

Caso CPA núm. 2023-37

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD
CON EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y
LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, ENTRADO EN VIGOR EL 15 DE MAYO DE 2012
(el “TPA”)

y

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL
DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, REVISADO EN 2021 (el “Reglamento CNUDMI”)

- entre -

SEA SEARCH-ARMADA, LLC (EE. UU.)

(la “Demandante”)

- y -

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

**DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DE LA
DEMANDANTE**

Tribunal Arbitral

Sr. Stephen L. Drymer (Árbitro presidente)

Sr. Stephen Jagusch KC

Dr. Claus Von Wobeser

Secretaría

Sr. José Luis Aragón Cardiel

Corte Permanente de Arbitraje

Asistente del Tribunal

Sra. Dina Prokić

3 de junio de 2024

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN*	1
II. CONTEXTO FÁCTICO Y PROCESAL	1
III. DISPOSICIONES DEL TRATADO Y NORMAS APLICABLES	4
IV. ALEGATOS ESCRITOS	6
A) Solicitud de la Demandante	6
B) Respuesta de la Demandada	9
C) Réplica de la Demandante	13
D) Dúplica de la Demandada	15
V. ANÁLISIS	16
VI. DECISIÓN y ORDEN	24

I. INTRODUCCIÓN*

1. La presente Decisión aborda la resolución del Tribunal sobre la *Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante* del 16 de abril de 2024, que fue presentada al amparo del artículo 10.20.8 del TPA y el artículo 26 de la versión aplicable del Reglamento CNUDMI (la “**Solicitud**”)¹.
2. Como se explica a continuación, la Demandante solicita al Tribunal que dicte una serie de órdenes, incluyendo el otorgamiento de una orden de medidas cautelares provisionálsimas mientras se resuelve la Solicitud, cuyo objeto es garantizar la preservación y protección de la “evidencia que surja de o esté relacionada con el plan de rescate del pecio del San José”.

II. CONTEXTO FÁCTICO Y PROCESAL

3. El 19 de marzo de 2024, con motivo de ciertos informes aparecidos en los medios de comunicación que parecían dar a entender que Colombia planeaba iniciar operaciones de rescate relacionadas con el Galeón San José en un futuro próximo, la Demandante envió a la Demandada una comunicación en la que le solicitaba lo siguiente²:
 - a. Proporcione a SSA un compromiso por escrito describiendo las medidas que ha implementado y planea implementar para garantizar que los objetos contenidos en el pecio del Galeón San José sean preservados, estén protegidos contra pérdidas, y sean registrados y catalogados de manera precisa en el momento de su extracción (“Protocolo de Preservación de Evidencia”);
 - b. Adopte todas las medidas necesarias para implementar el Protocolo de Preservación de Evidencia; e
 - c. Informe cada mes a la Demandante acerca del progreso de cualquier extracción del pecio, proporcionando también inventarios detallados de los objetos extraídos.
4. El 8 de abril de 2024, la Demandada respondió indicando que “la República de Colombia mantiene su posición de que SSA, LLC no ha probado y no puede probar que ostenta derecho alguno sobre el Galeón San José” y que “la Demandante no ha demostrado todavía que el Tribunal ostenta jurisdicción en este procedimiento”³.
5. El 16 de abril de 2024, la Demandante presentó su Solicitud, acompañada de anexos documentales (C-121 a C-125) y autoridades legales (CLA-93 a CLA-97)⁴.

* Todas las citas literales de los escritos y correspondencia de las Partes, que fueron presentados únicamente en inglés, han sido traducidas al español por el Tribunal.

¹ Solicitud, ¶1.

² Solicitud, ¶9; Respuesta, ¶7; Carta de SSA a Colombia, 19 de marzo de 2024 (C-124).

³ Solicitud, ¶10; Respuesta, ¶9; Correo electrónico de Colombia a SSA, 8 de abril de 2024 (C-125).

⁴ Respuesta, ¶10.

6. El 17 de abril de 2024, el Tribunal solicitó a la Demandada que respondiera a la Solicitud no más tarde del 24 de abril de 2024. En la misma fecha, la Demandada solicitó una ampliación del plazo para pronunciarse sobre la Solicitud.
7. El 18 de abril de 2024, la Demandante comunicó que estaba dispuesta a aceptar a la solicitud de la Demandada bajo la condición de que “la Demandada provea antes del 24 de abril de 2024 ‘un compromiso por escrito confirmando que está preservando, protegiendo contra pérdidas, registrando de manera precisa y catalogando toda la evidencia que pudiera extraer del pecio del San José, hasta que este Tribunal emita su decisión sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de SSA” (Solicitud, párr. 44). Más tarde ese mismo día, la Demandada indicó que realizaría consultas internas y que respondería lo antes posible.
8. Mediante correo electrónico de fecha 19 de abril de 2024, la Demandada presentó las siguientes aclaraciones y explicaciones al Tribunal y a la Demandante que, según la Demandada, “abordan en efecto las preocupaciones planteadas por la Demandante, haciendo posible el desistimiento de [su Solicitud]”⁵:

Primero, las Solicitudes de la Demandante parten de una premisa fáctica incorrecta. Contrariamente a lo que alega la Demandante, Colombia no llevará a cabo (ni planea llevar a cabo) excavación arqueológica alguna (y mucho menos una extracción) en el sitio arqueológico del Galeón San José en los próximos meses. En un esfuerzo de buena fe y cooperación, Colombia aclara que el proyecto multidisciplinario de investigación científica del Galeón San José se encuentra en una etapa muy temprana. Colombia manifiesta por la presente que, durante el primer año, no está prevista ni planificada ninguna excavación arqueológica. Además, ni siquiera se ha preparado un calendario de actividades para la recuperación de materiales arqueológicos.

Colombia señala que el anexo C-122, el cual la Demandante aborda ignorando convenientemente el anexo C-121, no sirve de fundamento para la posición de la Demandante. El Capitán Escobar de la Armada Nacional de Colombia no manifestó que ninguna expedición planeada del Galeón San José estuviera dirigida a la extracción de objetos. De hecho, las acciones iniciales relacionadas con el Galeón San José no serán intrusivas, y no requerirán o involucrarán la recolección de materiales.

Segundo, cabe reiterar que, como Colombia ya manifestó durante la Audiencia sobre Objeciones Preliminares, el Estado está tomando y continuará tomando todas las medidas necesarias para proteger y preservar el Galeón San José, y en particular, cualquier material arqueológico, en cumplimiento de la Constitución de Colombia y las leyes y reglamentos nacionales ya existentes y aplicables a la protección del patrimonio arqueológico.

9. El Tribunal invitó inmediatamente a la Demandante a responder, lo cual hizo en la misma fecha. SSA señaló en particular que: (i) las declaraciones y manifestaciones contenidas en

⁵ Respuesta, ¶16; Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 19 de abril de 2024 (R-45).

el correo electrónico de la Demandada del 19 de abril de 2024 parecían contradecir declaraciones públicas realizadas por funcionarios de Colombia; y (ii) la Demandada “todavía no ha presentado un compromiso por escrito de proteger y preservar evidencia de conformidad con sus obligaciones bajo el derecho internacional.” SSA indicó que estaba dispuesta a entablar consultas con la Demandada con la esperanza de resolver las diferencias entre las Partes, manteniendo su Solicitud mientras tanto⁶.

10. El 20 de abril de 2024, considerando la posibilidad de la continuación de discusiones entre las Partes, el Tribunal otorgó plazo a la Demandada hasta el 3 de mayo de 2024 para responder a la Solicitud de la Demandante para el caso de que el asunto no se pudiese resolver amistosamente antes de esa fecha.
11. El 23 de abril de 2024, la Demandada expresó que deseaba “[asegurar] en mayor medida a la Demandada que: (i) no se realizaría ninguna extracción o recuperación de objetos del San José en los próximos meses; y que (ii) la Evidencia, si se obtuviese, estaría sujeta a los más altos niveles de conservación y protección con motivo de las obligaciones constitucionales y reglamentarias de Colombia”⁷.
12. El 25 de abril de 2024, la Demandante respondió, manifestando que estaba dispuesta a desistir de su Solicitud si la Demandada presentaba ante el Tribunal el siguiente compromiso⁸:

la República de Colombia (“Colombia” o la “Demandada”) se compromete a: (i) **informar a Sea Search-Armada LLC (“SSA” o la “Demandante”) al menos 60 días antes de cualquier exploración, estudios, intervenciones, grabaciones** (video, audio o de cualquier otro tipo), **proyecto de investigación científica, extracción, rescate o recuperación de cualquier tipo de objeto o artefacto en o alrededor del pecio del Galeón San José**, sin importar su magnitud y alcance (“Actividad”), incluyendo, para evitar cualquier duda, elementos en las proximidades del pecio del San José, junto con una descripción detallada de las medidas que Colombia piensa adoptar para garantizar que la Actividad (o Actividades) se encuentre debidamente documentada; **y (ii) preservar, proteger contra pérdidas, registrar y catalogar debidamente cualquier elemento recuperado del pecio del Galeón San José durante la Actividad (o Actividades) de Colombia.**

La Demandada reconoce además que la Demandante se reserva cualquier derecho a presentar o volver a presentar una Solicitud de Medidas Cautelares si la Demandante lo considera justificado a la vista de las circunstancias.

