

JONATAN ECHEBARRÍA FERNÁNDEZ. *Jurisdiction and arbitration agreements in contracts for the carriage of goods by sea. Limitations on party autonomy.* Informa Law from Routledge, Oxon 2021, 194 pp.

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA
Abogado, Profesor de Universidad

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6325>

Investigar o escribir en el siglo XXI, y más aún mediante una monografía, sobre la autonomía de la voluntad en el ámbito del DIPr y, concretamente, sobre los acuerdos de elección de foro y arbitraje, constituye una osadía. Sobre el particular se ha dicho prácticamente todo lo que se debe decir y lo que no se ha dicho es porque no se debe, o no se puede, decir. Pero que nadie se rasgue las vestiduras con esta caracterización introductoria. Es cierto que, en ocasiones, la osadía tiene un perfil negativo y reprochable relacionado con la falta de respeto, imprudencia o temeridad de aquel a quien se le atribuye, pero, también, ofrece una vertiente positiva que nos sugiere comportamientos audaces y valientes. En esta última vertiente es donde hay que situar la decisión del profesor de la City University de Londres, Jonatan Echebarría Fernández, de elaborar y publicar la monografía que ahora analizamos.

Su osadía está, por lo demás, debidamente justificada. Por una parte, porque este trabajo parece tener su origen en la tesis doctoral del autor. Decimos que “parece tener” porque el propio autor no lo indica en sus “Agradecimientos” (pp. xi-xii) ni en ninguna otra parte de su obra, pero lo deducimos de las palabras de uno de los prologuistas de la monografía, el profesor Erik Røsæg, cuando indica que conoció el libro en su “PhD phase” (p. ix). Si es así, bienvenido sea el trabajo, porque, en los tiempos que corren, cualquier osadía en la realización una tesis doctoral es poca. Por otra parte, la decisión del profesor Echebarría está justificada porque su obra pone el foco de atención en un sector específico, y suficientemente distintivo, de análisis: los contratos de transporte (en sentido

amplio) marítimo de mercancías. Como no puede ser de otro modo, la obra bebe de muchas fuentes generales de análisis procedentes del DIPr., pero es, indudablemente, una obra propia del Derecho marítimo. Y en este sector nunca viene mal un poco de savia nueva. El trabajo, además, está escrito en inglés por un compatriota que ejerce su labor docente en el extranjero (esto sí que es un acto de valentía encomiable) y, en concreto, en el Reino Unido, donde se siguen encontrando todas las claves de bóveda del sistema marítimo en su dimensión jurídica. Finalmente, la audacia del autor se demuestra por la utilización del Derecho español como uno de los referentes del análisis comparativo que pretende introducir en su trabajo. Es cierto que una de las reglas prudenciales del canon metodológico comparativo sugiere que se compare el ordenamiento jurídico propio (aquel, o aquellos, en los que el comparatista está debidamente cualificado) con otro u otros ordenamientos distintos. El profesor Echebarría, por tanto, ha hecho lo que debe. Pero, teniendo en cuenta que el Derecho español no es generalmente considerado como un “leading legal system”, que la monografía que analizamos, publicada en el extranjero por una editorial foránea, introduzca referencias sustanciales a nuestro Derecho es algo encomiable, con independencia de los resultados a los que esta elección conduzca (en este sentido, ya lo descubrirá el lector, me limito a apuntar que el autor no es particularmente favorable a la regulación que la Ley de Navegación Marítima ha introducido en materia de acuerdos de elección de foro y arbitraje, no siendo la suya una excepción entre nosotros).

Si el lector de mis palabras se siente persuadido por lo que acabo de señalar, seguramente tendrá la justa tentación de leer esta obra. Pero, a renglón seguido, debo realizar una advertencia, probablemente la más importante de esta recesión. El trabajo del profesor Echebarría no es para principiantes, sino para iniciados. Dicho de otro modo, si alguien quiere conocer desde cero los problemas, y las limitaciones, de los acuerdos de elección de foro y de arbitraje en el ámbito internacional, es preferible que comience con algo más sencillo. Porque el análisis que nos ofrece el profesor Echebarría es complejo. Su monografía es compleja.

