

ALTERNATIVAS E INCERTIDUMBRES DE LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL

ALTERNATIVES AND UNCERTAINTIES OF THE DISPUTE SETTLEMENT CLAUSES IN INTERNATIONAL MARITIME CONTRACTS

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

*Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.
Miembro del Institut de Droit International*

Recibido: 13.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4380>

Resumen: Las controversias de carácter jurisdiccional son muy comunes en litigios derivados de la contratación marítima internacional y, en este contexto, la elección del foro es una cuestión capital. 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. A pesar de sus beneficios, en el contexto de los documentos de transporte marítimo internacional estas cláusulas pueden ser inconvenientes para las partes que se ven obligadas a litigar ante foros lejanos. La mayoría de los conocimientos de embarque contienen atributivas de jurisdicción que establecen que las partes deben acudir a determinado tribunal para resolver cualquier controversia que surja en relación con el contrato de transporte internacional. Sin embargo, cuando se emite un co-nocimiento de embarque bajo una cláusula de fletamento que incorpore expresamente la cláusula de arbitraje, las partes en el contrato de transporte incluidas en el conocimiento de embarque, pueden verse obligados a acudir al arbitraje. El art. 468 Ley de Navegación Marítima regula 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 e impone la negociación individual y separada de ambas cláusulas como requisito de validez.

Palabras clave: Derecho internacional privado, cláusulas atributivas de jurisdicción, cláusulas de arbitraje, arbitraje marítimo, Ley de Navegación marítima de 2014.

Abstract: Disputes about jurisdiction are very common in litigation arising from international maritime contracting. In this context the choice of forum is an important matter. Jurisdiction and arbitration clauses are two different mechanisms that help to ensure impartiality and predictability in international dispute resolution. Despite their benefits, in the context of international maritime transport documents these clauses can be inconvenient for parties that are forced to litigate many times before distant fora. Most bills of lading contain jurisdiction clauses providing that parties are to resolve any disputes arising in connection with the contract of carriage contained in the bill through litigation in the courts. Where a bill of lading is issued under a charter party, however, and where it expressly incorporates the charter party's arbitration clause into its terms, the parties to the contract of carriage contained in the bill of lading, including any transferees of the bill, may be obliged to refer their disputes to arbitration. Article 468 of the new Maritime Navigation Act regulates the formal validity of choice of court agreements and arbitration agreements establishing the submission to a foreign court or to an arbitration located abroad.

Keywords: International Private Law, jurisdiction and arbitration clauses, maritime arbitration, Spanish Maritime Navigation Act 2014.

Sumario: I. Generalización de las cláusulas de sumisión y manifestaciones. 1. Elementos comunes. 2. Contenido y orientaciones. II. Alternativas en presencia. 1. Opción entre cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje. 2. Otras opciones de justicia alternativa. III. Soluciones procedentes de la unificación del Derecho marítimo internacional. 1. Los mecanismos de arreglo de controversias en los procesos de unificación. 2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam. IV. Ámbito de los acuerdos atributivos de competencia. 1. Delimitación de un bloque normativo complejo: A) De la hostilidad a la permisividad con reservas; B) Antecedentes de la regulación española; C) Preferencia de la normativa de la Unión Europea y de los tratados internacionales. 2. Soluciones procedentes del Espacio Judicial Europeo: A) Evolución y notas características del sistema; B) Cuestiones de validez formal; C) Acuerdos atributivos de competencia incluidos en conocimientos de embarque; D) Extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia. 3. Configuración de la sumisión en el ordenamiento español: A) Las reglas de la Ley de Navegación Marítima; B) Examen de la práctica. V. Ámbito de los convenios de arbitraje. 1. El arbitraje marítimo entre la dependencia y la especialización. 2. Generalización de las ofertas. 3. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques. 4. Práctica española a partir de la Ley de Navegación Marítima.

I. Generalización de las cláusulas de sumisión y manifestaciones

1. Elementos comunes

1. La propensión 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 marítimo¹, acompañada de una inequívoca tendencia hacia la estandarización de ciertas cláusulas que se insertan en los contratos de transporte (*standard contract terms*). Baste atender a que 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 generalizada. En ellos el cargador suele limitarse a prestar su conformidad a las condiciones generales que el porteador tiene predispuestas e impresas, siendo firmadas en general por una sola parte, generalmente 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, dichas regulaciones 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 de esta práctica 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 litigio².

¹ Por ejemplo, los redactados por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y la Asociación de Corredores y Agentes Marítimos han ayudado a estandarizar las reglas del fletamento por todo el mundo: NYPE, BALTIME, ASBATIME o SHELLTIME para los fletamientos por tiempo; GENCON o ASBATANKVOY para las modalidades por viaje; y, para los conocimientos de embarque, CONLINEBOOKING, CONLINEBILL o COMBICONBILL.

² B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 263-294, esp. p. 265

2. Expresión inequívoca de una tendencia universal partidaria de una versión separada de las manifestaciones de autonomía de la voluntad en la contratación internacional³, estas cláusulas se han ido consolidando adquiriendo características diferenciales en relación con las privativas de la autonomía material y, cada vez más apartadas de las inherentes a la autonomía conflictual⁴. 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 debieran resolverse de acuerdo con las leyes nacionales y ante los tribunales del foro. La posibilidad para las partes de elegir su juez no es 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 extranjero⁵.

Con frecuencia la elección del foro posee en los litigios internacionales consecuencias decisivas para el resultado de la controversia⁶, siendo 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 cuestiones⁷. Y estas ventajas se acrecientan cuando dicha selección se combina con un acuerdo de elección de ley⁸. 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.

3. La expansión de la autonomía de la voluntad expresada por las partes en el momento de la conclusión del contrato, y orientada a la resolución de litigios futuros⁹, se basa en la existencia de una serie de elementos 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 elegido¹⁰; c) presentan una identidad de contenido, en el sentido de que, al margen cualquier consideración en torno a su

³ H. GAUDEMÉT-TALLON, “Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres”, *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 531 ss.

⁴ L. USUNIER, “Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale”, *Le droit à l’épreuve des siècles et de frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid, LGDJ/Iprolex, 2018, pp. 1524–1554.

⁵ *Vid. 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) ; “<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 530 ss y nota de H. GAUDEMÉT-TALLON]. *Vid.* K.H. NADELMANN, “Choice-of-court clauses in the United States: the road to Zapata”, *Am. J. Comp. L.*, 1973, n° 1–4, pp. 124–135; W.W. PARK, *International Forum Selection*, Londres, Kluwer Law Int’l, 1995, pp. 17 ss; H.L. BUXBAUM, “Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion”, *Willamette J. Int’l L. & Disp. Res.*, vol. 12, 2004, pp. 185–210, esp. pp.

⁶ L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé: étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, París, Economica, 2008; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Tribunales estatales competentes y contratación internacional”, *Curso de contratación internacional (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs.)*, Madrid, Colex, 2006, pp. 15–42.

⁷ A. BRIGGS, “The Subtle Variety of Jurisdiction Agreements”, *Lloyd’s Maritime & Comm. L. Q.*, 2012, pp. 364 ss.

⁸ G.B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 5ª ed., Kluwer Law Int’l, 2016, pp. 1–4.

⁹ M.E. SOLIMINE, “Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure”, *Cornell Int’l L.J.*, vol. 25, n° 1, 1992, pp. 51 ss.

¹⁰ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents. A Comparative Analysis*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, pp. 71–78.

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, hasta el punto que puede afirmarse que más que elección nos hallamos ante un renuncia a la acción judicial del foro¹¹; 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.

Capítulo aparte merece 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”¹²; 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 I¹³ 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–competencia¹⁴.

Estas razones aconsejan su estudio paralelo, a través de un método comparativo de carácter constructivo¹⁵, sin ignorar que entre ambas cláusulas existan 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 cometido¹⁶.

2. Contenido y orientaciones

4. Ofrecen una gran utilidad en el Derecho marítimo internacional el contenido y la orientación de este tipo de cláusulas pues al insertarse en una regulación liberal 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 expansión¹⁷. Semejante importancia se ha traducido en una amplia variedad de instrumentos caracterizados por impe-

¹¹ N. FRAGISTAS, “La compétence internationale en droit privé”, *Recueil des Cours*, t. 104, 1961, pp. 159 ss, esp. p. 234.

¹² Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 24. “La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1º Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; 7.3.5 (3) de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III. 3:509 (2) Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) en Europa; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales” (*ibid.*, p. 139).

¹³ De acuerdo con este precepto: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato”. Con referencia al art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, la STJ 3 julio 1997, as. C-269/95: *Dentalkit*, determinó que: “el órgano jurisdiccional de un Estado contratante designado en una cláusula atributiva de competencia válidamente pactada (...) también tiene competencia exclusiva cuando la acción tiene por objeto, entre otros, la declaración de nulidad del contrato en el que se contiene dicha cláusula”.

¹⁴ En la misma dirección cabe situar al art. 3.d) del El Convenio de La Haya de sobre acuerdos de elección de foro 30 junio 2005, según el cual “un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido”.

¹⁵ G.R. DELAUME, “Clauses d’élection de for et clauses compromissoires: évolution et gestation d’un nouveau droit américain”, *Journ. dr. int.*, 1975, pp. 486 ss; N. COIPEL–CORDONNIER, *Les conventions d’arbitrage et d’élection de for en droit international privé*, París, LGDJ, 1999, pp. 1–6.

¹⁶ *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).

¹⁷ M. BAR–NIV (BURNOVSKI) y D. FELDMAN, “Forum Selection in International Business Contracts: Home Bias Portfolio Puzzle and Managerial Moral Hazard”, *Review of Quantitative Finance and Accounting*, vol. 22, nº 3, 2004, pp. 219–232.

rar en ellos la autonomía de la voluntad¹⁸ 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 Estados¹⁹, 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.

Estas cláusulas permiten 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 reconocimiento progresivo por los distintos sistemas estatales, y expresada por una jurisprudencia cada vez más receptiva no sólo de la validez, sino de la utilidad de estas cláusulas²⁰.

5. Frente a la acción del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de un foro jurisdiccional o arbitral, muchas de las figuras contractuales del transporte marítimo bajo conocimiento de embarque²¹ descansan en fórmulas de adhesión concebidas por el transportista, donde suele incluirse la designación a una jurisdicción favorable a este último por coincidir con su sede o por estar muy alejada del lugar de establecimiento de los beneficiarios de los bienes²². 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 sometándose a los tribunales de un Estado diverso. Con semejante proceder se afirma contribuir a una “gestión racional” del litigio permisivo 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 natural²³.

Resulta notorio que, impuestas en los conocimientos de embarque sin negociación previa por una de las partes, estas cláusulas sean 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

¹⁸ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en el Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, nº 3, pp. 658 ss; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 39 ss; C.A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, París, LGDJ, 2011, pp. 27 ss.

¹⁹ *Vid.*, a título de ejemplo, en Francia *Cour de Cassation*, civ. 1 25 noviembre 1988 (SIACI): “les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu’elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d’une juridiction française et sont invoquées dans un litige de caractère international (...) les clauses incluses dans les connaissements litigieux étaient conformes aux usages des transports maritimes internationaux, a légalement justifié sa décision” (“<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007018319>”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 396 ss y nota de H. GAUDEMET-TALLON).

²⁰ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses...*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

²¹ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 277–278.

²² A. BRIGGS, “The Validity of ‘Floating’ Choice of Law and Jurisdiction Clauses”, *Lloyd’s Maritime & Comm. L. Q.*, 1987, pp. 508 ss; A. VON ZIEGLER, *Jurisdiction and Forum Selection Clauses in a Modern Law on Carriage of Goods by Sea*, La Haya, Kluwer Law International, 2005; C. LEGROS, “Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises”, *Journ. dr. int.*, vol. 134, nº 3 y nº 4, 2007, pp. 799–836 y pp. 1081–1125.

²³ P.A. BUHLER, “Forum Selection and Choice of Law Clauses in International Contracts: A United States Viewpoint with Particular Reference to Maritime Contracts and Bills of Lading”, *The University of Miami Inter-American L. Rev.*, vol. 27, nº 1, 1995, pp. 1–44; M. RÉMOND-GUILLOU, “Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère: essai de démystification”, *Drot maritime français*, 1995, pp. 339 ss; R. FORCE y M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 1–58.

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 porte²⁴.

6. El apuntado planteamiento maximalista ha acentuado la discusión acerca de la existencia de una verdadera parte débil en la relación de transporte pues el cargador, persona física o jurídica que contrata el transporte con el porteador, es un operador más del tráfico marítimo que está en disposición de encontrar en el mercado mejores condiciones para sus intereses ofrecidas por las empresas competidoras, no pudiendo escudarse en argumentos propios de un consumidor. Y para refutar la imposición de la cláusula se responde con argumentos variados, procedentes tanto de la doctrina general del Derecho internacional privado como de la derivada de la práctica del transporte marítimo internacional: a) Que la regla general del *actor sequitur forum rei* debe ceder en favor del órgano resolutor con mayor proximidad geográfica a los elementos del litigio. b) Que estamos en presencia de contratos estandarizados cuyos términos buscan por definición el equilibrio entre las partes, presumiéndose que éstas, cuando han prestado su consentimiento, lo han hecho porque es conforme un uso comercial del concreto sector en el que operan el cual, por añadidura, las partes tienen que conocer, y si no lo conocen, debieran conocerlo²⁵; se arguye al efecto que, con independencia de la importancia económica de la operación de transporte controvertida, ésta se desarrolla en un ámbito “profesional” que comporta el conocimiento de los usos y costumbres del negocio marítimo y, por ende, el contenido del reverso de los conocimientos de embarque insertos por el transportista interviniente en dicha relación, toda vez que la selección del servicio que éste debe prestar es voluntaria. c) Por último, se resalta el favorecimiento de la acumulación de procedimientos ante un mismo tribunal jurisdiccional o arbitral.

Como veremos en las páginas siguientes está dialéctica es una constante en los contratos de utilización de buques y, en un intento de resolverla, resulta oportuno, considerar que, al lado de las exigencias impuestas por la necesaria fluidez del comercio internacional y por la libertad contractual se tengan en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, las garantías de seguridad y de protección cuando en estas modalidades contractuales exista una parte que, con independencia de su mayor o menor debilidad, defiende una suerte de seguridad y de previsibilidad del resultado. En segundo lugar, la supresión de los desequilibrios entre las partes en el contrato, por favorecerse a los beneficiarios de los bienes en detrimento de los transportistas. Y ello sin olvidar que estamos muchas veces en presencia de una cierta hostilidad hacia estas cláusulas cuando están concebidas para proteger a los destinatarios nacionales en detrimento de los transportistas.

7. Las nuevas tecnologías han alterado en buena medida la mecánica habitual de la contratación marítima²⁶. Navieras, transitarios con acreditada presencia en el mercado y otros agentes relevantes en el proceso logístico, no son ajenos a innovaciones tales como el *Telex release* o el *Sea Waybill*, que

²⁴ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, San Sebastián/Donosita, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco 1993 pp. 99–206; N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31–91.

²⁵ STJ 16 marzo 1999, as. C–159/97: *Castelletti*, ap. 21: “se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer”. Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los ‘usos’ del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 13, junio, 2007, pp. 4 ss; *REDI*, 1998, pp. 292–297 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT.

²⁶ A. BASU BAL, “Electronic Transport Records: an Opportunity for the Maritime and the Logistics industries”, *Journal of Transportation Law, Logistics & Policy*, nº 80, 2013, pp. 18–43; D.A. BURY, “Electronic Bills of Lading: a Never-ending Story?”, *Tulane Maritime L.J.*, vol. 41, 2016, pp. 197–238, 2016,

sustituyen, bien es verdad que parcialmente, al tradicional conocimiento de embarque en papel²⁷. Y ello se vincula a que la mayor parte de las legislaciones estatales otorgan validez jurídica a la carta de porte por vía electrónica siempre que haya acuerdo entre las partes. De relevancia de estas tecnologías en el sector del transporte marítimo da fe el Capítulo 3 de las Reglas de Rotterdam, que regula los documentos electrónicos de transporte²⁸.

Si la llegada del fax agilizó una práctica dependiente del correo para el envío de los contratos a los efectos de su revisión, la difusión de internet y sus diferentes prestaciones adicionales como *whatsapp* o *skype*, ha ofrecido perspectivas inusitadas a una práctica caracterizada hoy por la contratación a través de la red o, incluso, del telefónico y por la posibilidad de incrementar las relaciones entre cargadores y proveedores ofreciendo precios y procesos de contratación de envíos *online*.

