de alguna deuda.

Sin embargo, al margen del análisis de mercado, el estudio de una inversión como esta, no solo pasa por disponer del dinero para su adquisición, sino por preguntarse acerca de los riesgos que estas embarcaciones y el negocio mismo involucran. ¿Cuál es su régimen administrativo? ¿Cuáles son las responsabilidades del propietario? ¿Cuáles son las recomendaciones legales para su explotación?

No pretendemos ahondar en profundidad respecto de tales consideraciones; sin embargo, visto el potencial que el sector turístico venezolano tiene en el presente y las posibilidades de explotar el transporte de recreo, nos permitiremos ampliar la óptica de propietarios e inversionistas a través de puntuales comentarios:

* Publicado en Revista "Puerto" de la Cámara de Comercio de Puerto Cabello. N° 25, 2022.

La pérdida o el daño de la embarcación

En el seguro inglés se ha usado la expresión *perils of the sea*, para referirse a una serie de fuerzas extraordinarias que pueden perjudicar la travesía del buque, lo cual incluye encallamiento, colisión, hundimiento, acción de olas y fuertes vientos, entre otros. Estas y algunas otras más, pueden poner en riesgo la integridad de la embarcación, lo cual justifica nuestro interés de sensibilizar al sector sobre la importancia de velar por la contratación de seguros confiables que permitan afrontar de manera idónea eventuales siniestros, protegiendo así la inversión. Para ello, la póliza de Casco & Maquinaria, siempre será una opción viable para recuperar este tipo de pérdidas sufridas por el buque.

Inclusive cuando el daño es provocado por un tercero, siempre que exista cobertura, acudir al asegurador por indemnización podría resultar más ventajoso que proceder contra el responsable mediante una acción judicial, especialmente por delegar en el asegurador cuestiones problemáticas inherentes al reclamo, como la insolvencia del deudor, o las limitaciones y eximentes de responsabilidad que este pueda alegar.

La responsabilidad frente a terceros

La responsabilidad del propietario inicia desde el cumplimiento de las normas inherentes a la seguridad de la navegación, en concordancia con las exigencias planteadas por la autoridad acuática (INEA). Inclusive las motos acuáticas, consideradas buques a efectos legales, se encuentran sujetas a un régimen administrativo. Es por ello que la Ley de Marinas y Actividades Conexas regula los certificados que los buques inscritos en el Registro Naval Venezolano deben tramitar según corresponda (considerando inspecciones y otras gestiones documentales de rigor), so pena de incurrir en sanciones administrativas.

Ahora bien, un “tercero” puede comportar sujetos que van desde la autoridad portuaria, la autoridad aduanera, hasta otras embarcaciones. No obstante, podemos referirnos a ciertos ejemplos: Comercialmente los buques de recreo suelen destinarse al transporte de personas, lo que obliga a considerar las disposiciones aplicables al

contrato de pasajeros prevista en Ley de Comercio Marítimo. Entre otros elementos, la ley responsabiliza al transportista de la muerte o lesión sufrida por el pasajero, como también por la pérdida y daños de su equipaje, cuando se produce por causas imputables a la culpa o negligencia del porteador, sus dependientes o agentes. Hemos sido testigos de algunas compañías que equivocadamente hacen firmar a sus clientes cartas de renuncia a sus derechos de reclamar indemnizaciones por las razones comentadas, todo lo cual, a la luz de la ley no produce efecto alguno.

Igualmente, no escapa la embarcación de relaciones laborales con la tripulación designada para la navegación, cuyos miembros pueden sufrir accidentes con ocasión al desempeño de su trabajo. Así mismo, debemos considerar eventos que produzcan un impacto ambiental, en los términos contemplados por la Ley Orgánica del Ambiente y las normas conexas de la materia, lo cual de la misma forma comprometerá la responsabilidad de su propietario.

Por todas estas razones, es que la póliza de responsabilidad que exige el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA) para ciertos procedimientos, no puede ser vista por los propietarios de embarcaciones de recreo como un simple trámite administrativo, prescindiendo de verificar al menos los montos mínimos de cobertura que puedan resultar suficientes para resarcir los daños que estas produzcan. Su espíritu integra no solo el respaldo financiero hacia los posibles afectados, sino también una garantía personal de responder frente a una situación desafortunada. Dependiendo del tipo de embarcación, a través de modelos especiales de asociación, algunos clubes de protección e indemnización (P&I) y otros seguros de prima fija resultan una opción sólida en este apartado.

Las marinas deportivas

Un reciente episodio involucró el incendio de un yate atracado en una marina deportiva. El incendio no fue atendido a tiempo, y el fuego abrazó a la embarcación atracada en su lado izquierdo. Al final ambas embarcaciones resultaron en pérdida total. Las investigaciones apuntan a condiciones precarias de la marina en cuestión, respecto a su sistema eléctrico, malas decisiones de protección contra incendios y un deficiente cumplimiento del sistema de seguridad

integral de operaciones portuarias (SISEINOP). Por este motivo, tanto propietarios de embarcaciones como responsables de marinas deben prestar especial atención a las condiciones que inciden en sus relaciones: cumplimiento de los sistemas de seguridad exigidos por la autoridad acuática, revisión de los contratos aplicables, y especialmente, la existencia de una cobertura de seguro de responsabilidad que ampare a la marina propiamente, a los efectos de resarcir daños sufridos por las embarcaciones.

Conclusiones

“Buque parado no gana flete” pero hundido, involucrado en un siniestro o embargado por un tercero, poco ganará para su propietario, generando múltiples problemas en caso de no tomarse las decisiones correctas. Ahorrarse una asesoría especializada o la contratación del seguro, en un negocio que enfrenta tan amplia categoría de riesgos, puede suponer la quiebra de muchas empresas, decantando en responsabilidades que pueden ir más allá de lo comercial y pecuniario. Adicionalmente, como cualquier otro rubro, el negocio de seguros está repleto de compañías con dudosa solvencia, por lo que es prudente procurar la búsqueda de las mejores opciones.

Nuestra recomendación, en cualquier caso, es y será no escatimar esfuerzos para construir estrategias comerciales a través de asesoría y compra de seguros especializados, que mantengan las embarcaciones operando para sus dueños y protegidas contra la mayor cantidad de riesgos posibles.

Responsabilidad de las terminales portuarias y el convenio de operadores de transporte internacional 1991. Evolución de la cláusula “Himalaya”*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

Resumen

La industria naval y los puertos han experimentado significativos cambios en las últimas décadas, con profundo impacto en el desarrollo de las terminales portuarias las que concentran ahora el equipamiento necesario para atender la carga y descarga de buques cada vez más sofisticados, así como un volumen creciente de mercancía. Estos avances, sin embargo, no han hecho desaparecer los riesgos propios de la actividad portuaria, aunque justo es reconocer los han hecho variar en términos de ocurrencia y severidad. Lo anterior se traduce en numerosos reclamos por pérdidas y daños a las mercancías, cuyas implicaciones legales alcanzan tanto al porteador como al operador portuario según los casos.

Contrario a lo ocurrido en el campo del transporte marítimo en el cual el porteador ha gozado por décadas de regímenes específicos de responsabilidad, a través de convenciones o legislaciones nacionales, el primitivo estibador –llamado modernamente operador portuario–, ha desarrollado su actividad en ocasiones bajo el amparo de las

* Publicado en “Derecho Portuario”. José Antonio Pejovés Macedo (Editor). Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima, 2014.

excepciones y defensas que benefician al transportista. Surge así la cláusula Himalaya como mecanismo de extensión de los beneficios del porteador a los operadores portuarios y otros sub-contratistas. La presente conferencia aborda el surgimiento de las terminales portuarias, la evolución de la cláusula Himalaya como mecanismo de extensión de beneficios, la problemática que implica su uso, el contenido y alcance del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Operadores de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, también conocido como el Convenio de Viena 1991, como intento para lograr un régimen particular y uniforme aplicable al operador portuario, para concluir con algunas reflexiones sobre la necesidad de incluir o no en las legislaciones nacionales tal normativa.

Antes de abordar el tema que nos proponemos discutir, sin embargo, es importante señalar que a los fines del presente trabajo, y parafraseando al Dr. Erik Oms en su artículo sobre la responsabilidad de estas, se denominan “Terminales Portuarias”, aquellas unidades operadas particularmente dentro de la jurisdicción y servicios de puertos, es decir, que actúan en forma dependiente de un puerto, sea este nacional, provincial, municipal o particular, de uso público o privado, o de destino comercial o industrial, y en las que tienen lugar actividades tales como la recepción y entrega de la mercadería, depósito, custodia, clasificación, manipuleo de carga y todo aquello relacionado con el aprovisionamiento y servicios brindados a los buques. Igualmente, al referirnos al Operador de Terminal, se hace alusión a todo operador portuario que tiene bajo su control directo un área abierta o patio, o una instalación especializada dentro de la zona portuaria, mediante contrato celebrado con el administrador portuario, definición acogida en el artículo 79 de la Ley General de Puertos de Venezuela.

Del muelle convencional a la terminal portuaria

Poco más de cuatro décadas, le han bastado a los muelles convencionales acostumbrados a recibir a los buques de mercancía general, para convertirse en frentes de atraque de mayores dimensiones, componentes esenciales de recintos de alta tecnología y capital intensivo, dedicados a servir a los buques portacontenedores cuyas

dimensiones demandan sofisticados equipos para la manipulación de mercancías.

El asombro que causaba años atrás escuchar sobre la posibilidad de construir buques con capacidad superior a los 6.000 TEUs, hoy nos parece algo cotidiano. No hay, sino que leer a diario la prensa especializada para observar cómo entran en servicio embarcaciones capaces de transportar un número superior a los 10.000 TEUs, ciertamente ya no para nuestro asombro. Tiempo atrás un artículo aparecido en el Lloyd's List hablaba del diseño y construcción de buques de 14.000 TEUs, cuyas dimensiones alcanzarán los 420 metros de eslora y 50 metros de manga, con velocidades de 26 nudos. No pasará mucho tiempo antes de que podamos verlos, para preocupación de los afortunados puertos que habrán de servirlos.

Los puertos, por su parte, sometidos a la evolución de estos nuevos buques han tenido que adecuarse a ellos, embarcándose en planes para la modernización de la infraestructura portuaria, lo que ha supuesto obras de dragado, construcción de largos muelles y terminales especializados, además de la introducción de nuevos avances tecnológicos en los equipos de manipulación de carga y transmisión electrónica de datos, que les permitan incrementar el volumen de TEUs/hora, la capacidad de movilización de contenedores/año por muelle y, desde, luego su capacidad de almacenamiento.

La contenedorización apareció en la industria del transporte para quedarse, como también lo hicieron los accidentes asociados a los avances tecnológicos tan necesarios para incrementar las ratas de carga y descarga. EL COROLARIO DE TODO ESTE DESARROLLO ES QUE A PESAR DE LOS IMPORTANTES AVANCES EXPERIMENTADOS EN EL SECTOR NAVIERO Y PORTUARIO, LOS RIESGOS NO HAN DESAPARECIDO, SINO QUE, MÁS BIEN, SE HAN TRANSFORMADO.

Un Estudio sobre los grandes siniestros (Major Claims) para el período 1987-1997, elaborado por The UK Club (www.ukpandi.com), arroja interesantes conclusiones sobre el tema. El estudio abarcó reclamos individuales ocurridos en el período objeto de estudio, y que individualmente superaban los US\$ 100.000,00, comprendiendo siniestros relacionados con pérdida o daños a la mercancía, daños a propiedad de terceros, contaminación, abordajes

y lesiones personales. El estudio encontró, por ejemplo, que aun cuando la tendencia parece ser una reducción en el número de incidentes ocurridos, estos aumentan en la cuantía de los montos involucrados. En el caso de los daños a la mercancía fue encontrado que el error del personal de tierra jugaba un papel significativo en la ocurrencia de los siniestros, pues al menos en 19% de la muestra el error humano aparece como la causa. En el caso de los daños a propiedad de terceros, hubo un año (1993) en el que se encontró que el personal de tierra y los pilotos o prácticos fueron responsables en 80% de los daños ocasionados. Después de los daños a la mercancía, las lesiones personales son la segunda causa más frecuentes de los grandes siniestros, atribuibles al error humano en mayor proporción, y en menor a fallas mecánicas o estructurales. Interesantemente una investigación sobre accidentes portuarios llevada a cabo sobre una muestra de 95 países por Ronza y otros (2003), encontró que 60% por ciento de los incidentes ocurrieron durante la descarga o luego de concluida pero siempre dentro de la zona portuaria.

En conclusión, las terminales portuarias siguen siendo recintos en los que los buques, mercancías y hombres se encuentran expuestos a los riesgos asociados a esta actividad y, por consiguiente, fuente de numerosos reclamos que entrañan la responsabilidad de los distintos actores que intervienen en el negocio.

La Cláusula Himalaya y su evolución

Esta cláusula tiene su origen en el célebre caso “Himalaya” (Adler v. Dickson (The Himalaya) [1954] 2 Lloyd’s Rep 267, [1955] 1 QB 158) el cual envolvió una demanda traída por la Sra. Adler, entonces pasajero en un buque de P&O de aquel nombre, con ocasión de lesiones personales sufridas por ella al caer de la escala al muelle. La Sra. Adler no pudo demandar al porteador, quien estaba exonerado de responsabilidad bajo los términos del boleto, razón por la cual, ella demandó al capitán Dickson y al contraamaestre de la embarcación.

Fue sostenido en la Corte de Apelaciones, en defensa del capitán, que él gozaba de la protección de las excepciones contenidas en el boleto. Lord Denning fue de la opinión que, en el transporte de pasajeros, así como en el de mercancía, la ley permitía al porteador estipular excepciones de responsabilidad no solo en su favor sino

también en favor de aquellos con quienes él contrataba, para ejecutar su contrato; pero a objeto de disfrutar esa protección tal estipulación debía ser hecha expresamente o inferirse de aquella. No obstante, la corte sostuvo que el boleto ni expresamente, mucho menos por inferencia, benefició a los dependientes o agentes y, en consecuencia, el capitán fue condenado por negligencia.

Desde entonces, cláusulas Himalaya debidamente redactadas, han sido insertadas en los conocimientos de embarque, con la finalidad de proteger a estibadores y operadores de terminal. A grandes rasgos, ella establece que el porteador, como agente por los dependientes, incluyendo a los contratistas independientes, conviene con el propietario de la carga que estos dependientes y contratistas independientes estarán protegidos por las limitaciones de responsabilidad y otras defensas, contenidas en el contrato de transporte.

Para un estudio pormenorizado de esta curiosa cláusula recomendamos la lectura del trabajo de Francisco Javier Arias Varona, titulado "Manipulación Portuaria y Daños a las Mercancías", quien le dedica un interesante capítulo; nosotros nos concentraremos más bien en un aspecto fundamental a los fines de nuestra exposición, esto es, enfatizar que su sola inclusión en el conocimiento de embarque no garantiza su efectividad. Se trata, además, de una cláusula cuyo contenido y cometido chocan a primera vista con el principio de la relatividad de los contratos, conforme al cual los contratos producen efecto únicamente entre las partes contratantes (porteador-embarcador/recibidor); una cláusula que, además, corre inserta en un contrato de adhesión (conocimiento de embarque) cuyas disposiciones no necesariamente son vinculantes para el recibidor en todas las jurisdicciones.

¿Por qué deben los estibadores utilizar estas cláusulas de extensión de beneficios? ¿Acaso no tienen defensas específicas a su alcance? La respuesta es no. La posición de los estibadores ha sido más compleja que la del Capitán Dickson en el viejo caso del "Himalaya", habida cuenta su condición de contratistas independientes y la exclusión expresa que los convenios de transporte marítimo (Haya y Haya-Visby) hicieron de estos como beneficiarios de las defensas al alcance del porteador. En efecto, el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de

1924, comúnmente denominada “Reglas de la Haya” y su Protocolo modificadorio conocidas como “Reglas de la Haya-Visby”, establecieron para el porteador marítimo un período de responsabilidad que media entre la carga y la descarga, o más específicamente entre el gancho y el gancho de las operaciones (hook to hook), lo que sumado al hecho de la omisión expresa del contratista independiente como beneficiario de las defensas que corresponden al porteador, obligó al uso de cláusulas particulares (Himalaya), a los fines de llenar ese silencio y dotar al estibador de estas defensas.

El hecho de que el estibador sea un contratista independiente, tiene importantes consecuencias respecto de las defensas disponibles cuando ellos ejecutan su contrato, ello debido a que las reglas de la Haya-Visby –Artículo IV Bis (2)– establecen que los dependientes o agentes del porteador tales dependientes o agentes no siendo contratistas independientes, pueden protegerse ellos mismos con las defensas y limitaciones de responsabilidad que el porteador pueda invocar bajo las reglas, en el evento de acciones por pérdida o daño a la mercancía traída directamente contra ellos. Esa expresa omisión es la que ha obligado a extender las defensas del contrato de transporte a aquél que manipula la mercancía, llámese estibador, operador portuario, operador de terminal, etc.

Fue en el caso inglés *Midland Silicones Ltd. v. Scruttons Ltd.* (1962, A.C. 446, 447) donde Lord Reid, al explicar su “argumento de la agencia”, abrió a estibadores y operadores de terminales, la posibilidad de éxito al invocar las cláusulas limitativas de responsabilidad, contenidas dentro del conocimiento de embarque, siempre y cuando cuatro (4) criterios fueren satisfechos: a) El conocimiento de embarque debe dejar en claro la intención de proteger al estibador/operador; b) Debe igualmente dejar claro que el porteador contrata tanto en beneficio propio como en el del estibador; c) El porteador debe tener autoridad del estibador/operador y, d) Debe haber una contraprestación de parte del estibador/operador por la protección de las cláusulas exoneratorias existentes dentro del conocimiento de embarque. Así, en el derecho inglés no es suficiente la simple inserción de una cláusula Himalaya en el contrato de transporte, sino que, para que ella sea efectiva deberá cumplir con los requisitos explicados por Lord Reid.

Las cortes norteamericanas, por el contrario, fueron más reacias a aceptarlas. En 1959 la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Herd*, al considerar si las limitaciones de COGSA podían ser extendidas a los estibadores, no encontró nada en la historia legislativa de este instrumento legal que indicara que fue la intención del congreso regular la actividad de los estibadores y limitar su responsabilidad, concluyendo que un estibador negligente no era ni parte, tampoco beneficiario, del contrato de transporte entre el porteador y el embarcador, no pudiendo así beneficiarse de la limitación de responsabilidad. No obstante, con el tiempo la jurisprudencia en los Estados Unidos ha interpretado que es posible la extensión del COGSA para protección de los estibadores, quienes son agentes del porteador, si ello resulta claramente expresado.

En algunas jurisdicciones la cláusula *per se* no garantiza los beneficios de cláusulas exoneratorias y limitatorias de responsabilidad, contenidas en el conocimiento de embarque. Este es ciertamente el caso de los Estados Unidos donde la regla general es que la extensión de las limitaciones, defensas y excepciones que disfruta el porteador bajo COGSA, a los estibadores y operadores de terminal, no depende de una única cláusula, sino de la interacción de un conjunto de cláusulas muy bien redactadas. Para que una corte en aquel país, entonces, sea capaz de decidir en favor de que un conocimiento extienda válidamente tales defensas a un operador, tres cláusulas son requeridas: a) Una cláusula Himalaya; b) Una cláusula de Período de Responsabilidad y c) una cláusula Paramount. La primera de aquellas sería de poco valor si no estuviera acompañada de una cláusula que establezca que COGSA se aplicará antes de embarcar y después de desembarcar y a todo lo largo del tiempo en que la mercancía esté en manos del porteador (cláusula de Período de Responsabilidad), así como una que establezca que COGSA gobernará los derechos y responsabilidades de las partes (cláusula Paramount).

Por otra parte, a veces el solapamiento de conocimientos de embarque en el transporte multimodal, puede causar problemas a la hora de invocar la cláusula. En *Kirby v. Norfolk Southern Railway Co.* (2002 A.M.C. 2113, 300 F.3d 1300 (11th Cir.)), una Corte de Apelaciones norteamericana falló que un transportista ferroviario no era

un tercero beneficiario de la cláusula Himalaya en un conocimiento de embarque multimodal.

En este caso el demandante, la compañía australiana Kirby, vendió una maquinaria a la planta de General Motors en Huntsville, Alabama. Kirby contrató a un transitario, International Cargo Control (ICC), para arreglar el embarque. ICC emitió un conocimiento de embarque que contenía una cláusula Himalaya, extendiendo las limitaciones de ICC a “cualquier sirviente, agente o cualquier otra persona incluyendo cualquier contratista independiente cuyos servicios han sido utilizados para ejecutar el contrato”.

ICC sub-contrató el tramo marítimo con Hamburg Sub, desde Sydney hasta Savannah, Georgia, quien emitió su propio conocimiento de embarque a favor de ICC, el cual contenía una cláusula Himalaya que incluía a los transportistas de tierra adentro (inland). Hamburg Sud sub-contrató para el tramo terrestre al transportista ferroviario Norfolk Southern para trasladar la maquinaria desde Savannah a Huntsville, quien actuó bajo el conocimiento de Hamburg Sud. El tren descarriló causando daños a la máquina por el orden de millón y medio de dólares.

Kirby demandó a Norfolk Southern, quien arguyó podía limitar su responsabilidad por vía de la cláusula Himalaya bajo ambos conocimientos de embarque, argumento que prosperó en primera instancia. Sin embargo, en apelación la corte encontró que el conocimiento de Hamburg Sud emitido a ICC no vinculaba a Kirby, ya que ICC no actuó como agente de este último bajo el conocimiento de embarque. Por lo tanto, la cláusula Himalaya en el conocimiento de embarque de Hamburg Sud, no se extendía a Norfolk Southern a los fines de la limitación. Luego la corte analizó la situación bajo el conocimiento de embarque emitido por ICC a Kirby, encontrando que su redacción no era lo suficientemente clara como para beneficiar al transportista ferroviario, pues el beneficiario debe ser identificado expresamente. Es de advertir que el fallo no cierra la posibilidad de que la cláusula Himalaya pueda extender las defensas del porteador marítimo a riesgos tierra adentro, sólo que esa extensión debe hacerse de manera expresa y clara.

Más importante aún, resulta tener presente que no siempre el estibador actúa como agente del porteador, ni siquiera como sub-

contratista de aquel. Por ejemplo, en *Ram Metals* (1989 A.M.C. 2215) el demandante embarcó una mercancía a bordo de la motinave *Zim Miami*. El transportista emitió un conocimiento de embarque que claramente indicó que la mercancía sería transportada bajo condiciones FIOST, esto es, "FRE IN AND OUT STOWAGE AND TRIM", y por consiguiente el estibador de la descarga sería nominado por el receptor, a quien le facturaría directamente. El estibador negligentemente causó daños a la mercancía y el receptor le demandó transcurrido un año de la descarga. Pretendiendo protegerse bajo la cláusula Himalaya el estibador invocó la prescripción prevista por COGSA; el reclamante llamó la atención sobre la cláusula FIOST y arguyó que el estibador no era un agente del porteador en ese caso concreto, a pesar de que este prestaba servicios regulares de estiba a ese transportista. La corte encontró que un estibador generalmente estaría protegido por la cláusula Himalaya como agente del porteador; no obstante, en el caso concreto la cláusula FIOST invirtió el riesgo ya que el estibador no actuó como agente de aquél. En consecuencia, el estibador no pudo ampararse bajo la cláusula.

En Latino América, por otra parte, el desarrollo jurisprudencial y arbitral sobre la cláusula que venimos comentando ha sido verdaderamente poco. En Argentina el artículo 390 de la Ley de la Navegación permite a los dependientes del transportista invocar las defensas que le benefician; el criterio general es que la cláusula sería de aplicación, siempre y cuando el daño se produzca durante la descarga y no durante las operaciones a posteriori dentro de la terminal. En Colombia, la situación no es menos compleja, si se tiene presente el contenido del artículo 1606 del Código de Comercio, así como el hecho de que este país no se ha adherido a las Reglas de la Haya o Haya-Visby, tampoco ratificado las Reglas de Hamburgo. En Uruguay, por último, la cláusula Himalaya ha sido juzgada improcedente para garantizar la limitación al estibador responsable del daño, al menos en un fallo que conocemos. Así, en el caso "*Lipno*" (*Revista de Transporte y Seguros*, Uruguay, No. 10, pág. 18 y sgtes.), en el que un cargamento de bobinas de papel resultó con severos daños durante la descarga, un tribunal sentenció que "las cláusulas del reverso del conocimiento de embarque y particularmente la No. 18, denominada "Himalaya", no resultaban demostrativas de la calidad de parte en el contrato de la empresa operadora portuaria, ni

habilitan a invocar –ni menos a acordar– disminución o exoneración de responsabilidad”. En términos generales, los tribunales de ese país no aceptan las cláusulas al dorso del conocimiento de embarque que no estén firmadas por el cargador. Se considera que el B/L es un contrato de adhesión y las cláusulas en un formulario pre-impreso al dorso, son impuestas unilateralmente por el transportista al cargador.

¿Existe la cláusula Himalaya perfecta? Son muchas las redacciones que han sido propuestas, a los fines de hacerla funcionar en las diferentes jurisdicciones. Un ejemplo de ello es la cláusula Himalaya modelo elaborada por el Grupo Internacional de Clubes de P&I y BIMCO, cuya última revisión es de septiembre 2010, y cuya redacción persigue en lo posible: a) Exonerar totalmente al porteador y a sus sirvientes, agentes o sub-contratistas de su responsabilidad bajo contrato, y/o conferirles a estos últimos todos los derechos, límites de responsabilidad, defensas y excepciones que corresponden al porteador; b) Imponer a la otra parte en el contrato, generalmente denominado “mercante” (embarcador, consignatario o tenedor del conocimiento de embarque) una obligación de no demandar al sirviente, agente o sub-contratista, e indemnizar al porteador en el evento de que reclame a aquellos por vía extra-contractual; c) Asegurar que la cláusula ampare tanto al porteador como a sus beneficiarios, haciendo que el porteador actúe como agente o trustee de sus sirvientes, agentes y sub-contratistas, y que estos sean efectivamente partes del contrato de transporte; y, 4) Proveer protección respecto de operaciones relacionadas con el transporte de mercancías, pero que no tienen lugar a bordo, como lo son las operaciones que tienen lugar previo y posterior al transporte marítimo. La cláusula, indudablemente, es bastante ambiciosa en su contenido.

A continuación, la cláusula modelo GI/BIMCO para conocimientos de embarque y otros contratos, empleados en el transporte de mercancías:

(a) It is hereby expressly agreed that no servant, agent, direct or indirect subcontractor or other party employed by or on behalf of the Carrier, or whose services or equipment have been used in order to perform this contract (such persons so employed, or whose services or equipment have been used, hereinafter termed “Servant”) shall in any circumstances

whatsoever be under any liability whatsoever to the shipper, consignee, receiver or other party to this contract (hereinafter termed "Merchant") for any loss, damage or delay of whatsoever kind arising or resulting directly or indirectly from any act, neglect or default on the Servant's part while acting in the course of or in connection with the performance of this contract.

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

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

(ii) The Merchant undertakes that if any such claim or allegation should nevertheless be made, he will indemnify the Carrier against all consequences thereof.

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

Con base a los párrafos precedentes se concluye que la cláusula bajo estudio, a pesar de las redacciones propuestas, siempre estará sujeta

a la interpretación jurisprudencial de las diferentes jurisdicciones, colocando a la terminal portuaria en una situación riesgosa ante la imposibilidad de invocar las defensas que corresponden al porteador.

El intento fallido de uniformar el Régimen de Responsabilidad: el Convenio de Viena 1991

El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, tuvo su elaboración definitiva en la conferencia diplomática celebrada en Viena, Austria, del 2 al 19 de abril de 1991. El Convenio no ha entrado aún en vigor y de entrar será de uso no mayoritario, toda vez que de conformidad con su artículo 22.1. se requiere el depósito de cinco instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al mismo, siendo el caso que hasta el presente (febrero 2011) solo cuatro países (Egipto, Gabón, Georgia y Paraguay) han procedido a su adhesión, mientras que cinco países (España, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia y México) tan solo son firmantes del mismo.

El instrumento está inspirado, al igual que otros convenios, en los deseos de armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, lo que en la práctica no ha pasado de ser una aspiración por demás romántica, a juzgar por el tiempo transcurrido desde su aprobación, dos décadas, y la fría respuesta de la comunidad internacional, al compararla con otras conveniones. En todo caso su contenido revela la clara intención de sus redactores, de dotar a estos operadores de terminales de transporte de un régimen uniforme, que eventualmente pudiera trabajar en línea con las Reglas de Hamburgo y el Convenio Multimodal.

Para una completa lectura del convenio remitimos al lector al interesante y autorizado reporte elaborado por la UNCITRAL (http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/1991Convention_operators.html) que contiene, además, abundantes comentarios sobre su clausulado.

Vale la pena sí revisar el contenido de las disposiciones más relevantes, comenzando con el artículo 1, pues contiene importantes definiciones para entender su alcance:

A) A los fines del convenio se entiende por "Empresario de Terminal de Transporte" (ETT) toda persona que, en el ejercicio de su profesión, se hace cargo de mercaderías que son objeto de transporte internacional a fin de prestar o de hacer prestar servicios relacionados con el transporte con respecto a esas mercaderías en una zona que está bajo su control o sobre la que tiene un derecho de acceso o de uso. Sin embargo, no se considerará empresario a la persona que sea porteador en virtud de las normas jurídicas aplicables por las que se rija el transporte. Se advierte, entonces, que la convención no alude al operador portuario u operador de la terminal portuaria de manera específica, ya que el convenio aplica igualmente a otros terminales de transporte tales como ferroviarios y aeroportuarios, entre otros.

B) La expresión "servicios relacionados con el transporte" comprende servicios como el almacenamiento, el depósito, la carga, la descarga, la estiba, el arrumaje, el entablado y el trincado, estos son, servicios relacionados exclusivamente con las mercancías y no los muchos otros que pueden tener lugar en estas terminales.