No recuerdo bien dónde lo lei (y pido perdón por una citación tan poco científica), pero alguien dijo que los profesores pueden clasificarse en dos grupos. Uno, el de los facilitadores. Y otro, el de los complicadores. Los primeros son los que, en su labor docente e investigadora, hacen fácil lo difícil. Mientras que los segundos son quienes convierten en difícil hasta lo fácil. Me parece una clasificación muy adecuada, aunque simplificadora, y muchos de nosotros, sin duda, sabríamos reconocer en nuestros pares a representantes insignes de uno u otro grupo. En mi opinión, el profesor Echebarría, a la luz de la obra que ahora se analiza, no pertenece a ninguno de esos dos grupos. Quizás tendríamos que identificar un *tertium genus*, al que él pertenecería: quienes saben enfrentarse a la complejidad tal y como es, sin maquillarla ni enmascararla.

Varios son los motivos que explican la complejidad o dificultad de esta obra. Por un lado, se trata de una obra de corte muy anglosajón, o del commonlaw. No se trata sólo de que esté escrita en inglés, lo que para algunos puede resultar una dificultad (porque entre nosotros se supone el conocimiento del inglés, como el valor en el servicio militar, pero sabemos que no es siempre así), ni tampoco de que se utilice un inglés jurídico, lo que requiere de una cierta especialización terminológica, sino que está pergeñada, en una buena parte, con resortes propios del Derecho anglosajón. Ya saben, al menos los *connoisseurs*, que el Derecho anglosajón parece lo que no es y es lo que no parece. Cuidado, por tanto.

Por otro lado, la obra forma parte de la cosmología del Derecho internacional privado y no hay nada en este Derecho que no presente, en menos o sobre todo en más, un notable grado de complejidad. Decía el profesor Álvaro d'Ors, en referencia

a planes de estudio precedentes, que el alumno de Derecho comenzaba a percibir la complejidad del mundo jurídico en el primer curso de la licenciatura con el estudio del Derecho Romano y acababa coronándose en el quinto y último año de la carrera, con el Derecho Internacional Privado. Digámoslo de otro modo, de una manera castiza. Para comprender, analizar y aplicar el Derecho Internacional Privado hay que estar hecho de una pasta distinta. Y ésta es la pasta de la que está hecho el profesor Echebarría, al atreverse a lidiar con las complejidades propias de la competencia judicial internacional y, en menor medida (porque ofrece menos dificultades), del arbitraje internacional.

Finalmente, no hay que olvidar que, como hemos anunciado, esta es una obra de Derecho Marítimo, una disciplina que cuenta con sus principios, normas, conceptos y términos propios y característicos, que, por regla general, son ajenos, y difícilmente comprensibles para los juristas de otros sectores. Es cierto que el lector de la monografía del profesor Echebarría percibirá que, aunque en efecto el motivo marítimo permea todo el trabajo, de principio a fin, los aspectos internacionalius-privatistas son los prevalentes, pero esta impresión no debe llevar a minusvalorar la necesaria capacidad de comprensión del mundo jurídicomarítimo por parte del destinatario de la obra. Es una simple advertencia.

Audacia y complejidad son, por tanto, las dos señas más características de este trabajo, que, no en vano, viene avalado no por uno sino por dos prólogos firmados por académicos que gozan de la más alta consideración en sus respectivas áreas de conocimiento. Por un lado, el ya mencionado Erik Røsæg, profesor del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Oslo, que es una referencia nórdica insoslayable en el ámbito del Derecho marítimo. Y, por otro lado, los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Catedráticos de Derecho Internacional Privado en las Universidades Carlos III de Madrid y Murcia, respectivamente, que son, sin cuestionamiento, dos auténticos maestros en su materia, no sólo dentro de nuestro país sino mucho más allá de nuestras fronteras. Aconsejo, por tanto, la lectura de ambos prólogos. Son breves, pero representan y resumen las dos caras de la obra del profesor Echebarría. Por un lado, la maritimista. Y, por otro lado, la iusinternacionalprivatista. Y, además, ambos prólogos ofrecen claves sutiles y