Mas frente a lo que ocurre en otros sectores del Derecho de los negocios internacionales estas tecnologías han colocado a determinados operadores en una posición de privilegio acentuado en ocasiones el desequilibrio de la relación contractual. Baste atender, al sector de la logística marítima, donde internet facilita la posibilidad de contratar en un instante y enviar una mercancía a cualquier parte del mundo. Ello enfatiza que las partes suscriptoras de un contrato de transporte marítimo en el que se inserta la cláusula de arreglo de controversias, no coincidan siempre con las partes contendientes en el momento en que se inicia el litigio. No es casual que las modernas legislaciones marítimas, como la Ley de Navegación Marítima (LNM) de 2014, hayan reaccionado, resaltado su relevancia e introduciendo medidas que tienden a limitar su empleo abusivo, con un equilibrio entre la opción hacia la acción de los tribunales de la jurisdicción ordinaria o el recurso a un procedimiento arbitral.

II. Alternativas en presencia

1. Opción entre cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje

8. Tradicionalmente se apunta a la utilidad que las controversias de orden jurisdiccional se resuelvan a partir de la aplicación de las reglas generales de la *prorrogatio 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 designen²⁹ confiéndoles, en principio, jurisdicción exclusiva. Pero ello 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 similares³⁰. 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 resueltas³¹. 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,

²⁷ L. SEHAYEK NIV, "The Electronic Express Sea Waybill as Perceived in Sealand Service, Inc. v. Lozen International, L.L.C. and Later Case Law", *Arizona J. Int'l & Comp. L.*, vol. 30, nº 3, 2013, pp. 507-527.

²⁸ En el apartado 18 de este instrumento se entiende por documento electrónico de transporte "la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de ésta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que: a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b) Pruebe o contenga un contrato de transporte".

²⁹ F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008, pp. 32 ss; *id.*, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 52-91.

³⁰ *Vid.* A. KPOAHOUN AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

³¹ Esta tendencia comenzó a manifestarse a comienzo de los años setenta como puso de relieve J.P. McMAHON, "The Hague Rules and incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading", *J. Mar. L. & Com.*, 1971, pp. 2 ss.

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 especializada³² 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.

Sin exagerar, 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 a la determinación del órgano encargado de resolver el litigio. Contenciosos superpuestos muchas veces de las controversias sobre el fondo del asunto³³.

9. Conviene prestar atención a 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 apreciación³⁴.

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 estatales³⁵, 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–competencia³⁶. 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 acostumbra a aparecer indicios de las partes quisieron evitar, de alguna manera, la opción jurisdiccional de su controversia³⁷.

A partir de aquí la jurisprudencia estatal es mayoritariamente proclive 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 postulado³⁸.

³² B. OPPETT, "Justice étatique et justice arbitrale", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 415 ss.

³³ M. DAVIES, "Forum Selection Clauses in Maritime cases", *Tulane Maritime L. J.*, vol. 27, n° 2, 2002–2003, pp. 367–387, esp. p. 367.

³⁴ N. COIPEL–CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage...*, pp. 5–6.

³⁵ *Cour d'appel* París 17 mayo 1995 (*Société Trafidi / Société International Spice and Food*), (*Rev. arb.*, 1997, pp. 90 ss y obs. de Y. DERAIS; *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 110 ss y nota de E. LOQUIN).

³⁶ B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 15 ss.

³⁷ S. STEBLER, "The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses", *ASA Bull.*, vol. 31, n° 1, 2013, pp. 27–44.

³⁸ *Cour d'appel* París (1ère Ch. Suppl.) 26 marzo 1991 (*Comité populaire de la Municipalité de Khoms c. Dalico Constructions*) (*Rev. arb.*, 1991, pp. 456 ss y nota de H. GAUDEMÉT–TALLON); *Cour de cassation* 20 diciembre 1993 (*Rev. arb.*, 1994, pp. 116 ss y nota de H. GAUDEMÉT–TALLON; *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 494 ss y nota de E. GAILLARD y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 663 ss nota de P. MAYER. *Vid.*, asimismo, E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, París, Joly, 2015, p. 133 ; B.

2. Otras opciones de justicia alternativa

10. 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 satisfactorio³⁹. 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.

Reconociendo esto se insiste ahora en que los operadores marítimos al considerar el mecanismo apropiado para resolver su controversia no sólo deben tener en cuenta su especial naturaleza, su cuantía, la ubicación geográfica de las partes, sus relaciones y expectativas, la participación de representantes legales y la influencia de intereses de terceros (*v.gr.*, aseguradores), sino las posibilidades de otros mecanismos de resolución de controversias y no descartarlos de manera apriorística. Es este un terreno abonado para las soluciones procedentes de las denominadas cláusulas escalonadas multifunción⁴⁰ y del elenco de mecanismos que brindan, antes de acudir a los específicamente heterocompositivos.

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)*⁴¹, 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*”. 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 vinculante⁴².

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.

Como es bien sabido estas opciones previas y preventivas están siendo acaparadas por los tradicionales centros de arbitraje⁴³ como, a título de ejemplo: a) la *London Maritime Arbitrators Association*, que introdujo en 1991 mecanismos propios proporcionando la capacitación formal de la mediación

AUDIT, “L'accord d'arbitrage international: conflits de lois et règles matérielles”, *Le droit à l'épreuve des siècles et de frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid, LGDJ/Iprolex, 2018, pp. 133–149, pp. 140–141.

³⁹ O. SANDROCK, “The Choice Between Forum Selection, Mediation and Arbitration Clauses: European Perspectives”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 20, n° 1, 2010, pp. 7–41

⁴⁰ *Vid.*, por todos, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 99–124.

⁴¹ [1989, 2 Lloyd's Rep. 522 (QB) English High Ct].

⁴² L. FLANNERY y R. MERKIN, “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses: a jurisdictional precondition?”, *Arbitration International*, vol. 31, n° 1, 2015, pp. 79 ss.

⁴³ *Vid.*, *inter alia*, M. VAN DER HAGEN, “Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe”, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n° 2, pp. 255–272; H. TANG, “Combination of Arbitration with Conciliation: Arb-Med”, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545–455; P.E. WOLRICH, “ADR under the ICC Rules”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 235–253.

a casi la mitad de sus miembros de conformidad con la última versión de su Términos de Mediación de 2002⁴⁴; b) la *Society of Maritime Arbitrators*, que elaboro un reglamento específico en la materia en 1991, cuya última versión es de 2016⁴⁵; c) la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, cuenta con un reglamento en la materia en vigor desde el 31 mayo 2012⁴⁶; o d) la *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* que oferta una *SCMA Arb–Med–Arb Clause*⁴⁷.

11. 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)⁴⁸, 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 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*⁴⁹.

Desarrolladas 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, estos ADR 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.

III. Soluciones procedentes de la unificación del Derecho marítimo internacional

1. Los mecanismos de arreglo de controversias en los proceso de unificación

12. En el Derecho de los negocios internacionales, y más concretamente en el sector del Derecho marítimo, se han venido desarrollando unos instrumentos comunes, fruto de las prácticas comerciales internacionales, normalizados e incorporados a los distintos sistemas estatales, empleados para armonizar las operaciones internacionales de comercio internacional y coincidentes con instrumentos de unificación internacional⁵⁰.

La mayor parte de los productos adquiridos en el comercio internacional se transportan por vía marítima porque, aunque el medio es lento, resulta a la larga barato. Obviamente, las mercancías de gran volumen y poco valor unitario, como el petróleo o los cereales, son los que más se benefician. Sin embargo quizá no sea siempre el medio más adecuado para una empresa importadora. El transporte marítimo tiene dos grandes especializaciones: el transporte de carga fraccionada o general y el transporte de cargas masivas. Las diferencias entre uno y otro afectan tanto al tipo de buque como a la forma de contratar el transporte, a los documentos utilizados y al marco jurídico aplicable. A partir

⁴⁴ *LMAA Mediation Terms 2002*, “<http://www.lmaa.london/terms-mediation-terms.aspx>”.

⁴⁵ *SMA Rules for Mediation 2016*, “<http://www.smany.org/mediation-rules.html>”.

⁴⁶ *CAMP Mediation Rules 2012*, “<https://www.arbitrage-maritime.org/us/PDFEN/Mediation.pdf>”.

⁴⁷ “http://www.scma.org.sg/model_clauses.html”.

⁴⁸ G. HUNTER, “BIMCO Contracts and Clauses: Uniformity, Diversity and the Ethical Dimension”, *J. Int'l Maritime L.*, vol. 23, n° 6, 2017, pp. 403–409.

⁴⁹ “BIMCO Promotes Use Of Mediation With New Dispute Resolution Clause”, “https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/Articles/Mediation_BIMCOPR.asp”.

⁵⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum...*, op. cit.

de aquí, la reglamentación internacional del transporte de mercancías por mar ha sido lenta y trabajosa pues esta modalidad de transporte está sujeta a muchos más factores ajenos al control del porteador a diferencia del transporte por aire, carretera, ferrocarril y vías de navegación interior, lo que puede influir en la duración y en los riesgos del viaje. A ello hay que añadir que el contrato utilizado en este sector suele depender del ramo considerado. En tanto que el comercio a granel acostumbra a regularse por un contrato de punto de amarre a punto de amarre o de colector de carga a colector de descarga del buque, el conocimiento de embarque de punto de amarre a punto de amarre ha desaparecido prácticamente del comercio de carga general. Hoy predomina el transporte en contenedores que se suele efectuar en el marco de un conocimiento de embarque negociado o bien de puerto a puerto o bien de puerta a puerta, o conforme a alguna fórmula intermedia: a partir de aquí la aparición de nuevas fórmulas, señaladamente vinculadas al transporte multimodal, están desplazando las categorías clásicas que predominaban en el transporte marítimo internacional.

La generalización de estas técnicas se promovió a mitad del siglo XX, coincidiendo con la intensificación de los intercambios comerciales entre países europeos y ultramarinos, obligados a utilizar masivamente el transporte marítimo, y el proceso estuvo caracterizado por el protagonismo de los intereses económicos directamente implicados que trataban de imponerse a las obsoletas normas estatales en el sector⁵¹ junto a la necesidad de facilitar que las operaciones de transporte internacional se desplegasen dentro de un marco legal permisivo de la velocidad y la seguridad de las transacciones. Como resultado del proceso han ido apareciendo instrumentos suministradores de certeza jurídica a las partes, principalmente al importador y al exportador en las operaciones de compraventa de mercancías más allá de sus fronteras.

No es el Derecho marítimo como ordenamiento jurídico lo que realmente es internacional sino las relaciones jurídicas que típicamente se generan en el ámbito de la navegación, casi siempre de carácter transnacional. Pues bien, a una prevalencia estadística de situaciones de este tenor responde el sistema jurídico generando un importante dispositivo de Derecho uniforme y, por tal motivo, el Derecho marítimo es pionero en la producción de reglas jurídicas materialmente uniformes en el campo internacional⁵². 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 tipo⁵³.

13. Indudablemente, la finalidad de estos instrumentos es establecer 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. Por lo tanto, dichos instrumentos 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 internacionales⁵⁴.

En este escenario, existe 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

⁵¹ En concreto la UNCTAD ha dedicado parte de su actividad a la preparación de cláusulas tipo de seguro marítimo de cascos y seguro marítimo de la carga y prepara un formulario modelo y disposiciones tipo para un documento de transporte multimodal que complementa el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías. Vid. R. LUZZATTO, "Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme", *Dir. mar.*, 1999, I, pp. 147-152.

⁵² J.A. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitória-Gasteiz, 2000, pp. 26-30.

⁵³ A. VON ZIEGLER, "Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law", *Il diritto maritimo*, vol. 101, 1999, pp. 232-239.

⁵⁴ O. CACHARD, "La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)", *Journ. dr. int.*, 2012, pp. 533 ss, esp. p.564.

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.

14. 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 convencional⁵⁵. Como veremos seguidamente las acciones internacionales revelan un enfoque bastante conservador en este orden por 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”)⁵⁶, 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 codificación⁵⁷.

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 entabladas 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

⁵⁵ R. HERBER, “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.

⁵⁶ Ante el ámbito material de aplicación excesivamente reducido del Convenio de Bruselas de 1924, que sólo podría ser aplicado cuando el documento o título negocial en el que se incorporaban los derechos de las partes fuera un conocimiento de embarque o documento análogo, motivó la elaboración del Protocolo de 1968, que incorporó expresamente la posibilidad de determinar la aplicación de tal normativa convencional en virtud de una cláusula *paramount*. Con posterioridad el Protocolo de 1979 introdujo otra modificación en el texto convencional, relativa a la forma de expresión y cálculo de los límites de responsabilidad, remitiéndose a los derechos especiales de giro del FMI.

⁵⁷ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima...*, op. cit., p. 103.

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.

15. 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, porteadores 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 porteadores 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. En el primer caso, el art. 21 determina que en todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente Convenio deberá tener en cuenta una serie 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.

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 utilizado 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 arbitraje⁵⁸. 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)⁵⁹.

2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam

16. Las denominadas “Reglas de Rotterdam” fueron elaboradas en el marco de la Uncitral y plasmadas en fueron 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 2011⁶⁰ pero muy lejos todavía de poder llegar a 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

⁵⁸ J.A. ÁLVAREZ RUBIO, “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; *id.*, “Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 598–646, esp. pp. 618–619.

⁵⁹ F.J. SÁNCHEZ GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 306 ss.

⁶⁰ R. ILLESCAS ORTIZ, “L’Espagne ratifie les règles de Rotterdam: ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles”, *Droit maritime français*, vol. 63, 2011, pp. 691–700.

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 complejas⁶¹, 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 jurisdicción⁶², 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)⁶³. Frente a tal modalidad contractual, y para el resto de relaciones de transporte de mercancías adscritas al ámbito de aplicación material del Convenio, prevé de forma genérica una admisibilidad de los acuerdos de arbitraje en el párrafo primero del art. 75⁶⁴. Precisamente, uno de los problemas más apremiantes que ofrecen las cláusulas arbitrales en el sector de la contratación marítima internacional refiere a la extensión de su eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe. La exigencia de que el arbitraje quede sujeto a las previsiones imperativas del Convenio y no sirva por tanto como “huida” ante su regulación queda fijada de forma expresa en el ap. 5 del propio precepto⁶⁵.

Entre las preocupaciones de este instrumento ocupa un espacio preferente el lugar del desarrollo del arbitraje, especificando a este respecto el apartado segundo del art. 75 los lugares susceptibles de elección, señalando 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 buque⁶⁶.

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 suscrito⁶⁷.

⁶¹ G. BERLINGIERI, “Jurisdiction and Arbitration in the UNCITRAL Draft Convention on Carriage of Goods (Wholly or Partly) (by Sea)”, *ICMA XVI Congress papers*, Singapur, ICMA, 2007, pp. 308–315.

⁶² M.F. STURLEY, “Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules”, *Uniform L. Rev.*, vol. 14, n° 4, 2009, pp. 945–980; J. TAYLOR, “International Maritime Arbitration and the Rotterdam Rules: A New Perspective on Party *Austl. & N.Z. Mar. L.J.*”, vol. 28, 2014, pp. 25–43. En España, R. LAPIEDRA ALCAMI, “El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam”, *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n° 22, 2016, pp. 144–173.

⁶³ El art. 76 señala que: 1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la eficacia de un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato de transporte en el transporte no regular al cual sea aplicable el presente Convenio o las normas del presente Convenio por razón de: a) La aplicación del art. 7; o b) La incorporación del régimen del presente Convenio en un contrato de transporte que, de otra manera, no estaría incluido en su ámbito de aplicación, voluntariamente realizada por las partes. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, todo acuerdo de arbitraje que figure en un documento de transporte o documento electrónico de transporte al que sea aplicable el presente Convenio a tenor del art. 7 se regirá por lo dispuesto en el presente capítulo, a no ser que dicho acuerdo: a) Identifique a las partes en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio a tenor de lo dispuesto en su art. 6, e indique la fecha de dicho contrato; e b) Incorpore por remisión específica la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio.

⁶⁴ El art. 75.1° dispone: 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.

⁶⁵ Art. 75.5°: “Se considerará que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del presente artículo forman parte de toda cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje, y se tendrá por nula cualquier estipulación de tal cláusula o pacto en la medida en que sea incompatible con lo dispuesto en dichos párrafos”.

