

Piratería marítima bajo las cláusulas del Instituto de Londres*

MAURICIO CARVAJAL GARCÍA**

SUMARIO

1. Introducción
2. El caso de la Nave “Bunga Melati Dua
3. El “Bunga Melati” a la luz de la ley colombiana
4. Pérdida total real o efectiva
5. Pérdida total constructiva
6. Pérdida parcial
7. La pérdida como hurto
8. Obligación de evitar la extensión y propagación del siniestro
9. Conclusiones
10. Bibliografía

Fecha de recepción: 16 de agosto de 2013
Fecha de aceptación: 25 de agosto de 2013

* “Investigación realizada por el autor por el interés en el tema de la piratería marítima, discutido ampliamente en los últimos años y que ha generado desarrollos legislativos y jurisprudenciales en las jurisdicciones con mayor tradición en la materia.

El autor analiza de cara al seguro marítimo, el resultado del estudio de un siniestro a la luz de la ley colombiana, teniendo en cuenta que ésta contempla algunas restricciones legislativas que pueden afectar el resultado de lo que se ha concluido en otras jurisdicciones con mayor tradición en temas marítimos.”

** Mauricio Carvajal G., abogado javeriano, especialista en Derecho de Seguros de la misma universidad, LLM en Derecho Marítimo de la Universidad de Southampton, Inglaterra. En la actualidad director de Indemnizaciones (Marine & Casualty) en Royal & Sun Alliance.

Resumen

A través de los siglos la piratería marítima ha afectado la navegación. Este problema, lejos de ser uno del pasado, es uno que en la actualidad genera pérdidas millonarias tanto para los intereses de carga como para los armadores, sin mencionar además, el peligro que constituye para la tripulación. En la última década, este flagelo ha sido ampliamente discutido en escenarios especializados, ejemplo de esto es la decisión tomada por la Corte Suprema de Inglaterra tras el caso de la Motonave “Bunga Melati Dua”. A partir de este caso, en el cual se estudió la cobertura del seguro luego del secuestro de la nave por parte de piratas somalíes, se hace un comparativo para revisar según la opinión del autor, qué desenlace hubiese tenido el mismo si hubiera ocurrido bajo la luz de la ley colombiana.

Palabras clave: seguro marítimo, cláusulas de carga del Instituto de Londres, transporte marítimo, piratería marítima, secuestro, pago de rescates, obligación de evitar la pérdida y evitar la extensión del siniestro, pérdida parcial, pérdida total efectiva y pérdida total constructiva.

Palabras clave descriptor: seguro marítimo, piratería marítima.

Abstract

Piracy has affected navigation industry since a long time ago. Far from being an issue from the past, this is a problem that costs millions of dollars to the shipping industry; without forgetting the perils the crew have to suffer for this cause. During the last decade, piracy has been an important topic studied by specialized forums, an example is the decision issued by the Supreme Court of Justice of England and Wales after the hijacking of the Vessel “Bunga Melati Dua”. From this case, where the insurance coverage was analyzed due to the ransom payment to release the vessel, the author makes an investigation to define (from his point of view) how the case would be decided if it was studied under Colombian law.

Key words: marine insurance, Institute Cargo Clauses, carriage of goods by sea, piracy, hijack, ransom payment, sue and labour, Partial loss, Actual Total Loss and Constructive Total Loss.

Words plus: marine insurance, sea piracy

1. INTRODUCCIÓN

A través de la historia de la navegación, la seguridad de dicha actividad se ha visto comprometida por los ataques sufridos por las aventuras marítimas. Estos ataques¹ y quienes los ejecutan, se conocen como “piratas”².

Para efectos históricos, es posible afirmar que la época de más recordación de esta actividad se presentó durante la colonia Española a las Indias Occidentales, en donde el comercio de oro y plata transportado desde estos territorios se veía interrumpido por los ataques piratas, los cuales en muchos de los casos eran efectuados por mercenarios autorizados³ por algún Reino para realizar dichos ataques.

No obstante lo anterior, desde aquella época, el mundo de la navegación identificó el grave problema que ésta actividad representaba no solo para la seguridad de las

-
- 1 Shaw Richard, Senior Research Fellow. University of Southampton Institute of Maritime Law. Wednesday Research Seminars. 2010 “Events in the Gulf of Aden and off the Coast of Somalia in the last 3 years have brought Piracy to the forefront of the world’s media, but it is a crime which has been around since the times of the Greeks and Romans”.
 - 2 Hay que tener presente que en términos históricos existe diferencias entre 1. Corsarios 2. Piratas y 3. Filibusteros. En la actualidad a la actividad que se estudiará en este escrito se conoce sólo como piratería pues actualmente ningún Estado da licencia a sus marineros para atacar otras naves.
 - 3 Ejemplo “Patentes de Corso”.

aventuras marítimas sino también para las actividades económicas relacionadas con el transporte marítimo. Por tal motivo, los piratas fueron declarados por el derecho internacional como enemigos de la humanidad⁴.

Desde entonces, la piratería ha sido combatida por los Estados y por el sector privado en donde las navieras e intereses de carga han tomado medidas de seguridad para evitar o mitigar las pérdidas que ésta actividad conlleva. Es así, como por medio del contrato de seguro marítimo⁵ se ha buscado amortiguar el riesgo de quienes están expuestos a la piratería.

Si bien en la actualidad la figura de la piratería y la de los piratas sobretodo tienen a caricaturizarse, es de mencionar que este problema nunca ha desaparecido del ámbito de la navegación y en los últimos años ha vuelto a ser un tema de discusión principal en los foros especializados⁶ en la actividad marítima por la cantidad de casos registrados alrededor del mundo.

Los continuos y severos ataques piratas presentados en el Golfo de Adén y en cercanías a la costa de Somalia⁷, han prendido las alarmas de la comunidad internacional convirtiendo este tema en un punto de discusión casi permanente en la Organización Marítima Internacional⁸.

Adicionalmente, a diferencia de quienes creen que este es un problema exclusivo de aguas Somalíes, los reportes de la autoridades internacionales⁹ demuestra que los ataques perpetuados por piratas se presentan no solo en Somalia sino también en otras

4 In re Piracy *lure Gentium* [1934] A.C 586

5 Dentro de los clausulados de seguro marítimo que cubren la "piratería" se encuentran los siguientes: 1. Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A (tener en cuenta que las tipo B y tipo C no cubren la piratería); 2. Clausulas de Guerra del Instituto (Carga) [1/1/82]; 3. Institute Time Clauses Hulls (1/10/83); 4. Institute Time Clauses Hulls (1/11/95); 5. Institute Voyage Clauses Hulls (1/11/95); 6. International Hull Clauses (01/11/03); 7. Institute Time Clauses Freight (1/8/89).

6 www.imo.org (consultado el 4 de agosto de 2013) Día Marítimo Mundial 2011 Piratería: Articular la Respuesta. "Es necesario un esfuerzo colectivo, y es por este motivo por el que la OMI eligió "Piratería: articular la respuesta" como su lema para el Día Marítimo Mundial 2011 y para dar una base a su propia labor en esta esfera durante este año y años posteriores.

7 International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 2012: Entre 2011 y 2012 sólo en cercanías a costas Somalíes se han presentado 385 ataques de piratas a embarcaciones mercantes.

8 En las reuniones anuales de la OMI (2010, 2011 y 2012) el tema de piratería se ha presentado como uno de los temas principales a discutir. Esto se puede observar por la reunión del Comité Legal de 2010 en donde se presentó el reporte LEG 97/9/1 y la reunión de 2011 de donde surgió el reporte citado en el pie de página anterior.

9 International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 2012 y Monthly Report March 2013

latitudes de África, en Asia, América Central, América del Sur, el Mediterráneo etc.¹⁰, por lo que no se puede llegar a una conclusión distinta que este es un problema que afecta a la humanidad en general y por tal motivo merece ser estudiado por no ser ajeno a nuestra realidad.

Es por esto, que se ha decidido realizar este estudio por el cual se pretende contextualizar el problema que representa la piratería¹¹ y revisar desde el punto de vista del contrato de seguros, como se atendería un caso con estas características bajo la ley colombiana, haciendo uso de las Clausulas de Carga del Instituto de Londres (tipo A). Para esto, se hará un comparativo entre la decisión que tomó la “Corte Suprema de Inglaterra y Gales”¹² para el caso de piratería que involucró la Nave “Bunga Melati Dua”¹³ y como se analizaría un caso con las mismas características frente a la ley colombiana; para poder responder así la pregunta de si los casos de piratería son asegurable bajo una póliza de seguro marítimo emitida en Colombia.

En cuanto al concepto de piratería, es de mencionar que algunos con éste se refieren “al robo armado en el mar”¹⁴. Sin embargo, se ha observado en la actualidad que dicha manera de ver la piratería ha mutado, en el entendido que en muchos de los casos que se presentan¹⁵, la intención de los piratas atacantes no es la de robar la embarcación ni la mercancía transportada, sino su intención es la de secuestrar la nave para solicitar un rescate por la liberación de la misma¹⁶.

En adición a lo anterior, se hace necesario mencionar algunas características de ésta actividad según el derecho del mar¹⁷ cuales son: 1. Que el ataque sea efectuado

10 Ver mapa publicado por el “International Maritime Bureau”. <http://io9.com/5094734/live-piracy-map-reveals-seas-are-still-a-pirates-paradise>

11 Respecto al termino “piratería” hay que tener presente que en el Mercado de seguros éste usa comúnmente para referirse al hurto de mercancías durante el transporte asegurado. Durante este texto, cuando se haga referencia a la piratería, se estará hablando de la acción de piratas, los cuales secuestran una embarcación con su carga y tripulación para solicitar luego el pago de un “rescate” (extorsión) para liberarla.

12 Anteriormente “House of Lords”

13 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630

14 Op Cit. Shaw Richard.

15 A los cuales se hace referencia en este escrito.

16 International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Monthly Report June 2013. Solo en 2013 (dato de enero a junio) se han reportado 6,676 casos.

17 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 1982. Artículos del 100 al 107. “Artículo 101 Definición de la piratería. Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes:

a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos:

en alta mar; 2. Que sea para fines privados, es decir, que no sea para fines políticos o terroristas; y 3. Que sea perpetrado desde otra embarcación.

Respecto a lo anterior, de cara al contrato de seguro, es de señalar que el hecho que el ataque deba realizarse fuera de aguas territoriales (en altamar) según la definición de la Convención citada, hace pensar si frente a la eventualidad de un ataque que ocurra en aguas territoriales deba afectarse otra cobertura del seguro distinta al amparo de piratería.

- i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;
- b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata;
- c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.

Artículo 102 Piratería perpetrada por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado:

Se asimilarán a los actos cometidos por un buque o aeronave privados los actos de piratería definidos en el artículo 101 perpetrados por un buque de guerra, un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave.

