**ARBITRAMAIL NUM.42**

**Cedric Barclay**

***Enero, Febrero y Marzo 2024***

***José M. Alcántara González***

[***www.alcantararbitraje.com***](http://www.alcantararbitraje.com)

***“Indubitably the man trained as a lawyer scores advantageously. His education is wider,* his *mind and reasoning are tidy, his knowledge of procedure an asset , but he may and often does lack experience in the assessment of human conduct and in the nature and broader aspects of commercial and technical and professional practice .He may suffer by the need to have these explained to him”*( “Co-operation between specialist and non-specialist organisation”, Paper ,IIIrd International Arbitration Congress, Venice 1969).**

**INDICE:**

**1.*El controvertido caso del galeón “San José” a la luz del Convenio de Paris, 2001.***

**2. *El Arbitraje de Inversiones en los TBI. Conflictividad y críticas.***

**3. La “pay clause”, garantía LOU y acción directa.**

**4 *Jurisprudencia.***

**5. Noticias.**

**1.*El caso del galeón “San José”.***

**El “San José” fue un galeón español construido en 1698 por Pedro de Aróstegui por encargo del duque Arístides Eslava en el astillero de Mapil, en Aguinaga, Guipuzcoa. Fue hundido en la batalla de Barú, en aguas hoy colombianas frente a la costa de Cartagena a principios de Junio 1708, sólo unos años después de partir en su último viaje desde Sevilla.**

**El” San José” llevaba en su bodega todo tipo de objetos valiosos, ejemplos de arte y tecnología del siglo XVIII, una enorme colección de monedas acuñadas en América en cantidad de varias toneladas, barras de oro y plata, así como toneladas de joyas y piedras preciosas. La carga procedía de Perú y fue embarcada en Panamá Un tesoro valorado en más de 20.000 M de dólares americanos, aunque su estado de conservación y, por consiguiente, valor real no ha sido verificado aún en el pecio (1).**

**La República de Colombia reclama su propiedad y la de su cargamento, y ha anunciado una inmersión con equipos especializados a fin de llevar a cabo un reconocimiento del pecio y establecer el estado de conservación a efectos de aconsejar su recuperación. La anunciada inspección submarina será realizada por la Marina colombiana, sin intervención de agencias extranjeras de cazatesoros.**

**La regulación internacional de esta materia, el patrimonio cultural sumergido, se encuentra en la Convención de la UNESCO, de Paris, 2 Noviembre 2001. España es parte; Colombia no se ha adherido aún.**

**Conviene situar adecuadamente el contexto de los bienes perdidos en el mar. Esos restos naufragados o abandonados pueden ser objeto de recuperación o de salvamento por cualquier persona. Los pecios sumergidos pueden ser materia de hallazgos y de posesión en cuanto “res nullius”, es decir, de nadie o de dueño no conocido. El Convenio de Salvamento Marítimo de Londres, 1989, permite la recuperación de tales bienes por los que los hallan o bien por terceros especialistas a los que se encomienda el trabajo en virtud de contratos especiales. El derecho de propiedad y la recuperación de los pecios (“law of findings”) no está sometido a norma internacional alguna, pero conforme a la Convención de Salvamento 1989 esos bienes hallados pertenecerán a su dueño siempre que comparezca y reclame la entrega, en cuyo caso habrá de abonar una recompensa, conocida como “premio de salvamento”, al salvador ocasional de los mismos conforme a las reglas de dicha Convención. Sin embargo, tales bienes pueden tener valor histórico y cultural, constituyendo un “patrimonio cultural sumergido” que debía estar protegido por causa del interés público mundial.**

**Durante años el pillaje de ese patrimonio y la destrucción de su entorno se intensificaron rápidamente, con lo cual la humanidad corría el riesgo de perder ese legado a manos del “derecho de rapiña”. Un legado de sitios arqueológicos y de ciudades enteras engullidas por el mar y yacientes en las zonas abismales. Miles de navíos que se fueron a pique con cargamentos de valor; se estima que hay más de 3 millones de pecios naufragados, entre ellos 12.542 barcos mercantes, de pasaje y de guerra desaparecidos sólo en el período 1824-1962; hicieron leyenda los navíos de la Armada Invencible de Felipe II de España, la flota del Kublai Khan , las carabelas de Colón, los galeones que surcaban los mares desde las colonias de América hasta la metrópoli ( los “Girona”, “Santa Maria de la Rosa” , “Santa Margarita” ,”Nuestra Señora de Atocha” y el “San José” mismo), y más recientemente el “Titanic”.**

**En Febrero 2001 el CMI aprobó en su Conferencia de Singapore un borrador de Protocolo destinado a modificar el Convenio de Salvamento 89, a los efectos de extender la aplicación de ese Convenio a los “restos históricos” yacentes. El Protocolo salió de un borrador preparado por Geoffrey Brice, Q.C., por lo que se llamó “Protocolo Brice”. En su Art.2 introducía la frase “including services to or involving historic wrecks” en la definición de “salvamento” del Art.1 del Convenio de 1989. El Protocolo Brice pretendía otorgar premio de salvamento a todo salvador de restos de valor histórico bajo las siguientes condiciones:**

**-que el salvador haya protegido el pecio histórico, consultado, colaborado y cumplido con las indicaciones de las organizaciones científicas y arqueológicas,**

**-que haya cumplido con los requisitos razonables legales de las Autoridades competentes que tengan un interés válido por las operaciones de salvamento del pecio histórico, y**

**-que haya evitado cualquier daño al patrimonio cultural sumergido.**

**Fue un intento cuidadoso de tranquilizar a los Estados permitiendo el salvamento de bienes del patrimonio cultural subacuático, pero el Protocolo no fue adoptado por la OMI ni incorporado al Convenio de Salvamento 1989. Así las cosas, la reserva del Art.30.1 del Convenio 1989 permaneció en pleno vigor ya que “los Estados parte quedan en libertad para no aplicar el Convenio cuando se trate de un bien de carácter cultural que presente un interés prehistórico, arqueológico o histórico y que se encuentre en el fondo del mar”.**

**La necesidad de una normativa internacional uniforme, cuando prácticamente todos los Estados habían desarrollado y puesto en vigor normas internas sobre la materia del patrimonio cultural subacuático condujo al Convenio de Paris, de la UNESCO, hecho el 2 Noviembre 2001 y entró en vigor el 2 Enero 2009.**

**El objeto del Convenio de la UNESCO reside en la protección del “patrimonio cultural subacuático”, pero no se pronuncia sobre las cuestiones relativas a la titularidad de los Estados parte sobre los bienes hallados ni sobre los derechos de propiedad sobre los mismos. Su objeto es garantizar y fortalecer la protección de ese patrimonio frente al llamado “derecho de rapiña”, y lo hace como un instrumento de Derecho Público uniforme. A tal fin sienta principios básicos de los que los tres siguientes con destacables:**

1. **La preservación en el mismo lugar en que se encuentran los bienes del patrimonio cultural subacuático deberá siempre considerarse la opción prioritaria antes de autorizar o emprender actividades dirigidas a ese patrimonio.**
2. **El patrimonio cultural subacuático se depositará, guardará y gestionará de tal forma que se asegure su conservación a largo plazo.**
3. **El patrimonio cultural subacuático no será objeto de explotación comercial.**