⁶⁶ P.H.F. BEKKER, “The ‘Rotterdam Rules’ and Arbitration: Questions and Warning Signs”, *Disp. Res. J.*, February/April 2010, pp. 68–73; F. Berlingieri, “Arbitrato marittimo e Regole di Rotterdam”, *Diritto marittimo*, n° 113, 2, 2011, pp. 387–397.

⁶⁷ Art. 75.3°: La designación del lugar del arbitraje efectuada en el acuerdo de arbitraje será vinculante respecto de cualquier controversia entre las partes que lo hayan pactado, siempre y cuando dicho acuerdo figure en un contrato de volumen que indique claramente los nombres y las direcciones de las partes y que: a) Haya sido individualmente negociado; o b) Advierta de manera visible de la existencia de un acuerdo de arbitraje, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen en donde figure. 4.

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 (IV), y de las cláusulas de arbitraje, englobadas en el régimen general de la unificación de este mecanismo de arreglo de controversias (V), y cada vez más autónomas respecto de las anteriores⁶⁸. En la búsqueda de un supuesto “orden jurídico” regular⁶⁹, no puede extrañar que se suela distinguir entre orden jurídico “estatal” y orden jurídico “arbitral”⁷⁰.

IV. Ámbito de los acuerdos atributivos de competencia

1. Delimitación de un bloque normativo complejo

A) De la hostilidad a la permisón con reservas

17. En la mayoría de los supuestos el conocimiento de embarque es emitido unilateralmente por una de las partes contratantes, en concreto, por el transportista. En el dorso de este documento suelen contenerse las distintas condiciones relativas al transporte, entre las que acostumbra a insertarse (al margen de la eventualidad de una cláusula de arbitraje) una cláusula de elección de foro. Evidentemente la operación referida no es el resultado de una negociación entre sus intervinientes y es frecuente que el cargador se obligue a cumplir dicha cláusula pese a que, en términos generales, beneficia exclusivamente al transportista o porteador pues normalmente el tribunal elegido coincide con la sede principal de este último. Entre otros inconvenientes el cargador puede encontrarse en una situación de inferioridad, pues únicamente podrá verificar el estado de la mercancía cuando lleguen al puerto de destino y exigir la correspondiente responsabilidad al transportista. Cabe apreciar que la responsabilidad asumida por el porteador es de naturaleza contractual derivándose del incumplimiento de las obligaciones que este asumió frente al titular del crédito, por consiguiente la legitimación contra el porteador solo puede proceder del contrato que le vincula con el reclamante⁷¹. La imposición del foro no es, como es bien sabido, un caso aislado, pues los porteadores acostumbran a insertar en los conocimientos de embarque, sin posibilidad de negociación, cláusulas desiguales, como aquellas que desplazan la responsabilidad al cargador por los daños sufridos por la mercancía debido a un embalaje defectuoso si este no ha sido realizado por aquellos⁷².

Ante el particularismo de leyes nacionales en esta materia, muchas de ellas claramente hostiles a la permisón de sometimiento a jurisdicciones extranjeras, se impone un proceso de unificación permisivo de la estandarización racional y equilibrada de este tipo de cláusulas, pues la pervivencia de un cierto imperialismo jurisdiccional, contrario a la autonomía de la voluntad de las partes, representa un obstáculo cierto hacia la uniformidad de las reglas del de transporte internacional por mar. Por esta razón debe saludarse la iniciativa de algunos Derechos nacionales de observar lo dispuesto en los Convenios

Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado con arreglo al párrafo 3 del presente artículo cuando: a) El lugar del arbitraje designado en el acuerdo esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado b) del párrafo 2 del presente artículo; b) El acuerdo de arbitraje figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el lugar del arbitraje; y d) La ley aplicable prevea que dicha persona puede quedar obligada por el acuerdo de arbitraje.

⁶⁸ C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction*, París, LGDJ, 1995.

⁶⁹ P. MAYER, “Le mythe de l'ordre juridique de base (ou *Grundlegung*)”, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 199 ss, esp. p. 215.

⁷⁰ J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1982, nºs 124 a 151.

⁷¹ A. RECALDE CASTELLS, “Validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros y legitimación en la acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo y combinado en caso de concurrencia de dos títulos-valor (Comentario a la STS, Sala 1ª, de 10 noviembre 1993)”, *La Ley*, 1995, vol. 2, p. 1129.

⁷² Cl. 17 CONLINEBILL 200.

internacionales reguladores de esta materia⁷³. Ello no significa que el Estado se vea despojado de sus poderes en el control del alcance de estas cláusulas pues siempre contará con instrumentos que protejan a sus nacionales contra los abusos a que estos mecanismos podrían dar lugar, posibilitando el acceso al juez de sus nacionales, a partir de la denominada “doctrina de razonabilidad” que, como punto de partida, permita la sumisión dispuesta en la cláusula siempre que su contenido no sea irracional e injusto, que no sea válida, o que sea fruto de un fraude⁷⁴.

Recordemos ante todo una vez más el peso que ejercen en el ámbito del transporte internacional de mercancías las empresas porteadoras, señaladamente en el marco del transporte en línea regular, y su insistencia en incorporar cláusulas atributivas de competencia a las condiciones generales de los conocimientos de embarque y que, como consecuencia de ellas el cargador se ve compelido a litigar ante tribunales extranjeros cuya sede es coincidente con el lugar del domicilio social de la naviera o, en otros casos se refieran a tribunales países terceros, preferentemente a los tribunales ingleses. Como veremos más adelante la frecuente inserción de las cláusulas atributivas de competencia en los conocimientos de embarque en el tráfico marítimo internacional condicionó la modificación del texto originario del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, que puso en marcha lo que más tarde constituiría el Espacio Judicial Europeo⁷⁵.

18. De dos maneras las jurisdicciones nacionales muestran su hostilidad al automatismo descrito. De un lado, imponiendo ciertas exigencias de fondo y de forma en orden a la cláusula, apreciando no sólo si aparece en un determinado documento de transporte o en el contrato. De otro lado, tomando en consideración si dicha cláusula se opone frente a terceros o frente a los contratantes originarios. La posibilidad de oponer las cláusulas atributivas de competencia o cláusulas de arbitraje a terceros no intervinientes en circulación del conocimiento de embarque en el que las partes acordaron atribuir jurisdicción a los tribunales de un determinado Estado, constituye, como hemos visto, una cuestión muy controvertida en los países que cuentan con un apreciable tráfico de mercancías por mar. Baste apreciar que una de las cuestiones que más polémica han levantado entre los miembros de la comunidad marítima española ha sido la de la posibilidad de instar a los tribunales españoles o a las entidades de arbitraje con sede en nuestro país para conocer las controversias derivadas de la contratación marítima internacional.

La proclividad hacia determinadas jurisdicciones o centros de arbitraje para resolver un gran número de litigios no sólo es una consecuencia directa de la influencia ejercida en la redacción de las cláusulas por las grandes compañías navieras, sino también por la especialización de jueces y árbitros en ciertos países, lo que justificaría su elección por los operadores del tráfico marítimo, no obstante la escasa o nula conexión del litigio con estos foros. Conviene insistir en esa corriente de especialización y en concreto como la organización de la justicia de ciertos sistemas estatales ha considerado oportuno fomentar la formación de los jueces en distintos sectores del Derecho de los negocios, entre ellos en controversias derivadas del tráfico marítimo internacional. Y dicha especialización es patente en los países de arraigada tradición y con importantes intereses en estas cuestiones. Paradigmático es el ejemplo del Reino Unido, dotado con anterioridad al siglo XIV de tribunales situados en los puertos y dedicados a los litigios marítimos con competencia en el ámbito local, que ejercían su labor de conformidad con las prácticas habituales. Y esta situación es admitida *de facto* por gran número de jurisdicciones (*v.gr.* francesa, italiana o española), a pesar, de los reparos hacia la pertinencia de su admisión, sobre todo cuando la cláusula no expresa con precisión la voluntad de las partes, en especial en relación con terceros.

En el contexto anterior, el semblante del tráfico marítimo español ha experimentado una profunda transformación en los últimos tiempos como consecuencia de dos datos, de un lado, el crecimiento de la actividad portuaria y, de otro lado, la sensible reducción de la flota mercante española; ello aconseja emprender una reforma en profundidad de nuestro Derecho marítimo, tanto en su dimensión pública como privada, toda vez que la situación no puede sostenerse únicamente con la presencia de los convenios internacionales en el sector⁷⁶. Y a ello responde la tendencia casi unánime de los maritimistas es-

⁷³ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime...*, *op. cit.*, p. 125 ss

⁷⁴ M. DAVIES, “Forum Selection Clauses...”, *loc. cit.*, pp. 367–387, esp. pp. 386–387.

⁷⁵ *Vid.*, *infra*, nº 23 ss.

⁷⁶ I. ARROYO, “Derecho marítimo español y Convenios internacionales: luces y sombras”, *Anuario de Derecho Marítimo* vol. XVI, 1999, pp. 21–79.

pañoles de reclamar una Ley General de Navegación, solicitud que se convirtió en clamor generalizado tras las secuelas jurídicas producidas por la catástrofe del buque *Prestige*⁷⁷.

B) Antecedentes de la regulación española

19. El Código de Comercio de 1829 dedicó el Título IV de su Libro Tercero, titulado “De los riesgos y daños del comercio marítimo” y los reguló en tres secciones: de las averías, las arribadas forzosas y los naufragios. Dentro de la estructura y del espíritu de este instrumento estas cuestiones quedaban sometidas a unos los “tribunales” encargados de resolverlas contemplados en su Libro Quinto “De la administración de justicia en los negocios de comercio”. Estos tribunales especiales de comercio, guardaban gran semejanza a los “consulados”, a los que sustituían, pues sus integrantes debían ser comerciantes mayoristas, matriculados, aunque eran nombrados por el Rey a propuesta de los intendentes de las provincias (arts. 1183 ss). Su funcionamiento fue regulado por la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio, de 24 julio 1830 si bien la vida de estos órganos especializados fue relativamente corta, pues el 6 diciembre 1868 se aprobó el Decreto que materializó la unidad de fueros, cuyo Título V, suprimió los tribunales especiales de comercio y la referida Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas del Comercio de 1830, pasando las competencias de dichos tribunales especiales a la jurisdicción ordinaria.

Posteriormente, la reglamentación del Derecho marítimo se radicó en España durante mucho más de un siglo en Libro III del Código de Comercio de 1885 y el carácter obsoleto de sus normas nunca quedó paliada por algunas modificaciones parciales que se han introducido como consecuencia de la incorporación de España a ciertos Convenios de Derecho marítimo, que supusieron en su día una indiscutible mejora para solucionar determinadas imprecisiones y lagunas del sistema⁷⁸.

20. Aunque con una mera finalidad excluyente resulta obligado referirse a una característica privativa de nuestro sistema, que cuenta con una jurisdicción especializada en materia marítima representada por los Juzgados marítimos y al Tribunal Marítimo Central⁷⁹. Sin embargo, estas denominaciones, pese a su carácter de generalidad, no pueden llamar a engaño: no se trata de órganos de la Administración de Justicia en el sentido de los arts. 117 ss CE, sino de entes pertenecientes a la Administración General del Estado cuya función es agotar el litigio en vía administrativa en litigios donde está involucrada la referida Administración, por lo que su competencia excluye por entero los litigios derivados de la contratación marítima⁸⁰.

Esta actividad que debe ponerse en relación con el fenómeno de la denominada “actividad administrativa arbitral”, que no debe confundirse con el sometimiento de las controversias de la Administración, al arbitraje, sino que es una expresión que alude a las posibilidades conferidas a la Administración pública para que arbitre –resuelva– con carácter dirimente, sobre bienes o derechos de particulares en ejercicio de una potestad administrativa atribuida por Ley. Este tipo de actividad arbitral es susceptible

⁷⁷ De acuerdo con el apartado según de la Disposición final décima de la LNM: “el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y oído el Consejo General del Poder Judicial, realizará un estudio sobre la viabilidad de atribuir competencia objetiva a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos aquellos asuntos de especial trascendencia y gravedad que puedan someterse a la jurisdicción en las indicadas materias y en cualesquiera otras relativas a la navegación marítima. Dicho estudio será remitido a las Cortes Generales”. Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO (dir.), *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2011; *id.*, “«Prestige» y política marítima europea su necesaria profundización”, *La Ley Unión Europea*, nº 10, 2013, pp. 51–58.

⁷⁸ J.M^a MUÑOZ PLANAS, “Código de comercio y Derecho marítimo”, *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 389–420; J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “La modernización del Derecho marítimo español. La propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación”, *La modernización del Derecho Marítimo Español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, Santander, Autoridad Portuaria de Santander, 2005, pp. 17–32; R. ARENAS GARCÍA, “La aplicación de la regulación de la Ley de Navegación Marítima sobre los contratos de utilización del buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 205–241.

⁷⁹ El Tribunal Marítimo Central es un órgano administrativo colegiado con sede en Madrid y dependiente del Ministerio de Defensa. Se regula por la Ley 60/62, de 24 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Decreto 984/67, de 20 de abril. Su competencia está referida esencialmente a asistencias marítimas (auxilios, salvamentos y remolques en la mar).

⁸⁰ E. PÉREZ RAMÍREZ, *Tribunal Marítimo Central, 1963–2017*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, esp. pp. 83 ss.

de encubrir el empleo de potestades administrativas para la realización de funciones jurisdiccionales que están vedadas al poder ejecutivo hallándonos ante una modalidad arbitral y forzosa, toda vez que una de las partes no puede eludirla quedando excluida de la intervención de la justicia ordinaria o pública⁸¹.

C) Preferencia de la normativa de la Unión Europea y de los tratados internacionales

21. Introducida por la LOPJ de 1985 una nueva ordenación de la competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado con visos de generalidad, debe tenerse en cuenta las normas reguladoras de esta materia no son las únicas pues se limitan a fijar, como se ha indicado, un “régimen común” aplicable en caso de que no intervenga un tratado internacional o que no exista una legislación especial. La remisión a los tratados y a las normas de la Unión Europea ha sido reiterado en la reglamentación específica suministrada por la LNM, cuyo art. 468 LNM constituye la norma de base de la materia que estamos estudiando, pues esa disposición únicamente se aplicará “sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea”. Como es habitual en este tipo de regulación, se establece una remisión genérica a las normas convencionales y de la Unión Europea que actuarán de modo preferente, esencialmente, el Reglamento 1215/2012 –Bruselas I bis–). De esta suerte, si la materia objeto del litigio se encuentra incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento este último determinará, entre otras cosas, la validez formal de esa cláusula de sumisión, no siendo el art. 468 LNM cuando la cláusula de sumisión prevista en algunos de los contratos marítimos a los que hace alusión remita al tribunal de un Estado miembro

La remisión apuntada obliga a recordar que en el ámbito de la Unión Europea, la generación de normas de Derecho internacional privado de origen institucional (Reglamentos y Directivas especialmente), atiende a las necesidades impuestas por los objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior⁸². Asimismo, la importancia de los convenios internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado es singularmente notable. Existen pocos Estados que se hayan obligado por tantos textos internacionales como el nuestro, merced en buena medida a una “euforia internacionalista” que siguió a la apertura internacional y europea de nuestro país a partir de finales de los años setenta, y que en muchos casos provocó una política convencional apresurada y poco medida⁸³. La trascendencia de los tratados en el Derecho internacional privado español y es manifiesta en todos sus sectores, notablemente en el ámbito marítimo.

2. Soluciones procedentes del Espacio Judicial Europeo

A) Evolución y notas características del sistema

22. El eficaz movimiento de europeización de las normas sobre competencia judicial internacional ha tenido la virtud de reducir drásticamente la aplicación de la normativa interna por parte de los Estados miembros y, como resultado, la mayoría de las cláusulas atributivas de competencia están sometidas a las disposiciones de la UE. En tal sentido, el denominado Espacio Judicial Europeo ha considerado desde sus orígenes que debía de establecerse una regulación específica sobre los acuerdos atributivos de competencia⁸⁴, cuya repercusión en el ámbito de la contratación marítima queda fuera de toda duda⁸⁵. El tratamiento de estas cláusulas está acogido, fundamentalmente, en el art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competen-

⁸¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55–92, esp. pp. 74–76.