Artículo 103 Definición de buque o aeronave pirata. Se consideran buque o aeronave pirata los destinados por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran a cometer cualquiera de los actos a que se refiere el artículo 101. Se consideran también piratas los buques o aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando de las personas culpables de esos actos.

Artículo 104 Conservación o pérdida de la nacionalidad de un buque o aeronave pirata. Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad no obstante haberse convertido en buque o aeronave pirata. La conservación o la pérdida de la nacionalidad se rigen por el derecho interno del Estado que la haya concedido.

Artículo 105 Apresamiento de un buque o aeronave pirata. Todo Estado puede apresarse, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo. Los tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe.

Artículo 106 Responsabilidad por apresamiento sin motivo suficiente cuando un buque o una aeronave sea apresado por sospechas de piratería sin motivos suficientes, el Estado que lo haya apresado será responsable ante el Estado de la nacionalidad del buque o de la aeronave de todo perjuicio o daño causado por la captura.

Artículo 107 Buques y aeronaves autorizados para realizar apresamientos por causa de piratería. Sólo los buques de guerra o las aeronaves militares, u otros buques o aeronaves que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno y estén autorizados a tal fin, podrán llevar a cabo apresamientos por causa de piratería."

Adicionalmente, de cara a los esfuerzos internacional para combatir esta actividad, ésta característica dificulta la acción en contra de los piratas pues al estar fuera de aguas territoriales, podría presentar inconvenientes a la hora de definir la ley de qué país se debe aplicar y cuál es la Nación responsable de adelantar la captura y judicialización de los responsables de actos de piratería.

Sin embargo, ha sido reconocido como un principio de la costumbre en el Derecho Internacional “que un pirata podrá ser perseguido y arrestado por cualquier país y la ley de dicho país será aplicable a la hora de enjuiciar y condenar a quien haya estado envuelto en actividades de piratería”¹⁸, independientemente del lugar en el que se cometa el delito.

En adición, la lucha en contra de la piratería marítima se ha visto afectada por el hecho que no todos los países de influencia marítima han ratificado la Convención de Las Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar, que es el instrumento internacional por el cual la ONU ha intentado regular y combatir el tema. Si bien 159 países entre los que se encuentra Colombia, sólo lo han firmado algunos y firmado y ratificado otros, el hecho que países de influencia internacional como Estados Unidos no lo hayan hecho dificulta la lucha en contra de la piratería.

No obstante las dificultades, las importantes consecuencias que dicha actividad representan para el sector del transporte marítimo, ha hecho que la ONU (tras haber sido autorizado por el Consejo de Seguridad) tome acciones adicionales entre las que se encuentra la creación en el 2009 del “Grupo de Contacto anti Piratería” el cual opera en costas de Somalia.

Por medio de éste Grupo, se han gestionado operaciones militares, implementado medidas para establecer el actuar judicial en contra de los piratas que sean capturados, capacitado a la gente de mar respecto a esta actividad y al *modus operandi* de los piratas; esto con el fin de evitar más víctimas de ataques. Adicionalmente, se ha realizado una importante gestión diplomática para involucrar a las distintas naciones¹⁹, pues como se mencionó con anterioridad, este problema está lejos de ser exclusivo de aguas Somalíes; este problema afecta la navegación mundial.

A pesar de ser un problema global, es una realidad que la zona más afectada por la piratería y la que más impacto tiene en la economía internacional es la zona del Golfo de Adén y cercanías a las costas de Somalia²⁰, es por esto, que la ONU impulsó

18 In Re Piracy lute Gentium [1934] A.C 586

19 Estos puntos se encuentran en documento presentado por el Comité Legal de la IMO en nov de 2010 / Document LEG.97/9/1

20 286 casos reportados en 2011 y 99 en 2012. International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 2012

lacreación del “Djibouti Code of Conduct”²¹ por el cual los países signatarios²², los cuales tienen influencia en éstas zonas, se reunieron para luchar en contra de la piratería por medio de la creación de un grupo de “comandos” encargados de la protección de las naves que transitan por esta zona, todo esto apoyado por algunos países integrantes de la ONU y la OTAN.

No obstante los esfuerzos internacionales con el incremento de las fuerzas de seguridad y el incremento en la voluntad política para emitir normas que permitan combatir éste flagelo, la realidad ha demostrado que dichas medidas no son suficientes para hacer frente a este problema.

Si bien la presencia de caravanas de escoltas y comandos en aguas internacionales ha dificultado la acción de los piratas, la efectividad de éstos sustentada principalmente en su destreza en la navegación, ha logrado que incluso en casos donde embarcaciones armadas de la fuerza de seguridad acuden de inmediato a repeler un ataque, los piratas logren el secuestro de la embarcación²³.

Por tal motivo, el sector privado ha tenido que reaccionar con el fin de servir como complemento a las políticas internacionales que se han planteado; propuestas tales como la de armar la tripulación o contratar servicios de seguridad privada para que viajen a bordo de las embarcaciones mercantes, ha sido una de las propuestas realizadas tanto por los intereses de tonelaje como por los intereses de carga. No obstante, dicha propuesta ha sido descartada²⁴ por las autoridades internacionales por considerar que dicho actuar podría representar un peligro mayor para las embarcaciones, la carga y sobre todo para la tripulación.

21 Día Marítimo Mundial 2011. Piratería: Articular la respuesta pg 3 “El código de conducta de Djibouti, establecido por la OMI para desarrollar la capacidad regional de lucha contra la piratería en el golfo de Adén y el océano Índico occidental, es uno de los principales elementos de la estrategia de lucha contra la piratería de la Organización”. Entró en vigor el 29 de enero de 2009 fecha desde la cual los signatarios se comprometen a Investigar, detener, enjuiciar, interceptar y capturar buques sospechosos. Así mismo se comprometen al rescate de buques, personas y bienes objeto de actos de piratería. Finalmente, se comprometen a la realización de operaciones compartidas tanto entre Estados signatarios como con las marinas de guerra de países de fuera de la región.

22 Día Marítimo Mundial 2011. Piratería: Articular la respuesta pg 7. “Signatarios del Código de Dibouti: Arabia Saudita, Comoras, Djibouti, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Jordania, Kenya, Madagascar, Maldivas, Mauricio, Omán, República Unida de Tanzania, Seycheles, Somaia, Sudán y Yemen.”

23 Maritime London News Letter 30.11.09 Testimonio del Capitan del remolcador “Svitzer” el cual fue secuestrado en Somalia y fuerzas navales de los Estados Unidos intentaron su rescate. Ver también el discurso presentado por Sir Michael Wood a la “Asociación de Derecho Marítimo Británico” en octubre de 2009. www.comitemaritime.org/news/nl2009.html

24 Maritime London News Letter 30.11.09

Si bien la suma de todas estas medidas sirve para combatir la piratería²⁵, los actores del comercio marítimo han encontrado en el seguro marítimo una herramienta para mitigar el riesgo y consecuencias económicas que conlleva un ataque por piratas.

Los armadores, intereses de carga y en general las partes que están expuestas al riesgo de la piratería, encuentran en el seguro una protección de tipo económico a las pérdidas de dinero que pueden resultar de un ataque de piratas²⁶.

Tanto las condiciones proforma de seguro marítimo (tales como las cláusulas del Instituto de Londres) como los productos hechos a la medida de cada asegurado, pueden asegurar el riesgo de piratería.

Al ofrecer la cobertura de piratería en un seguro marítimo, la aseguradora acepta le trasladen dicho riesgo, de forma tal que ante un eventual ataque, ésta tendrá que indemnizar a su asegurado por los daños ocasionados, siempre que se cumplan las demás condiciones del contrato de seguro.

El problema es que una situación de estas puede llegar a ser más compleja de lo que parece inicialmente, tal como ocurrió en el siniestro del Buque “Bunga Melati Dua”²⁷, en donde luego de haber sido atacado por piratas que secuestraron la embarcación, tanto los armadores como los intereses de carga reclamaron a sus aseguradoras el pago de una indemnización; lo que derivó en una controversia respecto al reclamo presentado por los intereses de carga, toda vez que luego de haber sido liberados, ni la nave, ni la mercancía transportada sufrieron daños.

La discusión se centró entonces en establecer el procedimiento apropiado para la reclamación y en definir si el pago del “rescate” que derivó en la recuperación de la nave y la carga, era recuperables por medio del contrato de seguro contratado.

A partir de esto, tras el interés que este tema y en particular éste caso ha generado en los medios especializados en seguro marítimo, se decidió hacer un breve recuento del mismo y hacer un comparativo que permitiese analizar²⁸ cómo se hubiese definido éste caso de haberlo conocido un Juez colombiano haciendo uso de la Ley colombiana.

2. EL CASO DE LA NAVE “BUNGA MELATI DUA”²⁹:

Este caso fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia Inglesa a raíz del reclamo presentado por los intereses de la carga transportada (biodiesel) en la nave “Bunga

25 Así lo demostraría la estadística presentada por el reporte Anual de la OMI de 2012.

26 Ver pie de página 5.

27 Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati) [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630

28 Según nuestro criterio.

29 Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati) [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630

Melati Dua” de propiedad de “MISC”, una naviera estatal de Malasia, luego que el 19 de agosto de 2008 durante su viaje desde Malasia con destino a Rotterdam, mientras transitaban por el Golfo de Adén, un grupo de piratas Somalíes atacara la embarcación y secuestrara tanto la nave, como la carga y la tripulación, llevándolos a costas de Somalia y pidiendo una suma de dinero (“rescate”)³⁰ como requisito para liberar los intereses secuestrados.³¹

Las negociaciones para la liberación de la nave, carga y tripulación comenzaron casi que de manera inmediata por parte de los armadores³² y los piratas secuestrados³³. Los propietarios de la carga no participaron en dicha negociación.

Los intereses de carga, quienes a su vez son los apelantes en el caso en estudio, presentaron “aviso de abandono”³⁴ el 18 de septiembre de 2008 a la aseguradora de la carga, por considerar el asegurado que el caso constituía una “pérdida total

30 El termino rescate en nuestro parecer para este caso no se debe entender como cosa distinta que al pago de una extorsión en términos de la ley penal colombiana.

31 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 7

32 Artículo 1473 Código de Comercio Colombiano. Llábase armador la persona natural o jurídica que, sea o no propietaria de la nave, la aparea, pertrecha y expide a su propio nombre y por su cuenta y riesgo, percibe las utilidades que produce y soporta todas las responsabilidades que la afectan.

La persona que figure en la respectiva matrícula como propietario de una nave se reputará armador, salvo prueba en contrario.

33 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 7

34 Código de Comercio Colombiano. “ARTÍCULO 1737. <ABANDONO DEL OBJETO ASEGURADO - INTERRUPTIÓN DE PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN>. En caso de pérdida total constructiva o asimilada, el asegurado podrá considerarla como parcial o como total real o efectiva, abandonando en este caso el objeto asegurado a favor del asegurador. PARÁGRAFO. El ejercicio del derecho de abandono interrumpe la prescripción de la acción para hacer efectiva la indemnización por pérdida parcial.