C) En el marco del convenio, se entiende por "transporte internacional", todo transporte respecto del cual consta, cuando el empresario se hace cargo de las mercaderías, que el lugar de partida y el lugar de destino se encuentran en dos Estados diferentes. En consecuencia, la normativa aplica sólo a mercancías movilizadas en el comercio internacional, que resulten perdidas, dañadas o estén sujetas a retardo en su entrega, con lo que se excluyen mercancías movilizadas en el tráfico doméstico o cabotaje.

El período de responsabilidad del ETT está contemplado en el Art. 3, conforme al cual el empresario responde de las mercaderías desde el momento en que se hace cargo de ellas hasta el momento en que las pone en poder o a disposición de la persona facultada para recibirlas.

El artículo 5 establece lo relativo al fundamento de responsabilidad: "El empresario será responsable de los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercaderías, así como del retraso en la

entrega, si el hecho que ha causado la pérdida, el daño o el retraso se produjo durante el período en que respondía de las mercaderías en el sentido del artículo 3, a menos que pruebe que él, sus empleados o mandatarios u otras personas a cuyos servicios recurra para la prestación de los servicios relacionados con el transporte adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias". Se observa que se adopta el principio de la culpa presunta. Por consiguiente, una vez que el demandante haya demostrado que la pérdida o el daño se produjeron durante el período de responsabilidad del empresario, se presume que la pérdida o el daño se produjeron por negligencia del empresario. El empresario podrá quedar exento de responsabilidad si demuestra que él, sus empleados o mandatarios u otras personas a cuyos servicios recurra para la prestación de los servicios relacionados con el transporte adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar la pérdida o el daño.

El artículo 6 prevé lo relativo a la limitación de la responsabilidad, estableciendo dos posibilidades: a) La responsabilidad del empresario por los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercaderías, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, estará limitada a una suma que no exceda de 8,33 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas; y, b) Si las mercaderías se ponen en poder del empresario inmediatamente después de un transporte por mar o por vías de navegación interior, o si el empresario las entrega o ha de entregarlas para que sean objeto de tal transporte, la responsabilidad del empresario por los perjuicios resultantes de la pérdida o el daño de las mercaderías, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, estará limitada a una suma que no exceda de 2,75 unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercaderías perdidas o dañadas. A los efectos de este párrafo, el transporte por mar o por vías de navegación interior comprende la recogida y la entrega en el puerto. No prevé el convenio una limitación por paquete. Finalmente, La responsabilidad del empresario por retraso en la entrega de las mercaderías, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5, estará limitada a una suma equivalente a dos veces y media la remuneración que deba pagársele por sus servicios con respecto a las mercaderías que hayan sufrido

retraso, pero no excederá de la cuantía total de la remuneración debida por la remesa de que formen parte esas mercaderías.

La limitación, claro está, no es un beneficio absoluto. El empresario pierde el beneficio de las limitaciones de responsabilidad si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso provinieron de una acción o una omisión del propio empresario o de sus empleados o mandatarios realizada con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso. No obstante lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 7 del convenio, el empleado o mandatario del empresario, u otra persona a cuyos servicios este recurra para la prestación de los servicios relacionados con el transporte, no podrá acogerse a la limitación de responsabilidad establecida en el artículo 6 si se prueba que la pérdida, el daño o el retraso provinieron de una acción o una omisión de ese empleado, mandatario o persona realizada con intención de causar tal pérdida, daño o retraso, o temerariamente y a sabiendas de que probablemente sobrevendrían la pérdida, el daño o el retraso.

Finalmente, el artículo 12 trata lo relativo a la prescripción de las acciones, las cuales prescribirán si no se ha incoado un proceso judicial o arbitral dentro de un plazo de dos años. El plazo de prescripción empezará a correr: a) desde el día en que el empresario haya puesto las mercaderías o una parte de ellas en poder o a disposición de una persona facultada para recibir las, o b) en caso de pérdida total de las mercaderías, desde el día en que la persona facultada para presentar una reclamación reciba del empresario aviso de que las mercaderías se han perdido o desde el día en que esa persona pueda considerar perdidas las mercaderías de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5, si esta fecha es anterior.

La fallida adopción de un régimen uniforme de carácter internacional, a través de la entrada en vigencia del Convenio de Viena 1991, y las omisiones que las Reglas de la Haya y Haya-Visby hacen de los contratistas independientes como beneficiarios de las defensas que corresponden al porteador marítimo, se ven compensadas en parte por el Convención sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, mejor conocido como las

“Reglas de Rotterdam”, toda vez que en dicha convención se introduce el concepto de *la Parte Ejecutante Marítima*.

De conformidad con el artículo 1 (6.a y 6.b) “La Parte Ejecutante” se entenderá como la persona, distinta del porteador, que ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador previstas en un contrato de transporte respecto de la recepción, la carga, la manipulación, la estiba, el transporte, el cuidado, la descarga o la entrega de las mercancías, en la medida en que dicha persona actúe, directa o indirectamente, a instancia del porteador o bajo su supervisión o control. Sin embargo, el término “Parte Ejecutante” no incluye a persona alguna que sea directa o indirectamente contratada por el cargador, por el cargador documentario, por la parte controladora o por el destinatario, en lugar de por el porteador. Lo que plantea un problema para el caso de que el operador portuario o la terminal sea contratada directamente por la carga.

El mismo artículo 1 (7) define a la *Parte Ejecutante Marítima* como “toda parte ejecutante en la medida en que se ejecute o se comprometa a ejecutar alguna de las obligaciones del porteador durante el período que medie entre la llegada de las mercancías al puerto de carga de un buque y su salida del puerto de descarga de un buque. Las disposiciones relativas a la responsabilidad de la *Parte Ejecutante Marítima* se encuentran previstas en el Capítulo 5 del Convenio, específicamente en el artículo 19, donde se prevé que queda sujeta a las obligaciones y responsabilidades impuestas al porteador y que goza de las exoneraciones y los límites de la responsabilidad que el convenio reconoce al porteador. Desafortunadamente las Reglas de Rotterdam tampoco parecen resolver los apuros para el operador portuario, como beneficiario de las defensas que corresponden al porteador, ya que la solución resulta incompleta. Por ejemplo, no ampararía a los operadores portuarios que actúan por designación de la carga; tampoco brindaría amparo en caso de daños a los buques, mucho menos ampara a los operadores de recintos extra-portuarios que actúan de manera independiente.

Uno podría argüir, quizás, que la falta de una normativa uniforme internacional tendría que ser resuelta a través de una normativa interna que claramente regule la responsabilidad de las terminales portuarias, lo que no siempre resulta fácil lograr. Se impone, pues, el diseño de

normativas específicas que regularan la responsabilidad de los operadores portuarios, y que no deje a la discrecionalidad jurisprudencial o interpretaciones doctrinarias, la determinación de la misma, así como la aplicación de los supuestos de exoneración y limitación.

El año 2001 Venezuela dio un interesante paso con la aprobación de la Ley General de Puertos (LGP), cuya última reforma es del 17 de marzo de 2009, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 39.140 de fecha 17 de marzo de 2009, y cuyo Título IV regula lo relativo al régimen de responsabilidad del operador portuario/administrador portuario. Para su redacción se tuvo como fundamento el Convenio de Viena 1991, pero justo es reconocer que muchas de sus disposiciones fueron revisadas a la luz de la experiencia doméstica, para así lograr un régimen general que aplicara a la actividad de los operadores portuarios. Y ello fue así porque habría que recordar que las disposiciones del convenio, como lo hemos mencionado, aplican únicamente a daños o pérdidas que sufren las mercancías que se movilizan en el comercio internacional excluyéndose, en consecuencia, daños ocasionados a otros bienes como, por ejemplo, los buques, y los daños o pérdidas sufridas por las mercancías movilizadas en el tráfico de cabotaje. Por el contrario, la LGP busca establecer un régimen uniforme de responsabilidad aplicable tanto al administrador portuario prestador de servicios, como al operador portuario incluyendo, además, al llamado operador de terminal, tanto por daños, pérdidas o retraso en la entrega de mercancías, movilizadas en tráfico internacional y cabotaje, así como también por daños al buque.

De particular interés resultó para los co-redactores de la LGP garantizarle al operador portuario nominado por el porteador, la posibilidad de invocar las limitaciones que amparan al primero (en Venezuela un régimen mixto Haya-Visby/Hamburgo), para lo cual se tuvo mucho cuidado en redactar las normas necesarias a tal efecto. Así, el artículo 84 señala que en aquellos casos en que el operador portuario es designado por el porteador marítimo, aquel podrá invocar las exoneraciones y límites de responsabilidad que amparen a este último, de conformidad con la ley. Estos límites de responsabilidad son los indicados en el artículo 211 de la Ley de Comercio Marítimo: "La responsabilidad del portador o del buque

por las pérdidas o daños que sufren las mercancías, en ningún caso excederá el límite de seiscientas sesenta y seis con sesenta y siete centésimas (666,67) unidades de cuenta por bulto u otra unidad de carga transportada, o a dos con cincuenta centésimas (2,50) unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, aplicándose el límite más elevado, a menos que el cargador haya declarado antes del embarque, la naturaleza y valor de la mercancía, que la declaración se haya hecho constar en el conocimiento de embarque y que no haya sido impuesta por las exigencias administrativas del país del puerto de carga o descarga. Esta declaración constituye una presunción respecto al valor de las mercancías, salvo prueba en contrario que pueda producir el porteador”.

El segundo párrafo del artículo 84 prevé un segundo supuesto, esto es, cuando el operador portuario es nominado por cualquier otra parte distinta del porteador (Ej. El receptor en virtud de haberse pactado una cláusula FIO), en cuyo caso aquel “podrá limitar su responsabilidad a una suma que no exceda de dos (2) unidades de cuenta por kilogramo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas”.

Además, a los fines de enfatizar que los beneficios que amparan al transportista son efectivamente extensibles al operador portuario, el artículo 216 de la Ley de Comercio Marítimo señala: “Si se ejercen acciones contra un empleado, agente del porteador o contra el operador portuario designado por el porteador, y estos prueben que han actuado en el ejercicio de sus funciones, podrán acogerse a las exoneraciones y límites de responsabilidad que el porteador invoquen en virtud de lo dispuesto en este capítulo”. Podríamos concluir diciendo, entonces, que no requiere el operador de la terminal portuaria en Venezuela de una cláusula Himalaya, para poder disfrutar de los límites de responsabilidad que amparan al porteador, por la sencilla razón de que la normativa marítima y portuaria en los términos antes explicados, suplen a aquella.

Finalmente, y en el afán de que los operadores localizados fuera de la zona portuaria, pudieran disfrutar del régimen previsto en el título IV de la LGP, el artículo 98 estableció que las exoneraciones y límites de responsabilidad allí previstas serían aplicables a los re-

cintos extra-portuarios, tales como los denominados puertos secos, terminales de contenedores, depósitos multimodales y similares, siempre que se encuentren bajo la administración y control del operador o administrador portuario.

Comentarios finales

1. La dinámica del negocio naviero y portuario, han convertido a las Terminales Portuarias en complejos centros para la manipulación de mercancías, no exentas de los riesgos tradicionales del sector.
2. La utilización de la cláusula Himalaya, aún hoy, continúa encontrando numerosos obstáculos para su aplicación efectiva, a la luz de la interpretación legislativa y jurisprudencial de los distintos países.
3. Si bien el Convenio de Viena 1991 representa un conjunto de normas bien estructuradas encaminadas a establecer un régimen uniforme que regule la responsabilidad de las Terminales Portuarias, las mismas lejos están de ser mayoritariamente aceptadas, además de que resultan restringidas en cuanto a su ámbito de aplicación.
4. Las Reglas de Rotterdam constituyen un avance importante en cuanto al amparo de las Terminales Portuarias como PARTE EJECUTANTE MARÍTIMA; aún así resultan igualmente restringidas.
5. A la luz de las anteriores consideraciones, la adopción de un régimen específico de responsabilidad para las Terminales Portuarias, pareciera seguir siendo una opción conveniente. El Convenio de Viena 1991 ofrece una solución, aunque parcial.
6. Ese régimen, desde luego, podría ser enriquecido mediante la elaboración de una normativa nacional específica, que permitiera a las terminales portuarias contar con defensas y límites claramente expresados, para afrontar los múltiples riesgos a que se encuentran expuestos.

Referencias y lecturas recomendadas:

- ARIAS VARONA, Fco. Javier. (2006). *Manipulación portuaria y daños a las mercancías. La responsabilidad extracontractual del operador portuario*. Editorial Comares, Granada, 219 pp.
- CORNEJO LACROIX, Eugenio. (1998). “Marco Jurídico regulador de la responsabilidad de los operadores portuarios”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIX. [Documento en Línea] Disponible: <http://www.google.co.ve/search?q=responsabilidad+operadores+terminales+portuarios&hl=es&prmd=ivns&ei=Ks9OTYibMYP68AbnhMj5Dg&start=10&sa=N> [Consulta: 2011, diciembre 15]
- GONDRA ROMERO, José María. (1970). *Régimen Jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*. Editorial Tecnos, Madrid, 147 pp.
- MARÍ, Ricard y otros. (2003). *El transporte de contenedores. terminales, operatividad y casuística*. Ediciones UPC, Barcelona (España), 282 pp.
- OMS, Erick. (2009). *Consideraciones Jurídicas sobre responsabilidad de las terminales portuarias en su calidad de depositarios de mercaderías*. [Documento en Línea] Disponible: http://aduananews.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1287:consideraciones-juridicas-sobre-responsabilidad-de-las-terminales-portuarias-en-su-calidad-de-depositarios-de-mercaderias&catid=41:archivo-doctrinas&Itemid=54 [Consulta: 2011, diciembre 15]
- SABATINO PIZZOLANTE, José Alfredo. (2004). “La responsabilidad de los operadores portuarios”. En *El nuevo Derecho Marítimo Venezolano* (varios autores). Editado por la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Caracas.

La evaluación de los riesgos de transporte en los vehículos autónomos*

José Alfredo Sabatino Pizzolante

A manera de introducción

Los Vehículos autónomos o Buques Autónomos constituyen un tema sencillo y a la vez complejo. Sencillo porque tratándose de un tema en desarrollo, por explorar, cualquier cosa que se diga resulta útil y en ocasiones novedoso; complejo, porque precisamente por ser un tema en desarrollo y complejo, necesariamente nos sitúa en el campo de la especulación, por lo que debemos ser cautelosos. Aún así, dado lo trascendente del tema, vale la pena una aproximación.

Imprescindible antes de evaluar los riesgos, resulta definir a los buques autónomos, técnicamente denominados por la Organización Marítima Internacional (OMI) como “Maritime Autonomous Surface Ships” o MASS, por su acrónimo.

La OMI ha desarrollado un importante trabajo en este campo, a través del Comité de Seguridad Marítima, constituyendo un grupo de trabajo sobre el tema el año 2018. Dicho Comité viene haciendo

* Publicado en “Libro Homenaje al Doctor Luis Cova Arria”, conmemorativo del 25 aniversario de la especialización en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior del Centro de Estudios de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Tomo II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020. El presente artículo desarrolla las ideas expuestas en conferencia que bajo el mismo título presentara el autor, durante las VI Jornada de Seguro Marítimo y Portuario, celebradas en Cartagena de Indias, Colombia, del 19 al 21 de febrero de 2020. El autor agradece a Benjamín Cordero Cote, por la asistencia brindada en la preparación del presente trabajo.

un estudio exploratorio sobre la reglamentación que incluye la definición preliminar de los MASS y los grados de autonomía, y demás instrumentos necesarios para que estos vehículos autónomos puedan operar en el futuro, en condiciones de operatividad, seguridad y garantizando la protección al medio ambiente. El trabajo comprende la revisión del marco normativo para, entre otras cosas, identificar las enmiendas requeridas por los instrumentos existentes y/o la elaboración de nuevas reglamentaciones. Entre los muchos instrumentos a revisar, se encuentran:

- 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).

El presente artículo comprende una breve revisión del concepto de “Buque Autónomo”, el estatus actual de los desarrollos alcanzados, haciendo énfasis de manera específica, en la evaluación de los riesgos asociados este tipo de embarcaciones y su cobertura de seguros.

Buques Autónomos y breve cronología de su evolución

De acuerdo a la OMI, se entiende por “Buque Marítimo Autónomo de Superficie” todo buque que, en diversos grados, puede navegar sin depender de la interacción humana. El concepto no es unívoco y, por el contrario, engloba una variedad de embarcaciones, cuyo grado de autonomía comprende:

- 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 automatizadas.

- Buque controlado a distancia con gente de mar a bordo: El buque se controla y opera desde otro emplazamiento, pero hay gente de mar a bordo.
- 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.
- Buque totalmente autónomo: El sistema operativo del buque es capaz de tomar decisiones y de determinar acciones por sí mismo.

Por otra parte, se podría simplificar los conceptos distinguiendo entre Buque no Tripulados (Unmanned Vessels o UVs), sin tripulación a bordo, pero remotamente operados desde tierra; y Buques Autónomos (Autonomous Vessels o ASVs), con o sin tripulación a bordo, pero embarcaciones pre-programadas que operan usando algoritmos.

Una breve cronología de los desarrollos que se vienen observando en el sector, nos revela los significativos avances que se han registrado y, por tanto, la importancia de la adecuación de la normativa aplicable:

2015.- La Agencia Tecnológica de Innovación de Finlandia promovió junto a Rolls-Royce y algunas universidades del mundo, el proyecto “Advanced Autonomous Waterborne Applications”, por un costo superior a los de 6.6 millones de Euros. Dicho proyecto en su primera fase desarrollaría investigaciones sobre tecnología aplicable a la industria marítima, que contribuyera al propósito de la creación de naves no tripuladas, explorando también aspectos técnicos, legales y económicos. Luego de ello, a mediados de 2017 entraría en las siguientes fases para ofrecer especificaciones y diseños preliminares para la industria, válidamente certificados por expertos¹.

2015.- La empresa de los Emiratos Árabes Unidos SmartOwn incorpora en su portafolio el Vehículo de Superficie Autónomo

¹ AAWA (2016). *Remote and Autonomous Ships. The next step*. En: <https://www.rolls-royce.com/~media/Files/R/Rolls-Royce/documents/customers/marine/ship-intel/aawa-whitepaper-210616.pdf>

(USV) B7 “The Beagle”, cuyo diseño venía gestándose desde el 2009. Fabricado con fibra de vidrio, esta nave cumple un propósito esencialmente militar y de seguridad, no obstante, puede servir a ciertas funciones comerciales como la vigilancia de puertos, recopilación de datos de minerales en alta mar, mitigación de derrames de petróleo y detección de materiales peligrosos.

2016.- El Pentágono presenta el buque experimental autónomo más grande hasta entonces construido, el “Sea Hunter”. Una nave de 40 metros de eslora equipada con radares, sonares, cámaras y sistemas de posicionamiento global, capaz de recorrer 18.520 kilómetros por sí sola en busca de submarinos y minas submarinas.

2017.- Yara, una empresa internacional noruega de la industria química, ordena el primer buque portacontenedores autónomo y eléctrico del mundo, actualmente se encuentra en construcción y a pesar de que inicialmente estaría listo para este año, a través de un comunicado la empresa ha informado que el proyecto se detendría por causa del COVID-19. Estará dedicado al transporte de productos de la planta de producción Porsgrunn de Yara a Brevik y Larvik en Noruega. Se espera que el Yara Birkeland opere inicialmente como una nave tripulada, más tarde pasará a operar remotamente y, finalmente, se espera que el buque sea capaz de realizar operaciones totalmente autónomas.

2017.- Se inscribe en el registro de buques del Reino Unido (UK Ship Register) el primer buque autónomo, el C-Worker 7, construido por ASV Global, una empresa manufacturera de sistemas marinos no tripulados y autónomos. La embarcación tiene capacidad para ser operada bajo control directo, parcialmente tripulada o sin tripulación para ser utilizada en posicionamiento subacuático, inspecciones y monitoreo ambiental de obras. Su capacidad fue demostrada el 19 de enero del 2018, momento en que la empresa anunció el despliegue exitoso de la nave, al ser usada como apoyo para una operación de instalación de tuberías en las costas de Egipto².

² En: <https://www.asvglobal.com/subsea-7-utilise-c-worker-7-autonomous-surface-vessel-in-mediterranean-operation/>

2018.- Anuncio de Wilhelmsen y Kongsberg sobre creación de la primera naviera de buques autónomos, ofreciendo una cadena de valor completa para buques autónomos, desde diseño y desarrollo hasta sistemas de control, servicios logísticos y operaciones de buques. El plan de Massterly es tener centros de control terrestres que monitoreen y operen naves autónomas a nivel mundial, aprovechando las soluciones tecnológicas de Kongsberg y las operaciones de logística y gestión de buques de Wilhelmsen.

2019.- Se lanza AUTOSHIP, iniciativa puesta en marcha por diferentes empresas como Rolls Royce, Bureau Veritas y Kongsberg, entre otras, con el objetivo prioritario de “poner en funcionamiento los buques autónomos avanzados” así como “identificar los estándares comunes y proporcionar mejores prácticas y protocolos de capacitación para la tripulación y los operadores”. La propuesta financiada por la Comisión Europea, pretende tener los primeros servicios comerciales autónomos costeros y terrestres no tripulados en 2023 y los buques autónomos no tripulados en navegación oceánica en torno al 2030.

2019.- El Buque de Carga Autónomo chino “Jindouyun 0 Hao”, construido por la empresa Yunhang Intelligent a partir del 2017, arribó exitosamente tras ejecutar su primera prueba, navegando en el mar de la provincia de Guangdong, al sur de China³.

¿Por qué Buques Autónomos?

En verdad no se trata de un tema nuevo. Desde hace años la industria viene observando una disminución en el número de tripulantes, en la medida que los avances tecnológicos aumentan. Los aseguradores vienen brindando, tiempo atrás, cobertura a vehículos operados remotamente (Remotely Operated Vehicles o ROVs) en el sector costa afuera.

Sin embargo, ahora el hombre busca nuevos horizontes en el que estos vehículos tengan autonomía de gestión en reemplazo del elemento humano, sustituido por la inteligencia artificial.

Pueden mejorar la seguridad, reduciendo la intervención del hombre; después de todo hay consenso entre los diversos reportes y

³ En: http://spanish.xinhuanet.com/photo/2019-12/16/c_138633783.htm

estudios publicados, que los accidentes marítimos son causados mayoritariamente por errores humanos producto, por ejemplo, de fatiga y mal juicio. Según el Informe Anual sobre Accidentes Marítimos, preparado por la Agencia Europea de Seguridad Marítima (EMSA por sus siglas en inglés), 65,8% de los accidentes ocasionados en el año 2018 tuvieron como causa factores humanos⁴.

Aumentarán la eficiencia, pues reducen el espacio requerido por la tripulación dedicándolo a la mercancía.

Por otro lado, desde el punto de vista ambiental, algunos de los datos aportados por los proyectos en desarrollo son bastante prometedores. En el caso del Yara Bierkeland, se estima la eliminación de aproximadamente 40.000 viajes de tráfico interno efectuado por camiones, lo cual, sumado al hecho de que este buque posee un sistema de propulsión eléctrico, representaría una reducción significativa de las emisiones de azufre.

Así mismo, proyectos como el ReVolt, de la sociedad clasificadora Det Norske Veritas Germanischer Lloyd, también apuestan al sistema de cero emisiones, a través de baterías. No obstante, para aquellos que acoplándose a los términos del Convenio MARPOL⁵, aún mantengan un sistema de combustible, seguirían ahorrando emisiones en relación a sus predecesores, debido a la reducción de peso muerto que consiguen las estructuras autónomas, lo que se traduce en menos combustión y menos contaminación⁶.

Otro de los aspectos a tomar en cuenta es la reducción de los costos de tripulación, los cuales algunos estudios estiman en alrededor de 43%⁷. En este sentido, los diversos armadores no solo podrán cubrir los costos iniciales de inversión, sino que a la larga este concepto podrá ser trasladado a otros aspectos, como desarrollo tecnológico o creación de empleos necesarios a nivel de obtención de software,

⁴ European Maritime Safety Agency (EMSA), *Annual Overview of Marine Casualties and Incidents 2019*, p. 8.

⁵ Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques (MARPOL), Anexo V. Desde el 1º de enero de 2020, el límite de contenido de azufre en el combustible usado a bordo de los buques que operen fuera de las zonas de control de emisiones designadas será de 0.50 % masa/masa.

⁶ Valero Pérez, María (2019). *Estudio sobre la autonavegación en buques mercantes*. Facultad Náutica de Barcelona - Universidad Politécnica de Cataluña, pp. 12-22.

⁷ Nevot de Martino, Angel Domingo (2017). *Costes Fijos de un Buque*. Escuela Superior de la Marina Civil de Gijón. Universidad de Oviedo, p. 35.

estaciones de control terrestres o prestación de renovados servicios navieros que requerirán estas naves.

Sin embargo, todavía la autonomía de estas embarcaciones parece estar lejos de ser una absoluta, esto es, sin tripulación a bordo, siendo la razón: a) Problemas de seguridad, especialmente en el caso de buques de gran porte que operan en aguas congestionadas; b) Infraestructura de tierra que permita el monitoreo y control efectivo de las embarcaciones; y c) La conectividad. (Problemas con el GPS, como lo veremos más adelante).

Responsabilidad y Buques Autónomos

Fundamental resulta la adecuación del marco regulatorio, a nivel internacional y doméstico. Existen instrumentos tales como el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS) 1974, o los Reglamentos Internacionales para Prevenir Abordajes (COLREGS) que necesariamente deben ser revisados y actualizados.

Por ejemplo, las Reglas 2 y 5 de la COLREGS aluden al involucramiento humano, específicamente, requieren del Capitán y la tripulación cumplir con las Reglas (2), y ejercer una eficaz vigilancia visual y auditiva o “Look out” (5), reglas de difícil sino imposible cumplimiento en el caso de buques no tripulados, a menos que se considere como Capitán o tripulación, a quienes operen remotamente el vehículo no tripulado, para fines de la Regla 2.

¿Cumpliría un vehículo no tripulado con los requerimientos de la Regla 5, si estuviera equipada con cámaras de última generación, o tendría que cumplir con esta Regla en caso de que opere conforme a una ruta pre-programada?

¿Podría el personal de tierra que opera remotamente una de estas embarcaciones, ser considerado un Capitán o tripulación, a los efectos de la Regla 2? Puchol Sancho, por ejemplo, también plantea interrogantes con respecto a la responsabilidad generada por la observancia de estas reglas:

“Los responsables del centro de control de tierra serán responsables si conducen el barco por control

remoto, pero si la inteligencia artificial está conduciendo y tomando las decisiones de navegación del barco, ¿deberían los operarios del centro control ser considerados responsables de la conducta del barco en lugar del fabricante de la tecnología de navegación autónoma? Dicha tecnología genera decisiones que son difíciles de entender por los humanos a medida que aprende patrones a partir de datos. Por este motivo, aunque se prevé que un ser humano supervisará el barco autónomo, si la inteligencia artificial toma una decisión que infringe los COLREG, ¿debería ser responsable la empresa que creó la tecnología? En cualquier caso, lo más probable es que se responsabilizará al propietario del buque autónomo, al igual que al centro de control de tierra en caso de que se lo considere el capitán del buque autónomo”⁸.

Habría que revisar la distribución de responsabilidad entre el Capitán (Propietarios) y la empresa fabricante, en casos en que el accidente es causado por un defecto en el diseño del producto. Resulta obvio cuando hablamos de estas nuevas tecnologías (Inteligencia Artificial), que la responsabilidad por idoneidad y confiabilidad descansen con el fabricante. No obstante, lo anterior, convendrá a la industria categorizar los posibles defectos de un Software de Navegación, inclusive determinar a cuál de los sujetos que intervinieron en su adopción al buque le es imputable el problema (Sea el programador, la empresa productora, el instalador, o el encargado de actualizarlo), los cuales, según Bauza Reilly⁹, pueden ir desde un error en la concepción algorítmica o código fuente, hasta una instalación o utilización defectuosa del programa.

El mismo autor señala que resulta clave en materia de derecho informático los controles de calidad aplicables y la tecnología al alcance del programador para prever posibles errores en la elaboración

⁸ Puchol Sancho, Noelia (2017). *El Régimen Jurídico de los Buques no Tripulados*. Instituto Marítimo Español - ICADE Business School, p. 61.

⁹ Bauza Reilly, Marcelo (1996). “Responsabilidad Civil en materia informática”. En: Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, Facultad de Derecho de Montevideo, Uruguay.

del producto o en la prestación del servicio de software, según se le catalogue jurídicamente. También indica que la distinción entre un sistema completamente automatizado y uno donde se ejecutan ciertas intervenciones humanas, será de útil importancia al momento de ajustar cierto tipo de responsabilidad.

A diferencia de un sistema automatizado donde, según Bauza Reilly (p. 330), es más plausible argumentar un sistema de responsabilidad objetiva, debido a que se está en presencia de un nexo causal entre el hecho dañoso y el perjuicio ocasionado por el sistema autónomo, el mismo autor señala lo siguiente según se trate de un programa destinado a funcionar bajo control humano:

“Tratándose de un programa destinado a la gestión de informaciones, cualquier defecto de funcionamiento de aquél se traducirá en la inexactitud de las informaciones suministradas por el sistema, las que de una forma u otra serán controladas por un operador humano. Esta intervención humana, aunque más no sea en la provisión de informaciones iniciales al sistema, es la que descarta la posibilidad de acudir a la responsabilidad objetiva, ya que no estamos en presencia de una causalidad directa”.

Por otro lado, sin perder de vista el principio de responsabilidad objetiva ya existente en algunos instrumentos normativos, la responsabilidad que tiene su fundamento en la culpa, es un tema sujeto a revisión. A maneja de ilustración, en aquellos casos de abordajes causados por un vehículo autónomo, atribuible exclusivamente a un problema de software, la responsabilidad debería ser de la empresa desarrolladora del mismo, cubierta en todo caso por la respectiva cobertura de seguro (Product liability insurance).