(énfasis añadido).

⁶ Véase también Respuesta, ¶17.

⁷ Respuesta, ¶18; Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 23 de abril de 2024 (R-47) (“Colombia confirma que no realizará (ni tiene previsto realizar) intervención alguna en los próximos meses. Colombia también reitera que cada etapa de este Proyecto de investigación científica está gobernada por disposiciones constitucionales y legales que exigen los más altos niveles de conservación y protección”).

⁸ Respuesta, ¶19; Correo electrónico de los abogados de la Demandante a la Demandada, 25 de abril de 2024 (R-48).

13. El 29 de abril de 2024, la Demandada rechazó la propuesta de la Demandante⁹.
14. El 3 de mayo de 2024, la Demandada presentó su *Réplica a la Solicitud de Medidas Cautelares de Sea Search Armada LLC*, junto con anexos (R-42 a R-52) y autoridades legales (RLA-54 a RLA-81) ("**Respuesta**").
15. El 9 de mayo de 2024, la Demandante presentó su *Réplica a la Respuesta de Colombia a la Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante*, junto con anexos (C-122bis, C-126 a C-132) y la autoridad legal CLA-98 ("**Réplica**").
16. El 10 de mayo de 2024, la Demandada solicitó autorización para responder a la Réplica de la Demandante, la cual fue otorgada más tarde ese mismo día.
17. El 14 de mayo de 2024, la Demandada presentó una *Dúplica a la Réplica de Sea Search Armada LLC sobre las Medidas Cautelares*, junto con anexos (R-53 a R-57) y autoridades legales (RLA-82 a RLA-84) ("**Dúplica**")¹⁰.

III. DISPOSICIONES DEL TRATADO Y NORMAS APLICABLES

18. **El artículo 10.20.8 del TPA** faculta al Tribunal a:

[o]rdenar una medida provisional de protección para preservar los derechos de una parte contendiente, o con el objeto de garantizar el pleno ejercicio de la competencia del tribunal, incluida una orden para preservar las pruebas que se encuentren en poder o bajo el control de una parte contendiente o para proteger la competencia del tribunal. El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16. Para efectos de este párrafo una orden incluye una recomendación.

19. **El artículo 26 del Reglamento CNUDMI** señala, en lo relevante, lo siguiente:

[...]

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo:

- (a) Mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se dirima la controversia;
- (b) Adopte medidas para impedir i) algún daño actual o inminente, o ii) el menoscabo del procedimiento arbitral, o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos

⁹ Respuesta, ¶20; Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 29 de abril de 2024 (**R-52**).

¹⁰ Cuando se invitó a Colombia a presentar sus comentarios sobre la Réplica de SSA, el Tribunal erróneamente se refirió al escrito siguiente como una "Contrarréplica" y no como "Dúplica". Este error de terminología se corrige aquí, donde se usa el término "Dúplica".

que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

(c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

(d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. La parte que solicite alguna medida cautelar prevista en los apartados a) a c) del párrafo 2 deberá convencer al tribunal arbitral de que:

(a) De no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada; y

(b) Existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere. La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno toda determinación subsiguiente a que pueda llegar dicho tribunal.

4. En lo que respecta a toda solicitud de una medida cautelar presentada con arreglo al apartado d) del párrafo 2, los requisitos enunciados en los apartados a) y b) del párrafo 3 solo serán aplicables en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

[...]

20. El Tribunal también toma en consideración las siguientes disposiciones del TPA:

Artículo 10.21: Transparencia de las Actuaciones Arbitrales

[...]

(3) Nada en lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información).

Artículo 10.28: Definiciones

Información protegida significa información de negocios confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte.

Artículo 22.2: Seguridad Esencial

Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de:

(a) obligar a una Parte a proporcionar ni a dar acceso a información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad; o

(b) impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad.

Artículo 22.4: Divulgación de información

Ninguna disposición en este Acuerdo se interpretará en el sentido de obligar a una Parte a proporcionar o dar acceso a información confidencial, cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes, o que fuera contraria al interés público, o que pudiera perjudicar el interés comercial legítimo de empresas particulares, sean públicas o privadas.

IV. ALEGATOS ESCRITOS

A) SOLICITUD DE LA DEMANDANTE

21. Como se ha expuesto brevemente con anterioridad, la solicitud de la Demandante fue motivada por una serie de informes aparecidos en los medios de comunicación que señalaban, por ejemplo, que las “autoridades colombianas han reiniciado recientemente sus planes de rescate del pecio” (informes que ya habían sido presagiados por los abogados de la Demandada durante la Audiencia sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada al amparo del artículo 10.20.5 del TPA en el mes de diciembre de 2023), así como reportajes que indicaban que el pecio del San José ya ha sido manipulado o, cuanto menos, saqueado¹¹. La Demandante se remite a una declaración realizada por un capitán de la Armada Nacional de Colombia a finales del mes de febrero de 2024, quien declaró que se llevaría a cabo una expedición a la ubicación del pecio en “junio, julio o agosto”¹². Según la Demandante, “la operación de rescate planeada [por la Demandada] proporcionará medios de prueba importantes relativos al valor del pecio, entre otros”¹³ lo que hace que su preservación sea esencial para el presente arbitraje.

¹¹ Solicitud, ¶¶2, 7, 22, 30.

¹² Solicitud, ¶8; Entrevista del Capitán Germán Escobar, Bluradio Colombia, 23 de febrero de 2024 (C-121); Transcripción de la Entrevista del Capitán Germán Escobar, Bluradio Colombia, 23 de febrero de 2024 (C-122).

¹³ Solicitud, ¶2.

22. En su Solicitud, la Demandante solicita al Tribunal lo siguiente (“**Medidas Solicitadas**”) ¹⁴:

Ordene a Colombia que presente un compromiso por escrito ante el Tribunal y la Demandante que describa las medidas que ha implementado y planea implementar para garantizar que cualquier Evidencia sea preservada, protegida contra pérdidas, registrada de manera precisa y catalogada en forma de un borrador de Protocolo de Preservación de Evidencia;

Ordene a Colombia que informe con carácter bimestral al Tribunal y a las Partes sobre las novedades relativas a cualquier Evidencia recuperada del pecio, y sobre la implementación del Protocolo de Preservación de Evidencia;

Ordene a Colombia que implemente el Protocolo de Preservación de Evidencia con la diligencia debida y notifique al Tribunal y a la Demandante cualquier variación o violación al Protocolo de Preservación de Evidencia, ya sea por parte de Colombia o por terceros; y

Ordene a Colombia que pague todos los costes asociados a esta Solicitud.

23. La “**Evidencia**” que constituye el objeto de las Medidas Solicitadas es un término definido descrito en la Solicitud de SSA y abarca lo siguiente ¹⁵:

Todos y cada uno de los objetos o artefactos identificados, recuperados o rescatados, como parte de la(s) expedición(es) de Colombia al pecio del San José, incluyendo cualquier información sobre su condición;

Un registro de las coordenadas en las que se identifique, recupere o rescate cualquier objeto o artefacto como parte de la(s) expedición(es) de Colombia al pecio del San José;

Todas y cada una de las grabaciones y registros (incluyendo grabaciones visuales, grabaciones sonoras, lecturas electromagnéticas, lecturas de sonar, registros escritos, etc.) obtenidos durante y como resultado de la exploración y recuperación en la(s) expedición(es) realizadas por Colombia (incluyendo notas que tome la Armada Nacional de Colombia, funcionarios del Gobierno y cualquier empresa privada involucrada en la operación); y

Todos y cada uno de los archivos, registros, catálogos, clasificaciones, estudios, memorandos, resúmenes o documentos similares, escritos o no, relacionados con la identificación o la recuperación y el posterior manejo de cualquier objeto o artefacto identificado o recuperado del pecio del San José.

