

## **Aproximación al Efecto del COVID-19 en los Contratos Marítimos.**

Por Aurelio Fernández-Concheso<sup>1</sup>

El 90% del comercio mundial se realiza por mar y el transporte marítimo constituye un segmento crucial en las cadenas de suministro globales. Según la Cámara Internacional de Armadores (ICS)<sup>2</sup> más de 50.000 buques surcan los mares del Mundo y existen sobre 1.600.000 marinos que los operan.

Estas cifras, son suficientes para entender el impacto que la crisis del Coronavirus puede tener en esta esencial área de actividad del ser humano hoy y el efecto colateral que, a la vez, puede suponer sobre la vida diaria de los seres humanos que en las distintas naciones afrontan el reto sin precedentes de luchar contra esta pandemia.

Cierre de puertos, desvíos de buques de carga y pasajeros, cuarentenas de pasajeros y tripulaciones, prohibiciones de rotar tripulación, interrupción de suministros a bordo, demoras en carga o descarga, retrasos en las líneas de producción, imposibilidad de embarcar inspectores, consecuentes problemas de clasificación, cierre de astilleros, retrasos en el financiamiento para compras etc., son algunos de los efectos del virus en la industria marítima.

La Organización Marítima Internacional (OMI) conjuntamente con la Organización Mundial de la Salud (WHO) así como Cámara Internacional de Armadores (ICS) y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte (ITF),<sup>3</sup> han producido múltiples circulares e instructivos con sugerencias y reglas para tratar de disminuir el impacto de la pandemia y cada país ha hecho lo propio, todo dirigido a asegurar lo que es primordial cual es la de preservar la salud y la seguridad de los seres humanos.

Pero más allá de ello, en cada viaje que emprende un buque con pasajeros o carga existen un conjunto de relaciones contractuales con titulares de derechos y obligaciones.

Estas consideraciones pretenden identificar, de forma muy general, algunos temas de relevancia en el efecto que esta situación especial que hoy confronta la humanidad tiene sobre las categorías más importantes de contratos que subyacen al transporte de personas y mercancías por mar.

### **1. Contratos de Enrolamiento**

El Contrato de Enrolamiento rige la relación laboral entre el armador y el trabajador del mar. Tomando en cuenta que en cualquier momento dado hay sobre 500.000 marinos a bordo, difícilmente otro contrato en la industria marítima es tan extendido o frecuente.

---

<sup>1</sup> Abogado UCAB, Master en Derecho Marítimo Tulane. Ex Pdte. Asociación Venezolana de Derecho Marítimo. Ex Sec. del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Miembro del Comité Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional. Prof. Universidad Marítima del Caribe. Socio Clyde & Co Venezuela.

<sup>2</sup> International Chamber of Shipping.

<sup>3</sup> International Transport Workers Federation.

El instrumento jurídico internacional que rige el trabajo a bordo es el Convenio sobre el Trabajo Marítimo del 2006<sup>4</sup>. El numeral primero del artículo IV del Convenio, determina que la gente de mar tiene derecho a un lugar de trabajo seguro y protegido, en el que se cumplan las normas de seguridad y en su ordinal cuarto, establece que tendrán derecho a la protección de la salud, a la atención médica, a medidas de bienestar y otras formas de protección social.

El Reglamento del Convenio, que con su Código siguen a su cuerpo principal, también consagra un conjunto de derechos para los marinos en materia de alojamiento, alimentación y esparcimiento, entre otros y por ejemplo la regla 3.1.8 pauta que la enfermería de todo buque debe estar diseñada de manera que facilite las consultas, la prestación de primeros auxilios y en general, una atención adecuada.

Por su parte, la regla 4 prescribe que cada país debe velar por que sus armadores adopten adecuadas medidas a bordo y en tierra para la protección de la salud sin costo alguno para la gente de mar, a la vez que los países miembros se obligan a que la gente de mar en buques que se encuentran en su territorio y necesiten atención médica inmediata, tengan acceso a instalaciones médicas en tierra.

Los efectos del Coronavirus representan un reto al cumplimiento de estas previsiones, así como otras que incluyen el derecho a salarios y sobre tiempos durante la permanencia del trabajador a bordo, el derecho a ser repatriado, etc.

Varios buques del segmento de cruceros, por ejemplo el *Princess Diamond* en Tokio, el *Grand Princess* en San Francisco, el *Zandaam* y el *Greg Mortimer* entre otros han sido retenidos o forzados a cuarentenas mientras se determina el nivel de expansión del contagio. Es posible que los límites de tiempo originalmente pactados en la rotación establecidos en los contratos de enrolamiento se hayan excedido. En este caso, el armador tendrá la obligación de cubrirlos.

De haber marinos contagiados, como ya ha sucedido en varios casos, el armador debe agotar todos sus esfuerzos frente las autoridades sanitarias del país correspondiente, para asegurar que, en cumplimiento del Convenio, se le brinde adecuada atención médica en tierra al tripulante afectado por el virus.

A la vez, las distorsiones que se producen en las rutas programadas tanto en los buques de transporte de pasajeros como de carga seguramente incrementaran la necesidad de operativos de repatriación y costos y gastos de operativos de repatriación el que el Armador emplee. La OMI ha exhortado a los países miembros a permitir los relevos fluidamente y algunos países lo han hecho, pero el riesgo subsiste y se continúan reportando tripulaciones extenuadas, como las del aframax *China Dawn* en ruta de Brasil a Singapur, cuyo capitán decidió desviarse a a la India por agotamiento.

---

<sup>4</sup> Impulsado por la Organización Internacional del Trabajo. Entro en vigencia en 2013 luego de 30 ratificaciones. Venezuela no lo ha ratificado. Hoy sobre 90 países son parte y más de 90 % de la flota mundial está sujeto a él.

En ocasiones el contrato de enrolamiento se celebra entre el marino y un agente del Armador que actúa como reclutador, es decir, lo que se conoce comúnmente como crew agency o con un operador o administrador “manager”.

Sin embargo, independientemente de que la contraparte formal del marino en su contrato de enrolamiento sea una agencia de reclutamiento o un operador en lugar del propietario, el marino contratado tiene un conjunto de derechos sobre el buque, están garantizados con un privilegio marítimo.

Es así que el artículo 4 del Convenio sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas de 1993<sup>5</sup>, califica como el primero en el rango de los privilegios sobre el buque los sueldos y otras cantidades adeudadas al capitán y a la tripulación derivados de su trabajo a bordo, incluidos los asociados con la seguridad social y ello, por supuesto, incluye gastos médicos que en una situación como la que confrontamos pudiesen requerir o derivar del trabajo del empleado del mar a bordo.

En Venezuela este privilegio está consagrado por el artículo 115 de la Ley de Comercio Marítimo, que en su ordinal primero al igual que el Convenio de 1993 (al que nuestro país no es parte) califica como de primer rango las cantidades adeudadas al capitán, oficiales y demás miembros de la tripulación.

La crisis de hoy tiene un efecto económico de dimensiones previamente desconocidas para la industria marítima y para los armadores, especialmente en los de cruceros. Parte de ese impacto lo constituyen los gastos de tipo laboral no previstos por situaciones como las indicadas, es decir, permanencias a bordo más allá de lo programado por interrupción de las rotaciones, horas extras, aumento de los costos de alimentación, restructuración de la acomodación<sup>6</sup> y gastos incrementados de repatriación.

No es descartable que para escapar algunas de esos costos imprevistos algunos armadores invoquen fuerza mayor. Sin duda que una pandemia constituye una situación imprevisible. Pero invocar fuerza mayor ante reclamaciones de tipo laboral de la tripulación, más aun tomando en cuenta la existencia de un privilegio marítimo por parte de los tripulantes sobre el buque independientemente de su relación contractual con el propietario, operador, armador o agente, parece tener pocas probabilidades de éxito toda vez que el derecho del tripulante es un derecho sobre la cosa que puede desplegarse por vía de acciones *in rem*.