**Estos principios señalan, claramente, que el patrimonio cultural sumergido no puede ser objeto de explotación comercial alguna y que debe ser conservado y protegido.**

**Los Estados partes tienen competencias territoriales para proteger ese patrimonio, pero según los espacios en que se encuentren tales bienes, de propiedad conocida o no, tendrán en consideración los intereses de otros Estados. El Estado ribereño es el competente para autorizar o prohibir cualquier actividad dirigida a ese patrimonio; pero queda obligado a consultar a todos los demás Estados partes que hayan declarado, por motivos históricos u otros, su interés acerca de la mejor manera de proteger ese patrimonio descubierto en la ZEE o en la PC del Estado ribereño. La República de Colombia no es parte del Convenio de París, y no resulta obligada a efectuar esas consultas.**

**El Estado ribereño, conforme a la Convención de Paris, ha de actuar como “Estado Coordinador” para evacuar todas las consultas necesarias y a fin de tomar todas las medidas de protección necesarias en interés de todos los Estados afectados coordinados. Por eso España ofrece “colaboración” a la coordinación que tendría Colombia a su cargo de haber adoptado el Tratado de Paris.**

**En particular, los Estados parte vigilarán para impedir la entrada en su territorio de bienes del patrimonio cultural sumergido que hayan sido extraídos en forma contraria a la Convención. (art.14); tomarán medidas para prohibir el uso de su territorio, incluso sus puertos marítimos, en apoyo o en relación con actividades no ejecutadas conforme prescribe la Convención (art.15); tomarán todas las medidas prácticas para impedir que sus nacionales o los buques de su pabellón no intervendrán en actividades dirigidas al patrimonio cultural sumergido que no sean conforme a lo previsto por la Convención (art.16). Y cada Estado parte impondrán sanciones para castigar las violaciones o infracciones de las medidas adoptadas para hacer cumplir el Convenio (art.17), y podrá confiscar todos los bienes del patrimonio sumergido que hayan sido extraídos mediante infracción de lo previsto en la Convención (art.18).**

**De tal modo la Convención de Paris dibuja un patrón civilizador de protección y conservación del patrimonio cultural sumergido:**

**-el patrimonio subacuático debe ser protegido en el lugar en que es hallado.**

**- de otro modo los Estados parte lo conservarán en lugar adecuado, para lo cual todos los Estados interesados serán coordinados por el Estado ribereño competente.**

**-ese patrimonio no será nunca objeto de explotación comercial.**

**-para cumplir esa misión los Estados parte contarán con medidas coercitivas y poderes sancionadores.**

**-el Tratado de Paris vino a poner fin al “derecho de rapiña”.**

**En relación a lo último, ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural sumergido estará sometida a las normativas sobre Salvamento y Hallazgos a no ser que se cumplan tres requisitos, a saber**

**-que sean autorizadas por las autorizades competentes,**

**-que estén en plena conformidad con el Convenio de la UNESCO, y**

**-que la actividad se realice con la máxima protección del patrimonio cultural sobre el que se pretende actuar.**

**Lo que implica que los salvadores privados y las agencias de cazatesoros no podrán hacer uso del Convenio de Salvamento 1989, o de leyes internas, y habrán de sujetar su actuación a lo previsto en el Convenio de la UNESCO; por ello el Tratado de Paris supuso un duro golpe para las compañías de extracción de restos (que buscaban en el Archivo de Indias, Sevilla, el rastro de los transportes de cargamentos valiosos en los siglos XVI-XVIII). Salvo que los Estados ribereños, en cuyas aguas se hallaran los preciados restos, no adoptasen la Convención de Paris.**

**La República de Colombia reguló la cuestión en sede interna mediante las Ley 1675, de 2013, que reglamenta los artículos 63,70 y 72 de la Constitución Colombiana, referentes a los bienes patrimoniales y al deber del Estado hacia con éstos, “buscando establecer las condiciones para proteger, visibilizar y recuperar el patrimonio cultural sumergido”. Son objetivos esencialmente coincidentes con los de la Convención de Paris. Colombia ha ratificado varios Convenios de la UNESCO relativos al patrimonio cultural (los de 1954,1970, 1972 y 2003.). Concretamente, por virtud de la Ley 45 de 1983, se adhirió a la Convención del Patrimonio *Mundial, Cultural* y Natural (UNESCO 1972). Según la Dra. Mericcy Vasquez Vega (miembro integrante del Grupo Derecho del Trabajo y Seguridad Social sobre las normas de conservación y su cumplimiento del “Semillero de Investigación del Patrimonio Histórico y Cultural”, 2014), la Convención de UNESCO, Paris 2001 “no fue reconocida por el Estado Colombiano al considerar la Comisión Sexta del Senado que la firma de la Convención traería consecuencias perjudiciales particularmente para la aplicación del principio de conservación *in situ*, en contraposición al reconocido derecho de salvamento o de rescate de naufragios, reconocidos por la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Se desconoce en qué se fundaría tal “contraposición” a la luz del Convenio de Paris. En 2001 el Congreso votó en contra de que Colombia adhiriera dicha Convención; para algunas personas que participaron en el debate tenido en el Congreso, la presión de los cazatesoros logró frenar la firma del acuerdo con el eficaz argumento de que “se ponía en riesgo la soberanía nacional”.**

**Advertiremos que no existe cuestión alguna de disonancia entre los conceptos de “identidad cultural” y de “patrimonio cultural del Estado” y el de “patrimonio cultural de la humanidad” (que informa el art.2.2 del Convenio de Paris, 2001) por cuanto que Colombia ha reconocido la noción de “patrimonio mundial “en otros Convenios de la UNESCO a los que se ha adherido.**

**Tampoco ha de requerir enfoque polémico alguno el hecho de que los restos del “San José “, junto con su cargamento, pertenecen a España, en razón a lo previsto en el art.303, que ampara los derechos de los “propietarios identificables”, de la Convención de las NN.UU. sobre el Derecho del Mar, 1982 que, aunque Colombia tampoco la ha adoptado (sólo la firmó el 12.10.1982), establece un principio universal sobre la propiedad del pecio hundido a poca distancia de la costa de Cartagena de Indias.**

**Se tratará, pues, de determinar las diferencias existentes entre la Convención de Paris 2001 y la legislación colombiana (Ley 1675, de 2013). La ley colombiana, que reglamentaba los arts.63, 70 y 72, fue objeto de revisión constitucional a través de las sentencias C264 (de 29 Abril 2014), la C.553 (de 23 Julio 2014), y la C.572 (de 30 Julio 2014), sucediendo que de los 23 artículos de la citada Ley fueron declarados inexequibles, es decir sin efecto, varios preceptos relacionados con los criterios que conceptúan el Patrimonio Cultural Sumergido. Por lo que, importará deducir el nivel de concordancia, o de lo contrario, que existe en la actualidad entre la solución interna colombiana sobre el tratamiento del Patrimonio Cultural Sumergido y el otorgado por el Convenio de Paris 2001.Asimismo, en el trasfondo la relación del Convenio de Salvamento 1989, de origen económico frente a situaciones de peligro en el mar, y el del Convenio de Paris, de carácter conservacionista cultural.**

**Ninguna de las Convenciones Internacionales adoptadas por Colombia sobre el Patrimonio Cultural de carácter general resulta aplicable específicamente al Patrimonio Cultural Subacuático. La Ley 1675 enmarca los siguientes aspectos:**

