

# **EL ARBITRAJE Y LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA**

**Libro conmemorativo del 30 Aniversario  
de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje  
(CIMA)**

**Francisco RUIZ RISUEÑO  
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS**  
(Coordinadores)



**tirant lo blanch**  
Valencia, 2019

# CONTORNOS DE LA SUMISIÓN AL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL

---

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

*A la memoria de José Luis Goñi, gran maritimista y  
entrañable amigo*

**Sumario:** I. El arbitraje marítimo entre la dependencia y la especialización. II. Configuración del arbitraje marítimo. 1. Caracteres. 2. Funciones de los árbitros. 3. Relevancia de las instituciones administradoras. III. Generalización de las cláusulas de sumisión y manifestaciones. 1. Cláusula atributivas de competencia y cláusulas de arbitraje: A) Elementos comunes; B) Consecuencias de la opción. 2. Incorporación de cláusulas de arbitraje y dependencia de formularios-tipo internacionales: A) Manifestaciones; B) Contenido y orientaciones. 3. Otras opciones de justicia alternativa. IV. Soluciones procedentes de la unificación del Derecho marítimo internacional. 1. Mecanismos de arreglo de controversias en los procesos de unificación. 2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam. V. Ámbito de los acuerdos de arbitraje. 1. Generalización de las ofertas. 2. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques. VI. Respuestas de la Ley de Navegación Marítima de 2014.

## I. EL ARBITRAJE MARÍTIMO ENTRE LA DEPENDENCIA Y LA ESPECIALIZACIÓN

1. El recurso al arbitraje para la solución de los conflictos siempre ha sido una constante en las operaciones relacionadas con la navegación, siendo históricamente la forma más antigua de arbitraje institucional. Señaladamente en su dimensión internacional constituye el gran protagonista en este tipo de controversias dando lugar a una importante nota de especialización, aunque discutida en orden a su contenido, como discutido es la relación entre “Derecho marítimo” y “arbitraje” por la disparidad en la configuración de ambos ordenamientos, pese a sus inherentes puntos de contacto: mientras que el arbitraje es exponente de la libertad contractual, el Derecho marítimo siempre ha estado sometido, con independencia de su origen, a una estricta y minuciosa reglamentación de contenido obligatorio; y a ello también contribuye la repercusión en el mundo del arbitraje marítimo de la fundamental evolución del arbitraje comercial internacional en su globalidad.

Junto a la existencia de un lenguaje específico, es fácil advertir ciertas especificidades en el arbitraje marítimo. En primer lugar, gran parte de los litigios derivan de las discrepancias en la interpretación y aplicación de modalidades contractuales de enorme envergadura, que suelen oponer a compañías navieras y a operadores sólidamente integrados en la industria marítima y dan lugar a una apreciable especialización de este sector. En segundo término, la naturaleza misma del transporte en el medio marino requiere una continua cooperación y coordinación entre los actores implicados pues, desde el momento en que un buque se introduce en alta mar, queda sujeto a un complejo bloque normativo de contenido internacional, a unas fuerzas de la naturaleza imprevisibles y a la autoridad incuestionable del capitán. Por último, la esencia del negocio de las compañías navieras reside en el mantenimiento de los buques en navegación permanente. Estos factores inciden decisivamente en la necesidad, cuando surge el litigio, de solventarlo de manera rápida y eficiente manteniendo al mismo tiempo, si es posible, la relación comercial entre las partes a fin de conservar sus relaciones contractuales. Por eso, junto con la experiencia de los árbitros, la celeridad en la resolución del conflicto, la confidencialidad inherente al arbitraje y la facilidad de circulación transfronteriza de los laudos propiciada por la Convención de Nueva York de 1958, el arbitraje marítimo se ha impuesto a los sistemas que ofrecen soluciones de carácter jurisdiccional y moviéndose dentro de un importante entorno de autorregulación.

Se refuerzan en este sector las eventuales ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria y los tópicos habituales que las caracterizan, poniéndose el acento en la velocidad del procedimiento y en la experiencia de los árbitros. Esta última destaca sobre las otras esgrimiéndose la necesidad de conocimientos técnicos especializados. La especialización de los árbitros se hace particularmente necesario en un sector como es el del Derecho de la navegación en el que sus particularidades lo alejan bastante de los asuntos habituales que conocen los tribunales ordinarios.

2. No puede extrañar, pues, que en las últimas décadas, el arbitraje haya surgido como la opción dominante para la resolución de las controversias en la industria naviera global, con el establecimiento de importantes centros de arbitraje marítimo en Londres (*v.gr.*, en 2016 tuvieron lugar en Londres 1.750 arbitrajes marítimos) y en Nueva York.

En esta última plaza existe una gran tradición de arbitraje marítimo desde el siglo XIX y al amparo hoy de la *Federal Arbitration Act* se encuentra la *Society of Maritime Arbitrators (SMA)* fundada en 1963. Del mismo modo se dedican a estos menesteres instituciones arbitrales más generalistas que también cubren las controversias derivadas del tráfico marítimo (*American Arbitration Association*). La eficacia de estas cláusulas se ha visto confirmado a partir de 1995 cuando el Tribunal Supremo de los EE UU consideró como válida una cláusula arbitral extranjera contenida en un conocimiento de embarque regulado por la *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)* (*Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. / M/V Sky Reefer*, 29 F.3d 727; 115 S.Ct. 571).

Y la reciente aparición de nuevos centros como Singapur y Hong Kong.

Singapur ha logrado grandes avances al establecerse como uno de los epicentros de resolución de disputas junto a Londres y Hong Kong. Tras consolidar su reputación de imparcialidad, integridad, excelente infraestructura y profesionales altamente calificados, se ha convertido en un foro frecuentemente elegido para el arbitraje, contando con el apoyo de varias instituciones, árbitros expertos y estructuras inferiores para garantizar que el proceso de arbitraje sea fluido, eficiente y profesional. SIAC y la *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* son dos organizaciones locales que promueven el arbitraje con su propio panel de árbitros y Reglas. SIAC ha logrado mantener nuevos niveles de casos en más de 200 casos nuevos por año durante los últimos tres años. El arbitraje de Singapur también se ve facilitado en gran medida por *Maxwell Chambers*, que es una estructura de arbitraje construida a nivel mundial que alberga SIAC y muchos miembros del Colegio de Abogados de Inglaterra, especialmente procedentes de *Essex Court* y *Essex*

*Street Chambers*. El arbitraje de Singapur también cuenta con el respaldo de un sistema judicial en medida pro-arbitraje.

Estas últimas plazas cada vez resultan más atractivas para las empresas que operan en Asia y buscando arbitrar localmente y a ellas se ha unido en los últimos tiempos Dubai, una vez que el *Emirates Maritime Arbitration Centre* ha comenzado a asumir una carga de trabajo más grande. A su vez París seguirá disfrutando de una sólida reputación por el influjo poderoso de la CCI. Evidentemente los intereses económicos están muy presentes en esta oferta y las entidades dedicadas a la administración del arbitraje realizan importantes esfuerzos para atraer a los usuarios de sus servicios, ofreciendo, entre otras cosas, reglas favorables para las partes extranjeras y flexibilidad en la elección de las leyes rectoras del fondo de la controversia o del procedimiento arbitral, asegurando la confidencialidad y reforzando la calificación de los árbitros y la igualdad en el método de selección de los mismos. La proliferación de asociaciones de arbitraje en todos los niveles y la competencia entre ellas, es indicativa de los intereses que están en juego. Aparentemente estas ofertas son muy similares pero para un práctico en la materia la matización de ciertos detalles puede acarrear consecuencias importantes. De ahí la necesidad de sopesarlas concienzudamente.

Son tres los factores que se atribuyen al crecimiento del mercado de arbitraje marítimo: que las partes lo aceptan y son respetuosas con sus postulados, que el sistema judicial de apoyo y de control de las sedes habituales donde se desarrolla lo favorecen y que la inmensa mayoría de los Estados reconocen los laudos que emanan de los árbitros.

3. A las controversias clásicas entre navieros y armadores, fletadores y exportadores, compañías de salvamento marítimo y de remolque por mar, compañías de seguro, astilleros de construcción y reparación de buques, los inmensos avances que se han realizado y continúan realizándose en ingeniería, tecnología y comunicaciones han llevado a la aparición de innumerables prácticas comerciales de nuevo cuño, entendimientos comunes y usos derivados del transporte de productos por mar a través del mundo, que ofrecen amplias cotas de conflictividad.

Es habitual recurrir al arbitraje para resolver controversias derivadas de los contratos de utilización de buques en sus distintas modalidades, comenzando por el transporte como el contrato de fletamento por viaje (*voyage charter*), el contrato de arrendamiento de buques y, por supuesto y el contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, sin omitir los contratos de transporte de contenedores (*joint container service*), de remolque, de construcción y reparación naval, de hipoteca naval, de compra venta y *leasing* de buques, así como de los contratos de seguros marítimos –casco y carga–. Y, junto a ellas, diferencias derivadas de operaciones de asistencia y salvamento, abordajes, entre otras. La práctica del comercio marítimo internacional muestra, además, una gran complejidad en la participación de los distintos y potenciales sujetos intervinientes que, durante la vida del contrato, puede ir cambiando paulatinamente respecto de los sujetos que iniciaron la relación inicial. También muestra que la modalidad de arbitraje *ad hoc* ha sido históricamente más frecuente en las controversias derivadas de contratos de fletamento o de abordajes, en tanto que el empleo del arbitraje institucional se ha utilizado con mayor asiduidad en contratos de construcción naval y en los supuestos de salvamento.

Debido a la cohesión de los entornos marítimos, el arbitraje en este sector se caracteriza esencialmente por su flexibilidad. De hecho, las partes tienen una mayor libertad de acción que en el arbitraje comercial clásico. Ahora bien, la incidencia de este procedimiento de solución de controversias no es, similar en todos los sectores: frente a su empleo generalizado en el transporte marítimo de mercancía que es, por su propia naturaleza, una actividad esencialmente internacional, existen otros donde su operatividad resulta menos efectiva como

los relacionados con el embargo preventivo, el abordaje y el salvamento marítimo (J.J. Álvarez Rubio, pp. 58-60 y 78-79).

La razón de ser del arbitraje marítimo se encuentra muchas veces en propia la dispersión del contrato que puede dificultar la concreción por las partes del sometimiento a una ley determinada y a una sede arbitral de alguno de los componentes del contrato. Así acontece, por ejemplo, en el contrato de fletamento en donde intervienen elementos subjetivos de diferentes nacionalidades y elementos objetivos como un diferente pabellón del buque o incluso pabellones de conveniencia, con varios lugares de carga o descarga, etc; y tal diversidad hace que la concreción de una ley o de una sede sea compleja. La dificultad de alcanzar un acuerdo sí permite inclinarse por una ley y una sede aparentemente neutrales para poner en marcha un arbitraje en determinadas plazas.