24. Según la Demandante, el artículo 26.4 del Reglamento CNUDMI establece un estándar particular para medidas cautelares que estén dirigidas a preservar elementos de prueba, a

¹⁴ Solicitud, ¶143; Réplica, ¶149.

¹⁵ Solicitud, ¶¶19, 21.

diferencia de otros tipos de objetivos.¹⁶ No obstante, incluso si el Tribunal examinara todos los requisitos contenidos en el artículo 26.3 para dictar una orden de medidas cautelares, éste debería concluir que aquellos se han cumplido considerando que: “(i) las Medidas Solicitadas buscan preservar elementos de prueba que son relevantes y pertinentes para resolver la controversia; (ii) si la evidencia no es preservada, es probable que se produzca daño a la Demandante no resarcible adecuadamente mediante una indemnización; (iii) el daño que la Demandante sufriría supera sustancialmente al que podría sufrir Colombia; (iv) existe una posibilidad razonable de que la demanda de la Demandante sobre el fondo del litigio prospere; (v) se requiere la adopción de medidas provisionales mientras la Solicitud se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal”¹⁷.

25. Respecto al primer requisito (ítem (i) en el párrafo anterior), la Demandante sostiene que la Evidencia que sea creada en el contexto de la “identificación y recuperación llevada a cabo por Colombia de los artefactos del Galeón San José” es directamente relevante y pertinente para el presente arbitraje. Señala que esa Evidencia permitirá, entre otras cosas, clasificar y valorar con mayor precisión el pecio y el tesoro, sobre los que la Demandante alega tener derechos¹⁸. Esta Evidencia también estará bajo la posesión, custodia y control único de Colombia¹⁹.
26. Con respecto al segundo requisito (ítem (ii) de la lista anterior), el argumento de la Demandante tiene dos vertientes. Considerando que “la preservación de elementos de prueba es esencial para mantener la integridad del procedimiento”, “las solicitudes para la preservación de elementos de prueba no requieren que se establezca la gravedad del daño en la misma medida que otros tipos de solicitudes de medidas cautelares”²⁰. En cualquier caso, no conceder la Solicitud “probablemente causará” un “daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización” porque: (a) “la estimación de los daños [de la Demandante] podría verse impactada por la misma Evidencia que SSA busca preservar mediante las Medidas Solicitadas;” y (b) la Demandada se negó a asegurar a la Demandante que éste no sería el caso²¹.
27. Para la Demandante, aunque el Tribunal no necesita comparar el daño que podría sufrir SSA si la Solicitud no es concedida con el daño que podría sufrir la Demandada si es concedida (ítem (iv) de la lista anterior), considerando que la preservación de elementos de prueba no está sujeta al mismo estándar de gravedad del daño que otro tipo de medidas, si el Tribunal comparase ambos daños, resolvería a favor de la Demandante²². Según la Demandante, no está claro que se causaría daño alguno a la Demandada si la Solicitud fuera concedida, porque la Solicitud meramente busca “confirmar que Colombia está haciendo lo que le ha dicho al Tribunal que es su ‘objetivo principal’: preservar el pecio del San José y los

¹⁶ Solicitud, ¶¶17-18.

¹⁷ Solicitud, ¶18.

¹⁸ Solicitud, ¶¶19-20.

¹⁹ Solicitud, ¶21.

²⁰ Solicitud, ¶¶23-26.

²¹ Solicitud, ¶¶27-31.

²² Solicitud, ¶¶32-35.

elementos y artefactos relativos a éste”²³. Al margen de que la Demandada estaría violando la orden de secuestro que ha estado en vigor desde 1994²⁴ si recuperara o extrajera elementos del Galeón, las Medidas Solicitadas no buscan impedir de modo absoluto a la Demandada que proceda con la extracción; simplemente establecerían un protocolo para la preservación de la evidencia que sea “transparente, justo y que permita la rendición de cuentas”²⁵.

28. Para SSA, el Tribunal tampoco está obligado a determinar si la Demandante tiene una “posibilidad razonable” de éxito respecto al fondo del litigio en el contexto de una solicitud de medidas cautelares dirigidas a la preservación de elementos de prueba (ítem (iv) en la lista anteriormente mencionada)²⁶. Sin embargo, si el Tribunal fuera a considerar este factor, la Demandante sostiene que este requisito se cumple sin lugar a dudas²⁷.
29. Por último, considerando que la Demandada podría, en palabras de SSA, “avanzar sustancialmente con las operaciones de rescate que ha planificado” mientras que la Solicitud de la Demandante está pendiente de resolución, la Demandante también solicita que el Tribunal dicte “medidas cautelares con efecto inmediato, ordenando a Colombia que confirme por escrito que está preservando, protegiendo contra pérdidas, registrando de manera precisa y catalogando cualquier Evidencia que recupere del pecio del San José mientras que el Tribunal dicta su decisión sobre la Solicitud”²⁸.

B) RESPUESTA DE LA DEMANDADA

30. Según la Demandada, la Solicitud “no es más que una solicitud de exhibición de documentos encubierta, presentada en un intento de obtener acceso a las coordenadas en las que se encuentra el Galeón San José”²⁹. Para la Demandada, la Solicitud se basa en una “panoplia de afirmaciones engañosas e [...] información tergiversada” y no cumple ninguno de los requisitos cumulativos contenidos en el artículo 10.20.8 del TPA y el artículo 26 del Reglamento CNUDMI³⁰. Al conceder la Solicitud, este Tribunal prejuzgaría el fondo del asunto porque otorgaría a la Demandante muchos más derechos de los que ha poseído

²³ Solicitud, ¶33.

²⁴ Solicitud, ¶34; Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, Sentencia, 12 de octubre de 1994 (C-26); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sentencia, 23 de junio de 1995 (C-76); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Radicación núm. 20.166, Sentencia, 7 de marzo de 1997 (C-27); Impugnación de Colombia de la orden de secuestro ante el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, 16 de diciembre de 2016 (C-91); Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, sentencia levantando medida cautelar de secuestro, 31 de octubre de 2017 (C-93); Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sentencia, 29 de marzo de 2019 (C-39).

²⁵ Solicitud, ¶34.

²⁶ Solicitud, ¶36.

²⁷ Solicitud, ¶¶37-38.

²⁸ Solicitud, ¶¶41, 44.

²⁹ Respuesta, ¶2.

³⁰ Respuesta, ¶3.

jamás³¹. La Solicitud debería por ello ser desestimada en su totalidad, con la Demandante sufragando todos los costes asociados a ella³².

31. Además, la Demandada alega que no se justifica ninguna medida cautelar mientras que la decisión sobre la Solicitud esté pendiente de resolución porque: (i) “la premisa fáctica de [la Solicitud] (es decir, la extracción de objetos del Galeón San José a partir de junio de 2024)” es errónea; y (ii) la Demandada ya ha manifestado a la Demandante que no conducirá intervención alguna en el pecio del San José en los próximos meses. Cualquier intervención sobre el Galeón San José será anunciada al público y cualquier evidencia que se obtenga “estaría sujeta a los más altos niveles de conservación y protección”³³.
32. Si bien el Tribunal tiene la autoridad de dictar medidas cautelares, esta autoridad es limitada y las medidas cautelares no deben otorgarse a la ligera³⁴. Por el contrario, como señaló el tribunal en *Zeph Investments c. Australia*, unas medidas cautelares pueden otorgarse únicamente si se cumplen cinco criterios cumulativos: “(i) jurisdicción *prima facie* del tribunal sobre la disputa; (ii) posibilidad razonable de que la parte solicitante prospere en cuanto al fondo del asunto; (iii) necesidad, es decir, la medida solicitada debe ser necesaria para prevenir que la parte solicitante sufra un posible daño o perjuicio que no sea resarcible adecuadamente mediante una indemnización; (iv) urgencia, es decir, debe ser probable que los actos susceptibles de causar daño o perjuicio se produzcan antes de que se emita el laudo; (v) proporcionalidad, es decir, el daño o perjuicio que es probable que sufra la parte solicitante debe ser sustancialmente más grave que el que pueda llegar a sufrir la Demandada si se otorga la medida”³⁵.
33. Para la Demandada, el artículo 26.4 del Reglamento CNUDMI “no menoscaba en modo alguno la carga de la Demandante de probar que las Medidas Solicitadas cumplen dichos requisitos”³⁶. En efecto, la Demandada no ha logrado demostrar que las Medidas Solicitadas son necesarias, urgentes y proporcionales³⁷.
34. Según la Demandada, las Medidas Solicitadas no son necesarias para prevenir un daño irreparable porque:³⁸
 - a. Los hechos en los que se basa la Solicitud no tienen sustento. La Demandante interpretó erróneamente las declaraciones realizadas por los abogados la Demandada durante la Audiencia sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada al amparo del artículo 10.20.5 del TPA. Al analizarlas en buena fe y atendiendo al contexto, es evidente que los abogados de la Demandada indicaron que “las autoridades

³¹ Respuesta, ¶¶35-37.