Vendrán también acciones por negligencia. Las autoridades japonesas ordenaron la cuarentena del crucero *Diamond Princess*. Se alega que los procedimientos de separación de una zona roja y verde, es decir, una zona de infección y una zona libre de contagio no fueron adecuados y que la tripulación no fue segregada entre los que tenían contacto con los pasajeros y los que no. Comían juntos, etc., y como consecuencia de ello sobre 21 tripulantes fueron contagiados.

---

<sup>5</sup> Convención Internacional sobre Privilegios e Hipotecas Marítimas, *Ginebra 6 de mayo de 1993*.

<sup>6</sup> Algunas en la Industria han sugerido que los tripulantes que se vean imposibilitados de desembarcar de cruceros sean ubicados en los camarotes de pasaje, lo cual si bien no necesario en todos los casos puede darse como una necesidad puntual.

Aun cuando la cuarentena fue impuesta por el gobierno de Japón, si se demuestra no haber sido administrada con la debida diligencia el armador podría ser responsable frente al trabajador por los daños y perjuicios derivados de su contagio. Ellos pueden incluir no solamente el daño emergente en los términos en los que lo establezca el contrato de enrolamiento, es decir, salarios dejados de percibir, etc., sino daños morales derivados de esa circunstancia.

## 2. Cruceros. Contrato de Pasaje.

La industria de los cruceros ha sido la más afectada del sector marítimo por el Coronavirus, luego de ser de las más prosperas.

El crucero *Diamond Princess*<sup>7</sup> había partido de Yokohama el 20 de enero, regresó el 4 de febrero. Se vio expuesto a una cuarentena impuesta por el gobierno japonés en la que el número de contagiados subió de 10 que había al momento en que el buque atracó en Yokohama, a casi 700 al concluir la cuarentena 18 días después, entre los cuales hubo 21 tripulantes contagiados.

El crucero *Grand Princess*<sup>8</sup>, con unas 3500 personas a bordo, se le prohibió atracar y desembarcar en el puerto de San Francisco una vez se detectó que había 21 casos positivos, manteniendo a los pasajeros sobre una semana encerrados hasta que el gobierno de EE.UU. finalmente permitió su desembarco en el puerto de Oakland.

El crucero *MS Breamar*<sup>9</sup> estuvo sobre una semana navegando y fondeado en el Mar Caribe mientras encontraba un puerto refugio ante la negativa de varios países del área (República Dominicana y Bahamas) de recibirlo, luego de desembarcar una pasajera enferma en Cartagena y reportar 5 contagios más, hasta que por fin el gobierno cubano permitió que atracase en el puerto de Mariel y se verificase una operación de evacuación coordinada con el Reino Unido.

Otros cruceros como el *Coral Princess* y el *Celebrity Eclipse* siguieron su viaje según su itinerario original aun luego de descubrir contagios a bordo. Al atracar de regreso en Miami, el *Coral Princess* ya tenía 2 fallecidos.

---

<sup>7</sup> Con una capacidad para 2.670 pasajeros y 1.100 tripulantes este crucero de la clase Gema fue construido por Mitsubishi Heavy Industries Japón y botado en 2002 a un costo de USD 500 millones. Originalmente denominado Sapphire Princess es operado por Princess Cruises filial del grupo Carnival (también propietaria de las marcas Costa Cruises, Cunard line, Holland America, y P&O entre otras). Fue remodelado a principios de 2019 para viajes en Asia bajo bandera Británica.

<sup>8</sup> También propiedad de Carnival y operado por Princess Cruises, este crucero de la clase Grand con capacidad para 3.0000 pasajeros y 1.100 tripulantes, fue construido por Fincantieri, Italia, botado en 1998 a un costo de USD 450 millones y remodelado en 2019.

<sup>9</sup> Propiedad de la línea noruega Fred Olsen con capacidad de 930 pasajeros y 370 tripulantes fue construido por la Unión Naval de Levante, Valencia, botado en 1992.

El crucero *Celebrity Apex* hizo historia al ser el primer buque entregado por un astillero en forma virtual. El 2 de marzo unos 1.400 tripulantes abordaron el buque en el astillero de St. Nazaire Francia para el viaje inaugural. A principios de abril unos 350 tripulantes se habían contagiado. La línea ha sido demandada con el argumento que fue negligente al permitir que fuesen a bordo contratistas independientes sin los controles correspondientes.

El 12 de marzo la Asociación Internacional de Cruceros<sup>10</sup> (CLIA), anunció el cese de todos los zarpes de las distintas líneas del mundo. Hacia finales de febrero se mencionaba que la industria de los cruceros, compuesta por más de 350 embarcaciones agrupadas en 9 líneas principales, perdería sobre 500 millones de dólares. A mediados de marzo la estimación había sido recalculada a 3000 millones de dólares y las acciones de las principales líneas, Norwegian, Carnival, habían perdido hasta el 70% y más de su valor. Carnival Cruises y Norwegian han tenido que acudir al mercado de valores para evitar su quiebra, de la que se habló como un riesgo cierto a principios de mayo.

El contrato de pasaje es el que se celebra entre el transportista de personas (incluyendo por supuesto una línea de cruceros) y el pasajero que decide realizar el viaje. Hace 20 años, cuando nuestros padres o abuelos decidían tomar un crucero, el contrato de pasaje se instrumentaba en un boleto rectangular parecido a una chequera con varias páginas que contenían en letra pequeña los términos y condiciones.

Hoy en día la instrumentación del contrato de pasaje se ha modernizado. En casi la totalidad de los casos los pasajeros o sus agencias hacen la reservación “booking” del viaje “online”, es decir, a través de internet. Una vez han reservado o pagado, según la política de la línea, reciben un correo electrónico que confirma la reservación, de ordinario con un código.

Ese mensaje electrónico a la vez que contiene un resumen de los términos y condiciones esenciales del contrato de pasaje: fecha de zarpe, fecha de regreso, número de noches, tipo de acomodación, puerto de embarque, puerto de desembarque. El resto de los términos y condiciones son establecidos por remisión contenida en el propio correo de confirmación en la página web de la línea<sup>11</sup>.

Las estipulaciones contenidas en la página web normalmente incluyen derechos del pasajero, política de cancelación y responsabilidad de la línea por distintos eventos. En materia de derechos del pasajero además CLIA tiene publicada un decálogo de derechos en la denominada Carta de Derechos del Pasajero<sup>12</sup>.

Las cancelaciones son por supuesto uno de los acontecimientos contractuales que más comunes derivados de la crisis de COVID-19. En los términos y condiciones que acepta el pasajero al reservar quedar sujeto a la política de cancelación de la línea. Si bien cada una tiene políticas que difieren en algunos detalles, el principio general es el de que las cancelaciones están sujetas a un periodo de tiempo específico antes del viaje, dentro del cual el pasajero debe cancelar para no verse sujeto a una penalidad.

---

<sup>10</sup> Cruise Lines International Association.

<sup>11</sup> Ver por ejemplo *Carnival Cruise Ticket Terms and Conditions* en <https://www.carnival.com/termsandconditions>

<sup>12</sup> International Cruise Line Passenger Bill of Rights.

Luego de ese periodo, el pasajero puede estar expuesto a multas de un porcentaje del precio del pasaje en proporción inversa al número de días faltantes para el inicio del viaje, es decir, que menor sea el tiempo a transcurrir para que comience el viaje mayor será la multa.

