

## ARRESTO DE BUQUES

DOCTOR GUILLERMO SARMIENTO

SARMIENTO, SARMIENTO Y DE SARMIENTO, BOGOTÁ

Muchas gracias señor moderador. Siempre me ha sido grato visitar el lugar de nacimiento de nuestro Libertador, esta pujante ciudad de Caracas, pero en especial por sus gentes que tienen un alto sentido de la amistad y el vivo deseo de una integración en todos los campos, pero en particular en el campo del Derecho Marítimo que nos ocupa en este II Seminario Internacional.

Extiendo mi agradecimiento al Señor Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y a su diligente Presidente de la Comisión Organizadora por la invitación que me formularon para disertar sobre el desarrollo de un Proyecto de Convención Internacional, aprovechando la ocasión para felicitarlos por su excelente organización, dándome la oportunidad para dirigirme ante tan calificado auditorio.

El Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Embargo Preventivo de Buques de Navegación Marítima, suscrito en Bruselas el 10 de mayo de 1952, entró a regir internacionalmente el 24 de febrero de 1956, y al momento ha sido adoptado por un total de 64 Estados. En el listado de países signatarios solamente se encuentran seis países iberoamericanos: Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Paraguay, Portugal y España; por lo que la ausencia de éxito del convenio en la órbita de la comunidad Latinoamérica es palpable y, en cierto modo difícil de explicar, sin embargo algunos miembros que a pesar de no haber suscrito, ratificado o adherido al Convenio han adoptado en parte a su propia legislación con motivo o en relación con créditos marítimos como es el caso de Colombia, en su Código de Comercio.

La XXXIII conferencia del Comité Marítimo Internacional (CMI), celebrada en Lisboa en septiembre de 1985 aprobó una revisión al Convenio de Bruselas de 1967 sobre privilegios marítimos e hipotecas, pero adicionándolo con una finalidad coordinadora la aprobación de un borrador de proyecto de revisión del Convenio de 1952 sobre embargo preventivo de buques; los dos textos fueron sometidos a la consideración de la UNCTAD y a la OMI.

Por decisiones de estas dos secretarías de las Naciones Unidas se creó un grupo intergubernamental mixto de expertos en privilegios marítimos e hipoteca naval y cuestiones anexas señalando esta última para el examen de la posible revisión del convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 1952, grupo que inició sus

sesiones de trabajo el 9 de octubre de 1995 en la sede de la OMI en Londres. Habiendo concurrido representantes de 51 Estados y 14 organizaciones no gubernamentales entre ellas el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo.

Entre las posiciones presentadas para adelantar el estudio se propuso la utilización del convenio de 1952 como texto base, con el argumento que este ofrecía seguridad jurídica respecto a las condiciones para el embargo preventivo de buques, lo que se consideró que era especialmente importante en relación con la definición de los créditos marítimos que se pretenden garantizar mediante el embargo. Así mismo, el sistema de lista cerrada regulado en el convenio de 1952 mediante el cual se garantiza que los procedimientos de embargo se circunscriben a créditos adecuadamente definidos.

Otra posibilidad propuesta era la de señalar una lista abierta como la que se establece en el proyecto articulado elaborado por la Secretaría, tomando como base el texto de la conferencia realizada por el CMI en Lisboa pero que este sistema, se pensó, crearía incertidumbre y podría convertirse en fuente de litigios sobre la posibilidad o no de que un determinado crédito marítimo permita proceder al embargo. Además, se señaló que la referencia a la legislación nacional que se hace en el párrafo 3 del artículo 6 no contribuían a una mayor unificación. También se aclaró que al establecer una lista abierta de créditos que den derecho al embargo, presentaría un equilibrio justo entre los intereses de los intereses de los grandes y pequeños acreedores.

La mayoría de las delegaciones estaba a favor de utilizar como base de las deliberaciones el proyecto del articulado elaborado por la Secretaría a petición del grupo en su 7º período de sesiones, en el cual las consideraciones presentadas para la posible actualización del convenio sobre embargo de buques de 1952, a la luz del convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993 ofrecían una excelente oportunidad para llevar a cabo una revisión general del convenio de 1952, dando como razón que en la conferencia diplomática de 1993 se hubiera pedido que se volviera a reunir el grupo intergubernamental mixto de expertos y que esta revisión general le permitiría hacer un balance sobre la experiencia internacional en la aplicación del convenio de 1952, lo cual permitiría corregir algunas deficiencias del sistema actual y considerar la posibilidad de modificar algunos aspectos que impedido que ciertos países hagan parte del convenio.