El punto de la responsabilidad ha venido siendo objeto de estudio en el ámbito de los vehículos autónomos terrestres, campo en el que han ocurrido importantes avances si se compara con el marítimo, de allí que algunos sugieran la necesidad de establecer analogías, toda vez que la operación de estos vehículos en tierra y agua presentan actores comunes: conductor, propietario, usuario, fabricante del vehículo (ensamblador), fabricante de partes, desarrollador de

programas, etc. Al referirse a los vehículos autónomos terrestres, Keri Grieman sostiene que las concepciones de responsabilidad que rodean al operador del vehículo deben actualizarse para reflejar la realidad de que el operador no afecta ni debería afectar la “toma de decisiones” del vehículo involucrado, lo que obliga a dirigir la atención hacia el fabricante y otros actores. De allí que se deba admitir que las concepciones de responsabilidad son profundamente problemáticas para este tipo de vehículos, no solo en razón de la relativa reciente introducción de los mismos, sino también de las pocas respuestas sobre quiénes puede recaer la responsabilidad que ofrece la jurisprudencia actual. Obviamente la responsabilidad debe descansar primariamente sobre la parte que tiene el control efectivo, pero su determinación no siempre resulta un fácil ejercicio, de allí que este autor proponga “una responsabilidad estricta, ya que los daños deben ser reembolsados, y nadie debe enfrentar dificultades financieras por decisiones más allá de su control. Esta responsabilidad estricta debe ser asignada sin culpa”¹⁰.

Aplicando este razonamiento al caso de buques autónomos o no tripulados, si la causa de un abordaje fuera atribuible únicamente a un malfuncionamiento del software, ¿podría el fabricante ser el único responsable y entraría esto bajo la cobertura de su seguro de responsabilidad del producto? O si, un buque autónomo estuviera involucrado en un abordaje que fue en parte culpa del fabricante y en parte culpa del personal que opera el buque en tierra, se distribuiría la responsabilidad o se impondría una responsabilidad estricta, no basada en la culpa, ¿del propietario del buque?

Por otra parte, tomando en cuenta el rol que puede jugar el operador remoto en este tipo de embarcaciones, su responsabilidad debe ser objeto de análisis. En relación a este punto, se ha afirmado: “Potencialmente, los operadores remotos estarán en el centro mismo de la futura operación y gestión de buques. Como tal, se espera que los operadores remotos atraigan responsabilidad y sean considerados como sujetos de responsabilidad independiente. Incluso en el contexto de MASS totalmente autónomo, se espera que se requiera la designación de un operador remoto / responsable para anclar

¹⁰ Grieman, Keri (2019). “Hard Drive Crash: An Examination of Liability for Self-Driving Vehicles”, 9 JIPITEC 294 para 1. En: <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-3-2018/4806>

las responsabilidades. Como parte de esto, queda por definir si un ente legal puede servir como operador remoto o si solo las personas físicas, similares al rol actual del Capitán, pueden servir como operador remoto. / En la medida en que los operadores remotos se establezcan como proveedores de servicios externos, se espera que el régimen contractual sea similar al de los gerentes técnicos y comerciales actuales. Esto incluye un alcance claramente definido de servicios, garantías y obligaciones. Además, se espera que las limitaciones cuantitativas y cualitativas de la responsabilidad contractual sean comúnmente aceptadas. En relación con la responsabilidad de terceros, generalmente se supone que los armadores seguirán siendo solidariamente responsables de los actos y omisiones del operador remoto...”¹¹

Todas estas son interrogantes que surgen de la puesta en operación de los Buques Autónomos. En otras palabras, el esquema actual de responsabilidad se fundamenta en la culpa del propietario, quien es solidariamente responsable por los actos y omisiones de la tripulación, empleados y terceros ejecutantes de los servicios relacionados con el buque. El problema de este sistema es que cómo se puede estimar la culpa, en escenarios en donde no media el hecho humano, la toma de decisiones por el hombre, estando más bien ante programas pre-diseñados y algoritmos.

Evaluación de los riesgos

En lo adelante abordamos el punto medular de nuestro trabajo, esto es, la evaluación de los riesgos asociados a este tipo de embarcaciones. Obviamente los vehículos autónomos están sujetos a los mismos y tradicionales riesgos que los buques convencionales están expuestos en cualquier viaje. Algunos de carácter natural como una tormenta o hielo, otros de naturaleza fortuita como una explosión, un fuego o abordaje. Sin embargo, en el caso de los Buques Autónomos estos riesgos pueden operar de manera diferente, además, de enfrentar otros específicos como los ciberataques o mal funcionamiento o defectos en los elementos tecnológicos de abordaje y/o tierra.

¹¹ CORE Advokatfirma & Cefor. (2018). *Maritime autonomous surface ships. Zooming in on civil liability and insurance*, p. 14.

- **ACCIDENTES**

La ausencia de tripulaciones o el aumento de los sistemas computarizados en el control y desplazamiento de los buques, supone la ausencia del “error humano” lo que podría incidir en la reducción de siniestros que resultan en abordajes y varaduras, por citar dos supuestos.

- **EJECUCIÓN DE MANIOBRAS**

Algunas opiniones sugieren que ante la ausencia de tripulación, la ejecución de algunas maniobras de seguridad o de operación, tales como el atraque, podrían verse dificultadas, no sólo por el hecho de que los operadores remotos deben familiarizarse a través del sistema de navegación con la zona en donde se manibre, sino que también alguna de estas operaciones suelen tener la presencia de prácticos, remolcadores y autoridades portuarias que pueden no estar tan familiarizadas con estos buques, como también no contar con instalaciones portuarias compatibles con estos¹².

En este sentido, existen ciertos elementos técnicos apreciables en los proyectos en desarrollo que plantean alguna incertidumbre, de acuerdo a Portela Folgar, quien explica que diseños como el de Rolls Royce o el Yara Birkeland, presentan una aerodinámica impecable y elegante, pero sin apreciar la incorporación de grúas u otros sistemas de carga, por lo que es importante revisar si existe compatibilidad entre un modelo tan tecnológico y la variedad de condiciones portuarias que pueden presentarse de un muelle a otro. Por otro lado, contempla ciertas problemáticas en los sistemas de detección y visibilidad del buque, por lo que señala:

“También uno de los pilares del sistema de navegación autónoma es el módulo de sensores que presenta varios inconvenientes, más concretamente en las cámaras y el LIDAR. El problema que presentan las cámaras es la generación masiva de datos. Una imagen digital es un archivo muy pesado, y multiplicado por todas las horas del día que está grabando, implica que el espacio de almacenamiento se debe multiplicar, con su correspondiente costo

¹² Valero Pérez, María. (2019). *Op. cit.*, p. 32.

adicional. Además, las cámaras convencionales no se pueden usar en la oscuridad, y su visión está tan limitada como la humana en situaciones de niebla o lluvia fuerte.../ En el caso del LIDAR¹³ la desventaja principal es que sus componentes son bastante delicados, son pequeñas piezas que se mueven de forma muy rápida para realizar los escáneres y a largo plazo se pueden ver afectados por los balances del barco''¹⁴.

- **DAÑOS A LA MERCANCÍA**

La ausencia de tripulaciones, o su utilización en un número muy reducido, sin embargo, puede dar lugar a nuevos escenarios en lo que respecta a pérdida o daños a la mercancía, dificultando la ejecución de planes de contingencia o reacción ante eventos tales como incendios y robos.

- **TRIPULACIÓN**

La ausencia de tripulación en este tipo de embarcaciones, o al menos una muy reducida presencia en el número de tripulantes, plantea problemas de respuesta en el evento de un siniestro.

Es cierto que los vehículos autónomos que suponen la no intervención de tripulantes significarán, según algunos estudiosos, una reducción de accidentes por error humano, pero no hay que olvidar que estos buques navegarán en aguas compartidas con buques tripulados, así que el error humano está lejos de desaparecer.

Los reclamos por lesiones personales, enfermedades y muertes a bordo son de importancia dentro de las estadísticas anuales de los aseguradores. Un Club, a manera de ilustración, reporta que aquellas abarcan sobre 25%-35% de sus reclamos anuales. Podría pensarse que estas reclamaciones disminuirán en el caso de los buques autónomos.

La ausencia de tripulación, por otra parte, reducirían el riesgo de secuestro en el caso de los ataques por piratas.

¹³ LIDAR: Detección y determinación de la luz o Detección y localización de imágenes por láser.

¹⁴ Portela Folgar, Sara (2018). *Buques Autónomos. Evolución técnica y retos a superar para alcanzar la navegación autónoma*. Escuela Técnica Superior de Náutica y Máquinas. Universidade da Coruña, p. 78.

- **CIBERATAQUES**

Se trata de un campo que requerirá de mucha y mayor atención. Aún así, afirmaba un representante de Massterly, que este tema no debería ser de gran preocupación, toda vez que la operación de los buques autónomos es más segura que los convencionales, pues en tal evento estarán programadas para entrar en una suerte de “modo seguro” (safe mode), soltando anclas o procediendo al puerto más cercano.

Habida cuenta el grado de automatización, la existencia de software especializado, la necesidad de conectividad, entre muchos otros elementos técnicos, del que los buques autónomos dependen, es vital la seguridad cibernética.

En los últimos años la industria marítima ha visto casos concretos que demuestran la seriedad de los riesgos que se enfrentan en este campo, quizá el más publicitado el ataque sufrido por los sistemas informáticos de Maersk el año 2017, que afectó a muchas de sus terminales alrededor del mundo (Algeciras, Tánger (Marruecos), Callao Lima (Perú), Bombai (India), Itajaí (Brasil) y Buenos Aires (Argentina), impidiendo la entrega de miles de TEUs y pérdidas estimadas entre 200 y 300 millones de dólares.

Como lo señalaba un autor el tema es particularmente dramático en un escenario en el que las computadoras se convierten en los únicos miembros de la tripulación a bordo.

La figura del Capitán, una persona o grupo de personas que tienen el control de un buque, es reemplazada por el control sobre cientos de embarcaciones desde la costa, mediante el uso de la inteligencia artificial (AI). Este control de buques de manera remota, es lo preocupante, puede ser ejecutado por personas con buenas intenciones, pero también por personas con intenciones ilícitas, piratas del mundo cibernético o verdaderos piratas del siglo XXI. Desvíos de ruta, secuestro del buque o de la carga y el robo de datos de la compañía son solo algunos de los riesgos que se enfrentan con la piratería cibernética.

Los “hackers” podrían así manipular los sistemas informáticos o las señales de GPS, de tal manera que alteren su curso, impidan la conectividad, falseen su real localización, etc., facilitando con ello el

robo de mercancías o el secuestro de la embarcación y su tripulación o pasajeros.

De hecho, algunos reportes, señalan que la señal del sistema de posicionamiento global (GPS) no ha sido confiable durante los últimos dos años, especialmente en el Mediterráneo, en el que algunos estudios encuentran explicación en interferencia intencional.

Las fuentes de tales interrupciones son difíciles de rastrear. Pero los expertos en navegación están de acuerdo en que están en aumento, a menudo junto con el crimen o los conflictos armados. Y la creciente interferencia ha expuesto vulnerabilidades para el GPS y para los buques oceánicos que dependen de él, una industria que maneja más del 80% del comercio mundial, según la Organización Marítima Internacional.

Debido a tales consideraciones, autores como Valero Pérez recomiendan el uso de tecnología encriptada y verificable en el almacenamiento de la data del Buque, así como también los procedimientos que este ejecute de forma automática, sobre todo cuando se trata de soluciones para fallos, maniobras, rutas alternativas y demás. En todo caso, el uso de un dispositivo de reinicio, como medida de seguridad no deja de ser una buena opción, cuidando siempre que una vez efectuado éste, el buque se mantenga con el mismo nivel de navegabilidad.

Finalmente, es importante recordar que el sistema de reaseguros del Grupo Internacional no excluye las pérdidas o responsabilidades derivadas de los riesgos cibernéticos, por lo que los miembros se benefician del mismo nivel de cobertura de P&I en caso de que surja un reclamo debido a un riesgo cibernético, como lo harían con un reclamo derivado de un riesgo tradicional. Este es el caso a menos que el riesgo cibernético en cuestión constituya un riesgo de guerra excluido, como el terrorismo. La responsabilidad de terceros causada por una falla del software de navegación a bordo de un barco no tripulado constituiría un riesgo cibernético y no quedaría excluida de la cobertura de P&I¹⁵.

¹⁵ BIMCO y otros. *The Guidelines on Cyber Security Onboard Ships* version 3: "It should be noted that many losses, which could arise from a cyber incident, are not in the nature of third-party liabilities arising from the operation of the ship and are therefore not covered by P&I insurance. For example, financial loss caused by ransomware, or costs of rebuilding scrambled data would not be identified in the coverage. It should, however, be noted that

También vale la pena señalar que las aseguradoras comerciales tienen a su disposición pólizas separadas de riesgos cibernéticos que cubren las infracciones de datos y la interrupción del negocio. Se espera que la cobertura de riesgos cibernéticos se convierta en una cobertura complementaria para responder a los riesgos inherentes a una mayor dependencia tecnológica.

En complemento a los puntos arriba esbozados, son de particular interés en la evaluación de los riesgos, los siguientes:

- **Navegabilidad (Seaworthiness):**

Se trata de un principio fundamental en el transporte marítimo de mercancías. Cabe preguntarse, ¿qué pasaría en un escenario en el que se verifique de manera manifiesta el incumplimiento de una debida gestión de riesgos cibernéticos en el marco del código de gestión de la seguridad? ¿Haría esta circunstancia innavigable el buque, con las consecuencias contractuales y de seguro que de ello se derivan?

¿Haría innavigable a un buque autónomo, la contratación de software de navegación deficientes o la falta de actualización de los mismos, por parte de los Propietarios?

Pero no es la única preocupación. En el marco de las reglas de la Haya o Haya-Visby, es necesario revisar las excepciones por errores en navegación o gestión del buque (errors in navigation or management of the ship). Es muy probable que el operador remoto sea considerado a los efectos “Capitán” o “sirviente del transportista” y que las faltas cometidas en la gestión del buque por el personal de tierra, no necesariamente caigan bajo la aplicación de las reglas.

En algunas discusiones y mesas de trabajo se ha planteado, por ejemplo, que futuras modificaciones normativas del transporte de mercancía, contemplen eventos de cyber-hacking como excepciones de responsabilidad del porteador.

- **Limitación de Responsabilidad:**

Los buques autónomos suponen la presencia del armador y los operadores remotos en tierra. Lo anterior obliga a revisar el mecanis-

normal P&I cover in respect of liabilities is subject to a war risk exclusion and cyber incidents in the context of a war or terror risk will not normally be covered”.

mo de limitación y su alcance, de particular interés para el negocio y sus aseguradores.

Debe tenerse en cuenta el Convenio de Londres sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamos Marítimos (1976) y los demás esquemas de limitación vigentes en el negocio. Es especial, en el contexto de los buques autónomos, surge dudas acerca de la expresión “cualquier persona de cuyas acciones, omisiones o negligencia sean responsables el propietario o el salvador, esa persona podrá invocar el derecho de limitación de la responsabilidad estipulado en el presente Convenio” (Artículo 1 (4)).

Resulta necesario clarificar si el derecho de limitar responsabilidad podrá ser invocado por los operadores remotos, los fabricantes de sistemas, equipos, programadores de softwares de navegación, entre otros, lo que luce por demás bastante lógico y conveniente.

- **Código Internacional de Gestión de la Seguridad (ISM Code):**

Resulta obvio que los riesgos cibernéticos adquieren una seria dimensión en el marco de los vehículos autónomos, causando fallos operacionales, de seguridad o protección del transporte marítimo. Un ciberataque a gran escala podría representar para el propietario asegurado serias pérdidas por interrupción de negocios, daños a la reputación y pérdida de datos o información.

Es aquí donde resulta fundamental la identificación de los riesgos cibernéticos, instrumentos de mitigación, procedimientos de seguridad y cualesquiera otros elementos que permitan evitar o disminuir la ocurrencia de estos ataques.

El tema ha estado en la agenda de la OMI desde hace tiempo. Así, el Comité de Seguridad Marítima, en su 98º periodo de sesiones, en junio de 2017, adoptó la Resolución MSC.428 (98), sobre la Gestión de los riesgos cibernéticos marítimos en los sistemas de gestión de la seguridad, mediante la cual se alienta a las Administraciones a garantizar que los riesgos cibernéticos se abordan debidamente en los sistemas de gestión de la seguridad a más tardar en la primera verificación anual del documento de cumplimiento de la compañía después del 1º de enero de 2021.

Igualmente, las Sociedades Clasificadoras de Buques se adelantaron hace ya unos años, en establecer las pautas para el diseño,

construcción y mantenimiento de Buques no Tripulados. Una de ellas fue Lloyd's Register, publicando en febrero de 2017 el "*Unmanned Marine System Code*" que estipula 6 niveles de autonomía (AL, *Autonomy Levels*) conforme a los cuales se desarrollan las áreas de estructura, estabilidad, sistemas de control y eléctricos, sistemas de maniobra y navegación, enfriamiento, propulsión y auxiliares, siendo todos estos elementos esenciales para que un buque sin tripulación opere en condiciones de seguridad.

Comentarios finales

- 1.- Aunque los vehículos autónomos en el largo plazo hacen suponer importantes cambios en la manera como el transporte marítimo se desenvuelve, en el corto plazo no representa una mayor amenaza para los hombres de mar.
- 2.- Algunos estudios apuntan al hecho de que no habrá reducción significativa de marinos a bordo, y sí mayor necesidad de capacitación en nuevas áreas tanto a bordo como en tierra.
- 3.- Los buques autónomos, sin importar su grado de desarrollo, tampoco supondrán la desaparición del "elemento humano" como desencadenante de posibles accidentes, pues en el caso más extremo lejos de desaparecer se trasladará del buque a tierra, en donde estará el operador que los controla, los diseñadores de software y los responsables del soporte tecnológico.
- 4.- Los Buques Autónomos no suponen un mayor problema para el mercado asegurador, que aún con muchos de los productos actuales puede ofrecer cobertura para los riesgos a los que están expuestos este tipo de embarcaciones. Es obvio que en la medida que nuevos desarrollos tengan lugar, aumentando así el grado de autonomía, estos serán objeto de análisis por parte de los aseguradores con miras al diseño de nuevos productos y clausulados.
- 5.- Ganará así terreno, aún más, la cibernética y la inteligencia artificial, pero difícilmente desaparecerán el "error humano" y la responsabilidad.

En conclusión, todo un reto para la Organización Marítima Internacional (OMI), el Comité Marítimo Internacional (CMI), el mercado asegurador, los Estados de la bandera, y otras organizaciones públicas y privadas, pero nada imposible para un sector que por décadas viene presenciando enormes avances tecnológicos, y ha sabido adaptar la normativa y el seguro en resguardo del transporte marítimo y el comercio internacional. Después de todo, vale la pena tener presente que los riesgos nunca desaparecen, tan solo se transforman.

Referencias

- AAWA. (2016). *Remote and Autonomous Ships. The next step*. Rolls-Royce plc, London.
- BAUZA REILLY, Marcelo. (1996). *Responsabilidad Civil en materia informática*. En: Informática y derecho: Revista iberoamericana de derecho informático, Facultad de Derecho de Montevideo, Uruguay.
- CORE Advokatfirma & Cefor. (2018). *Maritime autonomous surface ships. Zooming in on civil liability and insurance*.
- EDER, Sir Bernard. (2018). "Unmanned Vessels: Challenges Ahead" (Belingieri Lecture). En: *CMI Yearbook 2017-2018 Annuaire*, p. 370.
- HAMBURG PORT AUTHORITY & IAPH. (2019). *Autonomous Vehicles' Impact on Port Infrastructure Requirements*.
- HOWSE, Tim. (2019). "Maritime Autonomous Surface Ship - Identifying and Covering the Risks. En: *GARD INSIGHT* - 27 February.
- NEVOT DE MARTINO, Angel Domingo. (2017). *Costes Fijos de un Buque*. Escuela Superior de la Marina Civil de Gijón. Universidad de Oviedo.
- PORTELA FOLGAR, Sara. (2018). *Buques Autónomos. Evolución técnica y retos a superar para alcanzar la navegación autónoma*. Escuela Técnica Superior de Náutica y Máquinas. Universidade da Coruña.

PUCHOL SANCHO, Noelia. (2017). *El Régimen Jurídico de los Buques no Tripulados*". Instituto Marítimo Español - ICADE Business School.

SETFORDS LONDON - ABP. *Automation of Ships in Ports & Harbours*, s/f.

VALERO PÉREZ, María. (2019). *Estudio sobre la autonavegación en buques mercantes*. Facultad Náutica de Barcelona - Universidad Politécnica de Cataluña.

Acción directa contra los clubes de P&I y la regla “Pay to be Paid” *

Maribel Sabatino Baute

Resumen

La regla “*Pay to be paid*” (pagar para ser pagado) está presente en todas las Reglas de Clubes de P&I. La regla requiere que el Miembro pague al tercero con quien se incurrió en responsabilidad antes de buscar una indemnización de parte del Club. Bajo el Derecho Inglés, la regla tiene el efecto de impedir que terceros puedan reclamar directamente en contra del Club. A partir de la aprobación del *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 2010 (Ley de Derecho de los Terceros contra los Aseguradores), se revisó la posición con respecto a las cláusulas de pago previo y se decidió que los Clubes de P&I no pueden valerse de dichas cláusulas en caso de reclamaciones por muerte o lesiones personales. Por otro lado, los terceros que reclaman daños de contaminación por hidrocarburos, gastos de remoción de restos náufragos y los reclamos de pasajeros reciben una protección especial en virtud de varios Convenios Internacionales que parecen proteger un interés general. En tales casos, no se permite a los aseguradores valerse de todas las defensas que tendrían frente a los asegurados. La pregunta sigue siendo si algún día les será concedido a los reclamantes de carga una acción directa en contra de los Clubes de P&I.

* Publicado en Revista de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, mayo 2019, N° 14-3, Segunda Etapa.

Introducción

Los P&I Clubs son descendientes directos de los “Hull Clubs” (clubes de casco) fundados por armadores ingleses en el siglo XVIII para asegurar de forma recíproca sus riesgos de daños al casco. Previamente a la existencia de los P&I Clubs, el seguro marítimo estaba restringido a la protección de la propiedad. Antes de la segunda mitad del siglo XIX, los seguros por responsabilidades frente a terceros no representaban una gran preocupación. No fue sino hasta la decisión *DeVaux vs Salvador*¹, donde se sostuvo que la responsabilidad por los daños causados a otro barco en una colisión no era “*ni un efecto necesario ni inmediato de los peligros del mar*”² y, en consecuencia, no recuperable de la cobertura de seguro marítimo estándar disponible en su momento, que la industria se dio cuenta de los efectos que grandes reclamaciones de terceros podían tener sobre la solvencia de los armadores. Por esta razón, el mercado de cascos decidió incluir la responsabilidad por daños por colisión dentro de su cobertura, pero solo hasta las tres cuartas partes de dichos daños, presumiblemente en un intento de alentar a los armadores a mantener una conducta diligente desde que se dejaba un porcentaje de la pérdida a su propio riesgo³.

En Inglaterra, la Ley de Accidentes Fatales de 1846⁴ hizo que los armadores estuvieran sujetos a una mayor responsabilidad. En consecuencia, en 1855 se fundó el primer club de protección mutua: el Shipowners’ Mutual Protection Society⁵, que ofrecía cobertura exclusiva para la responsabilidad de los propietarios de buques por muerte y lesiones personales, para la responsabilidad por colisión por la cuarta parte no cubierta por los aseguradores de casco y para la responsabilidad por colisión que superara las sumas aseguradas en virtud de la Póliza de Casco (Hull Policy)⁶.

El naufragio del *Westenhope*⁷ en 1870, también hizo evidente la necesidad de cubrir la responsabilidad por pérdida o daño de la

¹ [1836] 4 Ad & El 420 (KB).

² 432 (Lord Denman).

³ F.D. Rose, *Marine Insurance Law and Practice*. (2ndedn, Informa Law 2012) 16.5.

⁴ Esta ley dio a los representantes personales del difunto el derecho de entablar una acción contra el malhechor en beneficio de la familia del difunto y las personas a su cargo.

⁵ Now, the Britannia Steam Ship Insurance Association Limited.

⁶ Richard Williams, *Gard Guidance to the Rules* (Gard AS 2015) 13.

⁷ No se puede encontrar ninguna referencia para este caso. El nombre de la embarcación se conoce como *Westenhop* o *Western Hope*.

carga, ya que, contrariamente a lo que era práctica habitual en ese momento, se decidió que los armadores no podían acogerse a una cláusula de excepción en su contrato de transporte en caso de desviación injustificada, y en su lugar fueron considerados totalmente responsables por la pérdida de la carga. En consecuencia, el primer "Club de Indemnización" se estableció en 1875 para brindar cobertura de seguro de responsabilidad por pérdida o daño a la carga, entonces conocido como riesgo de indemnización. Las sociedades protectoras pronto modificaron sus reglas para proporcionar dicha cobertura de indemnización y se conocieron como Clubes de Protección de Indemnización (P&I).

Desde entonces, el alcance de las coberturas ofrecidas por los P&I clubs se ha ido ampliando paulatinamente con el fin de satisfacer las demandas de los armadores en relación con la cobertura de responsabilidad civil y cubrir el vacío dejado por otras pólizas marítimas. Los P&I Clubs comenzaron a ofrecer cobertura para una amplia gama de responsabilidades legales y para los gastos derivados de, entre otras cosas: pérdida o daño de la carga; contaminación del buque o de su carga; pérdida de la vida y lesiones personales de miembros de la tripulación o pasajeros; eliminación de restos de naufragio; daños a objetos fijos o flotantes y colisiones con otros buques⁸.

Naturaleza de la Cobertura P&I

Un seguro de indemnización, en tanto que es un seguro sobre la propiedad, es una cobertura de indemnización de daños⁹. En el *common law*, un contrato de indemnización cubre los daños no liquidados derivados de la incapacidad del indemnizante de mantener indemne a la persona indemnizada, por ejemplo, de tener que pagar a un tercero. En los casos *The Fanti* y *The Padre Island*¹⁰, Lord Goff aceptó esta condición y el hecho de que, a menos que el contrato disponga lo contrario, no surge un derecho a accionar hasta que la persona indemnizada pueda demostrar la pérdida real¹¹.

⁸ Richard Williams, *Gard Guidance to the Rules* (Gard AS 2015) 14.

⁹ John Birds, *MacGillivray on Insurance Law*. (13th edn, Sweet & Maxwell 2015) 30-002.

¹⁰ *Firma C- Trade S.A. v Newcastle Protection and Indemnity Association ("The Fanti") Socony Mobil Oil Co. Inc. and Others v West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London) Ltd. ("The Padre Island")* (No.2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 191 (HL).

¹¹ *The Fanti and The Padre Island* [1990] 2 Lloyd's Rep. 191 (HL) 201 (Lord Goff); Ver Rafael

Los seguros de indemnización siempre se aplicaron estrictamente en el common law, lo que significaba que la persona que solicitaba la indemnización primero tenía que pagar al tercero y, en consecuencia, haber sufrido una pérdida antes de reclamar la indemnización con respecto a dicha pérdida. No obstante, por equidad no se requería que el que pretendía la indemnización hubiera pagado primero al tercero, especialmente cuando este pago podía causar la ruina del indemnizado¹². Por lo tanto, una póliza ordinaria de indemnización –es decir, un seguro de indemnización que no contenga ninguna disposición expresa de “*pay to be paid*”– podría ejecutarse ordenando que el indemnizador pague la cantidad en cuestión directamente al tercero a quien se le debía la obligación o en algunos casos a la parte a indemnizar¹³. A lo largo de los años, esta posición basada en la equidad prevaleció sobre la interpretación legal estricta.

La regla “*pay to be paid*”

La regla “*pay to be paid*” es una regla dentro de la cobertura de P&I que requiere que el Miembro asegurado cumpla con sus responsabilidades frente a terceros antes de solicitar el reembolso del Club. La disposición normalmente se expresa en las Reglas del Club como una condición previa al derecho de recuperación de un Miembro.

Al ser un componente primordial de la cobertura de P&I, la regla está presente en la mayoría, si no en todas, las Reglas del Club. Un ejemplo de la cláusula se puede encontrar en la regla 5A del UK P&I Club:

“Pago primero por el Propietario: A menos que los Directores, a su discreción, decidan lo contrario, es una condición suspensiva del derecho del Propietario a recuperar de los fondos de la Asociación con respecto a cualquier responsabilidad, costo o gasto, que primero haya descargado o pagado él mismo

Zakrzewski, ‘The Nature of a Claim on an Indemnity’ [2006] Journal of Contract Law 54, ver la jurisprudencia contradictoria sobre si una reclamación de indemnización es una reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato o una reclamación de deuda.

¹² Ver *Johnston v Salvage Association* [1887] 19 QBD 458. En contra de la regla del common law: *Collinge v Heywood* [1839] 112 ER 1352.

¹³ *The Fanti and The Padre Island* [1990] 2 Lloyd’s Rep. 191 (HL) 197 (Lord Brandon).

con fondos propios incondicionalmente y no en forma de préstamo o de otra manera"¹⁴.

Se ha sostenido que estas reglas son perfectamente válidas y tienen el efecto de anular cualquier principio de equidad¹⁵. En consecuencia, la regla de "*pay to be paid*" no solo define los derechos y obligaciones entre el Club y el socio, sino también el momento en que surgen estas obligaciones. Esta interpretación ha llevado a autores como Hazelwood¹⁶ a categorizar el Seguro P&I como un verdadero seguro de indemnización de daño en lugar de, como se ha entendido comúnmente, un seguro de responsabilidad civil.