ARTÍCULO 1738. <AVISO DE ABANDONO DEL OBJETO ASEGURADO>. Si el asegurado opta por abandonar el objeto asegurado, deberá dar aviso de abandono. No dándolo, la pérdida sólo podrá considerarse como pérdida parcial.

El aviso deberá darse por el asegurado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que haya recibido información fidedigna de la pérdida.

PARÁGRAFO. Si la información fuere sospechosa, el asegurado tendrá derecho a un término de treinta días para investigarla. En este caso el término para dar el aviso comenzará a correr desde el momento en que la información haya llegado a ser fidedigna.

ARTÍCULO 1739. <FORMALIDAD PARA EL ABANDONO DEL OBJETO ASEGURADO>. El aviso de abandono deberá darse por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés en el objeto asegurado, en favor del asegurador.

ARTÍCULO 1740. <EFECTOS DEL AVISO DE ABANDONO REALIZADO EN DEBIDA FORMA>. Dado en debida forma el aviso de abandono, no sufrirán ningún menoscabo los derechos del asegurado porque el asegurador rehúse aceptar el abandono.”

constructiva³⁵, al entenderse que por haber sido secuestrada la nave, era improbable³⁶ “per se”³⁷ la recuperación de la misma.

En cuanto a la nave, la carga y la tripulación, estas fueron liberadas alrededor de 11 días después de ser secuestrados³⁸, luego que los armadores, tras las negociaciones pertinentes, pagaran la suma exigida por los piratas secuestradores, la cual correspondió a 2 millones de dólares.

Tras ser liberados, la aventura marítima concluyó el 26 de Octubre de 2008 con la llegada a puerto de Rotterdam. Tanto la nave como la carga arribaron a puerto de destino sin afectación alguna. Sin embargo, respecto a la carga, el propietario de la misma alegó perjuicios por pérdida de mercado. Esto, toda vez que el mercado de aceites y biodiesel es un mercado de temporadas y cierra a finales de septiembre³⁹ lo que causó que una vez ésta arribó a puerto de destino la mercancía debiera ser depositada durante un año a la espera de la reapertura del mercado. Cuando esto sucedió, la carga pudo ser vendida pero a un precio mucho inferior al del valor asegurado.

A raíz de esto, no obstante haber presentado inicialmente “aviso de abandono” dando trato al caso de “pérdida total constructiva”⁴⁰, el asegurado presentó luego a su

35 La ley colombiana en concordancia con las principios internacionales (Marine Insurance Act 1906 S.56,57 y 60) establece en el artículo 1733 que en el seguro marítimo existen dos tipos de pérdida. La pérdida podrá ser 1. Parcial; y 2. Total, la cual a su vez podrá ser 2.1 Pérdida Total Efectiva o 2.2 Pérdida Total Constructiva.

36 Siguiendo los requisitos establecidos por el artículo 1736 del Código de Comercio que se refiere a la “pérdida total asimilada o constructiva”, se observa como el numeral primero se refiere a que se considerará como tal cuando ““Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas”.

37 Esto, según el criterio del interés de carga asegurado. *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 5

38 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 11

39 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 12

40 Código de Comercio Colombiano. ARTÍCULO 1736. “Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos:

1) Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas;

2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada.

Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán

aseguradora reclamo por “pérdida total efectiva”⁴¹ por la cual se pretendía se indemnizará el valor total de la carga menos la suma adquirida por la venta del salvamento⁴².

El argumento usado por asegurado para sustentar su reclamación por pérdida total efectiva, se basaba en que según éste, el simple hecho del secuestro por piratas, sin considerar la posibilidad de recuperar los bienes secuestrados o no, constituía una pérdida total efectiva, y la posibilidad de pagar un “rescate” no debía ser considerada a la hora de analizar la posibilidad de recuperar o no los bienes secuestrados⁴³.

La pregunta inicial que surgió respecto a la reclamación del asegurado por pérdida total efectiva, era si el secuestro por parte de piratas lo había privado “irreparablemente”⁴⁴ de la propiedad asegurada.

Frente a esto, la Corte afirmó que un evento de estas características, en el cual se encontraba inmersa la posibilidad de pagar un “rescate” para recuperar a mercancía, hacía que no se pudiera considerar “per se” que el asegurado había sido “irreparablemente privado” de ésta⁴⁵. Se afirmó también, que un evento de secuestro por piratas era un escenario típico de un caso en el que hay que “esperar y ver el desenlace”⁴⁶ para establecer así que tipo de pérdida constituye.

en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y

3) Cuando la reparación de los daños de que sean objeto las mercancías aseguradas y el costo de su remisión a su lugar de destino excedan su valor a la fecha de arribo.”

41 Código de Comercio Colombiano. ARTÍCULO 1734. “Existirá pérdida total real o efectiva y, en tal caso, no será necesario dar aviso de abandono, cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él.”

42 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 15

43 El presentar primero un caso como una pérdida total constructiva para luego argumentar una pérdida total real en principio no reviste mayor inconveniente. El problema sería si ocurre lo contrario y por haber presentado el caso inicialmente como una pérdida total real se omite dar “aviso de abandono” en los términos de ley. Lo que sucedió en el caso en estudio es que en adición a los cambios en la estrategia de reclamación del asegurado, al final se concluyó que no había habido pérdida; por lo menos en los términos cubiertos por la póliza.

44 Para que un caso de estas características sea considerado una pérdida total efectiva en términos del artículo 1734 del Código de comercio, el asegurado deberá ser “irreparablemente privado” del bien asegurado.

45 “Piratical seizure in the circumstances of this case, where there was not only a chance, but a strong likelihood, that payment of a ransom of a comparatively small sum, relative to the value of the vessel and her cargo, would secure recovery of both, was not an actual total loss. It was a typical “wait and see” situation. (Insurance Law Doctrines and Principles pg 493)

46 “wait and see situation”. Desde el Laudo Arbitral del caso de “Dawsan’s Field (1972) se ha entendido, según el argumento del arbitro Kerr, que los bienes secuestrados (en este caso unos aviones) no se entienden perdidos por el sólo hecho del secuestro sino poque posteriormente resultaron destruidos, Así, se concluyó que el principio de “esperar a ver el desenlace” (wait and see) es de la esencia en un caso de secuestro para poder

Un caso de secuestro por piratas, dependiendo de su desarrollo fáctico tiene la potencialidad de ser una pérdida total efectiva, una pérdida total constructiva o una pérdida parcial; siempre será una situación de “esperar a ver el desenlace del caso” para saber la conclusión del mismo.

Por su parte, el asegurado en su intento de soportar su solicitud de pérdida total efectiva, argumentó que el hecho de existir una oferta de “rescate” de parte de los piratas, en nada cambiaba el análisis respecto a si se había sido “irreparablemente privados” de los bienes asegurados o no. Tal afirmación, tenía sustento en que según el apelante, dicha oferta de “rescate” debía ser considerada mas como una extorsión⁴⁷ y por tanto un pago de ese tipo sería improcedente por ser considerado como contrario al orden público, la moral y las buenas costumbres⁴⁸.

Por esta razón, por el sólo hecho del secuestro y la imposibilidad jurídica de pagar un “rescate”, argumentó el asegurado apelante se debía considerar que fue “irreparablemente privado” de su mercancía y por tal motivo operaría la pérdida total efectiva.

Respecto a este argumento, la Corte se pronunció diciendo que primero, el caso no contenía los requisitos exigidos por el “Common Law”⁴⁹ para ser considerado contrario al “orden público” y segundo, que no existe precedente o ley en el ordenamiento jurídico Británico que indique que el pago de “rescates” sea ilegal y por esto dicho pago no puede ser considerado tampoco ilegal.⁵⁰

Como consecuencia, al no ser ilegal ni contraría al orden público⁵¹, se puede esperar que con una gestión de negociación destinada a recuperar la nave y la carga, y tras el pago del monto exigido por los piratas secuestradores, el rescate sea inminente. Al ser inminente la liberación tras el pago, no se cumplirían entonces los elementos para que el evento sea considerado como una pérdida total efectiva⁵².

establecer el tipo de pérdida. *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 49

47 Código Penal Colombiano. “ARTICULO 244. EXTORSION. El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a doscientos ochenta y ocho (288) meses y multa de ochocientos (800) a mil ochocientos (1.800) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

48 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 61

49 Partiendo del sistema de precedente judicial (case law) se encuentra que el caso “*Fender v St. John.Mildmay* [1938] AV 1 at 12” establece los parámetros que se deben cumplir para que una situación sea contraría al orden público. Para el caso en estudio, la Corte consideró que dichos elementos no estaban presentes.

50 *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 63 “Then, it is to be observed that there is no legislation against the payment of ransoms, which is therefore not illegal.”

51 En el Derecho Ingles.

52 Estos requisitos se encuentran en el “*Marine Insurance Act 1906*” Sección 57. En la ley colombiana se encuentran en el artículo 1734 del Código de Comercio Colombiano.

Ante las complicaciones que encontró el asegurado apelante para sostener su argumento de pérdida total bajo el amparo de secuestro por parte de piratas, éste intentó reforzar su posición en la apelación⁵³ señalando que el caso no se trataba de un secuestro sino de un hurto, y debería ser estudiado bajo dicho amparo.

Frente a esto, la Corte concluyó que esa posición no era viable en el entendido que el caso constituía un evento de secuestro por parte de piratas y no un hurto, en el entendido que para ser considerado hurto, éste debía cumplir con los requisitos del “Derecho Criminal Ingles” el cual en su “Ley de Hurto (Theft Act 1968)” establece que uno de los requisitos para este delito, es que debe estar presente la intensión de quien lo comete de arrebatar la posesión de la cosa a su dueño de manera permanente⁵⁴, lo que en el caso en concreto no sucedió, pues como lo demostró su desenlace, los piratas secuestradores sólo buscaban el pago de un “rescate” para devolver los intereses secuestrados.

Finalmente, concluyó la Corte que el pago de un “rescate” con estas características no sólo no era ilegal, sino que debía ser considerado un pago realizado en cumplimiento del deber del asegurado de evitar la ocurrencia del siniestro y la propagación o extensión del mismo⁵⁵; deber establecido por la Sección 78 (4) del Marine Insurance Act 1906⁵⁶ y reconocido por el precedente en el caso de “Royal Boskails”⁵⁷ donde

53 El asegurado apelante perdió en primera instancia toda vez que el juez del caso falló a favor de la aseguradora. Como consecuencia de esto apeló y reestructuró su defensa incluyendo (entre otros) el argumento del hurto. *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 6

54 “Theft Act 1968” Secciones 1 (1) y 6(1).

