

LAS CLÁUSULAS ARBITRALES MARÍTIMAS A LA LUZ DE LOS “USOS” DEL TRÁFICO COMERCIAL INTERNACIONAL

Rosario Espinosa Calabuig*

Sumario: I. USOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MARÍTIMAS. II. ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES DE REGULACIÓN: RELEVANCIA DE UNA *LEX MERCATORIA* MARÍTIMA. III. CLÁUSULAS ARBITRALES MARÍTIMAS: VALIDEZ Y EFICACIA A LA LUZ DE LOS USOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL. IV. VALORACIÓN FINAL: ENTRE LOS USOS DEL TRÁFICO MARÍTIMO INTERNACIONAL Y LOS RIESGOS DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS POSEEDORES.

I. USOS DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS MARÍTIMAS

1. La originalidad que caracteriza al Derecho marítimo y en particular al transporte marítimo de mercancías, se observa no sólo en la presencia de figuras específicas de este sector (piénsese, por ejemplo, en el fenómeno de la cláusula *paramount*¹), sino también en la especial fuerza que adquieren los usos y prácticas del tráfico comercial internacional desarrollado en el concreto entorno marítimo. No es extraño, así, que el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se haya basado en la noción de los usos y prácticas comerciales marítimas para defender en los últimos tiempos un proceso de flexibilización interpretativa de las cláusulas de foro, extrapolable en gran medida a las cláusulas arbitrales, utilizadas habitualmente para la resolución de innumerables litigios, no sólo marítimos.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universitat de València.

© Rosario Espinosa Calabuig. Todos los derechos reservados.

¹ En líneas generales la cláusula *paramount* constituye una expresión de la voluntad de las partes en el transporte marítimo internacional por la que éstas deciden incorporar en su contrato un determinado texto convencional (o una parte de éste), de los vigentes en materia de transporte marítimo, esto es, las Reglas de La Haya-Visby o Las Reglas de Hamburgo (o bien una Ley estatal que haya dado efecto a cualquiera de ellos). La cláusula *paramount* suele incluirse en el conocimiento de embarque (*bill of lading* o B/L) en cuanto expresión del contrato de transporte, o en una póliza de fletamento (*charter-party*) que incorpore los términos y condiciones de un B/L y se haya puesto en circulación. La utilidad, funciones e interpretaciones a las que se ve sometida dicha cláusula le otorgan una originalidad no comparable a otros sectores de la contratación internacional.

2. De lo que se entienda por los usos del comercio internacional parece depender la mayor o menor validez de este tipo de cláusulas incluidas en toda una tipología de documentos y/o contratos utilizados diariamente para el comercio internacional, en general, y el marítimo en particular. La interpretación de una cláusula arbitral -o de jurisdicción- presente en un B/L o en una *charter-party* (con más frecuencia en esta última, en concreto en el tráfico *tramp*), pone en tela de juicio, además, numerosos problemas que afectan a cuestiones tan variadas como la extensión y límites de la libertad contractual que con éstas se manifiesta; los requisitos necesarios para la validez formal y sustancial del acuerdo, o su eficacia frente a los contratantes originarios o frente a terceros poseedores del documento; la identidad del sujeto calificado como porteador marítimo, a efectos de asumir responsabilidades derivadas del contrato de transporte; o las consecuencias de la utilización de un documento u otro, tanto en lo que afecta a la validez de este tipo de cláusulas, como en la identificación del porteador o la calificación del contrato como transporte marítimo, entre otras...

3. En la práctica, será esencial individualizar si la cláusula, objeto de la controversia, se ha incluido en un determinado documento o en otro que incorpore los términos y condiciones -y por ende la cláusula de foro o de arbitraje- de otro distinto o si, por el contrario, la cláusula aparece en el contrato originario -de transporte o fletamento...-, pero no en ningún documento que sea expresión de tal contrato. En dicha individualización cobra importancia la figura del sujeto contra el que se invocará la cláusula de jurisdicción o la cláusula compromisoria, según se trate del sujeto contractual originario frente al porteador, esto es el cargador, o cualquier tercero que reivindique su derecho a las mercancías, pero que es totalmente ajeno a la relación contractual originaria. De igual modo, cuando se trate de una cláusula arbitral incorporada por referencia en otro documento (por ejemplo, en un B/L por referencia a la *charter-party*) o contrato será necesario valorar cómo se ha realizado dicha incorporación. Son, pues, numerosos los aspectos que en la práctica dificultan la interpretación de las cláusulas arbitrales y de foro, observándose, además, respuestas de toda índole por parte de los tribunales.

4. Es notorio que el aumento de litigios relacionados con el transporte marítimo y las particularidades de esta modalidad de transporte, han desembocado en una especialización creciente de ésta que reclama, más que nunca, una regulación específica y uniforme, tanto del modo de resolución de tales litigios, como de la Ley que resulta aplicable. La lucha de la Comunidad marítima internacional por lograr un régimen uniforme de este último sector (Ley aplicable) se ha visto frustrada desde hace tiempo. Así, la presencia de las Reglas de La Haya-Visby y de las Reglas de Hamburgo² constituye la prueba evidente del fracaso en el intento de unificar la normativa material

² En concreto, Convenio internacional para la unificación de ciertas Reglas en materia de Conocimiento hecho en Bruselas el 25 de agosto de 1924 (Gaceta, núm. 212 de 31 de julio de 1930), también conocido como "Reglas de La Haya". Asimismo, Primer Protocolo modificativo del Convenio de Bruselas de 23 de febrero de 1968 ("Reglas de Visby") y Segundo Protocolo modificativo de 21 de diciembre de 1979 (BOE 11 de febrero de 1984). Junto a ellos, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo internacional hecho en Hamburgo el 31 de marzo de 1978 ("Reglas de Hamburgo").

reguladora de la responsabilidad del transportista marítimo. Nos encontramos, en definitiva, con que la solución final de los litigios marítimos sigue dependiendo de cuál sea el tribunal encargado del litigio y, en particular, de su localización en un Estado que haya ratificado uno u otro texto convencional, lo que se traduce en mayores o menores importes en concepto de limitación de la deuda del transportista. Todo ello conduce al famoso riesgo del *forum shopping* y a la aplicación de uno u otro régimen jurídico en función de cuál sea el tribunal –nacional o arbitral– que deba resolver el asunto objeto de la controversia.

5. Dejando de lado la cuestión de la Ley aplicable³, nos interesa en estos momentos retratar cuál es la situación actual de la resolución de las controversias marítimas, en concreto cuando las partes deciden someterse a arbitraje comercial internacional. Las particularidades del arbitraje marítimo reclaman, así, una especial atención que justifica que nos centremos en él, en esta ocasión, con preferencia a la competencia judicial internacional (y en particular, a las cláusulas de foro⁴). No obstante, tanto el recurso a la justicia arbitral como nacional para resolver litigios marítimos está experimentando una evolución similar, sobre todo en lo que atañe a la interpretación de las cláusulas de arbitraje y elección de foro incluidas en los documentos y/o contratos de transporte. Una evolución jurisprudencial que no es sino el fruto de los especiales caracteres que rodean al tráfico marítimo internacional y que justifica el presente trabajo. Ello explica que la jurisprudencia que utilizamos se refiera muchas veces, indistintamente, a las cláusulas de foro y de arbitraje, en concreto cuando la problemática que generan es idéntica o, cuanto menos, similar. Que duda cabe que las

³ El sector de la Ley aplicable al transporte marítimo internacional ha sido ya objeto de numerosos estudios por la autora. Basten títulos como R. ESPINOSA CALABUIG, *El Contrato Internacional de Transporte Marítimo de Mercancías: Cuestiones de Ley Aplicable*, Granada, Comares, 1999. Asimismo, “Las Divergencias existentes en los Sistemas de limitación de la deuda del porteador marítimo: Problemas prácticos”, *Anuario de Derecho Marítimo*, 1998, pp. 349-376; “Problemas de identificación del porteador marítimo: especial referencia a las *demise clauses* y su repercusión sobre el Convenio de Roma de 1980”, *Diritto marittimo*, 1998, pp. 340-360; “La regulación de los contratos internacionales de transporte marítimo de mercancías en el Convenio de Roma de 1980”, *Diritto marittimo*, 2000, pp. 64-78; “*Forum shopping* y Responsabilidad del Transportista Marítimo en el Comercio Internacional: la Eterna Cuestión”, en J.L. COLLANTES (Coord.), *Temas Actuales de Derecho Comercial*, Trujillo, Normas Legales S.A.C., 2004, pp. 761 ss.