³² Respuesta, ¶¶1, 3, 5, 161.

³³ Respuesta, ¶¶157-158.

³⁴ Respuesta, ¶¶23-27.

³⁵ Respuesta, ¶28.

³⁶ Respuesta, ¶39.

³⁷ Respuesta, ¶¶28-34.

³⁸ Respuesta, ¶¶47-107.

correspondientes llevarían a cabo una evaluación científica para garantizar una extracción responsable, ‘si la hubiera,’ del San José” (énfasis del original)³⁹. De igual manera, “el Capitán Escobar meramente se refirió a las actividades que se están llevando a cabo para preparar las campañas, que consisten en visitas al sitio que se realizarán con fines científicos”, que se reitera “no involucran la extracción o recuperación de objetos del San José”⁴⁰. Finalmente, los artículos de prensa sobre la supuesta manipulación del San José no incluyen evidencia del presunto saqueo⁴¹.

- b. “[E]n el presente *statu quo* del Proyecto San José no se está planeando extracción o recuperación alguna de elementos del Galeón.” El Proyecto San José fue presentado al público a finales de febrero de 2025 en una conferencia en Cartagena (a la cual la Demandante pudo haber asistido, pero decidió no hacerlo)⁴². El Proyecto San José es “una investigación científica interdisciplinaria,” siendo uno de sus objetivos principales la “evaluación de amenazas a las cuales están sujetos el yacimiento arqueológico y la operación, con el propósito de eliminarlas o mitigarlas”⁴³. La primera fase de este proyecto conlleva “todos los procesos administrativos y técnicos para la obtención de la autorización para actividades de investigación y la coordinación institucional de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1675 del 2013”⁴⁴. La segunda fase incluirá el análisis de la información obtenida “sobre el pecio y las condiciones del entorno en el que se encuentra”⁴⁵. En la actualidad, “no existe siquiera un calendario de actividades relativas a una eventual extracción de objetos, pues no hay certeza de si esta extracción se realizará siquiera”⁴⁶.
- c. Ciertas disposiciones obligatorias de rango constitucional y legal requieren que Colombia proteja el Galeón San José. Éstas incluyen los artículos 8, 63 y 72 de la Constitución Política de Colombia de 1991, el artículo 4 de la Ley 357 de 1997, los artículos 4 y 5 de la Ley 1675 de 2013, los artículos 2.7.1.4.6 y 2.7.1.4.7 del Decreto 1080 de 2015 y diversas disposiciones de leyes penales y disciplinarias (por ejemplo, los artículos 239, 240, 241(13), y 269-1 del Código Penal)⁴⁷.
- d. La Demandada no ha sólo ha refutado las pruebas aportadas por la Demandante, sino que además ha “demostrado inequívocamente que la Evidencia está sujeta a un régimen de protección especial en virtud del Derecho colombiano, lo que hace que las Medidas Solicitadas sean fútiles e innecesarias”⁴⁸.

35. Las Medidas Solicitadas tampoco son requeridas urgentemente para prevenir un daño irreparable porque “no se ha planeado extracción o recuperación alguna de elementos del

³⁹ Respuesta, ¶¶54-56.

⁴⁰ Respuesta, ¶61.

⁴¹ Respuesta, ¶65-74.

⁴² Respuesta, ¶80.

⁴³ Respuesta, ¶¶81, 85.

⁴⁴ Respuesta, ¶79.

⁴⁵ Respuesta, ¶86.

⁴⁶ Respuesta, ¶85.

⁴⁷ Respuesta, ¶¶89-105.

⁴⁸ Respuesta, ¶107.

San José⁴⁹. La Demandada explica que la primera campaña programada para el 2024 busca determinar la viabilidad de cualquier extracción y, como tal, no prevé ningún “plan de excavación o extracción”⁵⁰.

36. A juicio de la Demandada, conceder la Solicitud impondría una carga desproporcionada sobre Colombia porque le “exigiría revelar información protegida de conformidad con el artículo 10.21.3 del TPA, dando acceso a SSA a información a la que no está autorizada a acceder bajo el Derecho colombiano”⁵¹. El artículo 10.21.3 del TPA señala que “[n]ada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información)”⁵². “Información protegida” se define en el artículo 10.28 como “información de negocios confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte”⁵³. La información a la que se refieren las Medidas Solicitadas se subsume en dicha definición, especialmente en virtud del artículo 17 de la Ley 1675 de 2013, el artículo 4(1) del Decreto 204 de 2022, el artículo 2.7.1.3.12 del Decreto 1080 de 2015 y el artículo 5.5.1.7 de la Resolución 0192-2020 de DIMAR⁵⁴. En ese sentido, conceder la Solicitud no sólo “comprometería la autoridad constitucional y legal de Colombia de proteger y preservar el San José como parte de su patrimonio cultural, pero también obligaría a Colombia a que actúe en contra de sus propias leyes relacionadas a la confidencialidad de información producida por, o en custodia de, entidades públicas”⁵⁵.
37. Además, la Demandada considera que no hay posibilidad razonable de que la Demandante prospere en cuanto al fondo de la disputa⁵⁶. La Demandante no ha logrado identificar “un solo documento que reconozca sus presuntos derechos de propiedad sobre el Galeón San José”⁵⁷. El hecho de que la Decisión del Tribunal sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada al amparo del artículo 10.20.5 del TPA fuera realizada con carácter *prima facie* y que el Tribunal haya enfatizado que la Demandante no solicitó que se declarara que “ostenta jurisdicción en un sentido positivo” respalda aún más la posición de la Demandada⁵⁸.
38. Finalmente, “si el Tribunal fuera a ordenar las Medidas Solicitadas, esto implicaría un claro prejuzgamiento del fondo del caso, específicamente de una de las principales cuestiones que ha sido objeto de disputa entre las Partes, en particular, si SSA ostenta derecho alguno sobre

⁴⁹ Respuesta, ¶¶108-114.

⁵⁰ Respuesta, ¶111.

⁵¹ Respuesta, ¶¶115-136.

⁵² Respuesta, ¶122.

⁵³ Respuesta, ¶123.

⁵⁴ Respuesta, ¶¶125-131.

⁵⁵ Respuesta, ¶117.

⁵⁶ Respuesta, ¶¶137-142.

⁵⁷ Respuesta, ¶139.

⁵⁸ Respuesta, ¶¶140-141.

el San José”⁵⁹. Una orden que “específicamente involucre al San José y a cualquier información sobre los artefactos del pecio constituiría una clara predeterminación del contenido del derecho de la Demandante, que, como el Tribunal ha señalado, es una cuestión ‘para la fase de fondo del procedimiento’”⁶⁰.

C) RÉPLICA DE LA DEMANDANTE

39. La Demandante reitera en su Réplica que en virtud del artículo 26.4 del Reglamento CNUDMI, en el contexto de solicitudes bajo el epígrafe de preservación de elementos de prueba del Reglamento CNUDMI, los requisitos del artículo 26.3 sólo deben cumplirse “en la medida en que el tribunal arbitral lo estime oportuno”⁶¹. Para la Demandante, el caso *Zeph Investments c. Australia* y sus cinco criterios, invocados por la Demandada, no resultan de aplicación ya que el tribunal en ese caso señaló expresamente que la demandante no buscaba “ni la preservación de bienes [...] ni la preservación de evidencia”⁶².
40. No obstante, a juicio de SSA, incluso si el Tribunal aplicara los cinco criterios de *Zeph Investments c. Australia*, éste decidiría a favor de la Demandante porque: (i) la Evidencia es relevante y pertinente para el presente proceso (lo que la Demandada no parece rebatir)⁶³; (ii) si no se preserva la Evidencia, es probable que se produzca algún daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización (lo que la Demanda parece impugnar parcialmente)⁶⁴; (iii) la ponderación de los posibles daños se inclina a favor de conceder la Solicitud; (iv) la Demandante tiene posibilidades razonables de prosperar en cuanto al fondo (la Demandada no parece refutar el estándar aplicable)⁶⁵; (v) una orden de medidas cautelares del Tribunal no prejuzgaría el fondo del arbitraje; y (vi) se justifica la adopción de medidas cautelares mientras el Tribunal se pronuncia sobre la Solicitud⁶⁶.
41. Asimismo, la Demandante sostiene que mientras que la Demandada no rebatió que el “daño causado por la destrucción y pérdida de evidencia no puede ser resarcido mediante una indemnización”⁶⁷, sí rechazó la “posibilidad” de que esto ocurriese, importando requisitos de “necesidad” y “urgencia” ajenos a las disposiciones correspondientes del Reglamento CNUDMI⁶⁸.
42. Incluso si se aplicase el estándar invocado por Colombia, para SSA la Solicitud debe concederse. Las Medidas Solicitadas son necesarias porque: (i) la Demandada contempla efectivamente una misión de extracción que probablemente culminará antes de que el Presidente Gustavo Petro finalice su mandato en el 2026 (el hecho de que se la clasifique

⁵⁹ Respuesta, ¶146.