A raíz de la crisis del Coronavirus la CLIA ha sugerido modificar a las políticas de cancelación a las distintas líneas y algunas lo han hecho. Sin embargo, en la mayoría de los casos la cancelación que viene dada por la suspensión de zarpes que se ha dado en EE.UU. y el mundo, se limita a eximir al pasajero del pago de la penalidad y otorgarle un crédito por la cantidad que pagó por el viaje cancelado a efecto de utilizarlo en viajes subsiguientes.

No se observa hasta hoy en ese cambio de política, una aceptación por las líneas en general o por una específica de reembolso sin crédito, es decir, devolución del dinero puro y simple y es previsible que dado el gigantesco impacto económico que la crisis ha generado en la Industria, las líneas se abstengan de ofrecer estos reembolsos limitándose a otorgar crédito a los pasajeros para futuros viajes.

El Decálogo de CLIA consagra que el pasajero tendrá derecho a un reembolso total del viaje si el mismo se cancela debido a deficiencias mecánicas, pero no establece un derecho a reembolso por motivos diferentes como, por ejemplo, el de la suspensión de los zarpes por virtud del Coronavirus.

La Convención Internacional de Atenas sobre Transporte de Pasajeros y su Equipaje<sup>13</sup>, principal instrumento jurídico internacional sobre la materia, no contiene disposiciones sobre la cancelación del viaje.

En Venezuela, el artículo 288 de la Ley de Comercio Marítimo<sup>14</sup> determina que la línea podrá cancelar el zarpe del buque y la cancelación dará derecho al pasajero a solicitar la devolución de lo pagado e incluso una indemnización de daños y perjuicios, salvo caso fortuito o fuerza mayor.

Con ello, en el supuesto de que hubiese una disputa contractual de cancelación de zarpes en la que aplique el derecho venezolano (posibilidad que en realidad no existe pues Venezuela no es hoy ni lugar de origen ni destino de los mismos) la línea podría valerse del artículo 288 arriba citado alegando cancelación derivada de fuerza mayor y limitarse a realizar un reembolso por crédito para futuros viajes en la forma que constituye patrón a nivel de la industria global.

Por otra parte, la categoría de reclamos por pasajeros más seria e importante es por supuesto la de enfermedad o muerte.

Al 15 de abril, dolorosamente, se reportaban 58 supuestos fallecimientos de pasajeros que habían estado en cruceros afectados por el virus: 21 del *Ruby Princess*, 14 del *Diamond*

---

<sup>13</sup> Convención Internacional Relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, *Atenas 13 de Diciembre de 1974*, último Protocolo 2002 vigencia desde 2014.

<sup>14</sup> Decreto 1.506 con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. *G.O Nro. 38.351 del 5 de enero de 2006*

*Princess*, 7 del *Grand Princess*, 4 del *Artania*, 4 del *Zandaam*, 3 del *Costa Luminosa*, 3 del *Oasis of the Seas*, 3 del *Coral Princess*, 2 del *Voyager of the Seas*, 2 del *Celebrity Eclipse* y 1 en cada uno de los cruceros *Silver Shadow*, *Celebrity Solstice*, *Ovation of the Seas*, *Costa Victoria*, *Marella Explorer*, *Costa Favolosa*, *Greg Mortimer*, *Symphony of the Seas* y *Monarch*.

La Convención de Atenas sobre Transporte de Pasajeros y su Equipaje rige la responsabilidad de la línea. Estados Unidos, de donde parten una gran cantidad de cruceros en el continente americano, no ha ratificado la Convención, pero otros países como Dinamarca, Grecia, Malta, Holanda, Noruega, Panamá, Saint Kitts y Nevis si lo han hecho y algunos de los cruceros que zarpan de puertos americanos, europeos o asiáticos pueden navegar pabellón de alguna de estas naciones que lo han ratificado.

En Estados Unidos, la ley denominada Estatuto de Muertes en Alta Mar (*'Death on the High Seas Act'*) impide recuperar danos morales de manera que los reclamos por muerte derivada del virus estarán limitados a pérdidas económicas directas (gastos médicos y funerales) e ingresos dejados de percibir.

Los reclamos de pasajeros bajo la Convención de Atenas por lesiones, enfermedad o muerte<sup>15</sup> derivadas del Coronavirus contra la línea, estarían supeditados a la demostración de que el pasajero adquirió la enfermedad durante el viaje y por negligencia de la línea.

En efecto, bajo Atenas, en caso de lesiones personales, enfermedad o muerte, la responsabilidad de la línea es objetiva (independiente de culpa) cuando se trata de un accidente de navegación; pero conforme al numeral segundo de su artículo 3, si se trata de lesiones personales o muerte por un hecho no asociado a un accidente de navegación, la línea solo es responsable en caso de haber sido negligente y la carga de la prueba tanto del daño como de la negligencia de la línea es del pasajero.

Según el Protocolo de 2002 de la Convención de Atenas, en caso de lesiones personales o muerte por COVID-19, la línea tiene derecho a limitar su responsabilidad al equivalente a 400.000 Derechos Especiales de Giro del Fondo Monetario Internacional (hoy aproximadamente US\$ 540.000,00) por pasajero por incidente, a menos que la enfermedad o muerte se deba a hecho intencional o negligencia manifiesta.

Surge la pregunta de si, por ejemplo, en el *Diamond Princess*, hubo negligencia manifiesta de la línea en el manejo de la cuarentena impuesta por el gobierno japonés, habida cuenta de los relatos en cuanto a que no se tomaron las medidas necesarias para prevenir la expansión del contagio.

Los términos y condiciones del contrato de pasaje de Princess Cruises, establecen en su artículo 15 que la línea tendrá derecho a limitar su responsabilidad en los términos de la Convención de Atenas. Determina que la línea no será responsable por reclamaciones por conceptos de angustia emocional, que existe una presunción de riesgo y que el pasajero asume esos riesgos implícitos en el viaje de su cuenta.

---

<sup>15</sup> Al 15 de abril se reportaban 58 fallecimientos y 2.700 contagios vinculados con cruceros con el Ruby Princess siendo el que reporta más casos: 21 muertes y sobre 700 contagios.

Así, los temas en debate en este caso serán pues si los acaecimientos a bordo del crucero permiten a la línea invocar estas defensas con éxito y eximirse de responsabilidad en un todo.

Si no, de ser responsable, podrá limitar su responsabilidad en los términos de la Convención, es decir USD 540.000,00 por pasajero. Finalmente, si algún pasajero lograra demostrar negligencia manifiesta rompiendo así el derecho de Princess Cruises a limitar su responsabilidad, esta última sería ilimitada.

### 3. Contratos de Transporte de Mercancías

El impacto del Coronavirus sobre el transporte de mercancías como segmento esencial en la cadena de suministros es significativo, pues la rapidez con la que escaló el nivel de la crisis impidió a muchos exportadores, importadores, y transportistas tomar medidas de prevención, de protección o de ajuste de los sistemas de transporte.

El origen de la crisis estuvo en China, uno de los principales exportadores e importadores del mundo con 7 de los 10 mayores puertos del globo. La interrupción de las actividades industriales en ese país tendrá efecto en el transporte de mercancías en términos de demoras, desvíos, interrupciones en medio del tránsito, etc.

La crisis genera tres categorías principales de problemas a la luz de la anatomía del contrato de transporte de mercancías por mar y su estudio en el derecho marítimo. La primera son las demoras en tiempo para levantar o entregar la mercancía. La segunda las desviaciones por cuarentenas o cierres de puertos o por decisión del capitán o porteador al no considerar el puerto seguro. La tercera la posibilidad de que esas demoras, desviaciones y otras circunstancias vinculadas a la crisis produzcan daños o pérdidas a la carga.

Como es bien sabido, muchos contratos de transporte de mercancías se rigen por las denominadas Reglas de la Haya o Haya Visby<sup>16</sup> bien *ex proprio vigore* bien por remisión directa o internación legislativa.