55 Marine Insurance Act 1906 Sección 78 “Suing and labouring clause: (1) Where the policy contains a suing and labouring clause, the engagement thereby entered into is deemed to be supplementary to the contract of insurance, and the assured may recover from the insurer any expenses properly incurred pursuant to the clause, notwithstanding that the insurer may have paid for a total loss, or that the subject-matter may have been warranted free from particular average, either wholly or under a certain percentage. (2) General average losses and contributions and salvage charges, as defined by this Act, are not recoverable under the suing and labouring clause. (3) Expenses incurred for the purpose of averting or diminishing any loss not covered by the policy are not recoverable under the suing and labouring clause. (4) It is the duty of the assured and his agents, in all cases, to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising a loss.” Como se mencionó con anterioridad, esta obligación también se encuentra estipulada en las Clausulas de Carga del Instituto de Londres Tipo A en la condición 16. Respecto a la ley colombiana encontramos el artículo 1074 del Código de Comercio. Frente a éste, hay que hacer la claridad que su texto no exige evitar que ocurra el siniestro sino evitar la “extensión y propagación del mismo”.

56 Statute Law

57 *Royal Boskalis Westminster NV v Mountain* [1999] QB 674 “The terms in which the duty under section 78(4) is expressed are wide enough on their natural meaning to embrace expenditure necessary to procure the release of a vessel that has been seized and I see no reason of policy or practice why they should not do so. If that is right, then it would be strange indeed if such expenditure did not fall within the sue and labour clause. In

se reconoce el derecho que tiene el asegurado de reclamar a su aseguradora el valor que haya pagado por el “rescate” como un gasto incurrido para cumplir la obligación de “Sue and Labour”⁵⁸.

3. EL “BUNGA MELATI” A LA LUZ DE LA LEY COLOMBIANA

Tal como se mencionó en la introducción de este escrito, más que hacer un breve resumen de éste caso que se ha convertido en un caso hito para el seguro marítimo y su relación con este tema de interés mundial cual es la piratería marítima, la intención principal de este ensayo es la de hacer un ejercicio académico que permita analizar, bajo la óptica del autor, cómo se hubiese resuelto este evento a la luz del derecho colombiano.

Por ese motivo, se va a dividir el análisis en cuatro puntos que se presentarán de la siguiente manera: Primero, analizar el tipo de pérdida; segundo, analizar el argumento denominado “orden público”; tercero, la posibilidad de considerar el caso como un evento de hurto; y cuarto, analizar la posibilidad de que los gastos de negociación y pagos de rescates sean reconocidos al asegurado como gastos de mitigación o prevención del riesgo.

3.1 Pérdida total real o efectiva:

Antes de adentrarnos en el análisis del tipo de pérdida, hay que señalar que el estudio del caso y las conclusiones a las que se pudiera llegar, podrían verse afectadas dependiendo de las condiciones del seguro de marítimo que se pacte entre las partes. Es de mencionar que si bien el grueso del análisis del caso versa sobre una cobertura de carga, dicho estudio podría hacerse también a partir de una póliza de casco, de flete, bajo el amparo de huelga, el de guerra etc; y a partir del condicionado que se use, las conclusiones pueden ser distintas. Tal como ocurrió en el caso en estudio, en este breve análisis se revisará el tema desde la perspectiva de las “Clausulas de Carga del Instituto de Londres Tipo A”.

Así mismo, vale resaltar que en términos contractuales la ley colombiana reconoce la autonomía⁵⁹ de la voluntad de las partes⁶⁰. Como consecuencia, si existen

my judgment the assumption of the editors of Arnould that payment of a ransom, if not, itself illegal, is recoverable as an expense of suing and laboring is well founded.”

58 Sin embargo, vale hacer la claridad que en el caso en estudio, el pago del rescate fue negociado y desembolsado por el armador y no por el dueño de la carga (asegurado reclamante y apelante), por tal motivo y siguiendo los presupuestos del principio indemnizatorio que rige el Contrato de Seguro, este último no puede obtener pago alguno por dicho concepto.

59 Esta autonomía no es absoluta y está sujeta a los limitantes que establece la ley. i.e moral, buenas costumbres, norma imperativa y norma de orden público.

60 Artículo 5 Código de Comercio Colombiano. Artículo 1602 Código Civil Colombiano. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 27/6/40, Sala de Casación Civil.

clausulados “proforma” tal como lo son las Clausulas del Instituto de Londres, también existe la posibilidad que las partes acuerden modificaciones a tales condiciones. Con esto se quiere señalar que dependerá de cada contrato establecer si la cobertura de piratería fue incluida y del análisis de cada caso se concluirá si existe cobertura bajo la póliza o no.

Ahora bien, siguiendo con el análisis del caso en estudio, debe mencionarse que el clausulado aplicable a éste fue el de las Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A, las cuales son aplicables bajo la ley colombiana.

En cuanto a este clausulado, la cobertura que se otorga es del tipo “todo riesgo”⁶¹; es decir, se cubren todos los riesgos⁶² del transporte marítimo⁶³ a los que esté expuesta la aventura, salvo aquellos que estén expresamente excluidos.

Es así como podemos observar que los daños o pérdidas causados por ataques piratas están cubiertos por la póliza. Frente a esto, es de resaltar que la clausula 6 de las Clausulas de Carga del Instituto de Londres (tipo A) se refiere a la “exclusión de guerra” la cual en su numeral 6.2 indica que “en ningún caso este seguro cubrirá la pérdida, el daño o el gasto que se origine en captura, secuestro, arresto, arraigo o embargo preventivo, restricción o detención (exceptuando la piratería), así como las consecuencias de cualquiera de estos actos o cualquier intento de realizar uno de estos actos”.

Con lo anterior, se puede observar que actos similares a los ocurridos en el caso en estudio, están expresamente excluidos de cobertura por la exclusión de guerra, sin embargo el texto de la misma exclusión hace una salvedad por la que se deja dentro de la cobertura los que encuentran su causa en la piratería. Es decir, eventos con características tales a las descritas en la exclusión, que sean cometidos por piratas⁶⁴, tendrán cobertura por la póliza.

Estando claro que en una póliza contratada bajo las Cláusulas de Carga del Instituto de Londres (tipo A) hay cobertura para eventos de piratería, ahora el asegurado

61 Bennett Howard. *The Law of Marine Insurance*. Second Edition. Oxford University Press. 2006. Pg. 362 “se garantiza cobertura contra todos los riesgos salvo los expresamente excluidos” (traducción libre).

62 *British & Foreign Marine Insurance Co Ltd v Gaunt* [1921] 2 AC 41. “an assured under an “all risks” policy benefits from “quasi-universal” cover and is not required to identify the precise, operative peril. It suffices that the assured prove on a balance of probabilities that the cause of the loss was a risk, as the term is understood.”

63 Clausulas de Carga del Instituto de Londres (tipo A). Condición 1: “Este seguro ampara todos los riesgos de pérdida o daño a los bienes asegurados salvo aquellos señalados en las condiciones 4, 5, 6 y 7” (traducción libre).

64 Si bien la definición de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece que para entender un caso como uno de piratería este debe ocurrir en Alta Mar, para efectos del contrato de seguro cualquier ataque a la embarcación con las características de piratería será tenida como tal para efectos de la aplicación del amparo.

deberá definir de cara al siniestro cuales son los pasos a seguir para establecer qué tipo de pérdidas aplicaría al caso⁶⁵ y dependiendo de esto, que requisitos deberá cumplir para ser indemnizado por la aseguradora.

Partiendo de la base que el caso se está analizando bajo la óptica del derecho colombiano, tanto el asegurado como la aseguradora están sujetos al cumplimiento de las obligaciones que establece la ley. Con esto se pretende señalar, que una vez acaecido el secuestro de la nave y la mercancía por parte de los piratas, el asegurado no sólo tendrá el deber de avisar la ocurrencia del siniestro⁶⁶ sino que además, deberá cumplir con la carga impuesta por el artículo 1077⁶⁷ de demostrar la ocurrencia y la cuantía del evento. Por su parte, la aseguradora tendrá que probar cualquier causal que dé lugar al no pago de la reclamación del asegurado.

Adicionalmente, durante el cumplimiento de dicha carga, el asegurado deberá establecer y probar a la compañía aseguradora si el evento constituye una pérdida parcial o una pérdida total y de ser este último el caso, si es una pérdida total real o si es una pérdida total constructiva⁶⁸.

Para considerarse como una pérdida total real⁶⁹, se requiere que el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él. Para este caso, el asegurado no deberá presentar “aviso de abandono”⁷⁰.

Teniendo en cuenta la definición de ley y las característica de la pérdida total efectiva, se puede decir que para el caso en estudio, el asegurado debería probar que su mercancía (biodiesel) se destruyó o quedó de tal modo averiada que perdió la aptitud

65 Pérdida total real, constructiva o parcial.

66 Artículo 1075 Código de Comercio Colombiano. “El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.”

67 Artículo 1077 Código de Comercio Colombiano. “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida”

68 Bajo la legislación colombiana (art 1733) en el seguro marítimo podrá haber dos tipos de pérdida. La pérdida podrá ser total o parcial. Así mismo, la pérdida total podrá ser pérdida total real (1734) o pérdida total constructiva(1736). Esto concuerda con lo estipulado por el Marine Insurance Act 1906 del Reino Unido el cual en sus secciones 56, 57 y 60 reconoce los mismos tipos de pérdida.

69 Artículo 1734 Código de Comercio Colombiano. “Existirá pérdida total real o efectiva y, en tal caso, no será necesario dar aviso de abandono, cuando el objeto asegurado quede destruido o de tal modo averiado que pierda la aptitud para el fin a que esté naturalmente destinado o cuando el asegurado sea irreparablemente privado de él.”

70 Esto, toda vez que el “aviso de abandono” es un requisito en el evento de presentarse una pérdida total constructiva y no una pérdida total afectiva.

para el fin que estaba naturalmente destinado, cosa que no ocurrió; o por otra parte, debería probar que fue “irreparablemente” privado de la mercancía.

De cara a esta última parte, el argumento que uso la defensa del asegurado⁷¹ respecto a la teoría del orden público, cobra relevancia. Si bien la Corte Suprema Inglesa desechó dicho argumento bajo el entendido que según el precedente y la ley de ese país, el pago de “rescates” no está prohibido y no cumple los requisitos para ser contrario al orden público, ante la ley colombiana consideramos ocurre lo contrario.

Lo anterior se afirma siempre que además de la Ley 830 de 2003⁷² por la que el Estado colombiano reconoce la piratería marítima como un flagelo que debe ser combatido, el artículo 25 de la ley 40 de 1993⁷³ prohíbe tanto a las personas jurídicas como naturales el pago de “rescates” con el fin de obtener la liberación de secuestrados⁷⁴. En nuestro concepto, esto incluye también prohibición para realizar pagos tendientes a lograr el “rescate” de bienes siguiendo lo estipulado en el parágrafo primero del artículo 25 de esta norma⁷⁵.