⁶⁰ Respuesta, ¶151.

⁶¹ Réplica, ¶15.

⁶² Réplica, ¶¶16-17.

⁶³ Réplica, ¶20.

⁶⁴ Réplica, ¶¶22-23.

⁶⁵ Réplica, ¶¶42-43.

⁶⁶ Réplica, ¶19.

⁶⁷ Réplica, ¶22.

⁶⁸ Réplica, ¶23.

como “científica”, “investigación”, “técnica” o “entrenamiento” es irrelevante);⁶⁹ (ii) la Demandada no aportó evidencia “para desmentir reportes públicos y acusaciones penales sobre la manipulación y saqueo del sitio”⁷⁰ ni para “contradecir observaciones de varios arqueólogos marinos que indican que el sitio ya ha sido manipulado”;⁷¹ (iii) “[i]ndependientemente de las normas y estándares que existan en Derecho colombiano para la protección de patrimonio cultural subacuático, éstos no protegen los intereses de SSA en esta disputa ni la integridad del proceso”⁷².

43. Para SSA, las Medidas Solicitadas son urgentes porque las manifestaciones de la Demandada ante ella y el Tribunal se contradicen con declaraciones de sus funcionarios que han indicado que “la extracción de materiales del San José ya empezó o empezará pronto” y que el rescate de los restos ocurrirá no más tarde del 2026⁷³.
44. Al sopesar los daños, la balanza se inclina a favor de la Demandante porque: (i) las Medidas Solicitadas no le exigen a la Demandada “que revele (todavía) la Evidencia en cuestión, sino simplemente que tome medidas para preservarla”;⁷⁴ (ii) la Demandada todavía puede proponer una redacción alternativa para “la única Medida Solicitada con la que la Demandada parece discrepar basándose en su supuesta preocupación por la confidencialidad”, la cual consiste en “inform[ar] con carácter bimestral al Tribunal y a las Partes sobre los avances respecto a cualquier Evidencia recuperada del pecio”;⁷⁵ (iii) “en la medida en que la Demandada desee impedir que cierta información sea divulgada [...] necesita proporcionar información específica sobre qué documento en particular requiere esa protección, su fundamento y si esa información puede ser expurgada”⁷⁶.
45. La Demandante también insistió en que su “caso es sumamente razonable, asumiendo que los hechos alegados sean probados en la fase de fondo”⁷⁷.
46. Conceder la Solicitud no prejuzgaría el fondo porque la Demandante, en sus palabras, “no busca que el Tribunal se pronuncie sobre sus derechos o el fondo de sus pretensiones, o sobre la naturaleza de sus derechos sobre el San José, simplemente busca la preservación de la Evidencia que es fundamental para que el Tribunal pueda resolver esta disputa y pueda determinar razonablemente la cuantía de la condena, si SSA prosperara en cuanto al fondo”⁷⁸.

⁶⁹ Réplica, ¶¶25-27.

⁷⁰ Réplica, ¶28.

⁷¹ Réplica, ¶31.

⁷² Réplica, ¶33.

⁷³ Réplica, ¶35.

⁷⁴ Réplica, ¶38.

⁷⁵ Réplica, ¶39.

⁷⁶ Réplica, ¶40.

⁷⁷ Réplica, ¶43.

⁷⁸ Réplica, ¶45.

D) DÚPLICA DE LA DEMANDADA

47. Tras reiterar que “unas medidas cautelares no deben otorgarse a la ligera”, que la parte solicitante tiene la “carga de probar que la situación es tal que amerita una otorgar medidas provisionales” y que la existencia de la discreción del Tribunal bajo el artículo 26.2 a) “no significa que la Demandada esté exenta de la obligación de presentar prueba concluyente [de que] los requisitos [contenidos en los artículos 26.3 a) y b)] se cumplen”⁷⁹, la Demandada sostiene que 7 de los 8 anexos presentados por la Demandante con su Réplica eran “completamente nuevos” y que “ninguno de esos anexos constituye prueba concluyente que satisfaga el estándar legal aplicable”⁸⁰.
48. Según la Demandada, “no se le debe dar gran peso probatorio a los anexos C-122bis, C-126, C-127, C-128 y C-132” ya que son “simplemente artículos de noticias que presuntamente informan sobre lo dicho por los funcionarios de Colombia de manera evidentemente imprecisa, incompleta e induciendo a error”⁸¹. En cambio, el último comunicado oficial al respecto vino del Ministerio de Culturas el 14 de mayo de 2024, cuando se aclaró que no se contemplan acciones intrusivas en la fase inicial del Proyecto San José⁸². La posición de la Demandada sobre el contenido de los anexos C-130 y C-131 se encuentra en su Respuesta⁸³.
49. Finalmente, para la Demandada la Solicitud de la Demandante es “irrazonable e inaceptable”. Por un lado, la solicitud realizada el 25 de abril de 2024 es “mucho más invasiva [que la Solicitud], ya que requiere que Colombia informe a SSA, con al menos 60 días de preaviso, no sólo sobre intervenciones relativas a la extracción de objetos sino también sobre ‘cualquier exploración, estudios, intervenciones y grabaciones del proyecto de investigación científica’ lo que invade significativamente los derechos soberanos de Colombia”⁸⁴. A la luz del estado inicial del Proyecto San José (cuyo lanzamiento tendrá lugar en Cartagena el 22 de mayo de 2024 y el cual todavía estará en una etapa temprana para la segunda mitad de este año), la Demandada no se puede comprometer a un protocolo de preservación⁸⁵.
50. Por otro lado, Colombia recuerda que la Demandante mantiene la pretensión contenida en su Solicitud que prevé la divulgación de un registro de coordenadas donde se identifiquen, recuperen o rescaten artefactos⁸⁶.
51. No obstante, si lo que la Demandante está solicitando es meramente la preservación de Evidencia y no su divulgación, la consecuencia es que las Medidas Solicitadas no son necesarias ni urgentes bajo la perspectiva de Colombia, considerando que: (i) se dispone de

⁷⁹ Dúplica, ¶¶2-3.

⁸⁰ Dúplica, ¶5.

⁸¹ Dúplica, ¶10; véase también Dúplica, ¶¶5-9.

⁸² Dúplica, ¶11; Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 14 de mayo de 2024 (R-56).

⁸³ Respuesta, ¶¶66-73.

⁸⁴ Dúplica, ¶17.

⁸⁵ Dúplica, ¶¶18, 23, 24.

⁸⁶ Dúplica, ¶19.

fuertes protecciones constitucionales y legales respecto al patrimonio cultural subacuático; (ii) ha puesto en marcha un proyecto orientado a proteger toda la información relacionada con el Galeón San José; y (iii) informará, consultará y presentará novedades al público constantemente sobre el Proyecto San José (como ha hecho hasta hoy)⁸⁷. En resumen, sostiene la Demandada, “Colombia ya tiene la obligación de preservar [la Evidencia], y además, cada acción que tome relacionada con el Proyecto San José será compartida con el público, que incluye a SSA”⁸⁸.