Las Reglas de La Haya aplican por fuerza propia cuando el conocimiento de embarque ha sido emitido en cualquiera de los Estados parte o si se trata del Protocolo de Visby cuando el conocimiento ha sido emitido en un Estado parte, cuando el puerto de origen o destino está en un país que es parte de las mismas o cuando hay remisión a ellas por el conocimiento de embarque.

El artículo 4.4 de las Reglas de la Haya, determina que ninguna desviación para salvar vidas o propiedad o que sea razonable constituirá incumplimiento del contrato de transporte y que el transportista no será responsable de ninguna pérdida o daño derivado de la misma.

---

<sup>16</sup> Convención de Bruselas sobre Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, Bruselas 25 de agosto de 1924, Protocolos Visby 23 de febrero de 1968 y Bruselas 21 de diciembre de 1979.

Muchas situaciones derivadas de COVID-19 pueden caer dentro de este supuesto, ciertamente aquellas sucedidas cuando el transportista haya tenido que cambiar la ruta inicial por haberse establecido una cuarentena o prohibición de atraque en el puerto o alguno de los puertos originales de destino.

Si no se trata de una situación en la cual el porteador debe desviarse de la ruta original sino que, por ejemplo, ha llegado al puerto de destino y este se encuentra parcialmente cerrado o no se le permite atracar de inmediato para la descarga por restricciones de entrada derivadas del COVID-19, el ordinal segundo del artículo 4 de las Reglas de la Haya y le confiere varias defensas en caso de daños o pérdidas a la carga.

Ellas incluyen la del literal “d” actos de Dios, el literal “h” restricciones por cuarentena, el literal “j” bloqueos o paros derivados de cualquier causa e incluso y finalmente, el ordinal “q” contentivo de una defensa ómnibus que le permite al porteador eximirse de responsabilidad en cualquier caso en que el daño no derive de su culpa.

Todas estas defensas operan también para las acciones por daños y perjuicios causados al consignatario por retraso en la entrega de la mercancía aunque esta haya sido entregada sin danos físicos.

El Estatuto de Transporte de Mercancías por Mar de EE.UU. de 1936<sup>17</sup> (COGSA) confiere al transportista las mismas defensas que las Reglas de La Haya en términos literalmente exactos.

La legislación venezolana en materia de transporte de mercancías por mar está inspirada en las Reglas de La Haya y en consecuencia, las mismas defensas del artículo 4 de estas se consiguen en el artículo 206 de la Ley de Comercio Marítimo y la exoneración al transportista por daños por desviación en el artículo 208 *ejusdem*, de manera que la situación es similar.

Los conocimientos de embarque de muchas líneas y armadores remiten a las Reglas de La Haya, COGSA o legislaciones internas con principios similares y hasta texto idéntico como Estados Unidos. Otros contienen los principios o el texto mismo de las Reglas en sus términos y condiciones.

Algunos conocimientos de embarques genéricos, como por ejemplo el Conlinebill 2000<sup>18</sup> remite a las Reglas de La Haya-Visby pero además en su artículo 14 b y c determina que el capitán podrá tomar cualquier medida que sea necesaria, incluyendo descargar en un puerto distinto al puerto original de destino, cuando hacerlo en este último viole una disposición gubernamental, cuarentena o prohibiciones de ingreso existentes o plausibles o cuando hacerlo constituya un peligro, lo cual incluye el peligro que pudiese representar para su tripulación caso de entrar en un puerto que este en el pico de la curva de contagios.

---

<sup>17</sup> United States Carriage of Goods by Sea 1936, 46 US Code Sect 1301/1317.

<sup>18</sup> Conocimiento de Embarque de Línea del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO)

Serán atípicos los casos en que el contrato de transporte no ponga a disposición del porteador estas defensas. Con ello, la mayoría de los reclamos por COVID-19 contra transportistas fenecerán en función de las mismas.

De hecho, estas defensas no hubiesen variado ni siquiera a la luz de las Reglas de Hamburgo<sup>19</sup>. Nunca entraron en vigencia pero siempre se consideraron un proyecto de instrumento normativo internacional orientado a favorecer los intereses de la carga con un rígido el régimen de responsabilidad del porteador o transportista.

Según el numeral sexto de su artículo 5, el transportista no es responsable si los daños se producen por medidas como la desviación o descarga para salvar vidas o propiedades en el mar, defensa que en un contexto filosófico abierto puede ser utilizado para justificar su negativa a entrar a determinado puerto donde la tripulación pudiese haberse contagiado.

Igual sería la situación bajo las Reglas de Rotterdam<sup>20</sup> si estuviesen en vigencia. Bajo su artículo 17 el transportista está exento de responsabilidad por retraso en la entrega, deterioro o pérdida de las mercancías si prueba que no fueron causa de un hecho que le sea atribuible, actos de Dios, cuarentenas, bloqueos interferencias o impedimentos ordenados por autoridades públicas.

En la medida que los transportistas queden exentos de responsabilidad por los distintos acaecimientos derivados del COVID-19 el peso caerá en los seguros de carga. Los propietarios de la carga tienden a dirigirse en primer término a sus aseguradores, quienes subrogados son los que ordinariamente tratan de recuperar del porteador o del seguro este último, el seguro de Protección e Indemnización.

Muchas pólizas de carga contienen la denominada Cláusula de Garantía de Demora, según la cual el retraso en la entrega está excluido no solo en sí mismo sino que aun cuando provenga de un riesgo cubierto.

En el mercado inglés de seguro de carga, existen tres coberturas tradicionales: “A”, “B” y “C”<sup>21</sup>. La “A” es a todo riesgo ampara daños a la carga por cualquier riesgo excepto aquellos excluidas. La “B” y la “C” que cubren los riesgos expresamente cubiertos es decir enumerados.

La Cláusula “A” del Instituto no contiene una exclusión que se adecue en forma exacta al riesgo representado por el COVID-19. El numeral 2 excluye “restricciones” traducción del término inglés “restraints”. Pero el término está en la cláusula de guerra que incluye además embargos y detenciones. En consecuencia, para nosotros, constituye una exclusión asociada a detención del buque por violaciones o hechos propios y no una vinculada a restricciones unilaterales sin acción u omisión atribuible al buque.

---

<sup>19</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre Transporte de Mercancías por Mar. UNCITRAL *Hamburgo 31 de marzo de 1978*. No entro en vigencia.

<sup>20</sup> Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo. Rotterdam 23 de septiembre de 2009. Entrará en vigencia 1 año después de su vigésima ratificación. Hasta ahora ha sido ratificado por 20 naciones. Hasta ahora ha sido suscrita por 25 países incluyendo estados Unidos pero ha sido ratificada solo por 5: Benín, Camerún, Congo, España y Togo.

<sup>21</sup> Clausulas A, B y C del Instituto de Carga, Londres. 2009.

Así, los efectos del Coronavirus que generen daños o pérdidas a la carga pueden estar cubiertos en la Cláusula A, pero el retraso en la entrega de las mercancías está excluido en el numeral 4.5. A la vez según el numeral 9 el seguro sigue cubriendo cuando haya desviación siempre y cuando se le notifique al asegurador.

De forma que con la Cláusula A el i) asegurado sigue amparado en caso de desviación siempre y cuando notifique al seguro ii) no podrá cobrar por retraso en la entrega pero iii) está cubierto por daño físico o pérdida de la carga toda vez que la cobertura general de la cláusula no contiene exclusión de epidemia o similar.

Distinta es la situación si el asegurado tiene cobertura conforme a las cláusulas “B” o “C” del Instituto, las cuales solo cubren riesgos expresamente enumerados en su numeral primero.