Al estar prohibido por ley, consideramos que ante un evento como el de la Motonave “Bunga Melati Dua”, no solo no se podría exigir una negociación y un pago de rescate de parte del asegurado, sino que tampoco se debería esperar que éste lo haga por ser contrario a la ley. De ser así, debería considerarse en principio que el asegurado fue “irreparablemente” privado de sus bienes y habría lugar a entender el caso como una pérdida total efectiva.

71 Defensa presentada por Lord Sydney

72 Por medio de esta ley se adopta “Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima 1988 y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental” de 1988

73 Estatuto Nacional contra el Secuestro.

74 Así mismo prohíbe ofrecer seguros o celebrar contratos de seguros tendientes a amparar el pago de “rescates” de secuestrados. Ver artículo 26 de la Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro.

75 Artículo 25 Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro. “Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, cuando algún directivo de una empresa nacional o extranjera, o su delegado oculten o colaboren en el pago de la liberación de un secuestro de un funcionario o empleado de la misma, o de una de sus filiales, el Gobierno quedará facultado para decretar la caducidad de los contratos que esta empresa tenga suscritos con entidades estatales. En caso de que el hecho sea cometido por un funcionario o delegado de un subcontratista de la anterior, si ésta es extranjera, el Gobierno ordenará su inmediata expulsión del país. 1 Los subcontratistas nacionales serán objeto de las sanciones previstas en esta Ley.

PARÁGRAFO 1o. El contratista nacional o extranjero que pague sumas de dinero a extorsionistas se hará acreedor a las sanciones previstas en este artículo.

PARÁGRAFO 2o. Los contratos que celebren las entidades estatales colombianas con compañías extranjeras y nacionales llevarán una cláusula en la cual se incluya lo preceptuado en este artículo.”

¿Pero qué ocurriría si la carga está asegurada por una póliza colombiana pero a su vez la embarcación está asegurada por una póliza sujeta a la ley y jurisdicción del Reino Unido y (como en el caso en estudio) es el armador quien inicia las negociaciones y procede posteriormente con el pago del rescate? ¿Se entendería que el propietario de la carga (asegurado) fue “irreparablemente privado” de sus bienes?

A nuestro parecer no, y por tanto, en ese evento no habría lugar a considerar el caso como una pérdida total real. El caso se tendría que analizar entonces bajo la teoría expuesta en “Masfield” en la que se señala que habrá que “esperar a ver el desenlace” (wait and see) y sólo con el desarrollo de los hechos se podrá establecer si se fue “irreparablemente privado” de los bienes asegurados o no.

Hacemos referencia a esto pues según el cuestionamiento sugerido, si tras las negociaciones iniciadas por el armador (quien está cubierto [en el caso hipotético planteado] por la ley inglesa al igual que su seguro) se logra la liberación de la nave y su carga, no se podrá concluir bajo ningún criterio que el propietario de la mercancía fue “irreparablemente privado” de esta.

Lo anterior hace que uno se plantee una pregunta en lo que se refiere a la teoría de “esperar a ver el desenlace”. ¿Por cuánto tiempo se debería esperar para considerar si se cumplen los requisitos para una pérdida total o no?

A diferencia de lo que ocurre bajo la ley Inglesa la cual ha establecido que al estar privado el asegurado de su propiedad por un periodo de 12 meses⁷⁶ se presume la pérdida total constructiva⁷⁷, la legislación colombiana no se ha pronunciado al respecto. Sin embargo, en el artículo 1735⁷⁸ del Código de Comercio señala que transcurrido un periodo razonable sin que se haya tenido noticia de la nave se presumirá la pérdida total efectiva⁷⁹.

Con lo anterior, se quiere resaltar que con base en la teoría de “esperar a ver el desenlace”, estará al arbitrio del juez establecer cuanto tiempo debe transcurrir para considerarse es improbable el “rescate” de los intereses secuestrados⁸⁰ o cuanto es un

76 “The Bamhuri” [1981] 1 Lloyd’s Rep 312. “The Aliza Glacial” [2002] 2 Lloyd’s Rep 421. Royal Boskalis Westminster NV v Mountain [1999] QB 674

77 Transcurrido ese periodo de tiempo se presume “improbable su rescate”.

78 Artículo 1735 Código de Comercio Colombiano. “Si transcurrido un lapso razonable de tiempo no se han recibido noticias de la nave, se presumirá su pérdida total o efectiva.”

79 Respecto a esta disposición hay que señalar que a diferencia del desarrollo jurisprudencial Ingles, la ley colombiana ha contemplado que el paso del tiempo puede derivar en una presunción de Pérdida Total Efectiva y no Constructiva. Adicionalmente, se considera es un requisito para que esto ocurra que no se tenga noticias de la nave, así las cosas, en el marco de un secuestro por piratas, si se está inmerso en una negociación para intentar el rescate de los bienes, se debería entender que este principio no aplica por no cumplirse los requisitos.

80 Esto para considerarlo como Pérdida Total Constructiva.

tiempo razonable para considerarlo como una pérdida total efectiva en los términos del artículo 1735.

3.2 Pérdida Total Constructiva

Respecto a la pérdida total constructiva⁸¹ hay que resaltar que ésta es una de las especies de pérdida total reconocidas por el seguro marítimo y la ley colombiana. Es por eso, que a la hora de presentar la reclamación, dé encontrar el asegurado que el evento cumple con las características de este tipo de pérdida, deberá manifestarlo y probarlo a la aseguradora.

Así mismo deberá cumplir con las formalidades⁸² que la ley exige de presentarse una pérdida total constructiva, como lo es presentar “aviso de abandono”⁸³, para

81 Artículo 1736 Código de Comercio Colombiano. “Existirá pérdida total constructiva o asimilada cuando el objeto asegurado sea razonablemente abandonado, bien porque aparezca inevitable su pérdida total o efectiva, o bien porque no sea posible preservarlo de ella sin incurrir en gastos que excederían su valor después de efectuados. Particularmente habrá pérdida total en los siguientes casos:

1) Cuando el asegurado sea privado de la nave o de las mercancías, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de la nave o de las mercancías una vez rescatadas;

2) Cuando el daño causado a la nave por peligro asegurado sea de tal magnitud que exceda el costo de la nave una vez reparada.

Al efectuar la estimación del costo de las reparaciones no podrá hacerse deducción alguna por contribuciones de avería general a cargo de otros intereses. Pero se tendrán en cuenta los gastos de futuras operaciones de salvamento, lo mismo que cualesquiera contribuciones futuras de avería general a que la nave tuviere que atender en caso de ser reparada, y

3) Cuando la reparación de los daños de que sean objeto las mercancías aseguradas y el costo de su remisión a su lugar de destino excedan su valor a la fecha de arribo.”

82 Artículo 1739 Código de Comercio Colombiano. “El aviso de abandono deberá darse por escrito en términos que indiquen, de modo inequívoco, la intención del asegurado de hacer abandono incondicional de su interés en el objeto asegurado, en favor del asegurador.” Ver también Sentencia de 18 de diciembre de 2006. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. MP Edgardo Villamil Portilla. Expediente: 11001-3103-024-1994-22712-01

83 Artículo 1737 Código de Comercio Colombiano. “En caso de pérdida total constructiva o asimilada, el asegurado podrá considerarla como parcial o como total real o efectiva, abandonando en este caso el objeto asegurado a favor del asegurador.

PARÁGRAFO. El ejercicio del derecho de abandono interrumpe la prescripción de la acción para hacer efectiva la indemnización por pérdida parcial.”

Artículo 1738 “Código de Comercio Colombiano. Si el asegurado opta por abandonar el objeto asegurado, deberá dar aviso de abandono. No dándolo, la pérdida sólo podrá considerarse como pérdida parcial.

El aviso deberá darse por el asegurado dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que haya recibido información fidedigna de la pérdida.

PARÁGRAFO. Si la información fuere sospechosa, el asegurado tendrá derecho a un tér-

que así el evento sea tratado como una pérdida total constructiva por la aseguradora. La aseguradora por su parte, tendrá la posibilidad de aceptar o rechazar el aviso de abandono⁸⁴, sin que esto afecte el análisis del siniestro.

Para efectos del análisis, es de mencionar que para que la pérdida sea considerada como un pérdida total constructiva, es necesario que ocurrido el siniestro: 1. Parezca inevitable pérdida total efectiva del bien asegurado; 2. No sea posible preservar los bienes asegurados, sin que los gastos en que se incurra para tal efecto hagan que se exceda el valor de los bienes luego de haberse incurrido en dichos gastos; o 3. Que “el asegurado sea privado de los bienes, a consecuencia de un peligro cubierto por el seguro y sea improbable su rescate, o el costo de éste exceda el valor de los bienes asegurados.

Al revisar los escenarios en los que se podría presentar una pérdida total constructiva, vemos que según los hechos del caso en estudio, sólo aplicaría el numeral tercero (3) del párrafo anterior, al tratarse de un caso secuestro por piratas, el cual vimos está cubierto por las Cláusulas de Carga del Instituto de Londres tipo A.

Sin embargo, recordando que el análisis del caso se está haciendo bajo la óptica de la legislación colombiana, somos de la opinión que este tipo perdida no sería la más adecuada a aplicar a un secuestro por piratas, cuyo único fin es lograr el recaudo de una suma de dinero como exigencia para devolver la embarcación y mercancía a sus dueños.

Lo anterior se afirma en el entendido que el Código de Comercio colombiano se refiere, para la aplicación de la pérdida total constructiva a que sea “improbable” el “rescate” de los bienes asegurados y según los hechos del caso y de cara a la ley colombiana, consideramos al igual que lo hizo “Lord Sydney” en su argumento fallido de cara a la ley Inglesa, que no es improbable la recuperación de los bienes sino que es “imposible” siempre que bajo la ley colombiana está prohibido pagar “rescates” a secuestradores puesto que dichos pagos deben ser considerados como pagos de “extorsiones”.

De realizarse el pago, se está sujeto a las consecuencias que señala el “Estatuto Nacional Contra el Secuestro”⁸⁵. Es decir, sería jurídicamente imposible pensar en la posibilidad de amparar por medio de la póliza de seguro los costos de una negociación o rescate que derive en la posterior liberación de los bienes asegurados, sin que ésta derive en la ineficacia de pleno derecho del contrato de seguro y demás consecuencias señaladas en el artículo 25 de la citada ley.

mino de treinta días para investigarla. En este caso el término para dar el aviso comenzará a correr desde el momento en que la información haya llegado a ser fidedigna.”

84 Artículo 1740 Código de Comercio Colombiano. “Dado en debida forma el aviso de abandono, no sufrirán ningún menoscabo los derechos del asegurado porque el asegurador rehúse aceptar el abandono.”

85 Ley 40 de 1993 artículos 25 y 26

A partir de esto se debe concluir⁸⁶ que el caso no podría ser una pérdida total constructiva sino que debería ser tratado como una pérdida total efectiva⁸⁷. Sin embargo, una vez más tenemos que plantear una situación que puede llegar a presentarse. ¿Qué pasaría si la nave está asegurada con una aseguradora inglesa la cual según el fallo en estudio⁸⁸ pueda adelantar la negociación y posterior pago de un rescate (fuera del territorio colombiano)?