## II. CONFIGURACIÓN DEL ARBITRAJE MARÍTIMO

### 1. Caracteres

4. La trayectoria apuntada pone de manifiesto cómo los operadores jurídicos en este sector prefieren que sus controversias sean resueltas por un árbitro especializado en la materia, en vez de por un juez estatal. Y a ello debe añadirse que, en este concreto sector del tráfico comercial, la mayor parte de las controversias ofrece una marcada nota de internacionalidad que aconseja el recurso a un árbitro neutral e independiente de las partes que despliegue su función dentro de una institución arbitral acreditada como, a título de ejemplo, la *London Maritime Arbitrators Association (LMAA)*, sin duda la institución mundial que lidera esta materia. Y, sin alejarnos de esta institución, no debe desdeñarse el empleo de la mediación presente en ciertas cláusulas tipo, que establecen la posibilidad de desviación del procedimiento en tal dirección. Bien entendido que la presencia de los ADR en este sector sigue siendo controvertida y por el momento es poco probable que se adopten como una alternativa al arbitraje marítimo de Londres, donde las funciones de mediador y árbitro generalmente se mantienen separadas. Cosa distinta es que aunque la LMAA no estimule la mediación o la conciliación, proponga fórmulas para acudir a ellas (*LMAA/Baltic Exchange Mediation Terms*, 2009).

Respetuoso de los principios fundamentales de la institución arbitral, especialmente el principio de contradicción y el principio de imparcialidad, el arbitraje marítimo se desenvuelve en un ambiente caracterizado por la presencia de los usos y las costumbres del comercio marítimo, una suerte de *lex maritima* que es aceptada y desarrollada por armadores, corredores, fletadores, aseguradores y consignatarios, entre los innumerables operadores del mundo marítimo, extendiéndose, incluso, a los entes públicos, como puso de relieve en Francia la sentencia *Galakis*, en relación con un contrato de fletamento según el modelo *Baltic* celebrado entre un armador extranjero y un ente público francés dependiente del Ministerio de la Marina mercante

*Cour de cassation* 2 mayo 1966: "que la Cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime; que l'arrêt attaqué décide justement que la prohibition susvisée n'est pas applicable à un tel contrat et que par la suite, en déclarant valable la clause compromissoire souscrite ainsi par une personne morale de droit public, la cour d'appel; abstraction faite de tous autres motifs qui peuvent être regardés comme surabondants, a légalement justifié sa décision" (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 553 ss).

Al no formar parte de ningún sistema jurídico estatal, los árbitros acostumbran a aplicar los postulados de la denominada *lex maritima* con el consiguiente refuerzo de la denominada “jurisprudencia arbitral” ejerciendo un papel “unificador” de este bloque normativo, lo que se acrecienta por el hecho de que los árbitros no están sujetos a las normas estatales para la aplicación de los convenios de Derecho marítimo. Realizan de esta suerte, con el concurso de las instituciones administradoras de arbitraje marítimo, una actividad creativa y armonizadora en claro contraste con la jurisprudencia nacional, un tanto estricta en ocasiones a la hora de interpretar las normas relativas al alcance de la aplicación de estos instrumentos, centrándose sus preocupaciones en garantizar una unidad criterios común a los laudos dictados.

La armonización de los usos marítimos internacionales y la generalización del arbitraje como método de solución de controversias no ha conseguido superar el enfrentamiento derivado de los orígenes legales y culturales de los árbitros. Un enfrentamiento que se puede manifestar, por ejemplo, con la aplicación del modelo arbitral chino a contendientes habituados a las prácticas seguidas en occidente, por no hablar de la incidencia de la Sharía. Pero es que, además, dentro de la práctica en occidente, la familia jurídica de procedencia de los árbitros suscita ciertas divergencias en orden al enfrentarse con una controversia concreta y, sobre todo, a la hora de redactar el laudo percibiéndose, por ejemplo, que la motivación de los laudos emitidos por los árbitros provenientes del *civil law* tienden apoyarse en materiales académicos frente a los provenientes de árbitros del *common law*, mucho más vinculados al examen del Derecho aplicado.

5. De lo anterior se desgaja una de las notas inherentes al arbitraje marítimo: la profesionalización. El arbitraje marítimo es un arbitraje profesional, diseñado por profesionales y para profesionales que se pone de manifiesto tanto en las cuestiones sustantivas como en la sustanciación de las actuaciones procesales, aunque en ocasiones están, de manera interesada, involucradas o no.

Expresivo de ello es la Sentencia de la *Cour d'appel* 28 octubre 1998 (*Jean Lion et Cie c. Etablissements Gortzounian*) “*s'agissant d'un arbitrage professionnel, les arbitres sont nécessairement en relations d'affaires avec les personnes qui exercent leurs activités dans le même secteur économique, mais cette circonstance ne suffit pas à caractériser un état de dépendance ou une partialité des arbitres*” (*Rev. arb.*, 1999, pp. 368 ss y nota de M. Henry).

Con mucha frecuencia los árbitros han de resolver cuestiones de procedimiento relacionadas con la pertinencia de dictámenes periciales, de medidas cautelares o de su propia competencia que obstaculizan la solución de problemas de fondo consumiendo un tiempo precioso. Por eso, los árbitros deben considerar, caso por caso, si semejantes cuestiones de carácter procedimental pueden desvirtuar o no el resultado final de la litis.

Ahora bien, para la buena práctica del procedimiento las virtudes inherentes a la especialización deben ir acompañadas de otras que no siempre se producen: como la existencia una lista de árbitros suficientemente publicitada, el equilibrio en la procedencia nacional de los árbitros o la disponibilidad real de estos últimos.

## 2. Funciones de los árbitros

6. Los árbitros maritimistas generalmente patentizan un estatus profesional que les permite realizar sus funciones con carácter ocasional, al lado de su actividad principal. En la práctica, suelen ser abogados, profesores de Derecho o ex-magistrados, pero también pueden engrosar las listas otros profesionales relacionados con el transporte marítimo. En orden a la especialización de los árbitros marítimos la situación actual dista mucho de la originaria en la

cual no eran necesariamente juristas, sino operadores de reconocida experiencia y acreditada moral en la comunidad marítima. De hecho, aún subsisten determinados centros de arbitraje marítimo en los que los árbitros no son juristas, sino profesionales con abundante práctica en el tráfico marítimo, tales como brokers, armadores, navieros, capitanes, etc, y, con ello, se trata de contrarrestar la percepción según la cual el arbitraje marítimo es demasiado legalista y que la mayoría de los árbitros son personas ajenas pues no se embarcan y no conocen los verdaderos problemas de la navegación. Pero no puede negarse que esta situación se ha invertido en los últimos tiempos como ~~se evidencia en~~ que la mayor parte de los tribunales de arbitraje están integrados por abogados, a quienes se exige contar con un indubitado conocimiento del Derecho marítimo, aunque en numerosas controversias de alto contenido técnico, pudiera ser mucho más sensato garantizar que al menos un miembro del panel tuviese experiencia en los asuntos sustantivos en la materia, por ejemplo, en el transporte marítimo.

En resumen, la multiplicación de las controversias surgidas en el entorno del Derecho de la navegación y de las particulares condiciones y especificidades que lo rodean ameritan una gran especialización de los árbitros, que no sólo requiere un amplio conocimiento del Derecho, sino importantes aptitudes de carácter técnico. Es cierto que en las jurisdicciones estatales hay jueces cada vez más especializados, mas el nivel de experiencia técnica requerida generalmente no está a la altura de la especificidad de una concreta controversia, lo que no ocurre en el arbitraje que permite precisamente elegir una composición de tribunal arbitral "a medida", según la naturaleza de la controversia. Por eso, la profesionalización de los árbitros en este campo es esencial. La referida *lex maritima* está integrada por una pluralidad de fuentes, nacionales o internacionales, pero también por un importante componente de usos del comercio internacional. El conocimiento de estos usos por parte de los árbitros resulta esencial pues en esta concreta área, el conocimiento legal debe completarse con la experiencia aportada por los profesionales del comercio marítimo.

7. El idílico escenario apuntado no está exento de peligros: sobre todo los derivados de la elección de árbitros dentro de un grupo muy pequeño de especialistas que puede conducir a una indeseada reiteración de los mismos dirimientes en una gran variedad de casos. Ello aconseja divulgar estos nombramientos repetidos para que las partes conozcan esta práctica y los efectos perjudiciales a los que puede dar lugar.

Como resultado de lo anterior los árbitros profesionales maritimistas cada vez son más conscientes de que, para la eficacia de cosa juzgada de un laudo arbitral, deben respetarse determinados postulados tanto en la instrucción arbitraje como en la redacción y la motivación del laudo. Y, para ello, han de interpretar determinados instrumentos procedentes de la autorregulación en el sector lo cual exige una preparación específica y especializada. Un árbitro de tales características debe ser consciente de que sus poderes para resolver el litigio descansan exclusivamente en la voluntad de las partes expresada en la cláusula de arbitraje y que su función principal es resolver la controversia conforme al contrato y/o pronunciarse sobre hechos que han ocasionado un eventual daño.

8. La autonomía del arbitraje marítimo y su carácter internacional confieren al árbitro una gran libertad de actuación fraguada en cuatro frentes principales. En particular, debe:

- i) Ser consciente que sus poderes derivan únicamente de la voluntad de las partes expresada en la cláusula de arbitraje, y que su misión principal es interpretar el contrato de fletamento o el conocimiento de embarque, o pronunciarse sobre las circunstancias que han causado un daño; semejante labor interpretativa consitituye la piedra angular de su función.

- ii) Observar en profundidad estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia internacional con el objeto de dar primacía a las estipulaciones insertas en el contrato y aplicar la ley designada por las partes únicamente con carácter supletorio.
- iii) Practicar una evaluación certera de hechos de enorme complejidad para la cual un tribunal ordinario precisaría el concurso de enrevesados dictámenes periciales; el análisis en profundidad de los hechos puede evitar la interpretación de las cláusulas, porque muchos arbitrajes son solo casos individuales.
- iv) Valorar la importancia de su labor en la clarificación de los usos del comercio marítimo y de su función creativa en el devenir de una doctrina que refuerce la especificidad de dichos usos contribuyendo con ello a consolidar la cohesión del arbitraje internacional y a garantizar la seguridad de las transacciones comerciales marítimas.

### 3. Relevancia de las instituciones administradoras

9. Dificilmente podría conseguirse la especialización de los árbitros sin la participación activa de determinadas instituciones dedicadas a la administración del arbitraje marítimo.