Ninguno de los riesgos enumerados en la cláusulas B o C tiene que ver con COVID-19, es decir, pandemia, epidemia o incluso cuarentenas. Se trata principalmente de riesgos vinculados a la navegación como naufragio, fuego, explosión, etc. Sin embargo, en su numeral 1.1.5 tanto la Cláusula “B” como la “C” amparan descarga de los bienes asegurados en un puerto de refugio y ninguna de las dos determina una exclusión que pueda considerarse subsumible en la crisis del virus corona y sus efectos.

En resumen, la mayoría de las coberturas de seguro no cubren retraso en la entrega de las mercancías pero sí amparan los daños y pérdidas de mercancías por desviaciones o entrada en un puerto de refugio.

Casi una ironía, como la crisis misma, que en casos al propietario de la carga le convenga más que los bienes se pierdan a que se le entreguen con un retraso tal que ya no sirvan al propósito para el cual los adquirió.

#### **4. Contratos de Fletamento**

Los Contratos de Fletamento son un área compleja en la que COVID-19 generará controversia y litigio.

La normativa sobre contratos de transporte pone a disposición de transportista un conjunto de defensas. En cambio en los contratos de fletamento la clave es el tema de la fuerza mayor.

El concepto de fuerza mayor se refiere un hecho imprevisto, imprevisible, ajeno a la voluntad de las partes. Es un concepto original del derecho continental y constituye excepción al principio de que el contrato es ley entre las partes, *pacta sunt servanda*.

Como es sabido, un gran número de contratos de fletamento hoy derivan de formas tipo publicadas por entidades como BIMCO y más del 90 % de las disputas en materia de

fletamento se ventilan en Londres, Nueva York y otras jurisdicciones de influencia anglosajona como Singapur y Hong Kong.

A diferencia de lo que sucede en Latinoamérica y en Venezuela, donde por ejemplo a tenor de lo previsto en el artículo 1.272 del Código Civil la fuerza mayor opera de pleno derecho para eximir al co-contratante de su obligación de pagar daños y perjuicios, en el derecho anglosajón la fuerza mayor debe estar expresamente prevista en el contrato para exonerar a las partes de cumplimiento.

Es factible que si una cláusula menciona la fuerza mayor y después enumera terremotos, tormentas, inundaciones, etc. pero no incluye pandemias o epidemias quien quiera ampararse en la cláusula con respecto a COVID-19, encuentre oposición de su co-contratante y no tenga éxito.

Por otra parte, en Inglaterra el texto de la cláusula de fuerza mayor no solo debe ser claro, sino que además la parte que la invoca debe demostrar que ese hecho concreto ha sido la única causa efectiva del incumplimiento<sup>22</sup>. Adicionalmente debe probar que ha hecho todo lo necesario para prevenir y, a todo evento, mitigar los efectos de la fuerza mayor<sup>23</sup>.

Es posible que un gobierno dictamine que los hechos derivados del COVID-19 constituyen fuerza mayor. Así ha sucedido en China donde el Consejo de Promoción del Comercio Internacional acreditado por el Ministerio de Comercio ha emitido miles de certificados de fuerza mayor. En el sistema anglosajón ello no garantiza una declaratoria de fuerza mayor por el tribunal o panel arbitral que puede o no acatarla dependiendo de los acontecimientos.

Para identificar los tipos de problemática legal y disputas que pueden derivar del COVID-19 en los fletamentos hay que distinguir entre los diferentes tipos. No tendrá el mismo efecto en los contratos de fletamento a casco desnudo que en los contratos de fletamento a tiempo, viaje o los contratos de volumen (COAs). Además, existen decenas de formas tipo de contratos de fletamento y en cada caso, el tratamiento de la fuerza mayor puede variar a la vez que también puede depender de las cláusulas adicionales (“Rider”) que las partes hayan acordado al cerrar el contrato.

En contratos de fletamentos a casco desnudo una de las formas más utilizadas es la del BARECON<sup>24</sup>, últimamente reformado en 2017. Siendo que en el fletamento a casco desnudo el fletador tienen tanto la gestión náutica como la comercial, no existe una dinámica de intercambio entre el propietario y el fletador en la ejecución del contrato relativa a las cargas que ha de tomar o a los lugares de donde va a zarpar o para los cuales se va a dirigir que anticipe un nivel significativo de disputa. Además, muchos fletamentos a casco desnudo contienen una cláusula de pago “llueva, truene o relampaguee” (“hell or high water”).

---

<sup>22</sup> Ver por ejemplo *Classic Maritime v Limbugan Makmur*, 2019. EWCA Civ 1102.

<sup>23</sup> Ver *Channel Island ferries Ltd v Sealink*, 1988. 1 Lloyd’s Reports N 323.

<sup>24</sup> Barecon Standard Bareboat Charter Party.

A la vez, el BARECON no contiene una cláusula de fuerza mayor. Su cláusula sexta establece una de las pocas situaciones de intercambio entre propietario y fletador que pueda dar lugar a disputa, que son las restricciones de viaje, estableciéndose en ellas que el fletador garantiza que no utilizara el buque en rutas o hacia países que puedan poner el buque a riesgo de detención o confiscación.

Hasta hoy no se conocen casos de países que hayan cerrado sus fronteras, sobre todo al tráfico de productos alimenticios, medicinas, materias primas y productos terminados, etc., pero hay puertos con restricciones en materia de arribo, inspecciones sanitarias, pruebas a la tripulación, prohibiciones de desembarque etc.

Puede que el hecho de que el fletador lleve su buque a uno de estos puertos represente una violación de la garantía de la cláusula sexta del BARECON. Pero en ese caso, una detención por uso ilegal del buque no provendría en sí de la existencia del Coronavirus sino del incumplimiento por parte del capitán de las órdenes de la autoridad portuaria. En consecuencia, la causa inmediata de la violación contractual sería la actuación del capitán y no el virus, entendido este último cómo el hecho de fuerza mayor.

Por supuesto que si el contrato tiene una cláusula de fuerza mayor en sus estipulaciones adicionales la situación cambia. Algunas líneas de cruceros que tienen sus zarpes suspendidos tienen buques de arrendamiento a casco desnudo con opción a compra y de arrendamiento financiero.

De existir una cláusula de fuerza mayor es factible que el fletador, es decir, la línea cuyos zarpes han sido suspendidos y dado el gran impacto del COVID-19 en la industria de cruceros, pueda argumentar con éxito que este hecho de fuerza mayor le imposibilita cumplir con el contrato, por lo menos por un periodo de tiempo.

De no invocarse con éxito la fuerza mayor, algunos podrán invocar la doctrina de contrato frustrado. Bajo el derecho inglés el contrato se considera frustrado cuando hay un cambio imprevisto de circunstancias de tal gravedad que queda frustrada la causa del contrato misma es decir que su esencia ya no tiene razón de ser. Algo parecido a la doctrina de derecho continental de *rebus sic stantibus*, la cual acepta que habiendo cambiado las circunstancias de una forma tan radical, el contrato ya no debe existir.

Con los contratos de fletamento a tiempo, por viaje y de volumen la situación es un tanto más compleja. En los primeros, la gestión náutica la mantiene el fletante mientras que el fletador mantiene la comercial y los segundos tienen características del contrato de transporte. En ambos la interacción entre fletante y fletador y la posibilidad de diferencias es mucho mayor a la de los contratos de fletamento a casco desnudo.

En 2015, a raíz de SARS<sup>25</sup> y EBOLA, BIMCO publicó la denominada Cláusula de Enfermedades Infecciosas o Contagiosas<sup>26</sup>, una para contratos de fletamento a tiempo, otra para contratos de fletamento a viaje.

---

<sup>25</sup> Síndrome Respiratorio Agudo Grave

<sup>26</sup> BIMCO Infectious or Contagious Disease Clause.

En el caso de fletamentos a tiempo, las disputas pueden venir entre otras causas por lo relativo suspensión de la obligación de pago del arrendamiento (“off hire”) y también por la cláusula de puerto seguro.

