

VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE EN LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA DE 2014*

Validity of arbitration clauses under Spanish Shipping Act 2014

JAVIER PÉREZ FONT

Abogado. LLM (Distinction) in International Commercial and Maritime Law (Swansea University).
Doctorando en Derecho Internacional Privado (Universidad Pública de Navarra)

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1
Enero – Mayo 2022
Págs. 35-62

Resumen: Con el objetivo de blindar a los empresarios españoles frente a las cláusulas que les obligan a arbitrar sus disputas marítimas en el extranjero, la Ley de Navegación Marítima implementa una controvertida regulación proteccionista sobre la validez y transferibilidad de las cláusulas de arbitraje. Distinguiendo entre la regulación de la validez de estas cláusulas y sus efectos frente a terceros, el artículo examina el ámbito de aplicación real de la regulación contenida en la Ley de Navegación Marítima de acuerdo con la Convención de Nueva York.

Palabras clave: Conocimiento de embarque – Ley de Navegación Marítima – Convención de Nueva York – Ley aplicable al convenio arbitral – Oponibilidad del convenio arbitral frente a un tercero.

Abstract: Intended to protect domestic businessmen from clauses compelling them to arbitrate their maritime disputes in countries other than Spain, the Spanish Shipping Act implements a controversial protectionist regulation on the validity and transferability of foreign arbitration clauses. Distinguishing between the regulation on the validity of foreign arbitration clauses and on their opposability against the holder of a bill of lading, the article examines the actual applicability of these provisions of the Spanish Shipping Act in the light of the New York Convention.

Keywords: Bill of lading – Spanish Shipping Act – New York Convention – Law applicable to the arbitration agreement – Opposability of the arbitration agreement against a third party.

* The project leading to these results has received funding from UNED Pamplona, Caja Navarra Foundation and «la Caixa» Foundation, under agreement LCF/PR/PR15/51100007.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ¿DEBE UNA PARTE DE UN CONTRATO MARÍTIMO SER ASIMILADO A UN CONSUMIDOR? III. EL ART. 468 Y LA VALIDEZ DEL CONVENIO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. 1. *Delimitación teórica del ámbito de aplicación del art. 468 de la LNM*. 1.1. La ley aplicable al convenio de arbitraje en el marco de la Ley española de arbitraje. 1.2. La ley aplicable al convenio de arbitraje en el marco del Derecho comparado y del Derecho internacional. A. Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961. B. Common law. C. Otros ordenamientos jurídicos. 2. *Delimitación del ámbito de aplicación efectivo del art. 468 de la LNM*. 2.1. Reconocimiento del convenio de arbitraje de acuerdo con el art. II de la CNY. 2.2. Reconocimiento y ejecución en España del laudo adoptado a raíz de una cláusula de arbitraje que no cumpla con los requisitos del art. 468 de la LNM. IV. EL ART. 251 DE LA LNM: Oponibilidad de la cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en el conocimiento de embarque frente a su tenedor. 1. *El art. 251 de la LNM y la posición tradicional de las partes en el marco de un conocimiento de embarque*. 2. *Delimitación del ámbito teórico de aplicación del art. 251 de la LNM*. 3. *Delimitación del ámbito efectivo de aplicación del art. 251 de la LNM*. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2014, el legislador español aprobó la Ley de Navegación Marítima¹ (LNM, de aquí en adelante), cuyo art. 468 tiene por objeto la regulación de las cláusulas de sumisión a arbitraje o litigación extranjeros insertas en los contratos de utilización del buque y los contratos auxiliares de navegación. A tenor de este artículo, salvo cuando hayan sido negociadas individual y separadamente, estas cláusulas serán nulas y se tendrán por no puestas.

Extendiendo los efectos de esta normativa a las cláusulas de arbitraje o sumisión previstas en los conocimientos de embarque, el art. 251 de la LNM prevé que la transmisión del conocimiento conllevará la transferencia de todos los derechos y acciones que correspondieran al 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 art. 468 de la LNM.

El objetivo del presente artículo es analizar el impacto que esta regulación tiene sobre las cláusulas de arbitraje². El análisis se dividirá en cuatro partes: en primer lugar se examinará la validez de la premisa sobre la que se asienta la regulación prevista en el art. 468 de la LNM; a continuación, se analizará la relación entre el art. 468 y el Convenio de Nueva York de 1958³ (CNY, de

1. Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 2014.
2. Para un análisis del impacto del art. 468 de la LNM en las cláusulas de sumisión a favor de tribunales extranjeros, ver: Pérez Font, J., «Validity of foreign jurisdiction clauses under Spanish Shipping Act 2014» en *The Journal of International Maritime Law*, vol 27, núm. 1, pp. 65-75.
3. Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, Boletín Oficial del Estado, de 11 de julio de 1977.

aquí en adelante); posteriormente se determinarán los efectos del art. 251 de la LNM en la oponibilidad de las cláusulas de arbitraje contenidas en los conocimientos de embarque transferibles frente a sus tenedores; y, finalmente, se extraerán algunas conclusiones.

II. ¿DEBE UNA PARTE DE UN CONTRATO MARÍTIMO SER ASIMILADO A UN CONSUMIDOR?

Equiparando implícitamente los contratos marítimos a los de consumo, la regulación del art. 468 de la LNM se asienta sobre la premisa de que en todo contrato marítimo podemos encontrar una parte fuerte –el porteador o el fletante– y una débil –el cargador, fletador o adquirente del conocimiento de embarque–. Como consecuencia de esta situación, es necesario adoptar medidas cuyo objeto es proteger al segundo de los abusos del primero, siendo uno de ellos la inclusión de cláusulas que compelen a las partes a arbitrar o litigar sus disputas en un foro no suficientemente vinculado con el contrato⁴.

Esta concepción de la relación entre las partes de un contrato marítimo resulta bastante forzada. Ni las partes de un contrato marítimo pueden ser asimiladas a los consumidores⁵, ni las cláusulas de jurisdicción o arbitraje insertas en un contrato mercantil internacional pueden ser tildadas de abusivas por el mero hecho de que el lugar acordado para litigar o arbitrar no sea el más estrechamente vinculado con las disputas o reclamaciones que puedan surgir entre las partes.

Con carácter general, las partes de un contrato marítimo son empresas habitualmente involucradas en transacciones internacionales complejas y costosas. Estimar que, por tener diferentes tamaños o volúmenes de negocio, una parte de un contrato marítimo debe ser legalmente protegida de las consecuencias que se deriven del ejercicio de su autonomía de la voluntad es una trivialización de su situación como parte de una transacción mercantil. Esta trivialización se convierte en una falacia cuando la supuesta debilidad de la

-
4. La identificación de la litigación o arbitraje de las disputas marítimas en un Estado extranjero como un abuso la realiza el propio legislador en la Exposición de Motivos de la LNM. Así, al exponer las razones que conducen a la implementación de la nueva normativa, el legislador expresamente afirma que el art. 468 de la LNM tiene por objeto «evitar los abusos detectados» (considerando XI de la Exposición de Motivos de la LNM).
 5. Como acertadamente recalca Gómez Jene, de acuerdo con lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el párrafo 23 de la sentencia del caso *Tilly Russ*-STJUE de 19 de junio de 1984, *Russ*, C-71/83, ECLI:EU:C:1984:217–, aunque eventualmente una parte de un contrato marítimo pueda ser más débil que la otra, ambas son profesionales que libremente deciden celebrar el contrato y, por tanto, no pueden ser asimiladas a un consumidor. Ver: Gómez Jene, M., «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva ley de navegación marítima» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, pp. 112-129, párrafo 7.

parte protegida no depende de su tamaño, situación económica o estatus en el comercio internacional, sino de su posición en el seno de un contrato. ¿Resultaría lógico considerar a una gran corporación como Nestlé, Glencore o Volkswagen una parte más débil que cualquier porteador por el simple hecho de que contraten los servicios de este para transportar sus productos?

En la medida en que los términos y condiciones que rigen un contrato de transporte marítimo no son generalmente el resultado de una negociación entre las partes, sino de la aceptación expresa o implícita de los términos y condiciones previstos en el contrato estándar utilizado por el porteador⁶, las cláusulas de arbitraje y litigación han sido tradicionalmente consideradas su primera línea de defensa⁷. Obviamente, dado que la mayoría de las reclamaciones y disputas que pueden surgir en relación con el transporte serán en contra del porteador, este no va a dispararse en el pie estableciendo unos términos y condiciones que puedan ir en contra de sus intereses. Por ello, resulta difícil imaginar que el porteador vaya a elegir un foro que presente una conexión con el sector marítimo o las partes del contrato tan escasa o remota que conlleve que las decisiones arbitrales o judiciales no vayan a ser fácil y rápidamente reconocibles y ejecutables.

Asimismo, por razones cuyo análisis desbordaría el objeto del presente artículo, en la práctica, la mayoría de los contratos marítimos se decantan por someter las disputas a la litigación o arbitraje en una serie de foros entre los cuales no se encuentra España⁸. Resulta complicado comprender por qué la

-
6. Debido a la complejidad inherente al transporte marítimo internacional, al igual que ocurre en otros sectores económicos, los contratos marítimos serán generalmente contratos de adhesión. Como sabemos, esto implica que los términos y condiciones previstos en el contrato ni serán el resultado de una negociación entre las partes, ni podrán ser enmendados o modificados por el cargador o fletador, que únicamente podrán aceptarlos o rechazarlos [*Homburg Houtimport BV v Agrosin Private Ltd & Others («The Starsin»)* (2003) 1 Lloyd's Rep 571, párrafo 144]. Internacionalmente esto tiene una consecuencia fundamental: en caso de ambigüedad, la interpretación del contrato se regirá por el principio *contra proferentem* (Aikens, R., Lord, R., Bools, M., *Bills of Lading*, London, Informa Law, 2015, párrafo 7.44).
7. Bonassies, P., Scapel, C., *Droit Maritime*, París: LGDJ, 2006, para 1152.
8. Los cinco principales foros para el arbitraje de disputas comerciales internacionales son Londres, París, Singapur, Hong Kong y Ginebra (2018 International Arbitration survey: the evolution of international arbitration, Queen Mary University of London, 2018, disponible en: <https://tinyurl.com/y3nyf4q8>). En el caso de las disputas marítimas, como evidencian contratos tan populares en el sector como *Barecon 89* (cláusula 26), *Gencon 1994* (cláusula 19), *Baltimex 1939* (cláusula 22) o *Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement* (cláusula 1), Londres es indudablemente la opción preferida entre los actores del transporte marítimo internacional. La situación predominante de Londres como sede para el arbitraje marítimo no es aceptada de buen agrado en algunas jurisdicciones. Esta situación se ilustra perfectamente con los problemas que han surgido en Estados Unidos en relación con el reconocimiento de la cláusula de arbitraje en Londres prevista en el *Lloyd's Standard Form of Salvage Agreement*. Obviando que el art. 202 del Título 9 del

elección de uno de estos foros puede ser considerada una práctica abusiva, especialmente cuando, debido a su popularidad, las empresas habitualmente partícipes en el transporte marítimo tienen sus domicilios o activos en dichas jurisdicciones. De hecho, de poderse tildar la elección de un foro como práctica abusiva, parece evidente que, desde la perspectiva de los usos y costumbres propios del transporte marítimo, sería la elección de España la que podría considerarse una práctica abusiva pues no dejaría de ser un foro exótico para los actores del transporte marítimo internacional.