⁴ En tal caso, la autonomía de la voluntad manifestada con este tipo de cláusulas opera como foro de competencia judicial internacional reconocido, en la Unión Europea, a través del Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, conocido como Reglamento “Bruselas I” (DOCE L 12 de 16.01.2001, en vigor desde el 1 de marzo de 2002), modificado por Reglamento (CE) n° 1496/2002 (DOCE L 225 de 22.8.2002), Reglamento (CE) n° 1937/2004 (DOCE L 334 de 10.11.2004) y Reglamento (CE) n° 2245/2004 (DOCE L 381 de 28.12.2004). Para Dinamarca sigue aplicándose el originario Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C 189, de 28 de julio de 1990). En defecto del Reglamento resultan aplicables los eventuales Convenios internacionales que cada Estado miembro haya podido celebrar, así como la normativa estatal aplicable en la materia. En el caso de España, la LOPJ de 1985 (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Corr.errores en BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1985).

peculiaridades de la materia marítima otorgan a la interpretación de estas cláusulas una perspectiva diversa a la de otras materias⁵.

6. Nos enfrentamos, en todo caso, a un sector con unos intereses muy específicos, donde el imperio de la autonomía de la voluntad, los usos del comercio marítimo internacional y, por ende, esos intereses, parecen haber triunfado definitivamente. Sin embargo, es preciso valorar con atención el juego de todos esos intereses, ya que se corre el riesgo de obviar los representados por los terceros poseedores del documento acreditativo del transporte (un *bill of lading*, una *charter-party*, un *sea-waybill*...), ajenos a la relación contractual originaria y que, como consecuencia del imperio de los intereses del tráfico marítimo internacional, pueden ver vulnerados los suyos propios, teniendo que litigar en un país lejano; aquél donde les lleve la presencia en dicho documento –o en el contrato- de una cláusula arbitral –o de jurisdicción- que, en principio, difícilmente han podido conocer previamente y, por lo tanto, aceptar. La interpretación de dicha aceptación parece ser, en principio, a la luz de la jurisprudencia examinada, una de las claves para valorar la validez de estas cláusulas. Pero no será, ni mucho menos, la única, como luego veremos. La trascendencia práctica que comporta la exégesis de las cláusulas arbitrales –así como las de foro- explica que nos centremos en ellas, ya que son, sin lugar a dudas, protagonistas de muchos de los problemas vinculados, hoy por hoy, al arbitraje marítimo internacional.

II. ARBITRAJE MARÍTIMO INTERNACIONAL Y SUS FUENTES DE REGULACIÓN: RELEVANCIA DE UNA *LEX MERCATORIA* MARÍTIMA

7. El recurso al arbitraje comercial internacional responde principalmente a los intereses de los operadores del comercio internacional como vía de resolver sus controversias de un modo más rápido, económico y ajustado a sus intereses comerciales, que si se acudiera a la justicia nacional. Aunque en la práctica el arbitraje ha resultado ser más lento y costoso de lo que eran sus primigenios objetivos, nadie duda hoy de su conveniencia como medio alternativo de resolución de litigios en el ámbito del comercio internacional, donde los árbitros cada vez son más especialistas en materias comerciales concretas. Centrados en las operaciones del tráfico marítimo mundial, se observa no sólo un crecimiento progresivo de litigios que deciden resolverse mediante el arbitraje sino, asimismo, un mayor número de tribunales especializados en la materia marítima.

1. Ausencia de una regulación específica y uniforme del arbitraje marítimo internacional

⁵ Sobre estas peculiaridades en el derecho francés, muy interesante A. MALAN, “Le rayonnement de la clause compromissoire et de la clause attributive de jurisdiction dans les operations de transport maritime”, *Droit maritime français*, 2006, pp. 3-15.

8. No existe, sin embargo, por el momento, una regulación uniforme en materia de arbitraje marítimo internacional, ya que las únicas normas relevantes al respecto recogidas por las Reglas de Hamburgo de 1978 deben valorarse con la cautela a que conduce el escaso número de Estados que las han ratificado hasta la fecha⁶ y la, asimismo, escasa relevancia económica de los países que sí lo han hecho, así como las carencias o defectos de que carecen las disposiciones reguladoras del arbitraje (art. 22, junto al art. 21 referido a la jurisdicción). No obstante, tales normas están siendo un punto de referencia, tanto para el *Comité Marítimo Internacional* (CMI) como para la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI o, en su versión inglesa, UNCITRAL), en la elaboración de un eventual texto que unifique las normas reguladoras del arbitraje (así como las de competencia judicial internacional) en el ámbito del transporte marítimo⁷. Mientras no se consiga una norma de estas características, seguirá fomentándose el *forum shopping* y la ausencia de uniformidad internacional en la regulación del transporte marítimo internacional, con las consecuencias, entre otras, de indefensión creciente para los intereses de terceros...

9. A la espera de un consenso internacional en materia de arbitraje marítimo, es necesario acudir a las normas que, con carácter general, regulan el arbitraje comercial internacional. En el Derecho español dichas normas son las establecidas por los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961⁸, así como por la Ley de Arbitraje 60/2003⁹. Esta última, además, puede tener repercusiones de relevancia para la materia marítima.

2. Fuentes de origen convencional: Los Convenios de Nueva York y de Ginebra y Las Reglas de Hamburgo

10. En ausencia de una normativa específica sobre el arbitraje marítimo internacional, éste debe someterse a las reglas que, con carácter general, existen en materia de arbitraje comercial internacional, principalmente los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961 (así como los Convenios bilaterales existentes, por ejemplo, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras). Mientras

⁶ Por ejemplo, de los Estados europeos tan sólo las ha ratificado Austria y de los Estados miembros de Mercosur ninguno; tan sólo Chile, Estado asociado.

⁷ A este respecto puede consultarse el “*Draft Instrument on the Carriage of Goods (wholly or partly) by Sea*”, UNCITRAL A/CN.9/WG.III/WP.32 de 4 de septiembre de 2003. Para un comentario sobre su evolución en estos momentos, Ph. DELEBECQUE, “Le project de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer”, *Droit maritime français*, 2006, pp. 691-699, quien alude a las dificultades para acordar las disposiciones sobre las cláusulas de foro y arbitraje. En las primeras se duda si éstas deben conducir a una competencia exclusiva o admitir que, como en las Reglas de Hamburgo, la competencia referida por ellas sea meramente facultativa. Respecto a las cláusulas de arbitraje todavía existe mucha ambigüedad sobre cómo regularlas.

⁸ Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977) y Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE núm. 238, de 4 de octubre de 1975).

⁹ Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje (BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), que sustituye a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje (BOE núm. 293, de 7 de diciembre de 1988. Corr. errores en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1989).

el primero contiene normas sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el segundo atiende más a reglas sobre el procedimiento. Ambas, sin embargo, contienen normas sobre el acuerdo arbitral que pueden ser tenidas en cuenta para valorar los requisitos formales y sustanciales exigidos a las cláusulas arbitrales marítimas, tanto si aparecen en un documento o en un contrato, sea expresamente o por referencia (arts. II.1º y 1. 2º a), respectivamente). Igualmente, deben mencionarse las únicas normas relativas al arbitraje en el transporte marítimo internacional como son las establecidas en las Reglas de Hamburgo de 1978, dada su influencia en futuras reformas en la materia, como las recién expuestas. Dicha influencia se observa también, sin ir más lejos, en España con la *Propuesta de Anteproyecto de una Ley General de la Navegación Marítima*¹⁰, con la que el legislador español aspira a modernizar la normativa española sobre el transporte marítimo partiendo de muchos de los postulados de las Reglas de Hamburgo. Por lo que atañe a las cláusulas arbitrales marítimas, el art. 21 de tales Reglas hace alguna referencia, en particular respecto aquéllas presentes en una *charter-party* que se han incorporado en un B/L. Fenómeno al que luego nos referiremos.