En la medida en que el arrendatario no pueda utilizar el buque pretenderá declarar el buque off hire y así eximirse de su obligación de pagar el arrendamiento durante el periodo de tiempo durante en que el buque no puede llegar a puerto. Pero sus posibilidades de éxito en esta pretensión dependerán del motivo por el cual no puede utilizarlo.

La Cláusula BIMCO de Enfermedades Infecciosas o Contagiosas para fletamentos a tiempo es determinante en favorecer la posición del fletante. En su literal “b” establece el pleno derecho del armador de decidir si entra o no en un puerto que pueda estar sujeto a una expansión de contagio de la pandemia a su sola discreción y a exclusivo juicio del propietario y el capitán en cuanto a que constituye un área afectada.

Por su parte, el literal “j” de la cláusula determina que en ningún caso la actuación del propietario bajo la cláusula se considerará ni una desviación ni un evento que da lugar a un off hire o exención del pago del arrendamiento por parte del fletador.

Si bien los cierres que se hayan discutido o negociado desde principios de enero de 2020 cuando se conoció la existencia del virus en China, incluirán la Cláusula muchos fletamentos a viaje cerrados previamente no la contendrán y estarán más expuestos a disputas cuando al armador haya decidido no entrar a determinado puerto por temor al riesgo de contagio.

La última versión del Contrato de Fletamento a Tiempo, NYPE 2015<sup>27</sup> publicada por BIMCO, la Asociación de Corredores y Agentes de buques de EE.UU. así como la Fundación Marítima de Singapur contiene una cláusula de puerto seguro en 1-c.

Establece el derecho del fletante a llevar su buque únicamente a aquellos puertos donde pueda mantenerse seguro y a flote de forma permanente, algo que en principio pareciera estar asociado tan solo al aspecto estructural de la seguridad del buque, es decir, seguridad navegacional.

Pero la cláusula de puerto seguro, ha sido objeto de múltiples laudos y sentencias en Londres y Nueva York y cuando se descifra un hilo conductor a como ha sido interpretada se concluye que concede al armador el derecho a aceptar ir solo a aquel puerto donde el buque pueda entrar, permanecer y salir con seguridad tanto para la nave desde el punto de vista estructural como para la tripulación.

Por ende, no faltaran argumentos en cuanto a que un puerto que ha sido declarado en cuarentena por las autoridades puede considerarse por el armador como un puerto inseguro del cual tiene derecho a desviarse, pero el éxito del argumento dependerá de las circunstancias.

---

<sup>27</sup> New York Produce Exchange Time Charter. Última reforma 3 de junio de 2015.

Según el “test” del *Eastern City*<sup>28</sup> de los tribunales ingleses lo que importa son los detalles específicos y realidades de cada situación, y si se puede entrar y salir del puerto con seguridad mediante adecuadas prácticas de marinería, el puerto es seguro. Con ello pudiese haber un puerto que ha sido afectado seriamente por la pandemia, digamos por ejemplo Civitavecchia en Italia, que no necesariamente es un puerto inseguro a la luz de los principios señalados, si el fletador logra demostrar que con las debidas protecciones se puede entrar, descargar y zarpar sin peligro para la tripulación.

Así pues, la línea central de las decisiones sobre puerto seguro se ha concentrado predominantemente en la seguridad de navegación, con algunas variaciones relativas a riesgos de guerra, pero la determinación fehaciente de la condición de puerto inseguro por una pandemia, se trabajara extensamente a partir de hoy.

Por su parte, las Cláusulas 21 y 22 del NYPE 2015 autorizan al capitán a desviarse para salvar vidas o propiedad, pero a diferencia del artículo 4.4 de La Haya que justifica cualquier desviación razonable además de aquellas necesarias para salvar vidas o bienes, la del NYPE 2015 solo la autoriza para salvar.

Surge la pregunta de si este derecho originalmente ideado para acciones de salvamento sirve para justificar desviarse de un puerto donde se ha propagado el virus con el argumento que, de entrar en él, se pudiese producir peligro a la vida de la tripulación. La pregunta es importante, pues la cláusula de “off hire” del mismo contrato, como sucede en otros muchos, determina que la desviación dará lugar a que el fletador quede exento del pago del arrendamiento.

Si el contrato tiene la Cláusula de Enfermedades Contagiosas o Infecciosas la desviación queda amparada por la misma, pero si no lo contiene, el argumento de que salvar vías no solo incluye salvamento en el mar sino también salvar de un peligro a la propia tripulación se probara con fuerza.

Lo mismo aplica para la Cláusula de Riesgos de Guerra (Conwartime 2013) que se incluye en el NYPE 2015 (34) que le permite al armador desviarse en cumplimiento de órdenes de gobierno relativos a rutas, puertos etc...

En sentido contrario, habrá casos con contagios de tripulantes. En estos el fletador podría argumentar que está exento de pago es decir el buque ha quedado “off hire”. Al efecto, podría invocar la cláusula 6 (a), que obliga al fletante a mantener el buque debidamente tripulado y a la vez la cláusula 17 que le permite invocar exención de pago por deficiencias en la tripulación.

En materia de contratos de fletamento a viaje la situación también difiere. Como la de contratos de fletamento a tiempo, la Cláusula de Enfermedades Contagiosas o Infecciosas de BIMCO para Fletamentos a Viaje confiere amplias libertades al fletante, autorizándolo a su solo juicio de desviarse y evitar proceder a áreas que puedan considerarse infectadas.

---

<sup>28</sup> [1958] 2 Lloyd's Reports 127.

Le permite cumplir con todo tipo de órdenes, incluso simples recomendaciones, de las autoridades competentes. Establece que nada de lo que se haga por el armador para protegerse podrá ser considerado una desviación y además confiere al armador el derecho a ser indemnizado por los fletadores si el capitán decide proceder al puerto solicitado y se produce daño derivado de la infección o contagio. Además determina que la cláusula se considerará incluida en cualquier conocimiento de embarque que se dicte bajo el contrato.

Muchos de los viajes afectados por la situación global pueden no tener la cláusula por haberse cerrado el viaje previo a que la pandemia se conociese. En estos casos las disputas fundamentales serán por desviación y, sobre todo, las demoras.

En materia de desviación, la discusión se centrará en si al desviarse de un puerto que se considera un puerto de riesgo la acción del armador está justificada como razonable o en la medida en la que tiene derecho a desviarse por considerarlo inseguro o para salvar vidas, en este caso las vidas de su tripulación.

Menos difícil será la situación cuando se trate de desviaciones por puertos que se encuentren cerrados, pero a la vez más complejo en cuanto al número de posibilidades de hecho que pueden ocurrir es el tema de las demoras.

Como se sabe, la demora se incurre cuando el fletador no pone a bordo la carga dentro de la ventana establecida en el contrato o cuando, habiendo llegado al puerto de descarga, al buque no le es posible descargar dentro de la ventana de descarga establecida en el mismo.

Las áreas en las que habrá discusión, van desde situaciones en las cuales se ha interrumpido la cadena de suministros por el cierre de fábricas, hasta aquellas en las que el buque ha arribado al puerto, transmite el aviso de listo y no puede proceder con las operaciones de carga dentro de la ventana, pues el puerto queda intempestivamente cerrado o parcialmente inoperativo por restricciones de tipo laboral o de funcionamiento.

Si bien en la mayoría de los casos en los que se ha ordenado cuarentena se han exceptuado de ellas todo lo que tiene que ver con la importación de alimentos, medicinas, etc., y en consecuencia serán de excepción los casos en los que se prohíba a un buque cargar o descargar, también es posible que suceda bien porque se trata de bienes no esenciales, bien porque hay un manejo inadecuado de la situación por parte de las autoridades portuarias o autoridades locales en general. También es factible que haya prohibiciones de ingreso sin un conjunto de pruebas médicas preliminares a la tripulación que pudiesen generar esta demora.