III. EL ART. 468 Y LA VALIDEZ DEL CONVENIO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Como se ha referido anteriormente, el art. 468 de la LNM vincula la validez del convenio que prevé el arbitraje de las disputas marítimas en un país que no sea España a su negociación individual y separada. De esta regulación surgen dos preguntas:

- a) ¿Cuándo debería teóricamente el art. 468 de la LNM regir la validez de una cláusula de arbitraje inserta en un contrato marítimo?

Código unificado de comercio de Estados Unidos –9 USC § 202– contiene la definición de laudo no doméstico a efectos del art. I(1) de la CNY en el marco del Derecho estadounidense [*Bergesen v Joseph Muller Corporation* Court of Appeals 710 F2D 928 (2d Cir 1983) 932-933]; *Industrial Risk Insurers & others v MAN Gutehoffnungschütte GmbH* Court of Appeals (No. 94-2982, 1998) 12; *Jacada (Europe) v International Marketing Strategies Inc* Court of Appeals (No. 03-2521, 2005) 5-6], algunos tribunales han denegado el reconocimiento del convenio de arbitraje en Londres por el mero hecho de que la relación jurídica existente entre las partes no presentaba una conexión internacional razonable. Así, en *EnSCO Offshore Co v Titan Marine LLC* 370 F. Supp. 2d 594 (S.D. Tex. 2005), en relación con un rescate de una plataforma petrolífera ubicada en el Golfo de México, Hanen USDJ denegó el reconocimiento del convenio de arbitraje en Londres porque las partes eran norteamericanas. Esta decisión resulta evidentemente un atropello. En primer lugar, teniendo en cuenta que la plataforma estaba ubicada en aguas mexicanas y fue conducida para su reparación a un puerto estadounidense, resulta har- to complicado comprender cómo se puede decir que el rescate no tiene un carácter internacional cuando ha implicado el traslado de la plataforma desde un Estado a otro. En segundo lugar, a efectos del art. II(3) de la CNY resulta irrelevante la nacionalidad de las partes o el carácter internacional de la relación jurídica existente entre ellas, lo importante es la existencia de un convenio que prevea el arbitraje de las disputas en un Estado contratante de la CNY diferente de aquel ante cuyos órganos judiciales se haga valer el convenio de arbitraje. Por este mismo motivo, decisiones como *Jones v Seat Tow Services Freeport NY Inc* 30 F3d 360 (2d Cir. 1994) y *Brier v Northstar Marine Inc* D New Jersey (No 91-597, 1992) en las cuales tribunales estadounidenses han denegado el reconocimiento de convenios de arbitraje en Londres por tratarse de disputas entre ciudadanos norteamericanos derivadas de prestaciones de servicios íntegramente ubi- cadas en territorio norteamericano deben ser igualmente censuradas. Sobre el art. 202 y la definición de laudo no doméstico en Estados Unidos, vid. Van Den Berg, A., «When is an arbitral award nondomestic under the New York Convention 1958?» en *Pace Law Review*, vol. 6, issue 25, pp. 25-65.

b) Considerando que los requisitos establecidos en el art. 468 de la LNM versan sobre la validez del convenio de arbitraje y que la misma está también regulada en otros instrumentos internacionales como la CNY, ¿cuál es realmente el ámbito de aplicación del art. 468 de la LNM?

1. DELIMITACIÓN TEÓRICA DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 468 DE LA LNM

A pesar de lo que pueda sugerir su literalidad, en el marco del arbitraje comercial internacional la validez de un convenio de arbitraje inserto en un contrato de transporte marítimo no puede examinarse de acuerdo con el art. 468 de la LNM por el mero hecho de que el contrato esté estrechamente conectado con España, o porque se haya presentado una demanda ante un órgano judicial español.

Tratándose de una regulación que versa sobre la forma conforme a la cual las partes de un contrato marítimo deben acordar someter sus disputas a arbitraje en un Estado que no sea España, la delimitación del ámbito de aplicación del art. 468 de la LNM debe comenzar con el análisis de cuándo la validez de un convenio de arbitraje se regirá por el derecho español.

Respecto a la validez del convenio de arbitraje caben distinguir dos posiciones doctrinales:

a) Unos autores han considerado que la ley aplicable al convenio de arbitraje –que en este artículo denominaré *lex arbitri*– regulará su validez⁹, determinando así cuando el convenio es nulo, anulable o ilegal¹⁰.

Siguiendo esta posición, siempre y cuando resultara aplicable el derecho español a la cláusula de arbitraje inserta en el contrato marítimo, la cláusula que dispusiera el arbitraje de las disputas en un Estado que no fuera España sería nula de no haber sido negociada individual y separadamente.

a) Otros autores, distinguiendo entre validez formal y material, han mantenido que mientras la validez formal del convenio se rige por la ley del lugar donde el arbitraje tenga su sede –que denominaré en este artículo *lex loci arbitri*–, la validez material lo hará por la *lex arbitri*¹¹.

9. Hill, J., Chong, A., *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts*, Londres: Hart Publishing, 2010, párrafo 21.1.5; Merkin, R. M., Flannery, L., *Arbitration Act 1996*, Londres: Informa Law, 2008, pp. 207-208.

10. Hill, J., Chong, A., *International Commercial Disputes... cit.* (cita 9), párrafo 21.1.5.

11. Poudret, J. F., Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, Londres: Thomson Sweet & Maxwell, 2007, pp. 294-295.

Siguiendo esta posición, en la medida en que los requisitos del art. 468 de la LNM hacen referencia a la forma conforme a la cual debe haberse alcanzado el acuerdo de arbitraje, el art. 468 de la LNM únicamente se aplicaría a aquellas cláusulas que prevean el arbitraje en España. Siendo así, dado que el art. 468 de la LNM dispone expresamente que su aplicación queda circunscrita a los arbitrajes con sede en un Estado que no sea España, el art. 468 de la LNM no tendría aplicación.

En mi opinión, aunque en la mayoría de los casos el debate será irrelevante porque la *lex loci arbitri* y la *lex arbitri* serán la misma, parece preferible considerar que una única ley, la aplicable al convenio, sea la que rijas su validez. Esto es así no solamente porque al someterse a un único ordenamiento se simplifique el examen de la validez del convenio, sino también porque, como ocurre en el caso del art. 468 de la LNM, dado que no siempre es fácil determinar cuándo una cuestión concierne a la validez formal o material, el sometimiento a un único sistema normativo fortalece la seguridad jurídica de las partes.

En consecuencia, siempre y cuando le resulte aplicable el derecho español, la validez de la cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en un contrato marítimo se regirá teóricamente por lo previsto en el art. 468 de la LNM. De esta afirmación surge otra cuestión: ¿cuándo resultará aplicable el derecho español a la cláusula de arbitraje prevista en un contrato de transporte marítimo? Para poder responder a esta pregunta vamos a analizar brevemente las diferentes formas de identificar la ley aplicable a una cláusula de arbitraje.

1.1. La ley aplicable al convenio de arbitraje en el marco de la Ley española de arbitraje

Siguiendo el principio de validación¹², de manera similar al art. 178(2) de la Ley suiza de derecho internacional privado¹³, el art. 9(6) de la Ley española de arbitraje¹⁴ (LArb, de aquí en adelante) dispone que un convenio de arbitraje internacional será válido si cumple con los requisitos de la *lex arbitri* elegida por las partes, la ley aplicable al fondo de la controversia –que, en caso de disputas contractuales, será generalmente la *lex contractus*¹⁵–, o la ley española.

12. Gómez Jene, M., *Arbitraje Comercial Internacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2018, p. 187.

13. El art. 178(2) de la Ley suiza de Derecho internacional privado dispone lo siguiente: «*Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que posent soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*».

14. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, Boletín Oficial del Estado, de 26 de diciembre.

15. Conviene recordar que, a la hora de determinar la *lex contractus*, las normas de conflicto aplicables en el marco comunitario son las previstas en el Reglamento (CE) 593/2008

De esta manera, si las partes hubieran elegido como *lex contractus* o *lex arbitri* la ley de un Estado que no sea España¹⁶, el tribunal español no podría denegar el reconocimiento del convenio de arbitraje en el extranjero inserto en un contrato marítimo al amparo del art. 468 de la LNM cuando aquel fuera válido conforme a cualquiera de dichas leyes.

Asimismo, incluso en el supuesto en que las partes no hubieran elegido la ley aplicable al contrato o a la cláusula de arbitraje, siendo aplicable al fondo de la controversia un derecho que no fuera el español¹⁷, el tribunal tampoco

del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 de julio de 2008.