3. Fuente de origen interno: el caso de la ley española 60/2003 y sus posibles repercusiones sobre el arbitraje marítimo

11. La trascendencia práctica de todas las cuestiones a las que estamos aludiendo está generando debates constantes en torno a posibles reformas del Derecho marítimo regulador de las mismas. Ya se han señalado los intentos de organismos internacionales como la UNCITRAL o el CMI. A ellos deben añadirse los intentos de los legisladores nacionales por acomodar su regulación a los tiempos actuales del transporte marítimo. Es el caso del legislador español que aspira a una reforma de su Derecho marítimo a través de la mencionada *Propuesta de Anteproyecto de una Ley General de la Navegación marítima* que si entra en vigor pondrá fin a muchas carencias y deficiencias de la regulación actual que existe en España en este sector. Junto a ello, y por lo que atañe a la resolución de controversias, debe destacarse la elaboración de la Ley de arbitraje (Ley 60/2003) que, trasladada a la materia marítima, puede tener consecuencias importantes. La reciente Ley se enmarca en el proceso ya iniciado en otros países –no sólo europeos- de modernización del arbitraje comercial internacional, en consonancia con las directrices marcadas por la Ley modelo de UNCITRAL de 1985, y dentro de un claro objetivo de crear y consolidar una cultura arbitral en tales países.

12. En el caso de España, la nueva Ley de arbitraje permitiría apoyar el proceso flexibilizador –al que seguidamente haremos referencia- en la interpretación de las cláusulas de arbitraje (así como las cláusulas de elección de foro), utilizadas habitualmente en el comercio marítimo internacional. Proceso que se vería impulsado por la misma jurisprudencia española que llevaría a hablar de una posible consolidación de dicho proceso, en línea con la jurisprudencia de otros países como Francia, Italia o EE.UU., entre otros, a pesar del rechazo inicial hacia las mismas y no obstante la

¹⁰ Para un comentario del Anteproyecto, ver J.M. ALCÁNTARA, “Algunas reflexiones desde la plaza y una valoración “Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima”, *Diritto marittimo*, 2005, pp. 1135-1149.

ausencia, todavía hoy, de una respuesta clara y uniforme en todos estos países respecto a este tipo de cláusulas (especialmente en Francia, donde la jurisprudencia, como luego se expone, es especialmente contradictoria).

13. La Ley española de arbitraje ha introducido una serie de novedades que pueden tener cierta relevancia en la interpretación de las cláusulas arbitrales marítimas. Así, si acudimos al art. 9.6 de la Ley 60/2003, en cuanto norma aplicable a la validez del convenio arbitral cuando el arbitraje es internacional, incorpora una flexibilidad de la que carecía la Ley anterior de 1988. En concreto, ha remitido la validez del acuerdo y arbitrabilidad de la disputa a las “*normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral*”, o a las “*normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia*” o al derecho español, de modo similar al art. 178 de la Ley suiza de DIPr., que establece un principio favorable a la validez del convenio arbitral. Dicha novedad no oculta, sin embargo, la presencia de lagunas, de modo que la norma no otorga una respuesta global, sino que deja aspectos sin regular. Por ejemplo, no se contempla la forma del convenio arbitral, que deberá regularse por el Convenio de Nueva York de 1958, ni tampoco la capacidad (que se regularía por el art. 9.1º o 9.11º C.c., en cuanto solución general del sistema español de Derecho internacional privado en materia de capacidad)¹¹.

14. La gran novedad reside en que, con la referencia a las “*normas jurídicas*”, se estaría admitiendo la *lex mercatoria*. Dicha noción, trasladada al sector de la contratación marítima internacional, haría referencia al conjunto de usos y prácticas específicas de dicho sector, entre ellos la habitual inclusión de cláusulas en los B/L, *charter-parties* u otros documentos de transporte (cláusulas de foro, de arbitraje, cláusulas *paramount*, de *electio iuris*, etc). Una *lex mercatoria* que parece conducir a una relajación o flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas y que, por el momento, seguirán planteando los mismos problemas de validez y eficacia, según se invoquen frente a terceros o frente a sujetos contratantes originarios. El art. 9.6º, a pesar de sus carencias, puede hacer posible que las partes se remitan voluntariamente a la *lex mercatoria* para regular la validez del convenio arbitral o, de no elegirla, que puedan ser los árbitros los que la designen como Ley reguladora del fondo. La proclamación de la *lex mercatoria* por el legislador español a través de la Ley 60/2003 permitiría contribuir, por lo tanto, al proceso de flexibilización que, dentro de la contratación marítima, afecta a la valoración y admisión de las cláusulas arbitrales -y de jurisdicción-, al menos dentro de la Unión Europea.

III. CLÁUSULAS ARBITRALES MARÍTIMAS: VALIDEZ Y EFICACIA A LA LUZ DE LOS “USOS” DEL COMERCIO INTERNACIONAL

15. El verdadero caballo de batalla de toda esta situación lo constituye, sin duda alguna, la interpretación que en la práctica debe otorgarse a las cláusulas de arbitraje y

¹¹ Ver C. ESPLUGUES MOTA, “Art. 9.6”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Cívitas, 2004, pp. 405-406.

jurisdicción incluidas habitualmente en los documentos y/o contratos de transporte marítimo (tanto en el tráfico de línea como en el tráfico *tramp*, en régimen de fletamento). Son, sobre todo, dichos documentos (los *bills of lading*, así como las *charter-parties* o los *sea-waybills*...) los verdaderos protagonistas de los numerosos litigios y reivindicaciones que diariamente se generan y que, muchas veces e inevitablemente, se ven sujetas al imperio de los usos y prácticas del tráfico marítimo internacional. Estos usos y prácticas están marcando claramente, no sólo la resolución de tales litigios -sea por vía del arbitraje que de la jurisdicción nacional-, sino también la determinación de la Ley aplicable en dicho ámbito.

16. Asistimos, hoy, en el seno de la Unión Europea, a un proceso flexibilizador en la valoración de las cláusulas que habitualmente aparecen en los documentos del transporte marítimo y que sirven tanto para determinar qué Tribunal resultará competente (arbitral o nacional), como para precisar qué régimen jurídico delimitará las eventuales responsabilidades derivadas de la ejecución de los contratos internacionales de transporte marítimo (importe de dicha responsabilidad, período temporal en que ésta resulta exigible, sujetos responsables...).

La relevancia de los usos y prácticas generadas en el entorno marítimo ha ido conformando, como hemos visto, una *lex mercatoria* específica de este sector, que sería consecuencia y causa de dicho proceso flexibilizador. Si la presencia habitual de cláusulas de arbitraje y foro (entre otras) en la práctica marítima ha provocado una relajación de los requisitos de validez de éstas, es porque dicha práctica así lo ha ido imponiendo y fomentando, progresivamente, dando lugar a un “uso” generalmente aceptado por los participantes del tráfico marítimo y, en definitiva, también por los tribunales.

1. Definición de los usos del comercio internacional como clave para la valoración de las cláusulas arbitrales

17. La definición de dicho “uso” la podemos encontrar en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las cláusulas de foro incluidas en los B/L (y la satisfacción de los requisitos del art. 23 del Reglamento “Bruselas I”¹²), pero trasladable al ámbito de las cláusulas arbitrales. Para el Tribunal de justicia la existencia de un “uso” debe valorarse en relación con el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, concretamente cuando “*los operadores de dicho sector sigan un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos*”¹³. Dicho comportamiento se enjuiciará en relación con el tráfico comercial mundial en su conjunto, siendo irrelevante si los países implicados gozan o no de una posición preponderante en dicho sector o si dicho comportamiento está acreditado en determinados países, incluidos los comunitarios, según se expuso en el célebre asunto *Trasporti Castelleti*. A juicio del Tribunal de Justicia la “*generalidad y regularidad*” en el comportamiento de los

¹² Ver nota a pie nº 4.

