



Machado, Cremoneze  
Lima e Gotas

advogados associados

# EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL DERECHO DEL TRANSPORTE

La inaplicación de las normas sobre la jurisdicción extranjera elegidas por contratantes y/o el arbitraje respecto contratos internacionales de transporte marítimo y aéreo de cargas.





## Paulo Cremoneze

Abogado, magíster en derecho internacional privado de la Universidad Católica de Santos (Brasil), especialista en Derecho de Seguros de la Universidad de Salamanca (España), miembro de la Academia Nacional de Seguros y Pensiones (Brasil), profesor de Derecho de Seguros en la Escuela de Seguros (Brasil), autora de libros sobre seguros y transporte.



# RESUMEN

Este artículo presenta elementos importantes del Derecho del Transporte y Seguro respecto el Código de Procedimiento Civil vigente desde el 18 de marzo del 2016 y la nueva dinámica procesal, especialmente en cuanto a disputas que involucren contratos internacionales de transporte marítimo y aéreo de cargas.

Su principal objetivo es defender la inaplicación de las normas de contratos de suscripción relacionadas con la preferencia de la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y el acuerdo de arbitraje.

Los contratos de transporte internacional de cargas por vía marítima y aérea hacen que las disposiciones sean abusivas, ya que proveen de manera innecesaria. No hay jurisdicción extranjera realmente elegida por los contratantes sin voluntad y mucho menos acuerdo de arbitraje. Sin embargo, hay imposiciones que hacen los transportistas a los consignatarios que impiden que prevalezcan totalmente las normas procesales respecto la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y el acuerdo de arbitraje.

La situación es todavía más seria cuando el asegurador se ve legalmente subrogado según demanda del asegurado y el consignatario forma parte del contrato de transporte marítimo o aéreo. La característica abusiva de dicha cláusula contractual, disponible de manera unilateral en instrumentos escritos y anticipados, se hace aún más evidente cuando busca la proyección de efectos legales sobre quienes ni han participado del negocio.

La jurisdicción extranjera elegida por los contratantes asume inhibición de garantía constitucional de acceso a la justicia, además de promover la reducción indebida de la soberanía de la jurisdicción nacional. En el caso del arbitraje, no hay cualquier voluntad.

Hay un prevailecimiento de la aplicación “sine quae non”, un defecto sustancial insuperable, o sea, el incumplimiento con las disposiciones de la ley de arbitraje brasileña. Los contratos de transporte internacional de carga no siguen las normas expresas de la “lex specialis” brasileña, pero su libre albedrío exclusivo se opone al sistema legal brasileño como un todo. El trabajo no tiene como objetivo perturbar las nuevas normas procesales, sino que se opone a la aplicación de una y/u otra en litigios que involucren cuestiones

Derecho del Transporte relacionadas con contratos de adhesión, especialmente en casos en que una de las partes se relacione con la ley procesal cuando se subroga legalmente a la aseguradora según demanda del consignatario.

Palabras clave: Cláusulas contractuales adhesivas; Contratos de adhesión; Imposición unilateral de transportistas de carga; Falta de voluntariedad de la parte adherente; Aseguradora subrogada legalmente no forma parte del contratante original; Abuso de las cláusulas de jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y arbitraje; Inaplicación de las nuevas normas procesales sobre contratos de adhesión.



# INTRODUCCIÓN

El nuevo Código de Procedimiento Civil entró en vigor el 18 de marzo del 2016.

Por supuesto, un nuevo Código trae expectativas, tanto positivas como negativas.

Se gastará mucho papel y tinta sobre el Código y es cierto que los debates serán intensos y variados según apliquen las nuevas normas procesales.

Al fin y al cabo, se implanta un nuevo sistema, con contornos más similares al “common law” que al “civil law”, rompiendo la tradición que original se veía en el derecho brasileño.

En todo caso, nuestro objetivo es modesto y se limita al Código y sus normas y reglamentos solamente respecto el Derecho del Transporte y el Derecho de Seguros.

Luego, nos animamos a comentar, aunque de manera breve, dos cuestiones relacionadas con la jurisdicción nacional: la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y el acuerdo de arbitraje.