El 30 noviembre 2011 con motivo de una clase Magistral en el Foro FIDE de Arbitraje y Litigación Internacional, sobre arbitraje marítimo, José Luis Goñi, profundo conocedor de la práctica anglosajona y con más de medio siglo de experiencia a sus espaldas, expuso de forma detallada como funcionaba el arbitraje ante la *London Maritime Arbitrators Association*, en tanto que canalizadora de esta práctica, a través de un panel formado por más de 50 árbitros que gestionan estos casos, junto con la *London Court of Arbitration*. Unos árbitros con dedicación exclusiva y profesionales procedentes del sector marítimo, tanto juristas como procedentes de la marina mercante. Insistía en que una de las peculiaridades de este arbitraje “inglés” era la posibilidad de someterse en cualquier momento al control del juez ordinario, siendo también apelables los laudos arbitrales, salvo pacto en contrario, con el apoyo de la ley inglesa de arbitraje de 1979. Para este insigne maritimista, uno de los grandes rasgos del arbitraje marítimo inglés consiste su virtualidad para promover constantemente el acuerdo entre las partes, tanto en lo procesal como en cuanto al fondo y a ello contribuye que el procedimiento anglosajón está basado en la sinceridad y honestidad, lo que obliga a las partes a exhibir todas las pruebas que tengan sin hacer ocultación de ninguna, deber que se extiende a los *barristers* y *solicitors* intervinientes en estos procedimientos. Un comportamiento procedimental de tales características resulta esencial y a su cumplimiento contribuye la posibilidad real de una condena en costas, que son muy altas. Por último, precisaba José Luis Goñi, los plazos aunque rígidos, se amplían siempre que sea razonable. En la actualidad sustanciación de las actuaciones arbitrales en esta institución se detallan en el Reglamento de 1988, revisado en mayo de 2014.

Los datos que se manejan corroboran esa cultura del acuerdo muy anglosajona. En los últimos ejercicios se pusieron en marcha ante la *London Maritime Arbitrators Association* entre 2.500 y 3.000 nuevos procedimientos iniciados, superándose los 600 laudos anuales, aunque muchas de las controversias fueron resueltas mediante acuerdos entre las partes. Por eso se articula como el líder mundial del arbitraje marítimo.

10. Junto a la referida entidad la *Chambre Arbitrale Maritime à Paris (CAMP)*, o la *Society of Maritime Arbitrators of New York (SMA)*, entre otras entidades dedicadas específicamente al arbitraje marítimo internacional, conforman un complejo entramado del que es muy difícil prescindir. Pero estos factores no son exclusivamente determinantes pese a su extraordinaria importancia. Plazas como Londres o Nueva York constituyen centros especialmente aptos para el arbitraje por el activo papel que desempeñan los expertos en arbitraje marítimo y organizaciones marítimas de la importancia del *Lloyds of London*, del *Institut of Chartered Shipbrokers*, del *Lloyd's Register of Shipping*, etc.

A estas entidades han de agregarse la *German Maritime Arbitration Association* establecida en Hamburgo y, con referencia a otras zonas geográficas del mundo, cabe destacar la *Maritime Arbitration Commission of Moscow* y la *China Maritime Arbitration Commission* de Beijing, estas últimas creadas a partir de iniciativas públicas para permitir la participación en el comercio mundial. A esto podemos agregar la *Tokyo Maritime Arbitration Commission* (TOMAC).

Este factor de especialización no podía quedar desapercibido por la Cámara de Comercio Internacional que, de acuerdo con el Comité Marítimo Internacional, han producido un conjunto de reglas para el arbitraje marítimo. Dichas reglas, elaboradas por expertos de ambas entidades fueron aprobadas en 1978 (*ICC/CMI International Maritime Arbitration Organisation Rules*). La administración de los casos decididos bajo las Reglas de Arbitraje CCI/CMI está confiada a una organización común para las dos instituciones: la Organización Marítima Internacional (IMAO). Estas reglas, están orientadas a regular el procedimiento de solución de controversias marítimas por arbitraje, incluyendo, entre otras, las originadas en contratos charter, contratos de transporte marítimo de mercancías, transporte combinado de mercancías, contratos de seguro marítimos, contratos de construcción y reparación de embarcaciones, contratos de venta de embarcaciones y otros contratos que creen derechos sobre embarcaciones.

### III. GENERALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE SUMISIÓN Y MANIFESTACIONES

#### 1. Cláusula atributivas de competencia y cláusulas de arbitraje

##### A) Elementos comunes

11. La preferencia hacia una regulación uniforme del transporte marítimo internacional, diversa de la establecida para otros medios de transporte, ha combinado el empleo de las técnicas basadas en tratados internacionales con otros mecanismos procedentes de la autorregulación, entre los que destaca el empleo de formularios o *standard forms*, utilizados en la práctica por los operadores del tráfico marítimo, acompañada de una inequívoca tendencia hacia la estandarización de ciertas cláusulas que se insertan en los contratos de transporte (*standard contract terms*).

Los conocimientos de embarque están conformados por multitud de cláusulas, algunas de rara factura, sobre todo en materia de exoneración de responsabilidad, cuya redacción está totalmente divulgada. En ellos el cargador suele limitarse a prestar su conformidad a las condiciones generales que el porteador tiene predispuestas e impresas, siendo firmadas con frecuencia por una sola parte, habitualmente por el capitán, en representación del porteador y entregadas al cargador una vez que las mercancías han sido embarcadas. Existen, además, numerosos impresos de conocimiento de embarque que omiten elementos sustanciales del contrato, y que se limitan a remitirse (*short form bill of lading*) a un modelo de mayor amplitud elaborado por el porteador (*long form*) que se pone a disposición del cargador en sus oficinas o, lo que es mucho más frecuente en la actualidad, en una determinada página web.

Ha de reconocerse que en el contexto descrito la inserción de cláusulas relativas a la solución de controversias futuras, esencialmente cláusulas atributivas de competencia (o de elección de foro) y cláusulas de arbitraje, ni estaba generalizada, ni contaba con un respaldo eficaz por parte de los ordenamientos estatales. Una vez abandonadas las técnicas de “imperialismo jurisdiccional” presentes en las normativas procesales internas, los legisladores estatales comenzaron a garantizar la efectividad de estas cláusulas con un doble objetivo: asegurar la competencia del tribunal designado frente a las tácticas abusivas de las partes

y suprimir ciertas formalidades en su puesta en funcionamiento. El propósito era equilibrar las posiciones de las partes y contribuir a instaurar la seguridad jurídica, evitando el *forum shopping* y la incertidumbre en el resultado del litigio (B. Ancel, p. 265).

12. Al expresar inequívocamente una tendencia universal partidaria de una versión separada de las manifestaciones de autonomía de la voluntad en la contratación internacional, estas cláusulas se han ido consolidando a la vez que adquiriendo características diferenciales en relación con las privativas de la “autonomía material” y con las inherentes a la “autonomía conflictual”. Así se evidenció en el asunto *The Bremen / Zapata*, una de las primeras decisiones en las que se reconoció las ventajas esenciales de las cláusulas de elección de foro, al entender de un litigio derivado de un contrato de transporte marítimo portador de una cláusula de sumisión a los tribunales de Londres, pero suscitado ante los tribunales norteamericanos. Según el Tribunal Supremo la expansión del comercio y la industria estadounidense quedaría profundamente afectada si, ante lo previsto en los contratos privados, prevaleciese una concepción estrechamente nacionalista conducente a que todas las controversias fuesen resueltas de acuerdo con las leyes nacionales y ante los tribunales del foro. Para dicho Tribunal la posibilidad para las partes de elegir su juez no era otra cosa que emanación del postulado de libertad contractual constituyendo la cláusula de elección del tribunal un elemento esencial del acuerdo, por lo que no tendría sentido que las partes llevaran a cabo sus negociaciones, sin tener en cuenta las consecuencias de la sumisión a un tribunal extranjero.

*US Supreme Court 12 junio 1972 (The Bremen / Zapata): “We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts” (...) “Of course, where it can be said with reasonable assurance that, at the time they entered the contract, the parties to a freely negotiated private international commercial agreement contemplated the claimed inconvenience, it is difficult to see why any such claim of inconvenience should be heard to render the forum clause unenforceable” [407 U.S. 1 (1972); Rev. crit. dr. int. pr., 1973, pp. 530 ss y nota de H. Gaudemet-Tallon].*

Son evidentes las ventajas de este tipo de cláusulas para las partes en la contratación marítima internacional pues la selección de un foro neutral les brinda previsibilidad y certeza sobre el resultado del futuro litigio eliminando las incertidumbres sobre jurisdicción, reglas de procedimiento y otras cuestiones. Y estas ventajas se acrecientan cuando dicha selección se combina con un acuerdo de elección de ley. Por eso, los actores en el Derecho de los negocios internacionales en general, y los pertenecientes al Derecho marítimo en particular, valoran su empleo, por su virtualidad para reducir o eliminar las incertidumbres sobre la sede, los costos, el procedimiento, de eventuales litigios.

13. Existen una serie de elementos comunes inherentes a las dos variantes, arbitral y jurisdiccional, de la sumisión: a) son mecanismos que persiguen el mismo objetivo, cual es garantizar la imparcialidad y la previsibilidad en la resolución de las controversias internacionales; b) son expresión del consentimiento de las partes intervinientes, convenientemente manifestado, y no precisan conexión alguna entre el litigio y el tribunal elegido; c) presentan una identidad de contenido, en el sentido de que, al margen cualquier consideración en torno a su naturaleza jurídica, ambas poseen un carácter contractual y jurisdiccional; baste atender a que la validez del acuerdo de elección depende de la capacidad de las partes y de la acreditación de su consentimiento; d) ambas producen un efecto de carácter negativo: la exclusión de la jurisdicción del foro, por eso puede afirmarse que más que “elección” nos hallamos ante una “renuncia” a la acción judicial del foro; y, e) desde la perspectiva de sus efectos, las dos incorporan una estipulación de carácter negativo en el sentido de impedir a las partes plantear la controversia ante un ente distinto del acordado.

El paralelismo también se proyecta con relación a la noción de “separabilidad”, en el sentido de que estas cláusulas son autónomas en relación con el contrato que las contiene, pues dicho postulado es “un trasunto de principios más generales del Derecho contractual, que separa del contrato las cláusulas sobre solución de controversias (jurisdicción, arbitraje o ley aplicable) o que tienen por objeto regular la propia nulidad o resolución del contrato y sus consecuencias” (Fernández Rozas-Sánchez Lorenzo-Stampa, p. 139); en nuestro caso, su carácter exclusivamente procedimental justifica su independencia y autonomía frente a las otras cláusulas del contrato englobadas en lo que se conoce como “autonomía material” (*v.gr.*, art. 25.5º Reglamento Bruselas I y art. 22.1º Ley de Arbitraje de 2003), aunque la determinación de su validez difiera por aplicación, en el marco del arbitraje, del principio de competencia-competencia.