La póliza GENCON<sup>29</sup> de fletamento a viaje tampoco tiene una cláusula de fuerza mayor. Solo establece la obligación de pago de demora por parte del fletador si no carga o descarga dentro de la ventana, tiempo de plancha o "laycan" a la vez que le otorga al fletador el derecho de cancelar el contrato si el buque no arriba al puerto de carga antes de la conclusión del periodo.

---

<sup>29</sup> Fletamento General Uniforme. BIMCO 1994.

De existir una cláusula de fuerza mayor en el fletamento, ambas partes, el fletador cuyo proveedor no le suministró las mercancías o el armador que no pudo llegar, podrían valerse de ella para eximirse, en el primer caso del pago de la demora y en el segundo, para pedir la cancelación del contrato y subsiguientes daños y perjuicios a los que normalmente el fletador tendría derecho. Pero las cláusulas de fuerza mayor no se encuentran en todos los fletamentos a viaje.

De lo contrario, no existiendo ninguna de las cláusulas indicadas, podría suplir su ausencia la doctrina de la frustración, pero en muchos casos el fletador será responsable de la demora si no pone la carga a bordo y el armador de la cancelación y los daños y perjuicios subsiguientes si no puede llegar al puerto de carga.

Por su parte, si ya se cargó y el fletante ha emitido un conocimiento de embarque, se podrá valer de su cláusula de desviación razonable para descargar en un puerto distinto que el previsto en el contrato.

En suma, los conceptos de fuerza mayor, frustración, puerto seguro y desviación serán objeto de debate en el contexto de lo que ha ocurrido con el Coronavirus y su efecto sobre el sector marítimo.

No sabemos cuánto tiempo demorará el mundo en recuperarse del reto que esta pandemia ha planteado, lo que sí sabemos es que algunos litigios derivados de la crisis sobre estos puntos, subsistirán por años.

## **5. Contratos de Construcción**

China (con Corea del Sur) es el país con mayor capacidad de construcción de buques. De sus astilleros han salido sobre 40 millones de toneladas de registro bruto anual durante los últimos años. Por su parte, Italia tiene una prestigiosa industria de construcción de cruceros y yates.

En China existen dos formas de contrato de construcción de buques tipo. El primero es la forma de la Compañía de Construcción de Buques de China conocida como CSTC y la segunda la forma de la Comisión de Arbitraje Marítimo de China conocida como CMAC 2012. Otras formas de contrato de construcción utilizadas globalmente son la AWES99 de la Asociación Constructora de Buques Europeos, la forma SAJ 1974 de la Asociación de Constructores de Japón, la forma BIMCO 2007 y la forma Noruega 2000.

Todos los contratos de construcción contienen cláusulas de demoras permisibles o autorizadas. La forma BIMCO, por ejemplo, determina expresamente en su cláusula 34.5 que las epidemias dan derecho al astillero a prorrogar, extender o demorar la entrega del buque y, más aun se incluye a la epidemia como hecho o acto de fuerza mayor que, en consecuencia, da lugar a una demora autorizada.

Desde que surgió la pandemia, en China varios astilleros notificaron a los comitentes que la construcción de su buque iba a sufrir retrasos. La forma CMAC, de las más utilizadas en

China, contiene una cláusula de fuerza mayor y de hecho, todas las formas de contrato de construcción de buques indicadas incluyen epidemia como una categoría de fuerza mayor.

China ha emitido certificados de fuerza mayor a un número de constructores. Muchos contratos de construcción, incluso algunos de los utilizados en el mercado chino están sujetos a la ley inglesa. Como quedo dicho, bajo la misma no solo es necesario que la fuerza mayor sea la causa real de la paralización, sino que el constructor notifique al comitente y además demuestre que ha hecho todo lo necesario para mitigar su efecto, lo cual será condición de esencia cuando en lugar de invocarse las demoras permisibles se pretenda una resolución definitiva del contrato de construcción de buques por fuerza mayor.

A la inversa, si el contratante o comitente pretende dar por terminado el contrato por hechos vinculados con la pandemia, quizás tendrá que fundamentarlo en que el contrato de construcción ha quedado frustrado, sobre todo si la entrega con retraso por ejemplo excede la fecha en la cual a su vez el comitente estaba obligado a entregar el buque bajo un contrato de arrendamiento a casco desnudo con fecha de cancelación irrevocable.

En el caso de yates en construcción en Italia la situación es un tanto diferente. A diferencia de la industria de construcción de buques comerciales, en la cual se utilizan las formas tipo de contrato de construcción que quedaron mencionadas arriba, el contrato de construcción de yates, si bien sigue determinados parámetros comunes, en muchos casos tiende a redactarse a medida de las características particulares de la construcción que busca el cliente contratante o comitente.

Además, en Italia, el contrato de construcción de buques se considera en realidad una categoría del contrato de obra combinado de venta y a la vez, a diferencia de lo que sucede en el derecho inglés, en el derecho italiano la fuerza mayor opera *ope legis* como en Venezuela.

En consecuencia, dependiendo por supuesto de las cláusulas específicas de cada contrato de construcción, las partes podrán maniobrar con mayor flexibilidad, excepto si existen cláusulas de cumplimiento estricto y las de demoras permisibles o fuerza mayor no aplican.

## **6. Contrato de Compra Venta de Buques**

Así como en la construcción y en los demás contratos que hemos analizado, la ejecución o cumplimiento del contrato de venta de un buque de segunda mano o aun nuevo realizado entre su propietario y un comprador, en lugar de entre el astillero y el comitente, puede verse impactado por el Coronavirus.

La mayoría de los contratos de venta de buques establecen una fecha y puerto de entrega, conocida como fecha de cancelación. La imposibilidad de entrar en el puerto de entrega, de relevar la tripulación y hasta de suscribir o registrar los documentos de transferencia de la propiedad o de garantías de financiamiento (hipotecas, etc.) pueden afectar el cumplimiento.

Una de las formas tipo de contrato de venta de buques más utilizada es el denominado Memorandum de Acuerdo de la Asociación Noruega de Corredores de Buques<sup>30</sup>.

Conforme al contrato de venta noruego, luego de realizado el depósito, que de ordinario es de entre un 10 y 20 % del precio, hay un periodo de tiempo para las inspecciones y subsiguientemente la entrega, para la cual se establece un puerto y fecha de cancelación antes de la cual se puede entregar el buque, lo que también requiere la transferencia de título desde el punto de vista documental.

Por ejemplo, siendo que en Venezuela está técnicamente cerrado el Registro Naval Venezolano, no se podría transmitir la propiedad mientras dure la cuarentena con lo cual si la fecha de cancelación era digamos el día 15 de marzo, se hace de imposible cumplimiento.

Caso de que sea imposible realizar la entrega en la fecha de cancelación y el comprador no acepte prorrogarla, el vendedor debe devolver el depósito. Sin embargo, conforme a la cláusula 14 del MOA, queda exento de responsabilidad por los daños y perjuicios que la imposibilidad de entrega genera en el comprador, pues para que dichos daños y perjuicios procedan, el incumplimiento en la fecha de entrega debe ser por negligencia del vendedor. La única obligación del vendedor en el caso de tratarse de un caso vinculado al COVID-19, sería la devolución del depósito en los términos de la cláusula segunda.

Distinta es la situación del comprador. En la cláusula 13 del MOA de la asociación Noruega se determina que en caso de falta de pago del depósito o del precio, según el caso, el vendedor podrá cancelar el contrato, retener el depósito y reclamar cualesquiera otros daños y perjuicios adicionales, en cuyo caso, siendo que conforme a la cláusula 16 podría aplicar la ley inglesa, el comprador tendría que, caso que pueda demostrar que COVID-19 le imposibilitó desde toda perspectiva comprar, invocar la doctrina de frustración del contrato.