El objetivo principal es mostrar que estas normas no aplican a casos (litigios) que involucren contratos de transporte internacional de cargas por vía marítima y/o aérea debido a las características de los contratos de adhesión.

Los transportistas marítimos y aéreos de carga imponen cláusulas contractuales a los consignatarios de ellas, y estos son usuarios de los servicios de transporte.

Estos mismos usuarios no expresan su voluntad de forma abierta, y el Poder Judicial siempre reconoce que dichas cláusulas son abusivas e ilegales.

No se pueden aceptar estas cláusulas injustas e ilegales, impuestas de manera unilateral, por las nuevas normas procesales sobre la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y el acuerdo de arbitraje.

La falta de voluntariedad amplia y bilateral inhibe el impacto efectivo de las nuevas normas procesales sobre contratos de transporte internacional de cargas por vía marítima y/o aérea.

En este contexto, como se demostrará en todo este trabajo, estas cláusulas ya no aplican a

aseguradoras legalmente subrogadas según la demanda del asegurado y los consignatarios de las cargas, que son responsables de las acciones regresivas de reembolso en contra de estos mismos transportistas, ya que están asociados con los mismos contratos abusivos criticados.

Veamos:

## RESPECTO LA JURISDICCIÓN EXTRANJERA ELEGIDA POR LOS CONTRATANTES.

Hay una norma del nuevo Código de Procedimiento Civil que puede causar confusión en el caso de que no se interprete de manera correcta en casos que involucren litigios basados en defectos de contratos de transporte internacional de cargas por vía marítima y/o aérea.

Específicamente, el artículo 25, que trata de la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes, dice lo siguiente: “Art. 25. No corresponde a la autoridad judicial brasileña la tramitación y juzgamiento de la acción cuando haya cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional, alegada por el demandado en la contestación.”

No se puede aplicar esta norma a casos que involucren litigios relacionados con el incumplimiento de obligaciones contractuales de transporte marítimo y/o aéreo de carga, ya que, en cada contrato, la jurisdicción extranjera se elige de manera libre por las partes, sino que se impone de forma unilateral por el transportista, sin aprobación de los consignatarios de la carga, y menos las aseguradoras, posiblemente subrogadas según las demandas, tienen oportunidad de discordar en este asunto.

Mismo antes de esta norma procesal, los transportistas marítimos y aéreos han intentado hacer valer la jurisdicción extranjera dispuesta en los contratos de transporte internacional marítimo y aéreo, fingiendo que no es algo adhesivo, abusivo y contrario al sistema jurídico brasileño, con aspectos incluso inconstitucionales.



A cada intento, a lo largo de los años, el Poder Judicial ha contestado negativamente, reconociéndolo como norma claramente ilegal, ya que el contrato de adhesión era abusivo, impuesto de manera unilateral a través de cláusula impresa.

A continuación, se leen fallos emblemáticos que merecen atención especial, como los que se reproducen a partir del repertorio de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia:

*“APELACIÓN AL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA (APELACIÓN ESPECIAL) - CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO - DERECHO DE RECURSO O REEMBOLSO - SUBROGACIÓN - CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO - MATERIA PROCESAL - INAPLICACIÓN DE SUBROGACIÓN - AUSENCIA DE INSURGENCIA RESPECTO TODOS LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO - APLICACIÓN POR ANALOGÍA DEL PRECEDENTE NÚMERO 283 DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - APELACIÓN NO RECONOCIDA.”*

*I - El instituto de subrogación transfiere créditos solamente con sus características materiales. La cláusula de elección de foro establecida en el contrato entre el asegurado y el transportista no tiene efecto respecto al agente subrogado.*

*II - Decisión del tribunal de apelación registrado con más de un motivo o razón, sen objeción. Aplicación por analogía del Precedente n.º 283 / STF (Supremo Tribunal Federal).*

*III - Apelación al Superior Tribunal de Justicia (apelación especial) no reconocida*

*(STJ - Resp (Reporte judicial de precedente del Superior Tribunal de Justicia): 1038607 SP 2008 / 00520741, Relator: Camarista MASSAMI UYEDA, Fecha del fallo: 05/20/2008, T3 - TURMA 3, Fecha de Publicación: 05/08/2008 “ basis of the decision of appellate court, sufficient for its maintenance, was not challenged, either on the basis of paragraph a)*

Resumen de la decisión (nota de encabezado): Recurso de reposición interno; Apelación especial no admitida; Contrato; Transporte marítimo; Jurisdicción; Cláusula de elección de foro extranjero.