V. ANÁLISIS

52. La autoridad del Tribunal para dictar medidas cautelares no se cuestiona⁸⁹. De igual manera, no parece haber desacuerdo alguno sobre la importancia general de preservar elementos de prueba potencialmente relevantes y pertinentes.
53. Dicho esto, la Demandada ha reiterado en sus escritos que las medidas cautelares son de carácter extraordinario y no deberían otorgarse a la ligera⁹⁰. Si bien el Tribunal está de acuerdo con lo anterior, considera que en el presente caso la Solicitud está bien fundada, como se explica a continuación.
54. La Demandante no busca “impedir de modo absoluto a la Demandada que proceda con la extracción”⁹¹. Por el contrario, la Demandante “busca la preservación y clasificación de cualquier objeto que Colombia identifique o recupere del pecio del San José”⁹². En consecuencia, la Solicitud de la Demandante se subsume por completo en el artículo 26.2 d) del Reglamento CNUDMI y, como tal, no está sujeta a los mismos requisitos que otras formas de medidas cautelares, como se desprende claramente del artículo 26.4 del Reglamento CNUDMI. No es necesario que el análisis del Tribunal vaya más allá de los términos literales claros del Reglamento CNUDMI. En concreto, la Demandada no ha argumentado, y el Tribunal no está en absoluto convencido, de que sea necesario o adecuado aplicar en este caso los requisitos de los párrafos 26.3 a) y b) a una medida cautelar del párrafo 26.2 d) relativa a la preservación de elementos de prueba. Los requisitos en estos párrafos del Reglamento CNUDMI se refieren a tipos de medidas completamente diferentes. Resulta axiomático que los elementos de prueba que puedan ser relevantes y pertinentes deben preservarse.

⁸⁷ Dúplica, ¶21.

⁸⁸ Dúplica, ¶25.

⁸⁹ Solicitud, ¶12; Respuesta, ¶23.

⁹⁰ Ver, por ejemplo, Respuesta, ¶24; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, Arbitraje UNCITRAL, Orden sobre medidas cautelares, 2 de septiembre de 2008, ¶39 (**RLA-51**); *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI núm. ARB/06/5, Decisión sobre Medidas Cautelares, 6 de abril de 2007, ¶33 (**RLA-67**); *Menzies Middle East and Africa S.A. y Aviation Handling Services International Ltd. c. República de Senegal*, Caso CIADI núm. ARB/15/21, Orden Procesal núm. 2 (Medidas Cautelares), 2 de diciembre de 2015, ¶108 (**RLA-76**); *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI núm. ARB/97/7, Orden Procesal núm. 2 (Decisión sobre la Solicitud de Medidas Provisionales), 28 de octubre de 1999, ¶10 (**RLA-77**).

⁹¹ Solicitud, ¶34.

⁹² Solicitud, ¶16.

55. Las numerosas autoridades legales presentadas por las Partes relativas a medidas cautelares de naturaleza distinta a las que se solicitan aquí son de poca utilidad. Entre ellas se encuentra la decisión sobre medidas cautelares en *Zeph Investments Pte. Ltd. c. Mancomunidad de Australia*, que se menciona constantemente en los argumentos de la Demandada como “uno de los pocos casos en los que el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI (en vigor desde el 2021) se ha aplicado a una decisión sobre medidas cautelares”⁹³. No obstante, como señala la Demandante⁹⁴, ese caso no abordó la preservación de evidencia, sino “medidas para mantener o reestablecer el *statu quo*, e impedir [que Australia] tome acciones que puedan causar daño actual o inminente a [Zeph Investments] o menoscabar el procedimiento arbitral”⁹⁵.
56. El Tribunal considera ilustrativa la siguiente afirmación del tribunal de *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*:⁹⁶

En este sentido, al decidir si conceder o no medidas provisionales, los tribunales también suelen tener en cuenta **la naturaleza de las medidas provisionales que se solicitan** y el daño relativo que sufriría cada parte. **Mientras que algunas medidas provisionales** (como, por ejemplo, preservar el *statu quo* y ordenar el cumplimiento de un contrato u otra obligación legal) **suelen requerir una fuerte demostración de daño grave, urgencia y una posibilidad razonable de que la pretensión sobre el fondo del litigio prospere, es infrecuente que otras medidas provisionales (como la preservación de evidencia o el cumplimiento de obligaciones de confidencialidad) exijan las mismas comprobaciones.**

(énfasis añadido).

57. A juicio del Tribunal, lo anterior tiene pleno sentido.
58. Ciertas medidas cautelares en virtud del Reglamento (como las medidas para *mantener o restablecer el statu quo* (artículo 26.2.a), *adoptar medidas o abstenerse de llevar a cabo ciertos actos* para garantizar que ningún daño sea causado (artículo 26.2.b), o *preservar bienes* (artículo 26.2.c)), medidas que efectivamente conllevan ordenar a una parte que actúe o se abstenga de actuar de una manera particular, normalmente para proteger un derecho invocado por la otra parte, sí requieren que se demuestre la posibilidad de un daño, proporcionalidad y una posibilidad razonable de que la pretensión sobre el fondo del litigio prospere.

⁹³ Respuesta, ¶28.

⁹⁴ Réplica, ¶17.

⁹⁵ *Zeph Investments Pte. Ltd. c. Mancomunidad de Australia I*, Caso CPA núm. 2023-40, Orden Procesal núm. 2 sobre la Solicitud de Medidas Cautelares, 17 de noviembre de 2023, ¶12 (**RLA-65**) (traducción del Tribunal).

⁹⁶ *PNG Sustainable Development Program Ltd. c. Estado Independiente de Papúa Nueva Guinea*, Caso CIADI núm. ARB/13/33, Decisión sobre la Solicitud de Medidas Cautelares de la Demandante, 21 de enero de 2015, ¶113 (**CLA-95**) (traducción del Tribunal). De manera similar, el tribunal en *Ipek Investment Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI núm. ARB/18/18, Orden Procesal núm. 5, Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, 19 de septiembre de 2019, ¶15 (**CLA-97**), reconoció que las diferentes categorías de medidas provisionales “implican [] consideraciones distintas” (traducción del Tribunal).

59. Cabe distinguir la preservación de elementos de prueba de la mayoría de estas medidas. El acto de preservar elementos de prueba no se realiza para proteger un presunto derecho invocado por una parte específica, sino que busca proteger y preservar el propio objeto del procedimiento. Además, las medidas para preservar elementos de prueba entran de lleno en la autoridad general del Tribunal y su responsabilidad de garantizar que el arbitraje se lleve a cabo de manera justa y eficiente, permitiendo a cada parte hacer valer sus derechos (artículo 17.1), incluyendo los relativos a la práctica de prueba (artículo 27). Tiene sentido entonces que una orden de preservación de elementos de prueba no requiera necesariamente que se alcancen los mismos umbrales previstos para otras medidas. De hecho, el Reglamento CNUDMI lo establece así claramente; el Tribunal *en la medida* en que lo estime oportuno podrá exigir el cumplimiento de dichos requisitos a la luz de las circunstancias específicas del caso en cuestión, lo que no ocurre en este caso.
60. Se han presentado múltiples informes de los medios de comunicación que demuestran la mutabilidad de la situación actual, así como la incertidumbre alrededor del calendario y de las consecuencias de cualquier “investigación” del pecio del San José. La Demandante comprensiblemente teme que la extracción de objetos del pecio sea potencialmente inminente. La Demandada, por otro lado, cuestiona la legitimidad de las preocupaciones de la Demandante, enfatizando el estado temprano y el carácter exploratorio del denominado Proyecto San José. Sobre la base del expediente, es imposible tener la certeza de que una de las partes tenga toda la razón al adoptar su postura. El desafío para el Tribunal es determinar qué medidas son adecuadas en estas circunstancias (de serlo alguna) para proteger a ambas Partes y al procedimiento de lo que el Tribunal considera es la posibilidad de perder evidencia potencialmente importante.
61. En última instancia, e incluso considerando los anexos de la Demandada, el Tribunal no puede sino reconocer que existe un grado importante de incertidumbre respecto a la naturaleza, alcance y calendario del Proyecto y sobre su potencial impacto en cuestiones medulares para este arbitraje. Si bien esta incertidumbre es tal vez legítima y entendible considerando las circunstancias del Proyecto, su existencia no puede ser ignorada.
62. Por ejemplo, en el mes de diciembre de 2023 se comunicó que para febrero de 2024 las autoridades correspondientes discutirían sobre el futuro del Galeón San José para “garantizar la idoneidad de los procesos”⁹⁷:

Para lograr este propósito, en 2024 se caracterizará el sitio arqueológico, se formulará el proyecto de investigación y se establecerán los mecanismos para hacer los análisis de conservación de materiales.

Este año será clave, además, para la conformación de un equipo de especialistas que tenga constante interlocución con la academia y los centros de investigación nacionales e internacionales. En este sentido, **el primer encuentro se realizará en febrero de 2024, como una invitación del ministro de las Culturas, las Artes y**

⁹⁷ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 14 de diciembre de 2023 (R-50).

los Saberes, Juan David Correa, a ampliar el debate sobre el futuro del galeón, para garantizar la idoneidad de los procesos.