sencillas para entender mejor la obra en la que se insertan. El profesor Røsæg, por un lado, apunta al conflicto entre lo bueno y lo perfecto en la resolución de problemas como los que plantea la obra que ahora analizamos, para trasladarnos, en suma, un enfoque moderadamente optimista del idealismo que nutre el trabajo del profesor Echebarría. Y las reflexiones de los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa nos sirven para arrojar luz sobre otros modos de entender el sentido final de las reflexiones que se recogen en la monografía.

El libro del profesor Echebarría impresiona por su voluminoso aparato de fuentes, tanto las bibliográficas como las jurisprudenciales, además de las normativas. El autor ha hecho un esfuerzo encomiable, que debe ser justamente valorado. El listado de jurisprudencia (“Table of Cases”) se extiende a lo largo de diez páginas (pp. xvi-xxv), donde se encuentran decisiones del TJEU y de tribunales de distintos ordenamientos nacionales, incluido el español, pero con una abrumadora presencia de decisiones de los tribunales ingleses. Además, muchas de estas decisiones no son meramente citadas en el trabajo, sino que son debidamente analizadas por el autor en su texto. Las referencias bibliográficas, por otro lado, también son dignas de mención (pp.169-184) y ponen de manifiesto la disciplina, coherencia y exigencia de la investigación desarrollada por el profesor Echebarría. El hecho de que esta monografía esté tan sólidamente apuntalada no es sólo una garantía académica, sino que constituye una excusa para que el lector realice una aproximación personal y valorativa a los materiales utilizados. En el caso, en particular, de las decisiones inglesas, leerlas, además de ser por lo general un placer intelectual, constituye una forma especial de entender que hay otras formas de hacer Derecho. Me permito recomendarle al lector, por tanto, que, cuando estudie la monografía del profesor Echebarría, busque por su cuenta las sentencias en texto completo (al menos las más importantes), las lea con detenimiento e intente situarse en el nivel de análisis que la monografía propone.

Centrémonos ahora en la estructura y contenido(-s) del trabajo

La obra se organiza en siete capítulos, lo que puede parecer excesivo para un texto de apenas ciento sesenta y ocho páginas, si bien tiene un

cierto sentido, como indicaremos a continuación, dada su gestación. Los capítulos primero y séptimo abren y cierran la investigación con una introducción y las conclusiones, respectivamente. Son, por así decirlo, un anuncio de lo que viene y una recogida o aprovechamiento de la cosecha. Los demás capítulos constituyen el verdadero corazón del trabajo. En el capítulo segundo se ofrece un análisis de los acuerdos de elección de foro y arbitraje a la luz de su regulación en los principales instrumentos normativos sobre competencia judicial internacional, arbitraje y contratos de transporte marítimo de mercancías. En el capítulo tercero se aborda el problema de la incorporación al conocimiento de embarque de los acuerdos de elección de foro y arbitraje contenidos en pólizas de fletamento. En el capítulo cuarto se estudian las llamadas “*antisuit injunctions*” en el marco de su interrelación con los referidos acuerdos. En el quinto, se plantea el alcance de la autonomía de la voluntad procesal en situaciones de embargo preventivo de un buque. Y, por último, en el capítulo sexto se describen los límites a esa autonomía que pueden venir impuestos por las normas imperativas, las leyes de policía y el orden público internacional.