⁸² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Cívitas–Thomson–Reuters, 2018, p. 36

⁸³ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁴ M.B. MERINO JUEZ, “La prórroga de la competencia judicial internacional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 18, 1998, pp. 67–113.

⁸⁵ Y. BAAZ, “Forum selection in Contracts for the Carriage of Goods by Sea: the European Dimension”, *Lloyd’s Maritime and Com. L.Q.*, vol. 2, 2011, pp. 208–226; W. VERHEYEN, “Forum clauses in carriage contracts after the Brussels I (bis) Regulation: procedural (un)certainly?”, *J. Int’l Mar. L.*, vol. 21, n° 1, 2015, pp. 23–38.

cia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –Bruselas I bis– (en adelante RB I bis) y en el art. 23 del Convenio de Lugano⁸⁶ y el Tribunal de Justicia ha tenido el mérito de fijar el contenido de esta noción de carácter autónomo frente a las concepciones mantenidas en los distintos Estados miembros. El establecimiento de esta noción persigue evitar “una multiplicación de los criterios de competencia con respecto a los litigios derivados de una misma relación jurídica”⁸⁷. No es casual que uno de los objetivos generales para el establecimiento de este espacio sea garantizar la igualdad y uniformidad del régimen de la contratación, la previsibilidad de las soluciones.

Pese a su enunciado general no es de aplicación en este ámbito el Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre acuerdos de elección de foro, suscrito por la UE, pues sus redactores consideraron que debían primar en esta materia otros instrumentos internacionales que contemplan foros de competencia exclusiva con carácter específico⁸⁸. Ha de tenerse presente, además, que entre las materias excluidas insertas en su art. 2 figura “el transporte de pasajeros y de mercaderías”⁸⁹.

La unificación de las normas de competencia judicial a que han dado lugar estos instrumentos facilitó indudablemente un reconocimiento generalizado de las cláusulas atributivas de competencia⁹⁰, propiciando su no sólo su admisión frente a los obstáculos de las normativas nacionales, sino el establecimiento en estas últimas de normas protectoras de su contenido, como evidencia el art. 22 bis LOPJ. Como elementos determinantes de esta favorable acogida están su virtualidad para lograr la previsibilidad de las soluciones y la eficacia de las transacciones económicas internacionales pues este tipo de cláusulas están muy presente en las operaciones comprendidas en el Derecho de los negocios internacionales.

23. Reglamentada esta materia por vez primera en el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, las normas reguladoras de las cláusulas atributivas de competencia han experimentado una considerable evolución, acelerada tras el ingreso del Reino Unido en la EU, que consiguió, aparte de una modificación sustancial del precepto, introducir en este primitivo texto convencional varios foros específicos en materia marítima. Resultan significativas las modificaciones efectuadas a este precepto por el Convenio de Luxemburgo de 1978⁹¹ y, más tarde, por el Convenio de San Sebastián de 1989⁹². Asimismo, cabe

⁸⁶ Respecto a la aplicación de este último instrumento en la materia que nos ocupa, *vid.* STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*, ap. 36. Esta decisión tuvo que pronunciarse sobre un contrato de transporte de Amberes a México llevado a cabo por una filial alemana de una sociedad holandesa en cuyo conocimiento de embarque se incluía una cláusula de sumisión a los tribunales islandeses y la aplicación del Derecho islandés. *Vid.* el comentario de esta decisión de E. TORRALBA MENDIOLA y E. RODRÍGUEZ PINEAU, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 219–222.

⁸⁷ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn*. *Vid.* *REDI*, 1993, pp. 437–439 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 528 ss y nota de H. GAUDEMET–TALLON; *Journ. dr. int.*, 1993, p. 474 ss y obs. de J. –M. BISCHOFF.

⁸⁸ Decisión del Consejo, de 4 diciembre 2014, DO L 353 de 10.12.2014. En este punto resulta obligado referirse al Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre acuerdos de elección de foro, al que se ha incorporado la UE en 2104 como una contribución “eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones, aunque muchos de los modelos de cláusulas de elección de foro que ahora son utilizados en el tráfico internacional están excluidos del ámbito de aplicación de este instrumento, que se ha limitado en la práctica a los acuerdos de elección de carácter exclusivo. En concreto, según su art. 2.2º este instrumento “no se aplicará a las siguientes materia: (...) “f) el transporte de pasajeros y de mercaderías”. *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro un cruce de caminos”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, enero 2015, pp. 35–45; M. PERTEGÁS SENDER, “Nuevas reglas internacionales sobre las cláusulas de elección de foro en contratos Internacionales: El Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I Bis”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2015, pp. 111–126.

⁸⁹ *Vid.* las razones de esta exclusión en C. FORRETS, “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: the Maritime Exceptions”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 5, nº 3, 2009, pp. 491–516.

⁹⁰ STJ 3 julio de 1997, as. C-269/95: *Benincasa* “la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional”. En la actualidad será por el RB I. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-269/95, ‘Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL’, de 3 julio 1997)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997.6, pp. 1651–1660; *id.*, nota en *REDI*, 1998, pp. 292–297.

⁹¹ Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado en Luxemburgo el 9 octubre 1978. *Vid.* G.A.L. DROZ, “Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l’exécution des jugements”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 251 ss, esp. nº 47.

⁹² Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, firmado en Donostia–San Sebastián el 26 mayo 1989. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Texto consolidado del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial

agregar una creativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia reflejada en parte en las sucesivas modificaciones del texto originario: el art. 23 del Reglamento 44/2001 (RB I) y por su sucesor el art. 25 RB I bis.

El art. 23.1º RB I dispuso que “si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes...”. La norma del art. 23.1º debía aplicarse, por tanto, aunque el demandado no tuviese su domicilio en un Estado miembro, que como es bien sabido, es, el criterio general de aplicación espacial de las normas del Reglamento y la *prorrogatio fori* prevista en el art. 23.1º operaba cuando al menos una de las partes (demandado o demandante), tuviese su domicilio en un Estado miembro. En este caso, la sumisión de las partes a los tribunales de un Estado miembro producía un doble efecto: atributivo y derogatorio. Atribuía competencia única a los tribunales del Estado elegido, mientras quedaba derogada la competencia de los tribunales de los demás Estados miembros. La reforma del RB I incluyó esta materia en el art. 25 del texto actualmente vigente, portador de un sistema general aplicable en el Espacio Judicial Europeo sobre las cláusulas atributivas de competencia, al margen de la regulación específica inherente a ciertos contratos (consumo, seguros y trabajo).

24. Entre las notas características del referido sistema cabe referirse a las siguientes:

- i) La competencia de un órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, acordada por las partes contratantes en una cláusula atributiva de competencia, se regula únicamente por las disposiciones del RB I bis y es única, “exclusiva” conforme al tenor de su art. 25.1º⁹³, lo que no acontece con el resto de las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula, que se rigen por las normas del Derecho internacional privado del Estado del foro⁹⁴; más concretamente, respecto a la validez de fondo, el art. 25.1º RB I bis remite a la ley del Estado designado, rigiéndose la capacidad y el consentimiento por la ley que cada Estado designe aplicable en sus normas de conflicto (en el sistema español arts. 9.1º y 9.11º). Esta competencia exclusiva del tribunal designado no puede ser objeto de renuncia salvo en dos casos, que las partes por mutuo acuerdo renuncien a ella o que la cláusula se haya establecido únicamente en favor de una de ellas. En este último supuesto es menester “que la voluntad común de otorgar una ventaja a una de las partes resulte claramente de los términos de la cláusula, del conjunto de indicios hallados en el contrato o de las circunstancias que rodearon la celebración del mismo”⁹⁵. Corresponderá, por consiguiente, al juez nacional indagar acerca de la existencia de voluntad común de las partes de insertar un acuerdo atributivo de competencia en favor de una de ellas en el momento de la celebración del contrato.
- ii) El acuerdo ha de ser el resultado de la voluntad común de las partes de prorrogar la competencia. Para verificación de la existencia efectiva del consentimiento entre las partes el juez que conoce del asunto tiene la obligación de examinar, *in limine litis*, si la cláusula atributiva de competencia ha sido efectivamente fruto de un consentimiento entre las partes y si éste se ha manifestado de manera clara y precisa⁹⁶ por ambas partes de acuerdo a los requisitos formales exigidos en el RB I bis⁹⁷.

y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (nota introductoria)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, supl. Comunidades Europeas, diciembre de 1990, 14 pp.

⁹³ STJ 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 24. Sin embargo, la designación de un determinado juez en la cláusula “no excluye, que si el demandado comparece ante otro el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante este sea competente” (STJ 7 marzo 1985, as. 48/84: *Spitzley*). En la jurisprudencia española la STS 1ª 12 enero 2009 determinó que en caso de sumisión expresa, los tribunales elegidos serán los únicos competentes, con exclusión de aquellos que pudieran venir determinados por foros especiales, y el incumplimiento por una de las partes de este acuerdo planteando la acción ante otros tribunales puede implicar su responsabilidad por los daños ocasionados a la otra parte (Roj: STS 263/2009 – ECLI: ES:TS:2009:263).

⁹⁴ STJ 3 julio 1997, as. C-269/95: *Benincasa*, ap. 25.

⁹⁵ STJ 24 junio 1986, as. 22/85: *Anterist*, ap. 14.

⁹⁶ SSTJ 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Salotti* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 576 ss y nota de E. MEZGER; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 734 ss y nota de J.-M. BISCHOFF), 14 diciembre 1976, as. 25/76: *Galeries Segoura SPRL* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 577 ss y nota E. MEZGER; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 734 y obs. de J.-M. BISCHOFF), y 7 julio 2016, as. C-222/15: *Hószig*, ap. 37.

⁹⁷ SS TJ 6 mayo 1980, 784/79: *Porta-Leasing*, ap. 5 y 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 29.

- iii) La cláusula únicamente puede abarcar las controversias originadas o susceptibles de producirse en orden a una relación jurídica determinada, lo que restringe el alcance de un acuerdo atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula⁹⁸.
- iv) La cláusula debe designar un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, y no se establece exigencia alguna en torno a la necesidad de que exista un vínculo entre el litigio y el tribunal requerido⁹⁹. No obstante, las Reglas del RB I bis no serán de aplicación cuando todos los elementos de la relación jurídica se concentren en un mismo Estado miembro y el Tribunal designado sea también de ese mismo Estado. Por último, el régimen de la sumisión por las partes a los tribunales de un Estado no miembro no se halla previsto en el RB I bis. En tal caso, y “con independencia del domicilio”, no existe obligación por parte de los Estados miembros de respetar semejante *derogatio fori* resolviéndose la cuestión conforme a los respectivos Derechos internos de cada Estado miembro¹⁰⁰.
- v) Si la cláusula atributiva de jurisdicción que se separa del principio general según el cual “las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante estarán sometidas, cualquiera que sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de este Estado”, que favorece al demandado, debe presumirse favorable al demandante¹⁰¹.
- vi) En caso de litispendencia el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda se declare incompetente¹⁰². En relación con este último apartado el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Coreck Maritime* tuvo la virtud de aclarar que la cláusula de elección de foro no tiene por qué formularse de manera que identifique directamente el órgano jurisdiccional competente, bastando con que concrete los elementos objetivos sobre los que las partes han acordado designar al tribunal competente. Unos elementos lo suficientemente precisos para posibilitar al juez que conoce del litigio establecer su competencia vinculados siempre a las circunstancias propias de la controversia. En el referido asunto, la cláusula controvertida establecía que “cualquier litigio que se suscite en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto en el país en el que el porteador tenga su establecimiento principal”¹⁰³.
- vii) Finalmente, en el capítulo del reconocimiento y ejecución de decisiones, si el tribunal del Estado miembro de origen, a la hora de determinar su propia competencia, declara que la validez de la cláusula, resulta contrario al principio de confianza recíproca en la justicia dentro de la UE que un tribunal del Estado miembro requerido examine de nuevo esa misma cuestión de validez¹⁰⁴.

⁹⁸ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn*, ap. 31: “Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia”.

⁹⁹ STJ 17 enero 2018, as. 56/79: *Zelger*: Se excluyen “tanto las reglas generales de competencia – (...) y hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado”.

¹⁰⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 85.

¹⁰¹ STJ 24 junio 1986, as. 22/85: *Crédit Lyonnais*.

¹⁰² STJ 9 diciembre 2003, as. C-116/02, *Gasser*.

¹⁰³ STJ 9 noviembre 2000, as. C-287/1998: *Coreck Maritime GmbH*. Vid. SAP Alicante 8ª 24 febrero 2014. AC 2014\453.

¹⁰⁴ STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*, ap. 38: “Admitir que el tribunal del Estado miembro requerido pueda considerar nula una cláusula atributiva de competencia cuya validez haya reconocido el tribunal del Estado miembro de origen resultaría contrario a la mencionada prohibición de revisión de la resolución en cuanto al fondo, máxime en circunstancias en las que, de no haber existido dicha cláusula, este último tribunal habría podido declararse competente. En efecto, en este último supuesto el hecho de que el tribunal del Estado miembro requerido considere nula la cláusula atributiva de competencia no sólo pondría en tela de juicio la conclusión preliminar del tribunal del Estado miembro de origen en cuanto a la validez de dicha cláusula, sino que también cuestionaría la resolución de este tribunal de declinar su propia competencia como tal”.

B) Cuestiones de validez formal

25. La forma permite verificar el conocimiento de lo que se acepta. Sin embargo, de forma escrita no es la única que valida plenamente el acuerdo atributivo de competencia¹⁰⁵, y así el RB I bis tiene en cuenta la existencia de la voluntad común de las partes a partir de una serie de prácticas informales en Derecho de los negocios internacionales y la protección de quienes las suscriben. Conviene detenerse en los criterios generales establecidos en orden a la apreciación de la existencia misma del acuerdo atributivo de competencia, expresado a través de unos requisitos formales cuya finalidad es dejar constancia inequívoca de la voluntad de las partes. Dicho en otros términos, la cláusula solo despegará su eficacia si la parte contra la que se esgrime la había conocido y aceptado en el momento de la formación del contrato y dicha constatación se manifiesta cuando el acuerdo atributivo de competencia haya sido celebrado “por escrito o verbalmente con confirmación escrita”. Y, en caso que la cláusula prevea para su prórroga la forma escrita, si el contrato ha expirado, pero continúa constituyendo el fundamento jurídico de las relaciones contractuales entre las partes, dicha cláusula cumple los requisitos de forma si, “según la ley aplicable, las partes podían prorrogar válidamente el contrato inicial sin observar la forma escrita, o si, en la hipótesis contraria, cualquiera de las partes ha confirmado por escrito esta cláusula o el conjunto de cláusulas tácitamente asumidas de las que forma parte, sin que la otra parte, que ha recibido esta confirmación, se haya opuesto a ello”¹⁰⁶.

Considerada aisladamente esta previsión, inserta en la versión del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, al margen de obligar precisar cómo debía manifestarse la confirmación escrita¹⁰⁷, no dejaba de ocultar un gran recelo a que las estipulaciones insertadas en un documento no firmado por las partes pudiese esconder una modalidad próxima a un contrato de adhesión. Si el acuerdo de elección de foro diseñado debía ser expresión de la voluntad de las partes, su validez podría cuestionarse cuando estuviésemos en presencia de una modalidad contractual de este tipo o ante remisiones a contratos anteriores o ante ciertas prácticas que los incluyen en ciertos documentos anexos al contrato. La atenuación de esta postura se realizó en dos etapas.

En 1976 el Tribunal de Justicia precisó en el asunto *Estasis Salotti di Colzani* que la simple impresión, al dorso de un contrato formalizado sobre papel comercial de una de las partes, de una cláusula atributiva de competencia, en el marco de las condiciones generales de dicha parte, no garantiza “que la otra parte haya efectivamente prestado su consentimiento a una cláusula contraria al régimen general en materia de competencia judicial”¹⁰⁸. El Tribunal se posicionó ante una cuestión controvertida considerando que cuando la relación contractual se desarrolla entre operadores profesionales habituados a estos menesteres debería exigírseles una actuación marcada por la debida diligencia. Cosa distinta será cuando los contratantes no son especialistas habituales en las transacciones internacionales lo que implica la presencia del postulado de la buena fe a la hora de suscribir el contrato considerándose lícita la cláusula cuando, en el propio texto del contrato firmado por ambas partes, se haga una remisión expresa a las condiciones generales que la contengan¹⁰⁹, y se acredita que estas últimas fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante¹¹⁰, pero no cuando estas exigencias no concurren¹¹¹.

