***EL ARBITRAJE MARÍTIMO DEL SIGLO XXI: ¿ANGLOSAJÓN O INTERNACIONAL?.***

***José Maria Alcántara González***

***Arbitro y Mediador.***

*Estamos ya cerca de haber cumplido el primer cuarto del siglo y el cuadro comparativo no puede ser más desigual a favor del arbitraje marítimo de corte anglosajón (Reino Unido, Estados Unidos y Singapore). Esos tres foros son dominantes en los formularios de contratos marítimos recomendados por la BIMCO, y de sus cláusulas arbitrales modelo parten la inmensa mayoría de los nombramientos de árbitros.*

*Sólo en el seno de la London Maritime Arbitration Association, de Londres (LMAA), se registran 1700 encargos arbitrales por año, y según las controversias se producen unos 3000 nombramientos y más de 500 laudos arbitrales se emiten cada año. La LMAA abarca aproximadamente un 80% de los arbitrajes marítimos mundiales. La Society of Maritime Arbitrators (SMA), New York, resuelve unos 70/75 casos por año; la Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 47/50; la Singapore International Arbitration Centre (SIAC), 72/75; la Singapore Chamber of Maritime Arbitration (SCMA), 56/60; la GAFTA, 180; la London Court of International Arbitration (LCIA), 56;la International Chamber of Commerce (ICC, Paris), 510/515.De ello resulta una abrumadora estadística que arroja una cifra de casi el 93% de los arbitrajes marítimos en la actualidad son de corte anglosajón. Y queda muy poco espacio para los servicios de arbitraje marítimo internacional que ofrecen otras sedes como Hamburgo, Moscú, Shanghái, New Delhi, Mónaco, Vancouver, Tokyo, Cairo y Rotterdam.*

*Las controversias internas, o de arbitraje doméstico, exhiben una mayor práctica en estado creciente gracias a leyes arbitrales inspiradas en la Ley Modelo de la UNCITRAL o en una legislación que fomenta el recurso al Arbitraje en las controversias de Derecho Marítimo con carácter obligatorio presunto, como es la de Chile (a cuyo efecto – nunca único -recordamos la figura colosal del Prof. Eugenio Cornejo Füller).El ámbito del arbitraje marítimo nacional crece lenta pero decididamente, aunque se muestra poco afortunado en el intento de rescatar arbitrajes internacionales, en los que participan sus naciones, de Londres u otros foros citados.*

*El comercio marítimo es, fundamentalmente, internacional y la confianza internacional que promueven las Cámaras navieras, las Asociaciones de Clubs de P&I y la IUMI, los organismos exportadores y productores (como GAFTA y las refineras de la OPEP), las Sociedades Clasificadoras de la IACS, los constructores de buques, etc., redundan en el mayor y constante refrendo del arbitraje anglosajón.*

*La BIMCO adoptó el 21 Septiembre 2020 la llamada “Bimco Law and Arbitration Clause 2020” que remite a las partes a ley inglesa y a arbitraje en Londres, y específicamente a las reglas de la LMAA para “Small Claims Procedure” e “Intermediate Claims Procedure”. Las pólizas-tipo más recientes admiten, en el tenor de la cláusula arbitral, la opción a un foro a acordar por las partes, junto con las opciones de Londres, New York, Singapore y, últimamente, Hong-Kong (aunque según el corte, modelo y ley aplicable británicas que aún utiliza la HKIAC; nada que ver con la CMAC, de la República Popular China); lo que contribuye al mantenimiento de la supremacía arbitral anglosajona.*