Estas razones aconsejan su estudio homólogo, a través de un método comparativo de carácter constructivo, sin ignorar que entre ambas cláusulas existen notables discrepancias, pues el propósito de la primera es designar el tribunal competente de uno o más Estados para resolver la controversia, manteniéndose la elección en el ámbito jurisdiccional, mientras el propósito de la segunda es prescindir por completo de la justicia estatal, dotando a los árbitros de poderes para llevar a cabo este cometido.

*Cour d'appel Paris 29 noviembre 1991: “la portée de la clause compromissoire comme expression de la volonté des parties est beaucoup plus large que celle d'une clause attributive de compétence, en ce sens qu'elle a pour effet de donner aux arbitres le pouvoir de juger, excluant par là-même l'intervention des juridictions de l'État, alors que la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territorialement compétente pour trancher le litige” (Rev. arb., 1993, pp. 617 ss y nota L. Aynes).*

## **B) Consecuencias de la opción**

14. Ha sido bastante habitual hasta tiempos recientes acudir a mecanismos jurisdiccionales a partir de la aplicación de las reglas generales de la *prorogatio fori*, presentes en los sistemas estatales, en virtud de las cuales las partes acuerdan por adelantado presentar cualquier litigio que haya surgido o pudiera surgir respecto a una relación jurídica concreta ante el tribunal que designen confiriéndoles, en principio, competencia exclusiva salvo pacto en contrario entre las partes (art. 25 Reglamento Bruselas I). Pero semejante tendencia puede ofrecer inconvenientes por la eventual falta de especialización de los jueces designados y por las incertidumbres a que dan lugar las soluciones concretas de los casos, con frecuencia divergentes, pese a suscitarse supuestos similares. Ello ha conducido en la práctica a que si se opta por una cláusula atributiva de competencia ésta designe a los tribunales de Londres, por la experiencia de los jueces ingleses en estas lides, o a que las partes se comprometan a someter sus disputas de arbitraje y, en este caso, la cláusula arbitral remita a una institución arbitral, situada en una plaza de donde estas controversias son habitualmente resueltas. La elección de cualquiera de estas alternativas, basada en las notas de flexibilidad y de seguridad, junto a la experiencia del foro en la materia controvertida, confiere a los litigantes la posibilidad de elegir un foro neutral, evitando las susceptibilidades inherentes al conocimiento de la controversia por un órgano resolutor constituido a partir de postulados poco convincentes. Se ha dicho así, con una cierta resignación, que la elección londinense ofrece una suerte de equilibrio entre el arbitraje tradicional y la jurisdicción especializada y que la intervención de centros administradores como la *London Maritime Arbitrators Association* está tan arraigado que, aunque sus usuarios suelen quejarse de la ineficiencia, el gasto y la inflexibilidad del sistema, se abstengan de adoptar un enfoque alternativo, lo cual no descarta que desde ciertos sectores se denuncie este automatismo, excluyente de jurisdicciones y centros de arbitraje perfectamente capacitados para resolver las controversias derivadas del transporte marítimo.

Ahora bien, la opción por una cláusula de elección de foro puede dar lugar a situaciones no deseadas o inesperadas para la parte que debe someterse a un tribunal extranjero, en relación con las expectativas que podría obtener de su propia jurisdicción, con la cual no puede negarse que existe un cierto recelo hacia el recurso jurisdiccional y que el ámbito de la contratación marítima sea uno de los más proclives a los contenciosos relativos la determinación del órgano encargado de resolver el litigio. Contenciosos superpuestos muchas veces de las controversias sobre el fondo del asunto (M. Davies, p. 367).

15. No puede desconocerse la existencia de ciertas patologías inherentes al contrato cuando en él figuren a la vez cláusulas atributivas de competencia y cláusulas de arbitraje, y a los consiguientes enfrentamientos no deseados entre jueces y árbitros en torno a la determinación de la existencia y validez de ambas cláusulas, con el consiguiente resultado dilatorio poco edificante. La experiencia en la solución de esta contradicción es variada, en función principalmente del órgano que debe resolverla.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que no es lo mismo suscitar la validez de una de estas cláusulas ante un juez o ante un árbitro, pues en su consideración cada uno de ellos aplica criterios diferentes lo que condiciona el resultado de la apreciación.

- i) En unos casos dicha apreciación descansa en una presunción de superioridad de una cláusula frente a la otra, asiduamente con la aplicación subsidiaria de la competencia de los tribunales estatales (*Cour d'appel* París 17 mayo 1995 (*Société Trafidi / Société International Spice and Food*) (*Rev. arb.*, 1997, pp. 90 ss), a partir de argumentos un tanto sofisticados tendentes a despojar al juez estatal de cualquier competencia en la materia, poniendo el acento en que la cláusula de arbitraje expresa la elección sobre el procedimiento mismo de solución de la controversia prevalente en todo caso sobre una cláusula que se limita designar la jurisdicción territorialmente competente para conocer de la misma: no estamos por tanto ante una contraposición de cláusulas de difícil conciliación, sino ante una situación de prevalencia de la cláusula de arbitraje, dilema que el árbitro resolverá en aplicación del principio de competencia–competencia (B. Audit, pp. 15 ss).
- ii) En otros casos la práctica se decanta por una solución proclive a la avenencia de ambas cláusulas, a partir de una interpretación sistemática del contrato, partiendo de la presunción según la cual cuando estas situaciones se producen acostumbran a aparecer indicios de las partes quisieron evitar, de alguna manera, la opción jurisdiccional de su controversia (S. Stebler, pp. 27–44).

La jurisprudencia estatal es mayoritariamente propensa a considerar la primacía de la cláusula arbitral sobre la cláusula atributiva de competencia. Y el referente obligado de esta construcción es la sentencia *Dalico* pronunciada en 1991 por la *cour d'appel* pues, aunque técnicamente, pueda ponerse en entredicho la desvinculación del arbitraje respecto del Derecho estatal, a partir de este fallo, la jurisprudencia francesa ha sentado con contundencia este postulado (*Cour d'appel Paris, 1ère Ch. Suppl.*, 26 marzo 1991).

## 2. Incorporación de cláusulas de arbitraje y dependencia de formularios–tipo internacionales

### A) Manifestaciones

16. Resulta habitual, en efecto, que las partes incorporen una cláusula de arbitraje en la denominada póliza de fletamento suscrita por lo general entre el porteador y el cargador emi-

tiéndose con posterioridad el conocimiento de embarque en virtud de la citada póliza (AATS 1ª 28 marzo 2000 y 26 febrero 2002, *JEA*, nos. 1252 y 1266). Dicho conocimiento de embarque en la mayoría de las ocasiones es un título valor negociable y, por tanto, transferible a terceros, siendo emitido unilateralmente por el transportista, y se acepta por la contraparte sin más, constando únicamente la firma del porteador. Fuerza es confesar la posibilidad de que un tercero adquirente de buena fe se vea implicado en una relación de la que no era parte en un principio y que estos conocimientos de embarque circulen sin el conocimiento de los tenedores, ignorando que pueden incorporar una cláusula de sometimiento a arbitraje. Debe tenerse en cuenta que, en la práctica, el conocimiento de embarque se emite a favor del porteador, pero quien habitualmente ejercita los derechos suele ser el consignatario o el cargador que es una persona distinta cuando la mercancía se ha vendido en tránsito.

Por ejemplo, la *High Court of Hong Kong*, 30 julio 1992 (*Pacific International Lines (PTE) Ltd. y otro con Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*) entendió que aunque la póliza de fletamento no estaba firmada por ambas partes, tal póliza debía surtir efectos toda vez que no cabía dudar, sobre la base de los hechos y las comunicaciones previas al viaje, que el demandado había fletado el buque del demandante y había pagado también ciertas sumas a éste conforme a dicha póliza. Concretamente el tribunal llegó a la conclusión de que se había cumplido con el art. 7 LMU (redacción de 1985), y concedió al demandado un plazo de siete días para designar a un segundo árbitro, que en caso de no hacerlo designaría el propio tribunal (*Arbitration and Disp. Res. L. J.*, Parte 4, diciembre de 1992, p. 240). En cambio, el mismo tribunal consideró, en una sentencia posterior de 8 septiembre 1992 (*Hissan Trading Co. Ltd. / Orkin Shipping Corporation*), que aunque el conocimiento de embarque no estaba firmado por las partes, tampoco había acuerdo escrito de arbitraje contenido en un documento firmado por éstas, como lo exigía el párrafo 2 del art. 7 LMU, pues la correspondencia entre las mismas era insuficiente, dado que el precepto excluye la adopción de los documentos a que se hacía referencia, que fueron emitidos después de la celebración del acuerdo de arbitraje (Caso Clout 45, 0).

Con carácter complementario, dentro de la jurisprudencia francesa, debe de destacarse, el asunto *SOERNI c. ASB* que puso el acento en la intención de las partes y las circunstancias particulares del caso (*Cour de cassation* 8 julio 2000).

17. Estos conocimientos de embarque se refieren a las condiciones del contrato de fletamento, de ahí la aplicabilidad de la cláusula de arbitraje y su fuerza vinculante a las controversias derivadas de esta modalidad contractual. De hecho, el recurso al arbitraje presupone, en principio, el consentimiento previo de las partes en la controversia. Sin embargo, en este tipo de situación, las partes se ven compelidas a recurrir al arbitraje, aunque no lo hayan consentido expresamente. La cuestión de la aplicabilidad de los acuerdos de arbitraje es uno de los puntos de fricción más fuertes en el uso del arbitraje en este campo del transporte, considerando la jurisprudencia que la cláusula no es inaplicable en principio para el destinatario. Este problema también se puede encontrar en otras modalidades de transporte, ya que todos los contratos de este sector se caracterizan por su carácter tripartito (expedidor, transportista, consignatario) sin una negociación real entre las partes.

Si la presencia de cláusulas de arbitraje es constante en los formularios tipo o estándar más utilizados en gran parte de sectores del Derecho de los negocios, en el Derecho marítimo su generalización está a la orden del día, pero este proceder es especialmente significativo en el ámbito de la contratación marítima internacional. El conocimiento de embarque estándar de CONGENBILL es probablemente el instrumento más utilizado en el tráfico marítimo siendo la redacción de sus términos revisada en 2007, junto con la revisión del formulario de fletamento estándar GENCON.

18. Desde determinados medios se ha denunciado que en este sector las cláusulas de arbitraje muestran una marcada dependencia de formularios-tipo internacionales en los que

figuran la sumisión arbitral a Londres, lo cual puede ser perjudicial para los intereses de los operadores marítimos españoles, al o figuran ningún árbitro de nuestro país en las listas de árbitros habituales. La cláusula arbitral en este sector suele limitarse a determinar la instancia arbitral, pues aquí es dominante el arbitraje institucional, o el número de árbitros que compondrán el tribunal arbitral, así como, habitualmente, el lugar donde tal arbitraje se llevará a cabo, junto a ciertas previsiones en materia de procedimiento arbitral. Ya hemos apuntado el protagonismo que tiene la plaza de Londres para el desarrollo del arbitraje marítimo.

