

Puerto y Muelle Seguro

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

Por

José Alfredo Sabatino Pizzolante
Sabatino Pizzolante Abogados Marítimos & Comerciales – Globalpandi, S.A.

1.- 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 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 aquéllos 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.

2.- 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, ésta 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, aquélla 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.

3.- 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 aquél 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 pueden 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 a descarga a ordenar el desatraque del buque. Esto sucede y durante la 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 aquél 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 Star Tankers, 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 una 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 proximidades 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 como intereses subrogados les correspondía recuperar sus gastos 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 del aquél. 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. Finalmete, “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 los 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 hubiese podido evitarse con pericia y buena navegación y que el retardo debe ser capaz 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 Loes 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 aquél 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)

4.- 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 aquéllos.

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 aquél 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 aquél 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.

5.- 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, obliga a 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?

Para los fletadores quizá una cabal auditoria 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. Al margen de la contratación de seguro este

tópico en específico, obliga a 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.

6.- Referencias

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

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

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

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

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

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