16. Por un lado, conviene tener en cuenta que el art. 1(2)(e) del Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación «los convenios de arbitraje y de elección del tribunal competente». Esto conlleva que mientras las normas previstas en el Reglamento no se aplicarán a la cláusula de arbitraje, sí se aplicarán al contrato que la contenga (*Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235, párrafo 8). Por otro lado, en relación con la elección de *lex contractus*, conviene siempre recordar que el art. 3 del Reglamento reconoce el derecho de las partes a elegir expresa o implícitamente el Derecho aplicable a todo o parte del contrato.
17. De acuerdo con lo previsto en el art. 12 del Reglamento Roma I, a una disputa concerniente a un transporte marítimo le resultará aplicable la ley que rija el contrato que cubra dicho transporte. En este sentido, a falta de elección, el art. 5(1) del Reglamento prevé que al contrato de transporte de mercancías se aplicará «la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes». A esto el art. 5(3) del Reglamento añade que «si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en [el apartado 1], se aplicará la ley de ese país». A este respecto debe tenerse presente que, a efectos del art. 5 del Reglamento, un contrato de transporte de mercancías significa un contrato mediante el cual un transportista asume la obligación de transportar unos bienes de un lugar a otro a cambio de un importe de dinero. A raíz de esta definición ha surgido históricamente el debate de si un contrato de fletamento puede ser o no considerado un contrato de transporte de mercancías a efectos del art. 5(1) del Reglamento Roma I. No existe controversia acerca de los contratos de fletamento por viaje, vid. Considerando núm. 22 del Reglamento Roma I, STJUE de 6 de octubre de 2009, *Intercontainer Interfrigo SC*, C-133/08, ECLI:EU:C:2009:617, párrafos 33-37; Schulze, G., «Article 5: Contracts of Carriage» en Calliess, G. P., *Rome Regulations: Commentary on the European rules of the conflicts of laws*, La Haya: Kluwer Law International, 2011, pp. 101-121, párrafo 11; Nielsen, P.A., «The Rome I Regulation and Contracts of Carriage» en Ferrari, F., Leible, S., *Rome I Regulation: The law applicable to contractual obligations in Europe*, Múnich: Sellier-European Law Publishers, 2009, pp. 99-108, p. 106; Morse, C. G. J., McClean, D., Collins, A., *Dicey, Morris & Collins on Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 2018, párrafos 33-094. Sin embargo, en relación con los contratos de fletamento por tiempo la cuestión no es tan pacífica. En mi opinión, convendría distinguir entre los contratos de fletamento por tiempo en sentido estricto y los denominados *demise* o *bareboat*. Dado que el objeto de estos últimos es la toma de posesión y control del buque por el fletador (Wilson, J. F., *Carriage of Goods by Sea*, Londres: Longman, 2001, pp. 188-190), no parece que pueda considerarse un contrato de transporte de mercancías a efectos del art. 5(1) del Reglamento (Schulze, G., «Article 5: Contracts...» *cit.*, párrafo 13; Nielsen, P. A.,

podría denegar el reconocimiento del convenio de arbitraje en el extranjero cuando este fuera válido conforme a dicha ley.

Por tanto, de conformidad con la LArb, puede concluirse que el ámbito de aplicación teórico del art. 468 de la LNM sería residual.

1.2. La ley aplicable al convenio de arbitraje en el marco del Derecho comparado y del Derecho internacional

En relación con la ley aplicable al convenio de arbitraje, en el Derecho comparado y en el Derecho internacional se han adoptado diferentes aproximaciones. Como se examinará en las líneas siguientes, de acuerdo con ellas el ámbito teórico de aplicación del art. 468 de la LNM no sería más amplio que al amparo de lo previsto en la LArb.

A. *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961*

En relación con el análisis de la validez de los convenios de arbitraje, el art. VI(2) del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (CEACI, de aquí en adelante) dispone que los órganos jurisdiccionales de los Estados parte deben aplicar la *lex arbitri* elegida por las partes; a falta de elección, la *lex loci arbitri*; y, finalmente, a falta de elección de *lex arbitri* y de sede, se deberá aplicar la ley que resulte de aplicar las normas de conflicto del Estado ante el que se pretende hacer valer el convenio de arbitraje.

De acuerdo con esta regulación, considerando que el art. 468 de la LNM únicamente se aplicará a los convenios que tengan por objeto arbitrajes en un Estado que no sea España, el órgano judicial ante el que se hiciera valer una cláusula de arbitraje en el extranjero prevista en un contrato marítimo únicamente podría examinar su validez de acuerdo con el art. 468 de la LNM en dos situaciones:

- a) Cuando las partes hubieran expresamente elegido la ley española como *lex arbitri*.

«The Rome I Regulation...» *cit.*, p. 106). En cambio, en los contratos de fletamento por tiempo en sentido estricto, el fletante asume la obligación de efectuar, usando su propia tripulación y buque, en nombre del fletador, los transportes que este encomiende durante un período determinado de tiempo [*Skibsaktieselskapet Snefonn, Skibsaksjeselskapet Bergehus And Sig Bergesen Dy & Co V Kawasaki Kisen Kaisha Ltd (The «Berge Tasta»*) (1975) 1 Lloyd's Rep 422, p. 424; *Scandinavian Trading Tanker Co Ab V Flota Petrolera Ecuatoriana (The «Scaptrade»*) [1983] 2 Lloyd's Rep 253, pp. 256-257; Coghlin, T., Baker, A., Kenny, J., Kimball, J., Belknap, T. H., *Time Charters*, Londres: Informa Law, 2014, párrafo 1.4]. Por ello, parece que estos contratos de fletamento por tiempo sí podrían ser considerados contratos de transporte de mercancías a efectos del art. 5(1) del Reglamento Roma I (Morse, C. G. J., McClean, D., Collins, A., *Dacey, Morris... cit.*, para. 1.25).

b) Cuando, no existiendo elección de ley aplicable al convenio de arbitraje, ni de sede, las normas de conflicto del Estado ante cuyos tribunales se hace valer el convenio de arbitraje dispusieran que debe aplicarse la ley española.

Por otro lado, como España es parte del CEACI¹⁸, cuando las partes tuvieran su residencia habitual o sede en diferentes Estados contratantes de la CEACI¹⁹ en el momento de celebración de un contrato de transporte marítimo que contuviera una cláusula de arbitraje en el extranjero, un órgano jurisdiccional español ante el que se hiciera valer dicha cláusula de arbitraje no podría aplicar la ley española, sino lo dispuesto en el art. VI(2) del CEACI²⁰.

B. *Common law*

Enmendando la decisión de la Corte de Apelación²¹, y respaldando la doctrina establecida por Moore-Bick LJ en *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others*²², así como en *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others*²³, el Tribunal Supremo del Reino Unido clarificó las reglas concernientes a la determinación de la ley

18. Aunque España firmó la CEACI el 14 de diciembre de 1961, la ratificación tuvo lugar catorce años después, el 5 de marzo de 1975. Esta fue publicada en el Boletín Oficial del Estado, de 4 de octubre de 1975.
19. El art. I(1)(a) de la CEACI dispone que se aplicará «a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes». Además de España, los siguientes Estados son parte del CEACI: Albania, Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia, Bulgaria, Burkina Faso, Croacia, Cuba, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Kazajistán, Letonia, Luxemburgo, Montenegro, Macedonia del Norte, Polonia, Moldavia, Rumania, Rusia, Serbia, Turquía y Ucrania. Como se puede observar, habiendo sido suscrito por Estados africanos, americanos y asiáticos, el carácter *européo* del CEACI es ciertamente relativo.
20. Gómez Jene, M., *Arbitraje Comercial Internacional... cit.* (cita 12), p. 185. Ver también: AAP M 5039/2009, 1 abril, ES:APM:2009:5039A, FD 3 y 4.
21. *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] EWCA Civ 574.
22. *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 671. Ver también: *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 275; *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235; *BCY v BCZ* [2017] 3 SLR 357; *BNA v BNB & BNC* [2019] SGCA 84 [2020] 1 Lloyd's Rep 55; Nazzini, R., «The law applicable to the arbitration agreement: towards transnational principle» en *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, pp. 681-703; Primrose, B., «Separability and stage one of the Sulamerica Inquiry» en *Arbitration International*, vol. 33, pp. 139-151.
23. *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38.

aplicable a una cláusula de arbitraje inserta en un contrato mercantil en el *common law*²⁴.

De aplicarse esta doctrina del Tribunal Supremo del Reino Unido a la determinación teórica del ámbito de aplicación del art. 468 de la LNM en relación con cláusulas de arbitraje en el extranjero previstas en contratos de transporte marítimo, podríamos distinguir tres situaciones:

- A) Independientemente de cuál sea el lugar elegido como sede del arbitraje, cuando las partes hubieran elegido expresamente la ley española como *lex arbitri*, habría de aplicarse el art. 468 de la LNM, lo que determinaría la nulidad de todo aquel convenio que no haya sido negociado individual y separadamente.
- B) Si las partes no hubieran realizado una elección expresa de *lex arbitri*, pero hubieran elegido expresamente la ley española como *lex contractus*²⁵, debería presumirse que, salvo indicación en contrario, era voluntad de las partes que la ley española rigiese todas las cláusulas del contrato, incluida la de arbitraje²⁶. Dicho de otro modo, se aplicaría una presunción *iuris tantum* a favor de considerar que la elección expresa de *lex contractus* conlleva la elección implícita de esa misma ley como *lex arbitri*.

Sin embargo, al igual que ocurría en el caso *Sul América*, en el supuesto que nos ocupa existirían dos elementos que considerados conjuntamente rebatirían dicha presunción: por un lado, la elección de una sede del arbitraje que no se ubicaría en España; y, por otro lado, el hecho de que la presunción determinaría la aplicabilidad del art. 468 de la LNM a la cláusula de arbitraje y esto implicaría su nulidad.

En este sentido, dado que sería irracional que las partes acordaran resolver las disputas mediante arbitraje y, al mismo tiempo, eligieran una *lex arbitri* que determinaría la nulidad de dicho acuerdo, no podría considerarse la elección expresa de la ley española como ley aplicable a un contrato de transporte marítimo como elección implícita de la ley española como ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el extranjero en él prevista²⁷.

24. Para una análisis más exhaustivo de la identificación de la ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el *common law*, ver: Pérez Font, J., «The implied choice of the proper law of the arbitration agreement under the Common Law» en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, pp. 539-551.

25. Art. 3(1) del Reglamento Roma I.

26. *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38, párrafos 53 y 60; *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 275, párrafos 11 y 26.

27. *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38, párrafo 108; *Sul América Cia Nacional de Seguros SA & Others v Enesa Egenharia SA & Others* [2012] 1 Lloyd's Rep 275, párrafos 30 y 31.

Así, descartada la existencia de una elección expresa o implícita de *lex arbitri*, habría de determinarse la ley aplicable a la cláusula de arbitraje analizando sus conexiones más estrechas y reales, lo que desembocará generalmente en la aplicabilidad de la *lex loci arbitri*²⁸.

Esto nos llevaría a que, dado que el art. 468 de la LNM únicamente se aplicará a cláusulas que prevean el arbitraje de las disputas en un Estado que no sea España, en esta situación dicho artículo carecería de aplicabilidad pues a la cláusula le resultaría aplicable la ley del lugar elegido como sede, la *lex loci arbitri*.