**-el patrimonio cultural sumergido es parte del patrimonio arqueológico y propiedad de la nación colombiana. Todos los” bienes representantes de la cultura que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, lacustres, fluviales, en el mar territorial, en la zona contigua, en la zona económica exclusiva, en la plataforma continental e insular y otras áreas delimitadas por líneas de base” integrarán el Patrimonio Cultural colombiano. Esta apropiación en virtud de norma interna no corresponde a la verdad jurídica con la que la UNCLOS 1982 respalda la reclamación española.**

**De forma similar, la norma define las actividades sobre el patrimonio cultural sumergido, autorizando la exploración, intervención, aprovechamiento económico y la preservación, aclarando que el aprovechamiento económico ha de efectuarse mediante la exhibición, o divulgación al público, sea *in situ* o en infraestructuras culturales como museos.**

**Asimismo, la ley colombiana establece que los métodos utilizados para ejercer dichas actividades deben garantizar el menor deterioro posible para lo cual deberán valerse de las técnicas y procedimientos arqueológicos internacionalmente reconocidos y aceptados, lo que no confluye de manera expresa con la normatividad internacional, ya que en virtud del Convenio de Paris todo Estado parte declarada interesada (art.9.5 del Convenio) deberá ser consultado sobre la mejor manera de proteger el patrimonio cultural subacuático y actuando como “Estado Coordinador” pondrá en práctica todas las medidas de protección acordadas con los Estados consultados. La República de Colombia habría de consultar con España al efecto de tales medidas, de haber ratificado el Convenio de Paris 2001.**

**De igual forma, la legislación colombiana contempla el método para autorizaciones y contratos relacionados con el Patrimonio Cultural Sumergido, indicando de manera expresa que el contratista deberá entregar al Ministerio de Cultura la totalidad de los materiales extraídos (art.14, Ley 1675).Puede observarse aquí la ausencia de control operativo soberano sobre los proyectos de exploración y, en su caso, de remoción, elaborados por el “contratista”, quién sólo estará obligado a entregar a la Autoridad colombiana “¨la totalidad de los materiales extraídos”, sin delimitación ni cuantificación de los mismos previa a su extracción ( lo que debemos suponer) . La regulación nacional difiere, sobre todo, de la internacional en la falta de consulta con los Estados interesados. En particular, “5. El Estado Coordinador podrá realizar toda investigación preliminar que resulte necesaria y expedirá todas las autorizaciones necesarias a tal fin y transmitirá sin demora los resultados de tal investigación al Director General (de la UNESCO) quien, a su vez, comunicará esas informaciones a los demás Estados Partes”; 6. Al coordinar las consultas , adoptar medidas, realizar una investigación preliminar y /o expedir autorizaciones el Estado Coordinador actuará en beneficio de toda la Humanidad, en nombre de todos los Estados Partes.7. NINGUN ESTADO PARTE EMPRENDERÁ NI AUTORIZARÁ ACTIVIDADES DIRIGIDAS A UN BUQUE O AERONAVE DE ESTADO EN LA ZONA SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO DEL PABELLON” (art.12 Convenio de Paris). El galeón “SAN JOSE” era un buque de Estado de pabellón español, donde murieron 570 marinos de la Corona.**

**En cuanto a las faltas y delitos contra el patrimonio cultural sumergido establece un régimen sancionador, en la línea de los tratados internacionales. Aunque sin si los matices de ejemplaridad e uniformidad sancionadora entre los Estados Partes, lo que diferencia un régimen sancionador interno de otro de alcance internacional.**

**La preocupación señalada sobre el posible conflicto con el Convenio de Londres 1989 sobre Salvamento Marítimo, viene resuelta como inexistente en el art.4 del Convenio de Paris, además de las diferencias anotables en sus respectivos supuestos de aplicación.**

**Atendiendo a las semejanzas reveladas entre la legislación interna colombiana y en la reglamentación internacional, no se comprende bien que la República de Colombia no haya adherido aún al Convenio de Paris 2001, y que aquellos Estados interesados, que en virtud del Convenio de la UNESCO habrían tenido derechos manifiestos para ser consultados a los efectos de que la exploración preliminar de los restos del “San José” en consideración por Bogotá, alberguen una comprensible preocupación.**

**En tiempos del presidente conservador Belisario Betancur se difundió la idea de que con el hallazgo del galeón “San José” se podría cubrir la deuda externa del país. El Gobierno de Juan Manuel Santos, en 2013 sacó adelante una ley dando vía libre a la comercialización del patrimonio submarino por parte de empresas privadas, por lo que el Estado colombiano puso el foco en el hipotético valor del barco. Sin embargo, su sucesor el presidente Ivan Duque suspendió todo proceso de contratación y la licitación fue declarada desierta. El actual presidente progresista Gustavo Petro ha anunciado la convocatoria de licitación para formar un equipo público-privado con el fin de ir al rescate parcial del patrimonio sumergido a cientos de metros de la superficie, cuyas coordinadas exactas de localización sólo conocen las autoridades colombianas. En Junio de 2022 el Gobierno anunció el hallazgo de lingotes de oro, vajillas chinas y dos nuevas embarcaciones enterradas en la misma zona. El Ministro de Cultura, Juan David Correa, manifestó a la prensa que en las discusiones técnicas celebradas con la Armada ,la Agenda de Defensa del Estado y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia se había sondeado una “primera extracción parcial para ver su comportamiento, en cuya primera fase no habrá un rescate masivo de piezas de oro y de plata, porque hay que entender cómo está ese material, cuál es su materialidad a la que es humanamente imposible llegar y entender cuál va a ser el proyecto”. Buena parte de la comunidad científica colombiana aboga por no intervenir en absoluto el yacimiento y que la idea del Ministerio de Cultura riñe con la perspectiva de la arqueología actual”. Una fuente académica ,que ha mantenido su anonimato, señala que detrás de este nuevo interés del presidente Petro se halla la presión del estadounidense Roger Dooley, un cazatesoros de 75 años, que asesora a una firma suiza de capital británico interesada, la “Maritime Archeology Consultants”(MAC) .El 23.12.2023 el Gobierno colombiano anunció que realizaría una inmersión al galeón en primavera, con intención de examinar el estado del mismo y de extraer algunos restos del pecio español para un laboratorio de la Armada colombiana. El 30 Enero 2024 la Viceministra de fomento regional y patrimonio del Ministerio de Cultura. Adriana Molano, anunció que la exploración se llevará a cabo en el mes de Febrero, destacando que “el presidente Petro decidió priorizar la investigación científica frente a la extracción del oro y las monedas”. La decisión del presidente Petro ya es firme; se comenzará en el mes de Marzo con el propósito de alcanzar la total extracción en 2026. El Gobierno colombiano ha declarado que la exploración y rescate se hará en solitario por la Armada.**

**Al mismo tiempo que el gobierno colombiano anunció esta ambiciosa exploración en aguas profundas- considerada injustificada por una docena de expertos agrupados en la Red Universitaria de Patrimonio Cultural- la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya inició formalmente un litigio internacional entre Colombia y la empresa estadounidense “Sea Search Armada” por el galeón. La empresa citada alega que encontró el naufragio antes que Colombia y reclama USD 10.000 millones, lo que en sus cálculos corresponde a la mitad del valor del galeón y su cargamento, es decir, un importe inconcebible como “premio de salvamento” hipotético, lo que demuestra que el DERECHO DE RAPIÑA sigue al acecho de los restos de patrimonio histórico sumergido.**