¹³Asunto *MSG*, 106/95, sentencia de 20 de febrero de 1997, con comentario de A. RODRÍGUEZ BENOT, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, I, p. 212.

operadores del comercio marítimo internacional es básico para apreciar la formación de un uso en este sector concreto, sin que ni siquiera se requiera una publicidad específica como forma de ratificar dicho uso, por ejemplo, a través del depósito del B/L en algún organismo especializado en que pudiera ser consultado¹⁴.

18. De este modo, las exigencias formales y sustanciales requeridas a las cláusulas de foro (a través del art. 23 del Reglamento “Bruselas I”), al igual que a las cláusulas arbitrales (deducidas, como ahora veremos, de textos como el Convenio de Nueva York o de Ginebra, entre otros), se entenderán satisfechas siempre que el B/L se sitúe en el marco de relaciones comerciales habituales entre las partes -que en su conjunto se regulan por las condiciones de dicho documento-, entre las que se incluye una cláusula de este tipo (en particular, la jurisprudencia se refiere a las cláusulas de jurisdicción, en el asunto *Tilly Russ*¹⁵). En definitiva, la repetición constante de tales cláusulas y otras tantas en los B/L y su empleo habitual por los participantes del tráfico comercial marítimo, estarían contribuyendo al proceso de formación de los usos de dicho tráfico, sin que sea necesario probar que efectivamente los usuarios de éste se adhieren tácitamente al comportamiento de las otras partes contratantes¹⁶

19. Esta última afirmación puede poner en peligro los intereses de los terceros ajenos a la relación contractual originaria que, en cuanto usuarios del tráfico marítimo, se vean progresivamente constreñidos a aceptar este tipo de cláusulas por considerar que forman parte de un “uso” de dicho tráfico que, en principio, deben conocer. El problema es valorar hasta qué punto es defendible una noción de “usos” del comercio marítimo internacional y, por ende, una *lex mercatoria* marítima que, amparada en los fuertes intereses que rodean al transporte marítimo, parece conducir a una irremediable indefensión de la figura del tercero poseedor. La defensa de una *lex mercatoria* en este sector debería acompañarse de un mínimo de garantías para dicha figura, tratando de exigir algún tipo de conocimiento previo o de aceptación expresa de la cláusula arbitral –o de foro- por su parte. Ciertamente, la rapidez de las operaciones comerciales marítimas, sus especiales caracteres –e intereses-, y la intervención de numerosos sujetos en torno a la actividad del transporte marítimo no parecen compatibles con dichas garantías. Ello explicaría la disparidad de respuestas jurisprudenciales, según los tribunales y los países donde éstos se hallan.

2. Cláusulas de arbitraje en los B/L y charter-parties: cuestiones de forma y fondo del acuerdo arbitral

20. La diversidad de contratos, sujetos y documentos utilizados diariamente en el tráfico marítimo internacional, tiene repercusiones sobre la interpretación de una

¹⁴ Asunto C-159/97, *Trasporti Castelletti Spedizioni internazionali S.p.a. c. Hugo Trumpy S.p.a* (sentencia TJUE de 16 de marzo de 1999), con comentario de R. ESPINOSA CALABUIG, “Las Cláusulas de Jurisdicción en los Conocimientos de Embarque y el Artículo 17 del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley, Unión Europea*, nº 4851, 30 de julio de 1999, pp. 1-5.

¹⁵ Asunto 71/83, *Partenreederei MS. Tilly Russ y Ernst Russ c. S.A. Haven & Vervoerbedrijf Nova y S.A. Goeminne Hout* (sentencia de 19 de junio de 1984).

¹⁶ Asunto *Trasporti Castelletti*, ap. 30.

cláusula de arbitraje presente en un B/L, emitido como expresión de un contrato, sea de transporte marítimo que de fletamento, o bien en un B/L que incorpora los términos de una *charter-party*, o viceversa... En estos casos, son habituales los problemas interpretativos cuando los tribunales consideran que entre tales términos no puede entenderse incorporada la cláusula de arbitraje. Otras veces, se atiende a la firma de las partes y sujetos intervinientes en el transporte, de tal suerte que la ausencia de la misma por el cargador se considera -o no- suficiente para excepcionar la oponibilidad de la cláusula. Más controvertida es la posición defendida en torno a la necesidad de firma por parte del tercero ajeno a la relación contractual originaria.

A). Antecedentes: rechazo inicial

21. Durante mucho tiempo las cláusulas de foro y arbitraje en el ámbito marítimo eran vistas con gran recelo por los tribunales que, como en el caso del Reino Unido, eran rechazadas por la “inconveniencia” de que el asunto no fuera resuelto por un tribunal que no fuera británico, o por la poca conexión con el Reino Unido. Por su parte, en EE.UU. eran consideradas un mecanismo ideado para evadir la normativa imperativa de su *Carriage of Goods by Sea Act* de 1936 (aplicable a todo transporte “desde o hacia” EE.UU.) o una excusa para invocar el *forum non conveniens*¹⁷.

22. Curiosamente en la actualidad son los tribunales de estos países los que habitualmente son designados en la práctica marítima para resolver un gran número de litigios, como consecuencia de la influencia ejercida en ellos por las grandes compañías pero, sobre todo, por la especialización de los árbitros, que justificaría la elección de tales países por los operadores del tráfico marítimo, no obstante la escasa o nula conexión del litigio con ellos. Y los tribunales franceses, italianos o españoles las han ido admitiendo progresivamente, a pesar, de los persistentes –y muchas veces lógicos-reparos hacia su admisión, sobre todo cuando no se deduce una clara voluntad de quedar vinculados por la cláusula (en especial en relación con terceros).

23. La causa de esta evolución la podemos encontrar extrapolando la interpretación que el Tribunal de Justicia ha realizado en los últimos tiempos sobre las cláusulas de foro en los B/L y las exigencias del actual art. 23 del Reglamento 44/2001¹⁸, en relación con los mencionados asuntos *Trasporti Castelletti y Tilly Russ*,

¹⁷ Por ejemplo, entre otros muchos, el asunto *Thyssen v. Calypso* (*American Maritime Cases* 2002, p. 2332) confirma la tendencia del *case law* de EE.UU. favorable a las cláusulas de foro y arbitraje siempre que con ellas no se viole la *COGSA* de dicho país

¹⁸ Conforme al art. 23 (antes, art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968) las partes, cuando al menos una de ellas tenga su domicilio en un Estado miembro, pueden realizar un acuerdo atributivo de competencia que debe proceder de un consentimiento de las partes. Junto a dicho requisito sustancial, se exige, además, el cumplimiento de una serie de formalidades como son que el acuerdo se celebre por escrito o verbalmente con confirmación escrita 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*”. Esta última regla fue añadida al originario Convenio de Bruselas de 1968 por el Convenio de 9 de octubre de 1978 (relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), para hacer frente a las particularidades del comercio internacional.

así como *Coreck Maritime*¹⁹. Se trata de una interpretación jurisprudencial cuyo eje gira en torno a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y su incidencia decisiva sobre el nuevo enfoque otorgado a los requisitos del art. 23 del Reglamento comunitario, por el que éstos se entenderían “presuntamente” satisfechos. Habrá que valorar si esta interpretación es defendible con carácter general y en toda su amplitud o con limitaciones, sobre todo respecto a la figura del tercero ajeno al contrato originario de transporte. Antes, veamos cuáles son esos requisitos necesarios para valorar la validez de una cláusula arbitral marítima.

B) Validez formal y sustancial.

24. Para que las cláusulas de arbitraje sean válidas deberán serlo desde un punto de vista formal y sustancial. Para su valoración se impone el recurso a fuentes convencionales generales del arbitraje, como el Convenio de Nueva York y Ginebra, y específicas del transporte marítimo, como Las Reglas de Hamburgo, así como fuentes anacionales como la *Ley Modelo de UNCITRAL* de 1985 o los Reglamentos reguladores de la materia como el de la *Cámara de Comercio Internacional (CCI)*, entre otros.

a) Respecto al primero de los requisitos, el Convenio de Nueva York de 1958 (art. II) hace referencia a la forma escrita del convenio arbitral, que podrá incluirse en “*un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas*”. De modo similar, el Convenio de Ginebra de 1961 establece en su art. 1 (2º párrafo a) que el “*acuerdo o compromiso arbitral*” podrá serlo bien “*una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes*”.