C) Por último, cuando las partes no hubieran elegido ni *lex contractus*, ni *lex arbitri*, con independencia de que el contrato de transporte marítimo se rigiera por la ley española como consecuencia de una norma de conflicto aplicable²⁹, la cláusula de arbitraje se regiría por la ley que presentase una conexión más estrecha y real con el arbitraje.

En esta situación, como hemos visto anteriormente, siendo la *lex loci arbitri* el ordenamiento jurídico que presenta generalmente una conexión más estrecha y real con el arbitraje³⁰, el art. 468 de la LNM tampoco tendría aplicación.

28. *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO Insurance Company Chubb & Others* [2020] UKSC 38, párrafo 120. Siguiendo lo doctrina establecida en el caso *Sul América*, en *Arsanovia Ltd & Others v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2013] 1 Lloyd's Rep 235, en relación con una cláusula que preveía un arbitraje en Londres inserta en un contrato que contenía una elección expresa del Derecho indio como *lex contractus*, Smith J sostuvo que la ley aplicable al convenio de arbitraje era la ley india: «[the express choice of Indian Law as the law governing the contract] is, at the least, a strong pointer to their intention about the law governing the arbitration agreement and there is no contrary indication other than the choice of a London seat for arbitrations» (párrafo 21). No obstante, Su Señoría reconoció que, de no haberse elegido expresamente el Derecho indio como *lex contractus*, el hubiera establecido que la ley aplicable al convenio de arbitraje era la ley inglesa pues la *lex loci arbitri* se revela como el sistema legal que presenta una conexión más estrecha y real con el arbitraje (párrafo 29).

29. De acuerdo con el art. 5(1) del Reglamento Roma I, a falta de elección expresa o implícita de *lex contractus*, la ley española regiría el contrato de transporte marítimo de mercancías cuando: (a) El transportista tuviera su residencia habitual en España y el lugar de recogida, entrega o residencia habitual del cargador estuviera en España; o, (b) Cuando el lugar de entrega de las mercancías esté en España.

30. Antes del caso *Sul América*, en *C v D* [2008] 1 Lloyd's Rep 239, en relación con la determinación de la ley aplicable a una cláusula de arbitraje inserta en un contrato que contenía una elección de la ley de Nueva York como *lex contractus*, Longmore LJ sostuvo que la ley aplicable a un convenio de arbitraje debía ser aquella que presentara una conexión más estrecha y real con el arbitraje, siendo esta generalmente la ley del lugar donde las partes han decidido celebrar el arbitraje (*ibid.*, párrafo 26). Como se ha comentado, a raíz de lo establecido en primer lugar por la Corte de Apelación en el caso *Sul América* y, en segundo lugar, por el Tribunal Supremo del Reino Unido en el caso *Enka*, la opinión de Longmore LJ es todavía válida, pero se aplicará esencialmente en dos supuestos: (1) Cuando la apli-

En conclusión, en el ámbito del *common law*, el art. 468 de la LNM únicamente se aplicaría cuando, a pesar de haber acordado que sus disputas se sometían a un arbitraje a celebrar fuera de España, las partes hubiera expresamente dispuesto que la ley española operase como *lex arbitri*.

C. Otros ordenamientos jurídicos

Considerando la estrecha conexión existente entre la *lex loci arbitri* y la *lex arbitri*, en algunas jurisdicciones se ha optado por disponer que, a falta de elección expresa, la *lex arbitri* será la *lex loci arbitri*³¹.

Consecuentemente, en el ámbito de estas jurisdicciones, el art. 468 de la LNM únicamente podría aplicarse cuando las partes hubieran elegido expresamente la ley española como ley aplicable a la cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en un contrato de transporte marítimo.

2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN EFECTIVO DEL ART. 468 DE LA LNM

A pesar de ser una consecuencia inherente a la relación jerárquica existente entre normas domésticas e internacionales, el art. 468 de la LNM comienza reconociendo expresamente su subordinación a los disposiciones internacio-

cabilidad de la ley elegida expresamente como *lex contractus* determine que la cláusula de arbitraje es nula o ineficaz; y, (2) cuando el contrato no contenga una elección expresa o implícita de *lex contractus* [Merkin, R. M., Flannery, L., *Arbitration Act... cit.* (cita 9), p. 211].

31. Por ejemplo, el art. 48 de la ley sueca de arbitraje dispone que, a falta de elección expresa de ley aplicable al convenio de arbitraje, «*el convenio de arbitraje se regirá por la ley del Estado donde, de acuerdo con lo voluntad de las partes, el arbitraje tuvo o deba tener su sede*». Así, en *Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd v AI Trade Finance Inc Högsta Domstolens* (No 1881-99, 27/10/2000) –un caso concerniente a un laudo adoptado en Suecia a raíz de una cláusula de arbitraje inserta en un contrato que contenía una elección expresa de la ley austriaca como *lex contractus*–, el Tribunal supremo sueco concluyó que, no habiendo las partes elegido expresamente la ley aplicable a la cláusula de arbitraje, la validez de esta debía examinarse de acuerdo con la ley donde el arbitraje tuvo su sede, es decir, conforme a lo previsto en la ley sueca. Igualmente, en Bélgica, en *Matermaco SA v PPM Cranes Inc* (2000) 25 YBCA 641, el Tribunal de Bruselas sostuvo que, a pesar de que las partes habían elegido expresamente la ley de Wisconsin como *lex contractus*, la elección de Bélgica como sede del arbitraje significaba que, no existiendo elección expresa de *lex arbitri*, a la cláusula de arbitraje resultaba aplicable el Derecho belga. La misma postura que la examinada en Suecia y Bélgica se establece expresamente en el art. 6 de ley escocesa de arbitraje: «*Where: (a) the parties to an arbitration agreement agree that an arbitration under that agreement is to be seated in Scotland, but (b) the arbitration agreement does not specify the law which is to govern it, then, unless the parties otherwise agree, the arbitration agreement is to be governed by Scots law*». Ver también: Nazzini, R., «The law applicable...» *cit.* (cita 22), pp. 685-686; Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *Redfern & Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Londres: Sweet & Maxwell, 2015, párrafos 3.25-3.26.

nales o comunitarias³². La consecuencia inmediata de este reconocimiento es que, en la medida en que la cláusula de arbitraje inserta en un contrato de transporte marítimo internacional sea válida conforme a una disposición comunitaria o internacional, el art. 468 de la LNM no se podrá aplicar³³.

No existiendo normativa comunitaria en materia de arbitraje³⁴, el ám-

32. De manera análoga, el propio art. 2(1) de la LNM dispone que la LNM se aplicará en tanto en cuanto «no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacional vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulan la misma materia».
33. Iraculis Arregui, N., «Validez y eficacia de la cláusula de sumisión a una jurisdicción extranjera: ámbitos de enjuiciamiento con arreglo a la ley de navegación marítima» en *Revista Aranzadi Doctrina Civil-Mercantil*, vol. 11, p. 3; Gómez Jene, M. «Las cláusulas de jurisdicción...» *cit.* (cita 5), párrafos 44-45.
34. De conformidad con lo previsto en el art. 220 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, los Estados fundadores de la Comunidad Económica Europea comenzaron a negociar un marco jurídico que simplificase el reconocimiento y ejecución recíproco de resoluciones judiciales y laudos. En relación con las primeras, como sabemos, estas negociaciones dieron como resultado el famoso Convenio de Bruselas de 1968 cuyo art. 1(4) excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje. Jenard explicó en su famoso informe que esta exclusión del arbitraje traía causa tanto de la existencia de múltiples acuerdos multilaterales sobre arbitraje suscritos por los Estados miembros, como del hecho de que el Consejo de Europa estaba preparando una convención europea que aspiraba a superar a la CNY (Jenard, P., *Report on the Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, Official Journal of the European Communities, 5 marzo 1979, C/59, pp. 1-65, p. 13). A pesar de que este proyecto de un convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de laudos fracasó (Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., *Report on the application of Regulation Brussels I in the member States*, 2007, Reprecht-Karls-Universität Heidelberg, párrafo 106), y que la posterior incorporación del Reino Unido a la CEE y al Convenio de Bruselas puso de relieve visiones diametralmente opuestas sobre el alcance y extensión de la exclusión del arbitraje (Schlosser, P., *Report on the association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom to the Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice*, Official Journal of the European Communities, 5 marzo de 1979, C/59, pp. 71-151, párrafo 61), su concisa fórmula se mantuvo intacta en el sucesor del Convenio de Bruselas, el Reglamento Bruselas I. De igual manera, cuando la Unión Europea comenzó a trabajar en un sustituto del Reglamento Bruselas I, académicos recomendaron e instituciones propusieron varias enmiendas a la exclusión del arbitraje [Dickinson, A., *The Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast)*, Brussels, European Parliament, 2011, p. 18; Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., *Report on the... cit.*, pp. 115-136]; sin embargo, el legislador comunitario finalmente optó en el Reglamento Bruselas I Bis por mantener la redacción tradicional de la exclusión, pero incorporar tanto un confuso art. 73(2) reconociendo que lo previsto en el Reglamento no afecta a la aplicación de la CNY (Ortolani, P., «Anti-Suit Injunctions in support of arbitration under the Recast Brussels I Regulation» en *MPILux Working Paper*, vol. 6, pp. 1-18, p. 5), como un confuso e internamente inconsistente y ambivalente considerando sobre la exclusión [Merkin, R. M., Flannery, L., *Arbitration Act... cit.* (cita 9), p. 285]. Ver: Mankowski, P., Ulrich, M., *Brussels I Bis Regulation: Commentary*, Köln, Otto Schmidt KG-Sellier European Law Publisher, 2016, pp. 1097-1099; Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., Caamiña Domínguez, C., *Litigación internacional en la Unión Europea I: competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp.

bito de aplicabilidad efectivo del art. 468 LNM dependerá de lo previsto en los instrumentos internacionales suscritos por España y, especialmente, de los artículos II, V(1)(a) y VII de la CNY³⁵. Como veremos a continuación, si el ámbito teórico de aplicación del art. 468 de la LNM era residual, el ámbito efectivo será inexistente como consecuencia del establecimiento de un marco normativo más oneroso que el previsto en los instrumentos internacionales en materia de arbitraje.

2.1. Reconocimiento del convenio de arbitraje de acuerdo con el art. II de la CNY

Junto al reconocimiento y ejecución de los laudos, siguiendo la estela del Protocolo de Ginebra de 1923³⁶, el art. II (3) de la CNY regula el reconocimiento de los convenios de arbitraje. Así, cuando una parte haga valer un convenio válido, eficaz y operativo ante un órgano judicial que esté conociendo de un litigio comprendido en el ámbito del convenio, aquel remitirá³⁷ a las partes al arbitraje convenido³⁸.