1. La decisión apelada del tribunal de apelación afirma explícitamente que no abordaría el mérito de subrogación. Luego, es evidente que no hay cuestionamiento previo del asunto en el artículo 988 del Código Civil que impida el seguimiento del punto especial respecto su mérito.

2. La decisión apelada del tribunal de apelación afirma que “una cláusula de renuncia de derechos con consecuencias tan serias como la cláusula de la jurisdicción extranjera no puede aceptarse tácitamente sin evidencia, aunque mínima. Además, el consentimiento era específico y ha resultado de negociación consciente” (pp. 43). Esta base de la decisión del tribunal de apelación, suficiente a su mantenimiento, no ha sido confrontada, ya sea basándose en el párrafo a) o c) de la constitución permisiva. Los paradigmas se refieren solamente a la validez de la cláusula de elección de foro en el contrato de adhesión, sin que aborden la situación específica verificada en la hipótesis de estos casos, una cláusula de jurisdicción extranjera elegida por los contratantes, una ofensa en contra del orden público y la jurisdicción brasileña. Por lo tanto, hay la necesaria identidad de hecho entre los fallos.

3. Recurso de reposición negado. (AgRg (Recurso de reposición al mismo tribunal)) recurso de reposición al mismo tribunal de apelación que presentó la sentencia interlocutoria; apelación interlocutoria interna.) a la APELACIÓN INTERLOCUTORIA N.º 459.668 - RJ - 2002 / 0076056-3)

Las dos decisiones anteriores representan muchas decisiones similares, ya que los tribunales de todo el país repiten esta posición.

Considerando el nuevo sistema procesal brasileño y la fuerza del precedente judicial, las repetidas decisiones de rechazo de la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes en contratos de adhesión son muy significativas y no se pueden ignorar en el análisis práctico y la aplicación efectiva del artículo 25 respecto los contratos de transporte internacional por vía marítima y/o aérea.

Es más, en la hipótesis de un asegurado legalmente subrogado según la demanda de la parte asegurada y el consignatario de la carga en cualquier caso particular, la posible aplicación de la cláusula se mostró y se ha mostrado todavía más incorrecta, como lo reconocen los precedentes de manera general:

*“ 0 0 3 1 1 7 2 - 1 4 . 2 0 0 7 . 8 . 1 9 . 0 0 0 0 (2007.002.17947) - RECURSO DE REPOSICIÓN ANA MARIA OLIVEIRA - Fallo: 08/28/2007 - OCTAVA CÁMARA CIVIL*

*Recurso de Reposición en contra de decisión que rechazó una excepción de falta de jurisdicción presentada por el apelante en derecho de recurso de indemnización que presenta el apelante ante el 4º Tribunal de Negocios de la Capital del Estado.*



*“Un apelante que pretende reconocer la jurisdicción de Singapur o en el caso de que no conozca el distrito jurisdiccional o Santos. La aseguradora busca reembolso del valor de la cobertura del seguro pagada debido a la violación del contrato internacional de transporte marítimo, con subrogación del derecho del asegurado. La subrogación no incluye la cláusula de elección del foro pactada en el contrato de que no haya formado parte. Precedentes del TJRJ (Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro). La Jurisdicción debe cumplir con la norma general del foro de domicilio del demandado, contando el Autor del recurso una sucursal en el distrito de Rio de Janeiro. La falta de prevención del Juzgado ha causado que la protesta interrumpa la prescripción. Se niega el recurso de reposición.*

0 0 0 6 2 7 3 -  
83.2006.8.19.0000 (2006.002.14243)  
- RECURSO DE REPOSICIÓN  
CAM. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Fallo:  
08/11/2006 - DECIMOTERCERA CÁMARA CIVIL