**Sin duda alguna, serán las conclusiones científicas las que llevaran a que el patrimonio del “San José” permanezca donde está o sea instalado y protegido en un Museo de Cartagena. Tras lo cual, sería muy deseable que la República de Colombia adhiera tanto la Convención del Derecho del Mar 1982 como la de la UNESCO sobre el Patrimonio Cultural Sumergido, de Paris 2001.De modo que sea evitado todo posible litigio de apropiación o de devolución al origen histórico del cargamento (la comunidad indígena boliviana Qhara Qhara alega que el oro y la plata fueron extraídos de las minas de Potosí, Bolivia, durante la colonización española) y que las iniciativas soberanas como la de Colombia respecto al galeón “San José” reciban una comprensión internacional , a saber, formando parte del derecho uniforme establecido por el Tratado de París 2001.**

1. **Por su interés histórico añadimos la referencia concreta que menciona el explorador norteamericano Dave Horner en su libro “The Treasure Galleons” (editado por Florida Classics Library, Port Salerno, Florida 34992, en 1990):**

***“Si fuese posible destacar un pecio de galeones que ostenta el mayor potencial individual en cualquier en cualquier supuesta área ése ha de ser el lugar caribeño de la nave capitana conocida por los españoles como el SAN JOSE. Este particular tesoro de galeón puede no haber sido el barco más rico que se haya hundido en el Caribe, pero sí ciertamente fue uno de los más valiosos barcos españoles que se haya perdido sin recibir salvamento. Su pérdida, tanto como la captura y destrucción de otros galeones de la misma armada fue confirmada dramáticamente y con pesar por las autoridades de Cartagena y por todo el virreinato de Nueva Granada. Incluso los enemigos británicos lamentaron el hecho de que su exclusiva negligencia permitió que los otros barcos de la flota del tesoro arribaran salvos a los cañones del Fuerte San Felipe.***

***No sólo dos galeones de tesoros se perdieron, sino también un barco de guerra español (conocido como “bombarda”), supuestamente llamado el SAN CARLOS, recibió daños importantes y embarrancó en la península de Barú. Su tripulación prendió fuego al barco a fin de guardar los suministros y la pólvora fuera del alcance de los ingleses y huyeron por tierra.***

***Cuando estaba dicho y hecho, además de la pérdida de 7.000.000 de pesos de oro, solamente 11 de las 600 almas a bordo del SAN JOSÉ sobrevivieron a la explosión, siendo recogidos por los barcos ingleses durante la noche y 300 más fueron capturados a bordo del SAN JORGE. El punto del hundimiento de la capitana fue discutido por los españoles durante muchos años. Por ese motivo no fue rescatado y hoy es una fabulosa posibilidad de tesoro hundido. Manuel Tejada y Fernandez afirmaba que la batalla tuvo lugar “lejos de los bajos de Salmedina”. Sin embargo, un informe para el Consejo de Cartagena redactado por Antonio Ordaz y Perez, capitán del galeón SAN JORGE, relató que “estaban relativamente cerca de los grandes bajos y un mapa que ilustra su posición señala el punto donde el gran galeón se perdió con aproximadamente 3 millones de pesos en oro….”. Desde luego, existe la posibilidad de que la superestructura del galeón capitana quedó a la deriva en los Bajos de Salmedina después de la explosión y que gradualmente se fue al fondo. Pero los informes ingleses dicen que el barco “se hundió instantáneamente”, y el hecho de que no se haya intentado antes el rescate confirma la probabilidad de que el SAN JOSE se fuera a pique hasta el fondo en el lugar donde explotó.***

***Reuniendo juntas las piezas informativas españolas e inglesas resulta que la batalla tuvo lugar en la cercanía fuera de la costa colombiana, y a partir de ahí se puede hacer una estimación razonablemente certera de la posición del SAN JOSE cuando explotó y se hundió..***

***Uno de los diarios de navegación indicaba que en el momento en que el galeón explotó la “punta de Barú queda por el sureste, a cuatro leguas de distancia”. Otro barco inglés señalo su posición a las 12.00 horas del mismo día como “a unas siete leguas por el sureste de Madre la Popa”. Manejando estos cálculos en forma aproximada resulta interesante anotar que cruzan un área marcada en las modernas cartas marinas como “Bancos del Tesoro”.***

***Este escritor ha analizado las posiciones de todos los buques ingleses de acuerdo con sus respectivos diarios de navegación. No hay duda de que en el momento de la batalla con la flota española los ingleses estaban todos situados en las cercanías de los Bancos del Tesoro. ¿Podría darse el hecho de que el SAN JOSE se hundiera con un cargamento confirmado de 3 ó 4 millones de pesos en oro, y que de ahí viene el origen del nombre (“del Tesoro” )?. Pero también es posible que los bancos se llamen así por su proximidad a la Isla del Tesoro, localizada a unas 6 millas de distancia de la península de Barú y unas 10 millas de la entrada de Boca Chica al puerto de Cartagena.. Sin embargo, los Bancos del Tesoro se encuentra a unas 5 millas de distancia por el noroeste de Isla del Tesoro, y hay otras islas en el área cercana -las Islas del Rosario – siendo Isla Larga la más prominente.***

***Un documento español relata cómo el SAN JOSÉ intentó desesperadamente llegar a Cartagena “por causa de la enorme cantidad de dinero que transportaba”. La Audiencia Real del Nuevo Reino de Granada escuchó testimonios que describían la suerte de la nave capitana y la de gobierno (SAN JOSE y el SAN JORGE) el 8 Junio 1708. Desafortunadamente la mayoría de los informes fueron archivados y luego se perdieron; algunos que quedaron estaban mutilados y resultaban ilegibles. No obstante, un periódico español de la época, muy gastado e indescifrable, hablaba de “una zona muy peligrosa, con aguas profundas del lado en donde el galeón rompió contra el arrecife y entonces el barco fue llevado por la corriente y varó en un lugar en el que se hundió a pocas yardas del bajo….”. ¿Se trataba del Bajo de Salmedina o podría ser el otro a 2 millas de distancia de Isla Tesoro?.”***

**2.*Los Arbitrajes de Inversiones. Conflictividad y críticas.***

**España afronta ejecuciones de laudos arbitrales, y medidas de embargos, derivados de los recortes a las ayudas de las energías renovables durante el mandato de Mariano Rajoy por un importe superior a 2.000 M de euros, Las empresas inversoras afectadas obtuvieron laudos arbitrales por valor de 1.215 M, aunque por reclamaciones pendientes y en concepto de costas puede elevarse la cifra. Varios laudos arbitrales fueron convertidos en sentencias por tribunales británicos y australianos, y una cadena de embargos se sucedieron en el pasado año. El gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero había puesto en marcha en 2007 un plan de apoyo a la producción eléctrica procedente de fuentes renovables; las ayudas alcanzaban el 40% del importe de las estructuras, lo que suponía una gran rentabilidad para los inversores. Seis años más tarde, su sucesor el Presidente Mariano Rajoy modificó ese régimen perjudicando a las empresas que habían comenzado a recibir las ayudas, por lo que denunciaron en arbitrajes internacionales que la nueva normativa mermaba sus ingresos.**