Se exige, pues, la forma escrita del acuerdo arbitral (con la salvedad hecha por el Convenio de Ginebra) y, en principio, firmado por las partes contratantes. Sin embargo, la exigencia de la firma puede entenderse incluida, como ahora veremos, en el mencionado proceso de flexibilización de los requisitos formales de las cláusulas, tanto de foro como de arbitraje, utilizadas en el tráfico marítimo, y que lleva a distinguir según quien sea el sujeto (contratante originario o tercero) contra el que resulta oponible la cláusula.

Asimismo, se admiten las llamadas *cláusulas por referencia*, esto es, que no constan en el documento contractual principal sino en otro separado, entendiéndose incorporadas porque el contrato hace referencia al documento. Así lo establece la misma *Exposición de Motivos* de la Ley 60/2003 de Arbitraje o la misma *Ley Modelo de UNCITRAL* de 1985, cuyo art. 7.2. alude a la referencia en un contrato a un documento que contenga la cláusula arbitral, siempre que sea por escrito y deje claro que la cláusula

¹⁹ Asunto C-387-98, *Coreck maritime GmbH c. Handelsveem B.V. y otros* (sentencia de 9 de noviembre de 2000).

forma parte del contrato. Este tipo de cláusulas son muy habituales en la práctica marítima, ya que muchas veces las cláusulas arbitrales presentes en una *charter-party* son posteriormente incorporadas en un B/L.

b) Por lo que atañe al requisito sustancial, éste se verá satisfecho cuando el acuerdo arbitral haya sido fruto de la voluntad de las partes y denote un consentimiento de éstas a su inclusión, bien en el contrato, bien en el documento de transporte.

Se trata, sin embargo, de unas exigencias que difícilmente pueden verse satisfechas en la práctica habitual del transporte marítimo, ya que no siempre ambas partes han firmado el contrato o el documento en que aparece la cláusula arbitral, mucho menos si se trata de terceros completamente ajenos a la relación contractual originaria que no han firmado en ningún momento, pero frente a los que, surgido el litigio, se opone dicha cláusula. La firma, en cuanto expresión del consentimiento de las partes, resulta en definitiva difícil de probar, de ahí que el requisito sustancial, al igual que el formal, se haya visto inmerso en el proceso de flexibilización interpretativo apoyado por el Tribunal de Justicia en el seno de la Unión Europea.

C) Hacia una existencia “presunta” de los requisitos formales y sustanciales de la cláusula arbitral

25. La satisfacción de los requisitos formales y sustanciales de una cláusula de jurisdicción está estrechamente vinculada con la, ya mencionada, noción de los usos del comercio internacional, en este caso marítimo. De lo que se entienda por ellos parece depender la eficacia última de este tipo de cláusulas, de modo que la existencia de unos usos específicos y consolidados del tráfico marítimo internacional estarían favoreciendo una “*existencia presunta*” de los requisitos formales y sustanciales aludidos, en el sentido de que, en la práctica, el “consentimiento” de las partes a una cláusula de foro o arbitraje presente en un B/L debe “presumirse”, aunque ésta no haya sido efectivamente “acordada” por los sujetos contratantes.

Es decir, dicha cláusula, en cuanto integrante de un documento estándar, de los muchos que se utilizan en este sector, sería “conocida” (presuntamente) por los contratantes y, por ende, “consentida” por ellas, puesto que, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían, en principio, obligadas a conocer. Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con la interpretación de las cláusulas de foro (asunto *Trasporti Castelletti*) y que, como decíamos, resulta trasladable a las cláusulas arbitrales en gran medida. Ahora bien, a pesar de la flexibilización creciente otorgada por la jurisprudencia comunitaria a la validez –formal y sustancial- de este tipo de cláusulas, los tribunales estatales no siempre son partidarios de esta corriente interpretativa tan flexible y exigen unos determinados requisitos -de forma y fondo-, distinguiendo no sólo si la cláusula aparece en un concreto documento de transporte y/o en el contrato, sino también si ésta se opone frente a terceros o frente a los contratantes originarios.

26. En este sentido, parece haber una tendencia a una mayor o menor negociación entre las partes, según se trate de un transporte *tramp* o de línea. En el primer caso, las partes suelen negociar algo más las condiciones y cláusulas de los contratos, entre ellas las eventuales cláusulas arbitrales o de jurisdicción, que se incluyen en la *charter-party* y que –tendencialmente- suele ser firmada por las partes. Todo lo contrario ocurre si se trata del transporte de línea donde el porteador emite unilateralmente el B/L, que su contraparte se limita a aceptar y que, en numerosas ocasiones, sólo firma el porteador. Difícilmente el destinatario de las mercancías puede saber si, al hacerse cargo de ellas, el documento que se ha utilizado para su transporte (o el contrato originario) contiene o no una cláusula de estas características²⁰.

De hecho hay que distinguir también según se trate de transporte de mercancías varias o de contenedores (éste último, mayoritario, supone un 80/90% del tráfico marítimo total). En el primer caso, el cargador suele limitarse a reservar un espacio en el buque por fax o e-mail y recibe del porteador o de su agente una confirmación, de ahí que no tenga mucho sentido considerar al B/L como un documento unilateral que debe respetar los pactos del contrato originario de transporte. El cargador recibe el B/L sólo después de la carga de las mercancías e incluso a veces una vez que el buque ha partido. Por tanto, el hecho de que el cargador retire el B/L no debería implicar una aceptación de todas sus cláusulas, ya que éste no tiene otra alternativa. Aunque fuera consciente de la presencia de una cláusula de foro o de arbitraje, si quiere el precio final por sus mercancías deberá retirar el B/L y posteriormente enviarlo al comprador. Si el transporte es de contenedores la situación es bastante similar. En este ámbito suele emitirse una *booking note* y en muchas de ellas, las más habituales (por ejemplo, la *combinebooking* de la BIMCO) no se incluyen cláusulas de este tipo o bien contienen una referencia al *principal place of business* del porteador (por ejemplo, la *visconbooking* de la BIMCO). Tan sólo en los contratos de volumen la situación cambia ya que los grandes cargadores y porteadores negocian con detalle (en un sentido económico y técnico principalmente) las condiciones contractuales, entre ellas la posibilidad de incluir una cláusula de foro que les vincule, independientemente de que luego sea incluida en los B/L emitidos a cargadores individuales²¹.

3. Especiales problemas de los B/L que han incorporado la cláusula arbitral de la charter-party

27. Los mayores problemas interpretativos relacionados con la validez –formal y sustancial- de las cláusulas arbitrales marítimas, se producen en relación con los B/L que han incorporado los términos y cláusulas de una *charter-party*, entre los que se incluye una cláusula arbitral. En principio, es necesario que dicha incorporación se haya realizado de forma específica, con una referencia clara a la cláusula compromisoria, tal como se ha mencionado anteriormente en relación, por ejemplo, con la Ley Modelo de UNCITRAL.

²⁰ Ver F. BERLINGIERI, “Trasporto e Arbitrato”, *Diritto marittimo*, 2004, p. 429.

²¹ Según expone F. BINOCOLI con ocasión del comentario –y críticas- a la Sentencia de la *Corte di Cassazione italiana* de 17 de enero de 2005, n° 731, “*SGL Carbon SPA c. Agenzia Marittima La Rosa SRL*”, en *Diritto marittimo*, 2006, pp. 154-161.

A) Solución jurisprudencial por países.