*Por otra parte, el Supreme Court británico, por medio de su fallo en el caso “Enka Insaat ve Sanayi AS v. OOO Insurance Company Chubb” 2020 (UKSC,38),clarificó de forma definitiva los principios determinantes para descubrir la ley aplicable a un convenio arbitral (Arbitration Agreement law), a saber, en primer lugar la designación expresa hecha por las partes, a cuyo fin debe interpretarse el convenio arbitral en conjunto y en el contexto del contrato principal del que forma parte, aplicando las reglas básicas de la hermenéutica contractual vigentes en el Derecho inglés; en segundo lugar, de no existir acuerdo expreso, el estudio de si existe una elección implícita de tal ley, a cuyo fin se habrá de considerar que la ley pactada expresa en el contrato principal se deberá aplicar también al convenio arbitral; en tercer lugar, cuando no exista una elección implícita en el contrato principal, entonces el tribunal deberá decidir con qué régimen legal se encuentra el convenio arbitral más estrechamente vinculado, con independencia de la intención de las partes. En el contexto del mercado marítimo estos criterios sentados por el Supreme Court británico suponen una* ***presunción doctrinal*** *en favor del derecho inglés en cuanto hace a la validez, contenido y eficacia del convenio arbitral.*

*A pesar de que todo pinta de color anglo-americano en el arbitraje marítimo, la práctica diaria nos lleva a formular reflexiones varias que inevitablemente conducen a la duda de si es ése el modelo de alternativa a la justicia del Estado que queremos y si no hemos de cuestionarnos la necesidad de ciertos cambios para superar una crisis admitida de “judicialización del arbitraje”.La solución arbitral de las controversias surgidas en el ámbito del negocio marítimo no puede nunca suponer una fórmula de remedio ajena a los usos y costumbres del mercado marítimo ni, mucho menos, más onerosa económicamente y complicada que el mismo problema que se trata de curar desde el ángulo subjetivo de las partes involucradas. Se ha dicho, y con razón, que el arbitraje marítimo ha de ser siempre COMERCIAL*. *No puede dudarse que el arbitraje, como tal solución y su propio mecanismo, debe ser preferible al litigio en los Tribunales, a la contienda judicial. Y ello por factores varios entre los que destacan dos: tiempo y costo económico (es decir, uno: el factor económico, porque el tiempo resulta caro siempre).*

*En la actualidad internacional del arbitraje marítimo se ha producido un fenómeno interesante consistente en la creciente semejanza de ciertos procesos arbitrales al contencioso ordinario, en razón a una exacerbada complicación de las actuaciones y a una duración excesiva de los casos arbitrales hasta la emisión del laudo. En esa degenerativa complejidad de desarrollo del arbitraje intervienen multitud de personajes incluyendo las frecuentes entradas de los jueces para resolver recursos en materia de procedimiento. Así, podemos observar -como sucede en Londres- que algunos arbitrajes llegan a parecerse mucho a un pleito ordinario, e incluso anotamos cómo algunos interesados optan por los Tribunales de Justicia por ser su administración más económica y menos largo el proceso hasta sentencia. De este modo, asistimos a una falta de competitividad del arbitraje marítimo, no ya frente al juicio ordinario, sino frente a los mismos sistemas arbitrales tal como se desarrollan en ciertas jurisdicciones.*

*Se viene diciendo, y con razón, que es necesario regresar a los orígenes, volver a las fuentes para devolver al arbitraje marítimo la sencillez y practicidad que tuvo en su inicio. Los esfuerzos en esa discreción, que no puede ser otra que la de hacer más sencillo y competitivo el arbitraje marítimo, han sido múltiples y notables. Así, la nueva Arbitration Act 1996, en Inglaterra; los reglamentos llamados “small claims procedure” en Londres y Nueva York; las reglas FALCA de la LMAA de Londres, etc .Al mismo tiempo se han producido iniciativas, coincidentes con esta crisis del arbitraje comercial, como las fórmulas de “Conciliación” y “Mediación” destinadas, o mejor pretendidas, a convertirse en verdaderas alternativas frente al arbitraje y al juicio ordinario llamándose, no sin cierta pomposidad, ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS (ADR).*

