

Kluwer Arbitration Blog

La Incorporación de Cláusulas de Arbitraje por Referencia

Manuel Franco Vergel (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, SLP) · Friday, March 19th, 2010 · YIAG

En arbitraje, a pesar de la cada vez mayor armonización a nivel internacional, siguen existiendo muchos temas en los que cada jurisdicción aporta un enfoque distinto, normalmente sobre cuestiones que van más allá del mero ámbito del arbitraje y entran de lleno en el ámbito contractual. Es lo que sucede con los acuerdos de sometimiento a arbitraje incorporados en contratos mediante referencia a documentos desconocidos para una de las partes. Un ejemplo sencillo sería un conocimiento de embarque entre A y B que incorpora una cláusula de arbitraje por referencia a un contrato de fletamento en el que sólo A o B son parte junto con un tercero. La diferencia existente entre el Derecho inglés y el Derecho español en este tema ha sido puesta de relieve por la reciente sentencia de la Corte de Apelación inglesa en el asunto *National Navigation Co v Endesa Generación SA (The “Wadi Sudr”)*¹⁾.

El fondo del asunto es una disputa por retraso en la entrega de la mercancía entre la naviera egipcia National Navigation Co (NNC) y Endesa Generación SA (Endesa), sociedad española propietaria de la carga. En enero de 2008, Endesa presentó una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de Almería (España) solicitando el embargo del buque y el pago de una indemnización por daños por retraso en la entrega de la mercancía, bajo un conocimiento de embarque. NNC, respondió oponiéndose a la jurisdicción del juzgado español, argumentando, entre otras cosas, que el conocimiento de embarque contenía una cláusula de sometimiento a arbitraje en Londres, incorporada por referencia a un contrato de fletamento. Endesa contestó señalando que NNC no había puesto en su conocimiento dicho contrato de fletamento, y que dado que NNC y Endesa no eran partes directas en el mismo, bajo Derecho español la incorporación de dicha cláusula de arbitraje no era válida.

El Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia el 3 de diciembre de 2008 dando la razón a Endesa, afirmando que, en dichos términos, bajo Derecho español dicha cláusula de arbitraje no era válida.

Mientras tanto, en marzo de 2008 NNC había iniciado un procedimiento ante los tribunales ingleses discutiendo la jurisdicción del juzgado español, intentando hacer valer la existencia de la cláusula arbitral. La juez inglesa le dio la razón, señalando que bajo Derecho inglés las partes estaban válidamente sometidas a arbitraje en Londres y que se trataba de una cuestión de orden público por lo que, en cualquier caso, la sentencia del juzgado español no era ni reconocible ni ejecutable en el Reino Unido. En apelación por Endesa, la Corte de Apelación estimó el recurso concluyendo que la sentencia del juzgado español era una resolución dentro del ámbito del Reglamento 44/2001, ya que una decisión preliminar sobre la existencia de una cláusula de arbitraje en un asunto en el que el objeto principal del pleito entra dentro del ámbito del

Reglamento no debe ser dejada fuera del ámbito de aplicación del mismo. La sentencia es relevante por esta conclusión, más que por el tema, casi tangencial, de la incorporación de cláusulas de arbitraje por referencia. No obstante, me parece de interés traer a colación éste último punto, para poner de relieve la diferencia tan abismal que al respecto existe entre el Derecho inglés y el Derecho español.

En Derecho inglés, los tribunales parecen haber llegado a la conclusión que una simple incorporación en el conocimiento de embarque mediante referencia a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato de fletamento, es suficiente para que las partes en el conocimiento de embarque estén sometidas a arbitraje. No es necesario que se especifiquen los términos de dicho arbitraje estipulados en el contrato de fletamento, a pesar de que una de las partes en el conocimiento de embarque pueda no conocerlos. Así se concluyó por la Corte de Apelación inglesa en el caso *The Varenna*²⁾ y en el posterior *The Federal Bulker*³⁾.

En el primero, la cláusula en el conocimiento de embarque decía “*all conditions and exceptions of [the] charter-party including the negligence clause are deemed to be incorporated in bill of lading*”. En el segundo caso, la cláusula era muy similar: “*All terms, conditions and exceptions as per charter-party dates January 20, 1986 and any addenda thereto to be considered as fully incorporated herein as if fully written*”. En ambos casos se concluyó que la cláusula de arbitraje no se había incorporado al conocimiento de embarque, pues la incorporación general de los términos del contrato de fletamento entre el propietario del buque y el fletador no era suficiente para considerar incorporada la cláusula de sometimiento a arbitraje de aquél en el conocimiento de embarque. No obstante, se señaló que una simple referencia concreta a la cláusula de arbitraje habría sido suficiente.

En Derecho español, como bien lo demuestra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería en el asunto de *National Navegation v Endesa Generación*, la situación parece ser bien distinta, y a menos que ambas partes hayan tenido acceso a los términos de la cláusula arbitral, la misma no será válida.

Claramente, esta situación puede plantearse no sólo en el ámbito del transporte marítimo, sino en cualquier otro ámbito en el que existan sub-contratistas. El ámbito de la distribución o el de la construcción son perfectos para que surja esta cuestión.

¿Cuál debe ser el criterio para considerar válida la incorporación de una cláusula arbitral?; ¿existe una regla general en arbitraje internacional al respecto?; ¿es suficiente con que la parte que no tiene acceso al contenido de la cláusula arbitral sepa que la misma existe, o es necesario que haya tenido oportunidad de conocer su contenido exacto? Personalmente, esto último me parece más correcto, pues la parte puede estar más o menos dispuesta a someter sus disputas a arbitraje dependiendo, por ejemplo, de la institución que se designe para administrar el arbitraje, las condiciones de nombramiento de los árbitros, la sede del arbitraje o, incluso, el idioma.

Manuel Franco Vergel⁴⁾

To make sure you do not miss out on regular updates from the *Kluwer Arbitration Blog*, please subscribe [here](#). To submit a proposal for a blog post, please consult our [Editorial Guidelines](#).

Profile Navigator and Relationship Indicator

Includes 7,300+ profiles of arbitrators, expert witnesses, counsels & 13,500+ relationships to uncover potential conflicts of interest.

Learn how **Kluwer Arbitration** can support you.

Learn more about the newly-updated *Profile Navigator and Relationship Indicator*



 Wolters Kluwer

References

?1 (2009) EWCA Civ 1397; (2010) 1 Lloyd's Rep. 193

?2 *Skips A/s Nordheim and Others v Syrian Petroleum Co. Ltd. and Another (The Varenna)* (1983) 2 Lloyd's Rep 592.

?3 *Federal Bulker Carriers Inc v C Itoh & Co Ltd. and Others (The Federal Bulker)* (1989) 1 Lloyd's Rep. 103

?4 Abogado de Cuatrecasas, Goncalves Pereira.

This entry was posted on Friday, March 19th, 2010 at 10:53 am and is filed under [Commercial Arbitration](#)

You can follow any responses to this entry through the [Comments \(RSS\)](#) feed. You can leave a response, or [trackback](#) from your own site.