**Los procedimientos arbitrales se siguieron en el CIADI, institución dependiente del Banco Mundial que se encarga de dirimir los litigios relativos a las inversiones internacionales, acumulando 51 demandas, de las que se han resuelto veinte con resultado favorable a las empresas en un 90% de los laudos. El gobierno español actual ha desplegado una estrategia destinada a no hacer frente a las reclamaciones y, en algunos casos, negociar acuerdos transaccionales, solicitando la anulación de los arbitrajes del CIADI, a pesar de que España está vinculada a aceptar los laudos como miembro de la Carta de la Energía, que protege a las inversiones de las compañías frente a los cambios regulatorios de los países firmantes. Dicho Tratado, suscrito en los 90, ya ha sido denunciado por España, y de momento la posición española se fundamenta en una decisión de la Comisión Europea, que obligaría a que los casos pasen por el Tribunal de Justicia de la UE en lugar de por el organismo de arbitraje del Banco Mundial. La Comisión Europea considera ilegales los laudos que son resultado de acuerdos bilaterales (TBI) entre países miembros por ser contrarios al derecho comunitario.**

**La crisis de riesgo española tiene abundantes antecedentes internacionales.**

 **En Ecuador, el entonces Presidente Rafael Correa, en 2008, pretendió aumentar la cuota de los excedentes de petróleo que percibía el Estado de un 55% a un 99%; el Parlamento ecuatoriano autorizó hasta el 80%. La multinacional Perenco, que explotaba las reservas del país, denunció una “expropiación indirecta” y acudió al CIADI. Aunque la empresa explotadora tenía su sede en Bahamas, se apoyó en el hecho de que su domicilio social estaba en Paris a fin de hacer uso de un tratado bilateral de inversiones (TBI) suscrito en 1994 entre Francia y Ecuador, y reclamó USD 142M, el equivalente al 2,27% del PIB ecuatoriano en 2008. Ecuador, entonces, abandonó el CIADI con base a que la Constitución ecuatoriana (art.422), aprobada en 2008, contenía la prohibición de que el Estado ecuatoriano “ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”. En 2017, Ecuador canceló el TBI suscrito con Francia, pero la cláusula de extinción alojada en el TBI estipulaba que el mecanismo de arreglo de diferencias entre inversores y Estados continúa siendo de aplicación entre 10 y 20 años después de la cancelación de un TBI (15 años en el caso ecuatoriano). En 2021 Perenco recibió satisfacción a su demanda por fallo del CIADI. El sucesor de Rafael Correa, Guillermo Lasso, reintegró Ecuador al CIADI, que impuso a ese país una multa de USD400M.**

**La empresa de energía sueca Vattenfall, en 2009, exigió a Alemania USD1400 M porque la ciudad de Hamburgo hizo que sus actividades inversoras no resultaran rentables al votar en contra de una central eléctrica de carbón que había contaminado el rio Elba.**

**La empresa estadounidense Prospera reclamó, en 2022, a Honduras USD10.800M, equivalente a dos tercios del presupuesto nacional, por haber suspendido la creación de una “ciudad privada”, al margen de toda legislación, en la isla de Roatán.**

**Argentina fue condenada, en 2015, por el CIADI a pagar más de USD400M a varias empresas, entre ellas Suez y Vivendi, por haber congelado las tarifas de agua y electricidad tras la crisis financiera de 2001-2002.**

**Libia, en 2006, fue demandada ante el CIADI por el empresario de Kuwait Nasser al-Kharafi , siendo condenada a pagar cerca de USD1.000M al millonario kuwaití , que sólo había invertido USD5M en un proyecto turístico que nunca llegó a arrancar. Cuando el gobierno norteafricano de Trípoli se negó a pagar, el grupo kuwaití consiguió embargar activos libios depositados en la Socièté General, el inmueble de la Fnac Ternes y el avión presidencial estacionado en Perpiñán (Francia).**

**Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, las nacientes Naciones Unidas consideraron que el desarrollo de relaciones comerciales entre Estados era condición esencial para el mantenimiento de una paz duradera, con tal de que se fijaran ciertas reglas. A la *lex mercatoria* (conjunto de normas asentadas por el uso y la costumbre desde tiempos medievales) le sucedió el entonces moderno derecho mercantil internacional con la creación, en 1966, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (en siglas CNUDMI o UNCITRAL). La creciente influencia del sector privado en esta nueva arquitectura jurídica llevó a una multiplicación de los acuerdos bilaterales de libre comercio. Su particularidad reside en que el 91% de los mismos incluye un mecanismo de arreglo de diferencias entre inversores y Estados a través del arbitraje, pero no viceversa. Los defensores de esta justicia privada independiente de toda influencia estatal estiman que garantiza una imparcialidad de la que serían incapaces los tribunales nacionales (la soberanía jurisdiccional).**

**Es un hecho demostrado que los primeros TBI firmados durante los procesos de descolonización se destinaron a proteger a los inversores de los países occidentales. Así se garantizó la prórroga de la lógica colonial, protegiendo las prácticas predatorias de las multinacionales. Con la desintegración de la URSS los regímenes neoliberales decretaron que no había alternativa al capitalismo de las empresas multinacionales, dando lugar a un segundo tipo de colonialismo. Los TBI incluyeron, oportunamente, un conjunto de cláusulas más o menos vagas que abrieron avenidas a todo género de interpretaciones, como “la prohibición de toda expropiación directa o indirecta” o “el tratamiento justo y equitativo”, una disposición según la cual las legislaciones nacionales no deben perjudicar los estándares internacionales en materia de inversiones. Un sistema que atenta contra el principio de “soberanía de los Estados”, en el que sólo los inversores extranjeros pueden atacar a los Estados, no siendo factible lo contrario. Los arbitrajes se desarrollan a puerta cerrada, a veces durante años, y las sentencias arbitrales son contrarias a los Estados la mayoría de las veces entrañando multas que se pagan con dinero público. A menudo los inversores reclaman sumas gigantescas que no se corresponden en absoluto con el montante de sus inversiones. Muchos episodios demuestran que, cuando un Estado trata de ofrecer resistencia, se expone a una enorme presión internacional mediática (como enseña el caso español de las “renovables”).**

**El mercado del arbitraje puede, en efecto, ser tan atractivo que engolosina a los inversores multinacionales (y a los “fondos buitre” que les compran las reclamaciones), conscientes de las perspectivas de ganancia que entraña un sistema que compromete a los Estados y no a sus gobiernos de turno. En el CIADI, organización arbitral del Banco Mundial (es una de las cinco organizaciones del grupo del Banco Mundial, junto con el Banco de Reconstrucción y Fomento BIRF, la Asociación Internacional de Fomento AIF, la Corporación Financiera CFI y el organismo Internacional de Garantías OMGI), los litigios son dirimidos por un tribunal que constará de un solo árbitro, si así se acuerda, o bien por tres árbitros, uno elegido por el Estado, otro por la empresa y un tercero, que hace de presidente, elegido por los dos primeros. Teóricamente, no se les exige ninguna cualificación, pero el CIADI precisa que debe tratarse de personas de “reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas” (Reglas del CIADI, Washington 2006). Los árbitros pueden ser antiguos magistrados, abogados dedicados al arbitraje o empresarios a secas. No se les exige tener conocimientos de derecho internacional ni que tengan en cuenta la Constitución o las leyes del país donde se realiza la inversión. A menudo los árbitros están en el centro de oscuros conflictos de intereses, pero poco puede hacerse porque las Reglas del CIADI(Art.58) estipulan que toda recusación de un árbitro debe ser aprobada no por una tercera instancia imparcial sino por los otros dos miembros del tribunal, que pueden moverse en las mismas esferas. Desde el punto de vista financiero el destino de los Estados se encontraría en manos de personas interesadas en la actividad inversora empresarial, cuyas resoluciones son inapelables.**