*Recurso de reposición; Exención de falta de jurisdicción basada en elección de foro por contrato; Alegación de rechazo de jurisdicción por el distrito judicial del distrito de Marsella, Francia; Acción principal relacionada con la subrogación de la aseguradora según los valores que se han pagado al asegurado; La cláusula de elección del foro insiste en el contrato de transporte marítimo de que no formó parte la aseguradora; La elección de la jurisdicción no vincula a la aseguradora; Precedente del Superior Tribunal de Justicia; Rechazo de la apelación para que se mantenga la decisión que rechazó la exención de falta de jurisdicción.*

*Si el consignatario de la carga no concuerda con la jurisdicción extranjera escogida por los contratantes, tampoco lo hace su aseguradora. Por lo tanto, hay claro abuso y ofensa constitucional al derecho fundamental que asegura el acceso a justicia por los consignatarios.*

*En el libro humildemente escrito por este autor, “Prática de Direito Marítimo” [“Práctica de Derecho Marítimo”], actualmente en su tercera edición (Aduana), discutimos con profundidad la materia, aprovechando la experiencia profesional para desarrollar el argumento.*

*Considerando la propuesta de este trabajo, podemos reproducir la sección que trata de la naturaleza abusiva e ilegal de la cláusula de elección de jurisdicción elegida por los contratantes en el contrato internacional de transporte marítimo de carga, ya que los arquetipos de los contratos respectivos son absolutamente idénticos.*



**Hacemos la citación:**

## **10. CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE JURISDICCIÓN POR LOS CONTRATANTES**

### **ABUSO DE DERECHO**

*Asimismo, es inválida e inefectiva, nulo y vacía cualquier cláusula adhesiva que indique que la jurisdicción elegida por los contratantes se encuentra a criterio del transportista marítimo. Por lo general, los transportistas (independientemente de su país de origen) establecen Londres o Nueva York como foros, haciendo una imposición al operador o consignatario final. De hecho, imaginemos el caso de un importador brasileño, el destinatario final del servicio de transporte de cargas, quien se ve forzado a presentar un litigio en Londres, con costos extremadamente altos y en un sistema jurídico desconocido, probablemente realizando una protección excesiva.*

*Y esto se debe a que el transporte de cargas es una actividad vital de la economía de un país. Las naciones más desarrolladas siempre han considerado este sector estratégico para sus demandas globales, estableciendo sus activos jurídicos con normas (generalmente exageradas y desequilibradas) para proteger a sus transportistas marítimos.*

*Esta es la razón por la cual no se puede basar estrictamente en la cláusula de elección de jurisdicción por los contratantes como ejemplo y protección de la "pacta sunt servanda". Por lo contrario, esta cláusula, como se ha visto anteriormente, es nula e inválida, con otros criterios establecidos por el sistema jurídico brasileño para determinación de la jurisdicción competente.*

*En verdad, el lugar de realización de una obligación de transporte es el criterio jurídico normalmente utilizado en casos de importación. En el caso de la exportación, para proteger al ciudadano brasileño, el criterio jurídico es el lugar en que se haya realizado la obligación de transporte. Otro criterio válido es el lugar de los hechos o verificación de ellos. Todos estos criterios, previstos en la ley, sobrepasan la elección draconiana de foro.*

*En el caso de que el demandante sea una aseguradora legalmente subrogada, la situación es todavía más factible en términos de rechazo de la validez de la cláusula de elección de foro, ya que la aseguradora no forma parte de contrato de transporte.*

*Sin embargo, si la cláusula no tiene el poder de impactar la parte que reconoce el contrato de transporte, tampoco puede haber razón para que lo haga a la aseguradora legalmente subrogada.*

*Luego, nos convencemos de que, en principio, excepto en casos muy raros, la jurisdicción brasileña siempre será competente para evaluar el litigio judicial respecto el Derecho Marítimo, ignorando, así, las cláusulas impresas en el Conocimiento.*

*No queremos decir que la jurisdicción elegida por los contratantes no pueda obrar en una transacción legal, sino que al menos respecto el contrato de transporte marítimo, no puede cumplirse de hecho y producir efectos jurídicos debido a su naturaleza adhesiva.*