Según parece, en la inmensa mayoría de los contratos marítimos, por ejemplo en el *Lloyds Form of Salvage* se incluye la expresión "arbitraje en Londres" aun cuando la mayoría de las demandas que se suscitan ante instituciones del tipo de la LMAA no sean británicas. Existen, además, otros argumentos de peso, aparte de las instituciones de arbitraje que estamos estudiando, cuenta varias asociaciones de productos básicos que ofrecen servicios de arbitraje como *London Metal Exchange*, *Sugar Trade Association* y *London Rice Brokers. Asociación*. Incluso antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1996, Londres había cimentado su posición como el centro preeminente para el arbitraje comercial internacional. Sin embargo, también existen bloques contractuales como el de los denominados *Towage Contracts* que designan la plaza de Tokyo para el desarrollo de un eventual arbitraje.

## **B) Contenido y orientaciones**

19. El contenido y la orientación de este tipo de cláusulas son de gran utilidad en el Derecho marítimo internacional pues, al insertarse en una regulación liberal y abierta, facilitan las transacciones constituyendo, además, un instrumento esencial para reducir las incertidumbres inherentes a la inexistencia de una jurisdicción internacional y para evitar que una parte en el contrato se coloque en una posición más ventajosa respecto de la otra si llega a suscitarse el conflicto. No puede extrañar que las grandes firmas de abogados estén detrás de su redacción pormenorizada y tampoco lo es su extraordinaria expansión. Semejante importancia se ha traducido en una amplia variedad de instrumentos caracterizados por imperar en ellos la autonomía de la voluntad y los usos del comercio marítimo internacional. Estos últimos, reflejo directo de los intereses en presencia, se insertan en las condiciones generales de contratación, conocimientos de embarque, pólizas de fletamento, contratos de transporte, contratos de almacenaje y un amplio catálogo de contratos que los empresarios del sector suscriben diariamente. Evidentemente, el estudio de este clausulado, admitido progresivamente por la jurisprudencia de los Estados, no puede escapar a las especificidades de las leyes de navegación marítima, cada vez más receptivas a su expansión, y a las disposiciones insertas los convenios internacionales en la materia, aunque todavía falta mucho para alcanzar una unificación real.

El **concurso** a estas cláusulas permite radicar el litigio en un solo lugar aprovechando las experiencias desarrolladas en la práctica contenciosa de algunos países, que se han ganado una merecida reputación en este menester, con un reconocimiento progresivo por los distintos sistemas estatales expresado en una jurisprudencia cada vez más receptiva no sólo de la validez, sino de la utilidad de estas cláusulas.

20. Mas la acción plena del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de un foro jurisdiccional o arbitral se resiste. Muchas de las figuras contractuales del transporte marítimo bajo conocimiento de embarque siguen descansando en fórmulas de adhesión concebidas por el transportista, donde suele incluirse la designación a una jurisdicción favorable a este último, generalmente coincidente con su sede, sin atención a que puede estar muy alejada del lugar de establecimiento de los beneficiarios de los bienes. Resulta,

en efecto, habitual que, surgida la controversia, el destinatario portador del conocimiento interponga una demanda ante la jurisdicción coincidente con el puerto de entrega de la mercancía contra el transportista o su consignatario alegando pérdida, deterioro o retraso en su recepción y que objete la competencia de dicho tribunal invocando una cláusula atributiva de la misma, inserta en el conocimiento de embarque y sometiéndose a los tribunales de un Estado diverso. Con semejante proceder se afirma contribuir a una “gestión racional” del litigio permisiva de sustanciación en un solo lugar, evitando los inconvenientes de su dispersión geográfica, pero esta solución no siempre ha conseguido el equilibrio entre las partes, perjudicándose en ocasiones a la que se ve abocada a litigar por esta circunstancia fuera de su habitat natural.

Al imponerse en los conocimientos de embarque por una de las partes, sin negociación previa, estas cláusulas son susceptibles de engendrar un desequilibrio en la relación contractual por cuanto debe litigarse ante una jurisdicción o ante una sede arbitral ignotas y, en ocasiones, en un idioma y en unos procedimientos que se desconocen, configurándose una suerte de “parte débil” que ante esta situación puede renunciar a una defensa efectiva al no poder articular un foro de protección. Ello configura una modalidad contractual que se acerca peligrosamente o, incluso se integra, en los contratos de adhesión en función del poder ejercido por los transportistas frente a los cargadores, consignatarios y destinatarios de la mercancía, que cuentan con un poder de negociación mucho más reducido y que se ven reducidos, surgida la controversia, a desempeñar una inferior situación procesal. Esta es la raíz del rechazo sistemático de estos colectivos hacia los instrumentos legales o convencionales vigorizadores del carácter exclusivo de la cláusula de elección de foro o que refuercen el recurso del arbitraje, al amparo del art. II de la Convención de Nueva York de 1958, como en instrumento de defensa hacia el contenido habitual de los conocimientos de embarque y o de las cartas de porte.

### 3. Otras opciones de justicia alternativa

21. El protagonismo de las opciones hasta aquí estudiadas ha disminuido en la práctica contemporánea coexistiendo en la actualidad con técnicas y mecanismos de ADR englobados bajo la rúbrica general de “mediación” que, aunque sin desplazar los métodos tradicionales, comienzan a generalizarse en función de sus bondades al facilitar nuevas vías de solución a los operadores jurídicos mediante el diálogo y el entendimiento y por la insistencia en la búsqueda de intereses comunes para alcanzar un acuerdo satisfactorio (O. Sandrock, pp. 7-41). Es cierto que la mediación brinda importantes beneficios en orden a los costos, pero los operadores marítimos ven muchas veces en ella una señal de debilidad, a lo que se une la inequívoca eficacia inherente al laudo arbitral o a la sentencia procedente de un tribunal judicial. Baste atender a que hasta hace pocos años en la industria naviera la mediación había sido una técnica de resolución de controversias bastante relegada, pese a su empleo generalizado en otros sectores del Derecho de los negocios internacionales.

Es frecuente que ciertos operadores marítimos al considerar el mecanismo apropiado para resolver su controversia no sólo tengan en cuenta su especial naturaleza, su cuantía, la ubicación geográfica de las partes, sus relaciones y expectativas, la participación de representantes legales o la influencia de intereses de terceros (*v.gr.*, aseguradores), sino las posibilidades de otras opciones alternativas y no descartarlas de manera apriorística. Es este un terreno abonado para las soluciones procedentes de las denominadas “cláusulas escalonadas multifunción” y del elenco de mecanismos que brindan, antes de acudir a los específicamente heterocompositivos (A. Fernández Pérez, pp. 99-124).

Muchas de estas controversias son susceptibles de resolverse a través de negociaciones directas entre las partes involucradas, sin la necesidad de acudir a ninguna institución administradora. Así lo puso de relieve el asunto *Itex Shipping Pte Ltd v. China Ocean Shipping Co (The Jing Hong Hai)*, donde un tribunal inglés tuvo que decidir sobre un contrato de fletamento donde figuraba la obligación de negociar a partir de una cláusula de resolución de controversias con el siguiente tenor “*Any dispute on this agreement will be settled amicably. Should both parties be unable [to] reach amicable settlement, the dispute will be referred to arbitrators already appointed by both parties under the charterparty*” [1989, 2 Lloyd’s Rep. 522 (QB) English High Ct]. El peso de la tradición, sin embargo, condicionó la decisión del tribunal, al declarar inaplicable la cláusula controvertida en el sentido de que en el caso concreto la obligación de negociar no era jurídicamente vinculante.

Es obvio que la comunicación directa ahorra costos y si ambas partes han sido constructivas y pragmáticas en el planteamiento de sus pretensiones, preferentemente con la intervención de sus asesores legales, su relación comercial puede mantenerse a largo plazo e, incluso, mejorar. Y para el caso de un fracaso de este tipo de negociación es factible acudir, si así lo dispone la referida cláusula escalonada, a otras opciones como, por ejemplo, al concurso de un tercero experto, legal o técnico, para analizar el fondo de la controversia y emitir una evaluación neutral, de carácter vinculante o no vinculante, del posible resultado antes que se ponga en marcha el mecanismo arbitral o jurisdiccional.

Estas opciones previas y preventivas están siendo acaparadas por los tradicionales centros de arbitraje como, a título de ejemplo: a) la *London Maritime Arbitrators Association*, que introdujo en 1991 mecanismos propios proporcionando la capacitación formal de la mediación a casi la mitad de sus miembros de conformidad con la última versión de su Términos de Mediación de 2002; b) la *Society of Maritime Arbitrators*, que elaboro un reglamento específico en la materia en 1991, cuya última versión es de 2016; c) la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, cuenta con un reglamento en la materia en vigor desde el 31 mayo 2012; o d) la *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* que oferta una *SCMA Arb-Med-Arb Clause*.

22. Las cláusulas escalonadas multifunción no son infrecuentes en la actual contratación marítima internacional y cada vez se incorporan en los documentos estandarizados, como los emanados de la *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO), aunque en este último caso estrechamente vinculada al arbitraje. En efecto, la *BIMCO Standard Mediation Clause* garantiza que una de las partes no pueda utilizar la mediación como una táctica dilatoria y aunque las partes son libres de mediar en cualquier momento, el contenido de esta cláusula únicamente se pone en marcha cuando una parte inicia el procedimiento de arbitraje. Además, si las partes eligen utilizar la mediación para resolver la totalidad o parte de su litigio, el proceso de arbitraje continúa sustanciándose en paralelo y para garantizar que la mediación no interfiera con la realización del procedimiento de arbitraje, la cláusula estipula que el tribunal de arbitraje considerará posibles conflictos con la mediación al establecer el cronograma para el arbitraje. Este modelo de cláusula cada vez está más extendido como demuestra su aceptación por la *Society of Maritime Arbitrators* y por la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*.

Adoptados estos ADR esencialmente en la práctica del *common law*, con el propósito de impulsar y de agotar todos los esfuerzos para alcanzar el acuerdo, se están generalizando en otros círculos jurídicos pues, además de aportar las notas de confidencialidad de imparcialidad, tienen la virtud de preservar los intereses comerciales de las partes al tiempo que insisten en resaltar el valor del tiempo y en la reducción de los costos. Aparece así la figura del mediador, un profesional independiente e imparcial, conocedor del sector que gestiona el procedimiento y facilita la obtención de acuerdos con validez jurídica y cuya labor se acomoda a la Directiva Europea 2008/52/CE, de 21 mayo 2008, y, en nuestro país, a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

#### IV. SOLUCIONES PROCEDENTES DE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO INTERNACIONAL

##### 1. Mecanismos de arreglo de controversias en los procesos de unificación

23. El Derecho marítimo es pionero en la producción de reglas jurídicas materialmente uniformes en el campo internacional. Una uniformidad que se ha manifestado preferentemente a través del empleo del tratado internacional, aunque esta técnica, por su excesiva rigidez y por los numerosos problemas de aplicación que entraña, está dejando paso a un importante proceso de autorregulación en el sector, a través de distintas técnicas destacando la utilización de las cláusulas tipo.