**En el CIADI el número de procesos incoados por multinacionales se ha duplicado en los últimos diez años, hasta llegar a 998, y 132 países han respondido a una o varias reclamaciones. La estadística de los fallos dictados por el CIADI es favorable a las empresas multinacionales, debiéndose anotar que crece el porcentaje de expediente “resueltos” (un 19%) , es decir, por haber llegado las partes a un acuerdo; de esto último se deduce que el arbitraje del CIADI se erige, a menudo, en una amenaza que lleva a los Estados a hacer concesiones sobre sus intereses nacionales o a pagar compensaciones para detener los procesos por temor a acabar esquilmados de resultas de un arbitraje desfavorable. Así, las empresas inversoras tienen un instrumento oportuno para rechazar o incluso plantear su veto a las políticas públicas, con tan solo esgrimir la amenaza al recurso al arbitraje. Brasil, que jamás ha ratificado un TBI, es uno de los Estados de estructura industrial más desarrollada que no participa de este sistema nacido de un derecho mercantil anclado en el neoliberalismo.**

**El CIADI afronta, en la actualidad, la crítica de que su posición tiende a beneficiar a las empresas inversoras , y uno de los principales argumentos para sostener ese enfoque es que la base jurídica que toma para la resolución de las demandas que le son presentadas solamente atiende a los tratados TBI y al Convenio de Washington 1966, constitutivo de ese organismo, dejando de lado toda otra normativa existente, sea ésta interna o nacional, del Estado receptor de la inversión, incluyendo las propias Constituciones políticas de los Estados o las normativas existentes en el Derecho Internacional Público (que incluye, p.ej., los Derechos Humanos y el Medio Ambiente). Ello no permite sopesar las argumentaciones de ambas partes en torno a las afectaciones de las inversiones y las actividades de las empresas demandantes sobre los derechos de las poblaciones de los Estados demandados. Esta situación hace que, tanto los TBI como los capítulos sobre inversiones de los tratados de libre comercio (TLC) (que frecuentemente nombran al CIADI como organismo de resolución de disputas) formen una especie de “bloque jurídico” que se sitúa al margen de lo que es hoy Derecho Internacional Público o Privado para pasar a ser un tipo de “nuevo Derecho Empresarial”, dedicado a dar garantías a las inversiones extranjeras sin un control de la legalidad que contrapese los intereses financieros de sus derechos con los de los habitantes afectados o el medio ambiente. Ello ha suscitado una “crisis de legitimidad”.**

**En Agosto de 2018 el CIADI emprendió una reforma, que deberá permitir que el derecho garantizado a los inversores facilite las inversiones internacionales y el desarrollo, pero sin menoscabar la soberanía de los Estados afectados.**

***3. La “pay clause”, la garantía LOU y la “acción directa”.***

Conocido y muy tratado es el tema de los efectos de la condición contractual **“pay** **to be paid**” en los Seguros de “P&I”. Nos ocuparemos de dicha condición de Derecho inglés únicamente para una referencia comparativa.

La piedra angular del “seguro de indemnización”, a diferencia del “seguro de responsabilidad”, reside en que el asegurado debe en primer lugar pagar la reclamación que un tercero le formula antes de poder ser indemnizado por el Asegurador (Club de P&I).La cláusula citada ha sobrevivido eficazmente como defensa contra la “acción directa del tercero perjudicado” a través de la jurisprudencia derivada de la aplicación de la “Third Parties (Rights Against Insurers) Act 1930 y de la más reciente “Third Parties (Rights Against Insurers ) Act 2010. La “regla de oro” permanece configurada y operativa tal como estimó la Cámara de los Lores en el caso “The Fanti”, es decir, de forma que el principio de equidad que inspira la solución de que el contrato de indemnización quede cumplido mediante el pago directo al tercero perjudicado no opera en Derecho cuando se alza en presencia una condición contractual expresa en sentido contrario. Cuando las Reglas del Club no contienen una cláusula expresa “pay to be paid”, el principio de equidad mencionado puede tener aplicación sin ser necesario que el asegurado pague previamente al reclamante perjudicado. Sin embargo, Lord Goff hizo una advertencia a los Clubs, a saber, que el uso extensivo de la “pay clause” podían denegar pagos a las víctimas en casos de lesiones personales o de muerte y que los Clubs no deberían buscar esconderse tras la cláusula en tales tipos de reclamaciones, ya que si eso último ocurriese habría de buscarse “una legislación que lo remedie”. La Act de 2010, modificó la de 1930, y entre otros su art.9.5 y 9.6 fijó las condiciones aplicables a la transferencia del derecho de reclamación contra el Asegurador. Por una parte, establece que los derechos transferidos surten efecto frente al Asegurador y no exigen que el asegurado pague al reclamante en primer lugar; pero, por otra, no abole la “pay clause” ya que determina que una cláusula contractual no está contemplada por el ámbito de aplicación de la Ley. Así, preserva la eficacia y efectos de la “pay clause” (asentada en los fallos del “The Fanti” y “The Padre Island”) en todos los supuestos de seguro marítimo excepto en aquellos relativos a daños personales o muerte. Lo que ha tenido confirmación a partir de la entrada en vigor del Convenio del Trabajo Marino, de 2006 en relación con las reclamaciones por lesiones o muerte de los tripulantes del buque.

Por medio de una **Letter of Undertaking (LOU**) el Club de P&I del naviero emite una carta a modo de garantía o de fianza del resultado de la reclamación de un tercero contra el naviero a fin de evitar el embargo preventivo del buque. Su texto es casi siempre redactado e impuesto por el Club de forma unilateral, sin que ello signifique que el reclamante que la acepta adquiera un derecho de acción directa contra el Club sino sólo un derecho de garantía de ejecución. La LOU funciona como una promesa respaldada por la reputación profesional de un determinado P&I Club y por el cumplimiento fiel de sus términos. No es equiparable a un “performance bond” o a una garantía bancaria a primera demanda. La LOU es emitida como un negocio propio de prestaciones recíprocas. Por un lado, el Asegurador P&I se obliga a cumplir con el pago de la suma que resulte finalmente adeudada por el naviero asegurado ( socio mutualista del Club) establecida mediante sentencia firme y definitiva, lo que se hará efectivo según condiciones pactadas en la LOU (a demanda; con acreditación documental; sin reembargo del buque; con aceptación de emplazamiento dentro de un plazo determinado, en el proceso principal; sin prejuzgar responsabilidad; sin prejuzgar el derecho del naviero a impugnar la jurisdicción elegida por el reclamante, etc.), y a cambio el reclamante se obliga a levantar el embargo preventivo del buque y a permitir la continuación del viaje del buque o su zarpe del puerto, sin reconocer sumisión alguna del naviero por el hecho de recibir la LOU, renunciando a pagos parciales y a no ceder la LOU a terceros sin autorización del emisor, etc. según las condiciones obrantes en la misma LOU. Es una formulación de obligaciones recíprocas en la que el Club garantiza el pago que resulte debido.