Después de largas deliberaciones, el grupo decidió por unanimidad utilizar como base de su trabajo el proyecto de articulado elaborado por la Secretaría y después de varias observaciones relacionadas con la forma del instrumento, se consideró aconsejable la opción de elaborar un nuevo convenio en lugar de un protocolo que

enmendara el actual, habida cuenta de la amplitud de la revisión y de los procedimientos que deberían seguirse para la adopción de un nuevo tratado en una conferencia a ser convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Se señalaron discrepancias entre el texto inglés del proyecto y los textos en otros idiomas invitándose a las delegaciones para presentar sus observaciones o propuestas a fin de que el contenido que refleja el texto sea el mismo en todos los idiomas.

En la discusión del 7º período de sesiones, el delegado de Brasil señaló que: "la uniformidad de las reglas aplicables a la hipoteca naval era indispensable para facilitar la financiación internacional del transporte marítimo. No debía desaprovecharse la oportunidad de revisar el convenio de 1952 sobre el embargo preventivo, que debía ser un instrumento internacional que garantizase la ejecución de los créditos marítimos incluida la hipoteca naval, y que además debería seguir de guía para revisar la legislación nacional sobre el embargo preventivo de buques. Excepto uno, los países de América Latina no habían ratificado el convenio de 1952 sobre el embargo preventivo, y la razón principal era que la mayoría lo consideraba insatisfactorio y contrario a sus leyes y prácticas nacionales vigentes. En interés de la uniformidad todos los países latinoamericanos deberían sumarse al empeño de revisar y adoptar un nuevo instrumento jurídico sobre el embargo preventivo de buques. La mejor forma de alcanzar la uniformidad sería que las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales regionales que se ocupaban de derecho marítimo sometieran con la colaboración de la UNCTAD y la OMI el texto de una ley modelo a la consideración de los países latinoamericanos. DE hecho esta tarea formaba parte del mandato encomendado por los órganos rectores de la UNCTAD y la OMI al grupo de expertos.

Algunas reglas de orientación. Con el objeto de avanzar en la configuración o conceptualización del proyecto de ley modelo que permitiría atraer a los países iberoamericanos hacia un nuevo convenio de embargo preventivo de buques, el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM) sugirió algunas líneas o condiciones mínimas que faciliten la regulación del convenio, las cuales nos permitimos citar así:

1. La lista de créditos marítimos contenida en el artículo 1.1 del Convenio de 1952 debe ser una lista abierta, y sin exclusión, de todas las reclamaciones que surgen en el contexto del negocio marítimo y de la actividad de la navegación. Por tanto, deben extenderse a conceptos como reclamaciones de estibadores, primas de seguros marítimos, comisiones y corretajes de Brokers, etc.

No obstante, la aparición de numerosas cláusulas no debe entenderse como una ampliación por vía analógica de todos los supuestos no mencionados en algunas de las categorías que se determinen por lo que la concepción de la lista debe ser cuidadosamente efectuada. De esta manera se eliminará el problema de distinción entre créditos marítimos privilegiados y créditos marítimos que no lo son. Dejando bien entendido que todos los créditos marítimos sean privilegiados o no, deben dar lugar a la opción de embargo preventivo del buque en relación con el cual el crédito se origina o ha nacido.

2. Debe facilitarse una clara definición de embargo preventivo a los efectos de que, por encima de cualquier interpretación nacional quede clarificado de que se trata de una traba de buque ejercida como medida cautelar asegurativa o en garantía de un crédito marítimo y que no incluirán ni podrá utilizarse para la ejecución de un título de crédito marítimo (esto tomado del artículo 12 del Convenio de 1952).

3. La relación entre el crédito marítimo y el demandante debe específicamente definirse a los efectos del ejercicio de las medidas cautelares, admitiéndose e indicándose al efecto que será suficiente con que el titular de un crédito marítimo invoque ante un tribunal competente la existencia del derecho del crédito, (tomado de los artículos 11 y 14 del Convenio del 52).

4. El ejercicio de derecho de embargo preventivo de un buque debe estar restringido a las acciones personales, es decir, el buque debe ser embargado solamente si la persona que era propietaria del mismo en el momento en que nació el crédito marítimo es responsable personalmente o si es todavía propietario de dicho buque cuando el embargo preventivo se efectúa (se toma del texto de la Convención del 52).