La finalidad de estos instrumentos es diseñar un régimen sustancial aplicable al transporte marítimo internacional, pero se han caracterizado y se caracterizan también por insertar disposiciones tendentes a la unificación de los mecanismos de arreglo de controversias aplicable a las controversias cubiertas por su alcance. En concreto, dichos instrumentos:

- i) Reconocen por igual la virtualidad del arbitraje y de las cláusulas atributivas de jurisdicción y determinan las condiciones para su incorporación en los contratos de transporte marítimo. Sus redactores tuvieron en cuenta la necesidad de acomodar las reglas de jurisdicción a las normas sustantivas, incluyendo las de orden público, con la finalidad de hacer operativo y eficiente el régimen establecido por estos textos internacionales.
- ii) Mantienen un importante nexo de unión entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales y el nuevo Derecho de los negocios internacionales, como ordenamiento ajustado a las necesidades de las transacciones en la hora actual.

Al carecerse de una regulación uniforme completa en materia de arbitraje marítimo internacional, debe adelantarse que, en orden a determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la validez de las cláusulas de arbitraje en el sector concernido, son de aplicación los criterios generales previstos en el Convenio de Nueva York de 1958 y en el Convenio de Ginebra de 1961, salvo si existe un instrumento específico que regule los aspectos propios del convenio arbitral. Mas la acción de estos últimos instrumentos no exime de la necesidad de examinar las disposiciones de arbitraje incluidas en los convenios internacionales de Derecho marítimo.

24. Uno de los problemas esenciales en la expansión de los acuerdos atributivos de competencia en el marco del transporte marítimo internacional ha sido la dificultad de alcanzar una respuesta uniforme a través de la vía convencional (R. Herber, pp. 405-417). Como veremos seguidamente las acciones internacionales revelan un enfoque bastante conservador en este orden al caracterizarse por la presencia de numerosas cortapisas para su aplicación.

Existe una jurisprudencia estatal abundante, contradictoria por estar íntimamente vinculada al sistema judicial donde se ha gestado, con las consecuentes notas de incertidumbre, inseguridad y cuestionamiento de la cuestión estudiada. Baste contemplar que los instrumentos internacionales clásicos, como la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 agosto 1924 ("Convenio de Bruselas de 1924"), modificada posteriormente por los Protocolos del 23 febrero 1968 y de 2 diciembre 1979 (las llamadas "Reglas de La Haya-Visby"), no incluyen reglas específicas en materia de arbitraje marítimo o de elección de foro, a pesar de la presencia relativamente frecuente de acuerdos de arbitraje y cláusulas *forum prorogatum* dentro de los conocimientos de embarque. Y se ha señalado al respecto que tal omisión no fue en modo alguno casual

sino una consecuencia directa de las presiones efectuadas por los *lobbies* del transporte en los foros de codificación.

Claro es que esta situación ha variado progresivamente con la aplicación de instrumentos internacionales portadores de normas específicas, tanto en materia de elección de foro como en la admisión del arbitraje, marcándose en este último caso una tendencia hacia la proliferación de las reglas específicas de arbitraje marítimo. Ha de recordarse que durante un largo periodo las cuestiones sustantivas y las cuestiones de procedimiento (*forum-ius*), incluido el arbitraje, se regulaban por separado en función de la diversidad de ambos bloques normativos. Sin embargo, este enfoque no tuvo en cuenta las dificultades de las negociaciones intergubernamentales y la concertación de tratados que resultan entre Estados con diferentes estrategias convencionales.

Ello explica que los acuerdos internacionales más recientes adopten otro punto de vista: combinar las reglas del Derecho marítimo sustantivo con las normas jurisdiccionales y arbitrales. Basta atender al Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 mayo 1952 y en vigor desde el 14 septiembre 1955, que proporciona un ejemplo, donde las normas jurisdiccionales civiles se combinan con el concepto marítimo de abordaje. Según el art. 2 de esta convención las partes tienen el derecho “de deducir una acción por razón de abordaje ante la jurisdicción que hayan elegido de común acuerdo ni el de someterla a arbitraje” en lugar de someterse a la jurisdicción en uno de tres tribunales diferentes: a) el Tribunal competente para conocer de la acción principal a tenor de lo prevenido en el artículo primero; b) el Tribunal al que hay sido sometida anteriormente una acción nacida del mismo abordaje contra la misma parte, o c) el Tribunal que conozca del asunto por aplicación de las reglas del artículo primero se declare competente de acuerdo con las reglas de competencia de su ley nacional para entender en todas las acciones enlazadas por razón del mismo accidente (art. 3). También se encuentran otras normas sobre arbitraje en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 mayo 1952, en cuyo art. 7.3º se dispone que “Si las convenciones de las Partes contienen ya una cláusula atributiva de competencia a otra jurisdicción, ya una cláusula arbitral, el Tribunal podrá fijar un plazo dentro del cual el embargante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto”.

Por su parte, la Convención internacional sobre salvamento marítimo, 1989, hecha en Londres el 28 abril 1989 dispone en el art. 27 que “Los Estados Partes fomentarán, en la medida de lo posible y con el consentimiento de las partes, la publicación de los laudos arbitrales pronunciados en casos de salvamento”.

25. Debe ir por delante que ni España, ni los Estados integrantes de la UE, ni la mayor parte de los Estados con significativo tráfico marítimo, son parte del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (“Reglas de Hamburgo”) que implanta un régimen jurídico uniforme para los derechos y obligaciones (de los cargadores, portadores y consignatarios) surgidos de un contrato de transporte marítimo de mercancías. Dichas reglas pronto quedaron obsoletas por responder a una etapa caracterizada por un fuerte enfrentamiento entre Estados defensores de los intereses de los portadores y Estados con presencia de muchos cargadores, con una posición decididamente favorable a los primeros en perjuicio de estos últimos.

Sentado lo anterior, conviene recordar que este instrumento contiene disposiciones específicas reguladoras de los eventuales procesos jurisdiccionales o arbitrales suscitados en el contexto de su ámbito de aplicación.

- i) En el primer caso, el art. 21 determina que en todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al Convenio deberá tener en cuenta una se-

rie de lugares especificados cuya enumeración es verdaderamente exhaustiva con el objeto de atender a los intereses de reclamante en cada caso concreto: a) el establecimiento principal o la residencia habitual del demandado; b) el lugar de celebración del contrato de transporte, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia; el puerto de carga; el puerto de descarga; y c) cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte o en el acuerdo de arbitraje.

- ii) En el segundo caso, el art. 22 incluye reglas relativas al arbitraje en la convicción de que esta modalidad de arreglo de controversias era cada vez más utilizada para los litigios derivados de esa modalidad de contratación. Siguiendo esta orientación, se consideró de interés especial una regulación de cuestiones tales como la prescripción de acciones y la jurisdicción en relación con el arbitraje. Respecto a este segundo aspecto, las “Reglas” ofrecen respuestas concretas en relación con la validez de las cláusulas de arbitraje en el marco de la contratación marítima internacional consintiendo que cualquier controversia originada por un transporte de mercancías sea sometida a arbitraje (J.A. Álvarez Rubio, 2009, pp. 171–191). En concreto, en su art. 22.4º se dispuso que “El árbitro o el tribunal arbitral aplicará las normas del presente Convenio”, exigencia que se considera incluida “en toda cláusula compromisoria o compromiso de arbitraje y cualquier estipulación de tal cláusula o compromiso que sea incompatible con ellas será nula y sin efecto” (art. 22.5º) (F.J. Sánchez Gamborino, pp. 306 ss).

## 2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam

26. Las denominadas “Reglas de Rotterdam” fueron elaboradas en el marco de la Uncitral e incorporadas al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), ratificado por España el 19 enero 2011, pero muy lejos todavía de recibir el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, al no haber conseguido un sistema legal uniforme que equilibre los intereses de todos los operadores y de todas las modalidades de transporte. Pese a su desfavorable acogida no puede desconocerse que este instrumento ha tenido la virtud de desarrollar y modernizar antiguos convenios que regían el transporte internacional de mercancías por mar a los cuales ya hemos hecho referencia en las páginas anteriores. En la materia que nos ocupa las “Reglas de Rotterdam” concentraron, no sin negociaciones complejas, las inequívocas aportaciones de las “Reglas de Hamburgo”, reforzando la regulación, al margen del arbitraje marítimo, de las cláusulas de sumisión.

En efecto, la falta de consenso en orden al contenido de las cláusulas de sumisión entre los Estados participantes se puso de manifiesto desde los trabajos preparatorios a la adopción de estas “Reglas” que se limitan a recopilar las disposiciones relativas al arbitraje en los arts. 75 a 78 del Capítulo 15 bajo la rúbrica “Arbitraje”, con evidentes similitudes con el Capítulo 14 dedicado a la jurisdicción, y abordan la cuestión relativa a los terceros adquirentes de buena fe combinando la necesaria flexibilidad en su admisión con la exigencia de requisitos adicionales para que eventuales terceros puedan verse finalmente vinculados por el acuerdo arbitral (art. 76).

Frente a tal modalidad contractual, y para el resto de relaciones de transporte de mercancías adscritas al ámbito de aplicación material del Convenio, se prevé de forma genérica una admisibilidad de los acuerdos de arbitraje en el párrafo primero del art. 75 (“A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar que toda controversia que

pueda plantearse en relación con el transporte de las mercancías bajo el presente Convenio será sometida a arbitraje).

27. Entre las preocupaciones de este instrumento ocupa un espacio preferente el lugar del arbitraje, especificando a este respecto el apartado segundo del art. 75 los lugares susceptibles de elección, al indicar que el procedimiento arbitral deberá tener lugar, a elección de la persona que dirija una reclamación contra el porteador en: a) algún lugar designado al efecto en el acuerdo de arbitraje; o b) cualquier otro lugar situado en un Estado en donde se encuentre alguno de los lugares siguientes: i) el domicilio del porteador; ii) el lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) el lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) el puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque.

Por último, con el propósito de acomodarse a la preocupación mostrada en la norma convencional respecto al alcance frente a terceros de los pactos convenidos entre las partes originarias de la relación contractual de transporte, el Convenio determina de forma expresa en qué casos y bajo qué condiciones deviene vinculante el acuerdo de arbitraje suscrito.