505-510; De Ly, F., «The interface between arbitration the Brussels I Bis Regulation» en *American University Business Law Review*, vol. 5, núm. 3, pp. 485-510; Hill, J., Chong, A., *International Commercial Disputes... cit.* (cita 9), pp. 68-75.

35. Aparte de la CNY, España ha suscrito diversos instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de laudos. El más importante de ellos es el CEACI, comentado anteriormente. Menos relevantes son los instrumentos bilaterales como, por ejemplo, el existente con Marruecos (Boletín Oficial del Estado de 25 de julio de 1997), México (Boletín Oficial del Estado de 9 de abril de 1991), Uruguay (Boletín Oficial del Estado de 30 de abril de 1998) o Brasil (Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 1989).
36. Con una fórmula similar a la prevista en el art. II(3) de la CNY, el art. 4 del Protocolo de Ginebra de 1923 establecía ya la obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes de inhibirse a favor de los árbitros cuando, a petición de parte, se comprobaba la existencia de un convenio válido aplicable en relación con el litigio del que estaba conociendo. No obstante, conviene recordar que el ámbito de aplicación del Protocolo era más restringido que el de la CNY pues, independientemente de dónde tuviera su sede el arbitraje, el Protocolo únicamente se aplicaba si las partes estaban sujetas a la jurisdicción de diferentes Estados contratantes.
37. En lugar de utilizar la fórmula «podrá» –usada, por ejemplo, en el art. V–, el art. II(3) de la CNY usa el imperativo «remitirá». Tal y como se ha reconocido reiteradamente en Estados Unidos, esto indica claramente que el reconocimiento del convenio de arbitraje no es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional ante el que se hace valer aquel [*McCreary Tire & Rubber Co v Ceat SpA* Court of Appeals 501 F2d 1032 (3d Cir 1974), p. 1037; *ITAD Associates Inc v Podar Brothers* Court of Appeals 636 F2d 75 (4th Cir 1981), párrafo. 14; *Ledee v Ceramiche Ragno* Court of Appeals 684 F2d 184 (1st Cir 1982), p. 187; *Intergen NV v Eric F Grina & Others* Court of Appeals (No 03-1056, 22 septiembre 2003), p. 11]. De esta manera, mientras el reconocimiento del convenio de arbitraje válido, eficaz y operativo es obligatorio; la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo es discrecional aun cuando se constate de oficio alguna de las causas del art. V(2), o se alegue y pruebe por la parte frente a la que se busca dicho reconocimiento y ejecución alguno de los supuestos previstos en el art. V(1).
38. Como recalcó Findlay, de conformidad con el art. II(3) de la CNY, las partes deben ser

Desde la perspectiva de la validez del convenio, la CNY únicamente requiere que conste por escrito³⁹. En este aspecto, la CNUDMI ha reconocido que el cumplimiento de este requisito formal no dependerá tanto de la adecuación del convenio a la definición de «acuerdo por escrito» prevista en el art. II (2) de la CNY⁴⁰, como de la necesidad de que la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus disputas esté debidamente registrada⁴¹.

Un ejemplo que ilustra perfectamente esta concepción liberal de la validez del convenio en el marco de la CNY es el Auto del Tribunal supremo de España de 28 de noviembre de 2000⁴². En este caso, mientras el demandante (un fletante) buscaba en España el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado en Londres, el demandado (el fletador) se oponía argumentando

remitidas al arbitraje convenido, no a los árbitros [*Westco Airconditioning Ltd v Sui Chong Construction & Engineering Co Ltd* Court, First Instance in the High Court of the Hong Kong Special Administrative Region (No A12848/1997, 3 febrero 1998), p. 4]. Consecuentemente, si las partes han suscrito un convenio escalonado en que se prevea un paso previo al arbitraje, el órgano jurisdiccional deberá remitir a las partes a ese paso previo. Por otro lado, aunque la literalidad del art. II(3) de la CNY podría sugerir un rol activo del órgano jurisdiccional al remitir a las partes al arbitraje convenido, algunos Estados han optado por facultar al órgano jurisdiccional a simplemente suspender la tramitación del procedimiento judicial, correspondiendo así al demandante la decisión de si insta el comienzo del arbitraje o no [*Channel Tunnel Group Ltd & Others v Balfour Beatty Construction Ltd & Others* (1993) AC 334, p. 354]. Siendo obvio que la suspensión del procedimiento no es lo mismo que obligar a las partes a arbitrar, en la medida en que en ambas situaciones las partes del convenio se verán impedidos a litigar aquello que acordaron someter a arbitraje, ambas aproximaciones parecen consistentes con el objetivo del art. II(3) de la CNY (Gaillard, E., Bermann, G.A., *Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: New York 1958*, Leiden, Brill, 2017, p. 66). Por otro lado, resulta difícil imaginar cómo una persona puede ser obligada a participar en un arbitraje, especialmente cuando la rebeldía del demandado no impedirá a los árbitros decidir el fondo del asunto. Como brillantemente expuso Emmet J: «*If the plaintiff chooses not to refer the dispute to arbitration, the claim could not otherwise be pursued. On the other hand, the refusal of a defendant to participate in a reference to arbitration commenced by the plaintiff could never constitute a failure to comply with a court order. The consequences of not participating, once duly notified of the reference, is simply that an award may be made in absentia*» [*Hi-Fert Pty Ltd & Cargill Fertilizer Inc v Kukiang Maritime Carriers Inc & Western Bulk Carriers (Australia) Pty Ltd* Federal Court of Australia (NG 1100 and 1101 of 1997, 26 mayo 1998) pp. 8-9].

39. Art. II(1) de la CNY.

40. El art. II(2) de la CNY dispone que «la expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas». Por tanto, se reconoce expresamente que se entenderá que el convenio de arbitraje consta por escrito cuando: (a) Tome la forma de una cláusula inserta en un contrato firmado por las partes; (b) tome la forma de un acuerdo de arbitraje y esté firmado por las partes; y, (c) la cláusula o el acuerdo se contenga en un canje de cartas o telegramas.

41. *Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, UNCITRAL, 7 julio 2006, A/6/17.

42. ATS 1239/2000, 28 de noviembre, ES:TS:2000:1239A.

que, dado que no estaba firmado, el convenio de arbitraje no era válido a efectos del art. II de la CNY, es decir, el demandado buscaba la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo al amparo del art. V(1)(a) de la CNY.

Tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodean el transporte marítimo internacional, el Tribunal supremo reconoció que una interpretación exhaustiva del art. II de la CNY dificultaría en la práctica la aplicabilidad de la CNY a las cláusulas de arbitraje insertas en los contratos utilizados en el sector marítimo⁴³.

De esta manera, pese a no constar la firma de las partes, el Tribunal concluyó que el convenio era perfectamente válido, pues de las comunicaciones intercambiadas por los representantes de las partes durante la negociación del contrato de fletamento se desprende que el demandado había aceptado la cláusula de arbitraje prevista en aquel⁴⁴. Por tanto, aunque no cumpliera estrictamente con lo previsto en el art. II de la CNY, el convenio era válido porque representaba un acuerdo conforme al cual las partes habían convenido que las disputas que surgieran en relación con el contrato debían someterse a arbitraje.

Por otro lado, de la combinación del art. II y de la regla de mayor favorabilidad reconocida en el art. VII (1) de la CNY⁴⁵, se desprende que la

-
43. Una de las consecuencias inherentes a la recomendación de la CNUDMI es que el art. II(2) de la CNY no puede interpretarse de una manera exhaustiva. Esto resulta lógico si se tiene en cuenta que en el tiempo de elaboración de la CNY no existían las tecnologías ni los medios de comunicación de los que disponemos en la actualidad. Así, por ejemplo, hoy en día resultaría criticable rechazar la validez de un convenio contenido en un intercambio de correos electrónicos por el mero hecho de que no se ajuste estrictamente a lo previsto en el art. II(2) de la CNY. Por ello, en el marco de la CNY, decisiones como la del Tribunal supremo de la República Checa en *Zeveta Bojkovice AS v Fagor Arrasate S Coop Nejvyšší Soud* (23 Cdo 3439/2018, 16 mayo 2019) admitiendo la validez de un convenio en formato electrónico demuestran que decisiones como la de la Corte de apelación de Halogaland en *JSC Vostoktransflot v Skandinaviske Investeringsselskap AS Hålogaland Lagmannsrett* (472/98 D, 27 abril 1999) negando dicha validez deben considerarse hoy en día como censurables.
44. ATS 1239/2000, 28 de noviembre, ES:TS:2000:1239A, FD 3. En sentido contrario, en *A Ltd v B AG* Tribunal Federal (4P102/2001, 31 mayo 2002), aplicando el art. V(1)(a) de la CNY, el Tribunal supremo de Suiza rechazó el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado en Londres al considerar que la cláusula de arbitraje inserta en un contrato de fletamento no cumplía con el art. II de la CNY porque, además de no estar firmado, el intercambio de comunicaciones entre las partes y sus representantes no revelaban el acuerdo de las partes de someter a arbitraje las disputas.
45. La regla de mayor favorabilidad prevista en el art. VII(1) de la CNY es una norma cuyo objeto es resolver conflictos que surjan entre las disposiciones de la CNY y de los ordenamientos de los Estados contratantes en lo concerniente al reconocimiento del convenio de arbitraje y al reconocimiento y ejecución de los laudos. La regla se asienta sobre la premisa de que se deberá aplicar siempre la disposición que permita, o haga más sencillo, el reconocimiento (Van den Berg, A. J., *Yearbook Commercial Arbitration: Vol. XIV*, La Haya: Kluwer Law International, 1989, pp. 609-610). Históricamente, la aplicación más

regulación de la validez del convenio prevista en la CNY constituye al mismo tiempo una regulación de mínimos y una de máximos⁴⁶. Esto es así porque, no impidiendo a los Estados contratantes implementar regulaciones sobre la validez del convenio más liberales⁴⁷, la CNY sí impide que se establezcan normas más onerosas o restrictivas⁴⁸. Así, un convenio que cumpla con los requisitos del art. II de la CNY será válido con independencia de lo que puedan disponer la *lex arbitri* o la ley del Estado ante cuyos tribunales se busque su reconocimiento⁴⁹. En cambio, un convenio que no cumpla con el art. II de la CNY