La **“acción directa**” en relación con reclamaciones de carga resultantes del transporte de mercancías por mar no está prevista e implicaría un seguro obligatorio de responsabilidad civil. La obligatoriedad de seguro tiene ejemplos en las regulaciones marítimas actuales:

-La certificación de la ITF llamada “Blue Card” exige que el naviero o armador que tripula un buque debe asegurar su responsabilidad por el pago de las cantidades que, según el contrato de embarco, corresponda abonar en casos de muerte o de incapacidad permanente del miembro de la tripulación.

-El Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por daños derivados de Contaminación (CLC69 y CLC92) contiene un régimen de seguro obligatorio y de acción directa contra el Asegurador de la responsabilidad civil del propietario del buque.

-Así también el Convenio SNP (transporte de mercancías peligrosas y nocivas )1996.

-El Convenio BUNKERS 2001.

- El Convenio de Nairobi sobre Remoción de Restos, 2007.

Estos instrumentos regulatorios internacionales instalan un seguro obligatorio, no obstante, de responsabilidad civil extracontractual frente a terceros perjudicados. No afectan a la responsabilidad surgida en vía de contrato.

-El Convenio del Trabajo Marino 2006 introdujo el seguro obligatorio de la responsabilidad civil frente a los marinos derivada del contrato de empleo a bordo, así como un Certificado y Declaración ML (Trabajo Marino), que será prueba presunta de cumplimiento con las reglas del Convenio. Se asegura la responsabilidad contractual en el dominio de las prestaciones laborales.

-El Convenio de Atenas de 1974, y su Protocolo 2002, relativos al transporte de Pasajeros y sus Equipajes, contiene el primer ejemplo de seguro obligatorio de la responsabilidad civil del naviero en vía contractual. Frente al pasajero con fundamento en el contrato de transporte. Comprende la responsabilidad por daños al pasajero y a su equipaje. El Convenio permite la acción directa contra el Asegurador, aunque es privativa del contrato de pasaje y no resulta extensible al contrato de transporte de mercancías por mar (que no sean elementos del equipaje de un pasajero).

-El Parlamento Europeo aprobó los instrumentos que componen el “Tercer paquete sobre Seguridad Marítima”, el 10 Marzo 2009. Entre ellos se encuentra la Directiva relativa a responsabilidad civil y garantía financiera de los navieros (la “Directiva de Seguros”), en virtud de la cual los Estados Miembros han de exigir acreditación de cobertura de seguro a todos los buques de pabellón de un Estado Miembros o que entren en sus aguas territoriales. Consiste en el certificado del tipo que facilita el Grupo Internacional de Clubs de P&I, por el que se provee garantía de seguro de responsabilidad hasta los límites establecidos en el Convenio de Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones Marítimas, de Londres 1996. Las reclamaciones por pérdida y/o daños al cargamento no están excluidas, son “maritime claims”, por lo que la Directiva europea servirá a efectos de la limitación de responsabilidad del Asegurador de responsabilidad civil en los Estados Miembros en los que pueda ejercitarse una “acción directa” contra un Club de P&I en relación con daños a la carga transportada por mar.

La “acción directa” del propietario de la carga contra el P&I Club no está aún clara ni especialmente prevista. Pero los Clubs emiten LOU a fin de evitar que un buque sea embargado preventivamente, entre otros motivos, por una reclamación de carga, y en las LOU se garantiza la indemnización siempre que quede establecida por sentencia firme dictada contra el porteador, tras la aplicación del derecho de limitación del mismo. Las LOU no permiten demandar al Asegurador junto con el porteador ni de forma directa, aunque los efectos son semejantes y la mayor diferencia radica en que las LOU están supuestas únicamente para embargos preventivos de buques.

La correlación de estos tres conceptos: cláusula “pay first”, letter of undertaking (LOU) y “acción directa” ha abierto, en fechas recientes, un debate doctrinal en torno a la conveniencia y posibilidad de adoptar un seguro obligatorio para la responsabilidad civil del porteador derivada de reclamaciones de carga, que incorpore la “acción directa” y, con ello entre otros objetivos, logre reducir de forma importante los casos de embargo preventivo de buques. Esa discusión, por el momento académica, parte de un trabajo del Dr. Petar Kraggic, de fecha 5 Octubre 2009, titulado “Compulsory Insurance for Shipowner´s Cargo Liability”, abre un horizonte – aún no configurado – para una posible solución al desbloqueo del proceso de ratificación del Convenio 2009 conocido como “Reglas de Rotterdam”.

**4.*Jurisprudencia***

**-STSJ Cataluña CP 1ª, 8-11-23. Reconocimiento de Laudo Arbitral dictado en Londres.**

El Laudo dictado por un árbitro de la London Maritime Arbitrators Association con fecha 3 Octubre 2022, fue objeto de demanda de exequatur en el domicilio social de la sociedad española demandada conforme a lo previsto en el Convenio de New York 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, por lo que era necesario cumplir con los requisitos exigidos a tal fin. La solicitud fue estimada conforme a lo dispuesto en el art.73.1.c) LOPJ y la al art.46 de LA 64/2003, y cuanto al fondo el Laudo cumplió con la aportación de los documentos exigidos (art. IV, Convenio de New York); el Laudo fue dictado cumpliendo las reglas de la LMAA, Londres, y la ley aplicable a la controversia fue la inglesa, todo ello conforme al art.23 de la cláusula arbitral. No fue alegado ninguno de los motivos de oposición ni de impedimento contemplados en el art.V.2 del Convenio de New York.

En tiempos anteriores a la entrada en vigor del BREXIT no era infrecuente tramitar los laudos dictados en Londres mediante su conversión en sentencias ordinarias (art.66.1 de la Arbitration Act 1996) y, seguidamente, solicitar su ejecución en un país miembro de la UE en base al reglamento comunitario. Después del BREXIT ya los laudos dictados en el seno de la LMAA sólo podrán ser reconocidos, y convertidos en sentencias española, de conformidad con el Convenio de New York 1958, y el Convenio Europeo de Arbitraje Comercial de 1961.

-**Londres. Tránsito por el Golfo de Adén.**

En el caso del MV POLAR (“Herculito Maritime Ltd. v. Gunvor International BV – 2024, UKSC 2) el Supreme Court dictó sentencia en favor de los Armadores en relación con los efectos sobre armadores, aseguradores, fletadores y tenedores de los Conocimientos de Embarque de un secuestro del buque por piratas.

El 30 Septiembre 2010 el citado buque fue retenido por piratas somalíes mientras navegaba por aguas del Golfo de Adén. Los Armadores se vieron obligados a pagar un rescate para obtener la liberación del buque y declararon Avería Gruesa, que fue oportunamente objeto de liquidación. Los intereses de la carga se negaron a pagar la contribución determinada por el liquidador atendiendo a que la póliza de fletamento contenía un “código de seguro” (la llamada “Cláusula Golfo de Adén”), en virtud del cual las partes de la póliza de fletamento habían convenido recurrir y reclamar solamente a los Aseguradores de los Armadores en caso de producirse un siniestro de guerra (war risk) en el Golfo de Adén y no a los fletadores. Y, por tanto, la cláusula de seguro fue incorporada a los B/L.