¹⁰⁵ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación Marítima. AEDIPr, 2014–2015, pp. 177-178.

¹⁰⁶ STJ 11 noviembre 1986, as. 313/85: *Iveco / Fiat*.

¹⁰⁷ La STJ 11 julio 1985, as. 221/84, *Berghoefer / ASA*, precisó a este respecto que “se cumple el requisito de forma que exige cuando se acredita que la cláusula atributiva de competencia ha sido objeto de un acuerdo verbal que se refiere de modo expreso a dicho punto, que una confirmación escrita de dicho acuerdo emitida por una cualquiera de las partes ha sido recibida por la otra y que esta última no ha formulado objeción alguna”.

¹⁰⁸ STJ 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Estasis Salotti di Colzani*, aps. 9 y 10: “en el caso en que, entre las condiciones generales de venta de una de las partes, impresas al dorso de un documento contractual, figure una cláusula atributiva de competencia, únicamente se cumple la exigencia de forma escrita (...) si el contrato firmado por ambas partes contiene una remisión expresa a dichas condiciones generales”. En relación con el alcance de la cláusula atributiva de incompetencia incluida en el folleto de emisión de intermediario, *vid.* STJ 20 abril 2016, as. C-366/13: *Profit Investment*).

¹⁰⁹ STJ 7 julio de 2016, as. C-222/15: *Höszig*.

¹¹⁰ STJ 14 diciembre 1976, 24/76: *Estasis Salotti di Colzani*, ap. 12.

¹¹¹ STJ 8 marzo 2018, as. C-64/17: *Saey Home & Garden*: “una cláusula atributiva de competencia, estipulada en las condiciones generales de venta mencionadas en diversas facturas emitidas por una de las partes contratantes no cumple los requisitos (del art. 25.1º RB I)”.

26. La segunda etapa supuso una verdadera mutación del precepto, tras la incorporación del Reino Unido, por el art. 11 del Convenio de Luxemburgo de 1978 y, posteriormente, por el art. 7 del Convenio de San Sebastián de 1989¹¹², que le confirió su versión actual, admitiendo el texto en vigor (25 RB I bis) una serie de interpretaciones de enorme importancia:

- i) Considerar que si el contrato se ha celebrado verbalmente, se cumplen los requisitos de validez del mismo si cualquiera de las partes ha recibido de la otra una confirmación escrita de tal acuerdo, sin haber planteado objeción alguna en tiempo hábil¹¹³; asimismo si dicha celebración se ha realizado en el marco del comercio internacional, el convenio atributivo de competencia debe reputarse válido, como consecuencia de la falta de respuesta de la otra parte contratante a un escrito comercial de confirmación que su co-contratante le hubiere enviado, o del pago reiterado y sin protesta de facturas, cuando dichos documentos contengan una mención impresa que indique el fuero, si este comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan las partes interesadas y si estas últimas conocen dicho uso o debieran conocerlo¹¹⁴.
- ii) Apreciar la validez de la cláusula de elección de foro cuando se celebre “en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas” y no se inserte necesariamente en el cuerpo del contrato, sino que aparezca en un documento separado que contenga las condiciones generales de la operación, en un contrato anterior o en un contrato tipo. Se admite, pues que, en las transacciones de comercio internacional, puede acudir a una forma “conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”¹¹⁵. El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de precisar que cabe apreciar un uso en un ámbito del comercio internacional cuando las partes contratantes que operan en dicho contorno siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos, acreditándose dicho comportamiento “cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse una práctica consolidada”¹¹⁶. En suma, se refuerza especialmente la naturaleza obligatoria del uso eliminando las posibilidades de justificar que la parte que no ha dado su consentimiento se escude en una suerte de ignorancia o desconocimiento¹¹⁷.
- iii) Estimar que la transmisión efectuada por medios electrónicos se ha realizado por escrito siempre que pueda determinarse un registro duradero del acuerdo (técnica de aceptación mediante un *clic*, llamada también *click-wrapping*) El Tribunal de Justicia se ha pronunciado a este respecto acerca de la aceptación mediante un *clic* de las condiciones generales afirmando que “la técnica de aceptación mediante un *clic* de las condiciones generales, que

¹¹² Que tomo como referente las SSTJ 14 diciembre 1976, as. 25/76: *Galleries Segoura SPRL*: “El hecho de que el comprador no formule objeción alguna a la confirmación, emanada unilateralmente de la otra parte, no significa la aceptación de la cláusula atributiva de competencia, salvo si el acuerdo verbal se encuadra en el marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes, establecidas sobre la base de las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de competencia”; y STJ 19 junio 1984, as. 71/83: *Tilly Russ / Nova*. Vid. G.A.L. DROZ, “La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 1 ss, esp. p. 23; H. GAUDEMET-TALLON, “Les clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, pp. 133 ss, esp. p. 139.

¹¹³ STJ 11 julio 1985, as. 221/84: *Berghoef*.

¹¹⁴ STJ 20 febrero 1997, as. C-106/95: *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)*. Vid. REDI, 1997, pp. 210-215 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT.

¹¹⁵ A este respecto E. GAILLARD ha matizado en el sentido de que “*ce n'est pas la clause litigieuse qui doit être conforme à l'usage mais la forme dans laquelle elle a été conclue*” (“La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 203.

¹¹⁶ STJ 20 febrero 1997, as. C-106/95: *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)*.

¹¹⁷ B. ANCEL, “La clause attributive de juridiction...”, *loc. cit.*, p. 279.

incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato celebrado por vía electrónica, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula (...) siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato”¹¹⁸

C) Acuerdos atributivos de competencia incluidos en conocimientos de embarque

27. Previas estas generales observaciones debe consignarse que la contratación marítima internacional está caracterizada por una gran variedad de complejas relaciones contractuales (seguro y transporte) y por la intervención de diversos operadores (asegurador / asegurado / porteador contractual / porteador efectivo / cargador). La existencia de ambas diversidades ha tenido la virtud de oscurecer la interpretación de la cláusula atributiva de competencia así como de su subrogación. Siguiendo la *ratio* originaria del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el actual art. 25 RB I bis¹¹⁹, la práctica ha evidenciado, de un lado, una preocupación esencial para proteger a las partes de las cláusulas no negociadas que han sido introducidas en el conocimiento de embarque y, de otro lado, un intento de evitar que el exceso de formalidad influya de manera negativa en las transacciones inherentes al transporte marítimo internacional. En definitiva, el Tribunal de Justicia ha debido guardar un difícil equilibrio en la dialéctica entre la protección de los intereses del comercio internacional y las exigencias de la seguridad jurídica.

Aun reconociendo a los conocimientos de embarque su carácter unilateral, no por ello el Tribunal de Justicia les priva de eficacia como un uso comercial marítimo, extendiéndose esa apreciación a las cláusulas atributivas de competencia cuya eficacia se confirma pese a no estar firmadas por el cargador o por el destinatario final de la mercancía. Abundando en esta idea, cuando el acuerdo de sumisión incluido en el conocimiento de embarque sea convenido previamente en forma verbal e inserto con posterioridad entre las condiciones impresas de aquel documento, su posterior firma por el transportista puede ser considerada la confirmación escrita del acuerdo verbal previo incluso, cuando si consta por escrito, el consentimiento del cargador no haya firmado dicho documento¹²⁰.

Desde el asunto *Castelleti* dicho Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la eficacia de la sumisión y su doctrina puede resumirse, en síntesis, como sigue: a) se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso observado comúnmente en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer; b) la existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos¹²¹; c) las exigencias concretas que engloba el concepto “forma conforme a los usos” han valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales; d) el conocimiento del uso debe quedar acreditado cuando en el sector comercial en el que operen las partes se siga de modo general y regular determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada¹²².

¹¹⁸ STJ 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 24 [P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del ‘click-wrapping’ (Comentario a la STJUE de 21 mayo 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015; *REDI*, vol. LXVII, nº 2, 2105, pp. 195-198 y nota de J. MASEDA RODRÍGUEZ].

¹¹⁹ B. ANCEL, “La clause attributive de juridiction...”, *loc. cit.*, pp. 263-294; J.M. BONELL, “L’art. 17 della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale el il diritto transnazionale”, *Riv. comm.*, 1977, pp. 214 ss; S. CARBONE, “La disciplina comunitaria della ‘proroga della giurisdizione’ in materia civile e commerciale”, *Dir. com. int.*, 1989, pp. 351 ss.

¹²⁰ STJ 19 junio 1984, as. 71/83: *Tilly Rus s /Nova*, ap. 19. SAP Barcelona 7 julio 1999: “Conocida por el cargador la cláusula de sumisión y aceptada por él, con el conjunto de las cláusulas impresas del contrato, tal como expresa el sello de ‘Sarrisung’ estampado sobre las mismas, en un contrato celebrado entre empresarios y en materia propia de su tráfico, debe desestimarse el recurso que impugna la eficacia de dicha cláusula” (AEDIPr 2001-111 pp. 888 ss y nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO).

¹²¹ M.B. DELI, “Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell’ art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1989, pp. 27 ss.

¹²² STJ 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA* (R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968”, *La*

28. La consideración jurisprudencial descrita ha impugnado de manera desigual la práctica de los tribunales españoles. Éstos, tras afirmar que las cláusulas de sumisión obedecen a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual de las partes imperante en el tráfico jurídico y en el comercio internacional¹²³, han mostrado tradicionalmente numerosas divergencias en orden al tratamiento de la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción establecidos en conocimientos de embarque, sobre todo desde la aplicación del régimen de Bruselas en su primera versión contenida en Convenio de Bruselas de 1968 (art. 17) respecto de los requisitos formales y materiales que debería reunir una cláusula atributiva de jurisdicción. No obstante, el siglo XXI se inició con una tendencia favorable a la admisión de la sumisión a tribunales extranjeros, a partir de la no exigencia de presentación de los documentos originales, de la consideración favorable a la renuncia al Derecho propio o de la admisión de la cláusula en una forma que se ajustase a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado¹²⁴. No puede negarse que el problema esencial que se suscita en este sector deriva de que a ciertos agentes implicados en el transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, muy particularmente, al cargador y al receptor les está vetado, hasta la recepción del documento, el conocimiento previo de la jurisdicción competente y de la ley aplicable al contrario de lo que acontece desde un primer momento el porteador¹²⁵.

Frente a la alusión frecuentemente sustentada por los usuarios del transporte marítimo, de verse obligados a contratar con las compañías que cubren determinadas rutas, y que no pueden discutir sobre el contenido del contrato, frecuentemente redactado en idioma inglés, y, en particular, en orden a las cláusulas de sumisión expresa insertas en el conocimiento de embarque por poseer carácter abusivo al aparecer impuestas y, por tanto, ser susceptibles de infringir la normativa de los consumidores y usuarios, la jurisprudencia española considera que los operadores que actúan en el ámbito marítimo están

Ley. Unión Europea, nº 4.851, 30 julio 1999, pp. 1–5; A.L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, BOE, 1995, p. 352; P. JIMÉNEZ BLANCO, *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, p. 109). *Vid.*, asimismo, nota de J.M. BISCHOFF, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 701 ss.

¹²³ STS 1ª 30 noviembre 1999, TOL3.442.118.

¹²⁴ AAP Pontevedra 2ª 8 mayo de 2000: “No trunca dicha argumentación el hecho (...) de que no sean presentados los documentos originales, pues, con independencia de la posible subsanación, resulta incuestionable que el contenido de los mismos ha sido materialmente aceptado por el propio órgano judicial recurrido que los pone en cuestión” (AEDIPr 2001–115); AAP Cantabria 9 junio 2000 “el pacto de sumisión es claro y perfectamente comprensible. De su sola lectura se desprende la sumisión al Tribunal de Comercio de París para cualquier controversia que surja con ocasión del transporte. No hay ninguna oscuridad y no alcanza a comprenderse la alegación de los apelados sobre que la cláusula no contiene una renuncia clara y terminante al fuero propio, cuando este es incompatible con la sumisión tan claramente acordada” (AEDIPr 2002/116); AAP Valencia 18 octubre 2000: “no debe desconocerse que el convenio atributivo de competencia debe celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, pero también es admisible en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado” (AEDIPr 2002/2017 y nota de J.J. ÁLVAREZ RUBIO); AAP Cádiz 7ª 10 de septiembre 2001: “... el silencio del asegurado contratante respecto de la cláusula de sumisión expresa (...) que consta en el conocimiento de embarque (...), aun tratándose de contrato de adhesión, tiene el valor de consentimiento sobre la cláusula atributiva de jurisdicción, y que es objeto de este litigio (...) la cláusula que nos ocupa responde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que ambas partes operan (la demandada, como aseguradora de transportes internacionales) y que ambas partes conocen o debieran conocer, máxime tratándose del sector de la navegación entre sociedades establecidas en Estados distintos...” (JUR 2001\313581); AAP Madrid 11ª 30 abril 2004: “la cláusula de sumisión invocada, está inserta en los conocimientos de embarque, en los que la parte actora figura como transportista, y la demandada como cargador (...), siendo además conforme a los usos internacionales que, los transportes internacionales por vía marítima se documenten en conocimientos de embarque expedidos por el transportista, en los que en su reverso se insertan las cláusulas de sumisión (...) no pudiendo desconocerse dichos usos por una sociedad mercantil que se dedica al transporte internacional (LA LEY JURIS: 2463/2004; AC 2004\1581; AAP Las Palmas 3ª 13 enero 2006, AC 2006\435; STS 1ª 5 julio 2007, RJ\2007\5431; AAP Madrid 28ª 21 julio 2009, JUR\2009\472155; AAP Pontevedra 1ª 24 septiembre 2009, JUR\2009\436563; AAP Pontevedra 1ª 4 febrero 2010, JUR\2010\135394; AAP Madrid 28ª 17 octubre 2011, AC\2012\98; AAP Barcelona 17ª 15 febrero 2011, TOL3.572.097; AAP Madrid 28ª 9 febrero 2015, TOL5.535.976).

¹²⁵ V. FUENTES CAMACHO y R. SANZ ABASCAL, “¿Puede afectar una cláusula de sumisión expresa incluida en un conocimiento de embarque a una aseguradora que alega no haberla suscrito? (algunas reflexiones en torno a la Sent. TS (Sala 1ª) de 29 septiembre 2005)”, *La Ley*, nº 6390, 31 diciembre 2005, pp. 2–3.

habitados a someter las transacciones a contratos tipo, de adhesión¹²⁶, o a condiciones generales y que la redacción en inglés de la cláusula no debe ser obstáculo para este tipo de cláusulas¹²⁷. Reconoce, asimismo, que nos hallamos ante un sector donde estas cláusulas son habituales, tanto por la especificidad del propio tráfico marítimo, como por las sociedades que intervienen, domiciliadas en muy diversos países, como, por qué no decirlo, por la preferencia de aplicación de un régimen legal al que las partes se someten también, como es el de la legislación inglesa¹²⁸. Carecen por ello de la condición de consumidores, no pudiéndose predicar de ellos una posición negocial inferior o más débil de la que pudiera abusar o aprovecharse la otra parte, encontrándose tanto una como otra sociedad mercantil¹²⁹.

Como es natural, los efectos de la cláusula atributiva de la competencia se proyectan directamente hacia las partes¹³⁰, y la observancia de éstos, y de los eventuales incumplimientos, no ofrece especiales problemas por la aplicación las reglas generales de la inobservancia de las obligaciones contractuales que conducirán a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Cosa distinta es el examen de los efectos de la cláusula respecto de terceros que involucra una dificultad añadida a la hora de determinar la vinculación entre el cargador y porteador frente al tercero adquirente de las mercancías que no fue parte en dicho contrato. En este último supuesto el necesario punto de partida es si el sistema de competencia judicial internacional del juez que debe resolver esta cuestión le faculta para atender cuestiones que, en rigor, no entran dentro de su ámbito jurisdiccional pero que se justifican en razones de economía procesal cuando, por ejemplo, las demandas estén vinculadas entre sí por una relación especialmente estrecha. Aparecen así una serie de competencias derivadas, producidas por situaciones de conexidad, dentro de las cuales es preciso determinar si el juez designado por la cláusula puede pronunciarse no únicamente sobre los aspectos vinculados al demandado, sino también de un tercero vinculado al contrato, por ejemplo, el que prestado una garantía para asegurar la relación jurídica de la que deriva la relación contractual controvertida. Esta cuestión conduce, en el marco del Espacio Judicial Europeo, de un lado, al examen de las relaciones entre el arts. 25 y el art. 8 del RB I y, de otro lado, a la consideración del art. 9 de este instrumento, por prever la extensión de la competencia del tribunal de un Estado miembro para conocer de acciones de responsabilidad derivada de la utilización o explotación de un buque a la demanda relativa a la limitación de esta responsabilidad.

D) Extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia

29. La circunstancia de que muchos cargadores endosarios de conocimientos de embarque acudan a tribunales distintos de los designados por la cláusula atributiva de competencia, no basta para hacer que la inserción de dicha cláusula en los mencionados documentos pierda su condición de uso, siempre que se haya acreditado y continúe acreditándose que corresponde a una práctica seguida de modo general y regular¹³¹. No obstante, para que un tercero quede vinculado por la cláusula de sumisión deben concurrir dos condiciones: que la cláusula de sumisión sea válida en cuanto a los requisitos que imponen el art. 17 CB y el art. 25 RB I bis; y que, con motivo de la entrega del conocimiento de embarque al tercero, éste se

¹²⁶ AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr–2001/113): “Nos hallamos ante un negocio ciertamente de adhesión, pero en buena medida ello es consustancial al contrato celebrado, la transmisión de la mercancía que viaja en régimen de conocimiento de embarque, y no cabe ahora implorar tal naturaleza para exonerarse del cumplimiento de lo asumido mediante el endoso, como si todo contrato de adhesión estuviera viciado de nulidad desde su origen; y debe resaltarse que la cláusula es perfectamente visible, destacada en negrita y ubicada en el anverso de los documentos de conocimiento”.

¹²⁷ AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr–2001/113): “El hecho de que la cláusula de sumisión esté redactada en inglés no puede ser causa de nulidad en este caso. Sorprende que una empresa multinacional se atreva a alegar el desconocimiento del inglés como causa de nulidad de un convenio, pero más aún cuando nos hallamos en el ámbito de un transporte marítimo internacional donde es evidente que la contratación es usualmente realizada en inglés, y cuando los conocimientos de embarque cuyo endoso admitió la apelada aparecen redactados en inglés íntegramente, como es usual en ese ámbito de la contratación. La alegación es, a todas luces, contraria la buena fe”.

¹²⁸ AAP Madrid 28^a 16 enero 2012, TOL5.340.019.

¹²⁹ STS 20 febrero 1998, RJ 1998\604.

¹³⁰ STJ 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp*, ap. 29: “La cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede efectivamente, en principio, producir efectos entre las partes que hayan prestado su acuerdo a la celebración de ese contrato”. *Vid.*, asimismo, STJ 21 mayo 2015, as. C-352/13: *CDC Hydrogen Peroxide*, ap. 64.

¹³¹ STJ 20 febrero 1997, as. C–106/95: *MSG*.

subrogue en todos los derechos y obligaciones del cargador, convirtiéndose en titular de todos ellos. De este modo, esta subrogación también alcanzará a la cláusula de atribución de competencia¹³².

El Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión de la extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia precisando que ésta puede ser invocada en semejante circunstancia siempre que, conforme al Derecho nacional aplicable según las normas de Derecho internacional privado del juez nacional, se subrogue en los derechos y obligaciones de la parte originaria. En caso contrario, el juez nacional deberá comprobar si el tercero ha prestado efectivamente su consentimiento a la cláusula de elección de fuero contra él invocada. Pero también ha considerado que una cláusula atributiva de competencia inserta en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero sub-adquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo¹³³. En definitiva, de acuerdo con esta decisión, “la cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable”¹³⁴.

En la jurisprudencia española la oponibilidad a terceros que no fueron parte en el contrato de la cláusula atributiva de jurisdicción referida a los tribunales de otro Estado puede llevarse a cabo por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte y “no existe, en este sentido, discusión sobre la posibilidad de oponer las cláusulas contenidas en los conocimientos de embarque, por ejemplo, al destinatario final de las mercancías, quien claramente no estampó su consentimiento en el documento contractual”¹³⁵.

En el caso del transporte marítimo, la transmisión de la cláusula atributiva de jurisdicción al destinatario de las mercancías, que no ha participado en la formación del conocimiento de embarque donde figura dicha cláusula, está sujeta a la aceptación especial de la cláusula por este último. En rigor, al no ser inicialmente parte en el contrato, no podrán considerarse como un tercero.

3. Configuración de la sumisión en el ordenamiento español

A) Las reglas de la Ley de Navegación Marítima

30. La especialidad de la Ley de Navegación Marítima no debe olvidar el sistema concebido en el RB I bis que ya hemos examinado¹³⁶, ni el sistema general de competencia judicial internacional inserto en la LOPJ. Esta última disposición introdujo en 1985 un régimen general de reglas de competencia judicial internacional en materia civil, contenido en sus arts. 21 y 22 que contribuyó a reforzar la autonomía no sólo material, sino también formal, de la competencia judicial internacional. De conformidad con el art. 21 dichos preceptos ofrecen desde la perspectiva interna y en la materia que nos ocupa un carácter residual, pues serán de aplicación siempre que no exista una ley especial (“Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido... en las leyes españolas”), que en nuestro es la Ley de Navegación Marítima de 2014.

Interesa recordar que el primitivo art. 22 se abstuvo de regular, en un principio, la *derogatio fori*, y este silencio dio lugar a un desarrollo jurisprudencial discutible y a una larga confrontación doctrinal afortunadamente superadas. Tras la reforma de la LOPJ de 2015 el vigente art. 22 ter, apartado 4º, LOPJ reconoce expresamente que la competencia atribuida a los tribunales españoles en virtud del foro

¹³² STJ 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck* (vid. nota de F.F. GARAU JUANEDA en *REDI*, vol. ILX, 2007, p. 279).

¹³³ *Inter alia*, STJ 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp*, ap. 25.

¹³⁴ STJ 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck Maritime GMBH* (*REDI* 2001-2-Pr nota de P. JIMÉNEZ BLANCO; H. AGUILAR GRIEDER, “Cláusula de elección de foro, conocimiento de embarque y art. 17 del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968”, *La Ley*, nº 5215, 2000, pp. 8-14); .

¹³⁵ AAP Cantabria 9 junio 2000 (AEDIPr-2002/116); AAP Pontevedra 1ª 23 septiembre 2009 (TOL1.653.089). Con posterioridad a la entrada en vigor la de LNM vid. AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017 (Roj: AAP PO 3336/2017 – ECLI: ES:APPO:2017:3336A).

¹³⁶ *Vid. supra*, nºs 22 ss.

general del domicilio del demandado o de un foro especial podrá ser excluida mediante una cláusula atributiva de competencia en favor de un tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y solo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia¹³⁷. Semejante reconocimiento tiene sus límites: la imposibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles si viene establecida por un foro exclusivo y en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.

Por su parte, los arts. 22 quater y 22 quinquies de la LOPJ recogen los foros especiales por razón de la materia, que son en realidad concurrentes con el foro del domicilio del demandado contemplado en el art. 22 ter. Pero, a su lado, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, contiene asimismo reglas especiales que afectan a la competencia judicial internacional en materia de transporte marítimo, incluidas ciertas restricciones a la validez de los acuerdos de elección de fuero contenidos en condiciones generales (arts. 468 y 469)

Síguese de aquí que junto a esta reglamentación general, claramente incompleta en el ámbito de la contratación marítima internacional, la LNM presta especial atención en regular cuestiones procesales específicas del Derecho marítimo que sirven de complemento a los preceptos de la LOPJ, o que emanan directamente a lo dispuesto en instrumentos convencionales o de la Unión Europea.

31. La nueva regulación se concreta, de un lado, en los arts. 468 y 469 LNM, que forman parte del capítulo titulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia” y, de otro lado, el art. 251, relativo a la eficacia traslativa del conocimiento de embarque. 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. En lo que concierne a las cláusulas atributivas de competencia en los conocimientos de embarque, el art. 468 está redactado como sigue:

“Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera... contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo”.

Dejando a un lado la prevalencia de los convenios internacionales y las normas de la Unión Europea, a las que ya hemos hecho referencia¹³⁸, de una primera lectura del precepto se desprende 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-europeos¹³⁹.

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.

¹³⁷ SAP Barcelona 4ª 4 mayo 2017, JUR 2017/260878.

¹³⁸ *Vid. supra*, nº 22 ss.

¹³⁹ Aunque sus consideraciones son anteriores a la reforma de la LOPJ de 2015 son de interés las consideraciones de M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 112–129.

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, 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 negocial 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.

32. Con semejante redacción el legislador evidencia 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, evidencia 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, practicaje y manipulación portuaria). Como se ha indicado, 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 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, obediendo puntualmente a unos formularios estandarizados que insertan cláusulas de previsión de conflictos futuros, diferidos mayoritariamente a indeterminadas instituciones administradoras del arbitraje.

La transmisión del conocimiento producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, por lo que el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías en relación al contrato de transporte, con la única excepción referente a los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, ya que estos requerirán el consentimiento expreso y separado del adquirente en los casos y en los términos establecidos.

33. En todo caso, la transmisión de un conocimiento de embarque que incorpore una cláusula de jurisdicción o compromisoria válida, no resulta oponible al adquirente del conocimiento si éste, por su parte, no hubiese también prestado su consentimiento individualizado y separado (art. 251), con lo cual el legislador pone punto final al automatismo mostrado por la jurisprudencia mayoritaria en el sentido de que, en ciertos conocimientos de embarque, la incorporación de la cláusula de sumisión, aunque era frecuente, no se producía de manera inexorable. A partir de ahora tales cláusulas sólo serán válidas entre aquellas partes que las hubiesen aceptado.

En la jurisprudencia española, son bastante frecuentes las reclamaciones efectuadas por compañías aseguradoras del destinatario de las mercancías contra el transportista por los daños sufridos en éstas, a partir de la invocación por parte del demandado de la cláusula atributiva de competencia a tribunales extranjeros contenida en el conocimiento de embarque para impedir la actuación de los tribunales españoles. Consciente de ello, el legislador con la redacción del art. 251 LNM ha querido prevenir

que triunfe esta excepción ya que dispone que “el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”.

Esta exigencia resulta aplicable cuando la elección es a favor de los tribunales de un tercer Estado, que no sea miembro de la UE y con el cual España no haya suscrito algún convenio, o cuando el sometimiento sea a favor de los tribunales de un Estado miembro. En este último caso es previsible que lo convenido entre el porteador y el destinatario en la cláusula se considere válido, si es conforme a los usos internacionales.

En caso de que el supuesto se rijan por Derecho español, el art. 251 LNM será de aplicación preferente para determinar hasta qué punto el adquirente del conocimiento de embarque sucede al transmitente y, si la respuesta es negativa en relación con el acuerdo atributivo de jurisdicción, este último sólo vinculará al adquirente en la medida en que se verifique que ha dado su consentimiento a dicha cláusula conforme de las exigencias del art. 25.1º RB I bis. Por consiguiente este último precepto prevalecerá sobre la remisión del art. 251 LNM a los términos del capítulo I del Título IX (art. 468) LNM, sin perjuicio de que eventualmente sea el Derecho español el que determine si el acuerdo es nulo de pleno derecho en orden a su validez material¹⁴⁰.

No parece excesivamente feliz la redacción del art. 251, puesto que el hecho de que las cláusulas de sumisión no negociadas separadamente se consideren inválidas bajo los criterios del ordenamiento jurídico español, no implica que dichas cláusulas sean inválidas conforme al ordenamiento jurídico del Estado a cuyos tribunales hacen remisión, lo cual no impediría que este tercer Estado se declare eventualmente competente.

B) Examen de la práctica

34. Ya se ha apuntado que el art. 468 se abstiene de determinar la atribución de competencia a los tribunales españoles, pues va referida a las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera, invirtiendo la presunción de validez de las cláusulas de sumisión incluidas en documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales, señaladamente la Convención de Nueva York de 1958 y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación. Sea como fuere, de lo que no debe caber duda alguna es que el marco legal aplicable ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley, lo que hace menester un cambio profundizado de la doctrina emanada de los tribunales españoles en orden a determinar la posición de nuestros tribunales pues, como hemos puesto de relieve, en los quince años previos a la entrada en vigor de la LNM han venido admitiendo en la mayoría de los casos estas cláusulas atributivas de competencia a tribunales extranjeros, declarándose incompetentes para conocer de las demandas presentadas en España a la luz de las normas de la Unión Europea.

Un examen de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales permite valorar, caso por caso, los argumentos que fundamentan una declinatoria basada en el art. 468 LNM poniendo de relieve la complejidad de acomodar la referencia los de “usos” del comercio marítimo internacional, y la consiguiente interpretación flexible en orden a la validez de las cláusulas atributivas de competencia, con la exigencia de “negociación individual”, que no es una práctica habitual en este ámbito esencialmente por la rapidez inherente a las operaciones involucradas.

- i) El AAP Barcelona 15ª 21 diciembre 2016 desestimó una declinatoria de jurisdicción declarando la competencia frente al criterio del juez *a quo* favorable a la prevalencia del art. 25 RB I sobre los arts. 468 y 251 LNM y a la consiguiente competencia exclusiva para conocer

¹⁴⁰ Cf. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima”, 9 octubre 2014 “<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la.html>”.

del litigio del tribunal de Marsella, al que se sometieron las partes, acuerdo que es válido y oponible a tercero de acuerdo con el Derecho francés. Para la Audiencia nuevo marco legal obliga a distinguir según que la relación procesal se establezca: a) entre el cargador y porteador o, b) entre el destinatario o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque y el porteador. En el primer caso, debe primar la aplicación del art. 25 RB I y el art. 468 LNM no modifica la situación anterior y la doctrina jurisprudencial existente sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa insertas en conocimientos de embarque al incorporar la cláusula “sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea”. Dicho precepto “establece cómo debe celebrarse el acuerdo atributivo de competencia y fija la Ley conforme a la cuál debe examinarse la validez del acuerdo (la del Estado Miembro a cuyos tribunales se hayan sometido las partes). Sólo si la cláusula de sumisión lo es a favor de los tribunales españoles puede enjuiciarse su validez con arreglo al art. 468 LNM. Por el contrario, según el razonamiento de la Audiencia de Barcelona, debe estimarse que “la nueva LNM modifica el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a los terceros que no son parte en el contrato (el destinatario que recibe el conocimiento de embarque del cargador y los sucesivos tenedores), toda vez que es una situación no contemplada en el referido art. 25 del Reglamento de la UE. De esta suerte “Si el tercero tenedor no ha sucedido al cargador, no podrá oponérsele la cláusula atributiva de competencia, a no ser que haya dado su consentimiento a ella. Los conocimientos especiales del tenedor o su prolongada relación comercial con el portador no son suficientes para presumir su consentimiento (tácito)”¹⁴¹.

- ii) En el marco descrito resulta obligada la referencia, entre otras, a cuatro decisiones de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que expresan la siguiente doctrina: “el examen de la eficacia de una concreta cláusula de sumisión jurisdiccional en el ámbito del transporte marítimo debe realizarse de forma individualizada para cada supuesto en concreto, pues no siempre ni en todo caso, la inclusión de una cláusula de prórroga de jurisdicción a Tribunales de otro Estado puede tener por efecto la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la controversia”. Este examen individualizado permite llegar a soluciones diversas, según el caso enjuiciado: a) Los AAAP Valencia 9ª 27 julio 2016 (Rollos de Apelación 450/2016 y 1271/2016) consideraron que el consentimiento no pudo ser acreditado, habida cuenta que el actor no había actuado de conformidad con un uso sectorial comercial y consolidado consistente en la inserción de tales cláusulas en los conocimientos de embarque, pero sí lo fue en el otro, dada la “amplia experiencia en el sector” de ambas partes contendientes y la concurrencia de una práctica reiterada previa entre ellas de contratación conforme a las condiciones generales “publicitadas por la naviera”¹⁴². b) El AAP Valencia 9ª 8 noviembre 2016, reiterando la doctrina anterior, confirmó la declinatoria planteada, con invocación del art. 468 LNM, argumentando que la incorporación unilateral de la cláusula de jurisdicción le había dejado a una de las partes en situación de desamparo (como a cualquier pequeño o mediano empresario), al obligarle a renunciar a la reclamación, o a pleitear ante una jurisdicción ajena y costosa como la de los Tribunales ingleses. Insiste esta decisión en el abuso de derecho de la contraparte al hacer valer la cláusula de sumisión jurisdiccional cuando el foro nacional era el más conveniente, toda vez de que las demandadas tenían la nacionalidad española y una de ellas su domicilio en Valencia, sin que existiesen elementos que justificasen la vinculación con los tribunales de Londres ni justificación en orden a que la jurisdicción española fuese a impedir su derecho de defensa¹⁴³. c) El AAP Valencia 9ª 28 diciembre 2016 desestimó la declinatoria promovida admitiéndose la sumisión a la jurisdicción inglesa en el marco de las relaciones derivadas del transporte marítimo de mercancías, no teniendo por acreditada la emisión

¹⁴¹ AC 2017\1872.