28. A pesar de la exigencia teórica de una referencia expresa a la cláusula arbitral que se incorpora en un B/L, la práctica demuestra las dificultades a las que se enfrentan los tribunales para dar por válidas –o no- este tipo de cláusulas. Ello explica las numerosas controversias que afectan a aspectos tan variados como si es suficiente con que la *charter-party* sea individualizada, no sólo con la fecha, sino también con la indicación del formulario utilizado que contiene la cláusula compromisoria, o si basta con una referencia a la misma, aunque sea genérica, etc... En este sentido, resulta interesante observar algunas respuestas jurisprudenciales que, tendencialmente, parecen partidarias de una referencia clara y expresa a la cláusula arbitral que ha sido incorporada en un B/L. En particular:

a) En el Reino Unido, por ejemplo, suele interpretarse que la incorporación no se entiende realizada mediante “*general words*”, dando por válida, en cambio, aquélla que se realiza con expresiones como *clauses* o *terms*. Igualmente, se valora favorablemente la referencia que un B/L realice en forma apropiada a una *charter-party*, de modo que las controversias que puedan derivar del primero de los títulos se resolverán en virtud de la cláusula arbitral que aparezca en dicha *charter-party*²².

b) En Italia resulta curiosa la interpretación dada por los Tribunales que distinguen, a efectos de otorgar validez o no a una cláusula arbitral, entre la “*relatio perfecta*” y la “*relatio imperfecta*”. En el primer caso, la cláusula es válida y, por lo tanto, oponible, siempre que exista una referencia específica en el contrato a la cláusula arbitral, lo que significa que ésta se ha incorporado en el B/L. En cambio, cuando hay una “*relatio imperfecta*” la cláusula no podrá oponerse contra el poseedor del B/L, por entender que ha habido una mera referencia genérica a los términos de la *charter-party*²³.

c) En EE.UU. la interpretación dada a una cláusula arbitral de una *charter-party* que se ha incorporado a un B/L diferencia según el alcance de la cláusula. Así, cuando se trata de una cláusula “*narrow*”, el arbitraje se limita tan sólo a los litigios entre el naviero y el fletador, mientras que cuando es una cláusula “*broad*”, el arbitraje se concibe para todos los litigios que surjan o estén relacionados con dicha *charter-party*. En concreto, la jurisprudencia norteamericana deja bien claro cómo cuando el naviero y el fletador celebran un contrato de fletamento, la *charter-party* debe considerarse como el contrato, y el B/L un mero recibo de los bienes en un determinado cargamento. En cambio, cuando el B/L se emite a un tercero, que no firmó la *charter-party*, en tal caso el B/L constituye el contrato de transporte y todos los términos de la *charter-party*, incluyendo una cláusula arbitral, pueden incorporarse en el B/L siempre y cuando se

²² Así lo expone F. BERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 427-428.

²³ Ver M. RICCOMAGNO, “The Incorporation of Charter party Arbitration Clauses into Bills of Lading (a Comparison between Authorities of the Courts of Italy, England and the United States”, *Diritto marittimo*, 2004, pp. 1188-1189.

realice una “referencia apropiada” a la misma. Debe tratarse, por lo tanto, de una referencia específica a la cláusula arbitral de modo que resulte incuestionable²⁴.

d) En otros países como Alemania, el acuerdo arbitral se entiende válido con la transmisión de un B/L que haga referencia expresa a una cláusula compromisoria incluida en un contrato de fletamento. Ello será suficiente para que la cláusula pueda oponerse a cualquiera de los poseedores sucesivos del B/L, sin que sea necesario determinar que tenían conocimiento del contrato de fletamento y de la cláusula que éste contenía.

e) Por último, para la jurisprudencia suiza parece bastar con la remisión global que el B/L realice a las “cláusulas y condiciones” de la *charter-party*, aunque tampoco parece una solución definitiva²⁵.

B) Solución de las Reglas de Hamburgo.

29. Por su parte, las Reglas de Hamburgo contienen una respuesta específica respecto a la validez de las cláusulas arbitrales, cuando se trata de un contrato de fletamento en el que se ha emitido un B/L y la cláusula tan sólo aparece en el contrato pero no en el documento, el cual carece de cualquier declaración expresa por la que se establezca que la cláusula sea obligatoria para el tenedor del B/L. En tal caso, el art. 22.2 considera que el porteador no podrá invocar dicha cláusula contra el tenedor que haya adquirido el B/L de buena fe. Teniendo presente dicha norma, la única vía para sostener la validez de una cláusula arbitral en estos casos, sería la de diferenciar entre el contrato donde se incluye la cláusula de arbitraje y el documento relacionado con el contrato principal. En concreto, algún autor ha propuesto que, conforme a una interpretación en contrario del mencionado art. 22.2, si el B/L contiene expresamente una estipulación del contrato de fletamento, como la mencionada cláusula, podría estimarse válida manteniendo la independencia entre los documentos y los contratos²⁶.

4. Cuestiones relativas a la necesidad de firma del documento o del contrato de transporte

30. Por lo que atañe a la necesidad de firma del documento o del contrato por las partes, tampoco hay una respuesta jurisprudencial uniforme. Para el Tribunal Supremo español, por ejemplo, no parece relevante ni la firma de las partes ni la utilización de determinadas fórmulas, sino la necesidad de una “*prueba de una voluntad inequívoca de las partes de someter sus controversias a arbitraje*”. Así lo ha señalado en sentencias como la de 9 de mayo de 2003 o en otras más antiguas, como la de 17 de junio de 1983,

²⁴ Así se puso de manifiesto con ocasión del asunto *Macsteel International USA Corp.v.m/v Jag Rani and the Great Eastern Shipping Co. Ltd* (SDNY, 29 sept. 2003) en el que se clarificaba la interpretación otorgada a este tipo de cláusulas. Ver M. RICCOMAGNO, *op. cit.*, pp. 1194-1196.

²⁵ Según explica C. JARROSSON, “La spécificité de l’arbitrage maritime international”, *Diritto marittimo*, 2004, p. 445, en relación con la jurisprudencia alemana y suiza.

²⁶ Tal como señala E. RODRÍGUEZ GAYÁN, “El Arbitraje Internacional en las Pólizas de Fletamento y en los Conocimientos de Embarque”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1996, p. 22.

en la que ya se defendía el empleo de “*cláusulas escuetas pero concisas*”, con tal que revelen el deseo de las partes de acudir a arbitraje. Se trata de una postura jurisprudencial contraria al empleo de “*fórmulas sacramentales*” como condicionante de la validez de las cláusulas de arbitraje²⁷ y favorable a un criterio respetuoso con la voluntad de las partes (presente en la misma Ley de arbitraje)²⁸. Dicha voluntad se puede deducir del mismo B/L o de las notas de cierre previas entre las partes contratantes, que darían constancia de esa “*voluntad inequívoca*”. No serán válidas, en cambio, las cláusulas que sean demasiado genéricas, vagas o ambiguas. Por lo general, los tribunales suelen dar por válida la presencia de una cláusula mínima, por ejemplo “Arbitraje en Londres”, ya que la práctica marítima considera dicho lugar como habitual para la resolución de litigios de dicha índole²⁹. Se trataría de una cláusula “escueta y concisa” en los términos de lo declarado por el Tribunal Supremo español, al que acabamos de referirnos, y circunscritos al ámbito de la contratación marítima internacional.

31. La exigencia o no de la firma depende en la práctica de quién sea el sujeto contra el que se opone la cláusula arbitral. Una firma que es expresión -formal y sustancial- de la aceptación del convenio arbitral –o en su caso de la cláusula de jurisdicción- y que, en principio, es tendencialmente juzgada como irrelevante respecto al cargador, pero no respecto a terceros. Una buena prueba de esta tendencia se observa, por ejemplo, con dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español, quien, con muy pocos meses de diferencia, apoya la mencionada irrelevancia de la firma frente al cargador (sentencia de 9 de mayo de 2003), pero no frente a terceros (sentencia de 6 de febrero de 2003). No obstante, la jurisprudencia no es uniforme en sus soluciones, como ahora veremos.

A) Firma y oponibilidad de la cláusula arbitral frente al cargador.

