

El colapso de OW Bunker ¿Y ahora quién paga?

La sentencia del *Court of Appeal* de Londres “Res Cogitans” y sus consecuencias

Elizabeth Turnbull y Jaime Albors
Clyde & Co LLPe

La propia naturaleza del sector marítimo obliga al Derecho a adoptar medidas de protección individualista para los operadores marítimos ante el riesgo de impago. El ejemplo paradigmático son los créditos marítimos privilegiados que otorgan al acreedor una acción privilegiada y preferencial contra el buque. Por otro lado, el Derecho concursal pretende exactamente lo opuesto: proteger colectivamente a los acreedores. Esta contraposición de actitudes condena a nuestro sector a consecuencias inesperadas cuando se dan quiebras transnacionales. La quiebra de OW Bunker es un claro ejemplo pero, desgraciadamente, en este caso, las consecuencias inesperadas parecen haber recaído en los hombros de los armadores.

Nacido en Aalborg, Dinamarca, en la década de los 80, el Grupo OW Bunker (“OWB”) tenía en 2014 el 7% del mercado mundial de suministro de combustible a buques (*bunkering*). Recientemente había lanzado una OPV que le había permitido recaudar más de 500 millones de euros. Tenía operaciones en 29 países. Tras descubrirse un fraude masivo en una de sus filiales en Singapur, junto con pérdidas estimadas en 240 millones de dólares, el 7 de noviembre de 2014 presentó concurso de acreedores en Dinamarca. A este concurso le siguieron múltiples concursos de sus empresas filiales. Resulta que los daneses también quiebran.

Las transacciones de *bunkering* suelen involucrar una cadena de contratos en los que, en la inmensa mayoría de los casos, el suministrador físico no es la contraparte del armador que recibe el combustible. Es decir, el suministrador contractual no es el suministrador efectivo del combustible. La típica cadena contractual suele incluir, en un extremo, un suministrador físico, en el medio uno o varios traders (entre ellos OWB), y en el otro extremo, un armador o fletador por tiempo.

Pues bien, como consecuencia de la quiebra, ING Bank, banco agente de un sindicato de bancos prestamistas de OWB, activó los mecanismos de garantía del préstamo que incluían, entre otras cosas, la cesión de todos los derechos de cobro sobre las facturas emitidas por OWB. Es decir, a efectos prácticos ING se subrogó en los derechos de cobro de OWB.

A partir de este momento empieza la batalla entre ING y los suministradores físicos por el precio de los suministros que los armadores habían recibido, pero que OWB no había pagado a los suministradores físicos. En el medio, los armadores, queriendo pagar por el suministro pero sin saber a quién y, desde luego, sin querer pagar más de una vez.

Dicen los suministradores físicos que ING está persiguiendo al armador por la totalidad del precio del suministro cuando, sin quiebra de por medio, OWB sólo

habría tenido derecho al margen comercial (generalmente un 1%), y el resto habría ido a parar a los suministradores físicos. Dice ING que tiene una garantía preferente sobre los derechos de cobro de OWB que se lo permite y que, en todo caso, los suministradores físicos están intentando obviar el concurso atacando directamente a los armadores para evitar tener que reclamar a la masa concursal; postura ésta que se puede entender, visto que el panorama en la mayoría de los concursos es desolador.

Sea como fuere, ING empezó el ataque comenzando cientos de arbitra-

jes contra los armadores clientes de OWB por la totalidad del precio del suministro y los suministradores físicos embargando, o amenazado con embargar, cientos de buques alegando que sus contratos contienen cláusulas de retención de título o que sus suministros son créditos marítimos privilegiados.