El seguro de indemnización de daño impone al asegurador la obligación de indemnizar al asegurado solo después de que el asegurado haya pagado y liberado de su responsabilidad frente a terceros. El deber del asegurador es entonces reembolsar las sumas pagadas por el asegurado, deber que no surge hasta que el asegurado haya pagado los daños al tercero¹⁷. En palabras de Devlin J, "*el asegurado no puede recuperar nada ni presentar ningún reclamo contra los aseguradores hasta que se le haya declarado responsable y haya sufrido una pérdida*"¹⁸. Se ha dicho que mientras un contrato de seguro de responsabilidad civil es un contrato en beneficio del tercero reclamante, el seguro de daños o de indemnización es para el beneficio exclusivo del asegurado¹⁹.

Parecería que la naturaleza indemnizatoria de la cobertura de P&I está dada en gran parte por la existencia de la regla de "*pay to be paid*" en las Reglas del Club. Los autores definen la cobertura como tal y a menudo atribuyen esta categorización a la existencia de una regla que requiere la descarga de la responsabilidad del asegurado

¹⁴ UK P&I Club Rules 2018; Other example can be found, in rule 16 of The Shipowners' Club Rules 2018: Payment first by the member Unless the board otherwise decides, it is a condition precedent of a Member's right to recover from the funds of the Association in respect of any liabilities, costs or expenses that he shall first have discharged or paid the same.

¹⁵ *Firma C- Trade S.A. v Newcastle Protection and Indemnity Association ("The Fanti") Socony Mobil Oil Co. Inc. and Others v West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London) Ltd. ("The Padre Island")* (No.2) [1990] 2 Lloyd's Rep. 191 (HL) (Lord Goff).

¹⁶ Steven J Hazelwood, *P&I Clubs Law and Practice* (4th edn, Informa Law 2010) 20.1 ff.

¹⁷ *West Wake Price & Co v Ching* [1957] 1 WLR 45; [1956] 2 Lloyd's Rep. 618 (QB).

¹⁸ *West Wake Price & Co v Ching* [1957] 1 WLR 45; [1956] 2 Lloyd's Rep. 618 (QB). 624 (Devlin J).

¹⁹ Robert Grime, 'Direct Action against liability insurers' (Seminario organizado por el West of England Ship Owners Mutual Insurance Association, Southampton, 1991).

como condición para el pago por parte del Club²⁰. En consecuencia, se ha sostenido que la regla de “*pay to be paid*” no es una condición que reduzca un derecho, sino que define el derecho²¹. A pesar de ello, los Clubes suelen estar dispuestos a renunciar al estricto cumplimiento de la norma, pero no en todas las situaciones se puede confiar en ello.

La regla de “*pay to be paid*” no solo sirve para determinar cuándo surge la responsabilidad del Club de reembolsar al Miembro, sino también para delimitar la medida de esa responsabilidad²². Los P&I Clubs normalmente incluirán dentro de sus reglas una disposición como la que se encuentra en la regla 22 (1) del North of England P&I:

“La responsabilidad del Miembro será asegurada por la Asociación con respecto a su interés en un Buque Inscrito en la medida en que dicha responsabilidad pueda ser finalmente determinada y fijada por ley, incluidas las leyes relacionadas con la limitación de la responsabilidad de los propietarios de buques, a las que un Miembro está obligado contractualmente a no renunciar, ni perjudicar. La Asociación no será responsable en ningún caso de ninguna suma que exceda dicha responsabilidad legal”²³.

Tal disposición no significa que el Club indemnizará al Miembro por cualquier suma que se le considere responsable por daños y perjuicios. El Club solo está obligado a indemnizar al Miembro por las sumas que efectivamente haya pagado incluso cuando la suma pagada sea inferior a la suma por la que el Miembro haya sido declarado responsable. Por ejemplo, cuando un Miembro insolvente es declarado responsable de una gran cantidad de daños y perjuicios que él no puede cubrir, el Club, en ausencia de acción directa, no tiene la obligación de pagar el exceso de la responsabilidad del Miembro, sino solo la cantidad que este haya podido pagar al tercero²⁴. La responsabilidad del Miembro puede ser determinada por una sentencia o una orden de un tribunal competente, o en el caso de que la disputa esté

²⁰ Ver Hazelwood, 20.2; Raymond H. Kierr, ‘The effect of direct-action statutes on P&I insurance, on various other insurances of maritime liabilities, and on limitation of shipowners’ liability’ [1968-1969] 43 Tulane Law Review Rev 638, 670.

²¹ *The Fanti and The Padre Island* [1990] 2 Lloyd’s Rep. 191 (HL).

²² Hazelwood, 20.22

²³ North of England P&I Club Rules 2018.

²⁴ Hazelwood, 20.23.

sujeta a arbitraje, por un laudo de un tribunal de arbitraje competente, o por un arreglo que se haya acordado con la aprobación del Club²⁵.

Normalmente, la cobertura de responsabilidad se restringe a la cantidad por la cual el Miembro puede o debería haber limitado su responsabilidad con respecto a cualquier siniestro que caiga dentro de la cobertura²⁶. Ciertas responsabilidades aseguradas por la cobertura de P&I pueden estar limitadas bajo la Convención sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones Marítimas de 1976.

Algunos Clubes, además de exigir que el Miembro cumpla con su responsabilidad antes de solicitar una indemnización del Club, también requieren que lo haga con sus propios fondos. Esto se debe a que un esquema bajo el cual un tercero pudiera cubrir la responsabilidad del Miembro iría en contra del concepto de indemnización y también permitiría reclamos directos contra el Club.

Sin embargo, en el caso "*The Allobrogia*"²⁷, Slade J. no estaba completamente convencido por la afirmación del Club de que la disposición de *pay to be paid* impedía el derecho de acción de un tercero contra el Club en virtud de la *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930 simplemente porque la insolvencia del miembro hizo imposible el cumplimiento de la norma. Aunque no llegó a ninguna conclusión, no descartó la posibilidad de que la condición pudiera cumplirse mediante un plan que permitiera a un futuro liquidador de la empresa pagar la deuda a los reclamantes con dinero prestado²⁸.

Acción directa contra P&I Clubs

Bajo la ley inglesa, así como bajo muchas otras jurisdicciones, es un principio básico que los contratos solo son vinculantes entre sus partes. De ello se deduce que no existe vínculo contractual entre el asegurador de responsabilidad civil del causante del daño y el tercero lesionado. El contrato de seguro es únicamente entre el asegurado y el asegurador, por lo cual este último se compromete a indemnizar al

²⁵ La sentencia, laudo o transacción debe ser definitiva en el sentido de que no hay más procedimientos ni posibilidad de apelación adicional. Ver Richard Williams, *Gard Guidance to the Rules* (Gard AS 2015) 34.

²⁶ Ver N. Geoffrey Hudson, *Marine Insurance Clauses* (5thedn, Informa Law, 2012)278. Como un ejemplo de una disposición de este tipo véase la regla 5(1) de North of England P&I.

²⁷ *In re Allobrogia Steamship Corporation (The "Allobrogia")* [1979] 1 Lloyd's Rep 190 (Compt Ct).

²⁸ *The Allobrogia* [1979] 1 Lloyd's Rep 190 (Compt Ct) 197 (Slade J).

primero (sujeto a los términos de la póliza) en caso de que el asegurado incurra en responsabilidad frente a un tercero²⁹. Por lo tanto, en el curso normal de los acontecimientos, un tercero no tiene derecho directo contra el asegurador y el asegurador es responsable ante el asegurado solo cuando el asegurado es responsable ante el tercero³⁰.

Una persona lesionada no tenía derecho a recurrir a los procedimientos del seguro incluso en el caso de que el asegurado se hubiera declarado insolvente y no pudiera satisfacer una deuda judicial resultante de su conducta dolosa³¹. Si el asegurado se declarara en quiebra, o en el caso de una empresa, entrara en liquidación, el dinero del seguro pasaría a formar parte del patrimonio general del asegurado para ser distribuido entre todos los acreedores y una persona perjudicada por el asegurado insolvente se clasificaría en el procedimiento de insolvencia como un mero acreedor ordinario³².

Esta regla del common law se consideró inapropiada en el contexto del seguro de responsabilidad civil y, para corregir esta injusticia, la *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 1930 introdujo un sistema general de cesión legal en virtud del cual el tercero tiene derecho a ejercer los derechos del asegurado frente al asegurador, y de esta forma el dinero del seguro no formará parte del patrimonio del asegurado insolvente³³. La Ley representó un cambio de filosofía con respecto al seguro de responsabilidad civil en el Reino Unido, porque dejó de lado la idea de que las obligaciones del asegurador son para la protección de la persona que pagó el seguro y fue parte del contrato de seguro, y en cambio apoyó la opinión de que las obligaciones derivadas del seguro son para el beneficio de la parte perjudicada³⁴.

La “*Third Parties (Rights Against Insurers) Act*” de 1930

El artículo 1(1) de la Ley de 1930 describe el momento en que surge la cesión legal: cuando en virtud de cualquier contrato de

²⁹ Howard B. Hurd, *The Law and Practice of Marine Insurance relating to collision damages and other liabilities to third parties*. (2nd edn, Pitman 1952) p xxx.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Hazelwood, 17.2.

³² Esto se estableció en *In Harrington Motor Co [1928] Ch 105* y se aplicó en *Hood's Trustees v Southern Union General Insurance Company of Australia Limited [1928] 1 Ch 793*; *Ver John Birds*; *Ver también on Insurance Law*. (13th edn, Sweet & Maxwell 2015) 30-013.

³³ Robert Merkin, *Conlinvaux's Law of Insurance* (11thedn, Sweet & Maxwell 2016) 22-002.

³⁴ Esta es también la filosofía en algunos estados de EE. UU., particularmente en el caso del Estatuto de Acción Directa de Luisiana.

seguro una persona está asegurada contra responsabilidades frente a terceros, en caso de insolvencia o quiebra, si el asegurado ha incurrido en responsabilidad contra un tercero, ya sea antes o después de la insolvencia, los derechos del asegurado bajo la póliza contra el asegurador de esa responsabilidad se transferirán y se conferirán al tercer titular del derecho a ser indemnizado.

Los derechos del asegurado bajo la póliza de seguro se transfieren al tercero sujeto a las siguientes condiciones: primero, la responsabilidad del asegurado hacia el tercero debe ser una responsabilidad legal. En segundo lugar, los aseguradores tienen la misma responsabilidad frente a terceros que la que habrían tenido frente al asegurado en virtud del contrato de seguro³⁵. En tercer lugar, quedará sin efecto todo contrato de seguro celebrado con posterioridad a la Ley que pretenda directa o indirectamente anular el contrato de seguro o alterar los derechos de las partes en virtud de la póliza, en caso de insolvencia del asegurado³⁶.

La Ley de 1930 también puede utilizarse como una forma de ejecutar una sentencia obtenida por el tercero contra el asegurado. Por lo tanto, si la sentencia sigue sin cumplirse, el tercero puede solicitar la liquidación del asegurado y, si se concede la orden, el tercero puede tener acceso a los aseguradores en virtud de la Ley³⁷. Según la Ley de Sociedades de 2006, este procedimiento también se puede utilizar en los casos de sociedades registradas fuera de Inglaterra si tienen activos dentro de la jurisdicción³⁸.

Una reclamación contra los aseguradores en virtud de la Ley de 1930 es una reclamación basada en los derechos del asegurado. De ello deriva que los derechos transferidos al tercero son los que tiene el

³⁵ Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930 s 1(4). Esto está sujeto a las excepciones en las subsecciones (a) y (b) de la sección 1(4): si el monto por el cual el asegurador es responsable ante el asegurado es mayor que el monto por el cual el asegurado es responsable ante un tercero, el asegurado todavía tiene derecho a recuperar del asegurador la cantidad en exceso; y, si la responsabilidad del asegurador hacia el asegurado es menor que el monto por el cual el asegurado es responsable hacia el tercero, el tercero aún tiene derecho a recuperar el monto en exceso del asegurado.

³⁶ Third Parties (Rights Against Insurers) Act, s. 1(3).

³⁷ Arnould, 8-57.

³⁸ In *Re Compania Merabello San Nicholas S.A.* [1972] 2 Lloyd's Rep 268 se sostuvo que un reclamo bajo la cobertura del club, pagadero en Inglaterra, se considera un activo del asegurado suficiente para fundar una liquidación en los tribunales del país; Asimismo, se considera activo a estos efectos un derecho de acción con posibilidad razonable de éxito. Ver *In re Allobrogia Steamship Corporation (The "Allobrogia")* [1979] 1 Lloyd's Rep 190.

asegurado en virtud de la póliza. El tercero no puede estar en mejor posición frente a los aseguradores que el propio asegurado. Como sostiene Harman LJ en *Post Office*, el tercero no puede “recoger las ciruelas y dejar atrás la basura”³⁹.

La validez de las cláusulas de “*pay to be paid*” bajo la Ley de 1930 ha sido cuestionada en el pasado, esto se debe al hecho de que la Ley buscó anular cualquier disposición en el contrato de seguro que pretendiera liberar al asegurador de responsabilidad ante la insolvencia del asegurado. Una disposición de “*pay to be paid*”, que establece que el asegurador no está obligado a indemnizar al asegurado si este último no ha pagado la reclamación a un tercero, no puede ser cumplida por un asegurado insolvente y, en consecuencia, no podría devengarse ningún derecho de acción contra el P&I Club.

El caso The Fanti y el caso The Padre Island

En el caso *The Fanti*⁴⁰, los propietarios de la carga reclamantes solicitaron a la English High Court la indemnización por el Club con respecto a una carga que se perdió mientras se transportaba en un buque inscrito en la asociación y cuyos propietarios se habían declarado insolventes. En primera instancia, el juez Staughton J. sostuvo que la Ley de 1930 transfirió al tercero todos los derechos y obligaciones del asegurado bajo la póliza. Por lo tanto, la regla de *pay to be paid* no era oponible a un tercero y dado que este requisito era imposible o al menos inútil, la regla de *pay to be paid* debería entenderse derogada en relación al tercero cesionario en virtud de la Ley de 1930. Expresó, además, que en caso de que esto fuera incorrecto, la regla de pagar para ser pagado no se incluyó bajo el artículo 1(3) de la Ley de 1930, porque la imposición de una obligación de pago, necesariamente alteraba los derechos de un asegurado insolvente que estaría privado de indemnización por oposición a un asegurado solvente que podría reclamar indemnización bajo la póliza.

Algunas semanas después de que se decidió el caso *The Fanti*, el caso *The Padre Island* (No. 2)⁴¹ se escuchó en la English High Court,

³⁹ *Post Office v Norwich Union Fire Insurance Society* [1967] 1 Lloyd's Rep 216 (CA) 220 (Harman LJ).

⁴⁰ *Firma C- Trade SA v Newcastle Protection & Indemnity Association (“The Fanti”)* [1987] 2 Lloyd's Rep 299 (QB).

⁴¹ *Socony Mobil Oil Co Inc and Others v West of England Ship Owners Mutual Association*

el caso también involucró un reclamo de los propietarios de la carga contra el P&I Club del propietario en virtud de la Ley de 1930. Sin embargo, el juez Saville J. –como era su derecho– se negó a seguir la decisión del juez Staughton J. y llegó a una conclusión diferente. El juez sostuvo que los propietarios no tenían derecho existente a una indemnización por lo que tal derecho no podía ser transferido o conferido a los demandantes. Lo que los propietarios tenían en el mejor de los casos era un derecho contingente a ser reembolsados por el asegurador al momento del pago y este derecho no se vio afectado por la sentencia de concurso, por lo que el artículo 1(3) de la Ley no era aplicable. La regla del "*pay to be paid*" no alteraba los derechos del asegurado en caso de concurso, ya que el derecho era el mismo en todos los casos, el asegurado no tenía derecho a una indemnización hasta que hubiera pagado al tercero⁴².

Las dos decisiones de primera instancia fueron apeladas ante el Tribunal de Apelaciones y las apelaciones se escucharon juntas⁴³. El Tribunal de Apelaciones decidió anular la regla de *pay to be paid* debido a que, al producirse la transferencia legal, era más natural tratar la regla de pago previo como transferida a un tercero y dado que esta condición era imposible de cumplir, no debería tener efecto.

Los Clubes apelaron ante la Cámara de los Lores, y la Cámara de los Lores anuló la decisión del Tribunal de Apelación⁴⁴. Sus Señorías sostuvieron que estaba suficientemente claro que la intención de la Ley de 1930 no era poner a un tercero en una mejor posición frente a un asegurador que el propio asegurado. Si los Miembros no tenían un derecho exigible frente a los Clubes hasta que estos hicieran el pago a los reclamantes, en consecuencia, los terceros no podían tener mejores o mayores derechos que los que tenían los Miembros anteriormente como consecuencia de la cesión legal de derechos. Después de que se ordenara la liquidación judicial del Miembro, los Clubes disponían de las mismas defensas frente a las reclamaciones

Ltd (The "Padre Island") (No.2) [1987] 2 Lloyd's Rep 529 (QB).

⁴² Ibid 534.

⁴³ *Firma C-Trade SA v Newcastle Protection and Indemnity Association (The "Fanti"), Socony Mobil Oil Co Inc and Others v West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London) Ltd (The "Padre Island") (No.2) [1989] 1 Lloyd's Rep 239 (CA).*

⁴⁴ *Firma C-Trade SA v Newcastle Protection and Indemnity Association (The "Fanti"), Socony Mobil Oil Co Inc and Others v West of England Ship Owners Mutual Insurance Association (London) Ltd (The "Padre Island") (No.2) [1990] 2 Lloyd's Rep 191 (HL).*

de indemnización de terceros que tendrían frente a sus Miembros, a saber, la condición suspensiva del pago previo. Además, Sus Señorías sostuvieron que una disposición contractual no se dejaría sin efecto por el solo hecho de ser imposible de realizar.

Cambios introducidos por la ley de 2010

Se consideró que la Ley de 1930 no funcionaba de manera “totalmente satisfactoria”⁴⁵ y por esta razón fue reemplazada por la *Third Parties (Rights Against Insurers) Act* de 2010, que no entró en vigor hasta el 1º de agosto de 2016 a la espera de algunas enmiendas realizadas por la Ley de Seguros de 2015 y el Reglamento de Derechos de Terceros contra las Aseguradoras de 2016.

La Ley de 2010 opera sobre la misma base que la Ley de 1930 en el sentido de que una vez que el asegurado se declara insolvente, la Ley transfiere los derechos del asegurado al tercero reclamante, por lo que se puede iniciar una acción directamente contra los aseguradores⁴⁶. Sin embargo, introdujo algunos cambios importantes en cuanto a la fecha de la cesión de derechos, el derecho de terceros a la información sobre seguros y las disposiciones sobre sociedades disueltas.

Las reglas de “*pay to be paid*” fueron objeto de consulta en la Comisión Jurídica antes de la aprobación de la Ley de 2010. Algunos consultados tenían dudas sobre si las Mutuales de Seguros dependen de la solvencia de sus miembros y sugirieron que en la práctica muchas reclamaciones son pagadas por las aseguradoras directamente sin que el miembro tenga que pagar primero⁴⁷. De hecho, Sir Jonathan Mance, como era entonces, había expresado sus dudas sobre si las reglas de pago previo eran realmente esenciales para el funcionamiento diario de los P&I Clubs y argumentó que lo que tienen estas disposiciones es un “*significado psicológico y a veces, parece, casi místico para los clubes*”⁴⁸. La cláusula solo ha funcionado en el contexto de seguros marítimos y solo en casos de pérdida financiera. El razonamiento aplicado por la Cámara de los Lores en *The Fanti* y *The Padre*

⁴⁵ Jonathan Gilman, *Arnould: Law of Marine Insurance and Average* (18th edn, Sweet & Maxwell 2016) 8-49; Sir Jonathan Mance, ‘Insolvency at sea’ [1995] LMCLQ 34.

⁴⁶ Third Parties (Rights Against Insurers) Act 2010, s 1(1) - (2)

⁴⁷ Third Parties Rights Act 2010 Law Commission Paper No 272 [5.32].

⁴⁸ Sir Jonathan Mance ‘Insolvency at Sea’ [1995] LMCLQ 34 [45].

Island se basó en reclamos por pérdida de propiedad y pérdida de carga, y sus Señorías advirtieron a los Clubes que no debían basarse en ella en casos de pérdida de vidas y lesiones personales. Mance argumentó que teniendo en cuenta las incongruencias a que había dado lugar la norma, podía ser ésta la oportunidad de desestimar la cláusula en caso de insolvencia incluso en el ámbito especial de los seguros marítimos⁴⁹.

Quienes se opusieron a la reforma sostuvieron que la regla de *pay to be paid* era de gran importancia para el funcionamiento de los P&I Clubs, y que impedir que los clubes confíen en ellas puede provocar el traslado de los casos a otras jurisdicciones. Algunos también advirtieron que debían evitarse las reformas en áreas de la ley que se encuentran comprendidas en negociaciones internacionales sobre el seguro de responsabilidad civil marítimo⁵⁰, como es el caso de muchas áreas que ahora se encuentran bajo los Convenios Internacionales.

Teniendo esto en cuenta, la Comisión Jurídica consideró que la conclusión a la que llegó la Corte de Apelaciones en los casos *The Fanti* y *The Padre Island* estaba más de acuerdo con la Ley de 1930 que con la posición de la Cámara de los Lores bajo la ley de 2010. La Ley establece que los derechos transferidos en virtud de la Ley no están sujetos a una condición que requiera el pago previo por parte del asegurado de la responsabilidad del asegurado frente a terceros⁵¹. En consecuencia, declara no oponibles las cláusulas de *pay to be paid* en los contratos de seguros generales.

Sin embargo, en el caso del seguro de responsabilidad civil marítima, la Comisión Jurídica se mostró reacia a recomendar cualquier intervención⁵² y prefirió dejar que las medidas al respecto se tomaran en el contexto de negociaciones internacionales. Por esta razón, la regla de *pay to be paid* se conserva en virtud del artículo 9(6), excepto en los casos en que la responsabilidad del asegurado se refiera a la pérdida de la vida y lesiones personales. En consecuencia, los P&I Clubs pueden continuar utilizando la regla de *pay to be paid* como un medio para evitar acciones directas de terceros en los casos de

⁴⁹ Ibid 49.

⁵⁰ Third Parties Rights Act 2010 Law Commission Paper 5.33.

⁵¹ Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010, s 9(5).

⁵² Third Parties Rights Act 2010 Law Commission Paper 5.37.

reclamos de carga y otras propiedades, pero no para reclamos por lesiones personales.

Acción directa bajo convenios internacionales

Como se vio antes, el *common law* inglés no contempla la acción directa. La cesión legal creada por las Leyes de Derechos de Terceros se aplica solo en los casos en que el asegurado se haya declarado insolvente o en otras circunstancias especiales⁵³. Y en virtud de la existencia de la regla de *pay to be paid*, los terceros reclamantes no han logrado obtener una sentencia satisfactoria que ordene a los Clubes indemnizarlos sin que el asegurado haya pagado previamente el siniestro.

Pero la cobertura que ofrecen los P&I Clubs incluye responsabilidades por contaminación causada por una embarcación, responsabilidades por pérdida de vida o lesiones personales a los pasajeros y responsabilidades por gastos de remoción de restos de naufragios. Actualmente, existen Convenciones Internacionales que regulan todas estas áreas. La característica común de estos Convenios Internacionales es que imponen una responsabilidad objetiva al propietario del buque, un seguro obligatorio y una acción directa contra el asegurador que proporciona el certificado de seguro o garantía financiera.

El Convenio de Responsabilidad Civil por daños provocados por Contaminación por Hidrocarburos de 1969 (CLC de 1969) fue el primer Convenio internacional que estableció el seguro obligatorio y otorgó a los terceros reclamantes derechos directos de acción contra los aseguradores. Estas dos características sustentan el sistema de responsabilidad objetiva establecido en la Convención. El Convenio de Responsabilidad Civil se acordó tras el desastre de Torrey Canyon en 1967, uno de los mayores vertidos de petróleo hasta la fecha. El Convenio refleja el principio de “quien contamina paga”, que se basa en la idea de que los daños al medio ambiente deben ser soportados por quien contamina y no por la sociedad.

Las razones por las que se hizo patente la necesidad de un régimen obligatorio que asegure una adecuada indemnización a las

⁵³ Third Parties (Rights against Insurers) Act 2010, ss 4-7.

víctimas fueron los problemas derivados de las empresas navieras dueñas de un solo buque, de las banderas de conveniencia y cuestiones de insolvencia⁵⁴. Por esta razón, una de las características centrales del CLC de 1969 y su sucesor el CLC de 1992, es que exige a los armadores de los Estados contratantes que transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel como carga que mantengan un seguro u otra garantía financiera para cumplir con cualquier responsabilidad que puedan tener frente a terceros reclamantes en relación con el primer escalón de indemnización previsto en la CLC⁵⁵. La suma asegurada deberá calcularse con base en los límites de responsabilidad previstos en el artículo V del Convenio. La existencia de seguro u otra garantía se acredita a través de un certificado emitido por un Estado Contratante del Convenio, normalmente el estado del pabellón de la embarcación. El certificado debe acreditar que la embarcación cuenta con un seguro suficiente y por lo tanto cumple con los requisitos establecidos por el Convenio.

Para otorgar el certificado, los Estados Contratantes se basan en la "Tarjeta Azul" emitida por los Clubes P&I. Estos son documentos que certifican que el propietario está asegurado por responsabilidades por contaminación en virtud del Convenio. Los Estados Contratantes no emitirán certificados en ausencia de una Tarjeta Azul de un P&I Club, u otra evidencia de que existe una garantía para las responsabilidades⁵⁶.

Al figurar en el Certificado CLC como asegurador, el P&I Club puede ser demandado directamente por un tercero contra el cual el asegurado haya contraído responsabilidades en virtud del convenio. El artículo 163 de la Ley de la Marina Mercante de 1995 prevé esta posibilidad al establecer que puede iniciarse una demanda en contra de la empresa que proporcionó el seguro cuando el propietario ha incurrido en responsabilidad en virtud del Convenio de Responsabilidad Civil para el que estaba en vigor un contrato de seguro al que se refiere el certificado exigido en virtud del artículo 163. Esta disposición cambia efectivamente la naturaleza de la cobertura ofrecida por P&I Clubs de seguro de daño a seguro de responsabilidad civil.

⁵⁴ Duygu Damar, 'Compulsory insurance in international maritime conventions' [2009] JIML 4.

⁵⁵ 1992 CLC Art. VII(1).

⁵⁶ Hazelwood, 27.23.

Después de los Convenios de Responsabilidad Civil por Contaminación, la inclusión de disposiciones de acción directa ha sido práctica repetida en otros Convenios de la OMI. Por lo tanto, se encuentran disposiciones idénticas con respecto a la acción directa contra los aseguradores en el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños debidos a la Contaminación por Combustible de los Buques de 2001 (*Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage*), el Convenio Internacional sobre Responsabilidad e Indemnización de daños en relación con el Transporte Marítimo de Sustancias Peligrosas y Nocivas de 1996 (*Convention on Liability and Compensation for Damage in connection with the Carriage of Hazardous and Noxious Substances by Sea*), el Convenio de Atenas relativo al transporte Marítimo de Pasajeros y su Equipaje de 2002 (*Convention Relating to the Carriage of Passengers and their Luggage by Sea*) y el Convenio internacional de Nairobi sobre la remoción de restos de naufragio de 2007 (*International Convention on the Removal of Wrecks 2007*).

Conclusiones

Los P&I Clubs se crearon para ofrecer seguros contra las responsabilidades de los armadores. Aunque a menudo se define como un seguro de responsabilidad civil, la existencia de la regla del “pago previo” hace que la cobertura sea realmente un seguro de daños en virtud del cual la liberación de la efectiva responsabilidad del propietario es una condición previa a su derecho de recuperación del Club. No está del todo claro por qué existe la regla, algunos argumentan que su existencia se debe al carácter recíproco de los seguros que brindan los Clubes y al hecho de que siendo Socios tanto asegurados como aseguradores, el pago previo por parte de un socio permite que el resto confíe en la probidad financiera de los demás.

En el caso de la Ley de Derechos de Terceros contra los Aseguradores, la regla de *pay to be paid* impedía cualquier reclamo presentado por terceros directamente contra el Club. La idea planteada por la Cámara de los Lores en los casos *The Fanti* y *The Padre Island* es que el tercero no está en mejor posición que el asegurado en cuanto a la transferencia de derechos sigue siendo la misma en el contexto de la Ley de Derechos de Terceros contra los Aseguradores de 2010, solo

con excepción de las reclamaciones por pérdida de la vida y lesiones personales. Esta disposición indudablemente brinda mejor protección a los miembros de la tripulación lesionados o a sus dependientes que a aquellos que presentan un reclamo de carga u otra propiedad.

Por otro lado, el seguro obligatorio y la acción directa han sido introducidos por diferentes Convenciones Internacionales, posiblemente debido al interés público general de proporcionar una compensación adecuada a las víctimas. La introducción de estas dos características ha convertido la cobertura proporcionada por los P&I Clubs en un seguro de responsabilidad civil al crear una relación jurídica directa entre los aseguradores y los reclamantes. Al otorgar a las víctimas de la contaminación por petróleo, a las víctimas de reclamaciones de pasajeros o a los Estados afectados por la existencia de naufragios el derecho de demandar directamente al asegurador, los Clubs no tienen derecho a basarse en la disposición de "*pay to be paid*" de sus Reglas. En el contexto de la responsabilidad por contaminación por hidrocarburos transportados como carga, el esquema diseñado por los CLC ha demostrado ser satisfactorio para garantizar una adecuada recuperación a las víctimas. Se ha sugerido que su éxito se debe en gran parte a la cooperación de los P&I Clubs.