(énfasis añadido).

63. En un comunicado de prensa de febrero de 2024 se profundizó sobre los planes del Gobierno de realizar inversiones significativas durante el año 2024 en equipos necesarios para la “recuperación de objetos” y otra infraestructura. También se compartió la cronología de la “investigación científica” (segundo semestre de 2024)⁹⁸:

La investigación científica del Galeón San José, es un proyecto de gran complejidad que se desarrollará en aguas profundas del Caribe Colombiano. La preparación y ejecución del proyecto consta de los siguientes componentes:

[...]

5. Robótica y electrónica: liderará los aspectos relacionados con la adecuación y operación del ROV para llevar a cabo la exploración arqueológica en aguas profundas y la recuperación de objetos.

[...]

Durante el año 2024, el Estado colombiano invertirá 17.962 millones de pesos, que incluyen el fortalecimiento de su capacidad técnica con la adecuación de un vehículo operado remotamente (ROV, por sus siglas en inglés), que será dirigido desde el buque multipropósito ARC “Caribe”, que tiene capacidades duales (desarrollo científico e investigativo) y las condiciones que necesita el robot para bajar a grandes profundidades, sin perder estabilidad.

Durante este año, también se invertirá en la infraestructura existente del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe - CIOH, de la DIMAR, se comprarán equipos de laboratorio y se adecuarán algunos espacios para contar con la tecnología e insumos que requieren los investigadores del proyecto, con énfasis en la estabilización de los materiales.

La investigación científica, que se calcula para inicios del segundo semestre de este año, requerirá, además, entrenamientos operativos y logísticos.

(énfasis añadido).

64. El 5 de marzo de 2024 se reiteró que⁹⁹:

⁹⁸ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, *Así será la investigación científica sobre el hallazgo del galeón San José*, 23 de febrero de 2024 (R-42).

⁹⁹ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 5 de marzo de 2023 (R-51).

La primera campaña de exploración, que se calcula para inicios del segundo semestre de este año, requerirá, además, entrenamientos operativos y logísticos.

(énfasis añadido).

65. El 19 de marzo de 2024 se compartieron novedades adicionales relativas a los planes del Gobierno para realizar inversiones orientadas a adaptar un laboratorio para la “conservación de materiales”¹⁰⁰:

Ante los últimos hechos y denuncias sobre presuntas intervenciones irregulares en el hallazgo del galeón San José, el Gobierno de Colombia informa:

[...]

Durante el desarrollo del proyecto de investigación que se adelantará en el 2024, se revisarán los parámetros analíticos y de control sobre el área del Bien de Interés Cultural Galeón San José, a efectos de determinar el estado de evolución hidrográfica, oceanográfica y biológica de este sitio arqueológico.

En este 2024, el Estado colombiano invertirá 17.962 millones de pesos, que incluyen:

- a). El fortalecimiento de la capacidad técnica con la adecuación de un vehículo operado remotamente (ROV, por sus siglas en inglés), desde el buque multipropósito ARC “Caribe”.
- b). **La adecuación de un laboratorio de conservación de materiales** en las instalaciones del Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe de la Dirección General Marítima.
- c). Un proceso permanente de divulgación científica y difusión a múltiples públicos interesados.

(énfasis añadido).

66. El 14 de mayo de 2024, el Ministerio de Culturas, aclarando que la investigación se encuentra todavía en una etapa temprana, indicó que las fases posteriores podrían incluir la recolección de materiales arqueológicos y la toma de muestras¹⁰¹:

Las fases posteriores de investigación dependerán de los resultados de esta primera etapa de caracterización y **podrán incluir actividades de recolección de materiales arqueológicos, toma de muestras**, actividades de conservación y análisis especializados, entre otras.

¹⁰⁰ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 19 de marzo de 2024 (R-43).

¹⁰¹ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 14 de mayo de 2024 (R-56).

(énfasis añadido).

67. El Tribunal deduce de la firma de un acuerdo entre el Ministerio de las Culturas, las Artes y los Saberes, el Ministerio de Defensa y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) que el Proyecto San José puede durar al menos 5 años¹⁰². Sin embargo, esto se contrapone a un artículo presentado por la Demandante (cuya exactitud es cuestionada por la Demandada)¹⁰³ que se refiere a las intenciones de Colombia de “recuperar el pecio antes de que finalice el mandato [del Presidente Gustavo Petro] en el año 2026”¹⁰⁴.
68. El Tribunal también ha tenido respetuosamente en cuenta las manifestaciones de los abogados de la Demandada respecto a que el Proyecto San José se encuentra en una etapa temprana¹⁰⁵ y que Colombia “no realizará (ni tiene previsto realizar) intervención alguna en los próximos meses”¹⁰⁶. Sin embargo, incluso cuando dichas medidas se valoran conjuntamente con las pruebas presentadas por Colombia, ello no disipa del todo lo que antes hemos denominado mutabilidad e incertidumbre en torno al Proyecto y su impacto potencial en el arbitraje y tampoco justifican la desestimación de la Solicitud de la Demandante o tornan innecesarias las Medidas solicitadas.
69. La Solicitud se refiere no sólo a los objetos que son “recuperados” o “rescatados” del pecio del San José, sino también a los objetos que son “identificados”. El término “Evidencia” se define en el párrafo 19 de la Solicitud como aquella que incluye todos y cada uno de los objetos “identificados, recuperados o rescatados” así como los diferentes tipos de grabaciones que no conllevan directamente una extracción (o “recuperación”/“rescate”) de objetos. En ese sentido, el Comunicado del 14 de mayo de 2024 respecto a que la “[f]ase inicial del proyecto de investigación del galeón San José será exploratoria y no contempla acciones intrusivas” resulta de poca utilidad para la Demandada en sus intentos por rebatir la Solicitud¹⁰⁷. De hecho, este comunicado indica que:

En ese sentido, y teniendo en cuenta que, por el tipo de contextos estudiados y los métodos y técnicas utilizadas, las investigaciones arqueológicas toman tiempo y son pausadas. Por lo tanto, esta mesa estableció los primeros pasos que tendrá la fase de caracterización del hallazgo del galeón San José:

¹⁰² Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 5 de marzo de 2023 (**R-51**) (“Este lunes, Colombia dio un nuevo paso en el proyecto de investigación del hallazgo del galeón San José: la firma del convenio marco entre el Ministerio de las Culturas, las Artes y los Saberes, el Ministerio de Defensa (a través de sus entidades ejecutoras: Armada de Colombia y Dirección General Marítima – DIMAR) y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH. Este hecho significa que las entidades firmantes se comprometen durante los próximos cinco años a disponer los recursos financieros, físicos, técnicos, administrativos y a los que haya lugar para desarrollar todas las actividades que requiera el proyecto de investigación científica del galeón San José; así como otros estudios sobre Patrimonio Cultural Sumergido en aguas colombianas.”)

¹⁰³ Dúplica, ¶10.

¹⁰⁴ Jim Wyss, *Colombia Accelerates Plan to Recover Billions in Sunken Treasure*, Bloomberg, 3 de noviembre de 2023 (**C-126**) (traducción del Tribunal).

¹⁰⁵ Respuesta, ¶¶85, 111.

¹⁰⁶ Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 23 de abril de 2024 (**R-47**).

¹⁰⁷ Ministerio de las Culturas, Comunicado de Prensa, 14 de mayo de 2024 (**R-56**).

[...]

2. Registro : **las imágenes recolectadas ayudan a construir un inventario de las evidencias arqueológicas que hay en el lecho marino**. Esto permitirá una clasificación de los materiales y su procedencia.

(énfasis añadido).