*La jurisdicción elegida por los contratantes, en sentido amplio, ha sido mantenida en el derecho procesal brasileño, por el art. 111 del Código de Procedimiento Civil, estableciendo la posibilidad de que las partes cambien, según conveniente, la jurisdicción en valor y territorio, por la jurisdicción correspondiente elegida por los contratantes, cuando se deben proponer acciones personales y, en algunos casos, reales (Artículo 95 del CPC - Código de Procedimiento Civil). Luego, se excluyen las acciones relacionadas con inmuebles y el inventario de activos ubicados en Brasil, cuya jurisdicción internacional está relacionada con los territorios judiciales brasileños. Una jurisdicción extranjera elegida por los contratantes puede hacerse por la jurisdicción nacional por las partes interesadas.*

*Sin embargo, se debe destacar la fuerza de la palabra "convención". En un contrato de adhesión, la idea de una convención no existe, especialmente para el demandante de una acción, en el caso específico de que ni se haya identificado a la aseguradora subrogada en el instrumento. Por esta razón, la posición de la jurisprudencia ha sido de que esta "convención" es, en la mayoría de los casos, abusiva, considerándose que promueve la ventaja de uno de los contratantes, el transportista.*

*Por lo tanto, en los contratos de adhesión, la cláusula de elección de jurisdicción por los contratantes ha tenido su nulidad declarada ex officio.*

*A continuación, reproducimos una declaración del Precedente del Primero Tribunal Civil del Estado de São Paulo:*



*Precedente N.º 14 del 1º TACivSP: (ajuste de conducta en São Paulo “Contrato de Transporte”: Aseguradora subrogada - La cláusula de selección de foro en el contrato de transporte o conocimiento de embarque no tiene vigor respecto a la aseguradora subrogada.”*

Asimismo, se ha juzgado como a continuación:

*Precedente N.º 14 del 1º TACivSP: (ajuste de conducta en São Paulo “Contrato de Transporte”: Aseguradora subrogada - La cláusula de selección de foro en el contrato de transporte o conocimiento de embarque no tiene vigor respecto a la aseguradora subrogada.”*

La doctrina también se opone a las cláusulas de elección de foro que son abusivas, especialmente en detrimento de quienes ni obraban en el contrato, como es el caso de la aseguradora legalmente subrogada. José Frederico Marques declara: “Una cuestión que se ha discutido muchísimo en nuestros tribunales es la extensión de la jurisdicción elegida por los contratantes a la aseguradora, en contratos de transporte. La mejor doctrina, nos parece, es aquella en que el acuerdo entre el transportista y el consignante de la mercancía no vincula a terceros, aunque la aseguradora sea subrogada a los derechos del acreedor original, de esta manera ocupando el puesto de subrogación a procedimientos civiles.”

Otro juicio del Primero Tribunal Civil también merece atención especial: RT 623/90

*Precedente N.º 14 del 1º TACivSP: (ajuste de conducta en São Paulo “Contrato de Transporte”: Aseguradora subrogada - La cláusula de selección de foro en el contrato de transporte o conocimiento de embarque no tiene vigor respecto a la aseguradora subrogada.”*

## 10.1. LA AUTORIDAD JUDICIAL BRASILEÑA

Por estas razones y muchas otras, no consideramos válidas y efectivas las cláusulas de elección de foro en contratos de transporte marítimo y adhesión por excelencia.

Asimismo, el sistema jurídico brasileño está desarrollado de manera inteligente para honrar la autoridad judicial nacional, además de proveer evidencias para tratar la mayoría de los casos de Derecho Marítimo.

Respecto las leyes nacionales, la autoridad judicial brasileño tiene competencia en cuanto

al demandado domiciliado en Brasil, independientemente de su nacionalidad (artículo 88, apartado I, del CPC), entendiéndose aquí también el domicilio de la persona jurídica, su agencia o sucursal en este país (párrafo único del artículo 88 del CPC - Código del Procedimiento Civil).