Esta restricción debe entender claramente sin perjuicio del derecho de embargo preventivo o en aquellos casos en que el crédito marítimo tenga categoría de privilegiado con el fin de hacerlo compatible con el convenio de privilegios e hipotecas de 1993. Por tanto, todos aquellos casos que existan en un crédito marítimo privilegiado, bien sea consagrado en un convenio internacional o reconocidos por una ley nacional, el buque podrá ser embargado aunque no exista la responsabilidad personal de su propietario en el momento en que se lleva a cabo el embargo.

5. El concepto de buque hermano (sister ship) a los efectos de embargar un buque distinto del que causó el crédito marítimo pero pertenecientes al mismo propietario, debe ser ampliado de tal forma que sea permitido considerar con tal calificación a todo otro buque que pertenezca a una misma persona o a las

mismas personas o bien a una persona jurídica cuya participación social esté controlada por la mayoría simple, por las personas o personas que ostentan la propiedad del buque que causó el crédito (tomado del art. 31 y 32 de la Convención de 1952).

Con ello se superaría la dificultad existente en la actualidad de embargar buques pertenecientes a sociedades instrumentales y con ello se superaría el artificio creado por muchos Armadores de dispersar los buques entre sociedades cuyo accionario es desconocido o diseminado y que, en realidad pertenezcan a una misma persona o personas jurídicas.

6. En materia de afianzamiento, la garantía que se presente para liberar el buque del embargo, (art. 5 del Convenio del 52) debe estar limitada al valor del buque en el momento del embargo y no debe exigirse una fianza mayor, aunque sea representativa de la cantidad reclamada por el embargante. Asimismo, debe exigirse al demandante que adquiere el embargo con carácter previo, la prestación de caución o fianza suficiente para responder en casos de abuso o embargo indebido como ocurre ya en muchas jurisdicciones. La suficiencia y alcance de la fianza así como los procedimientos destinados a la ejecución de las mismas deben quedar regulados por las leyes nacionales. La prestación de fianza y la petición del levantamiento de embargo no podrán ser interpretadas como reconocimiento alguno de responsabilidad ni como renuncia al beneficio de limitación legal de responsabilidades.

7. El buque no puede ser reembargado o embargado dos veces en la misma o diferentes jurisdicciones más que cuando la fianza o caución depositada haya sido levantada o anulada o cuando por motivo legal, dicha fianza no sirva para el propósito de garantía previsto en el momento de ser liberado el buque del embargo. Estas circunstancias deben quedar muy clarificadas con el fin de evitar fraudes en perjuicio de Armadores. No debe admitirse en modo alguno, la posibilidad de dobles embargos o reembargos cuando la fianza o caución prestada en el primer puerto de embargo no haya sido tan suficiente como el embargante hubiera querido en función de la cantidad reclamada.

8. Los tribunales del Estado en los cuales se haya operado el embargo, podrán ser competentes para resolver sobre el Fondo de Litigio en determinados casos, pero dichos tribunales internos no podrán recibir competencia cuando exista una norma internacional que otorgue jurisdicción a los tribunales de otro país. Tampoco podrán tener competencia esos tribunales en los casos puntuales si tal competencia no la reciben en virtud de las propias leyes internas del Estado en que se ha practicado el embargo ni cuando existe un pacto previo entre las partes sobre jurisdicción y competencia.

9. El Sistema Internacional de Embargo Preventivo de Buques debe servir eficazmente para que toda fianza o caución o garantía que se haya prestado en el país donde ha operado el embargo, esté a disposición del tribunal competente sobre el Fondo y garantice la ejecución de todas las condenas que se pronuncien ulteriormente por dicho tribunal competente. Así toda fianza que se preste en un puerto para liberar a un buque de un embargo preventivo podrá ser ejecutable de formas directas sin que sea necesario obtener previamente el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada por el tribunal competente sobre el Fondo del litigio. Este es un problema que todavía no se ha solucionado y que debe acometerse sin más demoras.

10. Ninguna disposición del embargo preventivo de buques podrá ser interpretada como constitutiva o generada de un crédito marítimo privilegiado.