Todos los Convenios Internacionales –a excepción del Convenio de Atenas– cubren la responsabilidad extracontractual. En virtud de la cual, por ejemplo, los pescadores que no pueden pescar en una zona que sufrió un derrame de petróleo, no tienen relación contractual con el causante del daño y, por lo tanto, el reconocimiento de una acción directa contra el asegurador, facilitarán la recuperación de los daños. Aunque el Convenio de Atenas cubre solo la responsabilidad contractual, debido a que el transportista tiene un mayor poder de negociación, se puede argumentar que se necesita una intervención legal para proteger a la parte más débil. Por lo tanto, no es difícil concluir que estas Convenciones persiguen el interés público de otorgar una compensación adecuada a quienes, sin duda, son las partes más débiles.

Un reclamante por daños a la carga está en una posición diferente; su reclamación se registrará por un contrato de transporte, o por un conocimiento de embarque en caso de que no sea el fletador o el cargador de las mercancías. Por tanto, tiene una relación contractual

con el porteador y, por ende, la posibilidad de prever la contingencia de pérdida o daño de las mercancías objeto del contrato. Además, la mayoría de los conocimientos de embarque y contratos de fletamento están sujetos a las Reglas de La Haya/La Haya-Visby (cuando incorporaron las Reglas mediante una cláusula Paramount), que imponen derechos y obligaciones a cada una de las partes, así como un régimen de responsabilidad mínima.

Según la ley inglesa, los demandantes de carga no pueden demandar a los Clubes directamente desde que los tribunales le dan validez a la regla de *pay to be paid*. Además, los tribunales ingleses han calificado de contractuales las reclamaciones que quedan fuera de los Convenios Internacionales. Esto significa que los derechos conferidos a los reclamantes son los mismos derechos que tenían los asegurados y, por lo tanto, los reclamantes están obligados por todos los términos del contrato, como un arbitraje y una cláusula de *pay to be paid*.

Dicho esto, no es difícil pensar que en el futuro más Convenios Internacionales establecerán el seguro obligatorio y la acción directa para una gama más amplia de siniestros. Sin embargo, la pregunta pendiente es si un Convenio Internacional intervendrá para imponer este régimen en el contexto de la responsabilidad por reclamos de carga. Mientras tanto, la protección otorgada por los tribunales ingleses a los términos del contrato de seguro y, en especial, a la regla de *pay to be paid*, convierte a Inglaterra en el foro más atractivo para los P&I Clubs.

La cláusula de ley aplicable en el contrato de seguro de carga, según las cláusulas del instituto asegurador de Londres

Irina Audrey Ramírez Araya

Introducción

El aporte y la influencia del sistema jurídico inglés en las instituciones propias del seguro marítimo resultan innegables; bien se ha establecido que las condiciones de las pólizas, concepciones y prácticas británicas son los elementos en que ordinariamente se basan la mayor parte de los contratos de seguro marítimo de todo el mundo. Por lo tanto, a los fines de estudiar la cláusula de ley aplicable contenida en las pólizas de seguros de carga, más allá de desarrollar un estudio de posibles conflictos de leyes, se permitirá este artículo dilucidar sobre algunos principios consagrados en el ordenamiento jurídico británico que resultan de extremo interés para el estudio de cualquier tipo de seguro marítimo.

Common Law y el Seguro Marítimo

El sistema de derecho inglés, también conocido como *common law*, ubica sus inicios en la Edad Media, tras la conquista normanda en 1066 en Inglaterra, y está formado por un conjunto de normas no escritas y no promulgadas o sancionadas. El término *common law* puede ser usado bajo distintas connotaciones, sin embargo, en la mayoría de los casos pretende definir un sistema de derecho creado

o interpretado por los jueces con base a las decisiones tomadas para dirimir los casos presentados ante los tribunales, es decir, sobre la base del precedente creado por la jurisprudencia, siendo el criterio de una instancia superior vinculante para una de grado inferior.

Es decir, tal y como lo establece la expresión “*Remedies precede rights*”, por su traducción «la acción crea el derecho», son las acciones o procedimientos judiciales interpuestos antes los tribunales, aquellos que establecen una decisión por parte de los jueces, los que crean el Derecho. Este sistema es aplicado en la actualidad en países como Estados Unidos, Nueva Zelanda, Canadá, Australia, Irlanda, Inglaterra, entre otros.

En consecuencia, pueden identificarse algunas fuentes del Common Law, a saber:

- ✓ Los repertorios de jurisprudencia (law reports, statute/statutory reports).
- ✓ Costumbres generales, particulares y de los tribunales del reino (Case law) siendo desarrollada por los magistrados, jueces, los lords y ladies.
- ✓ Equity (equidad). Mandamientos, deberes y obligaciones. Parte del derecho natural.

El régimen del Seguro Marítimo está comprendido entre las pólizas y las disposiciones legislativas o reglamentos. No existe hasta la actualidad alguna disposición internacional o convenio que englobe todo en materia de pólizas o reglamentos; sin embargo, existen distintos modelos (en cuestión de pólizas) como las Institute Clauses y la Lloyd’s S.G. Form (formulario Ship and Goods), ambas de Reino Unido, Londres; así como modelos de pólizas japonesas, francesas, y las Condiciones Generales de los seguros de la carga y del casco de Costa Rica, sin embargo, dos terceras partes, aproximadamente, de los países que practican el seguro de casco y el seguro de la carga utilizan las condiciones británicas.

Si bien es cierto que no existe un consenso uniforme respecto a tratados internacionales que regulen la materia de seguros marítimos, muchos países toman la Ley británica de seguros marítimos de 1906 como base para los contratos de seguro marítimo, con excepciones

como países africanos de habla francesa que se adhieren a las cláusulas francesas. Es importante precisar que nuestra legislación en el marco del Contrato de Seguro Marítimo estuvo influenciada por la Ley Inglesa.

Los principales dispositivos legales que integran el marco jurídico inglés en materia de seguros son:

Marine Insurance Act, 1906

Ley de seguros marítimos del parlamento de Reino Unido que aplica para buque y carga, también para cobertura P&I. Este establece el principio del Seguro Marítimo en una relación de dos partes: el Asegurado, quien paga una prima para la protección de la cosa asegurada; y la Aseguradora que a cambio del pago de la prima se compromete a indemnizarlo contra los daños o gastos que pueda sufrir como consecuencia de los riesgos vinculados al transporte marítimo. (Rincón, s.f).

Insurance Act, 2015

Es la primera modificación de la Marine Insurance Act, entrando en vigor el 12 de agosto de 2016, proponiendo más equilibrio entre el Asegurado y el Asegurador, cuyos avances en relación con la ley de seguros marítimos de 1906 serán comentados más adelante.

Enterprise Act de 2016

Es la Ley de Empresas de Reino Unido, cuya importancia en Seguros Marítimos se hizo notar al integrar una nueva sección en la Insurance Act (13A), imponiendo el deber del Asegurador de pagar de manera oportuna las reclamaciones, pudiendo de esta manera el Asegurado reclamar daños y perjuicios por atrasos.

La Cláusula de Ley Aplicable en el Contrato de Seguro de Carga, según las cláusulas del Instituto Asegurador de Londres.

Una revisión rápida del diseño de las cláusulas insertas en el contrato arriba referido, demuestra lo que puede resultar una obviedad desde el punto de vista jurídico: los ingleses en las cláusulas del instituto asegurador de Londres deciden incorporar una disposición conforme a la cual “*El presente contrato queda sometido a la Ley y los usos ingleses*”, es decir, una cláusula que sujeta los derechos y obligaciones previstos en el contrato, tanto al ordenamiento jurídico británico,

como a las prácticas, usos y costumbres que tengan un valor para la interpretación de la relación contractual.

En este sentido, mucho puede abarcarse en cuanto a la validez de este tipo de cláusulas en los contratos. Bien señala Pereznieto¹ que la autonomía de la voluntad, vista desde la óptica del derecho privado, constituye una institución que por años ha desafiado a los poderes legislativos latinoamericanos, lo cual en nuestra opinión persigue prevenir el riesgo de que las cláusulas del contrato sean interpretadas bajo el amparo de un derecho distinto al que por una razón u otra conviene a las partes, especialmente cuando los elementos del contrato encuentran conexión con distintos Estados; debe recordarse por supuesto, que aun siendo el Derecho Marítimo una disciplina bastante universal en cuanto a la aceptación de reglas comunes internacionalmente, no por ello escapan algunas de las relaciones jurídicas nacidas en su seno del riesgo de enfrentar una u otra legislación menos desarrollada.

Siendo esto así, la Ley de Derecho Internacional Privado vigente en Venezuela reconoce en su artículo 29 este principio al expresar que *“las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”*, siendo esta disposición de especial interés en el caso de contratos internacionales. Ahora bien, desde el punto de vista interno, distintas legislaciones han creado disposiciones legales imperativas que restringen esta libertad de las partes en determinados contratos; es el caso, por ejemplo, del contrato de transporte de mercancías por aguas, cuyo régimen legal se encuentra indefectiblemente sujeto a las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo.

En cuanto al seguro marítimo, a la luz de la legislación venezolana el contrato se registrará por las disposiciones de la Ley de Comercio Marítimo; en los casos no previstos por esta, se aplicará las disposiciones establecidas en la *“ley” lato sensu*, es decir, el Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de Contrato de Seguro. Por lo tanto, no pareciera admitir el legislador venezolano la posibilidad de relajar la aplicación del derecho venezolano en los contratos de seguro

¹ Pereznieto Castro, Leonel: “La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado”, en: Revista de Derecho Internacional Privado, 2016, 4ta Época, No. 10, p. 126, disponible en: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/viewFile/10603/12769>

de carga, mediante la estipulación de la cláusula bajo estudio. Sin embargo, también es cierto que en el mercado asegurador de carga marítima en Venezuela participa un volumen importante de pólizas manejadas por seguros internacionales, sujetos tanto a ley como jurisdicción extranjera, muchos de los cuales adoptan la ley inglesa como dispositivo regulador.

En consecuencia, el análisis de la Ley inglesa en materia de seguros ilustra la consagración de ciertos principios legales de suma importancia para el estudio del contrato de seguro marítimo de carga, razón por la cual, al margen de las consideraciones relacionadas con la ley aplicable en el derecho venezolano, nos permitimos hacer breves consideraciones sobre los principales aspectos ubicados en el derecho inglés.

Las Garantías

Las garantías o “warranties” se constituyen como condiciones o términos contractuales específicos del seguro marítimo a los cuales queda sujeto el asegurado, cuyo incumplimiento conlleva determinados efectos jurídicos. Dicho efecto, en principio, libera la responsabilidad del asegurador respecto de las obligaciones de indemnización asumidas por medio de la póliza de seguros. Es decir, el asegurado afirma que algo será o no realizado, que un hecho que se declara en la póliza es cierto, o que una condición será cumplida en el futuro.

El estudio de dicha institución requiere distinguir los efectos jurídicos que le son atribuidos tanto en la Ley de Seguros Marítimos de 1906 “*Marine Insurance Act*” (MIA), en contraposición a las modificaciones asentadas en la Ley de Seguros de 2015 “*Insurance Act*” (IACT). En este sentido, de acuerdo a la sección 33.1 del MIA, la garantía implica un compromiso asumido por el asegurado conforme al cual se obliga a hacer o no hacer una determinada “cosa”, a cumplir o no una condición determinada, o a afirmar o negar si unos determinados hechos pertenecen a la realidad.

En el caso del seguro de Casco & Maquinaria, por ejemplo, existen coberturas de prima fija que condicionan al asegurado a navegar en determinados espacios geográficos, o a abstenerse de ingresar en determinados puertos; también podría un Armador garantizar a su

Club de Protección e Indemnización que el buque será destinado para el transporte exclusivo de granel líquido, como es el caso del petróleo; desde el punto de vista del seguro de carga, pueden incluirse garantías respecto a la identificación correcta de mercancías peligrosas o nocivas, así como señalamientos relativos a su embalaje y manipulación segura de conformidad con las normas aplicables, para que los mismos puedan ser objeto de cobertura. Es decir, en ambos casos se genera la expectativa del desarrollo de una determinada conducta, bien sea de acción u omisión, a los fines que la cobertura tenga lugar en caso de que se materialice un determinado riesgo.

Ahora bien, la ley de 1906 (MIA), empieza describiendo la naturaleza de las garantías refiriendo que las mismas deben ser cumplidas de forma estricta a sabiendas que:

- ***“Whether material to the risk or not”***: Refiriendo que no resulta necesario que la garantía sea material al riesgo o lo tenga delimitado y descrito de alguna forma. De acuerdo con Turnbull (2012) la rigidez de dicha regla quedó reflejada en *Overseas Commodities Ltd. Vs. Style*, cuyo contrato de seguros incluía la obligación de parte del asegurado de marcar todas las latas de cerdo enlatado con un código que verificara la fecha de fabricación. Una vez se materializó el siniestro y resultó dañada parte de la carga, el reclamo planteado por el asegurado fue rechazado al constatarse que las latas dañadas no contenían el número de verificación.
- **No es necesaria una relación de causalidad entre el incumplimiento y el siniestro**: Es decir, aun cuando el incumplimiento de la garantía no haya tenido incidencia alguna en la materialización del riesgo bajo cobertura, se determina un incumplimiento contractual y por ende una exclusión de la responsabilidad del asegurador. Puede observarse como ejemplo lo sucedido en *Hibbert vs. Pigou*, donde fue incluida en la póliza la obligación del asegurado de zarpar en convoy, y, habiéndose hundido la embarcación como consecuencia de una tormenta, el reclamo fue rechazo tras verificarse que el buque no había zarpado con el referido convoy.
- **Nada exime de su cumplimiento**: El incumplimiento de la obligación operará aun cuando la circunstancia que provo-

có el incumplimiento es un riesgo cubierto, o cuando no ha mediado culpa o negligencia del asegurado. También es importante saber que, bajo el amparo de la MIA 1906, aun en el supuesto de que la garantía sea incumplida y posteriormente remediada por el asegurado antes de la materialización del riesgo, el Asegurador quedará librado de todo tipo de responsabilidad.

La posición estricta asumida por la ley anteriormente comentada ha sido disminuida bajo la Ley de 2015, particularmente en relación con las consecuencias del incumplimiento de la garantía. Según la Ley de Seguros de 2015:

- Las cláusulas de “contrato base” *basis contract* (que eran comunes en las reglas de los clubes de protección e indemnización) conforme a la cuales todas las declaraciones hechas por un asegurado al solicitar un seguro se tienen por garantías, son ineficaces (Sección 9 de la Ley);
- Los incumplimientos de la garantía suspenderán, en lugar de librar, la responsabilidad del asegurador. No habrá responsabilidad por las pérdidas que surjan mientras un asegurado esté en incumplimiento, pero una vez que se resuelva ese incumplimiento, se restablecerá la cobertura (Sección 10 de la Ley);
- Las garantías u otros términos, excepto los que afecten al riesgo en su conjunto, no liberarán de responsabilidad al asegurador cuando el asegurado pueda probar que el incumplimiento en cuestión no habría aumentado el riesgo de la pérdida efectivamente ocurrida (artículo 11 de la Ley).

Reclamos fraudulentos

De acuerdo a las disposiciones de la MIA, el legislador inglés no hizo consideración expresa en relación con las reclamaciones fraudulentas. Estos siempre fueron abordados bajo los principios del derecho consuetudinario, lo que resultó en una falta de claridad con respecto al derecho de un asegurador a rechazar el pago de reclamaciones genuinas que surgieron después de la comisión de un

acto fraudulento, pero antes de que se descubriera o se cancelara la póliza. Ahora bien, uno de los aportes positivos de la Ley de 2015, fue la aclaratoria hecha respecto de este punto, conforme a la cual se dispuso expresamente que un asegurador no será responsable de un reclamo fraudulento, puede recuperar cualquier suma ya pagada con respecto a dicho reclamo y, mediante notificación, puede rescindir el contrato con efecto a partir de la fecha del reclamo fraudulento. (Sección 12 de la Ley).

Interés asegurable

En términos generales, tanto en la ley de seguros inglesa como en cualquier otra legislación, es un principio básico que solo se reconocerá y se harán cumplir los términos de una póliza si el asegurado tiene un interés asegurable en el objeto de la póliza. La MIA (Marine Insurance Act) establece que toda persona que tiene un interés asegurable con relación al negocio marítimo está “interesada en una aventura marina”. A su vez, una persona está “interesada en una aventura marítima” –según la Ley– cuando “tiene tal relación con la aventura o con cualquier propiedad asegurable en riesgo en ella que podría beneficiarse de su llegada segura o verse perjudicada por su pérdida, daño o detención, o puede incurrir en una responsabilidad con respecto a ello”.

La propiedad no es un requisito previo para tener un interés asegurable. El fletador por tiempo de un buque tiene un interés asegurable con relación a su responsabilidad ante el propietario del buque por la pérdida o daño del buque que surja de su incumplimiento del contrato de fletamento. Asimismo, el armador que no es dueño de la carga que transporta tiene un interés asegurable en cualquier responsabilidad en que incurra bajo el contrato de transporte en caso de que llegue dañada.

También es importante enfatizar que el asegurado debe tener interés en el objeto de la póliza en el momento de ocurrencia del siniestro. No es necesario que tengan un interés en el momento en que se pacta y establece la póliza. Esto es particularmente importante en el caso del seguro de carga donde el beneficiario de la póliza es cada adquirente sucesivo.

Si el asegurado no tiene un interés asegurable y no tiene expectativas de adquirirlo, entonces la póliza pudiera considerarse como una póliza por medio de “juegos o apuestas”. Tal contrato es nulo.

Disclosure and Misrepresentation. Divulgación de información y Tergiversación

La Ley de 1906 estableció un principio peculiar de los contratos de seguro y otros contratos de naturaleza fiduciaria, y es que tales contratos son contratos de “la máxima buena fe”. Esto tiene el efecto de que, si una de las partes del contrato no observó la máxima buena fe, la otra parte podría anularlo o dejarlo sin efecto.

El carácter de “máxima buena fe” de los contratos de seguro tuvo un efecto profundo en el deber del asegurado al negociar el contrato con el asegurador. El asegurado (o el corredor en nombre éste) estaba obligado a revelar todo “material”, “información” o “circunstancia” –relevante– que fuera conocida. Esta obligación encontró su fundamento principalmente en el hecho de que el asegurado conocía todas las circunstancias que debería conocer en el curso ordinario de los negocios que maneja. Una circunstancia sería “material” si pudiera influir en el juicio de un asegurador prudente al fijar la prima o determinar si asumirá el riesgo. La información debía haber sido lo suficientemente significativa como para haber influido en el juicio tanto de un suscriptor hipotético objetivo y prudente, como del suscriptor real que suscribió el riesgo. Por lo tanto, si el suscriptor real no hubiera sido influenciado por una circunstancia dada, si hubiera sido divulgada, el asegurado no habría incumplido su deber de divulgación aun cuando, desde el punto de vista de un hipotético asegurador objetivo y prudente, la circunstancia hubiera sido material.

La ley en cuestión proporcionó alguna orientación sobre qué circunstancias podrían no ser material en ausencia de investigación por parte del suscriptor. Estos son los siguientes:

- Cualquier circunstancia que disminuya el riesgo;
- Cualquier circunstancia conocida o presuntamente conocida por el asegurador. Se presume que el asegurador conoce

asuntos “de notoriedad o conocimiento común” y asuntos que un asegurador debe conocer en el curso ordinario de sus negocios;

- Cualquier circunstancia respecto a la cual la aseguradora renunció a la información;
- Cualquier circunstancia que no era necesario revelar porque estaba cubierta por una garantía en la póliza misma.

Además de su obligación de hacer una divulgación material completa, el asegurado también estaba obligado a garantizar que cualquier representación material (declaración) que hicieran en la negociación por el seguro fuera cierta. Una representación puede ser sobre una *cuestión de hecho* o en cuanto a *una cuestión de expectativa o creencia*.

La representación en cuanto a *una cuestión de hecho* debía haber sido cierta y era cierta si era sustancialmente correcto, en otras palabras, que la diferencia entre lo representado y lo realmente correcto no sería considerado material por un asegurador prudente. Cuando la representación fue sobre un *asunto de expectativa o creencia*, se trataba como verdadera si se hubiere hecho de buena fe. Una representación podría rescindirse o corregirse antes de la celebración del contrato y, en tal caso, la tergiversación original se volvía irrelevante.

Cuando un asegurado no hacía la divulgación adecuada o hacía una representación tergiversada del “material”, “información” o “circunstancia” en la negociación del seguro, el asegurador tenía derecho a anular la póliza, es decir, tratarla como si nunca hubiera existido. Cuando esto sucediera, se requeriría que el asegurador devolviera al asegurado cualquier prima pagada bajo la póliza y el asegurado estaba obligado a reembolsar al asegurador cualquier siniestro pagado en virtud de la póliza. Esto presentaba problemas en la práctica, cuando el importe de los siniestros superaba el de la prima. En tal caso, el asegurador establecía cancelar reclamos hasta el monto de la prima pendiente y luego tratar de recuperar el saldo del ex asegurado.

Aunque el asegurador tenía el derecho de anular la póliza, no estaba obligado a hacerlo. Este podía, si lo deseaba, renunciar a su derecho de rescindir la póliza y confirmarla. Si lo hacía, aún conservaba el derecho, en el caso de tergiversación, pero no en el caso de no divulgación de información para reclamar daños y perjuicios. Este derecho surge de la Ley de tergiversación de 1967. Esto introdujo en la

ley inglesa el derecho de la parte inocente a reclamar daños, ya sea en además de o en sustitución del derecho a anular la póliza, cuando la tergiversación en cuestión se había hecho de buena fe. La ley siempre había reconocido el derecho de la parte inocente de reclamar daños y perjuicios cuando la tergiversación había sido fraudulenta.

Cabe preguntarse ¿por qué la ley impuso consecuencias tan severas a un asegurado que hizo una declaración falsa? ¿O no hizo la divulgación completa? El asegurado sabe, o debe saber, todo lo que hay que saber sobre el riesgo que buscan asegurar. El asegurador, en cambio, no sabrá nada ni casi nada del riesgo particular que se les ofrece, aparte de lo que el asegurado está diciéndoles. Si el asegurador decide, en base a lo que le dicen, aceptar el riesgo, que puede involucrarlos en el pago de pérdidas muchas veces mayores que la prima que recibirán, entonces es justo que deberían poder escapar del trato si la información que se les da resulte ser falsa o incompleta.

Ahora bien, con relación a las obligaciones de divulgación y las consecuencias de la tergiversación, en la Ley de 2015 se hicieron cambios significativos en los regímenes establecidos bajo la MIA de 1906.

La interpretación por parte de los tribunales de la obligación de divulgación de la “máxima buena fe” en virtud de la MIA resultó en muchas complejidades e inconsistencias. Esta obligación se sustituye en virtud de la Ley de 2015 por el deber de hacer una “*presentación justa*” del riesgo. Las nuevas reglas comparten muchas de las características del actual deber de divulgación de la MIA, aunque se da mayor énfasis a los roles de las aseguradoras en el proceso de divulgación, con un Miembro potencialmente cumpliendo con su deber de presentación justa mediante la divulgación de información suficiente para avisar al Club de que necesita hacer más consultas.

Además, las sanciones por incumplimiento del deber de hacer una “*presentación justa*” del riesgo serán diferentes, según se trate de infracciones deliberadas o imprudentes, cuando se permite la evasión o cancelación de la póliza; o infracciones inocentes, cuando se dispone de una serie de recursos diferentes, por ejemplo cuando el asegurador puede probar que si no fuera por el incumplimiento no habrían celebrado el contrato en absoluto, anulación; cuando la cobertura hubiese podido ser ofrecida y pactada, pero en términos diferentes, la inclusión de esos términos diferentes; y cuando una

prima más alta habría sido exigida y pagada, una proporcionada reducción con derecho a recuperación.

La nueva obligación de proporcionar una presentación justa del riesgo se percibió como favorable a los asegurados. En particular, la obligación del asegurado puede ser liberada, no solo mediante la divulgación de todos los hechos materiales, sino también mediante la divulgación suficiente en general para avisar a una aseguradora prudente que se requieren más investigaciones. Por el contrario, mayor carga se asignará a las aseguradoras para garantizar que toda la información interna material relevante esté disponible al suscriptor correspondiente. Del mismo modo, los cambios en la ley con respecto a lo que un asegurado o sus agentes saben, o se supone que saben, a los efectos del cumplimiento de sus obligaciones, se dice que hacen menos oneroso el deber del asegurado. Sin embargo, como una cuestión práctica, la relación entre un club y su miembro es estrecha. Ambos son participantes sofisticados del mercado, y las discusiones de entrada o renovación son detalladas y enfocadas. A presentación justa, y una profesional evaluación del riesgo, es a lo que aspirarían tanto los propietarios como el Club.

Con relación a lo anterior, el Grupo Internacional de Clubes de P&I recomendó a los Clubes que aceptaran el nuevo régimen de presentación justa en las Secciones 3-7 de la Ley de 2015 y así reconocer la importancia de una divulgación adecuada mutua. Sin embargo, se recomendó que las disposiciones contenidas en el artículo 8 de la Ley de 2015 con relación a los “remedios” o soluciones por incumplimiento se excluyan, a fin de reafirmar el principio de que fallar en la presentación justa del riesgo permitirá la evasión de la póliza.

Todo lo anteriormente explicado encuentra su lugar principalmente en el momento de la negociación de la póliza. Pero, es importante conocer qué derechos adquiere u ostenta el asegurador una vez que ha hecho un pago a un asegurado con ocasión a la ocurrencia de un siniestro. El primero de los mencionados tiene derecho a hacerse cargo de los derechos del asegurado y se subroga en todos los derechos y recursos del asegurado con respecto al objeto de la reclamación a partir del momento del hecho causante del siniestro. La palabra “subrogarse” significa tomar el lugar de otra persona con respecto a sus derechos legales. Esto faculta al asegurador a recla-

mar contra cualquier tercero que pueda ser responsable de causar la pérdida que el asegurador ha pagado. En el contexto de P&I esto ocurre con frecuencia porque los aseguradores de carga, habiendo pagado una reclamación a los interesados de la carga por la pérdida o daño que ha ocurrido durante el transporte marítimo, reclaman una indemnización del Miembro del P&I Club por el incumplimiento del contrato de transporte.

Las propias aseguradoras de P&I pueden ejercer derechos de subrogación cuando consideren que algún tercero es responsable de la reclamación que han reembolsado al Miembro. Este se produce, por ejemplo, en el caso de que el miembro sea responsable en virtud del conocimiento de embarque de la carga, pero el daño en realidad fue causado por el subcontratista del miembro, como un estibador o un operador de terminal. Las reglas del Club establecen que, si se realiza una recuperación, el Club tiene derecho a mantenerla hasta la cantidad reembolsada al Miembro con intereses. Si la reclamación estaba sujeta a un deducible a cargo del Miembro, los intereses se dividirán entre el Club y el Miembro a prorrata hasta la cantidad pagada por cada uno.

Referencias

- Naciones Unidas, (1982). *Aspectos jurídicos y documentales del contrato de seguro marítimo*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Nueva York. Consultado el 24 de mayo de 2025 en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/c4isl27rev1_es.pdf
- FERNÁNDEZ, L. (2017). *PRINCIPALES NOVEDADES DE LA INSURANCE ACT 2015*. Revista Española de Seguros, 263-274. Consultado el 24 de mayo de 2025 en: https://www.hoganlovells.com/-/media/hogan-lovells/pdf/180209_-revista-espanola-de-seguros-luis-alfonso-fernandez-manzano-insurance-act-2015.pdf
- GODOY, F. (2019). *Los subsistemas jurídicos británicos (derecho consuetudinario inglés o common law) y el sistema judicial español (civil law)*. Boletín mexicano de derecho comparado, 52(154), 513-538. Epub 12 de mayo de 2020. Consultado el 24 de mayo de 2025

en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/14152/15369>

RINCÓN, J. (s.f.) *EL CONTRATO DE SEGURO MARÍTIMO EN EL COMERCIO INTERNACIONAL*. Revista Judicial N° 89. Consultado el 28 de marzo de 2023 en: https://escuelajudicialpj.poderjudicial.go.cr/Archivos/documentos/revs_juds/rev_jud_89/principal.htm

Traducción Jurídica (26 de mayo de 2013). *Qué es el «Common Law»*. <https://traduccionjuridica.es/que-es-el-commonlaw/#:~:text=En%20sentido%20estricto%20podemos%20decir,de%20principios%20y%20reglas%20jur%C3%ADdicas>.

Convenios internacionales aplicables a la medicina marítima en Venezuela*

Iván Darío Sabatino Pizzolante

El factor humano desde el nacimiento de la navegación de manera simbiótica junto a los vientos y las mareas como elementos naturales, y luego con el desarrollo tecnológico y la industrialización del transporte marítimo hasta nuestros días, ha planteado la discusión sobre la preponderancia o relevancia entre el factor humano o tripulaciones y el desarrollo tecnológico de los buques en la consecución de una navegación segura para el resguardo y protección de la vida humana y animal, de la contaminación de los océanos, y de las pérdidas o daños materiales. Al respecto, ha dicho un autor: "...Cuanto más complejo sea un trabajo o una tarea, mayor será la probabilidad del error humano. Particularmente, en los casos de las tareas que implican un trabajo mental de procesamiento de información, como el caso de las tareas de navegación". Resulta difícil entender la existencia de los numerosos accidentes o siniestros marítimos tales como Amoco Cádiz, Exxon Valdés y más recientemente el del Prestige, o Costa Concordia, o en nuestro país la colisión del Maersk Holyhead y el pecio en el Lago de Maracaibo, en tiempos en que la innovación y desarrollo tecnológico de la industria del transporte marítimo ha alcanzado un grado supremo, en donde se han establecidos rigurosos niveles de exigencias a las tripulaciones en su

* Conferencia en "III Jornada Nacional de Medicina Marítima". Puerto La Cruz, 20 y 21 de noviembre de 2014.

formación o capacitación para el desempeño de sus competencias a bordo de los buques.