En esta coyuntura, las posturas adoptadas por los armadores han sido diversas y variadas. Unos han optado por pagar al suministrador físico a cambio de una carta de indemnidad, otros a ING directamente y otros han optado por consignar judicialmente el dinero por medio

Tribuna Profesional cuenta con el patrocinio de:





Fachada de la sede de la Corte de Justicia de Londres.

de un procedimiento que en el mundo anglosajón se conoce como *Interpleader* y que, en esencia, es una suerte de consignación judicial en la que se le solicita al juez que decida a quién pagar el precio del suministro: si a ING o a suministrador físico. La idea es consignar el dinero para así evitar embargos.

La sentencia del *Court of Appeal* de Londres "Res Cogitans"

En este contexto, surge la sentencia *PST Energy Shipping LLC vs. OW Bunker Malta Limited* [2015] EWHC 2022 "Res Cogitans".

Los armadores (PST Energy) contrataron un suministro de combustibles en Tuapse, Mar Negro, con OW Bunker Malta LTD ("OWBM") bajo los términos y condiciones de OWBM (sujetas a Derecho inglés y arbitraje en Londres). OWBM, a su vez, contrató el suministro con su empresa matriz OW Bunker and Trading AS (OWBAS). El suministrador físico: el gigante ruso Rosneft.

El *quid* de la cuestión era en este caso si un contrato de suministro de combustible es o no un contrato de compraventa en el sentido de la *Sales of Goods Act 1979*.

Los términos y condiciones del contrato de suministro preveían, como muchas veces es el caso, una obligación de pago a 60 días junto con una cláusula de retención de título.

ING comenzó el arbitraje frente a los armadores y éstos rechazaron la reclamación argumentando que el suministro era un contrato de compraventa que requería tener título para transferir la propiedad de los combustibles y OWBM nunca tuvo título sobre los mismos, al no haber pagado a Rosneft por el su-

ministro. Por lo tanto –argumentaba el armador– OWBM había incumplido un requisito esencial de todo contrato de compraventa: que el vendedor tenga título sobre el objeto de la compraventa.

Si, efectivamente, el suministro era un contrato de compraventa, entonces bajo la *Sales of Goods Act 1979*, para entablar una acción por el precio, el comprador debe tener título sobre las mercancías. Ello es así porque una compraventa, según la *Sales of Goods Act 1979*, requiere la transferencia del título sobre el objeto del contrato, por un precio. Es decir, sin título, no hay reclamación válida por el valor del suministro. Sin embargo, si no es un contrato de compraventa de mercancías, entonces el título no es un requisito esencial del contrato y se puede reclamar el valor del suministro independientemente de si se tiene título o no.

El *quid* de la cuestión era, por lo tanto, si un contrato de suministro de combustible es o no un contrato de compraventa en el sentido de la *Sales of Goods Act 1979*. Si la respuesta es "sí", ING se quedaría en principio sin reclamación (pues nunca tuvo título). Si la respuesta es "no" el título deja de ser un requisito para reclamar el precio.

La respuesta de la *Court of Appeal* (previos paso por el Tribunal arbitral y el *Commercial Court*) ha sido "no". El contrato de suministro de combustible no es un contrato de compraventa en el sentido de la *Sales of Goods Act 1979*.

El Tribunal ha entendido que, en el caso de los suministros de combustible, la combinación de las cláusulas de retención de título, el pago a crédito y la posibilidad de consumir el suministro de inmediato, no convierten el título en una condición esencial del contrato, pues en la mayoría de los casos el combustible suministrado (o parte del mismo) se habría consumido antes de que surgiera la obligación de pago (y por ende la transferencia del título sobre ese suministro). Es decir, según la *Court of Appeal* el efecto de la transacción es que las partes asumen que el título se habrá extinguido (al consumirse el suministro) muy probablemente antes de que surja la obligación de pago por parte del armador. Por lo tanto, en muchos casos, no se llega a dar esa transferencia del título a cambio de un precio que requiere la *Sales of Goods Act*.

Lo que las partes en realidad habían acordado, según la *Court of Appeal*, es un contrato de suministro de mercancías con una licencia para consumirlas, y no un contrato de compraventa por el que se transfiriera el título de esas mercancías a cambio de un precio.