Por lo tanto, independientemente de qué persona jurídica sea responsable de reembolsar los daños del siniestro, la autoridad judicial brasileña será competente para evaluar la materia en tribunales de Brasil, siempre que las partes del litigio se encuentren domiciliadas en este país, prestándose a la palabra “domicilio” en sentido amplio.

El transportista marítimo extranjero que tenga en Brasil un agente marítimo será considerada domiciliado en Brasil, autorizando la jurisdicción nacional. Esta situación se refleja en los términos del párrafo único del artículo 88 del Código de Procedimiento Civil, que establece que, para que se determine la jurisdicción de domicilio, se considera persona domiciliada en Brasil a la persona jurídica extranjera que tenga aquí agencia (actor sequitur forum rei), o sea, representación comercial.

Por otro lado, se destaca como elemento de conexión, para que se establezca la jurisdicción de la justicia brasileña, al evaluar el litigio, la obligación de completarse en Brasil (actor sequitur forum executionis), una situación común en transportes relacionados con la exportación. Para Hélio Tornaghi, se debe considerar lo siguiente con el objetivo de establecer el lugar en que la obligación debe completarse:

*“El lugar en que se contrata la obligación es irrelevante. Lo importante es dónde se ha completado. La regla observada aquí es distinta de las leyes que consideran el lugar en que se haya contraído la obligación o el lugar en que esta se deba completar (Artículo 20 del Código Civil Italiano, para jurisdicción interna).*

*Para que la autoridad judicial brasileña sea competente en este caso, se necesita que Brasil sea el “locus destinatae solutionis”, es decir, el lugar en que la obligación debe completarse. La liberalidad del deudor que haya pagado, en parte, en Brasil, cuando no tenía obligación de hacerlo, no autoriza el acreedor a pedir a un tribunal brasileño que exija el resto de la deuda.*

*De otro lado, no es suficiente que solamente algunas obligaciones contractuales tengan que completarse en Brasil. Se necesita que la misma obligación que se exige se complete.”*



Según apropiado, destacamos y reproducimos el entendimiento de la jurisprudencia respecto:

*"JURISDICCIÓN - Internacional - Responsabilidad civil - Transporte marítimo - Carga transportada de Suecia a Brasil (Porto de Santos) - Mercancía acondicionada en buque distinto del especificado, con otro destino - Existencia de un contrato de transporte entre el reverso y el consignatario de la carga Transportada - Artículo 88, II, del Código de Procedimiento Civil - Jurisdicción de la Justicia Brasileña - Distancia preliminar."*

*"La autoridad judicial brasileña es competente, porque aquí se debería completar la obligación: entrega de la mercancía transportada al puerto de Santos, independientemente de haber el contratante contratado - la autoridad judicial brasileña competente y no el demandante asegurado - como otra compañía, transporte entre dos puertos distintos. Lo que vale para determinar la jurisdicción de la autoridad judicial de Brasil es el contrato de transporte entre el demandado y el consignatario de la carga, luego, la emisión del conocimiento de transporte, la obligación de hacer la entrega del contenedor y la mercancía contenida en él al puerto mencionado de Brasil. Art. 88, II, del CPC (Código de Procedimiento Civil). Es competente la autoridad brasileña, ya que aquí se debería completar la obligación."*

*(Apelación No. 717.367-5 - Santos - 11ª Cámara O4/27/98 - v.u. - Juez Antonio Marson.)*

*"TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGAS - Indemnización por pérdida de carga - Jurisdicción - Desembarque a hacerse en Brasil - Fallo con efecto sobre el Poder Judicial de Brasil - Prevalencimiento de las disposiciones del art. 88, II del CPC (Código de Procedimiento Civil) sobre la jurisdicción elegida por los contratantes - Existencia también de aceptación previa de la jurisdicción brasileña - Aplicación del principio de sumisión - Declaración de votos."*

*"Resumen Oficial de la decisión (nota de encabezado): Transporte marítimo; EC 7/77 (Reforma constitucional); Caso de recesión. Jurisdicción residual del extinto TRF (Tribunal Regional Federal); jurisdicción extranjera elegida por los contratantes; Prevalencimiento de la jurisdicción brasileña; Aplicación del art. 88, II, del CPC (Código del Procedimiento Civil) y del principio de sumisión."*

1. En el caso del contrato de transporte relacionado con la cuestión de transporte marítimo, el extinto TRF (Tribunal Regional Federal), tras la EC (Reforma constitucional) 7, con fecha del 13/04/77, siguió competente para juzgar una acción de rescisión con el objetivo de rever sus fallos.