No hay que ser muy perspicaz para darse cuenta de que cada uno de los (sub-) temas que se analizan en los cinco capítulos cardinales del libro podría ser (o haber sido) objeto de una monografía o estudio por separado (aunque sea breve). Y ésta es una clave significativa para entender el propósito de la monografía. No estamos ante una investigación sobre un único tema monolítico que se va mostrando progresivamente en el texto final con un inicio, un desarrollo y un desenlace, sino ante un análisis de distintas situaciones, perfectamente diferenciables y separables la una de la otra, que están vinculadas entre sí por el grado de afectación, o de limitación, que cada una de ellas experimenta en el plano de la eficacia del principio de autonomía de la voluntad de las partes expresada en acuerdos de elección de foro o arbitraje en contratos marítimos. Es ésta una opción legítima y razonable y que, como nos sugiere el prologo del profesor Røsæg, pudo tener su origen en el diseño inicial (o sobrevenido) de la investigación. Ahí se hace referencia específicamente a las “*four research questions of the current work*”, aunque el autor de la monografía no las menciona en su obra (o, al menos, nosotros no hemos sabido identificarlas como tales). Hay que agradecer,

en todo caso, al profesor Echebarría que nos haya liberado del mantra ominoso de la “research question”, que desde hace unos años nos viene impuesto por unos pedagogos oficiales que, ajenos al mundo del Derecho, pretenden que convirtamos nuestra disciplina en una ciencia más (cuando el Derecho no es necesariamente una ciencia) y nos indican burocrática e imperativamente, bajo sanción de ostracismo en caso de hacerlo de otro modo, cómo debemos aprender, enseñar, investigar y aplicar el Derecho.

El carácter de puzzle intelectual de esta obra, en el que sus distintas piezas encajan en su diseño final, también se advierte en el hecho de que, además del capítulo final de conclusiones del trabajo (capítulo 7), todos los demás capítulos precedentes, desde el primero al sexto, también finalizan con un breve apartado de conclusiones. El autor conscientemente ha optado por no llevar todas esas conclusiones en su detalle al capítulo final sino repartirlas en cada uno de los capítulos. Probablemente, y ésta es una opinión personal, un capítulo introductorio no merita ser concluido. Y, por otro lado, si se ofrecen conclusiones en todos los capítulos, ¿qué queda para el capítulo final, que parecería estar precisamente destinado a concluir el trabajo? Prefiero que sea el lector quien responda por su cuenta a estas dudas, pero me permito sugerir que, en realidad, el capítulo de conclusiones cumple dos funciones. Una, la de resumir con otras palabras las conclusiones parciales obtenidas a lo largo del trabajo, por lo que se trataría *de facto* de un capítulo que recoge conclusiones sobre las conclusiones. Y otra, más importante, la de identificar y delimitar la propuesta final del autor sobre el modo en el que, a su juicio, se deben superar las limitaciones que experimenta la autonomía de la voluntad de las partes cuando se adoptan acuerdos de elección de foro o arbitraje en los contratos de transporte marítimo de mercancías.

Nuestra reflexión precedente sobre el carácter poliédrico de la obra del profesor Echebarría no debe ser entendida, en todo caso, como una crítica. Al contrario. El lector avezado podrá realizar una lectura conjunta del texto para advertir de modo global las limitaciones de las que nos informa y previene la monografía, o podrá, si así lo desea, dirigir su mirada sobre alguno de los temas, o aspectos particulares de cada tema, y profundizar específicamente sobre ellos. La obra, por tanto, en este sentido, tiene muchos usos. Y esto es bueno.

A nosotros nos ha resultado particularmente útil e interesante el análisis de los capítulos cuarto y quinto. Pero cada lector encontrará el suyo. Quizás el único efecto no necesariamente positivo que provoca esta configuración es el de la repetición. Si se lee la obra de principio a fin, en determinados momentos o fases de la monografía el lector tendrá la sensación de que se le están ofreciendo datos, información o reflexiones que ya se le han planteado antes, una o más veces. Reconozco que éste es un problema estructural que no siempre es fácil de resolver, pero estoy seguro de que el profesor Echebarría habrá hecho todo lo posible por minimizar sus consecuencias en su investigación.