La respuesta a esta interrogante la encontramos en el análisis sobre el Error Humano y la Seguridad al señalar, “(...) Es porque la estructura del buque y el sistema de fiabilidad son una parte relativamente pequeña, de la ecuación de seguridad. El sistema marítimo es un sistema de personas, y los errores humanos figuran prominentemente en situaciones de pérdidas. Alrededor de 75-96% de las pérdidas marítimas son causadas, al menos en parte, por alguna forma de error humano”, (U.S. Coast Guard Research & Center). Afirmaciones similares relativas al error humano las encontramos en los análisis de dichos siniestros realizados por algunos Clubes de Indemnización y Protección (P&I), organismos internacionales y entes privados del sector marítimo, (U.K P&I; Organización Marítima Internacional; y American Bureau of Shipping).

La Organización Marítima Internacional (OMI) desde su creación ha realizado denodados esfuerzos y centrado su atención en cuanto al factor humano o tripulación de los buques, atendiendo también a las consideraciones y conclusiones de tales investigaciones, promoviendo el estudio, revisión y aprobación de diversos Convenios y demás instrumentos legales en la consecución de la seguridad de la vida humana en el mar, así como de una navegación segura en previsión de accidentes marítimos y posibles eventos contaminantes y pérdidas materiales. En estas tareas la OMI ha contado con la participación y apoyo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) actores fundamentales y de valiosos aportes en la revisión y redacción de estos Convenios, en la certificación de tripulaciones debidamente aptas y certificadas desde el punto de vista de la medicina marítima para el desempeño de sus competencias y por ende de una navegación segura.

Mediante el presente trabajo atendiendo al Factor Humano o tripulaciones y su altísima incidencia en los Siniestros o Accidentes Marítimos, analizamos las normativas relativas a la Medicina Marítima y Certificaciones Médicas previstas en el Convenio Internacional Sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para Gente de Mar, (STCW 78/95) y la Enmienda de Manila del 2010; y la Conven-

ción Sobre el Trabajo Marítimo del 2006 de la Organización Internacional del Trabajo (MLC 2006), y las Directrices para la Realización de Reconocimientos Médicos de la Gente de Mar, instrumentos estos que en su conjunto conforman un marco normativo marino y regulan los concerniente a las evaluaciones médicas de las tripulaciones a objeto de autorizarles de medios suficientes y pertinentes, desde la exigencia del conocimiento médico obligatorio de los buques y la formación médica de sus tripulaciones que permitan entender sus desempeños y realizar responsables evaluaciones médicas marítimas y su posterior certificación.

Introducción

El transporte marítimo constituye una actividad compleja aun en la actualidad no obstante los avances y desarrollos tecnológicos alcanzados por la industria marítima del transporte. El buque como tal, resulta un centro de trabajo permanentemente, desplazamiento regular, y con multinacionalidad de gente, de ahí que el trabajo marítimo dada su particularidad y naturaleza presenta ciertas especificidades y regulaciones legales distintas al ámbito laboral en general, ello en función a los requerimientos de tripulaciones de acuerdo al tonelaje del buque; funciones y desempeños de los mismos; condiciones de vida abordó; jornadas laborales y remuneraciones, y particularmente, en razón a la competencia de las tripulaciones para su desempeño abordó, cuya determinación involucra una pertinente y objetiva evaluación médica desde el punto de vista de la medicina marítima para su comprobación y certificación.

La importancia, y el valor de la evaluación médica de las tripulaciones viene dado por los diversos riesgos que comporta la actividad navegatoria las cuales involucran riesgo tanto para la vida humana y fauna marina, así como riesgos ambientales y pérdidas materiales, riesgos estos que en alto porcentaje están determinados por el factor humano, expresado de manera clara en esta afirmación al señalar:

“(...) De hecho un buque solo será seguro en la medida en que lo sea su dotación y ...es bien sabido que la gran mayoría de los accidentes y siniestros marítimos tiene sus causas más eficientes en el error humano” (José Luis Gabaldón García, Curso de Derecho Marítimo

Internacional, p. 347), de allí la importancia y responsabilidad de las Administraciones Acuáticas en general en cuanto al estricto apego y cumplimiento de las normativas relativas a la medicina marítima en la evaluación de las dotaciones o tripulaciones de buques.

Al referirnos sobre las normativas relativas a la salud marítima en Venezuela, y particularmente sobre la evaluación médica de las tripulaciones cuya regulación corresponde a las Administraciones Acuáticas de cada país, en nuestro caso el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), debemos referirnos primeramente a la remisión expresa de la Ley Orgánica del Trabajo Venezolana sobre la aplicabilidad de Convenios Internacionales en nuestro país, prevista en el Título V, Capítulo VII, Sección Segunda, del Artículo 245 relativa al Trabajo en la Navegación Marítima, Fluvial y Lacustre, al señalar: Art 245: “1.0... Igualmente, son aplicables a este régimen especial de trabajo, los convenios colectivos, la Ley General de Marinas y Actividades Conexas, así como los Tratados Internacionales que Venezuela haya adoptado y ratificado, en esta materia”. (Subrayado nuestro) (G.O. Extraordinaria N° 6076 de fecha 7/05/2012)

Con vista a la precisión anterior, debemos centrarnos desde el punto de vista de las normativas legales relativas a medicina marítima fundamentalmente en el Convenio Internacional Sobre Normas de Formación, Titulación, y Guardia para Gente de Mar de 1978 elaborado por la OMI (STCW 78/95); Convenio el cual Venezuela ha suscrito, junto a su enmienda denominada de Manila del 2010, promovido por la Organización Mundial del Trabajo; y las Directrices para la Realización de los Reconocimientos Médicos de la Gente de Mar elaboradas de manera conjunta con la Organización Marítima Internacional (OMI) en el año 2013, ello en virtud y por mandato de la Resolución 8 de las Conferencias de Manila del 2010, del cual nuestro país no es signatario, pero sobre el cual haremos seguidamente algunas consideraciones sobre su importancia y complementariedad con las previsiones del STCW y la enmienda de Manila 2010 en lo relacionado a la Medicina Marítima en su Parte 4. (Análisis de los Convenios de la Organización Marítima Internacional, Sánchez Froilán María del Cielo, p. 178).

Convenio internacional sobre normas de formación, titulación, y guardia para gente de mar de 1978 o STCW, y su enmienda de Manila 2010

El Convenio Internacional Sobre Normas de Formación, Titulación, y Guardia para Gente de Mar (STCW 78/95), constituye el convenio OMI con mayor éxito de implantación, contando al 31 de octubre de 2011 con aprobación de 155 Estados Partes, que representaban el 98,90 % del Tonelaje de la Flota Mundial.

Venezuela aprobó el Convenio STCW en el año 1986, estando de igual forma aprobadas las sucesivas enmiendas mediante el procedimiento denominado enmienda tácita, equivalente a la aceptación sobreentendida de las mismas por parte de nuestro país, según procedimiento de la Regla XII del citado Convenio. Dentro de las enmiendas más relevantes debemos destacar la enmienda de 1995, y particularmente la Enmienda del 2010 o de Manila, Enmienda que entró en vigencia el 1 de enero de 2012, normas estas a las cuales haremos especial referencia.

Este Convenio STCW está conformado por su texto principal contentivo de 17 artículos, 8 anexos, y el Código de Formación, conformado por la Parte A de obligatorio cumplimiento, y Parte B las cuales constituyen orientaciones o recomendaciones.

Al analizar la Enmienda de Manila 2010 en su Parte 4, sobre Salud Marítima, y su implantación o cumplimiento por parte del INEA como Autoridad Acuática en nuestro país, debemos referirnos a las Regla 1/8 relativas a normas de calidad, a la Regla 1/9 relativas a normas médicas; y a la sección A-1/8 y A-1/9 del Código de Formación relativas también a las normas de calidad y normas médicas.

En este orden de ideas, la Regla 1/8 insta en atención a la previsión de la Sección A-1/8 del Código de Formación a que todas las actividades relativas a formación, evaluación de la competencia, titulación, incluidos los certificados médicos, "...se lleven en el marco de un sistema de calidad, para garantizar la consecución de los objetivos definidos, relativos a las cualificaciones y experiencia de los instructores y evaluadores..."

Por otra parte, la Regla 1/9 relativas a las normas médicas insta a establecer normas de aptitud física para la gente de mar y procedimientos para expedir certificados médicos de la gente de mar, de conformidad con la cita sección A-1/9 del Código de Formación”, estableciendo dicha regla de igual manera lo relativo al certificado médico.

Las Secciones A-1/8 y A-1/9 de la enmienda, son normas de obligatorio cumplimiento y por ende mandatorias en su instrumentación por los Estados Partes, o sus Autoridades Acuáticas, precisando en cuanto a los sistemas de calidad la Sección A-1/8, que las mismas deben; i) Asegurar que los objetivos de instrucción y formación, así como de normas de competencia queden claramente definidos, determinando los niveles de conocimientos teóricos, comprensivos, y conocimientos prácticos apropiados para los exámenes y evaluaciones que prevé el Convenio; ii) Que el ámbito de aplicación las normas de calidad abarcará los aspectos administrativos del sistema de titulación, todos los cursos y programas de formación, los exámenes y evaluaciones llevados a cabo por una Parte o bajo su autoridad, así como la cualificaciones y experiencias de los instructores y evaluadores; y iii) Que las Partes se aseguren con intervalos no superior a 5 años, la evaluación de las normas de calidad aplicables al Convenio, enmienda, Código de Formación.

En cuanto a la Sección A-1/9 relativas a normas médicas, precisa igualmente como obligatorio, i) El establecimiento de normas de aptitud física para la gente de mar conforme a lo prescrito en la regla 1/9 y secciones B/1/9 relativas a la norma de visión y evaluación de capacidad física; ii) Que las normas de aptitud física y médica deberán garantizar que los marinos cumplan con los criterios de capacidad física necesaria previstas en dichas secciones; iii) Que los mismos demuestren agudeza auditiva y capacidad de expresión suficiente para comunicarse eficazmente iv) Que no padezcan afección, trastorno o discapacidad que impida el desempeño eficaz y en condiciones de seguridad de cometidos rutinarios y de emergencia; v) Que los reconocimientos médicos de la gente de mar correrán por facultativos experimentados y debidamente cualificados por la Parte.

Directrices para la realización de los reconocimientos médicos de la gente de mar

En el marco de la Convención de Manila de 2010, se aprobaron también un conjunto de resoluciones sobre diversos tópicos tratados, teniendo particular importancia para el tema que nos ocupa la Resolución 8 mediante la cual la conferencia invita a la Organización Marítima Internacional (OMI) a que en colaboración con la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) elaboren las Directrices para implantar las normas de aptitud física para la gente de mar, derivando de ello mediante un trabajo tripartito las llamadas Directrices para la Realización de los Reconocimientos Médicos de Gente de Mar, las cuales constituyen un conjunto de criterios técnicos-científicos dirigidos a las Administraciones Acuáticas para su instrumentación, y a los facultativos y médicos marítimos autorizados en cuanto a las evaluaciones de los reconocimientos médicos de las tripulaciones.

Como una declaración de principios por demás de suma importancia en el Preámbulo de dichas Directrices médicas, se afirma: "... la medicina en relación con el transporte marítimo hace inclusión más reconocida de los trabajadores sanitarios que practican esos exámenes o reconocimientos médicos deberán tener un conocimiento adecuado de los requisitos especiales que exige la vida en el mar ya que su opinión profesional es a menudo fundamental para la vida de los trabajadores marítimos" (Subrayado nuestro).

Estas Directrices, desde el punto de vista legal y en su orientación dada, resultan sencillamente recomendaciones para las Administraciones Marítimas para su implementación o instrumentación, tendiente a la armonización de las evaluaciones o reconocimientos médicos de la gente de mar tomando en cuenta la enmienda de Manila 2010 en referencia, y el Convenio de Trabajo Marítimo de 2006 (MLC 2006), directrices estas que están conformadas por 3 partes y sus anexos.

Del análisis de las tres (3) partes, comprendidas como, 1.- Introducción, 2.- Orientación para Autoridades Competentes, y 3.- Orientación para las personas competentes para realizar los reconocimientos médicos y expedir certificados médicos, como aspectos relevantes necesarios resulta destacar los siguientes aspectos:

Parte 1. Introducción.

- El reconocimiento médico de la gente de mar tiene por objeto asegurar que el marino que se examine es apto físicamente para desempeñar en el mar sus tareas en rutina y de emergencia y de que no sufre ninguna afección que pueda agravarse con el servicio en el mar o que los incapacite para realizar dichos servicios o que pueda constituir un riesgo para la salud de las otras personas a bordo.
- El certificado médico no es un certificado del estado general de salud ni testifica la ausencia de dolencias. Es una confirmación que prevé que el marino estará en condiciones de cumplir los requisitos mínimos para desempeñar las tareas rutinarias, y de emergencias específicas de su puesto de trabajo a bordo del buque de manera segura y eficaz durante el período de validez del certificado médico.
- El médico a cargo del reconocimiento, debe poseer los conocimientos necesarios para evaluar la aptitud de la persona con respecto a todos esos aspectos, y determinar la existencia de limitaciones a su aptitud, para establecer una relación entre sus conclusiones y los requisitos aplicables a las tareas rutinarias y de emergencia que desempeñe la persona a bordo.

Parte 2. Orientación Para Las Autoridades Competentes

El médico deberá indicar en el certificado médico si la persona está en condiciones de desempeñar todas las tareas en cualquier parte del mundo y en la sección del buque en que preste servicio, como se indica en su certificado médico, si puede realizar todas las tareas rutinarias y de emergencia, pero tan solo en determinadas aguas, o si es necesario adaptar algunas de dichas tareas.

En cuanto al derecho a la privacidad, toda persona cuyo trabajo esté relacionado con la realización de reconocimientos médicos, incluidos los armadores, y tenga que ver con los formularios de los reconocimientos, deberán garantizar la privacidad de la persona examinada. El marino deberá tener derecho de acceso a su información médica y recibir una copia de tal información.

La autoridad competente debería mantener una lista de los médicos reconocidos para realizar los reconocimientos médicos de la gente de mar y para expedir los certificados médicos. La autoridad competente cuando elabore la orientación médica para la realización de los reconocimientos médicos, deberá tomar en consideración que los médicos generales tal vez necesiten una orientación más pormenorizada que los facultativos con conocimientos de salud marítima.

Un médico reconocido por la autoridad marítima debería tener experiencia en general y en medicina del trabajo o medicina del trabajo marítimo; tener conocimiento de las condiciones de vida y del trabajo a bordo de los buques y exigencias que el trabajo impone a la gente de mar lo que respecta a los efectos de los problemas de salud en la aptitud para el trabajo; tener conciencia de las implicaciones éticas de su condición de médico encargado de los reconocimientos en nombre de la autoridad competente; profesionalmente ser independiente de los armadores y de la gente de mar y de sus representantes al ejercer sus criterios médicos; recibir información sobre el nivel de competencia que se exige de la gente de mar designada para hacerse cargo de la atención médica a bordo del buque en la legislación nacional.

Parte 3. Orientación para las Personas Autorizadas por las Autoridades Competentes Para Realizar Reconocimientos Médicos y Expedir Certificados

Los médicos deberán tener conciencia de la importancia que reviste el reconocimiento médico para la promoción de la seguridad y salud en el mar y para evaluar el nivel de la aptitud de la gente de mar para desempeñar las tareas rutinarias y para vivir a bordo.

Las operaciones de un buque y las tareas a bordo varían considerablemente. Para entender plenamente el esfuerzo físico que exigen determinadas categorías de trabajo a bordo de los buques, el médico debe familiarizarse con el STCW y sus enmiendas.

En esta parte tercera se establecen, por demás pormenorizado, procedimientos para la realización de los reconocimientos médicos, pero advirtiendo no ser guía para ello, sin pretender sustituir la opinión o experiencia de un médico.

La enmienda de Manila y convenio sobre el trabajo marítimo 2006 (MLC, 2006) y su complementariedad

Con vista a la vinculación entre la enmienda en referencia y el Convenio del Trabajo Marítimo citado, resulta necesario referirnos dada su complementariedad con la Enmienda de Manila 2010 y las Directrices en lo relativo a las exigencias a la gente de mar del certificado médico para trabajar a bordo según la regla 1.2 y su norma A1.2, y la Pauta B1.2.1.

La Regla A1.2 impone a la autoridad competente, exigir a la gente de mar un certificado médico que acredite su aptitud física para desempeñar las tareas encomendadas a bordo. Dicha norma señala, además, que el certificado deberá ser expedido por un médico debidamente calificado, y que los mismos deberán gozar de plena independencia en ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, la pauta B1.2.1, señala a título orientador, que deberán exigirse requisitos y criterios médicos similares a examinar por médicos autorizados para la gente de mar y toda otra persona relacionada con los reconocimientos médicos que apliquen las Directrices para el reconocimiento médico periódico y previo al embarque de los marineros.

Conclusiones

Resulta imperativo a título de conclusión precisar la importancia e imperiosa necesidad de contar la industria del transporte marítimo para una navegación segura, con tripulaciones o gente de mar aptas y capaces en el desarrollo efectivo de técnicas de manejo de riesgos tanto a bordo como en tierra, objetivo posible de alcanzar atendiendo al cumplimiento de las regulaciones y recomendaciones sobre Medicina Marítima aquí tratadas, cuya responsabilidad corresponde a las Administraciones Acuáticas de los Estados partes en su implantación y cumplimiento.

En nuestro país, dada las atribuciones y competencias legales asignadas y atendiendo el carácter de Administración Acuática le corresponde al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), de conformidad con los artículos 73 numeral 1, y 74 numerales 3 y

5, (G.O. Extraordinaria N° 6153 de fecha 7/11/2014) a través del Departamento de Medicina Marítima de la Gerencia de Gente de Mar, el normar y/o regular la certificación médica de nuestras tripulaciones, así como la evaluación y rigurosa selección de los médicos marítimos a ser autorizados dada la particularidad de la disciplina, los cuales requieren de idóneo conocimiento sobre aspectos del buque y de la operatividad marítima para las evaluaciones médicas en razón de la responsabilidad que se comporta el otorgamiento de las certificaciones médicas.

Ante la ausencia de normativa en nuestra legislación interna que regule lo relativo a la Medicina Marítima en lo concerniente a los reconocimientos médicos de la Gente de Mar, creemos propicio que la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo tome esta iniciativa y se avoque a su estudio y elaboración, quizá mediante la redacción de una Providencia Administrativa u otro instrumento legal, a los fines de presentarlo a la consideración del Instituto Nacional de Los Espacios Acuáticos (INEA), como una contribución institucional de nuestra asociación, dando cumplimiento con ello al STCW 78/95 y en particular a la enmienda de Manila 2010, contribuyendo también a elevar los estándares de nuestras tripulaciones, y a una navegación segura en resguardo de los intereses de todos y la protección del medio ambiente.

Referencias

- U.S Coast Gard: Anita Rothblum, en (Human Error and Marine Safety), en http://bowles-langley.com/wp-content/files_mf/humanerrorandmarinesafety26.pdf
- American Bureau of Shipping. Baker, Clifford C. & Seah, Ah Kuan. (Maritime Accidents And Human Performance: The Statistical trail), en <https://eagle.org/eagleExternalPortal/ShowProperty/Bea%20Repository/References/Technical%20Papers/2004/MaritimeAccidentsHumanPerfor>.
- The UK Club, (The Anatomy of Major Claims: A Mariners guide), en <http://www.ukpandi.com/fileadmin/uploads/uk-pi/LP%20Documents/LargeClaimsAnalysis/The%20Human%20Element/>

- (The Human Element), en <http://www.ukpandi.com/loss-prevention/risk-management-advice/the-human-element/>
- Convenio Internacional Sobre Normas de Formación, Titulación, y Guardia para Gente de Mar (STCW 78/95), Organización Marítima Internacional (OMI), en www.imo.org
- Directrices para la Realización de Reconocimientos Médicos de la Gente de Mar, Organización del Trabajo (OIT), en www.oit.org
- Convenio Sobre Trabajo Marítimo (MLC 2006), Organización Internacional del Trabajo (OIT), en www.oit.org
- GABALDÓN, José Luis. Curso de Derecho Marítimo Internacional, p. 347. Editorial Marcial Pons, año 2012.
- Ley Orgánica de Espacios Acuáticos, (G.O. Extraordinaria N° 6.153 de fecha 18/11/2014).
- Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, (G.O. Extraordinaria N° 6.076 de Fecha 07/05/2012)
- SÁNCHEZ FROILÁN, María del Cielo, Análisis de los Convenios de la Organización Marítima Internacional, Edición Universidad Marítima del Caribe. Caracas, Venezuela 2009, p. 178.

Los desafíos del límite de azufre 2020*

Maribel Sabatino Baute

Generalidades

En los últimos años, la Organización Marítima Internacional (OMI) ha venido trabajando para reducir los efectos nocivos del transporte marítimo en el medio ambiente, estableciendo límites progresivamente más estrictos en el contenido de azufre de los fuelóleos utilizados por los buques.

Un ejemplo de estos esfuerzos, es la Regulación 14.1.3 del anexo VI del Convenio MARPOL, adoptada por la OMI en 2016. Dicha Regulación establece que *“el contenido de azufre de cualquier fuelóleo utilizado a bordo de buques no excederá de ... 0,50% m/m a partir del 1 de enero de 2020”*. El nuevo límite representa una fuerte reducción en el límite global permisible de azufre, que hasta ahora era de 3,5% m/m en virtud de la Regulación 14.1.2. actualmente en vigencia.

El límite se aplicará a los buques registrados en los Estados de la bandera que hayan ratificado el Anexo VI, y en todas las aguas pertenecientes a los Estados portuarios o costeros que hayan ratificado el Anexo VI, en las cuales, o por las cuales, los buques atraquen o pasen. El nuevo límite no afectará la obligación actual bajo la Regulación 14.4.3 de que los buques que operan dentro de las Áreas de Control

* Publicado en la Revista “Puerto” de la Cámara de Comercio de Puerto Cabello. Edición 125 Aniversario, 2019.

de Emisiones (*Emission Control Areas* o “ECAs”) usen combustible con un contenido de azufre de solo 0,1 m/m.

Opciones de cumplimiento

Existen al menos, cuatro opciones disponibles a los armadores para el cumplimiento del límite de azufre 2020, estas son:

- 1) Quemar GNL sujeto a modificaciones de maquinaria;
- 2) Instalar depuradores o *scrubbers*;
- 3) Quemar combustibles destilados (gasoil marino/diesel marino), combustibles “híbridos” o mezclas;
- 4) Utilizar combustibles alternativos “limpios” como metanol, gas licuado de petróleo, biocombustibles, etc.

La decisión dependerá de los armadores sobre la forma más eficiente de cumplir con las regulaciones ambientales, tomando en cuenta el tamaño y la edad de su flota, su patrón comercial y, por su puesto, su situación financiera.

Independientemente de la opción que se elija, se espera un importante aumento en los costos. Por un lado, las modificaciones al motor o la instalación de depuradores o *scrubbers* representarán sin duda, una inversión significativa. Por el otro, el suministro de combustibles que cumplan con la Regulación podría generar precios de compra elevados. Esto, sumado al hecho de que estos combustibles podrían no estar disponibles inmediatamente, especialmente en el caso de puertos remotos.

Potenciales disputas

A nivel comercial, es probable que el incumplimiento de la Regulación 14.1.3 dé lugar a una variedad de reclamaciones entre armadores y fletadores.

i. Suministro de combustible

En el caso de contratos de fletamento por tiempo, los fletadores son responsables de suministrar combustible al buque. Estos contratos incluyen normalmente una cláusula de especificación de bunker, y, a veces, cláusulas estándar que hacen referencia al contenido de azufre

o la calidad del combustible. Por esta razón, tanto armadores como fletadores han de revisar todas las cláusulas concernientes al abastecimiento de combustible, para asegurarse de que las mismas cumplan con la Regulación 14.1.3.

La inclusión de procedimientos de muestreo exprés para garantizar que las operaciones de abastecimiento de combustible cumplan con el Anexo VI, y el requerimiento de que las notas de entrega de combustible indiquen el contenido de azufre en el combustible suministrado, podrán reducir la aparición de disputas.

Las partes deberían considerar además la adopción de una cláusula que anule la Regulación 18.2 del Anexo VI, la cual establece que no se debe exigir a un buque que se desvíe del viaje previsto o que demore indebidamente el viaje, para obtener combustible conforme.

ii. Uso de depuradores o *scrubbers*

La instalación de depuradores o *scrubbers* (sistemas de limpieza de gases de escape) permitirá a los armadores tener la opción de continuar quemando combustibles con alto contenido de azufre, después de la fecha de entrada en vigencia de la Regulación, siempre que los contratos de fletamento respectivos permitan su uso.

De optar por esta opción, armadores y fletadores deberán asegurarse de que cualquier contrato de fletamento asigne adecuadamente la responsabilidad de la instalación, mantenimiento y reparación de los depuradores.

Los armadores y fletadores deberán revisar adicionalmente las cláusulas de dique seco (*dry docking*) y *off-hire* (en el caso de fletamientos por tiempo), y las cláusulas de *laytime* y demoras (en el caso de fletamientos por viaje) para garantizar que esas cláusulas asignen claramente la responsabilidad por el tiempo y los costos incurridos en la instalación, mantenimiento y/o reparación de los depuradores.

Multas y sanciones

Si bien la aplicación de la Regulación variará de una jurisdicción a otra, los buques que se encuentren en incumplimiento deberán esperar multas como consecuencia del control de buques por el Estado Rector del Puerto (*Port State Control*) donde se haya ratificado el Anexo VI.

El artículo 4(4) de MARPOL establece que las sanciones deberán ser *“adecuadas en severidad para desalentar las violaciones ... independientemente de dónde ocurran las violaciones”*. De igual forma, algunas normas y regulaciones locales permitirán a ciertos Estados arrestar buques en incumplimiento de la Regulación.

Comentarios finales

La Regulación 14.1.3, que como hemos dicho, entrará en vigencia el próximo 1 de enero de 2020, representa un gran salto hacia una industria marítima menos nociva y contaminante para el medio ambiente, en concordancia con las preocupaciones globales de la actualidad. El incumplimiento de esta Regulación podrá traer importantes consecuencias económicas tanto para armadores y fletadores, por lo que resulta recomendable tomar las precauciones necesarias para lograr una implementación sin mayores dilaciones, para evitar multas y eventuales detenciones del buque como resultado de las inspecciones que se desarrollen, en el marco del control de buques por Estado Rector del Puerto.

El límite de azufre del combustible en el transporte marítimo: su implantación y estado actual en Venezuela*

Benjamín Moisés Cordero Cote

Resumen

En fecha 30 de diciembre de 2019 el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), como autoridad acuática venezolana, emitió una circular mediante la cual exhorta a cumplir las exigencias del Anexo VI del Convenio MARPOL, respecto de los límites de contenido de azufre en combustible utilizados por buques iguales o superiores a 400 unidades de arqueo bruto. No obstante, considerando que Venezuela no ha ratificado el referido anexo, se cuestiona por una parte la idoneidad legal de dicho instrumento para la incorporación y aplicación de tales normas en nuestro sistema jurídico, así como las consecuencias de su incumplimiento, y por la otra, la adecuación de condiciones operativas que desde el punto de vista práctico permitan a la autoridad acuática supervisar su cumplimiento.

* Publicado en “La Agenda 2030 y el Derecho Marítimo Iberoamericano”. Una colección de monografías y ensayos sobre la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y el Derecho Marítimo Iberoamericano. Malmö, Suecia: Publicaciones de World Maritime University, 2024.

Introducción

No es de sorprender el protagonismo institucional, académico y geopolítico que afortunadamente ha ganado la Agenda 2030 de Naciones Unidas (ONU) en todos los espacios y sectores de la sociedad, incluyendo claro está, aquellos aspectos que conciernen al Derecho Marítimo. De hecho, una lectura transversal de la resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU del 25 de septiembre de 2015, deja entrever ambiciosas expectativas respecto de una estrategia sistemática que pretende lidiar con asuntos globales que consideramos importantes: erradicación de la pobreza y el hambre, la lucha contra la contaminación del planeta, la sostenibilidad de la paz en el contexto internacional, entre otras cosas.

Aun así, sin que pretendamos socavar la importancia que la implantación “ideal” de estos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) tiene para la sociedad moderna, nos parece prudente reflexionar sobre ciertos aspectos de orden práctico que, sin lugar a dudas, ayudarían a que su alcance no se diluya en una declaración de principios abstractos que brinden a los gobiernos del mundo una apariencia más “humanista” sobre sus procedimientos.

Por una parte, coincidimos con la perspectiva del profesor Gómez Gil (2017), quien señala que el nacimiento de esta agenda la precede el incumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, los cuales abarcaban desde el año 2000 hasta el 2015. Estos últimos compartían muchas de las metas que serían posteriormente heredadas en esta nueva iniciativa de la ONU para el 2030. Por ejemplo: mediante dicho proyecto fueron trazadas expectativas importantes respecto de la reducción de proporción de personas que sufren hambre o con ingresos ínfimos; también se fomentaría la sostenibilidad del medio ambiente, en las políticas y los programas nacionales; e inclusive, se atenderían cuestiones sociales como la igualdad de género, los derechos de las mujeres, entre otras cosas.

Lamentablemente, bien señala el autor que factores como la falta de evaluación exhaustiva del cumplimiento de los acuerdos, en lo político y técnico, así como la ausencia de datos en materia de desarrollo, para medir cuantitativa y cualitativamente el desenvolvimiento de la iniciativa, fueron limitaciones clave para su implantación. Ello

de antemano, plantea un serio antecedente para una Agenda 2030 mediante la cual los jefes de Estado y de Gobierno han manifestado una visión de futuro que, en términos teóricos, resulta bastante prometedora¹, pero que deberá continuarse necesariamente por un compromiso real de cada uno de los países miembros, tomando en cuenta la alta dependencia que tienen estos objetivos a la instrumentación de políticas locales de los gobiernos.