70. De conformidad con el artículo 17.1 del Reglamento CNUDMI, el Tribunal está obligado a dirigir el procedimiento de manera que pueda “evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”. Supondría un uso ineficiente de los recursos de las Partes y del Tribunal que las peticiones contenidas en la Solicitud tuvieran que ser debatidas cada vez que se sospechara una posible “intervención”.
71. Por otra parte, el hecho de que el Proyecto San José pueda estar en una etapa temprana o (como ya se ha señalado) que Colombia “no realizará [...] intervención alguna en los próximos meses”¹⁰⁸ no impide que la Demandada se comprometa a un Protocolo de Preservación de Evidencia (contrariamente a lo que alega la Demandada)¹⁰⁹. Para el Tribunal, desde un punto de vista práctico, saber que tiene un Protocolo de Preservación de Evidencia que respetar a los efectos del presente caso puede ayudar a la Demandada a formular estrategias y a elegir y aplicar metodologías que permitan el cumplimiento íntegro de dicho Protocolo.
72. Al Tribunal le aportan seguridad las manifestaciones de los abogados de la Demandada de que Colombia “está tomando y continuará tomando todas las medidas necesarias para proteger y preservar el Galeón San José”¹¹⁰. Por ello, y teniendo en cuenta las alegaciones y evidencia de la Demandada, la presente Decisión le debería imponer una carga práctica bastante limitada al margen de lo que, según afirma, su propio régimen constitucional y legal ya le exige. En otras palabras, la carga efectivamente impuesta por esta Decisión debería existir sólo en la medida en que se exige la adopción de medidas para registrar y conservar elementos de prueba de un modo y forma adecuados para el presente proceso, que podrían no ser idénticas a las medidas de carácter sustancial que Colombia, según afirma, prevé tomar en cualquier caso.
73. Teniendo en cuenta además las aclaraciones y salvedades que figuran a continuación, el Tribunal no está convencido de que, al estimar la Solicitud, se estaría exigiendo a la Demandada que “actúe en contra de sus propias leyes relativas a la confidencialidad de información producida por, o en custodia de, entidades públicas”¹¹¹.

¹⁰⁸ Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 23 de abril de 2024 (R-47).

¹⁰⁹ Dúplica, ¶18.

¹¹⁰ Correo electrónico de la Demandada a los abogados de la Demandante, 19 de abril de 2024 (R-45).

¹¹¹ Respuesta, ¶117.

74. El Tribunal tampoco considera que al otorgar la Solicitud se estaría causando un “cambio fundamental [del *statu quo*], mejorando la situación de la Demandante,” como ocurrió en *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, decisión invocada por la Demandada¹¹².
75. El Tribunal es consciente de la afirmación de la Demandada de que “la Demandante está buscando acceso a documentos e información de manera prematura, a pesar de que existe una fase específica en este procedimiento durante la cual las partes pueden solicitar la exhibición de documentos”¹¹³. Sin embargo, ese no es el resultado de la presente Decisión (como subraya efectivamente la Demandante¹¹⁴). Si bien una orden cautelar de preservación de evidencia puede “[garantizar] que ambas [p]artes tengan la misma capacidad de ejercer su derecho a solicitar la exhibición de documentos pertinentes”¹¹⁵, se asegura a las Partes que el Tribunal no está realizando ninguna determinación en este momento con respecto a la exhibición de documentos o la asignación de la carga de la prueba. Por el contrario, el Tribunal meramente busca preservar evidencia que podría ser relevante y sustancial para la resolución del caso y que, en consecuencia, podría llegar a ser objeto de exhibición (cuestiones que las Partes tendrán la oportunidad de abordar en su debido momento)¹¹⁶.
76. El Tribunal también es consciente de la preocupación de la Demandada relativa a exhibir a la Demandante, o revelar de cualquier otro modo, un “registro de las coordenadas en las que se identifique, recupere o rescate cualquier objeto o artefacto como parte de la(s) expedición(es) de Colombia al pecio del San José”, que es uno de los componentes de la “Evidencia” que la Demandante pretende que el Tribunal preserve¹¹⁷. Si bien el Tribunal considera esencial que estas coordenadas sean registradas con precisión y preservadas, como se verá a continuación, el Tribunal no ordena en esta Decisión que esas coordenadas se divulguen. Nuevamente, esta cuestión se abordará en su debido momento, en caso de que se llegase a plantear de nuevo en el contexto del arbitraje.
77. El Tribunal desea dejar claro que no debe interpretarse en modo alguno que esta Decisión surja de una falta de confianza en las medidas que la Demandada haya adoptado o pueda adoptar para proteger y preservar el Galeón San José de acuerdo con su régimen interno, ni mucho menos de una supuesta incertidumbre en cuanto a su cumplimiento de tales medidas. Esta Decisión se dicta en el contexto del presente arbitraje, para los fines de este arbitraje, bajo los términos del Tratado y las Reglas aplicables, con miras a preservar los derechos de las partes contendientes en los términos en los que aquellas los invocan (y sobre cuya existencia el Tribunal aún debe pronunciarse) en este arbitraje, preservando los elementos

¹¹² Respuesta, ¶¶36, 145; *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI núm. ARB/06/5, Decisión sobre Medidas Cautelares, 6 de abril de 2007, ¶37 (RLA-67).

¹¹³ Respuesta, ¶113.

¹¹⁴ Réplica, ¶38.

¹¹⁵ *Ipek Investment Limited c. República de Turquía*, Caso CIADI núm. ARB/18/18, Orden Procesal núm. 5, Solicitud de Medidas Provisionales de la Demandante, 19 de septiembre de 2019, ¶111 (CLA-97).

¹¹⁶ En su momento, el Tribunal abordará, según resulte necesario, las disposiciones de los artículos 10.21.3, 10.28, 22.2 a) y 22.4 del TPA.

¹¹⁷ Solicitud, ¶19.

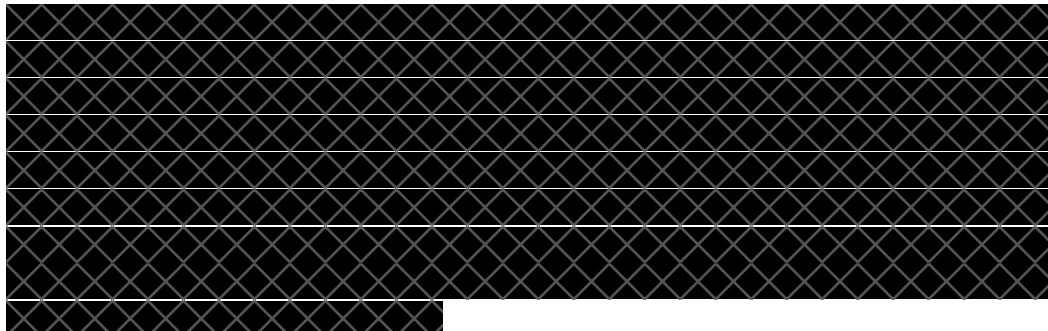
de prueba que podrían ser relevantes y pertinentes para la resolución de la controversia en este arbitraje.

78. El Tribunal también desea subrayar que es consciente de las disposiciones de confidencialidad del TPA contenidas en los artículos 10.21, 10.28, 22.2 y 22.4 mencionados anteriormente en la sección III (“Disposiciones del Tratado y Normas Aplicables”), los cuales toma muy en serio. El Tribunal aclara que la información resultante de esta Decisión y del Protocolo de Preservación de Evidencia, como se explica abajo, se encuentra protegida por las disposiciones de confidencialidad, a reserva, en su caso, de la decisión del Tribunal sobre la aplicación de dichas disposiciones o, como se ha señalado, sobre la cuestión de la exhibición de documentos y evidencia, si tales cuestiones se plantearan en su momento en este proceso.
79. Por último, teniendo en cuenta las conclusiones del Tribunal que se exponen a continuación, y confiando en las manifestaciones y la buena fe de la Demandada y de sus abogados, el Tribunal considera que la solicitud de la Demandante de que se adopten “medidas provisionalísimas con efecto inmediato” es improcedente en este momento.

VI. DECISIÓN y ORDEN

80. Se concede la Solicitud, en los siguientes términos y forma:
 - a. Las Partes intentarán acordar los términos de un Protocolo de Preservación de Evidencia, incluyendo un registro preciso de la Evidencia, similar, aunque no necesariamente idéntico, a lo señalado en las Medidas Solicitadas en la Solicitud de la Demandante, y deberán informar al Tribunal sobre cualquier acuerdo en el plazo de una semana a partir de la fecha de la presente Decisión.
 - b. En caso de que se alcance un acuerdo y así se notifique al Tribunal antes de esa fecha, el acuerdo se incorporará a una Decisión Complementaria y Orden relativa a un Protocolo de Preservación de Evidencia a ser emitida por el Tribunal.
 - c. En caso de que no se alcance un acuerdo o no se notifique un acuerdo al Tribunal antes de esa fecha, el Tribunal dictará una Decisión Complementaria y Orden relativa a un Protocolo de Preservación de Evidencia en términos a determinar por el Tribunal.

d.



LUGAR DE ARBITRAJE: LONDRES, REINO UNIDO

FECHA: 3 DE JUNIO DE 2024

EL TRIBUNAL ARBITRAL:



Sr. Stephen Jagusch KC



Dr. Claus Von Wobeser



**Sr. Stephen L. Drymer
(Árbitro presidente)**