¹⁴² “<http://www.alborsgaliano.com/2017/01/26/de-nuevo-la-audiencia-de-valencia-se-pronuncia-sobre-la-jurisdiccion-maritima/>”.

¹⁴³ Roj: AAP V 607:2016, ECLI: ES:APV:2016:607A.

y aceptación del conocimiento de embarque aportada para promover la declinatoria ni la existencia de aceptación tácita o expresa con arreglo al Reglamento UE 1215/2012¹⁴⁴. d) El AAP Valencia 9ª 15 mayo 2017 desestimó igualmente una declinatoria de jurisdicción con respaldo en el art. 25 del Reglamento 1215/2012 al considerar que no era aplicable la cláusula de sumisión jurisdiccional a tenor de lo establecido en el art. 468 LNM, por no mediar cláusula sumisoria a tribunales de un Estado de la Unión Europea, ni estar atribuida exclusivamente la competencia a los Juzgados de Hong Kong en virtud de convenio internacional aplicable¹⁴⁵.

Con lo expuesto se echa de ver que para la Audiencia valenciana la cláusula de sumisión jurisdiccional se identifica en cada caso como una condición general de la contratación de la que no consta una negociación individual, ni siquiera la existencia de información alguna acerca de su contenido. Por consiguiente, no siendo de aplicación el Reglamento 1215/2012, ha de estarse al régimen legal que resulta de los arts. 468 y 469 LNM y valorar el contenido de la cláusula de forma rigurosa a efectos de la determinación de su validez cuando no se tenga por probada una negociación individual y separada que permita declinar la jurisdicción a favor de los tribunales extranjeros.

- iii) El AAP Castellón 3ª 23 mayo de 2017¹⁴⁶ estimó en parte un recurso de apelación formulado contra un auto que había declarado su falta de jurisdicción. Entre otras consideraciones, la Audiencia alude al conocimiento de embarque que regula el transporte marítimo (arts. 246 LNM) en relación con el cual se formuló la reclamación y la cláusula en que se funda la cuestión de competencia; *in casu*, la cláusula controvertida se refería únicamente a las controversias que tuviesen relación con el conocimiento de embarque, mientras que la reclamación planteada estaba referida a los perjuicios ocasionados por la demora en la descarga de la mercancía en el puerto de destino. Así las cosas, la Audiencia zanjó la cuestión afirmando que la mención en la repetida cláusula a las controversias que surjan o en conexión (*arising out of or in connection*) con el conocimiento de embarque no se refiere únicamente a las que tengan su origen en la aplicación o interpretación del mentado documento; así podría ser si la referencia fuera únicamente a las diferencias “que surjan” del mismo. Pero la expresión “o en conexión” es más amplia y debe considerarse que comprende a toda controversia, litigio o diferencia que se provoque en el ámbito del transporte contratado.
- iv) El AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017 confirmó una declinatoria de jurisdicción en favor de los tribunales de Londres, en virtud de la cláusula de jurisdicción y de ley aplicable incluida en un conocimiento de embarque que documentaba el transporte de cuatro contenedores en cuyo interior se cargó la mercancía comprada hasta el puerto de Vigo. Con referencia expresa a la jurisprudencia del TJ en aplicación del sistema Bruselas I, reconoció que el problema planteado no resulta novedoso y que en relación con la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque a terceros que no fueron parte en el contrato original entre el cargador y el porteador marítimo, “hemos entendido como indiscutible que la cláusula por la que se defiere la jurisdicción a los tribunales de otro Estado pueda ser opuesta por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte, en particular al destinatario final de las mercancías, aunque éste no estampara su firma en el documento contractual” (...). Coherente con este razonamiento la Audiencia resolvió el caso aplicando el art. 25 RB I, que desplaza a la norma interna, rechazando los argumentos que razonaban sobre la base del art. 468 LNM¹⁴⁷.

¹⁴⁴ JUR 2017/41722.

¹⁴⁵ Roj: AAP V 1811/2017 – ECLI: ES:APV:2017:1811A.

¹⁴⁶ JUR 2018/26095.

¹⁴⁷ AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017: “En relación con la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque a terceros que no fueron parte en el contrato original entre el cargador y el porteador marítimo, hemos entendido como indiscutible que la cláusula por la que se defiere la jurisdicción a los tribunales de otro Estado puede ser opuesta por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte, en particular al destinatario final de las mercancías, aunque éste no estampara su firma” (Roj: AAP PO 3336/2017 – ECLI: ES:APPO:2017:3336A).

- v) El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección Sexta, de 11 septiembre 2017, desestimó una declinatoria por falta de competencia internacional de tal modo que, negando competencia internacional a los Juzgados y Tribunales de Londres, procedió a estimar como competentes internacionalmente a los Juzgados y Tribunales de España. El Juzgado, tras referirse art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 y al art. 25 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 afirmó que “tanto el documento de reserva de espacio en buque como el conocimiento del embarque pretenden someter al tribunal de Londres los litigios que el perjudicado pueda tener frente al transportista; y es hecho pacífico que la mercantil española demandada no ostenta dicha cualidad en cuanto actuó de simple transitaria en el puerto de Valencia (...). Ahora bien, como quiera que en el presente caso tanto los operarios del puerto que debían cumplir las órdenes de la demandada, como la propia mercantil demandada, la transportista terrestre y la demandante, ostentaban la nacionalidad española y los hechos acaecieron dentro de las recíprocas obligaciones nacidas de un contrato de servicio de tránsito en territorio español [—donde finalizaba al cargar las mercancías a buque—] debía excluirse “la presencia de un relevante elemento de extranjería que justifique la aplicación de una cláusula de sumisión dispuesta para un sujeto pasivo o demandado distinto y por hechos producidos por dos actividades concretas [—reserva de espacio y transporte marítimo—]; siendo ajenos a ello los hechos invocados”¹⁴⁸.

V. Ámbito de los convenios de arbitraje

1. El arbitraje marítimo entre la dependencia y la especialización

35. El recurso al arbitraje para la solución de los conflictos siempre ha sido una constante en las operaciones relacionadas con la navegación por lo que, siendo históricamente la forma más antigua de arbitraje institucional, puede considerarse consustancial el Derecho marítimo¹⁴⁹, hasta el punto de que alguna legislación lo impone con carácter obligatorio¹⁵⁰. Ostensiblemente en su dimensión internacional constituye el gran protagonista en este tipo de controversias dando lugar a una importante nota de especialización¹⁵¹, aunque discutida en orden a su contenido¹⁵², como discutido es el matrimonio 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 origen¹⁵³, a una estricta y minuciosa reglamentación de contenido obligatorio¹⁵⁴; y a ello también contribuye la repercusión en el

¹⁴⁸ Roj: AJM M 94/2017 – ECLI: ES:JMM:2017:94A.

¹⁴⁹ Vid. R. JAMBU-MERLIN, “L’arbitrage maritime”, *Mélanges Rodière*, París, Dalloz, 1981, pp. 401 ss.

¹⁵⁰ El art. 1203 del CCom chileno establece “El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje”. Dicho precepto establece una regla de competencia absoluta en atención a la naturaleza del asunto o materia objeto del litigio, que, de manera que se entiende de orden público. Siendo de esta forma, el Tribunal ordinario se encuentra facultado para declarar de oficio la incompetencia en cualquier estado del juicio”. Corte de Apelaciones de Concepción, Causa Rol N° 905/2011, 16 diciembre 2011. Vid. M.F. VÁSQUEZ PALMA, “Contratación en el Comercio Marítimo y revisión del ámbito de aplicación del Art. 1203 del Código de Comercio. Un necesario ejercicio de disección”, *El Mercurio Legal*, 4 agosto 2017.

¹⁵¹ F. MARELLA, “Unity and Diversity in International Arbitration: the Case of Maritime Arbitration”, *The American University International Law Review*, vol. 20, nº 5, 2006, pp. 1055–1100, esp. p. 1086; *id.*, “Unità e diversità dell’arbitrato internazionale: l’arbitrato marittimo”, *Il diritto marittimo*, vol. 107, nº 3, 2006, pp. 787–832. Vid. R. JAMBU-MERLIN, “L’arbitrage maritime”, *Etudes offertes à René Rodière*, París, 1981, pp. 401–408; Ch. JARROSSON, “La spécificité de l’arbitrage maritime international”, *Il Diritto marittimo*, vol. 106, nº 2, 2004, pp. 444 ss; C. ESPLUGUES MOTA, *Arbitraje marítimo internacional*, Madrid, 2007.

¹⁵² J.M. ALCÁNTARA, “El arbitraje marítimo en España hoy”, *Boletín Informativo de la Asociación ANAVE*, diciembre 2015, pp. 16–19, esp. p. 16.

¹⁵³ M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milán, Giuffrè, 1976; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2004.

¹⁵⁴ G.W. PAULSEN, “Historical Overview of the Development of Uniformity in International Maritime Law”, *Tulane L. Rev.*, vol. 57, 1983, pp. 1065 ss, esp. p. 1078. Vid. I. ARROYO, “El Derecho marítimo. Derecho especial o Derecho de la especialización”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIII, 1996, pp. 17 ss.

mundo del arbitraje marítimo de la sustancial evolución del arbitraje comercial internacional en su globalidad¹⁵⁵. Es obvio que el arbitraje marítimo es el resultado de una decidida labor de ciertas entidades especializadas en este sector, que ha elaborado sus propias reglas de procedimiento y, con frecuencia, sus propias listas de árbitros.

Con todo, junto a la existencia de un lenguaje específico, es fácil advertir ciertas especificidades en el arbitraje marítimo¹⁵⁶. 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 operadores sólidamente integrados en la industria marítima dando lugar a una apreciable especificidad 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, cuando un buque navega en alta mar, está 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 mantener sus relaciones contractuales. Por eso, junto con la experiencia de los árbitros, la celeridad en la resolución del conflicto y la confidencialidad inherentes al arbitraje, y a la facilidad de circulación transfronterizas de los laudos propiciada por la Convención de Nueva York de 1958, este mecanismo se ha impuesto a los sistemas que ofrecen las jurisdicciones estatales¹⁵⁷ discurriendo dentro de un importante componente autorregulador¹⁵⁸.

36. 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, han de añadirse los inmensos avances realizados y en trance de realización en ingeniería, tecnología y comunicaciones, que han llevado a la aparición de innumerables prácticas comerciales nuevas, entendimientos comunes y usos dentro de los cuales los productos son transportados por mar a través del mundo ofrecen amplias cotas de conflictividad.

En este sector es habitual recurrir al arbitraje para resolver controversias derivadas de los contratos de utilización de buques en sus distintas modalidades, comenzando por las distintas modalidades del transporte como el contrato de fletamento por viaje (*Voyage Charter*)¹⁵⁹, el contrato de arrendamiento de buques¹⁶⁰ y, por supuesto, del 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 también diferencias derivadas de operaciones de asistencia y salvamento, abordajes, entre otros. 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 histórica-

¹⁵⁵ Como pusiera de relieve W. TETLEY “*Although it may seem strange that maritime law, arbitration law and conflict of laws have been joined together in this brief essay on the ius commune in the twentieth century, many common themes and principles link the three subjects together*” (“The General Maritime Law – The New Lex Maritima (With a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)”, *Syracuse J. Int'l. L. & Com.*, vol. 20, 1994, pp. 105–145, esp. p. 107).

¹⁵⁶ Con una impresionante aportación bibliográfica *vid.* A. LA MATTINA, “L’arbitrato marittimo internazionale”, *Riv. arb.*, vol. XXIV, nº 1, 2014, pp. 19–52.

¹⁵⁷ R. CORTAZZO, Jr., “Development and Trends of the Lex Maritima from International Arbitration Jurisprudence”, *J. Mar. L. & Com.*, vol. 43, 2012, pp. 255–277, esp. p. 257

¹⁵⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, pp. 40 ss.

¹⁵⁹ La Ley de Navegación Marítima de 2014 define genéricamente al contrato de fletamento o de transporte marítimo de mercancías como aquél en virtud del cual un porteador, a cambio de un flete, se obliga frente al fletador o al cargador a transportar mercancías por mar y a entregarlas al destinatario en el lugar convenido (art. 203)

¹⁶⁰ El contrato de arrendamiento del buque es aquél en virtud del cual el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto y por un período de tiempo, a entregar un determinado buque al arrendatario para que éste lo use conforme a lo acordado o, en su defecto, según su naturaleza y características (art. 188 LNM).

mente más frecuente en las controversias derivadas de contratos de fletamento o de abordajes, en tanto que el empleo del de arbitraje institucional es más frecuente en contratos de construcción naval y en los supuestos de salvamento¹⁶¹.

Debido a la cohesión de la industria marítima, esta modalidad arbitral se caracteriza principalmente por su flexibilidad. De hecho, las partes tienen una mayor libertad de acción que en el arbitraje comercial clásico. Ahora bien, la incidencia del arbitraje 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 marítimo¹⁶².

Se refuerzan en este sector las eventuales ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria los tópicos habituales¹⁶³, poniéndose el acento en la velocidad del procedimiento y en la experiencia de los árbitros¹⁶⁴. Esta última destaca sobre las otras esgrimiéndose la necesidad de conocimientos técnicos especializados. La especialización de los árbitros, en efecto, se hace particularmente necesaria 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.

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 puntos del contrato. Así acontece, por ejemplo, en un 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/o por una sede, aparentemente neutrales, como evidencia el arbitraje desarrollado en tales plazas¹⁶⁵.

2. Generalización de las ofertas

37. Por lo general 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 compromisoria 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 formal¹⁶⁶. El art. 7.2º *in fine* LMU (redacción de 1985) y las numerosas legislaciones que se inspiran en este instrumento¹⁶⁷ confirma la admisión de la denominada cláusula arbitral por referencia, siempre que se cumplan determinados requisitos for-

¹⁶¹ F. BERLINGIERI, "International Maritime Arbitration", *J. Mar. L. & Com.*, vol. 10, 1979, pp. 199–247, esp. p. 201.

¹⁶² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 58–60 y 78–79

¹⁶³ Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París, 1999, pp. 381–395.

¹⁶⁴ G. BURTON, "Arbitration and Expedited Court Procedures in Commercial Disputes", *Corporate Dispute Magazine*, Jan–Mar 2016, pp. 40 ss.

¹⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", *Lima Arbitration. Revista del Circulo Peruano de Arbitraje*, 2007, (2). pp. 25–62, esp. p. 31 E.M. RODRÍGUEZ GAYÁN, "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XII, 1996, p.18.

¹⁶⁶ X. BOUCOZZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1998, pp. 495–516.

¹⁶⁷ En España, art. 9.2º Ley Arbitraje de 2003: "Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato".

males, 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.

38. 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 estatal 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 posterior¹⁶⁸. 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*”¹⁶⁹.

La práctica es muy variada y está suficientemente estudiada¹⁷⁰, 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 I¹⁷¹.

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 incor-

¹⁶⁸ E. RIGHETTI, “La validità della clausola arbitrale nelle polizze di carico”, *Riv. arb.*, vol. 24, n° 3, 2014, pp. 505–519.

¹⁶⁹ *Court of Appeal (UK), Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co (The Varenna)* [1984] 1 QB 599 (CA), pp. 615–616. Sin apartarse de la tendencia especializada en la interpretación de esta materia dentro del Derecho inglés de los contratos, esta decisión entendió que en el caso concreto no era correcta la inserción de la cláusula de arbitraje en el conocimiento de embarque.

¹⁷⁰ L. GERSPACHER, “The Ambiguous Incorporation of Charterparties into Bills of Lading under English Law: A Case of too Many Cooks?”, *J. Int’l Maritime L.*, 2006, n° 12, pp. 192–204. *Vid.* con carácter general S. JAI, *Incorporation of Arbitration Clauses under a Charterparty and a Bill of Lading: English and Chinese Law Perspectives*, Faculty of Law, Kund University, 2013, “<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3808398&fileId=3808400>”.