## **7. Seguros Marítimos**

Se girará la vista hacia el seguro para tratar de resolver muchas de las situaciones que plantea el COVID-19. La industria del seguro es una compleja y con significativa distribución de riesgo con lo cual, como ha sucedido en otros momentos difíciles, debería estar lista para afrontarlos, aun cuando particularmente en el tema marítimo los grandes siniestros del pasado han sido localizados y específicos y excepto en épocas de guerra, pocos con un alcance global.

Ya al tocar el contrato de transporte marítimo, explicamos cual es, en términos generales, el tratamiento de lo que es el seguro de la carga. Sometimos que la mayoría de las pólizas del mercado y ciertamente las 3 cláusulas tipo del instituto "A", a todo riesgo, "B" y "C", que son por riesgos cubiertos expresamente establecidos, excluyen retraso en la entrega.

Ninguna menciona como riesgo cubierto las pandemias o epidemias con lo cual, en algunos casos, irónicamente, será preferible para el interés de la carga que esta se dañe o

---

<sup>30</sup> Norwegian Shipbrokers Association Memorandum of Agreement for sale and purchase of ships. BIMCO SALEFORM. Última revisión 2012.

pierda como consecuencia de las interrupciones de tráfico, clausuras de puertos de destino e incluso desviaciones a un mero retraso.

En suma, en lo atinente al seguro de carga las reclamaciones que podrán aparecer como más fáciles de litigar son aquellas en las cuales se producen daños o pérdida de la carga, siempre que se trate de un riesgo no excluido y que las epidemias o pandemias no lo estén.

El segundo tipo de seguro tradicional en la industria marítima es el de casco y maquinaria. Se trata de un seguro que está destinado a cubrir daños al buque o a su máquina en su estructura derivados de riesgos tradicionales del mar como abordajes, naufragios, mal tiempo, etc., a la vez que muchas de las pólizas, ciertamente las tradicionales del Instituto de Casco de Londres y el Instituto de Casco de EE.UU. cubren tres cuartas partes de la responsabilidad civil del Armador por colisión o abordaje.

No parece factible que los efectos del Coronavirus generen situaciones que sean típicas o propias de lo que es el seguro de casco y maquinaria, salvo que se produzca una colisión, abordaje o daño estructural derivado de una espera significativa en puerto por interrupciones en su operatividad, prohibiciones, cuarentenas, etc. Aun en ese caso, en realidad la causa inmediata sería el riesgo de navegación que da lugar al daño estructural como por ejemplo el mal tiempo, la falta de visibilidad o la misma negligencia del capitán, más que el virus, que se estimaría como una causa lejana y en consecuencia, irrelevante para los efectos de la cobertura de casco y maquinaria.

Íntimamente vinculada a la de casco y maquinaria esta la cobertura de riesgo de guerra. Constituye una cobertura para daños a o pérdida del buque por hechos que son más vinculados al ser humano, es decir, que no solamente cubre riesgos de guerra sino otros derivados de acciones humanas particularmente asociadas a la dinámica de las colectividades y los gobiernos, a diferencia de lo que son los riesgos cubiertos por la póliza de casco y máquina que están más vinculados al mar como medio en el que se desarrolla el hecho de la navegación.

Pero COVID-19 quizá podría generar hechos en la industria en los que el armador trate de reclamar bajo el riesgo de guerra. Por ejemplo, el numeral primero de las Cláusulas de Guerra y Huelga del Instituto (Londres), establece en su ordinal segundo que cubre pérdidas o daños al buque por arrestos, detenciones o restricciones a la vez que la 14 determina que se amparan pérdidas por bloques laborales, conmoción civil y la sexta confiscación o expropiación.

Mas es de advertir, que la Cláusula de Riesgo y Guerra del Instituto excluye situaciones en las cuales la detención o confiscación del buque se producen como consecuencia de incumplimiento de regulaciones relativas a cuarentena o de tipo aduanal por órdenes de un gobierno en determinado puerto que incluyan restricciones de entrada del buque o exigencias de cuarentena a la tripulación.

Por otra parte está el seguro Protección e Indemnización. Cada uno de los Clubes incluso los de prima fija, cubre a sus miembros conforme a un conjunto de reglas.

Tomemos como ejemplo las de Gard<sup>31</sup>, el principal club escandinavo y entre los tres más grandes del mundo. Según la regla 28 el armador tiene cubierta su responsabilidad frente al pasajero por lesiones personales, enfermedad o muerte. La regla 28 de Gard será relevante en los casos de reclamaciones de pasajeros que se hayan enfermado a bordo de aquellos cruceros en los cuales se detectó y expandió el COVID-19 y la mayoría de los clubes tienen una regla similar.

La regla 31 cubre gastos por desviación cuando el armador la realiza para que se atienda a un pasajero enfermo, cuestión que, por ejemplo, sucedió entre otros con los cruceros *Grand Princess* en la Bahía de San Francisco o *Breamar*, que finalmente pudo evacuar a su pasaje en el puerto de Mariel, Cuba.

Como se sabe también cubren la responsabilidad civil del armador frente a la carga. A manera de ejemplo, la sección 17 de la regla 2 del UK P&I Club<sup>32</sup> cubre al armador por las pérdidas y daños a las mercancías de los que sea responsable por la violación de su deber de cargarla, cuidarla y entregarla en buen estado.

Sin embargo, en el literal “b” de la misma regla se establece que será a discreción del Club cubrir daños a la carga cuando ellos deriven de la desviación, a menos que el miembro haya notificado previamente y obtenido autorización del Club con relación a dicha desviación, lo cual seguramente sucederá en algunos casos.

La mayoría de los Clubes han publicado una guía de preguntas frecuentes sobre coberturas de hechos consecuencia de la pandemia.<sup>33</sup>

Finalmente, algunos de los incidentes pueden estar vinculados a la cobertura de flete, demora y defensa FD&D<sup>34</sup> paralela a la de protección e indemnización que muchos armadores toman con los clubes.

Esta le permitirá al armador obtener cobertura de sus gastos de defensa legal para el cobro de fletes o demoras insoluta, cuestión que puede darse en aquellas situaciones en la cual los intereses de la carga consideren que la demora o desviación los exonera del pago del flete, cuestión que normalmente no siempre será el caso pero puede darse, o cuando haya interrupciones en la cadena de suministros que demoren la entrega de la carga por parte del embarcador o por parte del fletador en un contrato de fletamento a viaje, en forma que el armador necesite cobrar mediante procedimientos legales.

## 8. Conclusión

El mundo moderno tiene las herramientas para hacer frente al Coronavirus y derrotarlo en un lapso relativamente corto, pero las disputas con relación a distintos tipos de contratos

<sup>31</sup> Fundado en Noruega en 1907 como *Assuranceforeningen Gard*.

<sup>32</sup> *The United Kingdom Mutual Steam Ship Association (Bermuda) Limited*. Fundado Londres 1869. administrado por Thomas Miller Inc

<sup>33</sup> Ver por ejemplo North FAQs en [www.nepia.com](http://www.nepia.com)

<sup>34</sup> Freight, Demurrage and Defense.

de la industria marítima sobre todo en el transporte, los fletamentos y en el seguro subsistirán años y quizá décadas por venir.

Cuando haya pasado un tiempo, existirá un cuerpo de decisiones en forma de laudos y sentencias que nos permitirán medir el efecto de esta crisis que le ha tocado al mundo vivir en nuestra industria y quien sabe, quizá genere un conjunto de interpretaciones y visiones antes no vistas en el derecho marítimo.

Caracas, mayo de 2020.