Dos reglas adicionales que todos los anteriores principios de normativa se aplicarán en todos los países contratantes del convenio futuro a todo buque, ya tenga el Pabellón de un Estado contratante o no. La segunda, la normativa del Convenio del Embargo Preventivo de Buques que se adopte será aplicable tanto en forma internacional como a los embargos preventivos realizados dentro de la jurisdicción del Estado por nacionales de dicho Estado y sobre buques que enarboleden el Pabellón de dicho Estado, es decir, se aplicarán también para los supuestos meramente internos.

En el IX Período de Sesiones, realizado en Ginebra en diciembre de 1996, nuevamente se volvieron a presentar enfrentamientos sobre la posibilidad o no de establecerse una lista abierta o cerrada circunscrita únicamente a los créditos marítimos privilegiados. En base a estas discusiones tan extremas, que no se llegaba a un acuerdo que facilitara proyectar una convención uniforme para el embargo preventivo de buques, se creó un Comité ad-hoc, un grupo de trabajo ad-hoc para que redactara y lo presentara a la plenaria de la sesión de trabajo, un proyecto de artículo con las definiciones de embargo y las posibilidades de que fuera una lista abierta o cerrada.

Este Comité ad-hoc estuvo presidido por el Dr. Pedro Calmón Dofilo, quien es bastante conocido en nuestras latitudes por ser uno de los miembros más activos del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo. Celebró varias reuniones y presentó el grupo donde intervinieron 14 países de los asistentes, con las posiciones extremas de Estados Unidos y de otros países como Grecia, en busca de tener una lista abierta de las posibilidades para poder demandar mediante el embargo preventivo de buques, cualquier crédito y los demás países, ingleses y griegos, con una lista cerrada, restringida únicamente a los créditos marítimos privilegiados.

La decisión que tomó la plenaria de la IX Reunión de Ginebra, fue el de presentar la posibilidad de la lista abierta sujeta a una aprobación por parte de una conferencia diplomática a ser convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Lo interesante de esta lista está en que se crea una posibilidad total de demandar el embargo preventivo de un buque, en cualquier jurisdicción, cualquiera que sea la bandera que enarbole, que se preste una garantía para liberar el buque, una garantía suficiente y a juicio del tribunal competente que asuma o aboque el conocimiento de este procedimiento judicial y permitirle al buque continuar con sus operaciones comerciales para evitar unas grandes pérdidas como pueden ocurrir. En estos días ya hemos estado oyendo en el caso de un buque que ha tenido un accidente en Venezuela y que, además, si no hubiere un acuerdo sobre el crédito, el demandante está obligado también a presentar una caución para reconocer los daños y perjuicios que el tribunal que aboque esta causa tiene la facultad, asume el derecho de dictar su fallo de fondo a excepción de que expresamente se haya acordado la jurisdicción de un determinado tribunal o que exista una cláusula compromisoria que deba recurrirse a un tribunal de arbitramento.

La lista es extensa, va de la A a la Z, pero hace un cambio radical frente al artículo 4 de la Convención de 1993 sobre créditos privilegiados de hipotecas porque va a trasladar el crédito privilegiado de la hipoteca o la facilidad de la hipoteca a penúltimo lugar. En estas circunstancias de trasladarse un crédito hipotecario a penúltimo lugar dentro de la prelación de los créditos, la financiación que pueda buscarse para la adquisición de buques y las facilidades van a desaparecer, especialmente para los países latinoamericanos.

En mi sentir, como se había esbozado en las sugerencias formuladas por el Instituto Iberoamericano, debe existir la lista abierta, pero en dos categorías: la de créditos privilegiados de primer lugar que preceden al crédito hipotecario y las garantías de créditos privilegiados de segundo grado que seguirían al crédito hipotecario. En esta forma de modificar esa lista proyectada en el art. 1, se garantizaría y se le daría una seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros interesados en facilitar el desarrollo de las marinas mercantes latinoamericanas.

En este sentido, el Instituto se ha dirigido tanto a la Organización Marítima Internacional como a la UNCTAD, pidiendo que para el período de sesiones del grupo de funcionarios gubernamentales con representación diplomática, le sea presentado la nueva regulación o el nuevo proyecto de regulación o la sugerencia del Instituto, de clasificar en dos grados los créditos privilegiados, dejando de sándwich a la hipoteca. Esta es la recomendación que tanto personalmente como representante y como representante del instituto, me permito formular a mis

hermanos venezolanos, para que sea transmitida a sus representantes plenipotenciarios en la próxima reunión en Londres.

Muchas gracias.