En este caso podría analizarse la posibilidad de tratar el evento como una pérdida total constructiva siempre que no se estaría frente a la imposibilidad de un rescate sino ante un caso en el que la liberación podría ser probable o improbable según las circunstancias.

Una vez más nos enfrentaríamos a una situación de “esperar a ver el desenlace”⁸⁹. Lo que sí es seguro frente a la legislación de nuestro país, es que en el evento en que el armador o su aseguradora paguen un “rescate” del cual luego pretendieran recobrar alguna suma de parte del interés de carga⁹⁰ asegurado bajo la ley colombiana, dicha pretensión de recobro carecería de legitimidad por lo menos ante nuestra jurisdicción por ser este pago considerado ilegal.

Por otra parte, si como en el caso en estudio el asegurado hubiese renunciado a su intención de adelantar una reclamación por pérdida total constructiva para seguirla como una pérdida total real, dicha decisión no hubiese tenido efecto práctico alguno pues al igual que como lo concluyó la Corte Suprema Inglesa, se cree que para definir si el bien asegurado ha sido “irreparablemente privado” (pérdida total efectiva) o si es “improbable su rescate” (pérdida total constructiva) tendrá que hacerse uso de la teoría de “esperar y ver el desenlace de la situación”, y como en efecto sucedió en este caso, tras una negociación se logró el rescate de la embarcación, la carga y la tripulación, lo que hace que el asegurado no haya sido ni “irreparablemente privado” ni sea “improbable” el rescate, es decir que no existió pérdida total en ninguna de sus presentaciones.⁹¹

86 Resaltando una vez más que a esta conclusión se llega haciendo el ejercicio hipotético en el cual el caso se hubiese decidido bajo la ley Colombiana y no bajo la Ley Inglesa como en efecto se decidió.

87 Esto, por considerarse que ante la imposibilidad jurídica (ante la ley colombiana) de realizar el pago de un “rescate” / extorsión, se entenderá el asegurado fue “irreparablemente privado” de su propiedad.

88 Se hace referencia al fallo real. *Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati)* [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630

89 “wait and see situation”

90 Esto podría presentarse en el caso que se declare la Avería Gruesa y se pretenda que la carga que se vio beneficiada por el pago del “rescate”, el cual se consideraría como un gasto en términos de avería gruesa, realice la contribución correspondiente. (ver avería gruesa Artículo 1517 del Código de Comercio / Reglas de York & Amberes)

91 Una vez más tendríamos que ver quien hace la negociación, quien la paga y en donde la paga pues según la ley colombiana si esto lo hace una persona natural o jurídica dicha negociación y pago sería ilegal.

Así mismo es preciso mencionar que tanto las aseguradoras como sus asegurados deben tener precaución ante un evento de estas características en donde se presente la posibilidad de negociar con Piratas Somalíes pues en adición a las prohibiciones establecidas por la ley colombiana, a partir del “Executive Order”⁹² emitido por los Estados Unidos, una negociación de dicho tipo será ilegal y habrá consecuencias para quienes la ejecuten, si se concluye que el pago de un eventual rescate contribuyó al conflicto en Somalia, específicamente si se concluye éste contribuyó para el financiamiento de grupos terroristas⁹³.

3.3 Pérdida Parcial

Aun cuando en el caso en estudio no se analizó, pues no existía un evento con características de pérdida parcial⁹⁴, vale resaltar que este tipo de pérdida corresponde a toda pérdida que no sea considerada como una pérdida total, efectiva o constructiva. En un caso como el analizado, podría haberse presentado en el evento que luego de ser rescatada o liberada la mercancía, parte de ésta hubiese sufrido daños resultantes del secuestro o del intento de “rescate”.⁹⁵ Esos daños estarían cubiertos sin lugar a dudas bajo la póliza en estudio.

Por otra parte, si la pérdida sufrida por el asegurado se representa en una “pérdida del mercado”; al igual que como se falló en la Corte Inglesa⁹⁶, consideramos que dicha

92 Executive Order 13536 concerning Somalia. “Blocking property of certain persons contributing to the conflict in Somalia.

93 Consecuencias tales como penas de prisión para los representantes legales de las compañías por entenderse que los piratas somalíes son terroristas.

94 Artículo 1748 Código de Comercio Colombiano. “La pérdida parcial del objeto asegurado, que sea efecto del riesgo cubierto por el seguro y no constituya avería común, será avería particular. No se considerarán averías de esta clase los gastos particulares, esto es, los que se efectúen por el asegurado, en su nombre o por su cuenta, para preservar el objeto asegurado o para garantizar la seguridad de él y no que constituyan gastos de salvamento”.

95 Shaw Richard. University of Southampton Institute of Maritime Law. Senior Research Fellow. Wednesday Research Seminars. “Si bien no hay precedente que indique que el pago de rescates para liberar alguno de los intereses de la aventura marítima de un secuestro por piratas constituye “gasto” recuperable por la declaración de Avería Gruesa, se esperaría que eso sea posible toda vez que un gasto de ese tipo encuadra en la descripción de la “Sección 66” del Marine Insurance Act 1906”.

En términos de la consecuencia de un secuestro por piratas frente a una nave fletada (Fletamento por tiempo), existe precedente en la jurisdicción Inglesa (“The Saldhana [2010] EWHC 1340) que indica que a falta de acuerdo expreso en el contrato de fletamento, el secuestro por piratas no constituirá causal de “off hire”. Habrá que ver de cara al derecho Colombiano como se conciliaría dicha posición con lo estipulado por el artículo 1673 del Código de Comercio el cual habla de los “impedimentos para utilizar la nave”.

96 Con esto nos referimos a los perjuicios por pérdida de mercado no se reconocieron. Sin embargo la razón de esto en la decisión del “Bunga Melati Dua”, encontró soporte en el hecho que el Marine Insurance Act 1906, así lo establece en su sección 55(2). Masefield

perdida no podría tomarse como una cubierta por éste seguro, en el entendido que el contrato se rige por el principio indemnizatorio⁹⁷, en donde se amparan las pérdidas por daño emergente y eventualmente se ampara el lucro cesante siempre que éste haya sido incluido de manera expresa en el contrato. Al estar siendo analizado el caso bajo las Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A, encontramos que dicho clausulado no estipula el lucro cesante como pérdida indemnizable y por tal, sólo se reconocería el valor costo de la mercancía averiada⁹⁸.

4. LA PÉRDIDA COMO HURTO

En el caso en estudio, es de resaltar que además que la aseguradora rechazó el “aviso de abandono” presentado⁹⁹, el asegurado apelante renunció¹⁰⁰ a seguir tratando el caso como uno de pérdida total constructiva para adelantar la reclamación como una

AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati) [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630 at 13

97 Artículo 1088 Código de Comercio Colombiano. “Respecto del asegurado, los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir fuente de enriquecimiento. La indemnización podrá comprender a la vez el daño emergente y el lucro cesante, pero éste deberá ser objeto de acuerdo expreso.”

98 Esto en términos del artículo 1756 del Código de Comercio Colombiano. “ En caso de pérdida parcial de cosas distintas de la nave y el flete, se observarán las siguientes reglas: 1) Cuando ocurra pérdida total de parte de las cosas aseguradas y la póliza sea de valor estimado, el importe de la indemnización representará, respecto de la suma estipulada en la póliza, la proporción entre el valor asegurable de la parte perdida y el valor asegurable del todo, determinado como en el caso de una póliza de valor no estimado.

Si la póliza es de valor no estimado, el importe de la indemnización será equivalente al valor asegurable de la parte perdida, y

2) Cuando ocurra avería del todo o parte de las cosas aseguradas y la póliza sea de valor estimado, el importe de la indemnización será, respecto de la suma estipulada, equivalente a la proporción entre la diferencia del valor bruto de las mercancías en estado sano y el valor bruto de las mismas en estado de avería, por una parte, y el mismo valor bruto de las mercancías en estado sano, por la otra.

Si la póliza es de valor no estimado, el importe de la indemnización será respecto del valor asegurable, equivalente a la proporción entre la diferencia del valor bruto de las mercancías en estado sano y el valor bruto de las mismas en estado de avería, por una parte, y el mismo valor de las mercancías en estado sano, por la otra.

Se entenderá por valor bruto el precio de venta al por mayor y, no existiendo éste, el valor apreciado con inclusión del flete, gastos de descargue e impuestos pagados anticipadamente. Pero tratándose de cosas que usualmente se vendan en consignación, se entenderá por valor bruto el precio de la consignación.

PARÁGRAFO. Para los efectos de este artículo, el valor bruto se calculará en el puerto de destino de las mercaderías.”

99 Masfield AG v Amlin Corporate Member Ltd, “The Bunga Melati Dua, [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630. at 1

100 Lowry John, Rawlings Philip and Merkin Robert. Insurance Law Doctrines and Principles. Hart Publishing. Third Edition. 2011. pg 492 “Constructive Total Loss was pursued as an alternative at first instance but this was dropped on appeal”.

pérdida total efectiva¹⁰¹ e incluyó un argumento a su defensa el cual sugería que en adición a los otros argumentos presentados, el caso era una pérdida total efectiva pues éste no era un secuestro si no era un caso de hurto¹⁰² cubierto por la póliza.

A lo anterior contestó la Corte que 1. Independientemente de si era hurto o secuestro por piratas, para probar la pérdida total efectiva el asegurado debe demostrar que ha sido “irreparablemente privado de su mercancía”¹⁰³; y 2. Que el “hurto” sigue una definición legal la cual exige que la toma de posesión de la mercancía se haya hecho con la intención de privar a su propietario permanentemente de ella¹⁰⁴, lo que para este caso tampoco ocurrió pues como se demostró a partir de los hechos, los piratas secuestradores secuestraron la nave, mercancía y tripulantes e inmediatamente solicitaron el pago de un valor para el rescate, el cual una vez se pagó, resultó en la liberación de dichos intereses¹⁰⁵.

De haber ocurrido el siniestro en Colombia, consideramos que tanto el análisis como la conclusión debería ser similar a la que tomó la Corte Suprema Inglesa, en el entendido que frente a la Ley Penal colombiana, cada tipo penal tiene su descripción y sus características las cuales deben estar presentes en los hechos de un caso para poder concluir se está ante la presencia de un delito determinado o no.

Respecto al hurto, la definición que otorga el artículo 239 del Código Penal Colombiano¹⁰⁶ deja ver que el tipo penal se refiere a “el que se apodere de cosa ajena” y continúa diciendo “con el propósito de obtener provecho para sí o para otro”. Frente a esta definición vemos que el tema no es tan claro como lo fue bajo el “Theft Act” de la ley Inglesa toda vez que éste último exige como requisito para considerar un acto como hurto, que quien realiza el acto lo haga con intención de privar de manera permanente al propietario de la cosa de ésta.