32. En la práctica, el cargador puede o no firmar el documento de transporte, sea el mismo formulario donde aparece dicha cláusula o en el anverso³⁰. Muchas veces es el capitán del buque que debe transportar las mercancías quien firma en lugar del cargador. Otras, en cambio, éste firma sólo uno de los ejemplares, en el caso en que se hayan emitido varios originales del documento. Igualmente, el B/L puede estar en blanco y ser, posteriormente relleno por el cargador, que lo presenta para su firma al porteador en el momento de entrega de las mercancías. Suele ser frecuente, asimismo, que en el anverso del documento figure una cláusula impresa referida expresamente a las condiciones del dorso, por la que todas ellas se dan por aceptadas, estén o no firmadas³¹.

²⁷ Postura confirmada, por ejemplo, con sentencias como las de 1 de junio de 1999, 13 de julio de 2001 y 18 de marzo de 2002.

²⁸ Según se afirmó en sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2001.

²⁹ V. C. JARROSSON, *op. cit.*, p. 445.

³⁰ En Italia, por ejemplo, sentencias como las dictadas por los tribunales de Genova el 22 de enero de 1977, el 11 de marzo de 1981 o el 19 de febrero de 1982 establecieron que la firma del cargador en el anverso del documento constituye un índice del conocimiento y aceptación por su parte de todas las condiciones del contrato, incluida una cláusula de jurisdicción.

³¹ Ver A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los Acuerdos Atributivos de Competencia judicial Internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 315 (nota 176) y 320-321 (notas 184 y 186).

Se puede alegar, pues, que la firma del cargador no es relevante para convalidar su consentimiento a la misma, ya que escapa en realidad a los usos habituales del tráfico marítimo.

33. La jurisprudencia comunitaria, en asuntos como *Trasporti Castelleti*, parece afirmar la irrelevancia de la firma del cargador en el mismo formulario donde aparece la cláusula –en concreto la de jurisdicción-, a efectos de invocar la validez de la misma frente a dicho sujeto. Sin embargo, en otros asuntos, como *Tilly Russ*, el Tribunal de Justicia ha requerido la constancia por escrito del consentimiento del cargador en el mismo documento o en otro separado, entendiéndose que la mera inclusión de dicha cláusula en el dorso del mismo no satisface los requisitos –formales y sustanciales- exigidos por la normativa comunitaria (en concreto, el art. 23 del actual Reglamento “Bruselas I”, antes art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968). Por otra parte, además, ningún texto convencional regulador del transporte marítimo, ni Las Reglas de La Haya-Visby ni las Reglas de Hamburgo, requieren la presencia de la firma del cargador (estas últimas aluden tan sólo al nombre, pero no a su firma), refiriéndose únicamente a la firma del porteador.

34. Por lo tanto, las peculiaridades propias del tráfico marítimo conducen a que la forma en que se manifiesta el consentimiento de las partes en un documento de transporte se vincule estrechamente a los “usos” del comercio internacional en este sector específico. Y como parte de esos “usos” estaría la presencia habitual en el dorso del documento de cláusulas de foro y arbitraje, presumiéndose su aceptación por ambas partes contratantes, incluido el cargador³² quien, en cuanto operador del tráfico marítimo en el que participa, debe “presuntamente” conocer³³. Tal como se puso de manifiesto en el asunto *Tilly Ross*, el cargador puede, con una diligencia razonable, verificar el conocimiento de una cláusula de este tipo presente en un B/L con anterioridad a la conclusión del contrato, lo que no suele ocurrir con frecuencia en la práctica. Por tal motivo, los “usos” del tráfico marítimo llevan a presumir no sólo el “consentimiento” del cargador a tales cláusulas, sino también el “conocimiento” de las mismas, aunque de facto no siempre tenga la oportunidad de examinarlas. Por otra parte, es difícil imaginar que el cargador, en cuanto operador habitual de este sector,

³² Incluso si el B/L no ha sido emitido directamente al cargador, sino a uno de sus agentes o intermediarios, la cláusula presente en el documento le vinculará aunque éste sólo lo reciba de dicho agente. Así se afirmó en la jurisprudencia de EE.UU. (SDNY), *Jockey v. Leverkusen, American Maritime Cases*, 2002, p. 2377.

³³ Aspecto éste que impediría argumentar, incluso, una posible indefensión del mismo como parte débil del contrato. Ciertamente es que, tal como se advirtió en las negociaciones previas al Convenio de Lugano, se corre el riesgo de que este tipo de acuerdos se den por aceptados simplemente porque no se oponga ninguna objeción al mismo, aunque haya sido fruto de una declaración unilateral por una sola de las partes, tal como suele ocurrir en el transporte marítimo. *Informe al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano de 16 de septiembre de 1988* (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994; corr.errores BOE núm. 8, de 10 de enero de 1995), elaborado por P. JENARD y G. MOLLER (ap. 57).

ignore realmente los usos del mismo, incluyendo la presencia habitual, junto al resto de condiciones y cláusulas del documento, de cláusulas de foro y arbitraje³⁴.

B) Firma y oponibilidad de la cláusula arbitral frente al tercero poseedor.

35. Mayores dudas suscita la necesidad de firma por parte del tercero frente al que, llegado el litigio, se opone una cláusula de arbitraje. En este sentido, las interpretaciones posibles son básicamente dos:

a) Una primera es considerar la firma del tercero irrelevante, por escapar, asimismo, de los usos y prácticas del tráfico marítimo. Unos usos que, al igual que el cargador, debe conocer, asumiendo los riesgos a los que, desde el momento en que participa en dicho tráfico, queda expuesto. Difícilmente, por otra parte, un tercero habrá tenido la oportunidad, no sólo de negociar la presencia de una cláusula compromisoria - o de jurisdicción-, sino de conocerla previamente, lo que llevaría a defender un conocimiento y consentimiento “presuntos” de la misma por su parte.

b) La segunda es exigir dicha firma como forma de corroborar su consentimiento y aceptación a una cláusula de tales características, por la que puede verse obligado a litigar en un país que le es ajeno. Dicha interpretación defendería los intereses del tercero evitando, en definitiva, la indefensión a la que conduce la primera de las interpretaciones.

36. La jurisprudencia ofrece, en este punto, respuestas en todas las direcciones. Para el Tribunal de Justicia, la presencia de este tipo de cláusulas (en particular, las de jurisdicción) produce sus efectos frente al tercero poseedor del documento, por cuanto éste ha dado su consentimiento a la misma³⁵. El problema es, nuevamente, cómo valorar dicho consentimiento. En Italia, por ejemplo, se ha determinado que, conforme al principio de literalidad de los títulos de crédito, todo lo contenido en el título determina la medida y límites del derecho de su poseedor frente al porteador emisor del mismo, quedando aquél obligado a observar la cláusula arbitral que aparece en el B/L³⁶. De este modo, parece defenderse una postura favorable a la oponibilidad de las cláusulas de arbitraje (así como las de foro) frente a terceros poseedores, lo que, en último término, supone la defensa de una teoría basada en la sucesión de los derechos del cargador por el tercero.

Recientemente, los tribunales italianos han vuelto a afirmar, si bien en relación con las cláusulas de foro, que, superando la formulación literal de la norma, debe

³⁴ Ver M.B. DELI, “Gli Usi del Commercio Internazionale nel Nuovo Testo dell’Articolo 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1989, p. 49.

³⁵ Dentro de las exigencias del art. 23 del Reglamento de Bruselas I, antes art. 17 del Convenio de Bruselas, según estableció en el mencionado asunto *Coreck Maritime* de 9 de noviembre de 2000.