Ciertamente debemos reconocer que el diseño de los ODS es superior al proyecto que lo precede, por cuanto se observa la articulación de 17 objetivos más específicos, mediante 169 metas y 230 indicadores verificables que pretenden integrar 3 dimensiones del desarrollo sostenible, en lo económico, social y ambiental; aun así, preocupa para algunos sectores que la abultada estrategia sea una repetición retórica e idealista de metas fijadas en el pasado, mediante expectativas muy elevadas, las cuales han sido incumplidas sistemáticamente². Acertado resulta lo afirmado por Sarvajayakesavalu (2017), según lo cual resultará prioritario en este proceso abordar aspectos relacionados con la utilización de instrumentos de medición, así como los indicadores y métricas que recopilen datos de calidad para la evaluación del estatus de los objetivos en cada país, siempre permitiendo el fácil acceso a estas herramientas por los países menos desarrollados.

Por su parte, la delimitación de mecanismos de control hacia los gobiernos que forman parte de la Agenda resultará imprescindible para volver realidad sus metas; precisamente, uno de los desafíos que se enfrentan desde el punto de vista legal a nivel internacional, inclusive en la esfera marítima, es la resistencia de algunos países en ponerse al día con la ratificación y aplicación de muchos de los convenios internacionales en vigor, que de alguna manera forman parte

¹ En los términos de la resolución aprobada por la Asamblea General de la ONU del 25 de septiembre de 2015, puntos 7, 8 y 9 amparados bajo la sección denominada "Nuestra visión de futuro".

² Nuevamente señala el profesor Gómez Gil que existen múltiples ejemplos de objetivos trazados en el pasado que fueron incumplidos por la comunidad internacional en un intento de implementar cambios globales: Así, podemos encontrar la Meta 17.2 para destinar entre el 0,15-0,20% de la Ayuda Oficial al Desarrollo (AOD) a los Países Menos Adelantados (PMA), acordada en 2001; también en la Meta 17.2 está la vieja promesa de dedicar el 0,7% del PIB para AOD en los países empobrecidos, fijada en 1970; la Meta 16.8 de reforma del FMI, acordada en el seno del G-20 en 2010 para dar más voz a los países emergentes; la Meta 13.a para movilizar 100.000 millones de dólares destinados a frenar el cambio climático acordado en la Cumbre del Clima de Copenhague de 2009... (Gómez Gil, 2017, p. 111).

accesoria de los ODS, y sin los cuales, no existiría marco normativo que regule la actividad de los Estados Parte.

Son precisamente todos estos aspectos, críticos en la implantación de los ODS, los que deseamos visibilizar en el presente artículo, respecto de las regulaciones emanadas de la Organización Marítima Internacional (OMI), relacionadas con los límites de azufre en el combustible de buques, así como el estado de su aplicación en el caso venezolano.

Así mismo, no nos cabe la menor duda que abordar este asunto resulta de especial interés a la luz del cumplimiento de la Agenda 2030. Por una parte, el objetivo 3 pretende instaurar garantías para una vida sana, priorizando la reducción considerable del número de muertes y enfermedades causadas por productos químicos y peligrosos que inciden en la contaminación atmosférica, acuática y terrestre, especialmente en nuestro caso, respecto de las poblaciones costeras y personal a bordo de embarcaciones que puedan estar más expuestos a las emisiones de gases provenientes del combustible. Igualmente, en el marco del objetivo 13, consideramos de importancia el anexo VI del Convenio Internacional para la Prevención de la Contaminación por Buques (MARPOL), respecto de la promoción de medidas que mitiguen la contaminación atmosférica y en particular el cambio climático, buscando fortalecer la capacidad de adaptación a los riesgos asociados con el clima. En el caso del dióxido de azufre, a pesar de no ser calificado como un gas que potencialmente genere efecto invernadero, sus características tóxicas y exposición atmosférica son perjudiciales para el ser humano y todos los ecosistemas, tal y como se observará más adelante.

La contaminación en la industria marítima y el Anexo VI del MARPOL

El transporte marítimo históricamente ha sido partícipe de diversos procesos de contaminación; existen múltiples ejemplos que van, desde las descargas operacionales deliberadas o accidentales de hidrocarburos, pasando por la emisión de distintos tipos de gases que contribuyen a generar el efecto invernadero, hasta por la descarga de efectos contaminantes. Por revisar algunos datos, según Naciones Unidas (2017) en 1997, las estimaciones totales a nivel mundial de las

emisiones de óxidos de nitrógeno (NOx), procedentes del transporte marítimo, indicaron que eran equivalentes a 42% de esas emisiones en América del Norte, y 74% respecto de aquellos países europeos que eran miembros de la organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

Sin embargo, mucho antes de la creación de la Agenda 2030, se venía prestando atención en el foro de la OMI a un elemento de contaminación particular de la industria, esto es, el contenido de azufre que se encuentra en el combustible utilizado por buques, motivado a los niveles de toxicidad que los mismos pueden detentar. Al respecto, un estudio de la Universidad Politécnica de Cataluña explica las razones por las cuales los dióxidos de azufre, así como otros gases generados por las embarcaciones, dependiendo de sus niveles, generan efectos tóxicos no solo para la atmósfera *persé*, sino para la salud humana; en este sentido, Sin (2012) detalla lo siguiente:

Las emisiones de dióxido de azufre (SO₂) y óxidos nitrosos (NOx) procedentes de los buques provocan deposiciones ácidas, que pueden ser perjudiciales para el medio ambiente, además de micropartículas que son dañinas para la salud. Las emisiones de NOx y compuestos orgánicos volátiles (COV) contribuyen a la formación de ozono superficial que puede perjudicar a la salud y al medio ambiente. Las emisiones de NOx contribuyen a una eutrofización nociva para el medio ambiente. Las emisiones de dióxido de carbono (CO₂) contribuyen al cambio climático. Las de halón afectan a la capa de ozono. (p. 7)

En el caso del azufre, según la autora, se constituye como un compuesto que se produce de forma natural en el petróleo, por lo tanto, su presencia en el combustible, depende tanto de la fuente del crudo como de los procesos de refinación, de lo cual se puede apreciar en su contenido en porcentajes que pueden escalar hasta más de 4% en peso.

Ahora bien, en términos prácticos, cuando se repite su condición de toxicidad, cabría preguntarse a qué se refiere en concreto. Con

vista a dicha interrogante, la misma autora señala que los efectos dependen de su nivel de concentración y del tiempo al que se puede estar expuesto al mismo; el dióxido de azufre, en menores niveles, podría afectar el sistema respiratorio de humanos y animales, causando una sintomatología diversa que incluye irritación en los ojos, infartos al miocardio e incluso agravando enfermedades preexistentes en el organismo. Agrega el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico del Gobierno Español (s.f) que, incluso encontrándose a largas distancias del foco emisor de este gas, el mismo repercute en alteraciones del metabolismo de las proteínas, dolores de cabeza, insuficiencias pulmonares e inclusive ansiedad, sin perjuicio de algunas otras consecuencias más relacionadas con el daño a los ecosistemas del planeta, tales como daños a la vegetación, degradación de la clorofila y reducción de la fotosíntesis.

Es decir, la evidencia empírica denota que las emisiones de azufre van más allá de ser un símbolo discursivo de protección al ambiente, siendo notables las innumerables consecuencias a su exposición. Fue precisamente por estos y otros motivos, que la (OMI), en su ánimo de promover la eliminación o control de los procesos contaminantes de la flota internacional, tras conducir en un primer momento a la adopción del Convenio MARPOL en 1973, produce el protocolo del Anexo VI adoptado en 1997³, mediante el cual se dispone de reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques⁴.

Por supuesto que el alcance del referido anexo contiene diversas prioridades, a veces objeto de confusión, que consideramos importantes distinguir: por una parte, se delimita el control de la emisión de aquellas sustancias susceptibles de agotar la capa de ozono, según las disposiciones de la regla 12, capítulo 3 del anexo VI, encontrándose definidas por referencia al Protocolo de Montreal de 1987; por otro lado, en el marco del proceso de reducción de la intensidad del carbono y otros gases de efecto invernadero producidos por embarcaciones, se desarrolla un capítulo 4 denominado “reglas sobre la eficiencia energética de buques”; finalmente, existe una aplicación específica para cierto tipo de componentes con características propias,

³ Ha sido de amplia aceptación en la comunidad internacional, siendo ratificado por 105 Estados que representan el 96,70% del tonelaje de registro bruto mundial.

⁴ Produciéndose su entrada en vigor posteriormente, el 19 de mayo de 2005.

que como hemos señalado anteriormente, también conviene controlar por sus efectos. Entre estos, los óxidos de nitrógeno, los compuestos orgánicos volátiles y los óxidos de azufre.

Cada uno de estos aspectos del Anexo VI tiene particularidades que deben ser estudiadas por separado y que definitivamente no pretendemos detallar; sin embargo, con vista al objeto de nuestro artículo, dedicaremos algunas líneas a desarrollar los aspectos prácticos principales que consideramos de especial relevancia para lograr un control real de las emisiones de azufre, muchos de los cuales se comparten en lo técnico para el resto de apartados del anexo.

La regulación de las emisiones de azufre por el Anexo VI del MARPOL

Las emisiones de azufre se encuentran reguladas por la regla 14 del capítulo 3 del Anexo VI, cuyo primer punto establece que *“el contenido de azufre del fueloil utilizado o transportado para su utilización a bordo de un buque no excederá del 0,50% masa/masa”*, lo anterior deviene en una limitación progresiva de los contenidos de azufre en combustible, que anteriormente se establecía en 3,5% m/m, y que actualmente se fija en el porcentaje mencionado, desde su entrada en vigor en el año 2020.

Dicha disposición aplicará a todos aquellos objetos que se circunscriben al término “buque”, en sentido amplio, según lo establecido en el artículo 2 del MARPOL, es decir, todas las embarcaciones que operen en el medio marino, incluyendo los aliscafos, aerodeslizadores, los sumergibles, artefactos flotantes y plataformas fijas o flotantes, que se encuentren registradas o abanderadas en el pabellón de un estado que haya ratificado el Anexo VI, o bien que naveguen o atraquen en los espacios acuáticos sometidos a la autoridad de uno de dichos estados, siempre que cumplan las condiciones de capacidad. Igualmente, por criterio de interpretación de la OMI, la prohibición de transportar *fueloil* no sujeto a las reglas, se extenderá al de los equipos de emergencia del buque.

Sin perjuicio de lo anterior, la regla 14.3 mantiene un conjunto de zonas específicas de control de emisiones (*Emission Control Areas* o ‘ECAs’), donde el límite de contenido de azufre en fueloil no debe

exceder de 0,10% m/m, debiendo atender a ciertos procedimientos de prevención y cambio de combustible, respecto de aquellos buques que entren o salgan de las referidas zonas.

En otro orden de ideas, bien señala Sabatino (2020), que existen al menos 4 posibles formas de dar cumplimiento a las exigencias de la regla 14 del anexo VI, por parte de los armadores, las cuales distinguimos a continuación:

- Por una parte, podrían los armadores recurrir al uso del Gas Natural Licuado, con propiedades de combustión limpias, y con un contenido de azufre que se encuentra muy por debajo del límite establecido por la regla. Sin embargo, la alternativa pasa por asumir altos costos de reacondicionamiento, tanto a bordo del buque como en tierra, a los fines de lidiar con su fabricación, transporte y almacenamiento. Igualmente, desde el punto de vista ecológico encuentra ciertas desventajas, debido a que su composición corre el riesgo de liberar fuertes emisiones de metano y dióxido de carbono, los cuales potencialmente pueden generar efecto invernadero.
- También, las embarcaciones podrían mantener el uso de *fuel oil* pesado, no reglamentario en términos de su contenido en azufre, siempre y cuando instalen filtros limpiadores de gases de escape, también conocidos como *scrubbers*. Estos sistemas, capturan y neutralizan los gases contaminantes que porta el combustible, separándolos molecularmente mediante el uso de líquidos o reactivos químicos especiales para cada tipo de componente (bien sea los derivados de azufre, nitrógeno u otros). El resultado es la emisión de gases limpios que no perjudican la atmósfera. No obstante, la adecuación de estos sistemas también constituye un costo operativo para la industria.
- Adquirir los combustibles de bajo contenido en azufre, también conocidos como *Ultra-low sulphur fuel oil* (máximo 0,10%) y *Very-low sulphur fuel oil* (máximo 0,50%), los cuales pueden adaptarse a las características estándar de los motores del buque, sujeto a ciertos cambios operativos. Sin embargo, debido a la demanda de estos combustibles, no solo en la industria del transporte marítimo, el costo del mismo puede ser más elevado que el combustible tradicional.

- Finalmente, podrá analizarse el uso de otro tipo de combustibles alternativos, tales como los biocombustibles extraídos de residuos plásticos, metanol y otros tipos nuevos, tales como el biodiésel, bioetanol o bioqueroseno.

Claramente el cumplimiento de esta regulación pasa por una evaluación del costo de oportunidad de las distintas alternativas, y su posible escalabilidad en el tiempo, con el fin de que las inversiones efectuadas puedan adaptarse a las nuevas estandarizaciones que produzca la OMI en el largo plazo. Así mismo, el anexo VI del convenio desarrolla algunos aspectos de orden práctico que facilita a los estados partes el proceso de evaluación de los buques sometidos a su pabellón, o los que resulten involucrados en las funciones de revisión del estado rector del puerto, las cuales nos permitimos señalar brevemente.

1. Las labores de reconocimiento señaladas por el anexo VI respecto de su capítulo 3

La regla 5 del Anexo VI describe una serie de inspecciones o reconocimientos, a cargo de los Estados Partes, a todos aquellos buques cuyo arqueo bruto sea igual o supere las 400 unidades, así como a las torres de perforación o plataformas fijas o flotantes, a los fines de garantizar el cumplimiento de las regulaciones previstas en los capítulos 3 del mismo, dentro de lo cual se encuentra la regla 14 de las emisiones de azufre.

Este reconocimiento pasa por distintas etapas. En primera instancia, debe llevarse a cabo una fase inicial que pretende auditar los equipos, sistemas, accesorios, instalaciones y materiales usados por los buques, verificando que se encuentran apegados a los requerimientos del capítulo 3, por ejemplo, respecto de la correcta instalación de *scrubbers*. Esto podría efectuarse una vez el buque se encuentre en servicio de dique, o cuando se expide por primera vez el Certificado Internacional de Prevención de la Contaminación Atmosférica (IAPP), al cual nos referiremos más adelante.

Posteriormente, seguirán sucesivos reconocimientos que se harán de forma periódica, bien sea para renovar las certificaciones que constatan el cumplimiento de las evaluaciones, dependiendo su vigencia, también cuando el buque sufra un accidente o defecto que pueda

afectar considerablemente la eficacia o integridad del equipo involucrado en el cumplimiento de las disposiciones de la regulación, o bien para constatar el buen funcionamiento de los equipos en el transcurso de su operatividad. El objetivo, es mantener un seguimiento operativo de las embarcaciones, que permita detectar cualquier cambio de las condiciones que dieron origen a la certificación del cumplimiento, desde el punto de vista de los equipos que fueron objeto de revisión, respecto de las disposiciones del capítulo 3⁵ del Anexo VI.

Por su parte, la regla 5.3, establece que los reconocimientos podrán llevarse a cabo directamente por la Administración de los Estados Parte, o podrá ser delegada a inspectores designados por esta u organizaciones reconocidas, en cumplimiento de las directrices para efectuar reconocimientos de conformidad con el sistema armonizado de reconocimientos y certificación (SARC), previsto en la resolución A.1156(32) de la OMI. En cualquier caso, la regla prevé, tanto en labores de reconocimiento para buques registrados en el pabellón, como los sometidos al *port state control*, mecanismos de notificación oportuna a las administraciones correspondientes para tomar las medidas correctivas necesarias que obliguen al armador a ejecutar el cumplimiento, *so pena* de incurrir en sanciones o suspensiones de certificados.

2. El certificado IAPP

Cumplidas las labores de reconocimiento, tal y como se ha mencionado, la Administración o la persona u organización debidamente autorizada por esta, emitirá un Certificado Internacional de Prevención de la Contaminación Atmosférica, a todos los buques y plataformas o torres de perforación a los cuales aplica el reconocimiento según lo explicado anteriormente, por un período de validez que no excederá de 5 años, el cual constituirá prueba del cumplimiento de las disposiciones previstas en el capítulo 3 del Anexo.

También, el Anexo contempla un mecanismo que permite a la Administración solicitar a otro Estado Parte, efectuar las labores de

⁵ El Anexo también detenta una descripción de procedimientos de reconocimiento para garantizar el cumplimiento de las disposiciones emanadas del capítulo 4 del anexo VI, sin embargo, las mismas se encuentran referidas a la expedición del Certificado Internacional de eficiencia energética.

reconocimiento, así como la expedición o refrendo de los certificados, a los buques sometidos a su jurisdicción, en cuyo caso, el otro Estado deberá remitir copia del certificado y de los informes de reconocimiento para su correspondiente archivo; siendo este un mecanismo que claramente no aplica para aquellos buques que enarbolan el pabellón de un estado que no hayan ratificado el Anexo VI.

3. El rol de los proveedores de combustible

Como hemos dicho anteriormente, existen diversas vías de cumplimiento de la regla 14, siendo una de estas el uso de combustibles que permitan no superar el límite normativo. Por lo tanto, más allá de la obtención del certificado IAPP, no es menos cierto que los proveedores de combustible cumplen un rol fundamental para aquellos buques que no cuentan con sistemas depuradores (*scrubbers*).

Observamos que el contenido de la regla 18 del Anexo VI, busca crear una interacción consolidada entre los Estados Parte y los proveedores de combustible locales; en su primera sección determina la obligación de aquellos de adoptar las medidas que procuren la disponibilidad de *fueloil* ajustados a los estándares de la regulación. Es decir, la Administración debe crear procedimientos internos que verifiquen la calidad del combustible local disponible tanto para los buques registrados bajo el pabellón, como aquellos otros de bandera extranjera que transiten por sus espacios acuáticos.

A su vez, la regla 14.5, en concordancia con lo prescrito por la regla 18.5, determina que el proveedor de combustible debe demostrar documentalmente que el contenido de azufre del *fueloil*, cumple con los requisitos establecidos por el Anexo, lo cual conlleva a la emisión de un *bunker delivery note* o nota de entrega de combustible, que deberá contener la información descrita en el apéndice V del Anexo. Consideramos importante destacar la importancia y responsabilidad derivada de la emisión de este tipo de certificados, lo cual constituye una suerte de declaración jurada por parte del proveedor, por la información que debe ser plasmada en el mismo: nombre y número IMO del buque receptor, identificación y datos de contacto del proveedor del *fueloil* para usos marinos, denominación del producto, certificación por su representante respecto del contenido de azufre y el cumplimiento de la regla 14, entre otros elementos.

Adicionalmente, existe un protocolo en la regla 18.8.1 que determina el acompañamiento del *bunker delivery note* con una muestra del combustible entregado, la cual deberá preservarse a bordo del mismo, sellada y firmada por un representante del proveedor y por el capitán o el oficial encargado, por un periodo no inferior a 12 meses contados desde la fecha de entrega⁶.

Claramente las notas de entrega podrán ser revisadas por las administraciones competentes, existiendo la posibilidad de analizar las muestras representativas mediante el “*Procedimiento de verificación a partir de las muestras de fueloil estipuladas en el anexo VI del convenio MARPOL (Regla 18.8.2 o regla 14.8)*” previsto en el apéndice VI⁷, cuyo contenido contiene rigurosos pasos de manipulación, verificación y análisis, con el objeto de garantizar la calidad del resultado, llegando inclusive a exigir que el laboratorio involucrado en los ensayos se encuentre acreditado conforme a las normas de estandarización internacional ISO/IEC 17025:2017⁸ o una norma equivalente.

Por lo tanto, con vista a las disposiciones anteriores, así como aquellas dispuestas en la sección 9 de la regla 18, los Estados Partes deberán procurar llevar a cabo ciertas acciones: 1. Involucrar en los procesos de inspección a laboratorios que puedan cumplir con las exigencias del referido apéndice; 2. Mantener un registro de los proveedores locales de *fueloil*; 3. Exigir a los proveedores locales emitir las notas de entrega de combustibles, conservando copia de las mismas al menos por 3 años; 4. Tomar medidas respecto de aquellos proveedores cuyo producto no se adecúe a las exigencias del anexo VI, entre otras.

4. Instalaciones de recepción y medidas de supervisión

La OMI no ha escatimado esfuerzos en enfatizar la importancia práctica de las instalaciones de recepción, como mecanismo de implementación real del convenio MARPOL, previniendo las descargas ilegales de sustancias contaminantes procedentes de los buques, para

⁶ La regla también se refiere a su conservación “*hasta que el fueloil se haya consumido en gran parte*”, sin embargo, posteriormente figura un mínimo de tiempo de conservación, razón por la cual nos referimos a este último lapso.

⁷ De la misma forma, dicho procedimiento servirá de referencia para el análisis de muestras del combustible a bordo, de acuerdo a lo establecido en las reglas 14.8, 14.10 y siguientes.

⁸ Organización Internacional de Estandarización. Normativa relativa a “*Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración*”.

lo cual ya se han decretado diversas resoluciones y directrices que brindan guía a su aplicación. Así mismo, este elemento no escapa del alcance de la regulación del Anexo VI, el cual en su regla 17, dispone la obligación de los Estados Parte de garantizar instalaciones adecuadas a los fines de efectuar la recepción de las sustancias reguladas en los capítulos 3 y 4 del mismo, bien sean sustancias que agotan la capa de ozono, así como los residuos de la limpieza de los equipos que contienen dichas sustancias y de los que se extraigan de los sistemas de limpieza de los gases de escape.

Inclusive, con vista a la actividad del desguace de buques, también prevé en la regla 17.3 que dichas instalaciones deberán adecuarse para la recepción de las sustancias de contaminación atmosférica retirados de los mismos, previa destrucción. Sin embargo, la adecuación de este tipo de instalaciones requiere el esfuerzo de planificación económica por parte de los Estados Parte, según las recomendaciones y directrices de la OMI.

No perdemos de vista tampoco, los apartados contenidos en las reglas 10 y 11 del Anexo, las cuales permiten a los Estados ejercer funciones de supervisión en el marco de las facultades derivadas del *port state control*, así como las del Estado pabellón correspondiente, prescribiendo la posibilidad de efectuar inspecciones por parte de funcionarios autorizados, siempre que existan elementos de convicción para sospechar el incumplimiento de las normativas, o el desconocimiento de los procedimientos esenciales para la prevención de la contaminación atmosférica, mediante la verificación de documentos, procedimientos, pruebas de muestras según corresponda, entre otras.

En cualquier caso, en el marco de la obligación de cooperación de los Estados Parte de dar cumplimiento a lo establecido en el Anexo, se faculta en la regla 11.1 a ejecutar las medidas que se consideren necesarias para la detección de transgresiones, notificaciones a la autoridades competentes y correctivos orientados al cumplimiento de la norma.

Concluyendo acerca de estas disposiciones, no es nuestro objetivo ahondar en cada sección del Anexo VI, lo cual requiere un esfuerzo significativo que escapa del alcance de nuestro artículo. Pero, con estas puntuales consideraciones, dejamos en evidencia que el

cumplimiento de las limitaciones del contenido de azufre presente en combustible, más allá de las consideraciones de orden técnico que exige la labor conjunta de profesionales debidamente capacitados y experimentados en la materia, requiere diversos elementos de instrumentación práctica, que van desde gestiones de inspección periódicas, emisión y control de certificaciones, interacción y supervisión de proveedores de combustibles locales, desarrollo de instalaciones de recepción y una política de detección y corrección de transgresiones del convenio, sin lo cual la regulación resultará totalmente inútil para cualquier Estado que siquiera considere someterse al cumplimiento de la misma.

Estado de la regulación en Venezuela y los problemas de implementación

Actualmente en Venezuela no se han cumplido los procedimientos constitucionales para llevar a efecto la ratificación del Anexo VI de la convención MARPOL, en consecuencia, las disposiciones relativas a las limitaciones de los niveles de azufre en combustible, en principio, no son exigibles desde el punto de vista normativo. A pesar de ello, se han observado algunos destellos de interés por parte de las autoridades venezolanas, con relación a las referidas regulaciones. Encontramos, por ejemplo, un informe de actividades del Comité Técnico Consultivo sobre Gestión Portuaria Sostenible y Protección Ambiental, presentado en el año 2013 ante la Organización de Estados Americanos por parte de la delegación de Venezuela, mediante el cual, algunos funcionarios de la Autoridad Acuática Venezolana asistirían a un curso regional sobre seguimiento, implantación y cumplimiento de los anexos V y VI del MARPOL.

Igualmente, en el año 2019, mediante Gaceta Oficial Número 41.785 de fecha 19 de diciembre del 2019, se publica la resolución del Ministerio del Poder Popular de Petróleo número 119, mediante la cual, se regulan los precios de liquidación de las regalías generadas por la república en la extracción de hidrocarburos, y la participación de la misma respecto de la obtención de coque y azufre provenientes del petróleo. Dicha resolución resulta cuando menos de interés ya que, dentro de las consideraciones que preceden a su articulado, el

referido ministerio motivaba su decisión en las nuevas limitaciones de contenido de azufre en combustible del transporte marítimo que entrarían en vigor en el año 2020, lo cual afectaría el comercio del petróleo globalmente, fijándose en consecuencia estas regalías con base a los niveles de azufre y otros elementos.

Al margen de los referidos antecedentes, el paso más visible que se ha dado en Venezuela, desde el punto de vista gubernamental, en lo que respecta a las regulaciones comentadas en el presente artículo, tiene que ver con la publicación del Circular número 019 de fecha 30 de diciembre de 2019, dictada por la presidencia del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos, cuya decisión citamos a continuación:

Este Despacho,

Informa a todos los que hacen vida en el sector acuático, que, a partir del 1 de enero de 2020, el combustible que emplearán los buques igual o superior a 400 AB y toda plataforma de perforación fija o flotante y otro tipo de plataformas en sus operaciones, deberá contener como máximo 0,5% m/m de azufre, salvo los buques que posean filtros limpiadores de gases de escape (scrubbers).

Aquellos buques de bandera venezolana y de bandera extranjera bajo el régimen de permiso especial, que efectúen navegación de cabotaje y doméstica, continuarán utilizando el combustible suministrado por el proveedor nacional, hasta tanto exista disponibilidad de despacho de combustible conforme a la Resolución de la OMI.

El Estado Rector del Puerto (ERP) y las Capitanías de Puerto, en sus respectivas inspecciones o visitas a los buques, deberán verificar el cumplimiento de la normativa, comprobando la validez del certificado y plan de eficiencia, control de las notas de entrega, del combustible, libros de registro de hidrocarburos, el resguardo de las muestras de combustible, informes de prueba de laboratorio de haberlas y de ser el caso, podrán tomar al azar muestras de combustible para su análisis de laboratorio y verificar el contenido de azufre, previsto en el Apéndice VI del Anexo VI del MARPOL.

En caso de incumplimiento la Autoridad Acuática informará al Estado de Bandera respectivo, pudiendo establecerse un tiempo para subsanar la deficiencia, y de ser el caso, imponer otras medidas previstas en la ley.

Con vista al contenido de la referida circular, resulta importante hacer ciertas reflexiones. En el orden jurídico interno, con base a los artículos 127, 128 y 129 de la Constitución Nacional, se observa el deber del estado venezolano de desarrollar políticas orientadas a la protección del ambiente y los diversos elementos de los ecosistemas, con el objeto de garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación, involucrando específicamente al clima y la capa de ozono.

Por su parte, el ejercicio de la Autoridad Acuática en Venezuela corresponde al Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos (INEA), según lo establecido en el artículo 73 de la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos (LOEA), como ente adscrito al Ministerio con competencia en materia de Transporte, siendo que dentro de sus competencias se observa, la ejecución de funciones inherentes al Estado Rector del Puerto, la aprobación de planes de contingencia ambiental, el control y supervisión de los vertimientos de sustancias contaminantes que pudieran afectar los espacios acuáticos, y otro conjunto de facultades orientadas a la protección de los ecosistemas marinos, la prevención de la contaminación del transporte y la salvaguarda de las comunidades costeras. Incluso, desde el punto de vista de la implantación del Plan Nacional de Desarrollo del Sector Acuático, el INEA cumple una función preponderante en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible incluidos en la Agenda 2030.

Sin embargo, la existencia de la circular publicada, por sí misma, representa un problema de orden constitucional y de aplicación legal, por cuanto no se observa de las normativas citadas, facultad alguna que permita a la autoridad acuática, por vía de un acto administrativo, fijar regulaciones normativas que prohíban el uso de un determinado combustible, con ocasión a los límites de azufre mencionados en el Anexo VI del MARPOL, de conformidad al principio de legalidad reflejado en el artículo 137 de la Constitución⁹. Adicionalmente, el artículo 154

⁹ Artículo 137: La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.

eiusdem, determina que los tratados internacionales celebrados por la República, deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el presidente de la República, de conformidad al procedimiento de formación de leyes, previsto en los artículos 202 y siguientes de la Carta Magna.

Dicho lo anterior, es discutible en primer lugar, que exista una obligación legal de las embarcaciones de acatar el dictamen emanado de la autoridad acuática venezolana mediante la circular comentada, o que existan fundamentos legales suficientes para sostener la facultad del INEA de tomar las medidas o efectuar las inspecciones y verificaciones arriba señaladas. Es más, nos permitimos preguntar: ¿Qué tipo de responsabilidad generaría para el estado venezolano la adopción de medidas solicitadas y aplicadas por la autoridad acuática venezolana a buques que naveguen nuestros espacios acuáticos con ocasión a exigir una regulación cuya aplicación legal es completamente discutible? Sin lugar a dudas, genera cuando menos incertidumbre jurídica esta situación.