101 Masfield AG v Amlin Corporate Member Ltd, “The Bunga Melati Dua, [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630. at 15

102 Masfield AG v Amlin Corporate Member Ltd, “The Bunga Melati Dua, [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630. at 57

103 Este requisito se evidencia en el Marine Insurance Act 1906 Sección 57 (norma analizada en el caso original) y en el artículo 1734 del Código de Comercio Colombiano, artículo el cual debe analizarse para entender cómo opera la figura de la Pérdida Total Efectiva a la luz del derecho colombiano.

104 Theft Act 1968 (England and Wales) sections 1(1) and 6(1).

105 Masfield AG v Amlin Corporate Member Ltd, “The Bunga Melati Dua, [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd’s Rep 630. at 7

106 Artículo 239 Código Penal Colombiano. “El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses.

La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

En el caso de la ley penal colombiana se considera que la pregunta recaería en establecer a que se refiere la norma con el término “apoderarse” pues el artículo 239 del Código Penal Colombiano en ninguna parte hace referencia a que dicho apoderamiento sea permanente o deba ser con la intención de ser permanente¹⁰⁷.

Por otra parte, al referirse al delito de secuestro¹⁰⁸, la ley colombiana hace referencia a este delito sólo respecto de personas y no respecto de cosas, es así como a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, hablar de secuestro en contra de una embarcación, por lo menos en términos penales¹⁰⁹ es equivoco. Sin embargo, la ley penal colombiana establece un tipo penal exclusivo para el “apoderamiento de naves”¹¹⁰ en el cual se considera encuadraría una situación como la estudiada.

Esto lleva a plantearse cómo aplicarían entonces los artículos 12¹¹¹ y 26¹¹² del Estatuto Nacional Contra el Secuestro los cuales se refieren a las penas y sanciones en que incurran las personas que participen en la negociación o pagos de “rescates”. Específicamente, se refiere dicho Estatuto en su artículo 26 a que será ineficaz de

107 Por su parte, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el verbo “apoderar” como: “Hacerse dueño de algo, ocuparlo, ponerlo bajo su poder.” <http://lema.rae.es/drae/?val=apoderar> Consultado el 1 de Agosto de 2013

108 Artículo 169 Código Penal Colombiano. “El que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político, incurrirá en prisión de trescientos veinte (320) a quinientos cuatro (504) meses y multa de dos mil seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (2.666.66) a seis mil (6.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Igual pena se aplicará cuando la conducta se realice temporalmente en medio de transporte con el propósito de obtener provecho económico bajo amenaza.”

109 No ocurre lo mismo en términos de Derecho Marítimo y seguros.

110 Artículo 173 Código Penal Colombiano. El que mediante violencia, amenazas o maniobras engañosas, se apodere de nave, aeronave, o de cualquier otro medio de transporte colectivo, o altere su itinerario, o ejerza su control, incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1333.33) a cuatro mil quinientos (4.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes, cuando no se permita la salida de los pasajeros en la primera oportunidad.

111 Artículo 12 Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro. “Quien intervenga en la celebración de un contrato que asegure el pago del rescate de un posible secuestro o en la negociación o intermediación del rescate pedido por un secuestrado, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años.”

112 Artículo 26 Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro. “Sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar, los contratos de seguro que bajo cualquier modalidad se otorguen para cubrir el riesgo del pago para lograr la liberación de un secuestrado, serán ineficaces de pleno derecho, y las compañías de seguros y los corredores o intermediarios que intervengan en su realización, serán sancionados por la Superintendencia Bancaria, previa investigación administrativa, con multa no inferior a doscientos (200) salarios mínimos y no superior a dos mil (2000) salarios mínimos”

pleno derecho todo contrato de seguro que se otorgue para cubrir el riesgo del pago para lograr la liberación de un secuestrado.

Frente a esto vale mencionar que tanto el Código Penal como este último artículo se refieren al secuestro de “personas” y al pago de “rescates” para la liberación de “personas”. Sin embargo, se considera posible que el juez del caso, interprete que dicha disposición debe aplicarse de manera analógica al “secuestro” de embarcaciones por piratas¹¹³.

Ahora bien, la pregunta que uno debe hacerse frente a un caso con estas características y en donde se cuente con una póliza que cubra el riesgo de secuestro por piratas es: ¿Que es lo que se está cubriendo? Frente a esto, consideramos que en la medida que la cobertura de piratería de las Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A no definen textualmente la extensión de su cobertura, el contrato de seguros acordado bajo dicho clausulado debe interpretarse de forma tal que su aplicación sea coherente y acorde a la legislación nacional para lograr así su viabilidad¹¹⁴.

Con esto se quiere decir que una cobertura como la de “piratería” bajo una póliza que esté regida por la ley colombiana, debería entenderse que cubre los daños y la pérdida de los bienes asegurados como consecuencia del secuestro, mas no cubriría los gastos de un eventual pago de “rescate” para la liberación de los mismos, toda vez que una interpretación de tal tipo podría llevar a la ineficacia de pleno derecho del contrato de seguro¹¹⁵.

Retomando el análisis del caso, a partir de lo anterior se considera que de analizarse a la luz del derecho colombiano, la conclusión debería ser que en la medida que la póliza en cuestión contiene tanto el amparo de secuestro por piratas como el de hurto; para poderse considerar cubierto el caso por el amparo de hurto, habrá que “esperar a ver el desenlace”¹¹⁶, siempre que con el desarrollo de los hechos, un evento que inició como un caso de secuestro por piratas puede derivar en un caso de hurto¹¹⁷.

Frente a este caso en particular, en nuestra opinión se observa que no se configura el delito de “hurto” pues no se cumplen las características de dicho tipo penal. Sin embargo, si se llegase a considerar que lo ocurrido con el “Bunga Melati Dua” encuadra con lo descrito por el tipo penal, al referirse al término “apoderarse”, habría que concluir que si bien se podría hablar de un “hurto” en términos del artículo 239, de

113 Así mismo hay que resaltar que el parágrafo primero del Estatuto Nacional Contra el Secuestro se refiere al pago de extorsiones como conducta a ser reprochable sin distinguir la finalidad del mismo. Es decir, no distingue si el pago es para la liberación de una persona o una cosa.

114 Artículo 1620 Código Civil Colombiano. “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

115 Ver artículo 26 Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro.

116 “wait and see situation”

117 Todo esto en términos de Derecho de Seguros y sin tener en cuenta la posibilidad que existe ante la ley penal del concurso de delitos.

cara al contrato de seguro no surgiría obligación alguna de pago en cabeza de la aseguradora por haberse recuperado la mercancía sin que esta hubiese resultado afectada¹¹⁸.

Respecto a la definición del artículo 173 del Código Penal que se refiere al apoderamiento de naves, se observa que éste es un caso que encuadraría en dicho delito, sin embargo, una vez más hay que resaltar que la mera comisión del ilícito no da lugar para que se active la cobertura de la póliza. Para que sea posible la afectación de la póliza, es necesario que el bien resulte averiado o perdido como consecuencia de haber sido víctima el asegurado de la comisión del delito.

En caso que por la comisión de cualquiera de estos dos delitos, la mercancía no se hubiese recuperado o se hubiese recuperado averiada, el asegurado tendría derecho a ser indemnizado bajo la póliza. El establecer si se trataba de un “hurto” o de un “secuestro” quedará en manos del analista de siniestros o de los abogados que luego lleven un eventual litigio en donde se deberá probar que se cumplen los requisitos de uno u otro pero independientemente de la conclusión a la que se llegue, de presentarse daño o pérdida del bien asegurado, ambos casos tendrían cobertura bajo una póliza sujeta al derecho colombiano¹¹⁹.

La pregunta en este caso es que tipo de pérdida¹²⁰ se constituiría de considerarse el evento como un “hurto” o como un “secuestro”. Frente a esto, consideramos que independientemente de si es un “hurto” o un “secuestro”, en ninguno de los dos casos debe considerarse automáticamente la pérdida como una pérdida total efectiva o constructiva. Deberá demostrar el asegurado en cumplimiento de la carga de ley de demostrar la ocurrencia del siniestro, que los elementos constitutivos de una u otra pérdida están presentes y así, una vez eso se haya demostrado, se dará el trato correspondiente al caso.

5. OBLIGACIÓN DE EVITAR LA EXTENSIÓN Y PROPAGACIÓN DEL SINIESTRO¹²¹

Como se mencionó con anterioridad, la Corte Suprema de Inglaterra declaró que no sólo el pago de “rescates” no era contrario al orden público ni a la ley sino que además

118 Esto sin tener en cuenta la pérdida de mercado, pérdida la cual como se explicó en párrafos precedentes a nuestro parecer no está cubierta.

119 El amparo e secuestro tendría cobertura en cuanto a las pérdidas que sufra el asegurado por la acción de los piratas más no por el pago de rescates.

120 Pérdida Total Efectiva o Pérdida Total Constructiva.

121 El Marine Insurance Act 1906 en su sección 78 hace referencia a “suing and labouring clause” o cual se asimila a la obligación que bajo la ley colombiana tiene el asegurado de evitar la propagación y extensión del siniestro. También los gastos en los que incurra el asegurado para este propósito, serán recuperables bajo la póliza.

A diferencia de la legislación colombiana la cual establece la obligación una vez ha ocurrido el siniestro, la legislación inglesa establece que dicha obligación surge incluso antes de ocurrido el siniestro. Así las cosas, el asegurado está obligado a hacer lo que

en cumplimiento al contrato de seguro éste debía hacerse, primero para procurar por la seguridad de la tripulación de las naves y segundo para cumplir la obligación en cabeza del asegurado de evitar la pérdida o evitar su extensión o propagación lo que es conocido como clausulas de “Sue and Labor”¹²².

Es decir que además de estar obligado el asegurado a intentar el “rescate” de la nave o de las mercancías dependiendo del caso, también deberá la aseguradora reconocer dicho monto como un gasto indemnizable para evitar la extensión y propagación del siniestro.

Ahora, si bien es cierto que bajo la legislación colombiana¹²³ el asegurado también está obligado a evitar la extensión y propagación del siniestro¹²⁴ y la aseguradora está obligada a reconocer en adición al monto de los daños los gastos razonables en que se haya incurrido para el cumplimiento de dicha obligación; consideramos que en Colombia sí es contrario a la ley y el orden público el pago de “rescates” para lograr la liberación de embarcaciones secuestradas, por considerarse que dicha práctica incentiva la actividad delincinencial, específicamente el secuestro¹²⁵ y por ese motivo, un pago de esas características no podrá ser recuperado por el asegurado como gasto para evitar la extensión y propagación del siniestro.