¹⁷¹ 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). Cabe agregar aquí la posición fijada por la STJ, Gran Sala, 10 febrero 2009 (asunto C-185/07: *West Tankers*)

porar 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 insatisfactoria¹⁷².

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 sector¹⁷³.

39. 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 contrato¹⁷⁴. 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 conflictividad¹⁷⁵.

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 arbitraje¹⁷⁶; 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 travesía¹⁷⁷. Las cláusulas de arbitraje que estamos examinando hacen

¹⁷² *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)] (<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c926add7b049347efeda>) y *Southwestern Sugar & Molasses Co v Eliza Jane Nicholson* [126 F. Supp. 666 (S.D.N.Y.1954)] (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/126/666/1625008/>)).

¹⁷³ B. MAKINS, "Uniformity of the Law of the Carriage of Goods by Sea in the 1990s: The Hamburg Rules – a Casualty", *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, vol. 8, 1991, pp. 34–47 (<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/ANZMarLawJl/1991/4.pdf>); W. TETLEY, "Uniformity of International Private Maritime Law—The Pros, Cons, and Alternatives to International Conventions—How to Adopt an International Convention", *Tulane Maritime L.J.*, n° 24, 1999–2000, pp. 775–856

¹⁷⁴ P. BONASSIES y C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 806, n° 1166; Th. CLAY, "L'arbitrage en droit des affaires", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2008; A. JOB, "Arbitrage maritime, dérives et perspectives", *Drot maritime français*, n° 711, 2010, p. 95; M. ÖZDEL, "Enforcement of arbitration clauses in bills of lading: where are we now?", *J. Int'l Arb.*, vol. 3, n° 2, 2016, pp. 151–169.

¹⁷⁵ En la jurisprudencia española: STS 1ª 3 julio 2003 (E. VERDERA, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, J.M. BENEYTO y G. STAMPA, *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson, Reuters, Aranzadi, 2013 –en adelante *JEA*–, n° 307; AAP Tarragona 3ª 23 octubre 2004, *JEA*, n° 308; STS 1ª 16 mayo 2008, *JEA*, n° 353; TOL1.324.501; ATSJ Cataluña CP 1ª 15 marzo 2012, *JEA*, n° 265.

¹⁷⁶ Por ejemplo, en contratos de fletamento es habitual la póliza "GENCON", que contiene, en lugar de una cláusula arbitral en sentido clásico, una cláusula de arbitraje *sui generis* con sometimiento a la ley inglesa.

¹⁷⁷ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 69-0. *Vid.*, asimis-

referencia 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* arbitral¹⁷⁸. 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 1963¹⁷⁹. 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)*¹⁸⁰.

España no podía quedar al margen de esta tendencia admitiendo la jurisprudencia del TS 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”¹⁸¹.

40. Existen multitud de cláusulas a disposición de los operadores marítimos, que se someten a diversos reglamentos que son 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 que, en función del 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 costosos dictámenes elaborados por expertos jurídicos.

3. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques

41. 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

mo, S.M. CARBONE, P. CELLE y M. LÓPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo. Attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Turín, Giappichelli, 2015.

¹⁷⁸ P.N. TASSIOS, “Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York”, *J. Int'l Arb.*, vol. 21, nº 4, 2004, pp. 355–365.

¹⁷⁹ <http://www.smany.org/>.

¹⁸⁰ *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. / M/V Sky Reefer*, 29 F.3d 727; 115 S.Ct. 571. Hasta entonces todavía se barajaban en este país argumentos en contra y a favor de la validez de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque.

¹⁸¹ ATS 28 marzo 2000 (RJ 2000, 2964) y 26 febrero 2002 (PROV 2002, 62463); ATSJ Cataluña CP 1ª 15 marzo 2012: “Los eventuales defectos del convenio debieron ser opuestos en el marco del procedimiento arbitral toda vez que no nos hallamos ante relaciones jurídicas entre un consumidor y un empresario que podría justificar una actuación de oficio en la medida en que fuesen contrarias a las normas nacionales de orden público sino en el caso de contratación entre empresarios del mismo sector marítimo, en el cual la nulidad quedara condicionada a los elementos de hecho y de Derecho aplicables, sin olvidar que la jurisprudencia del TS ha admitido 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” (RJ\2012\6120) y ATSJ Cataluña CP 1ª 29 marzo 2012 (RJ 2012\6128).

su cuenta el transporte. La 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 al 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 de fletamento 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.

42. 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 generalizado¹⁸² 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.

El examen de las cláusulas de arbitraje incluidas en un contrato de transporte marítimo no puede escapar a las especificidades de la ley de transporte marítimo y las disposiciones de los convenios marítimos internacionales. Además, el enfoque del sujeto por el método comparativo nos permitirá descubrir, a través de las soluciones concretas finalmente conservadas en los tres sistemas jurídicos en cuestión, que el efecto legal de la cláusula compromisoria está directamente relacionado con la posición contractual de estos operadores. 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 forma-

¹⁸² UNCTAD: “Pólizas de fletamento: análisis comparado”, TD/B/C.4/ISL/55, 27 julio 1990, “http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/c4isl55_es.pdf”, n.ºs 319 a324.

lización del contrato, se obliga a una cláusula compromisoria 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.

43. 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 emitiéndose con posterioridad el conocimiento de embarque en virtud de la citada póliza¹⁸³. Este 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 tribunal¹⁸⁴. 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 arbitraje¹⁸⁵.

Con carácter complementario, dentro de la jurisprudencia francesa, debe destacarse, el asunto *SOERNI c. ASB* que puso el acento en la intención de las partes y las circunstancias particulares del caso¹⁸⁶.

¹⁸³ Según el ATS 1ª 28 marzo 2000: “conforme es habitual en las relaciones de comercio marítimo, se remite al modelo de póliza de fletamento tipo asbatank, el cual incorpora a su articulado una cláusula de sumisión a arbitraje; y, el segundo, de fecha 28 junio del mismo año, confirmando a su principal los términos del contrato de fletamento perfeccionado, hay también mención expresa del modelo de póliza de fletamento tipo asbatank. Este conjunto de comunicaciones es prueba evidente de la concurrente voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que surgieran en el desarrollo y ejecución del contrato de fletamento convenido (...), entre cuyas condiciones se incluía la cláusula de sumisión a arbitraje, y, por ello, sirve para tener por cumplido el presupuesto exigido por el art. IV.1º.b) del Convenio (de Nueva York de 1958)” (*JEA*, nº 1252). *Vid.*, en una dirección similar ATS 1ª 26 febrero 2002, *JEA*, nº 1266)

¹⁸⁴ *Arbitration and Disp. Res. L. J.*, Parte 4, diciembre de 1992, p. 240.

¹⁸⁵ Caso Clout 45, “http://www.uncitral.org/clout/clout/data/hkg/clout_case_43_leg-1239.html”.

¹⁸⁶ Sentencia de la *Cour de cassation* de 8 julio 2000 (*Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)*): “l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux «règles d'arbitrage du connaissance CLS», a été signée, pour la société Soerni, par M. Y..., seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissaire” (“https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/956_8_13204.html”)

44. 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 el 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, el 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 día¹⁸⁷, pero este proceder es especialmente significativo en el ámbito de la contratación marítima internacional¹⁸⁸. 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 1994, junto con la revisión del formulario de fletamento estándar GENCON¹⁸⁹.

45. 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 habituales¹⁹⁰. 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 arbitral¹⁹¹. 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 internacional¹⁹².

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.

Para este particular sector la entidades como la CCI o el Comité Marítimo Internacional (CMI) han redactado un conjunto de reglas para el arbitraje marítimo preparadas por expertos de ambas entidades que fueron aprobadas en 1978. El reglamento resultante abarca una gran variedad de supuestos del tráfico marítimo susceptibles de producir controversias: 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 embarcaciones¹⁹³. La administración de los casos sometidos al Reglamento de

¹⁸⁷ Puede realizarse una consulta de muchas de ellas en www.gama.org y en el completo elenco contractual que ofrece www.businessinbox.com.

¹⁸⁸ Aunque diferido en el tiempo son de utilidad para contrastar con la práctica actual los trabajos de J.M. DELEUZE, “La redaction des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux internationaux”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 83–102; Ch. DEL MARMOL, “Rédaction d’une clause d’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 282–296.

¹⁸⁹ M. GOLDBY, “Incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments”, *Denning L.J.*, vol. 19, 2007, 2007, pp. 171–180.

¹⁹⁰ J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “El arbitraje marítimo en España hoy”, *anave.es*, diciembre, 2015.

¹⁹¹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Arbitraje marítimo y criterios de selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector del transporte”, *Revista de la Corte Española de ArbitrajeCEA*, vol. XIII, 1997, p. 66.

¹⁹² J.M. ALCÁNTARA, “La nueva Ley inglesa de Arbitraje de 1996 y el arbitraje marítimo”, *Diario La Ley*, 29 agosto 1997, p. 4.

¹⁹³ “<http://132.204.136.33/doc/html/reg/en/2003/2003jiregen16.html>”.

Arbitraje CCI/CMI se confía a una entidad común para las dos instituciones: la Organización Marítima Internacional (IMAO).

4. Práctica española a partir de la Ley de Navegación Marítima

46. A la línea jurisprudencial española en relación con la sumisión a tribunales extranjeros¹⁹⁴ se une a otra relativa a los efectos de la sumisión a arbitraje en la contratación marítima internacional. Esta línea paralela muestra el alejamiento de los principios de formalismo estricto y su orientación hacia la búsqueda de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Precisamente en vez de detenerse en los aspectos formales, *v.gr.* la inexistencia de firma, la verificación la autonomía de la voluntad de las partes para sentar la ineficacia del convenio arbitral, la tendencia apunta a una superación del argumento formal. Esta tendencia favorable, que ha quedado seriamente alterada tras la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima de 2014¹⁹⁵, pudo apreciarse tanto en sede de declinatoria arbitral y como en sede de ejecución de laudos arbitrales extranjeros:

- i) Al igual que señalábamos en relación con las cláusulas atributivas de jurisdicción, las reservas frente a las cláusulas de sumisión por suponer una “mayor libertad contractual del fletante”, han cedido “hacia de una línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto de problema de aplicación de las Reglas de La Haya, e incluso la confirmación de esta tendencia en las todavía inaplicables Reglas de Hamburgo”¹⁹⁶. El supuesto típico de la declinatoria arbitral en este ámbito deriva de contratos de fletamento que incorporan una cláusula de arbitraje que es ignorada con la presentación de la demanda ante los tribunales españoles. La cuestión estriba entonces de determinar la validez o eficacia del convenio arbitral que es resuelta mayoritariamente en favor de la declinatoria, salvo alguna excepción basada en la Ley de arbitraje de 1988¹⁹⁷. Mayoritariamente la jurisprudencia de estos años consideró que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no era tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca éstas de someter sus controversias a arbitraje¹⁹⁸, defendiendo la validez del convenio arbitral por cuanto no se ha probado la falta de consentimiento¹⁹⁹, reiterando la clara voluntad de la parte demandada de no renunciar a un arbitraje previsto en un contrato de fletamento por tiempo pactado entre los litigantes, aunque sin hacer especial referencia al contenido de la voluntad de las partes en su elaboración²⁰⁰ o apreciando la validez del convenio arbitral pactado en el contrato de fletamento por coincidir con el estipulado en el acuerdo de salvamento concertado entre el capitán del buque y la empresa de salvamento²⁰¹. A ello hay que añadir que en el transporte internacional de mercancías se produce con frecuencia la vinculación al pacto de sumisión de las compañías aseguradoras que se han subrogado en la posición de su asegurado²⁰².

¹⁹⁴ *Vid. supra*, nºs 34 ss.

¹⁹⁵ AAP Barcelona 15ª 21 diciembre 2016 (Roj: AAP B 5241/2016 – ECLI: ES:APB:2016:5241ª)

¹⁹⁶ STS 1ª 14 mayo 1992, EDJ 1992/4762.

¹⁹⁷ STS 1ª 29 noviembre 2002 consideró que no se había acreditado suficientemente que la cláusula arbitral, en un supuesto de avería gruesa, formalizase un compromiso arbitral suficiente y expresivo, y con clara sumisión a determinada Ley, en aplicación del art. 61 de la Ley de Arbitraje de 1988 que hacía referencia a que la Ley expresamente designada por las partes debía tener “alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia”, lo que no concurría en el caso examinado (RJ 2002\10403. LA LEY JURIS: 11397/2003).

¹⁹⁸ STS 1ª 6 febrero 2003: “Lo cierto y verdad es que en toda la documentación de los contratos entre la porteadora y las empresas españolas aparece la cláusula de arbitraje en Londres y aplicación de la ley inglesa, siendo significativa su constancia no sólo en los conocimientos de embarque del cargamentos de ambos buques (...) sino también en las “notas de cierre” previas entre la porteadora y las dos empresas españolas (...), por lo que no cabe poner en duda la voluntad inequívoca de las partes contratantes de someter sus controversias a arbitraje en Londres con aplicación de la ley inglesa (LA LEY JURIS: 1093/2003; TOL253.543).

¹⁹⁹ STS 1ª 9 mayo 2003 (LA LEY JURIS: 1391334/2003; TOL274.471).

²⁰⁰ SAP Pontevedra 2ª 23 mayo 2002 (LA LEY JURIS: 1216341/2002)

²⁰¹ STSJ Galicia CA 1ª 16 octubre 2002 (RJCA 2003\677, AEDIPr 2004–11 y nota de E.M. GAYÁN RODRÍGUEZ).

²⁰² STS 1ª 3 julio 2003: “por estar contenida la cláusula arbitral en un contrato de fletamento y también en el contra-to de

- ii) El marco del *execuátur* también apunta hacia esta dirección antiformalista, resultando obligada la referencia a la doctrina sentada por el ATS 1ª 31 julio 2000 en un supuesto de reconocimiento en España de un laudo arbitral pronunciado en el extranjero en un litigio derivado de una Póliza de fletamento “modalidad Gencon” consideró la existencia de un convenio de arbitraje porque la solicitante del *execuátur* había aportado “un conjunto de comunicaciones por teleimpresor o telefax que, a juicio de esta Sala, y tras su minucioso examen, satisfacen razonablemente la exigencia del art. IV.1º.b) del Convenio (de Nueva York de 1958), pues permiten inferir con un grado de certeza suficiente que fue voluntad de las partes en litigio someter las disputas surgidas en el desenvolvimiento del contrato de fletamento celebrado entre ellas al juicio y decisión de árbitros”²⁰³. En la misma línea el ATS 1ª 26 febrero 2002 declaró improcedente, en trámite de oposición al *execuátur* de un laudo extranjero, la alegación de inexistencia de pacto arbitral por estar incluida la cláusula de arbitraje en una póliza de fletamento que no aparecía firmada. Para el TS en la aplicación del art. IV.1º b) del Convenio de Nueva York de 1958 el juzgador ha de orientar su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial, debiéndose considerarse satisfecho el requisito del referido precepto “en la medida en que se han aportado con la demanda de *execuátur* documentos de los que razonablemente cabe inferir la voluntad concorde de las partes de someter las controversias que pudieran surgir de la ejecución del contrato de fletamento a la decisión arbitral”²⁰⁴.

seguro marítimo” (LA LEY JURIS: 2609/2003, AEDIPr 2005–12 y nota de E. SIERRA NOGUERO); AAP Tarragona 3ª 23 octubre 2004 (AEDIPr 2005–15).

²⁰³ RJ 2000\6875.

²⁰⁴ JUR 2002\62463. *Vid.* en la misma dirección ATS 1ª 1 abril 2003: “ha de entenderse producido éste [el acuerdo] a la vista de la existencia (...) de relaciones comerciales entre las partes que se evidenciaban en la realización de actos típicos de ejecución contractual, lo que, por otra parte, no ha de suponer necesariamente la aceptación por la demandada de la sumisión a arbitraje” (JUR 2003\118425); ATS 1ª 29 abril 2003: “cabe constatar la presencia de una voluntad concorde dirigida a solucionar los conflictos derivados del cumplimiento del contrato por vía de arbitraje, voluntad que alcanza, en lo que al cumplimiento del requisito que ahora ocupa, a la mercantil actora” (JUR 2003\132244).