Por lo tanto, a los fines de revestir de legalidad lo estipulado por el acto administrativo mencionado, resulta imprescindible que la República Bolivariana de Venezuela ejecute las acciones necesarias, desde el punto de vista del orden jurídico interno, para ratificar el Anexo VI del MARPOL, o para crear algún dispositivo legal que haga sus veces, sin lo cual, cualquier actuación que pretenda llevarse a cabo con relación a la misma podrá siempre ser objetada por los particulares, al no ser una obligación legalmente exigible.

Sin perjuicio de lo anterior, debe mencionarse que luego de la publicación de la circular, no se observaron tampoco actos administrativos, seguimientos o avances adicionales por parte de la autoridad acuática, con relación a la práctica de las inspecciones, las guías o políticas procedimentales para el acatamiento del Anexo VI y las directrices accesorias de la OMI. Tampoco se encuentra disponible información sobre el estado de los laboratorios para practicar pruebas a las muestras obtenidas, los expertos u organizaciones reconocidas que podrían realizar labores de reconocimiento, o inclusive la estrategia de desarrollo de las instalaciones de recepción correspondientes. Lo anterior plantea la incertidumbre de que existan a día de hoy, los elementos técnicos y de instrumentación suficiente

para hacer efectiva, en términos prácticos, la decisión tomada por la administración acuática.

En otro orden de ideas, aun cuando hemos discutido la aplicabilidad de la circular emanada del INEA, no debemos perder de vista algunas disposiciones legales locales que si bien, no establecen el límite en los términos del anexo VI, conducen de la misma forma a la protección del aire como un bien jurídico de interés para el estado venezolano.

Por una parte, las “*Normas sobre calidad del aire y control de la contaminación atmosférica*”, publicadas mediante decreto del Ejecutivo Nacional, número 638 de fecha 26 de abril de 1995, pretenden promover el mejoramiento de la calidad del aire, mediante evaluaciones por áreas determinadas, y la prevención y control de la contaminación atmosférica, estableciéndose en su artículo 3 límites del dióxido de azufre en la calidad del aire, al resultar calificado como un contaminante¹⁰. Esta disposición, aun tratándose de una norma de rango sub-legal, establece limitaciones de emisiones de dióxido de azufre que resulta aplicable a fuentes fijas de contaminación atmosférica, facultando al Ministerio con competencia en materia Ambiental a establecer límites de emisión distintos de los establecidos para actividades específicas.

De igual interés resulta la Ley de Calidad de las Aguas y del Aire, la cual establece en su artículo 14 la competencia del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de transporte a “*Ejecutar labores de inspección, control, supervisión de las unidades de transporte que puedan alterar la calidad del aire*”. Tratándose del órgano rector en materia de transporte acuático al que se encuentra adscrito la autoridad acuática venezolana, detentando competencias relacionadas con el control del ejercicio de la autoridad acuática y del régimen de la navegación, independientemente de la falta de especificación de ciertos componentes, no escapa de la realidad su competencia el ejercer controles sobre embarcaciones que efectúen emisiones contaminantes a la atmósfera.

Inclusive, el artículo 52 de la mencionada norma establece un deber legal de las personas naturales y jurídicas de contribuir con el mejoramiento de la calidad del aire y la previsión y control de la contaminación atmosférica, producida por fuentes fijas y móviles,

¹⁰ Se observa inclusive en su artículo 10 una limitación a la emisión de Dióxido de Azufre por parte de “*instalaciones de emisión de contaminantes del aire*”.

estableciéndose posteriormente un régimen sancionatorio orientado a la eliminación de peligros o interrupción de la producción de daños al ambiente o personas que conduciría a la aplicación de medidas por parte de la autoridad competente tales como la *“Interrupción de la actividad de origen del deterioro ambiental sujeta a control del Ejecutivo”* o *“La inmovilización de vehículos. Destrucción de los agentes contaminantes, contaminados o peligrosos”*¹¹. Por lo tanto, en este limbo normativo, repleto de conceptos amplios, dada la existencia de la circular y el resto de disposiciones normativas, no deja de existir un riesgo de cumplimiento por parte de aquellos armadores que no se adecúen en Venezuela a las exigencias relacionadas con las emisiones de azufre, pudiendo calificarse su emisión como *“Contaminación Atmosférica”*, en los términos del artículo 54 de la referida ley, al ser una sustancia que pone en peligro la salud humana. Ello, no obstante, no releva la importancia de imponer un carácter técnico y específico al asunto desde el punto de vista normativo, lo cual, a nuestro juicio, se lograría por medio de la ratificación del Anexo VI del MARPOL.

1. El proveedor de fueloil venezolano

En última instancia, no deja de ser importante destacar el rol de la compañía Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), y sus correspondientes filiales, en el cumplimiento de estas disposiciones, como empresa que detenta el control de la explotación petrolera en el país, al ser ésta una actividad de utilidad pública e interés social reservada al estado venezolano, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Siendo el único proveedor de combustible, la propia circular hace una excepción respecto de los buques de bandera venezolana y de bandera extranjera bajo un régimen especial, quienes podrán continuar usando combustible no reglamentario, reconociendo en consecuencia que actualmente no existen las condiciones de producción para que el productor venezolano provea al mercado combustible dentro los límites de azufre exigidos.

Esto, de entrada, expone a la flota internacional al riesgo de incumplir los límites de azufre legalmente exigibles frente a otros Estados Parte del Anexo VI, en caso de surtir combustible en Venezuela que no se adecúe a la convención, independientemente del contenido de las notas de entrega que actualmente se estén emitiendo por parte de

¹¹ Artículo 115 de la Ley de Calidad de las Aguas y del Aire.

nuestros proveedores, y sin perjuicio de las reservas importadas de empresas extranjeras.

Inclusive, dejando a salvo las importaciones que puedan ser efectuadas por la empresa para cubrir el mercado de puertos nacionales, algunas noticias publicadas por medios de comunicación sobre presuntas negociaciones recientes por parte de PDVSA, reseñan que, desde el punto de vista productivo, todavía se requieren mayores esfuerzos por parte de la petrolera estatal venezolana para alcanzar los estándares requeridos. Según S&P Global, para enero de 2020, justo con el inicio de aplicación de la regla 14.1 del Anexo VI, la empresa habría negociado con el mercado asiático la venta de 6,8 millones de barriles de combustible, con azufre a 3,5% (S&P Global, 2020). Así mismo, según el portal Reuters, en octubre del 2023, la compañía estaría firmando nuevos contratos para exportar 1 millón de barriles de fueloil con 1,9% de azufre, para la compañía Asia Charm LTD (Párraga, 2023).

Lo anterior constituye un elemento comercial que deberá ser considerado por la industria petrolera nacional para las futuras negociaciones que se adelanten en un mercado cada vez más adaptado a las exigencias internacionales en materia de contaminación ambiental. Sin embargo, a la luz del Anexo VI del MARPOL y su regla 18.9, el Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos se encuentra en la obligación de promover trabajos de cooperación con PDVSA, en su condición de proveedor el objeto de auditar el estado de las reservas de combustible disponibles para el transporte marítimo en nuestros puertos, así como para promover estrategias de inversión que permitan surtir el combustible reglamentario.

Conclusiones

Desde nuestro punto de vista, la situación país en Venezuela durante los últimos 20 años ha decantado en una situación que ha monopolizado la atención ciudadana, institucional y gubernamental en asuntos de índole político y económico, con lo cual, podrían haber quedado en un segundo plano asuntos “menos prioritarios”, como aquellos relativos a la prevención de la contaminación y el desarrollo sostenible. Es por ello que, el cumplimiento de la Agenda 2030 en Venezuela, respecto de las metas descritas, requerirá innumerables esfuerzos económicos, empresariales e institucionales, que en su ma-

yoría se encuentran supeditados a la voluntad política del momento. Adicionalmente, obtener datos confiables sobre indicadores sociales, económicos o ambientales, que midan la eficacia y el seguimiento de las estrategias implementadas para tales fines, aún a día de hoy resulta una tarea titánica.

Al margen de ello, resulta importante retomar los esfuerzos de cooperación internacional para el alcance de los objetivos que la OMI se plantea, al promover la construcción y adopción de tratados internacionales como el MARPOL y sus correspondientes enmiendas.

Por lo tanto, la aplicación real de los límites de azufre pasa por dos ejes centrales: el aspecto normativo, por un lado, requiere la instrumentación de los mecanismos legales y constitucionales adecuados para la adopción de estas regulaciones. Sin perjuicio de la existencia de disposiciones como la Ley Orgánica del Ambiente, o la Ley de Calidad de las Aguas y del Aire, consideramos que la emisión de la circular emanada por parte del Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos resulta insuficiente para incorporar a derecho interno las disposiciones contenidas en el Anexo VI del MARPOL, requiriéndose una labor conjunta con el poder legislativo y ejecutivo nacional, para poner al día a la República con la adopción de estas importantes normativas de forma específica.

En segundo lugar, insistimos en la necesidad de promover procedimientos y políticas reales, que ejecuten en lo práctico las disposiciones de la regla 14, en lo que respecta a las inspecciones, las emisiones de certificados, las auditorías al proveedor de combustible, las regulaciones operativas de los sistemas depuradores de gases, las medidas contra incumplimiento y demás, siempre con vista a las directrices emanadas de la OMI.

Mientras tanto, existirá cierta incertidumbre para las flotas que naveguen en Venezuela respecto de la aplicación de la regla, y seguirán planteándose inquietudes para aquellos buques que necesiten surtir combustible no reglamentario en el mercado nacional, ello al margen de la disponibilidad en zonas como Curazao y puertos alejados. Por lo tanto, conviene a las autoridades venezolanas conciliar esfuerzos entre el sector público y privado para aclarar el asunto desde el punto de vista del cumplimiento de estas obligaciones que corresponden al sector marítimo, con el acompañamiento técnico

de expertos especializados y con experiencia en la implementación del Anexo VI en otros países, de manera que puedan superarse los obstáculos que impiden la actualización de nuestros puertos a las políticas modernas.

Lista de Referencias

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (30 de diciembre de 1999). Gaceta Oficial Extraordinaria N° 36.860. República Bolivariana de Venezuela.

Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, MARPOL (1973). Modificado por el Protocolo de 1978 y el Protocolo de 1997. Anexo VI “Reglas para prevenir la contaminación atmosférica ocasionada por los buques”. MEPC.328(76).

Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos. (18 de noviembre de 2014). Gaceta Oficial N° 1.446 Extraordinario. República Bolivariana de Venezuela. https://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDF-FILES/Ley_Orgánica_de_los_Espacios_Acuaticos%202014.pdf

Normas sobre calidad del aire y control de la contaminación atmosférica. (26 de abril de 1995). Decreto número 638... <http://www.cipram.com.ve/pdf/Decreto%20638%20Normas%20sobre%20calidad%20del%20Aire%20y%20Control%20de%20la%20Contaminacion%20Atmosferica.pdf>

GÓMEZ GIL, C. (2017). Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *PAPELES de relaciones ecosociales y cambio global*, N° 140, pp. 107-118. https://www.cvongd.org/ficheros/documentos/ods_revision_critica_carlos_gomez_gil.pdf

Instituto Nacional de los Espacios Acuáticos. (30 de diciembre de 2019). Circular número 19. Gobierno Bolivariano de Venezuela. <http://www.inea.gob.ve/action/getblob?random=0.32724139224586646&id=2224>

Ley Orgánica del Ambiente. (22 de diciembre de 2006). Gaceta Oficial N° 5.833 Extraordinario. República Bolivariana de Venezuela. <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-organi-20220210161106.pdf>

- Ley de Calidad de las Aguas y del Aire. (28 de diciembre de 2015). Gaceta Oficial N° 6.207 Extraordinario. <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/ley-de-calidad-de-las-aguas-y-del-aire-20211025160650.pdf>
- Ministerio del Poder Popular de Petróleo. (19 de diciembre de 2019). Resolución 119. Gaceta Oficial N° 41.785. <https://www.ghm.com.ve/wp-content/uploads/2020/01/41785.pdf>
- Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico. (s.f.). *Dióxido de Azufre*. Vicepresidencia Tercera del Gobierno Español. <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/atmosfera-y-calidad-del-aire/calidad-del-aire/salud/dioxido-azufre.html>
- Organización de Estados Americanos. (20 de septiembre de 2013). *Informe de actividades del comité técnico consultivo (CTC) sobre gestión portuaria sostenible y protección ambiental. Informe de actividades de marzo de 2012 a junio de 2013*. OEA/Ser.W/XIII.4.8. <https://www.oas.org/cip/docs/Cartagena%202013/DOCUMENTOS/VENEZUELA.pdf>
- Organización Internacional de Estandarización. (2017). *Norma ISO/IEC 17025:2017. Requisitos generales para la competencia de los laboratorios de ensayo y calibración*. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso-iec:17025:ed-3:v2:es>
- Naciones Unidas. (25 de septiembre de 2015). *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución A/RES/70/1. https://www.senado.gob.mx/comisiones/fomento_economico/eventos/docs/resolucion_080916.pdf
- Naciones Unidas. (2017). *Resumen técnico de la primera evaluación integrada del medio marino a escala mundial*. https://www.un.org/regularprocess/sites/www.un.org.regularprocess/files/17-05754_s-sdgs-under-2030.pdf
- Párraga, M (25 de octubre de 2023). *Exclusive: Venezuela's PDVSA signs spot sale contracts, demands prepayment -documents*. Reuters <https://www.reuters.com/markets/commodities/venezuelas-pdvsas-signs-spot-sale-contracts-demands-prepayment-documents-2023-10-25/>

- Sabatino, M. (2020). *Los desafíos del límite de azufre 2020*. Revista Puerto - Cámara de Comercio de Puerto Cabello. https://issuu.com/camarapcabello/docs/revista_puerto_125_aniversario
- Sarvajayakesavalu, S. (2017). Addressing challenges of developing countries in implementing five priorities for sustainable development goals. *Ecosystem Health and Sustainability*, Vol. 1, No 7. <https://spj.science.org/doi/10.1890/EHS15-0028.1>
- Sin, M. (2012). *Análisis de la implementación de combustibles con bajo contenido en azufre en el tráfico marítimo en el mar del norte*. Tesis. Universitat Politècnica de Catalunya. https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2099.1/19594/TFC_MihaelaSin_DMN.pdf
- S&P Global. (14 de enero de 2020). *PDVSA sells fuel oil at deep discounts to empty glut: report*. S&P Global Commodity Insights. <https://www.spglobal.com/commodityinsights/en/market-insights/latest-news/oil/011420-pdvsasellsfueloilatdeepdiscountstoemptyglutreport>

El Derecho Marítimo Venezolano: Comercio e Institucionalidad*

Iván Darío Sabatino Pizzolante

Esta charla titulada “Derecho Marítimo Venezolano: Comercio e Institucionalidad”, que compartimos en la tarde de hoy, tiene como marco referencial el arribo de nuestra Asociación en el año 2027 a los 50 años de su fundación, así como los 40 años del desarrollo del derecho y el comercio marítimo en nuestro país, y en el cual hemos hecho vida profesional por igual espacio de tiempo.

Motiva nuestra charla el desear compartir con ustedes aquella época, las ejecutorias de sus instituciones, la dinámica de los diversos actores y, en particular, el compartir con los jóvenes abogados marítimos, emergentes profesionales de hoy, aquellas vivencias tanto en lo profesional como en lo personal de nuestro ejercicio, también algunas reflexiones, deseando perdure como un testimonio en el tiempo, esto con la certeza que tenemos de no existir registro alguno en los términos expresados.

Así que comenzaremos diciendo que, para principios de los años ochenta, inicios de nuestro ejercicio profesional, la “Compañía Anónima Venezolana de Navegación” (CAVN) era nuestra línea naviera insignia, fundada en el año 1917 como sucesora de la “Compañía Anónima Fluvial y Costera”, creada en 1909, quien absorbiera también a la “Compañía Vapores del Orinoco”, fundada a inicios del siglo pasado, en 1904. Con la creación de la CAVN, se sientan las bases de la más importante empresa naviera del

* Conferencia en “XI Congreso de Derecho Marítimo”, AVDM, Maracaibo, 12 al 14 de noviembre de 2025.

Estado Venezolano, la cual se inicia gerenciando la flota existente y consolidando el tráfico en el río Orinoco y sus afluentes, para iniciar luego su desarrollo y crecimiento hasta lograr ser una de las líneas navieras de mayor prestigio, orgullo venezolano.

Los años '70 y '80 fueron de pujante crecimiento para la CAVN, mediante la renovación de su flota, en particular entre los años 1970-1978, en los cuales se incorporaron 16 buques, construidos en los astilleros más prestigiosos de Asia y Europa, llegando a tener la CAVN presencia en los cinco continentes mediante representaciones comerciales en las capitales más importantes.

Bajo la vigencia de la Ley de Reserva de Carga de 1973, mecanismo de protección e incentivos que garantizaba bajo bandera nacional el acceso a las cargas de importación y exportación, se incentivó la creación de un número importante de líneas navieras nacionales, permitiendo un significativo incremento de nuestro tonelaje de registro, sirviendo tanto al comercio exterior como al transporte marítimo de cabotaje. Podemos mencionar, entre otras líneas, a las recordadas Transpapel, Camogra, Ventrasquim, Conferry, Vencaribe, Marlagó, King Ocean, Naviera Pacífico, Marítima Aragúa, Caboven, Navimerca, participando todas en un intenso tráfico de transporte marítimo internacional y de cabotaje, transportando mercancías, materias primas y productos acabados, particularmente procedentes de las industrias básicas de Guayana y demás centros industriales del país.

Esta intensa actividad del transporte y comercio marítimo en nuestro país trajo como consecuencia también la presencia de empresas extranjeras prestadoras de servicios, como eran las clasificadoras de buques o las verificadoras de carga, entre las que destacaban Lloyd's Register, Bureau Veritas, Det Norske Veritas, ABS y SGS, entre otras, demostración palpable de la dinámica actividad de los puertos comerciales públicos y privados; pero también en la actividad y servicios de los Astilleros nacionales, en donde es obligatorio mencionar a DIANCA, con sede en Puerto Cabello, con una dilatada historia y trayectoria de 120 años, y astilleros privados como ASTINAVE, ASTIVENCA y otros astilleros nacionales, cuyos aportes contribuyeron en su conjunto a dinamizar nuestro sector metalmecánico.

Ese pujante sector marítimo venezolano debe entenderse en el contexto del auge del comercio exterior de los años setenta, período en que la expansión petrolera, la política de industrialización sustitutiva de las importaciones y la estabilidad del tipo de cambio generaron un entorno propicio para el comercio internacional y el transporte marítimo. La marina mercante nacional –instrumento estratégico de soberanía económica– permitía la independencia logística frente a las grandes conferencias navieras internacionales. No obstante, con el paso del tiempo, los retos de competitividad, la obsolescencia tecnológica y la apertura comercial global marcarían una transición hacia nuevos modelos de gestión y regulación del transporte marítimo, no estando la marina mercante nacional a la altura de los retos de entonces, en todo caso, siendo incapaz de afrontarlos debidamente.

Para el año 1980, el “Comité Marítimo Venezolano”, hoy AVDM, ya contaba con tres años de creado, siendo fundado el 23 de marzo de 1977 por iniciativa de un grupo de destacados abogados marítimos y de derecho mercantil, oficiales de nuestra marina mercante y otros profesionales de la actividad marítima-portuaria y aseguradoras. Cuarenta fueron los suscriptores del acta fundacional de la Asociación, destacando entre otros nombres los de Isidro Morales Paul, Konrad Firgau, Luis Cova Arria, Pedro Manuel Arcaya, Tulio Álvarez Ledo, Leopoldo Borjas, Leopoldo Márquez Áñez, Wagner Ulloa, Carlos Matheus, Lubin Chacón, siendo electo como primer Presidente de la institución el Dr. Luis Cova Arria y el Dr. Nelson Socorro, como Primer Vicepresidente, procediéndose a su afiliación al CMI ese mismo año.

El nacimiento del Comité Marítimo Venezolano debe situarse dentro del movimiento internacional de modernización del Derecho Marítimo impulsado por el Comité Marítimo Internacional (CMI). Este proceso permitió a Venezuela integrarse en los debates globales sobre la codificación de normas relativas a la responsabilidad del armador, el conocimiento de embarque, la avería gruesa y la limitación de responsabilidad, anticipando los grandes convenios que marcarían el siglo XX. La Asociación, desde entonces, ha cumplido una misión de equilibrio entre la práctica profesional y la reflexión académica.

La Asociación inició su apostolado académico mediante la realización de actividades de divulgación a través de congresos, conferencias, seminarios, y los almuerzos-conferencias mensuales realizados todos los terceros jueves de cada mes en la Cámara de Comercio de Caracas, encuentros impregnados todos de muchos conocimientos e intercambios de ideas y criterios, pero también de socialización y convivencia profesional y personal.

En este orden de ideas, en 1980 la Asociación inicia las actividades académicas de carácter internacional mediante la organización del “1er. Seminario de Derecho Marítimo”, celebrado en la Isla de Margarita bajo la coordinación del Dr. Luis Cova Arria, contando con la asistencia del Presidente, Vicepresidente y Secretario Ejecutivo del “Comité Marítimo Internacional”, los doctores Francesco Berlingieri, José Domingo Ray y Jan Ramberg, junto a otros destacados conferencistas nacionales e internacionales, logrando un exitoso evento con una nutrida asistencia.

Posteriormente, en 1985, por iniciativa de la Asociación, y con el auspicio de Asonaviera de Puerto Cabello, junto a su Presidente el Capitán Irving Vierma, nos correspondió como su Consultor Jurídico coordinar la celebración del “I Foro de Derecho Mercantil Marítimo” en el que, por espacio de dos días, se trataron temas diversos de derecho marítimo general, administrativo, laboral y aspectos técnicos, teniendo como expositores a los doctores Luis Cova Arria, César Leal España, José Moreno Partidas, Tulio Álvarez Ledo, Omar Franco, Armando Torres Partida, Carlos Fermín y el Capitán Irving Vierma.

En 1987, se celebró en el auditorio de la CVG, en Puerto Ordaz, el “Seminario de Derecho Marítimo”, instituyéndose así de manera periódica en cada presidencia la realización de los correspondientes Congresos, iniciando hoy nuestro “11avo. Congreso”, próximos a la celebración de los 50 años de la fundación de la Asociación en el venidero Congreso a celebrarse en el 2027.

La modernización legislativa y su impacto

La presente década se inicia con el imperativo legal de la adecuación en el término de 90 días de la “Legislación Marítima Nacional”, por mandato de la Ley de Reactivación de la Marina Mercante Nacional, promulgada el 20 de junio del año 2000, ello en virtud

de la coyuntura legislativa y la disposición política de la época, junto a los trabajos adelantados sobre la reforma de la legislación marítima por la Asociación y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV, junto a la conjunción de voluntades y aportes de quienes conformamos las Comisiones de Trabajo designadas, y con la decidida e invaluable determinación de la Dirección General Sectorial de Transporte Acuático del MTC, en la persona del C/A Marcial González Castellano y del C/N Julio Peña Acevedo, lo que se materializó en un importante número de leyes acuáticas, de las más avanzadas en la región.

La Ley de Comercio Marítimo (2001) representó una verdadera refundación conceptual del sistema marítimo venezolano, incorporando la figura del contrato de fletamento, la limitación de responsabilidad del armador, la avería gruesa conforme a las Reglas de York y Amberes, y la regulación del conocimiento de embarque bajo estándares internacionales. Su carácter de ley especial permitió integrar normas procesales, de derecho internacional privado y de jurisdicción marítima en un solo cuerpo normativo, dotando al país de un marco moderno, coherente y adaptado a la realidad del transporte marítimo globalizado, aun cuando no somos signatarios de las convenciones internacionales en las que se fundan muchas de sus disposiciones. Igual cosa podría decirse de la Ley General de Puertos y de la creación del RENAVE como uno moderno y más flexible que aquel, hasta entonces, conocido.

Deseo llamar la atención sobre dos relevantes antecedentes, previos a los cambios introducidos a principios del año 2000.

Primeramente, la promulgación de la “Ley de Privilegios e Hipotecas Navales”, el año 1983, la cual dio lugar a lo que sería la primera reforma en lo relativo a la legislación marítima privada, resultando para la época el instrumento legal más relevante tanto en el ámbito del derecho como del negocio marítimo, dado su trascendencia y alcance, siendo su autor y principal proyectista nuestro recordado colega Carlos Matheus, asesor para la época del Consejo Nacional de la Marina Mercante del MTC.

En segundo lugar, la creación de la Jurisdicción Marítima prevista en la LOEA, que tuvo como antecedente histórico la creación en 1819 de dos Cortes de Almirantazgo por disposición del Congreso de la

Gran Colombia, las cuales ejercían poder en la costa y mar abierto, con sede una en Angostura y jurisdicción sobre el Orinoco, y la otra en Pampatar, siendo luego trasladada a La Guaira en 1821.

Correspondía a estas Cortes regular y estimular la figura del Corsario, aquellos armadores o capitanes que ponían una nave a disposición de un determinado Gobierno, otorgándoles a cambio una Patente de Corso, que les permitía enarbolar su bandera. Estas Cortes supervisaban, regulaban y controlaban estas prácticas, así como otorgaban las patentes de corso, efectuaban los juicios de presa y disponían de los botines y sus distribuciones. Aquellas cesaron en sus funciones en 1822, correspondiendo conocer de estas causas a la Alta Corte de Justicia, siendo asignada a la jurisdicción mercantil el conocimiento de las causas marítimas desde el año 1836 hasta la reforma de nuestra legislación marítima en 2001.

Con la instauración de los Tribunales Marítimos de Caracas, Venezuela recuperó un órgano especializado en derecho del mar, de naturaleza autónoma y técnica, con competencia para conocer de los asuntos relativos a abordajes, fletamentos, hipotecas navales, averías, seguros marítimos y limitación de responsabilidad. Ello permitió la profesionalización de la judicatura marítima, fortaleciendo la seguridad jurídica y la confianza de los actores del comercio internacional en la jurisdicción venezolana.

Correspondió al jurista Francisco Javier Yanes ser el primer Presidente del Tribunal del Almirantazgo, también redactar la Ordenanza de Corso de 1819, instrumento legal de importancia en el ámbito del derecho marítimo para la época, lo cual convierte a Yanes en el pionero del estudio de esta disciplina marítima en nuestro país, junto a su empeño en la difusión y conocimiento del derecho marítimo demostrado en su obra “Nociones del Derecho Marítimo”. Es esta la razón por lo cual durante la presidencia de nuestro hermano y colega José Alfredo Sabatino Pizzolante se instituyó la Orden “Francisco Javier Yanes”, que con orgullo otorgan hoy.

Institucionalidad y desarrollo del comercio marítimo

Como podrá observarse, en este recorrido del derecho, el comercio y negocio marítimo, la institucionalidad ha tenido siempre

un papel preponderante como factor o escenario de comunicación, encuentro, diálogo y debate entre los diversos actores tanto del sector oficial como del sector privado que hacen vida común en la actividad, mediante longevas instituciones de exitosas trayectorias, que aún persisten en el tiempo.

Deseamos destacar, a riesgo de omitir de manera involuntaria a otras, la existencia de la “Asociación Naviera de Puerto Cabello”, con 88 años de actividad, fundada en 1937; la “Asociación Naviera de Venezuela”, con 60 años de historia; la “Cámara de Armadores de Venezuela”, con 50 años de existencia; la “Revista de Derecho Marítimo” de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, publicada desde hace 45 años, editándose su primer número en 1980 bajo la dirección del Dr. Wagner Ulloa; y la “Liga Naviera”, un espacio periódico de grato encuentro y concordia en donde por 20 años convergimos todos los actores vinculados al ámbito del derecho marítimo, el negocio marítimo y la Marina Mercante.

A manera de epílogo: Hacia un nuevo horizonte marítimo venezolano

El desarrollo marítimo venezolano, en su doble dimensión jurídica y económica, ha sido un reflejo de nuestra historia nacional: un país que nació mirando al mar, pero que aún busca reencontrarse con él. Una economía de altos y bajos y de múltiples y fracasados regímenes cambiarios que encuentran en los puertos el mejor termómetro, pues aquellos pasaron de manejar una cifra cercana a 1.400.000 TEUs a nivel nacional, hacia el 2007-2008, a aproximadamente 641.000 TEUs el año 2024.

Las transformaciones tecnológicas, la digitalización de los puertos, la transición energética y las nuevas regulaciones internacionales sobre descarbonización del transporte representan hoy desafíos y oportunidades para una nueva generación de juristas y profesionales del mar. Pero, no nos llamemos a engaño. El negocio está duramente golpeado por la realidad política, la crisis económica, las sanciones internacionales, la corrupción y el funcionamiento mismo del sistema judicial, especialmente, ahora que tenemos tribunales marítimos en la provincia. Esto lo decimos no para desanimarlos, sino más bien

para recordarnos las muchas tareas que tenemos por delante, y que debemos abordar a través de la institucionalidad, esto es, a través de la AVDM y los demás entes institucionales que hemos citado, para juntos seguir en la búsqueda de los cambios y correctivos necesarios para optimizar el negocio marítimo, introducir los cambios legislativos y procedimentales que contribuyan con nuestro comercio internacional.

El Derecho Marítimo Venezolano, nutrido por una sólida tradición doctrinaria y una rica experiencia institucional, tiene ante sí la tarea de acompañar la reconstrucción de la marina mercante, de fortalecer la legislación marítima, el arbitraje marítimo y de consolidar una política portuaria moderna y sostenible. La historia que hemos evocado en esta charla no es solo memoria es, más bien, un llamado a la acción, a la continuidad y a la renovación.

Porque en cada puerto, en cada astillero y en cada sentencia marítima, late la misma convicción que inspiró a Yanes y a los fundadores del Comité Marítimo Venezolano y el resto de las instituciones del sector, esto es, que Venezuela con su costa infinita y su vocación marítima, está destinada a ser una nación de mar, siendo nuestra responsabilidad hacerla también una donde prevalezca el derecho y la justicia.

Derecho Marítimo. Problemática y aportaciones,
se concluyó en Puerto Cabello, estado Carabobo, Venezuela
agosto 2026