28. Tras los profundos debates que precedieron la elaboración de estas Reglas el resultado alcanzado evidencia que la respuesta a las cuestiones jurisdiccionales ha sido una tarea inacabada que continuará suscitando importantes debates. Su fracaso evidencia que la armonización desde la perspectiva de la contratación marítima y la escisión en el tratamiento de la cláusula atributiva de competencia, [marcado](#) el particularismo de las reglamentaciones estatales, excepción hecha de la labor realizada en el ámbito del Espacio Judicial Europeo, y de las cláusulas de arbitraje, englobadas en el régimen general de la unificación de este mecanismo de arreglo de controversias, y cada vez más autónomas respecto de las anteriores (J.C. Fernández Rozas, 2018, pp. 347–365). En la búsqueda de un supuesto “orden jurídico” regular, no puede extrañar que se suela distinguir entre orden jurídico “estatal” y orden jurídico “arbitral”.

## V. ÁMBITO DE LOS ACUERDOS DE ARBITRAJE

### 1. Generalización de las ofertas

29. Regularmente el transporte de mercancías se realiza bajo la modalidad de fletamento en régimen de conocimiento de embarque y resulta una práctica habitual que, al igual que acontece con las cláusulas atributivas de competencia, se incorpore en el mismo una cláusula de arbitraje expresa o por referencia a condiciones generales o a un contrato estándar que incluya un acuerdo arbitral, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

La práctica arbitral contemporánea, sobre todo en el ámbito del Derecho marítimo, muestra la tendencia favorable a que la cláusula de arbitraje no figure en el contrato litigioso sino que esté incorporada en determinadas condiciones generales o en otros instrumentos como el contrato principal o un contrato anterior. En este caso su validez depende de si adopta una posición formalista o consensualista, esto es, si depende exclusivamente del consentimiento de las partes o, por el contrario, debe estar de acuerdo con determinadas exigencias de índole formal. El art. 7.2º *in fine* LMU (redacción de 1985) y las numerosas legislaciones que se inspiran en este instrumento confirma la admisión de la denominada cláusula arbitral por referencia, siempre que se cumplan determinados requisitos formales, al disponer que “la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria

constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato”.

Habitual es, en efecto, que en el marco de la contratación marítima la exigencia de forma escrita sea satisfecha con la inserción de una simple cláusula contenida en condiciones generales, pues la normativa internacional no exige de forma expresa un acuerdo individualizado referido a la cláusula arbitral, lo que se corresponde con la admisibilidad de la extendida práctica de las cláusulas arbitrales pactadas por referencia. Son distintas las hipótesis en las que opera esta remisión y entre ellas cabe aludir a la remisión en el contrato a un convenio o acuerdo sobre asuntos contractuales donde esté expresamente sancionada, o a un reglamento de una institución arbitral marítima; asimismo, puede apreciarse la referencia a partir de la existencia de un contrato marco que incluya una cláusula compromisoria y a que partir del mismo se realicen otros contratos para su cumplimiento o ejecución que no se incluyen tal cláusula.

30. La aceptación de los convenios arbitrales incorporados en contratos mediante referencia a documentos desconocidos para una de las partes no recibe idéntico tratamiento en la jurisprudencia de los distintos Estados. Por su posición privilegiada en los litigios marítimos, la jurisprudencia inglesa es expresión de una aceptación prácticamente sin reservas toda vez que una simple incorporación en el conocimiento de embarque, mediante referencia a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato de fletamento, se considera bastante para apreciar la voluntad de someterse a arbitraje, incluso aunque no se detallen los extremos de dicha sumisión y que una de las partes en el conocimiento la desconozca. Se considera que las cláusulas de incorporación, insertas por lo general en unas “acuerdos marco” son parte de los términos y condiciones del conocimiento de embarque y su finalidad es facilitar transacciones al incorporarse a un acuerdo posterior. El empleo de dichas cláusulas, aunque no se haya generalizado, se ha extendido en la contratación marítima internacional por el hecho de que los armadores buscan estar bien posicionados tanto frente a los fletadores como frente a los terceros designados en los conocimientos de embarque. No obstante, ante a este empleo frecuente los tribunales han desarrollado una serie de reservas basadas, esencialmente, en que “*the operative words of incorporation must be found in the bill of lading itself*” (*Court of Appeal (UK), Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co (The Varenna)* [1984] 1 QB 599 (CA), pp. 615–616).

La práctica es muy variada y está suficientemente estudiada, sin embargo, por afectar a nuestro país, resulta obligado referirse a la decisión de la *Court of Appeal* de 17 diciembre 2009 en el asunto *National Navigation Co v Endesa Generacion S.A.* cuyo origen está en una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería de 3 diciembre 2008, declarativa de la invalidez de una cláusula de arbitraje, que estimó la competencia de la jurisdicción española para pronunciarse sobre una controversia relativa a un retraso en la entrega de la mercancía. A la hora de la ejecución de esta decisión ante los tribunales ingleses ésta fue denegada en primera instancia por considerar válida la cláusula de arbitraje, no obstante la *Court of Appeal* estimó el recurso al considerar que el supuesto entraba dentro del Reglamento Bruselas I.

De acuerdo con la *Court of Appeal*: “*The Spanish court had decided that the arbitration clause had not been incorporated, but the claimant now sought to enforce the arbitration clause. Held: The arbitration proceedings were dismissed. The English court was bound to apply the decision as taken. The decision by the Spanish court counted as a judgment within article 3 of the Regulation*” ([2009] EWCA Civ 1397, [2009] 2 CLC 1004).

Por su parte, en la jurisprudencia norteamericana consideró que un conocimiento de embarque referido a un contrato de fletamento que había dejado en blanco los nombres de las partes y la fecha del conocimiento no era válido. Se trataba de conocimientos de embarque que, aunque pretendían incorporar los términos del contrato de fletamento, no identificaba al fletador con suficiente claridad, por lo que el tribunal consideró injusto vincular a los titulares de los conocimientos de embarque con cláusulas contenidas en un contrato de fletamento identificados de manera insatisfactoria (*United States District Court, S.D. New York*. (5 Mar, 1962) (*USA v Cia Naviera*

*Continental SA* [(202 F. Supp. 698 (S.D.N.Y.1962))] y *Southwestern Sugar & Molasses Co v Eliza Jane Nicholson* [126 F. Supp. 666 (S.D.N.Y.1954)].

Los ejemplos anteriores no son otra cosa que una muestra de que nos hallamos ante una diversidad de apreciación en la incorporación de la cláusula de arbitraje en la contratación marítima internacional que no se ha superado y que ha dificultado, como hemos puesto de relieve, los intentos de unificación internacional en el sector.

31. Huelga decir que los procedimientos de arbitraje no pueden iniciarse a menos que exista una cláusula de arbitraje válida, por consiguiente, gran parte contratos modelo comunes producidos en el marco del Derecho marítimo contienen cláusulas de arbitraje. La redacción de la cláusula de arbitraje es un factor importante para determinar si una controversia debe someterse a arbitraje o a un procedimiento judicial estatal, como también lo es la elección entre las cláusulas-modelo recomendadas. Las incertidumbres con respecto al alcance de la cláusula de arbitraje a menudo conducen a discusiones sobre la competencia del tribunal arbitral, que se verá obligado a adoptar medidas, muchas veces costosas y lentas para aclarar la esta cuestión antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión o al resolver esta última.

Resulta habitual contemplar en los distintos contratos de Derecho marítimo (fletamentos, transporte marítimo de mercancías y pasajeros, salvamento, etc.) una cláusula arbitral, mediante la cual, las partes deciden someter a arbitraje cualquier conflicto surgido del respectivo contrato. Semejantes contratos inclusivos de cláusulas de arbitraje son ofrecidos por una variedad de instituciones con el objeto tanto de resolver las controversias entre las partes como para impulsar la actividad arbitral de una determinada institución administradora. No resulta tarea fácil determinar el alcance que debe otorgarse a las cláusulas de arbitraje (y eventualmente atributiva de jurisdicción) incluidas habitualmente en estas diversas modalidades contractuales, plasmadas en complejos instrumentos (*bills of lading, charter-parties, sea-waybills...*) cuya aplicación e interpretación da origen a frecuentes controversias vinculadas al juego de los usos y prácticas del tráfico marítimo internacional presentes no sólo en la dimensión de resolución de tales litigios, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el arbitral, sino también la determinación del Derecho aplicable a este marco de conflictividad.

Insistiendo en lo anterior, en la actualidad es prácticamente imposible encontrar un contrato de fletamento (*charter parties*), por viaje (*voyage*), por tiempo (*time charter*) y casco desnudo (*bareboat charter parties*) que no incluya cláusulas de arbitraje; pero éstas también figuran en otros importantes instrumentos de la contratación marítima como conocimientos de embarque (*bills of lading*) y también pueden resolver controversias surgidas en los contratos de compra o venta de embarcaciones y mercancías, contratos para la construcción y reparación de embarcaciones, contratos de suministro gubernamental y contratos de servicio y de travesía. Las cláusulas de arbitraje que estamos examinando encomiendan por lo general a alguna organización marítima de árbitros ya establecida, principalmente en Londres o en Nueva York, siendo la consecuencia de una compleja operación de *marketing* arbitral. España no podía quedar al margen de esta tendencia admitiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, “por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo” (ATS 28 marzo 2000, RJ 2000, 2964 y 26 febrero 2002, PROV 2002, 62463; ATSJ Cataluña CP 1<sup>a</sup> 15 marzo 2012, RJ\2012\6120) y ATSJ Cataluña CP 1<sup>a</sup> 29 marzo 2012, RJ 2012\6128).

32. Existen multitud de cláusulas a disposición de los operadores marítimos que se someten a diversos reglamentos, ofrecidas no sólo por la LMAA, sino por la ICC y LCIA, así como condiciones de arbitraje propuestas por asociaciones de la importancia del GAFTA o

del FOSFA. Ante la gran variedad de las ofertas las partes deben estudiar con precisión cuál de ellas se acomoda mejor a su negocio en particular, pues no todas son iguales y pueden encontrarse con sorpresas indeseadas. Por lo general, las fórmulas de arbitraje más conocidas y comúnmente usadas poseen un contenido similar, pero las consecuencias del costo pueden ser muy diferentes y la duración del procedimiento arbitral imprevisible. En tal sentido las partes deben considerar que los gastos de la administración del arbitraje estén plenamente justificados, sopesando la oportunidad de que el asunto sea resuelto por un árbitro único.

Y otro dato que deben considerar es el protagonismo que hasta ahora ha tenido Londres como sede del arbitraje marítimo, pues aún no se ha materializado la salida del Reino Unido de la UE. Esta modalidad de arbitraje utiliza mayoritariamente el arbitraje de equidad y no de Derecho y ello puede presentar el inconveniente de experimentar las consecuencias de conferir a los árbitros unas facultades muy amplias y soslayar la aplicación de la Ley inglesa de arbitraje, pero tiene la ventaja de ahorrar los costes derivados de dispendiosos dictámenes elaborados por expertos jurídicos.