*La salida de la crisis no pasa, en mi opinión, por el recurso masivo a los ADR (Conciliación y Mediación) ni por el fomento de la Justicia especializada (Tribunales marítimos). Nada de eso, finalmente, ocurriría a satisfacción de todos. La superación de esta fase enfermiza y desalentadora habrá de encontrarse en formulaciones correctoras que devuelven el arbitraje al lugar que nunca debió abandonar haciéndolo sencillo, flexible y competitivo.*

*Sin ahondar en prolijos análisis ni en aventuras alquimistas, pero sí recogiendo una rica experiencia de procedimientos arbitrales (sobre todo, internacionales), me parecería oportuno alinear unas medidas que -a mi entender- conducirían a mejorar el “cost effectiveness” del arbitraje marítimo, como sigue:*

*1) Elegir un modelo de arbitraje institucional que permita una* ***duración breve*** *del procedimiento arbitral. Nunca superior a seis meses (salvo prórrogas pactadas por las partes). Un centro o asociación arbitral que no garantice un control del tiempo del procedimiento, dejándolo en manos de los árbitros y de su agenda, no me parece competitiva para las necesidades del mercado marítimo. No ayuda la reserva judicial para ampliar el plazo pactado en el convenio arbitral para dictar el laudo (art.50, Arbitration Act 1996). El sistema de arbitraje “ad hoc” no permite el impulso y gestión del proceso necesarios a tal fin.*

2) *Elegir el* ***arbitraje de equidad*** *frente al de Derecho. Con ello se faculta a los árbitros para que resuelvan la controversia conforme a su mejor conocimiento y mayor experiencia. No se precisan abogados, ni dictámenes legales, ni expertos en Derecho extranjero, ni se produce otra viabilidad de recurso contra el laudo arbitral más que en base a quebrantamiento de forma (abuso de poder del Tribunal Arbitral). El ahorro de gastos de letrados es importantísimo. Más aún lo es el aspecto de firmeza del laudo arbitral en cuanto al fondo. La Ley española de 1988 apostó, con enorme acierto, por el arbitraje de equidad frente al de Derecho, y ello benefició al negocio marítimo de forma indudable. Finalmente, la Arbitration Act 1996 ha admitido las llamadas “equity clauses”, o pactos sobre arbitraje de equidad, aunque con cierta reticencia legal y con un claro viso de excepcionalidad en la práctica del arbitraje marítimo inglés. Y es precisamente en Londres donde las “equity clauses” más falta harían con el fin de otorgar a los excelentes árbitros “commercial men”el mayor poder que necesitan: el de no someter su criterio obligadamente a una ley positiva. Con ello evitaríamos a Solicitors, assistant solicitors, Counsel, junior Counsel y legal expert witnesses, con las servidumbres de tiempo y costo económico que su intervención en el juicio arbitral supone. El arbitraje de equidad permite y concede, además, un mayor protagonismo a las partes y a sus asesores de plantilla.*

*3) Designación de un* ***árbitro único*** *(y no de tres o más), siempre que sea posible lo mejor es acordarlo así en la cláusula de arbitraje en el contrato. Los Tribunales arbitrales compuestos de tres o más no garantizan siempre la bondad de una decisión colegiada, sino que por el contrario conllevan complejidades múltiples. Hay problemas de disponibilidad física de los árbitros, de formación de opinión, de reuniones y discusiones internas y, por supuesto, de votación del fallo y de redacción del laudo arbitral. Todo ello cuesta tiempo y dinero. Con Tribunales que prevén la designación de un tercer árbitro (por el viejo sistema del “umpire”), los costos adicionales se extienden a los honorarios del tercer árbitro en fases anteriores al momento de producirse el desacuerdo entre los dos árbitros nombrados, cada uno por una parte.*

*4) Si es posible,* ***fijar los honorarios de los árbitros*** *antes de su designación formal. En el modelo institucional, interesará elegir la institución administradora de arbitrajes que ofrezca unas tarifas de honorarios más razonables. En todo caso, siempre es más fácil resolver, o incluso negociar este aspecto, con una entidad dotada de un órgano administrativo y una lista permanente de árbitros que con cada árbitro en la fórmula “ad hoc”.*