significativa de la regla ha tenido lugar en casos en que, contrariamente a lo previsto en el art. V(1)(e) de la CNY, el Derecho del Estado requerido permitía el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, aquel fue adoptado. El ejemplo prototípico de esta situación es el caso francés. El art. 1525 del Código procesal civil de Francia establece que el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero únicamente puede denegarse cuando concorra alguno de los motivos previstos en su art. 1520 para anular laudos adoptados en Francia en arbitrajes de carácter internacional. Lógicamente, en la medida en que el art. 1520 únicamente contiene motivos para anular laudos adoptados en Francia, no incluye en su lista la anulación en un Estado extranjero. Por ello, en relación con el reconocimiento y ejecución de un laudo anulado en su Estado de origen, la legislación francesa es más favorable que la CNY y, por ello, contrariamente a lo que ocurriría de aplicar el art. V(1)(e) de la CNY, un tribunal francés no puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por el mero hecho de que haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente extranjera [*Société Egyptian General Petroleum Corporation v Société National Gas Company (NATGAS)* Cour d'appel de Paris (sentencia de 21 de mayo de 2019); *Société Pablack Ticaret Limited Sirketi v Société Norsolor* Cour de cassation (Pourvoi 83-11355, 9 de octubre de 1984); *Société Hilmarton Ltd v Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*, Cour de cassation (Pourvoi 92-15137, 23 de marzo de 1994); *Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices* Cour de cassation (Pourvoi 05-18053, 29 de junio de 2007); *République arabe d'Égypte v Société Chromalloy Aero Services* Cour d'appel de Paris (RG: 95/23025, 14 de enero de 1997)]. De manera análoga, en *Chromalloy Aeroservices v The Arab Republic of Egypt* DC Columbia [No 94-2339 (JLG), 1996], un tribunal norteamericano concedió el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado y anulado en Egipto porque el motivo por el cual había sido anulado por las autoridades egipcias no estaba reconocido en la legislación norteamericana.

46. Hill, J., Chong, A., *International Commercial Disputes... cit.* (cita 9), párrafo. 21.2.18.
47. Morse, C. G. J., McClean, D., Collins, A., *Dicey, Morris... cit.* (cita 17), párrafo 16-023.
48. Van den Berg, A. J., *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a uniform judicial interpretation*, La Haya: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1981, p. 179.
49. Dado que el art. II(3) de la NYC no identifica en el marco de qué ordenamiento jurídico debe examinarse la validez del convenio de arbitraje, los órganos jurisdiccionales de los Estados contratantes han optado por hacerlo conforme a sus leyes (la *lex fori*), o conforme a la ley aplicable al convenio, determinada esta conforme a las normas previstas en el art. V(1)(a) de la CNY. En mi opinión, en la medida en que favorece una interpretación sistemática y autónoma de la CNY, parece preferible la segunda opción. Esta se ha aplicado, por ejemplo, por el Tribunal supremo suizo en *Versicherungsgesellschaft X AG v Firma Y AB* Tribunal Federal (5C215/1994/lit, 21 marzo 1995). En este caso, el demandante argumentaba que, a pesar de contenerse en únicamente uno de los acuerdos suscritos con el demandado, la cláusula de arbitraje en Suecia resultaba aplicable a todos los acuerdos existentes entre ambos. Por ello, el demandante alegaba que los tribunales suizos carecían de jurisdicción para conocer de las pretensiones planteadas por el demandado en rela-

únicamente será reconocible cuando, de conformidad con una ley doméstica más liberal que le sea aplicable, sea válido⁵⁰.

Siendo obvio que los requisitos previstos en el art. 468 de la LNM van mucho más allá de los estándares establecidos en el art. II de la CNY, puede sostenerse que, en la medida en que la cláusula de arbitraje inserta en un contrato de transporte marítimo registre la voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje en un Estado que no sea España, los órganos jurisdiccionales de España o de cualquier otro Estado contratante de la CNY ante el que se intentara hacer valer dicha cláusula no podrán rechazar su reconocimiento por el mero hecho de que, no habiendo sido individual y separadamente negociada, la cláusula es nula.

Finalmente, siendo menos onerosa que el art. II de la CNY⁵¹, la LArb no condiciona la validez del convenio de arbitraje en el extranjero a su negociación individual y separada⁵². Por ello, se ha sugerido que, como consecuencia de los artículos VII(1) y II de la CNY⁵³, en el marco de la CNY el examen de

ción con los acuerdos que no contenían la cláusula de arbitraje. Enmendando la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia, el Tribunal supremo de Suiza concluyó que, siendo una cuestión concerniente al ámbito de aplicación del convenio de arbitraje, el análisis previsto en el art. II(3) de la CNY no debía realizarse de acuerdo con el Derecho suizo, sino, de conformidad con lo previsto en el art. V(1)(a) de la CNY, de acuerdo con la *lex loci arbitri*, la ley sueca.

50. De la combinación de los arts. II y VII(1) de la CNY se desprende que, en relación con la forma del convenio, la CNY no impone un criterio internacional uniforme, dejando así abierta la posibilidad de que el convenio de arbitraje que no cumpla con lo previsto en el art. II pueda ser reconocido en unos Estados contratantes y no en otros. Ver: Morse, C. G. J., McClean, D., Collins, A., *Dacey, Morris... cit.* (cita 17), párrafo 16-023, Redfern, A., Hunter, M., Blackaby, N., Partasides, C., *Redfern & Hunter... cit.* (cita 31), para 2.23.
51. Esto es perfectamente normal pues, como remarca el profesor Van den Berg, los requisitos formales previstos en el art. II(2) de la CNY son generalmente «*more demanding than those of domestic regulations*» (Van den Berg, A. J., «New York Convention 1958: Refusals of enforcement» en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 18, núm. 2, pp. 1-35, p. 4).
52. El art. 9 de la LArb aborda la cuestión de la forma de los convenios de arbitraje. Admitiendo que el convenio puede adoptar la forma tanto de un acuerdo independiente, como de una cláusula inserta en un contrato, la LArb establece que el convenio debe constar por escrito. En este sentido, expresamente se admite aquel contenido en documento firmado por las partes, o aquel que conste en un intercambio de cartas, telegramas, faxes o de cualquier otro tipo de comunicación que permita registrar fehacientemente la existencia del acuerdo. Siendo así, de acuerdo con el art. 7(4) de la Ley Modelo, los acuerdos registrados a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra naturaleza serán formalmente válidos siempre que permitan su constatación posterior. Por otro lado, al igual que hacen los arts. 7(5) y (6) de la Ley Modelo, el art. 9 de la LArb también admite la incorporación por referencia y la existencia del convenio cuando así se alegue por una parte y no se haya denegado por la otra.
53. Acerca de la relación entre la regla de mayor favorabilidad y el art. II de la CNY, la CNUDMI ha remarcado que el art. VII(1) «*should be applied to allow any interested party to avail itself of rights it may have, under the law or treaties of the country where an arbitration agree-*

validez conforme al Derecho español de un convenio de arbitraje en el extranjero inserto en un contrato de transporte marítimo debería realizarse al amparo de la LArb, no del art. II de la CNY, ni del 468 de la LNM⁵⁴.

Por tanto, en relación con la aplicabilidad del art. 468 de la LNM en el ámbito del reconocimiento de las cláusulas de arbitraje en el extranjero insertas en contratos de transporte marítimo podría concluirse que:

1. Al establecer unas condiciones para la validez del convenio más onerosas que las previstas en el art. II de la CNY, el art. 468 de la LNM no podrá aplicarse.
2. Si un órgano jurisdiccional de un Estado contratante tuviera que examinar la validez de la cláusula de acuerdo con la ley española, siendo la LArb más favorable al reconocimiento de la validez de los convenios que la CNY, la cláusula deberá ser reconocida y las partes remitidas al arbitraje convenido tanto cuando el convenio cumpla con los requisitos del art. II de la CNY, como cuando no haciéndolo, sea válido conforme a la LArb⁵⁵.

2.2. Reconocimiento y ejecución en España del laudo adoptado a raíz de una cláusula de arbitraje que no cumpla con los requisitos del art. 468 de la LNM

Examinada la imposibilidad de denegar el reconocimiento de los convenios de arbitraje en el extranjero insertos en contratos marítimos por el mero

*ment is sought to be relied upon, to seek the recognition of the validity of such an arbitration agreement» (Recommendation Regarding the Interpretation of Article II, Paragraph 2, and Article VII, Paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, UNCITRAL, 7 julio 2006). Como acertadamente comentan Gaillard y Bermann, la consecuencia inmediata de esta recomendación es que «national courts have more consistently enforced arbitration agreement pursuant to the less stringent formal requirements under their national laws or treaties as provided for by article VII with respect to arbitral awards» [Gaillard, E., Bermann, G. A., *Guide on the... cit.* (cita 38), p. 59].*

54. Gómez Jene, M. «Las cláusulas de...» *cit.* (cita 5), párrafos 51-52.

55. Podría cuestionarse si la regla de mayor favorabilidad debe aplicarse de oficio o si debe invocarse por la parte que pretende hacerse valer de ella para que reconozca el convenio o se reconozca y ejecute el laudo. En este sentido, por ejemplo, mientras los tribunales franceses han defendido una aplicación de oficio [*Société Pablack Ticaret Limited Sirketi v Societé Norosolor* Cour de cassation (Pourvoi 83-11355, 9 octubre 1984, p. 4)], los suizos han sostenido que debe alegarse por la persona interesada [*Tracom SA v Sudan Oil Seeds Co Ltd* Tribunal Federal (111 lb 253, 5 noviembre 1985), p. 255]. La postura francesa parece razonable en el marco de un ordenamiento jurídico en que, conforme a la máxima *iura novit curia*, el órgano jurisdiccional debe asumir una postura activa en la determinación de la ley potencialmente aplicable a la acción. Sin embargo, esta actitud resultaría inadmisibles en jurisdicciones del *common law*. Por ello, tratándose la CNY de un instrumento internacional suscrito por Estados de culturas jurídicas muy dispares, parece preferible la postura suiza al fundamentarse en una interpretación autónoma del art. VII(1) perfectamente asumible por todos los Estados contratantes.

hecho de que no cumplan con los requisitos del art. 468 de la LNM, debe analizarse ahora el impacto que esta regulación tendrá en el reconocimiento y ejecución en España de los laudos que se adopten en el extranjero a raíz de dichos convenios. De las causas de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo previstas en el art. V de la CNY, serán principalmente dos las potencialmente relevantes en relación con el laudo adoptado en el extranjero que traiga causa de un convenio inserto en un contrato marítimo que no haya sido negociado individual y separadamente: las previstas en los artículos V(1)(a) y V(2)(b) de la CNY.