 La póliza de fletamento por viaje del buque tanque establecía que el viaje sería “via Suez”, e incluía una cláusula de “Riesgos de Guerra” y otra específica de “Golfo de Adén”. La “cláusula Golfo de Adén” señalaba, en su tercer párrafo, que cualquier prima adicional de seguro sería a cargo de los fletadores hasta un máximo de US$40.000. La cláusula de “Riesgos de Guerra” establecía que toda prima de seguro adicional devengada por riesgos derivados de la navegación del buque por áreas excluidas habría de correr por cuenta de los fletadores. La póliza de fletamento estaba configurada como una BPVOY 4, modelo estándar, con facultades de libre navegación ampliadas que comprendían “actos de piratería”. Los B/L eran formularios tipo INTERTANK 78, que contenían una condición, de tipo general y amplio, de incorporación de las cláusulas de la póliza a los B/L.

El Supreme Court mantuvo la opinión de la Court of Appeal, y resolvió que los intereses de la carga estaban obligados a contribuir a la Avería Gruesa por las siguientes razones (resumidas):

-no había ningún “código de seguro” en la póliza de fletamento, que contuviese condiciones explícitas y específicas para permitir una reclamación directa a los Aseguradores. No hubo caso de seguro conjunto, sino de obligación limitada del coste de toda prima extra. En todo caso, era una cuestión para interpretar lo que no quedaba explícito.

- la cláusula “Golfo de Adén” era puramente de naturaleza contractual en su formato, vinculando únicamente a armadores y fletadores conforme a la Póliza BPVOY, que en su cl.39, permitía el riesgo de “actos de piratería”, porque se había convenido hacer el viaje por vía Suez.

-los fletadores tuvieron que pagar la prima extra de seguro, porque en caso contrario los armadores habrían hecho el tránsito por el Cabo de Buena Esperanza.

- los armadores no habían renunciado nunca al derecho de contribución a la avería gruesa, cuya declaración fue admitida por todas las partes, y de cuyo acto resultaron beneficiados notablemente los intereses de la carga, ya que el pago del rescate permitió que los cargamentos fuesen entregados en su destino según los Bs/L.

- la incorporación de las condiciones de una póliza de fletamento en los Bs/L se rige por el principio de que cuando las palabras son “generales” sólo quedan incorporadas las condiciones que refieren directamente a la carga, transporte y entrega de las mercancías, y no quedan incorporadas otras condiciones accesorias como, p.ej., la cláusula de arbitraje. En este caso no hubo incorporación de ningún “código de seguro” (si lo había en virtud de una interpretación de los contratantes de la Póliza de Fletamento) en los Bs/L. La obligación de pago de la prima adicional por aseguramiento del riesgo de transitar por el Golfo de Adén no fue incorporada al B/L, ni tampoco las cláusulas “Golfo de Adén “ni “War risks”.

El Supreme Court, mediante ese fallo, confirma la doctrina inglesa sobre la “incorporación de los términos de la Póliza de Fletamento” y sobre la base jurídica que justifica la obligación de contribuir a la Avería Gruesa. 14 años después del incidente se plantean en el Mar Rojo los casos de ataques de los Hutíes de Yemen como acto de beligerancia derivada de la guerra de Israel en Gaza, cubiertos bajo “War risks” ,cuya prima se ha aumentado diez veces sobre el coste normal y los fletes un 50% al trasladarse la vía Suez a la ruta del Cabo de Buena Esperanza; las coberturas de Guerra se están adaptando a las variantes de riesgos sobrevenidos: operaciones bélicas, terrorismo, secuestros de personas, hostilidades, bloqueos de rutas, etc., por lo que el mercado de fletes tendrá que ir fabricando condiciones específicas que, por vía de seguro o de contrato de transporte, aporten soluciones.

  ***5. Noticias.***

- **Arbitraje y Madrid.**

El pasado 7 Marzo tuvo lugar la constitución del **CIAM**-**CIAR**, como alianza entre el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM) y el Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR) con un sentido integrador de los esfuerzos del fomento del arbitraje en el ámbito internacional, que ya supone el CIAM, y el iberoamericano. Ambas entidades acordaron concentrar todos los procedimientos arbitrales que se susciten en ambas instituciones con el propósito de alcanzar 100/150 arbitrajes anuales en los próximos dos o tres años.

Se trata de dos entidades con los mismos objetivos. El CIAM nació en 2020 como resultado del acuerdo de las tres cortes de arbitraje más importantes de España: la Corte Española de Arbitraje, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Madrid y la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje. Posteriormente se incorporó el Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) como socio estratégico. El CIAR fue un producto de una decisión unánime tomada en la XXIV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada en Veracruz (México) en Diciembre 2014, constituida en Buenos Aires en 2015.

Por medio de la alianza el CIAR se configura como socio estratégico e integrará toda su actividad (un 25% de los arbitrajes comerciales) en el CIAM-CIAR, y destinará todos sus recursos actuales y futuros en la nueva institución, lo que incluye la cesión de toda su actividad arbitral y relativa a cualquier mecanismo de resolución de conflictos. Tiene pleno sentido que se busquen y formen aliados en un panorama en el que competir con ese 90% de los arbitrajes que tienen lugar en EE.UU., Reino Unido, Suiza y Francia resulte más viable uniendo fuerzas y activos en una zona definida por cultura e idioma comunes y legislación de raíz civilista. El acuerdo de alianza estratégica ha recibido el apoyo del Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) cuyo ex decano Luis Martí Mingarro es Presidente de Honor del CIAR. La afinidad y colaboración entre ambos centros arbitrales en los últimos años ha madurado en el nacimiento del CIAM-CIAR.

-**LMAA y honorarios.**

La tabla de honorarios y costas recuperables ha sido modificada, con efecto 31 Marzo 2024, de acuerdo con las siguientes nuevas tarifas:

-SCP (Small Claims Procedure): pasa de Libras 4.000 a 5.000.

- Reconvención (añadido): …………….de Libras 2.500 a 3.000

-Costas recuperables: …………………….de Libras 5.000 a 6.000.

-Costas recuperables reconvención……..de Libras 6.000 a 7.000.

-Tarifa de encargo (Presidente) …………..de Libras 350 a 450.

- Tarifa de encargo otros árbitros …………Libras 350 (sin aumento)

- Tarifa de reserva vista del arbitraje …….Libras 1.250 (sim aumento).

Estas nuevas tarifas serán vigentes para arbitrajes LMAA en Londres y Asia.

**- LATMAPOR.**

Ha sido configurada la Agrupación Latinoamericana de Derecho Marítimo, Portuario y Logística (LATMAPOR) como una asociación informativa de juristas marítimos profesionales, jueces, árbitros, universidades, consultores marítimos, ingenieros navales, agentes portuarios, operadores marítimos y portuarios, operadores logísticos, interesados en fines informativos, aprendizaje, intercambios relativos a trabajos y negocios en las áreas del transporte marítimo y multimodal, de los servicios portuarios y en los contratos de logística.

Publicará una revista on line, con carácter bimensual, desde sus sedes en Santiago de Chile y Ciudad de Panamá, llamada LATMAPOR NEWSLETTER, que ha circulado ya su num.1 Enero-Febrero 2024. El objetivo es el intercambio de información y publicación de ensayos de calidad sobre una realidad integradora MARITIMA-PORTUARIA- LOGÍSTICA, combinando artículos de fondo con noticias y debates en webinars que resulten de interés para Latinoamérica (LATAM).