³⁶ Sentencia dictada por el Tribunal de casación italiano el 2 de marzo de 1964, en *Diritto marittimo*, 1964, p. 274. En el mismo sentido, sentencias de 11 de septiembre de 1979 (*Diritto marittimo*, 1980, p. 31) y 1 de marzo de 2002 (*Diritto marittimo*, 2004, p. 468). Ver F. BERLINGIERI, *op. cit.*, pp. 423-434.

atenderse al comportamiento de las partes en el comercio internacional del que resulta un “uso” conforme al que valorar la voluntad de las partes expresada en un acuerdo de foro. Dado que el B/L por la práctica ha determinado la formación de un uso normativo, la valoración sobre la subsistencia de una prueba idónea de dicho acuerdo, contenido en las condiciones del B/L y firmado tan sólo por el porteador, puede basarse en el hecho de que el cargador, en su “*consapevole adesione ad un uso normativo*” lo recibe sin contestar y negocia a favor del destinatario, lo que supone una aceptación de la cláusula. Por tanto, esta cláusula incluida en un B/L resulta vinculante frente al cargador y oponible al tercero poseedor del B/L, tanto porque éste se subroga en los derechos y obligaciones del cargador, como por el principio de literalidad del título³⁷.

37. Pero otros países, como Francia, son tendencialmente contrarios a admitir este tipo de cláusulas frente a terceros, cuando éstos no las han aceptado expresamente³⁸. Últimamente, sin embargo, hay jurisprudencia que parece contradecir esta corriente³⁹, no siendo tan estricta con el requisito de la aceptación⁴⁰. Ello permitiría

³⁷ Según se ha indicado en la Sentencia de la *Corte di Cassazione* de 17 de enero de 2005, n° 731, “*SGL Carbon SPA c. Agenzia Marittima La Rosa SRL*”, en *Diritto marittimo*, 2006, pp. 154-161, con comentario de F. BINOCOLI. Similar perspectiva se otorgó por el tribunal de apelación de Nápoles el 20 de mayo de 2003, “*Shams Import Export Srl c. Gastaldi & Cspa*”, en *Diritto marittimo*, 2004, p. 1018.

³⁸ Por ejemplo, si bien en relación con una cláusula de foro, en el asunto resuelto por el Tribunal de apelación de París el 30 de noviembre de 2000 (*Droit maritime français*, 2001, p. 1038), se señaló la necesidad de atender tanto a la firma del cargador, como del transitario o el destinatario, en cuanto indicio claro de la aceptación de una cláusula atributiva de competencia por las partes. Asimismo han exigido una aceptación especial decisiones de la *Cour de Cassation* de 25 de junio de 2002 (*Droit maritime français*, 2003, p. 41) o de 7 de diciembre de 2004 (*Droit maritime français*, 2005, p. 133).

³⁹ Así, sentencias como la dictada por el Tribunal de Apelación de París el 2 de mayo de 2001 (*Droit maritime français*, 2001, p. 1037), o por el Tribunal supremo el 12 de julio de 2001. En este último, el Tribunal consideró que la inclusión de este tipo de cláusulas (se trataba, en concreto, de una cláusula de jurisdicción) en un contrato internacional, formaba parte de la economía del contrato y, en cuanto tal, debía ser válida. Otras veces se ha condicionado la validez de la cláusula de competencia al Derecho aplicable al contrato. Fue el caso de la sentencia del Tribunal de apelación de Rouen de 21 de junio de 2001 (*Droit maritime français*, 2001, p. 1038), en la que la oponibilidad a terceros de una cláusula atributiva de competencia en el B/L debía supeditarse al Derecho aplicable al contrato de transporte, que era el holandés (elegido expresamente por las partes). Conforme a éste, la cláusula se reputaba válida ya que el Código civil holandés reconoce que el destinatario sucede en los derechos del cargador, debiendo valorar, además, su consentimiento a la cláusula en función de las exigencias del –entonces- art. 17 del Convenio de Bruselas, y a la luz de la jurisprudencia comunitaria existente al respecto. Desde tal perspectiva, cabía presumir tanto dicho consentimiento, como la formación de un uso en este sector generado por las relaciones habituales entre las partes, en este caso, cargador y destinatario, lo que justificaba la oponibilidad a este último de la mencionada cláusula.

⁴⁰ Recientemente, sentencia de la *Cour de Cassation (ICh.civ.)* de 22 de noviembre de 2005, *Cie AXA et autres c. Société NEMESIS SHIPPING CORPORATE*, con comentarios de P. BONASSIES, en *Droit maritime français*, 2006, pp. 16-26; así como de F. JAULT-SESEKE, *Revue critique de Droit International Privé*, 2006, pp. 607-619. En dicha sentencia se pusieron de manifiesto los conflictos entre la *Chambre civile* de la *Cour de cassation* y la *Chambre commerciale* respecto al problema de la oponibilidad al destinatario de estas cláusulas, normalmente por referencia a una *charter-party* en el B/L. La *Chambre commerciale* ha mantenido en sus decisiones más recientes su postura sobre la necesidad de una aceptación especial por el destinatario para que se le pueda oponer la cláusula, mientras que la *Chambre civile* (la primera cámara) ha confirmado la decisión del tribunal de apelación favorable a la oponibilidad al destinatario y, en este caso en particular, a los aseguradores de una cláusula compromisoria como la aquí referida.

apoyar el proceso de flexibilización descrito que parece afectar, irremediablemente, a la valoración de las cláusulas, tanto de arbitraje como de jurisdicción, habituales de los documentos y/o contratos de transporte marítimo.

IV. VALORACIÓN FINAL: ENTRE LOS USOS DEL TRÁFICO MARÍTIMO INTERNACIONAL Y LOS RIESGOS DE INDEFENSIÓN DE LOS TERCEROS POSEEDORES

38. Los especiales caracteres del transporte marítimo han ido consolidando la formación progresiva de unos “usos” específicos de dicho sector, que está teniendo una influencia decisiva sobre la resolución de las controversias marítimas, así como sobre la determinación de la Ley aplicable a las mismas. Son esos “usos” los que están provocando una interpretación, quizás demasiado flexible, de los requisitos formales y sustanciales que toda cláusula arbitral –y de foro- debería satisfacer. Dicha interpretación favorece una “presunción” del cumplimiento de tales requisitos, que, habida cuenta de la práctica marítima, parece compatible únicamente con la figura del cargador, en cuanto parte originaria del contrato frente al porteador. No puede decirse lo mismo del tercero, ajeno a la relación contractual originaria, que reivindica su legítimo derecho a las mercancías y que ve mermados sus intereses al verse expuesto a litigar en un país al que una cláusula, que ni conocía, ni en ningún momento aceptó, le ha conducido.

39. La duda que se plantea es si debe defenderse una interpretación amplia o restringida respecto a la noción de los “usos” del comercio marítimo internacional y sus efectos sobre tales sujetos. Conforme a la primera, cargador y tercero, en cuanto participantes del tráfico marítimo, estarían expuestos y por ende obligados –ambos- a conocer los “usos” de dicho tráfico, entre ellos, la presencia habitual de cláusulas arbitrales y de foro presentes en un B/L o en una *charter-party*. Ello supondría apoyar la existencia de un consentimiento y conocimiento “presuntos” de los mismos, que justificaría que la cláusula arbitral -o de foro- sería oponible a cualquiera de ellos, sin exigirse especiales requisitos formales y sustanciales (dado que se presumen). Debe, sin embargo, reivindicarse una interpretación restringida que suponga la defensa de los intereses del tercero, de tal modo que, sólo si éste ha aceptado de algún modo la cláusula arbitral –en línea con la jurisprudencia francesa mayoritaria- ésta le resulte oponible. Es aconsejable, pues, una valoración prudente de este tipo de cláusulas que intente respetar una postura que, siendo compatible con el desarrollo de los usos y prácticas marítimas, no vulnere en exceso al tercero ajeno al contrato originario.

40. En definitiva, el proceso flexibilizador que parece afectar a la validez de las cláusulas de foro y arbitrales marítimas, no debería suponer una progresiva indefensión de la figura del tercero. Ciertamente, el peso de los intereses del transporte marítimo internacional podría más bien apoyar lo contrario. De hecho, la misma proclamación que el legislador español ha realizado, tras la Ley 60/2003, de una *lex mercatoria*

reguladora del convenio arbitral, estaría confirmando la fuerza de los usos del tráfico comercial internacional y, en cierta forma también, el triunfo de esos intereses. Unos intereses que, en último término, pueden favorecer el apoyo de una interpretación excesivamente flexible y amplia en la valoración –formal y sustancial- de este tipo de cláusulas.