*5) Si es posible, pactar con el adversario conceder al Tribunal Arbitral que decida la controversia* ***sobre documentos únicamente****, y con renuncia a otro tipo de pruebas (testigos, expertos, etc.). Este tipo de pacto tiene fuerte arraigo en la práctica inglesa, y supone un ahorro substancial a los contendientes de tiempo y de costo económico, obviándose a la vez todas las dilaciones y complicaciones que suponen el auxilio judicial en práctica de pruebas y las discusiones y resoluciones interinas sobre admisión de pruebas (susceptibles de recurso ante la jurisdicción ordinaria en algunos países).Tampoco vemos inconveniente para que los árbitros se abstengan de practicar de oficio otras pruebas no documentales, recibiendo su mandato con claridad al respecto (arbitraje sobre documentos) bien del contenido de la cláusula arbitral o del propio reglamento de la institución administradora del arbitraje.*

*6) Celebrar* ***con el árbitro(s) una reunión previa*** *a fin de establecer y organizar, en la forma más económica, las fechas, notificaciones, remisión y copias de documentos, etc. sin olvidar que las partes pueden siempre actuar por si mismas sin necesidad de letrados. Este acuerdo de procedimiento no es únicamente aconsejable para el modelo “ad hoc” (donde resulta imprescindible) sino también para un sistema de procedimiento-tipo como es el institucional.*

*7) Elegir, en el caso de arbitraje institucional, aquella entidad administradora que pida previamente* ***provisiones de fondos*** *razonables para atender a los gastos del procedimiento y un % para honorarios de los árbitros. La tasa de administración inicial debe ser razonable y reducida. Hay entidades arbitrales, a nivel mundial, que piden depósitos de cantidad muy altos, que no resultan adecuados para el mercado marítimo.*

*8)* ***Evitar foros arbitrales distantes*** *de los domicilios de las partes, con el fin de no incurrir más tarde en excesivos gastos de viajes, estancias y comunicaciones con el Tribunal y con los abogados (si intervienen). En general, todo contratante debe buscar un foro arbitral que no resulte extraño ni muy ajeno, por razón de geografía y cultura, a su propio entorno y al del contexto del negocio marítimo en el que surge la controversia. Si no es posible un acuerdo sobre foro con la otra parte, entonces valdrá la pena estudiar la posibilidad de movilidad del árbitro (mejor siempre, uno) a una localidad más cercana y equidistante. En este sentido, el movimiento ICMA (International Congress of Maritime Arbitrators) ha venido trabajando en la promoción de intercambio efectivo de árbitros entre instituciones arbitrales situadas en países diferentes.*

*9) En los casos de práctica de pruebas testificales y periciales, tener en cuenta siempre en el momento de elegir árbitro(s) la posibilidad de que dicho árbitro(s) pueda por sus conocimientos expertos* ***actuar al mismo tiempo como perito*** *en el procedimiento, facultándole para ello en su momento. Resulta conveniente acudir a la entidad administradora de arbitrajes que disponga de mejores, y más económicas, condiciones para practicar estas pruebas y sin necesidad de acudir al auxilio judicial, a menos que sea finalmente necesario.*

*10) Acordar en el convenio arbitral que* ***la parte perdedora correrá con las costas del arbitraje****. El principio de “costs follow the event” ha tenido tradicionalmente éxito en el arbitraje inglés, pero en Londres se atendió a las recomendaciones del entonces Lord Chancellor (Lord Woolf) en el sentido de que esta regla tradicional y práctica debía ceder ante la discrecionalidad del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre las costas de forma más proporcionada y atendiendo siempre a la conducta de los litigantes en el juicio arbitral. El reparto de costas puede ser justo en principio, pero no responderá a la necesidad, latente en el comercio marítimo, de evitar arbitrajes y, una vez comenzado, defensas imposibles cuando las controversias y problemas deberían haberse resuelto amistosamente. Me parece muy adecuado la regla de incentivo prevista por UNCITRAL estableciendo que la parte perdedora habrá de soportar las costas, salvo que el Tribunal considere más razonable y equitativo apartarse de la norma y hacer un reparto entre las partes en el caso concreto.*