Finalicemos nuestra reseña con unas breves reflexiones sobre la dicotomía problema/solución identificada por el autor en relación con la eficacia de las cláusulas de elección de foro y arbitraje en los contratos de transporte marítimo de mercancías. La mayor parte de la monografía se centra en el estudio del *problema*, que, no obstante su complejidad analítica, puede resumirse con mucha facilidad: sobre la realidad en la que operan dichas cláusulas se proyecta una (indeseable, a juicio del autor) diversidad de fuentes reguladoras (de producción internacional, europea y nacional), que limitan su eficacia y generan inseguridad a los operadores que las emplean (o se ven afectadas por ellas). En consecuencia, la solución para evitar la dilución del valor de aquellas cláusulas consistiría en adoptar un convenio internacional que desplazase, o anulase, la potencial aplicación de otras fuentes y diese prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes. El problema de esta solución es que, como reconoce el propio autor, y le recuerda el profesor Røsæg en su prólogo, no es una propuesta realista, sobre todo en el ámbito de la competencia judicial internacional (el arbitraje, en realidad, no es tan problemático, como se deduce de la lectura de la obra). El proceso de gestación de un convenio internacional es largo e impredecible en sus resultados y, mucho más aún, en un mundo, como el marítimo, tan controlado por intereses particularistas. Se trata, por tanto, de una propuesta abocada al fracaso. En este sentido, y por dar valor a dicha propuesta, quizás hubiese estado justificado que la obra realizase un análisis más detallado del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro. El autor menciona este Convenio en diversas ocasiones, pero lo sitúa al margen, probablemente porque su artículo 2 excluye de su ámbito de

aplicación material “*el transporte (...) de mercancías*” (letra e). Ahora bien, a nuestro juicio, la monografía hubiese ganado peso si hubiera analizado, por ejemplo, por qué se produjo la exclusión del transporte en el Convenio y, más importante aún, de qué modo podría la posición del profesor Echebarría aprovecharse de las propuestas de este convenio internacional. Tiene sentido. Si lo que se identifica como solución al problema analizado es la adopción de un convenio internacional (sobre acuerdos de elección de foro) y ya existe uno (aunque más general) sobre la materia, ¿por qué no aprovechar el esfuerzo que ya se realizó?

A la luz de lo anterior, podemos concluir que la monografía del profesor Echebarría describe y analiza con mucho detalle el problema que plantean las cláusulas de elección de foro y de arbitraje, pero se queda corto en las soluciones. Seguramente, porque el autor es consciente de que aún no existen propuestas viables. No hay que exigirle más. Lo importante es su completa y extensa descripción del problema. Y basta. En todo caso, permítasenos decir algo también acerca del problema a modo de conclusión. La obra parte de la entronización de la autonomía de la voluntad expresada en las cláusulas de elección de foro o de arbitraje sobre la base del respeto a la libertad de las partes de un contrato de transporte marítimo de mercancías para decidir

sobre cómo, y dónde, resolver sus controversias. Pero lo cierto, por un lado, es que esa libertad no siempre existe en presencia de una de las citadas cláusulas. En muchas ocasiones, se trata de cláusulas predispuestas e impuestas por una de las partes del contrato en relaciones B2B, algo a lo que el sector marítimo no es ni mucho menos ajeno. Si esto es así, ¿por qué debemos tratarlas con tanta deferencia? Por otro lado, como no podía ser de otro modo, la obra menciona con mucha frecuencia a ese virus aparentemente tan maligno llamado “forum-shopping”. Pero ¿acaso no son los acuerdos de elección de foro una especie de “forum-shopping”? Estos acuerdos, por definición, suponen también una “compra” del foro (supuestamente) más conveniente. Y en todo caso, ¿qué sería de los abogados y de los académicos del Derecho sin la existencia del “forum-shopping”? Unos no podrían buscar la solución (legítima) más beneficiosa para sus clientes y otros no podrían escribir libros como los del profesor Echebarría. No demonicemos al “forum-shopping”. Saquémosle partido. Tiempos llegan en los que la inteligencia artificial, y los “smart-contracts”, nos expulsarán de este tipo de debates. Disfrutemos intelectualmente del “forum-shopping” durante el tiempo que nos esté permitido, como yo espero que el lector disfrute y se aproveche de las enseñanzas de esta obra.