## 2. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques

33. Al lado del transporte marítimo de línea regular comprensivo de la explotación de buques a través de líneas regulares ofreciendo un servicio de carácter permanente, habitual, y con rutas y frecuencias predeterminadas (*Liners Term*), se ha generalizado el transporte marítimo en régimen de fletamentos (*Tramp*), cuya cobertura contractual ha contado con una extraordinaria expansión en orden al transporte marítimo de mercancías ajenas efectuado en interés de terceros. Sin embargo, al lado del mismo cabe la posibilidad de que el transporte se efectúe a través de otras modalidades contractuales que ofrecen una cierta autonomía. El supuesto más común es el arrendamiento o del alquiler de buque, a través del cual el propietario cede el uso y utilización del buque al arrendatario para que éste efectúe por su cuenta el transporte.

En España la Ley de Navegación Marítima de 2014 (LNM) contempla estas dos modalidades contractuales en capítulos separados, determinando que “por el contrato de arrendamiento de buque el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características” (art. 188). Y, a su lado entiende que “por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino” (art. 203).

Esta última modalidad dentro de la tipología de contrato de utilización del buque, tanto si se trata del fletamento ordinario (fletamento por viaje), como si se trata del fletamento impropio (fletamento por tiempo o *time charter*), se materializa a través de una relación contractual que determina de manera total o parcial el espacio de carga de un buque a los efectos de realizar uno o más viajes, o bien para emplearlo durante un cierto periodo. En tal modalidad las partes son el fletador (cargador que tiene grandes volúmenes de mercancías) y armador fletante (navieros que disponen de buques adecuados) concretándose la operación en un documento llamado póliza de fletamento (*charter party*), que coexiste con el conocimiento de embarque. A partir de aquí la póliza se configura como un instrumento en el que se incorpora el contrato de fletamento con todo su clausulado específico mientras que el conocimiento de embarque, se centra, propiamente, en la recepción de la mercancía y la obligación de entregarla en el punto de destino. Y, además, es la modalidad usual para el transporte de grandes volúmenes de mercadería a granel, sea líquida o sólida y de gran número de unidades como

automóviles o plantas de fabricación completas. No obstante, pese a esta generalización su tipología es muy variada.

34. Es menester insistir en que, como consecuencia del entronque entre arbitraje y el transporte marítimo, la generalidad de los contratos de fletamento incluyen una cláusula de arbitraje siendo extremadamente raro que los contratantes elijan otro mecanismo de solución de controversias porque, reticentes a las soluciones ante las jurisdicciones nacionales, consideran fundamental que sus eventuales controversias sean resueltas por árbitros cuyos nombres, reputación, competencia e independencia conocen perfectamente. De ellos esperan, eficiencia, velocidad y confidencialidad, y, por descontado, una decisión justa y equilibrada. Concretamente, el art. 469 LNM permite la puesta en marcha de lo dispuesto en cláusula arbitral, pero teniendo en cuenta las condiciones establecidas en el art. 468 y, con carácter subsidiario, si esta no existe o ha sido declarada nula, pone en marcha una serie de foros de competencia judicial con carácter alternativo, para todos los contratos de utilización de buque. Dichos foros a elección del demandante son el del lugar del domicilio del demandado, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del puerto de carga o descarga, si estamos ante un contrato de utilización del buque, o del lugar de prestación de los servicios, si estamos ante un contrato auxiliar de la navegación.

Siendo cierto que en la mayor parte de las pólizas de fletamento se incluye una cláusula de arbitraje, también lo es que esta práctica aún no se ha generalizado lo que da lugar a problemas que pueden englobarse en dos grandes grupos. En primer lugar, los derivados de la utilización de expresiones poco precisas que en modo alguno expresan la voluntad de las partes de someterse a este procedimiento de arreglo de controversias o que dar lugar a profundas patologías; baste referirse a la frecuencia de cláusulas que se limitan a remitirse al "arbitraje en Londres". En segundo lugar, por prescindirse de la voluntad de una de las partes al no ser el resultado de una negociación, sino de la incorporación a un fletamento para viajes consecutivos.

35. El examen de las cláusulas de arbitraje incluidas en un contrato de transporte marítimo no puede escapar a las especificidades fijadas en las leyes de transporte marítimo y en las disposiciones de los convenios marítimos internacionales. A partir de estos textos, el enfoque de la materia por el método comparativo nos permitirá descubrir, a través de las soluciones concretas finalmente adoptadas, que el efecto legal de la cláusula compromisoria está directamente relacionado con la posición contractual de los operadores en el sector. Entre los involucrados en el envío, el destinatario de los productos es de particular interés para nosotros. Este último, al no estar presente, de hecho, en el momento de la formalización del contrato, se obliga a una cláusula de arbitraje insertada, casi siempre "por referencia" y ello no siempre goza de una favorable acogida. Estos contratos tipo suelen ser elaborados por los armadores de acuerdo con modelos estandarizados aunque la esencia de la controversia refiera a la relación entre el agente de flete y el fletador.

## VI. RESPUESTAS DE LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA DE 2014

36. Las controversias marítimas de carácter jurisdiccional han sido muy frecuentes en los litigios derivados de la contratación marítima internacional y, en este contexto, la elección del foro era una cuestión capital. Pero frente a este mecanismo el arbitraje marítimo se está imponiendo progresivamente. Tanto las cláusulas atributivas de jurisdicción y como las cláusulas de arbitraje son dos mecanismos diferentes que ayudan a garantizar la imparcialidad y la previsibilidad en la resolución de las controversias internacionales.

En España la Ley de Navegación Marítima de 2014 contempla paralelamente las opciones jurisdiccionales o arbitrales, en los arts. 468 y 469 LNM, que forman parte del capítulo titulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia”. El precepto de base es el referido art. 468 que presta atención a la validez formal de aquellas cláusulas de jurisdicción y arbitraje que prevean la sumisión de las partes a una jurisdicción extranjera o a un arbitraje en el extranjero.

Dejando a un lado la prevalencia de los convenios internacionales y las normas de la Unión Europea, de una primera lectura del precepto se desprende la necesidad de una negociación individual y separada como requisito de validez, excluyendo aquellas cláusulas que designen la competencia de los tribunales españoles de su ámbito de aplicación material, debiéndose estar, en este caso a lo dispuesto en el art. 22 bis LOPJ, que no exige la negociación separada pues pone el acento exclusivamente en las cláusulas de sumisión a países extra-europeos.

Entrando en materia, el precepto incluye una regulación detallada de la sumisión a tribunales extranjeros o a mecanismos de arbitraje, declarando nulas aquellas cláusulas que se encuentren insertas tanto en los contratos de utilización del buque como en los contratos auxiliares de la navegación, cuando estas no hayan sido negociadas de forma individual y separadamente. Asimismo, establece foros de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos (o de arbitraje en el extranjero), a la negociación individual y separada entre las partes de un contrato de utilización del buque (arrendamiento, fletamento, pasaje, remolque o chárter náutico) o auxiliar de la navegación (gestión naval, consignación, practicaje o manipulación portuaria), no siendo bastante por sí misma para acreditar su validez la inserción de la referida cláusula en un condicionado impreso.

Considera nuestro legislador que la ausencia de negociación de la cláusula refuerza su carácter equívoco y por ello trata de evitar eventuales abusos por terceros poseedores del conocimiento de embarque, que se ven obligados a someterse a la jurisdicción de unos tribunales extranjeros cuando en realidad no han intervenido en la negociación de dichas cláusulas o incluso pudieran llegar a desconocerlas. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley, el objetivo en esta cuestión concreta es “evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”. Unos abusos que reposan en la posibilidad de desequilibrio comercial entre las partes, por ejemplo si el armador redacta unilateralmente el conocimiento de embarque, y cuyo propósito es alertar contra los riesgos de someterse a foros situados en el extranjero.

37. Con semejante redacción el legislador ha evidenciado una circunstancia objetiva: que en el Derecho marítimo la internacionalidad de los contratos de utilización de buque o auxiliares de la navegación apunta hacia la inclusión en los mismos, del sometimiento a jurisdicciones extranjeras o, preferentemente, a instituciones arbitrales marítimas. No obstante, la determinación de la nulidad de este tipo de cláusula cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente, pone de relieve a que la intención del legislador ha sido la protección los intereses de aquellos operadores del transporte marítimo intervinientes como terceros ajenos a la relación contractual originaria que cuentan con un reducido margen de actuación a la hora de negociar los contratos de utilización de los buques, esto es, aquellos incluidos en el Título IV de la Ley (fletamento, pasaje, remolque y arrendamiento náutico) y en los contratos auxiliares de la navegación contemplados en el Título V, que incorporan los

patrones generados a lo largo de la práctica tráfico (gestión naval, consignación de buques, practica y manipulación portuaria).

Tal previsión anulatoria se aplicará, en principio, únicamente a estas modalidades contractuales, si bien estos términos son suficientemente amplios para abarcar una amplia gama de contratos con exclusión de los concernientes al seguro marítimo, o al contrato de arrendamiento de buques.

La reticencia mostrada por el legislador se enfrenta a una práctica consolidada del comercio marítimo internacional en aquellos casos sometidos a la regulación europea y a los convenios internacionales, donde la validez derivada de la existencia del consentimiento de las partes puede acreditarse por multitud de medios. Dicha práctica pone de manifiesto también que, en muchas modalidades contractuales de utilización del buque, no se produce propiamente una negociación individualizada, sino que son el resultado de una acción directa de agentes, o que son emitidos unilateralmente por el porteador, obedeciendo puntualmente a unos formularios estandarizados que insertan cláusulas de previsión de conflictos futuros, diferidos mayoritariamente a indeterminadas instituciones administradoras del arbitraje.

## Bibliografía

Álvarez Rubio, J.J.: "Contracts for the international carriage of goods: jurisdiction and arbitration under the new UNCITRAL Convention 2008", *Yearb. Pr. Int'l L.*, vol. 11, 2009, pp. 171-191.

Álvarez Rubio, J.J.: *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 58 ss.

Ancel, B.: "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 263-294.

Audit, B.: "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 15 ss.

Davies, M.: "Forum Selection Clauses in Maritime Cases", *Tulane Maritime L. J.*, vol. 27, nº 2, 2002-2003, pp. 367-387.

Fernández Pérez, A.: "Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 99-124.

Fernández Rozas, J.C.: "Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 333-375.

Herber, R.: "Jurisdiction and Arbitration: Should the New Convention Contain Rules on These Subjects?", *Lloyd's Maritime and Com. L. Q.*, vol. 3, 2002, pp. 405-417.

Sánchez Gamborino, F.J.: *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 306 ss.

Sandrock, O.: "The Choice Between Forum Selection, Mediation and Arbitration Clauses: European Perspectives", *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 20, nº 1, 2010, pp. 7-41

Stebler, S.: "The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses", *ASA Bull.*, vol. 31, nº 1, 2013, pp. 27-44.