*11) Elegir el modelo arbitral que permita una mayor actuación al árbitro para llevar a las partes a* ***un acuerdo amistoso*** *o a mediar una solución con ellas que ponga fin al juicio arbitral. Esta función conciliadora debería figurar incluso como requisito de procedimiento, con el fin de suplir la natural falta de voluntad de los interesados, voluntad que desaparece del todo cuando intervienen abogados sin más escrúpulo que el de ganar honorarios.*

*12) Por último, una iniciativa no vinculada al modelo “ad hoc” o “institucional” sino a la legislación arbitral imperante en el foro elegido. Las leyes arbitrales deben otorgar al Tribunal Arbitral una verdadera facultad para* ***dictar y practicar medidas cautelares y de aseguramiento sobre bienes*** *(p. ej., embargo preventivo de buques) propiedad de los litigantes para el buen fin de cumplimiento del laudo arbitral que en su día se dicte. Este poder arbitral extraordinario, y no sólo para “security for costs”, existe en algunas jurisdicciones, no sólo para dictarlas con auxilio judicial sino incluso para llevar a cabo su ejecución (dada la naturaleza cuasi-jurisdiccional del arbitraje). Sería realmente un factor decisivo para los acreedores de buena fe que se ven obligados a acudir al arbitraje para cobrar sus deudas.*

*El sistema debería ser más competitivo frente el juicio ordinario y para consigo mismo porque las perspectivas actuales que se ofrecen a los comerciantes marítimos en Londres y, en menor medida, en otros foros necesita ser mejorado y, en todo caso, agilizado.*

*Entretanto crece la masa crítica operante en los medios marítimos sobre la demora en los juicios arbitrales anglosajones, el ingente y creciente nivel de costes, la complejidad y causa de polémica en torno a la prueba de “discovery” de documentos, la frecuente inhabilidad del derecho inglés para interpretar circunstancias fácticas pertenecientes a otras geografías, y otros problemas, el disenso no ha logrado aún ganar terreno para nuevos foros internacionales en los que las reglas procesales ni la ley de fondo hayan de ser, presunta o fatalmente, las británicas u otras hermanas dentro del régimen anglosajón.*

*En lo que queda de siglo el futuro seguirá siendo el que es hoy presente y que es pasado desde 1960, año en que fue fundada la LMAA de Londres. No se advierte, ni resulta posible soñar con ello, un camino firme hacia la* ***“internacionalidad****” del arbitraje marítimo, por contrapunto a la “colonización” actual, como ha sucedido con notable éxito en el arbitraje mercantil, gracias sobre todo a la armonización mundial del Derecho del Comercio. Nuestra arma maritimista son los Convenios internacionales Marítimos, debiendo tristemente anotar que sólo cuatro de ellos hablan del arbitraje como método de resolución de las diferencias y reclamaciones (el Convenio de Hamburgo 1978, el Convenio de Rotterdam 2008, el Convenio de Embargo Preventivo de Buques 1952 y 1999, y el Convenio de Salvamento Marítimo ,1989). Las organizaciones internacionales marítimas neutrales, tales como la OMI y el CMI, observan complacidamente el estado actual de cosas:* ***“if it ain´t broke, don´t fix it”.*** *La Mediación en los asuntos marítimos se ha movido adelante en este casi cuarto de siglo, pero no lo suficiente para competir con el arbitraje, aunque sí amparada por el Derecho de la Unión Europea y por las leyes nacionales. Es un método ADR considerablemente más rápido y más económico que el arbitraje****.” It is better to be safe******than sorry”.***

*\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_*