El art. V(1)(a) de la CNY permite la denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos que deriven de un convenio que no sea válido de acuerdo con la ley elegida por las partes o, en defecto de elección, de acuerdo con la *lex loci arbitri*.

En la medida en que el art. 468 de la LNM únicamente se aplica a los convenios que prevean el arbitraje en un Estado que no sea España, la posible aplicación del art. V(1)(a) de la CNY únicamente podría darse cuando las partes hubieran elegido la ley española como *lex arbitri*. Sin embargo, incluso en este supuesto, dado que, como se ha expuesto anteriormente, la regulación del art. 468 de la LNM es más onerosa que la establecida en el art. II de la CNY y en la LArb, el examen de la validez del convenio no debería hacerse al amparo del art. 468 de la LNM, sino del art. II de la CNY y de la LArb.

Por tanto, independientemente de si se busca su reconocimiento y ejecución en España o en otro Estado contratante, siempre y cuando la cláusula sea formalmente válida de acuerdo con el art. II de la CNY o la LArb, el reconocimiento y ejecución del laudo derivado de dicha cláusula no podría denegarse por el mero hecho de que, conforme al art. 468 de la LNM, la cláusula fuera nula por no haberse negociado individual y separadamente.

Por otro lado, el art. V(2)(b) de la CNY permite la denegación del reconocimiento y ejecución de aquellos laudos que sean contrarios al orden público del Estado en que se busca el reconocimiento y ejecución. En este sentido, podría cuestionarse si no resultaría contrario al orden público español el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado en el extranjero a raíz de una cláusula de arbitraje no negociada individual y separadamente.

Teniendo en cuenta que, de haberse elegido España como sede del arbitraje, la negociación individual y separada de la cláusula no sería un requisito exigido para la validez del convenio, no parece que pueda concluirse que la negociación separada de las cláusulas de arbitraje insertas en contratos marítimos sea un elemento que forme parte del orden público español: de serlo se exigiría a todas las cláusulas, no solamente a aquellas que prevén el arbitraje

en el extranjero⁵⁶. Por ello, puede decirse que la combinación del art. 468 de la LNM y la LArb evidencian que el problema para el legislador español no es tanto la falta de negociación individual y separada de la cláusula de arbitraje inserta en el contrato marítimo, como el hecho de que las partes no hayan elegido España como sede.

En conclusión, al igual que ocurría con el reconocimiento del convenio de arbitraje, de acuerdo con los artículos V(1)(a) y V(2)(b) de la CNY, el laudo adoptado a raíz de una cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en un contrato marítimo no podrá ser denegado por el mero hecho de que aquella no cumpla con los requisitos previstos en el art. 468 de la LNM.

IV. EL ART. 251 DE LA LNM: Oponibilidad de la cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en el conocimiento de embarque frente a su tenedor

1. EL ART. 251 DE LA LNM Y LA POSICIÓN TRADICIONAL DE LAS PARTES EN EL MARCO DE UN CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

El art. 251 de la LNM regula la sucesión del tenedor de un conocimiento de embarque transferible en la posición que ostentaba originariamente el cargador en el marco del conocimiento de embarque. A efectos del análisis que nos ocupa, interesa cómo, discriminando a las cláusulas de arbitraje o jurisdicción, el art. 251 de la LNM supedita la sucesión del tenedor a la aceptación de estas cláusulas de conformidad con lo previsto en el art. 468 de la LNM.

Como consecuencia del equilibrio entre los intereses de los comerciantes –que anhelaban poder disponer de los bienes mientras durase la travesía– y de los transportistas marítimos –que deseaban que esta disponibilidad no afectase a la condiciones conforme a las cuales se habían comprometido a efectuar el transporte–⁵⁷, la negociación del conocimiento de embarque se ha basado

56. Al igual que ocurre en la mayoría de Estados contratantes, en España el ámbito de aplicación de la excepción del orden público en relación con el reconocimiento y ejecución de laudos es extremadamente reducido, resultando únicamente aplicable a aquellos supuestos en que el reconocimiento y ejecución del laudo pudiera contravenir principios fundamentales reconocidos en la Constitución española o en tratados internacionales suscritos por España (ATSJ PV 277/2018, 7 de noviembre, ECLI:ES:TSJPV:2018:277A, FD 1).

57. El actual conocimiento de embarque es el resultado de siglos de desarrollo consuetudinario. Debido al incremento del comercio entre los puertos del Mediterráneo, durante el siglo XI, los transportistas comenzaron a mantener en los puertos registros de los bienes que habían sido embarcados en sus barcos. En el siglo XIV, estos registros evolucionaron, pasando a efectuarse a bordo del buque. Así, en el momento en que se registraba la recepción de la carga, el transportista entregaba como recibo una copia del registro al comerciante para que este pudiera enviárselo a su corresponsal en el puerto de destino. Durante los siglos XVI y XVII, dado que resultaba imposible celebrar un contrato de fletamento con cada cargador, este recibo comenzó a incorporar los términos y condiciones del con-

históricamente en la premisa de que, una vez emitido por el transportista, y sin necesidad de que este intervenga posteriormente⁵⁸, su endoso o transferencia conlleve tanto la transmisión de los derechos relativos a los bienes cuyo transporte cubre el conocimiento, como de los derechos y obligaciones del cargador con respecto al transportista inherentes al transporte cubierto por el conocimiento⁵⁹.

De esta manera, respetando el principio de justicia natural conforme al cual, salvo que medie su consentimiento, la cesión no puede alterar la posición del cedido en el seno de la relación jurídica cedida⁶⁰, la transferibilidad del conocimiento de embarque está intrínsecamente vinculada al mantenimiento de la integridad del marco obligacional previsto en el conocimiento de embarque, que es aquel conforme al cual el transportista asumió el transporte de los bienes. Teniendo en cuenta esta premisa, el art. 251 de la LNM puede ser considerado una anomalía por los siguientes motivos:

1. El art. 251 de la LNM prevé que, mediante el endoso del conocimiento, el tenedor únicamente va a suceder respecto a determinadas cláusulas, dependiendo así la sucesión respecto de otras de su negociación indivi-

trato de transporte. Finalmente, la tercera y más característica función del conocimiento de embarque, la transmisibilidad de la propiedad de los bienes objeto del transporte mediante su endoso, tuvo lugar durante los siglos XVIII y XIX, siendo reconocida en los famosos casos *Lickbarrow v Mason* [1794] 5 TR 683 y *Barber v Meyerstein* (1870) LR 4 HL 317. Ver también: Aikens, R., Lord, R., Bools, M., *Bills of... cit.* (cita 6), párrafos 1.1-1.45; Wilson, J. F., *Carriage of Goods... cit.* (cita 17), pp. 119-121; Porter Bennet, W., *The history and present position of the Bill of Lading as document of title to goods*, Cambridge: Cambridge University Press, 1914.

58. Como subraya el Profesor Baughen: «*The unique characteristic of the bill of lading is that [it] is transferable to subsequent holders of the document without the need for any further involvement of the carrier*» (Baughen, S., *Shipping Law*, Londres: Routledge, 2015, p. 7).
59. Como ha sostenido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «la adquisición del conocimiento de embarque no puede conferir al tercero tenedor más derechos que los que tenía el cargador. De este modo el tercero tenedor se convierte en titular a la vez de todos los derechos y obligaciones que figuran en el conocimiento, incluidos los relativos a la prórroga de competencia» [STJUE de 19 de junio de 1984, Russ, C-71/83, ECLI:EU:C:1984:217, párrafo 25]. Reincidiendo en esta idea, más recientemente ha mantenido que el conocimiento de embarque «es un instrumento del comercio internacional destinado a regir una relación que implica al menos a tres personas, a saber, el transportista marítimo, el que expide las mercancías o cargador y el destinatario de las mercancías. (...) [El] conocimiento constituye un título negociable que permite a su titular ceder las mercancías, mientras están en camino, a un adquirente que se convierte en titular de todos los derechos y obligaciones del cargador con respecto al transportista» [STUE de 7 de febrero de 2013, *Refcomp*, C-543/10, ECLI:EU:C:2013:62, párrafo 35].
60. Garcimartín Alférez, F. J., «Assignment of claims in the Rome I Regulation: Article 14» en Ferrari, F., Leible, S., *Rome I Regulation: The law applicable to contractual obligations in Europe*, Munich: Sellier-European Law Publishers, 2009 p. 227; Bauer, F., «Article 14: voluntary assignment and contractual subrogation» en Calliess, G. P., *Rome Regulations: Commentary on the European rules of the conflicts of laws*, La Haya: Kluwer Law International, 2011, pp. 273-289, párrafos 20-22.

dual y separada con el transportista y posterior aceptación. De esta manera, el art. 251 de la LNM posibilita la sucesión parcial del tenedor en las obligaciones y derechos del cargador en el marco del conocimiento de embarque, generando así la paradoja de que un sucesor pueda llegar a tener más derechos que la persona a la que sucede en el ámbito de la relación jurídica en la que se produce la sucesión⁶¹.

2. Si la participación del transportista fuera requerida para que la negociación del conocimiento tuviera lugar, la posible modificación de los derechos y obligaciones derivada de aquella sería admisible. Sin embargo, siguiendo en este punto la premisa en que se ha fundamentado históricamente la transferibilidad del conocimiento de embarque, el art. 251 de la LNM no requiere la participación del transportista en la transmisión del conocimiento. Es decir, contrariamente a la más esencial noción de la justicia, el art. 251 de la LNM permite que un acuerdo entre endosante y endosatario realizado sin la intervención del transportista pueda modificar los términos y condiciones conforme a los cuales este se comprometió a llevar a cabo el transporte cubierto por el conocimiento de embarque.
3. Finalmente, el art. 251 de la LNM implícitamente impone en el transportista interesado en preservar la integridad del marco obligacional conforme al cual asumió la obligación de transportar las mercancías, las onerosas obligaciones de seguir su pista y obtener de los cargadores y sucesivos tenedores información sobre las transacciones que pretendan realizar con respecto al propio conocimiento de embarque o bienes cubiertos por este, así como de identificar a los tenedores con los que debe negociar individual y separadamente. Además de impropias de un transportista, estas obligaciones son imposibles de cumplir en la práctica porque durante la duración de una travesía un conocimiento de embarque puede ser objeto de cientos de negociaciones de muy diferente naturaleza. No obstante, incluso en el supuesto hipotético de que el transportista cumpliera con todas estas obligaciones, no lograría asegurar la preservación de la integridad del marco obligacional conforme al cual asumió el transporte porque, en último término, conforme al art. 251 de la LNM, la sucesión del tenedor a la totalidad de cláusulas previstas en el conocimiento dependerá siempre de la aceptación por parte de este.