Finalmente se considera que una interpretación diferente, una que permita entender que el pago de “rescates” es un gasto recuperable por parte del asegurado, pondría en riesgo la integridad del contrato de seguro, siempre que a partir del “Esta-

esté a su alcance para evitar el siniestro y los gastos razonables en los que incurra para ese propósito serán reconocidos por la póliza así se haya logrado el objetivo y no ocurra el siniestro.

122 Marine Insurance Act 1906. “78. Suing and labouring clause (1) Where the policy contains a suing and labouring clause, the engagement thereby entered into is deemed to be supplementary to the contract of insurance, and the assured may recover from the insurer any expenses properly incurred pursuant to the clause, notwithstanding that the insurer may have paid for a total loss, or that the subject-matter may have been warranted free from particular average, either wholly or under a certain percentage. (2) General average losses and contributions and salvage charges, as defined by this Act, are not recoverable under the suing and labouring clause. (3) Expenses incurred for the purpose of averting or diminishing any loss not covered by the policy are not recoverable under the suing and labouring clause. (4) It is the duty of the assured and his agents, in all cases, to take such measures as may be reasonable for the purpose of averting or minimising a loss.”

123 Artículo 1074 Código de Comercio Colombiano. “Ocurrido el siniestro, el asegurado estará obligado a evitar su extensión y propagación, y a proveer al salvamento de las cosas aseguradas.

El asegurador se hará cargo, dentro de las normas que regulan el importe de la indemnización, de los gastos razonables en que incurra el asegurado en cumplimiento de tales obligaciones”.

124 Obsérvese que la ley colombiana se refiere a esta obligación una vez ocurrido el siniestro.

125 Esto en términos de la ley penal colombiana y el “Estatuto Nacional Contra el Secuestro” mencionado durante el estudio aquí plasmado.

tuto Nacional Contra el Secuestro”, entender que se otorgó cobertura a un gasto de ese tipo¹²⁶ podría derivar en la ineficacia de pleno derecho del contrato de seguro en adición a las otras consecuencias que impone dicha norma.

6. CONCLUSIONES

Luego del análisis realizado, se debe afirmar que a pesar del hecho que en Colombia el pago de “rescates” es considerado ilegal y por tanto contrario al orden público, no se puede concluir que la cobertura de “piratería”, incluida en las condiciones de varios clausulados de transportes entre esos en las Clausula de Carga del Instituto de Londres tipo A, sea inocua.

Con esto, lo que se quiere plantear es que se considera que el pago de un rescate no es la única consecuencia de un secuestro perpetuado por piratas, dicho secuestro o el intento de secuestro puede derivar en el daño o la pérdida de la mercancía. En tal evento se activaría la cobertura de la póliza teniéndose como causa del siniestro el secuestro y habría lugar al pago de parte de la aseguradora; es decir, aplicaría la cobertura.

Por otra parte, en lo que concierne a la definición del tipo de pérdida, un caso analizado bajo la óptica del derecho colombiano debería seguir los mismos criterios tenidos en cuenta por la Corte Suprema Inglesa, en la medida que se debe revisar el cumplimiento de los requisitos de la pérdida total, ya sea efectiva o constructiva, para establecer así el tratamiento que se le dará al caso y las cargas que debe cumplir el asegurado para demostrar su pérdida.

Ahora bien, el análisis de un caso de características como el del “Bunga Melati Dua” puede llegar a ser más complicado si se hace bajo la perspectiva de la legislación Colombia, en el entendido que al no contar con ley o precedente que lo confirme, la aplicación del criterio de “esperar a ver el desenlace” para establecer el tipo de pérdida a aplicar, dependerá de la habilidad argumentativa de cada una de las defensas y del criterio de los jueces, quienes deberán analizar los requisitos señalados en ley de cara a los hechos del caso, para así llegar a una conclusión.

Lo mismo ocurrirá respecto al análisis para determinar si el caso se debe considerar como un hurto o un secuestro. Independientemente al cumplimiento de los requisitos de cada uno de estos tipos penales, frente a la afectación del contrato de seguro, tanto asegurado como aseguradora deberán esperar al desenlace del evento para poder concluir si se aplica la cobertura de hurto o de secuestro; aclarando que bajo nuestro criterio la diferencia no sería mucha pues en Colombia al igual que en el Reino Unido, no existe norma ni precedente judicial que indique que un hurto o un secuestro constituye una pérdida total “ipso facto”, habrá entonces que revisar de cara a los hechos y desenvolvimiento del caso si éste cumple o no con los requisitos para

126 Pago de “rescates”.

ser considerado una pérdida total o no, y de serlo, si será una pérdida total efectiva o una pérdida total constructiva.

En lo que se refiere a la posibilidad de considerar el pago de “rescate” como el cumplimiento de la obligación del asegurado de evitar la extensión y propagación del siniestro, siendo este un gasto recuperable a través de la póliza, consideramos que bajo la óptica de la ley colombiana, intentar recuperar dicho pago como un gasto de ese tipo no es una posibilidad, pues a diferencia de lo que ocurre en el Reino Unido, el pago de “rescates” en Colombia si es contrario a la ley y como se mencionó, interpretar esto como una posibilidad podría derivar en la ineficacia del contrato de seguro.

Por lo anterior, se concluye que de haber ocurrido un siniestro con estas características bajo la ley colombiana, donde el asegurado hubiese contratado con una empresa que opere en el país la cobertura de transportes bajo las Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A, el evento no se hubiese indemnizado, no por no tener cobertura pues como ya se mencionó la “piratería” está amparada por esta póliza, sino porque luego del desenlace del caso se encontró que la mercancía asegurada no se vio afectada por el secuestro al que fue sometida por parte de los piratas.

Adicionalmente se concluiría que el evento no constituyó una pérdida total efectiva pues el asegurado no fue “irreparablemente privado” de la mercancía asegurada, tampoco sería una pérdida total constructiva pues si bien podría considerarse bajo la ley colombiana “improbable” el rescate de la carga, los hechos demostraron lo contrario y la carga fue recuperada en un periodo de tiempo corto.

Con lo anterior, se quiere decir que si bien las pérdidas sufridas por la carga tras un ataque perpetuado por piratas si está cubierto bajo esta póliza, los hechos del caso hacen concluir que el asegurado no tenía derecho a indemnización alguna pues la carga no se vio afectada durante el secuestro de la nave.

En un caso con estas características, de haberse recuperado la mercancía por parte del asegurado sin que ésta hubiese sufrido daño alguno, la respuesta de la aseguradora no podría ser otra distinta a la de objetar la reclamación, en el entendido que el contrato se rige por el principio indemnizatorio y consecuentemente, si la mercancía no se vio averiada por el evento y no estaba asegurado el lucro cesante, no surge el derecho del asegurado de ser indemnizado, pues como se mencionó, ni la pérdida de mercado ni los daños consecuenciales están cubiertos por la póliza de transportes bajo las Clausulas de Carga del Instituto de Londres Tipo A.

Por el contrario, si la mercancía se hubiese perdido durante el secuestro o se hubiese visto averiada parcialmente, tras la demostración de la ocurrencia y la cuantía del siniestro en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio Colombiano, la aseguradora debería reconocer la indemnización (teniendo en cuenta el cumplimiento de garantías y la ausencia de otras exclusiones que pudiesen afectar el caso), sin incluir en el valor a indemnizar el eventual monto cancelado para el “rescate” como gasto del siniestro por considerarse éste ilegal.

7. BIBLIOGRAFÍA

Textos:

1. Bennett Howard. The Law of Marine Insurance. Second Edition. Oxford University Press. 2006.
2. Gilma Jonathan, Merkin Robert, Templeman MJ, Blanchard Clair, Cooke Julian, Hopkins Philippe. Arnould's Law of Marine Insurance. Sweet & Maxwell; 17th Revised edition edition.
3. Lowry John, Rawlings Philip and Merkin Robert. Insurance Law Doctrines and Principles. Hart Publishing. Third Edition. 2011.

Normas Nacionales:

1. Decreto 410 de 1971. Código de Comercio Colombiano.
2. Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano.
3. Ley 40 de 1993. Estatuto Nacional Contra el Secuestro.
4. Código Penal Colombiano.

Jurisprudencia Nacional:

5. Sentencia de 18 de diciembre de 2006. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. MP Edgardo Villamil Portilla. Expediente: 11001-3103-024-1994-22712-01
6. Sentencia de 27 de junio de 1940. Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia.

Instrumentos Internacionales:

1. Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 1982.
2. Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima 1988 y el Protocolo para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de las Plataformas fijas emplazadas en la Plataforma Continental de 1988.
3. Reglas de York & Amberes

Jurisprudencia Internacional:

1. British & Foreign Marine Insurance Co Ltd v Gaunt [1921] 2 AC 41.
2. Fender v St. John.Mildmay [1938] AV 1 at 12
3. In re Piracy lure Gentium [1934] A.C 586
4. Laudo Arbitral “Dawsan´s Field” (1972)
5. Masefield AG v Amlin Corporate Member Ltd (The Bunga Melati) [2011] EWCA Civ 24; [2011] 1 Lloyd´s Rep 630
6. Royal Boskalis Westminster NV v Mountain [1999] QB 674
7. “The Aliza Glacial” [2002] 2 Lloyd´s Rep 421.
8. “The Bamburi” [1981] 1 Lloyd´s Rep 312.
9. “The Saldhana [2010] EWHC 1340

Legislación Foránea:

1. Executive Order 13536 concerning Somalia
2. Marine Insurance Act 1906
3. Theft Act 1968 (England and Wales)
4. . “Blocking property of certain persons contributing to the conflict in Somalia.

Clausulados:

1. Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo A.
2. Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo B.
3. Clausulas de Carga del Instituto de Londres tipo C.
4. Clausulas de Guerra del Instituto (Carga) [1/1/82].
5. International Hull Clauses (01/11/03).
6. Institute Time Clauses Freight (1/8/89).
7. Institute Time Clauses Hulls (1/10/83).
8. Institute Time Clauses Hulls (1/11/95).
9. Institute Voyage Clauses Hulls (1/11/95).

Otros:

1. “Asociación de Derecho Marítimo Británico” en octubre de 2009. www.comite-maritime.org/news/nl2009.html
2. Comité Legal. IMO Noviembre de 2010 / Document LEG.97/9/1
3. Diccionario de la Real Academia de la Lengua <http://lema.rae.es/drae/?val=apoderar> Consultado el 1 de Agosto de 2013
4. “International Maritime Bureau”. <http://io9.com/5094734/live-piracy-map-reveals-seas-are-still-a-pirates-paradise>
5. International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Annual Report 2012
6. International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Monthly Report March 2013
7. International Maritime Organization (IMO). Reports on Acts of Piracy and Armed Robbery Against Ships. Monthly Report June 2013.
8. Maritime London News Letter 30.11.09
9. Shaw Richard, Senior Research Fellow. University of Southampton Institute of Maritime Law. Wednesday Research Seminars. 2010
10. www.imo.org (consultado el 4 de agosto de 2013) Día Marítimo Mundial 2011 Piratería: Articular la Respuesta.