Consecuencias

Y todo este debate jurídico sobre la naturaleza de los contratos de suministro de combustible ¿qué consecuencias tiene para los armadores? Pues bien, las consecuencias exactas no están claras. Lo que sí parece es que, de confirmarse la sentencia de forma definitiva, ya sea por el Tribunal Supremo o porque se deniegue la solicitud de apelación que sabemos está en curso, ING tendría, en principio, derecho al pago de la totalidad del suministro en los contratos que los armadores

DNV·GL



concluyeron con OWB bajos sus términos y condiciones de contratación. Por lo que nos ha llegado a nuestras oficinas, sabemos que son cientos los armadores afectados por esta situación.

Pero la historia no acaba ahí, porque la sentencia no cierra la puerta a reclamaciones de los suministradores físicos directamente contra los armadores por esos mismos suministros invocando créditos marítimos privilegiados, retenciones de título bajo sus condiciones de contratación (que en muchos casos tienen una ley aplicable distinta a la inglesa), o incluso figuras jurídicas como los contratos a favor de terceros. En definitiva, esta sentencia, no satisface a casi nadie y contrasta con sentencias en otras jurisdicciones con resultados muchos más satisfactorios para todos, y, desde luego, a los que menos a los armadores que, según están las cosas, corren el riesgo de tener que pagar dos veces por el mismo suministro.

En contraste con esta sentencia, por ejemplo, un tribunal canadiense determinó que los armadores debían pagar el margen a ING y el remanente a los suministradores físicos, entendiendo que los armadores y OWB eran responsables solidarios por el suministro. Una solución, a nuestro modo de ver, mucho más ajustada a la realidad.

Ante este riesgo de pagar dos veces, los armadores se ven en una situación muy complicada para la que

no hay, desgraciadamente, fácil solución. Los *interpleader* por ejemplo, si bien parecen haber servido para dificultar temporalmente embargos, no parecen eliminar el riesgo de pagar dos veces. Además, la sentencia de la *Court of Appeal* parece haber dado alas a ING, que viene adoptando una posición mucho más agresiva a la luz de la sentencia, con múltiples embargos de buques en las últimas semanas.

También hemos visto cómo las grandes líneas han empezado a imponer sus propios términos y condiciones a los suministradores contractuales de sus buques. Que pequeños y medianos armadores puedan hacer lo mismo es cosa distinta, ya que la naturaleza de la aventura marítima limita –geográfica y temporalmente– el elenco de opciones abiertas para cargar combustible y, por ende, su poder negociador en el mercado.

Además de incrementar los controles sobre la situación financiera de

las contrapartes, conviene que los armadores analicen si la ley aplicable al suministro reconoce un crédito marítimo privilegiado sobre el suministro de combustible. Como regla general, si la respuesta es afirmativa, mayor es el riesgo para el armador en el caso de que una de las partes de la cadena contractual incumpla. También, en la medida de lo posible, conviene intentar limitar el número de contrapartes en una cadena de suministro. Como es lógico, cuantas más contrapartes, mayor el riesgo de incumplimiento y mayor la exposición de los armadores frente a estos incumplimientos.

Queda por ver si el Tribunal Supremo acepta la apelación y, de aceptarla, revoca o no la sentencia de la *Court of Appeal*, pero de convertirse en cosa juzgada, es de esperar que los esquemas contractuales que han venido regulando el mercado del suministro de combustible marino durante décadas sean objeto de cambios de gran calado.

ANAVE, como editora del Boletín Informativo, no comparte necesariamente las opiniones y conclusiones vertidas en los artículos de esta sección, que corresponden exclusivamente a sus firmantes. Se autoriza la reproducción total o parcial de estos artículos, siempre que se cite a ANAVE como fuente y el nombre del autor.

DNV·GL