61. Tal y como comentó Lord Devlin, contrariamente a lo que ocurre con la letra de cambio, el endoso de un conocimiento de embarque «cannot give to the transferee a better title than the transferor has got» (*Kum & Another v Wah Tat Bank Ltd & Another* [1971] 1 Lloyd's Rep 439, p. 446). Ver también Tettenborn, A. M., «Transfer and negotiable documents of title: a redefinition» en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1991, pp. 538-542.

2. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO TEÓRICO DE APLICACIÓN DEL ART. 251 DE LA LNM

Junto a la validez formal y material, la *lex arbitri* regulará también el ámbito de aplicación *ratione personae* y la transferibilidad del convenio de arbitraje⁶². De esta manera, si la ley aplicable a la cláusula de arbitraje inserta en un conocimiento de embarque fuera la española, el art. 251 de la LNM regulará la sucesión del tenedor a dicha cláusula.

Teóricamente inspirada en la doctrina francesa⁶³, en relación con la sucesión a una cláusula de arbitraje inserta en un conocimiento de embarque, el art. 251 de la LNM contiene dos partes: mientras la primera requiere la aceptación del tenedor de la cláusula de arbitraje, la segunda vincula la validez de dicha aceptación al cumplimiento de los requisitos del art. 468 de la LNM. En la medida en que el art. 468 de la LNM únicamente resulta aplicable a cláusulas de arbitraje en el extranjero, los requisitos en él previstos únicamente podrían condicionar la validez del consentimiento del tenedor a suceder en una cláusula que prevea el arbitraje de las disputas en un Estado que no sea España.

Consecuentemente, dependiendo de dónde se ubique la sede del arbitraje, el art. 251 de la LNM se aplicará con diferente extensión:

- a) Cuando se prevea el arbitraje en España, únicamente se aplicará la primera parte del art. 251 de la LNM. Por tanto, para que el tenedor sea considerado parte del convenio de arbitraje sería necesario que lo haya aceptado.
- b) Cuando se prevea el arbitraje en un Estado que no sea España, se aplicarán ambas partes del art. 251 de la LNM. Así, un tenedor sería considerado parte del convenio si, después de negociar individual y separadamente con el transportista emisor del conocimiento de embarque, acepta la cláusula de arbitraje.

62. Poudret, J. F., Besson, S., *Comparative Law of...* cit. (cita 11), pp. 294-295.

63. Fernández Quirós, T., «Oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque» en *Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 429-440, pp. 436-437. En este aspecto conviene subrayar que la doctrina francesa ciertamente exige que, para poderse hacer valer frente a él la cláusula de arbitraje inserta en un conocimiento de embarque, su tenedor debe haberla aceptado antes de la entrega de la mercancía: «*Attendu que, pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport*» [Navire Stolt Osprey Cour de cassation (Pourvoi 92-14920, 29 noviembre 1994)]. Como se puede observar, a diferencia de lo que ocurre en los arts. 251 y 468 de la LNM, en la doctrina francesa se requiere la aceptación por el tenedor, pero no se condiciona la validez de esta aceptación a su negociación individual y separada. Ver también Bonassies, P., Scapel, C., *Droit Maritime...* cit. (cita 7), pp. 1152-1170.

3. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO EFECTIVO DE APLICACIÓN DEL ART. 251 DE LA LNM

Dado que la CNY no prevé una regulación sobre la transferibilidad de las cláusulas de arbitraje, puede considerarse que los Estados contratantes pueden establecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos normas que impidan o condicionen la sucesión de un tercero a una cláusula de arbitraje inserta en el negocio jurídico que le ha sido transferido. No obstante, esto no significa que la relación del art. 251 de la LNM y la CNY no vaya a ser potencialmente problemática.

Tal y como se examinó en la primera parte de este artículo, siendo la regulación del art. 468 de la LNM más onerosa que la prevista en el art. II de la CNY, aquella no puede aplicarse en relación con convenios de arbitraje a los que resulte aplicable la CNY.

Por ello, contrariamente a lo que dispone la segunda parte del art. 251 de la LNM, el art. 468 de la LNM no puede condicionar la validez de la aceptación del tenedor de la cláusula de arbitraje en el extranjero prevista en el conocimiento de embarque. En consecuencia, en el marco de la CNY, en caso de que resultara aplicable el Derecho español a una cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en un conocimiento de embarque, se podrá exigir el cumplimiento de la primera parte del art. 251 de la LNM, pero no la segunda. Esta inaplicabilidad de la segunda parte del art. 251 de la LNM conlleva que, siendo la aceptación del tenedor requerida por la primera parte del art. 251 de la LNM, esencialmente la voluntad de someterse al arbitraje requerida en el art. II de la CNY, en el ámbito de la CNY la validez de dicha aceptación deberá examinarse de acuerdo con los artículos II y VII (1) de la CNY.

Por tanto, las conclusiones extraídas en la primera parte de este artículo se aplicarían también a la validez de la aceptación del tenedor:

1. En relación con el reconocimiento de la cláusula de arbitraje prevista en el conocimiento de embarque, se deberá determinar en el seno del incidente previsto en el art. II (3) de la CNY si de conformidad con el Derecho español el tenedor ha recibido la cláusula de arbitraje inserta en el conocimiento de embarque, dado que la LArb es menos onerosa que el art. II de la CNY. Y se deberá considerar que la cláusula vincula al tenedor si este la ha aceptado y su aceptación cumple con los requisitos formales del art. II de la CNY o de la LArb. Es decir, siempre y cuando la aceptación del tenedor sea válida al amparo del art. II de la CNY o de la LArb, el transportista y el tenedor del conocimiento deberán ser remitidos al arbitraje por el órgano judicial ante el que se haga valer la cláusula de arbitraje.

2. De la misma manera, en relación con el reconocimiento y ejecución de un laudo adoptado a raíz de una cláusula de arbitraje en el extranjero inserta en un conocimiento de embarque a la que resulte aplicable el Derecho español, siempre y cuando dicha cláusula hubiera sido aceptada por el tenedor y su aceptación fuera válida de acuerdo con el art. II de la CNY o la LArb, ni los tribunales españoles, ni los del resto de Estados contratantes podrán denegar el reconocimiento y ejecución del laudo al amparo de los art. V(1)(a) o V(2)(b) por el mero hecho de que, no habiendo sido el resultado de una negociación individual y separada con el transportista, la aceptación de la cláusula de arbitraje de la que trae causa el laudo cuyo reconocimiento y ejecución se busca sea nula de pleno derecho.

V. CONCLUSIONES

Sucumbiendo a la presión de ciertos sectores⁶⁴, en lugar de acometer reformas que pudieran convertir a España en un foro atractivo para el arbitraje de disputas marítimas, el legislador español ha optado por equiparar la falta de popularidad de España entre los operadores marítimos internacionales a una práctica abusiva que requiere la intervención legislativa para proteger los intereses del empresario doméstico que libremente decide celebrar un contrato marítimo que contiene una cláusula que la compele a someter sus disputas a arbitraje en un país que no sea España.

En lo concerniente a las cláusulas de arbitraje, el único aspecto positivo reseñable de la regulación prevista en el art. 468 de la LNM es su inaplicabilidad. Bien sea por una deficiente redacción, o por ignorancia de su redactor, al establecer unos requisitos para la validez de la cláusula de arbitraje más

64. Parece claro que la razón principal para implementar la regulación examinada en este artículo es la defensa de los intereses de las compañías aseguradoras y abogados españoles: aquellas por los elevados costes que les supone tener que someter sus disputas a arbitrajes en el extranjero, estos por la pérdida de lucrativas minutas que acaban en los bolsillos de compañeros extranjeros [Zurimendi Isla, A., «Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje incluidas en el conocimiento de embarque tras la Ley de Navegación Marítima» en *Revista de Derecho del transporte terrestre, marítimo, aéreo y multimodal*, núm. 18, pp. 89-110; Iraculis Arregui, N., «Validez y eficacia...» cit. (cita 33); Gómez Jene, M. «Las cláusulas de...» cit. (cita 5)]. Algunos autores han defendido la regulación argumentando que la litigación o arbitraje de las disputas marítimas en el extranjero estaba causando la inaplicabilidad del Derecho marítimo español, con el consiguiente riesgo potencial de su desaparición [Arroyo Martínez, I., «Protección de la parte débil frente a las cláusulas de jurisdicción internacional en el transporte marítimo» en *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XXX, pp. 23-95]. A este respecto, además de si la mejor forma de fomentar la aplicabilidad del Derecho marítimo español es restringiendo la voluntad de las partes a la hora de elegir dónde arbitrar o litigar sus disputas, cabría preguntarse si el Derecho marítimo español satisface las necesidades de los principales actores del sector marítimo, es decir, si ha hecho algún mérito técnico y práctico para no desaparecer.

onerosos que los establecidos en el art. II de la CNY o la LArb, el art. 468 de la LNM deviene en una disposición incapaz de condicionar la validez de una cláusula de arbitraje y, en consecuencia, de impedir tanto que las partes de un contrato marítimo sean remitidas al arbitraje en el extranjero de acuerdo con el art. II(3) de la CNY, como de que se reconozcan y ejecuten en España, o en cualquier otro Estado contratante de la CNY, los laudos que se adopten en el seno de dicho arbitraje.

Por otro lado, pretendiendo extender la protección del art. 468 de la LNM a terceros, el art. 251 de la LNM dispone que los tenedores de un conocimiento de embarque únicamente sucederán a la cláusula de arbitraje en el extranjero cuando medie su consentimiento de acuerdo con el art. 468 de la LNM. Siendo este inaplicable en el marco de la CNY, los requisitos en él previstos no pueden condicionar la validez del consentimiento del tenedor a suceder en la cláusula de arbitraje. En esta situación, en la medida en que el asentimiento del tenedor sea válido conforme a lo previsto en la CNY o la LArb, el tenedor habrá recibido la cláusula de arbitraje, siéndole oponible tanto a efectos del reconocimiento del convenio, como del reconocimiento y ejecución de los laudos que se adoptaran a raíz de dicho convenio.