2. *El foro del contrato elegido por las partes no prevalece cuando la obligación que se haya asumido por la compañía transportista, la entrega de mercancías, se hace en Brasil. Aplicación del art. 88, II del CPC, así como del principio de sumisión debido a la aceptación previa de la jurisdicción brasileña.*

3. *Demanda de restricción considerada infundada, debido a falta de bases judiciales. (AR 133 - RS - 2º S. - J. 30.8.89 - rel. Cam. Claudio Santos - DJU 2.10.89)*

Además, según el Artículo 100, apartado IV, letra d, del Código de Procedimiento Civil, el derecho de reembolso reclamado en contra del transportista marítimo se debe atribuir en el lugar en que se deba completar la obligación, o sea, en el puerto de destino de las mercancías. En favor del prevalecimiento de la jurisdicción nacional, dice Pontes de Miranda:

*"Independientemente de cuál sea el lugar del beneficio, excepto según lex specialis cogente, las personas involucradas pueden cambiarlo a través de acuerdo de que pase en otro lugar (por ejemplo, que la indemnización por una acción ilegal sea pagada por el deudor en su domicilio) o a través del cambio del lugar convencionalmente determinado o cuya determinación resulte de norma de la ley. Respecto la demanda que resulte de facto ocurrido o de una acción practicada en Brasil, el art. 88, III, es claro."*

*Comentários ao código de processo civil [Comentários al Código de Procedimiento Civil], Rio de Janeiro: Forense, 1973 - TOMO II (Normas de servicio de la Inspección General de Justicia), p. 190/191.*

Respecto la jurisprudencia, en el caso de siniestro en Brasil, se verifica lo siguiente:

*"Es un principio tradicional de la ley brasileña, inscrita en el art. 9 de la Ley de Introducción del Código Civil", que las obligaciones deben cualificarse y gobernarse por la ley del país en que se hayan contraído. Considerando la regla de lex loci delicti, que es materia de política pública, si la acción ilegal fue realizada en Brasil y entró en vigor en la jurisdicción brasileña, tienen autoridad los tribunales brasileños."*

*(Estados Unidos Supremo Tribunal de la República Federativa de Brasil, en el recurso de reposición en la sesión plenaria del 9.10.80, según alterado en el art. 3.119-0, Cam. Antônio Neder; RTJ 97/69)*

En materia de derecho internacional privado, se deben seguir las relaciones individuales para



que se observe la ley aplicable en litigios entre las partes. Sin embargo, hay ciertas limitaciones que se imponen a estas, especialmente en cuestiones relacionadas con la competencia de una jurisdicción internacional, como se verá a continuación.

Por lo general, los contratos internacionales otorgan jurisdicción a tribunales extranjeros, lo que, por sí, implica imposición unilateral de una ventaja de un lado sobre el otro.

Con todo, la indicación del foro no es obligatoria, principalmente debido a dos factores: la sumisión previa a una jurisdicción que no la del contrato y la ineficacia de dicha cláusula en contra de terceros subrogados por la ley y obligaciones. El principio de sumisión constituye la aceptación voluntaria por las partes de la jurisdicción de un tribunal que normalmente no se ve afectado, foro distinto del establecido para dirimir las controversias entre contratantes.

Según una importante lección de Amílcar Castro, el Poder Judicial tiene la facultad de perseguir y adjudicar cualquier causa, independientemente de su nacionalidad, domicilio o ubicación. A este actor, para la solución de los conflictos internacionales, debemos observar lo siguiente: “Por esta doctrina, en el caso de silencio de la ley, el ejercicio de la jurisdicción se basa en dos principios: Eficacia y sumisión. (...) (...) el principio de sumisión significa que en un número limitado de casos una persona puede someterse voluntariamente a la jurisdicción de un tribunal al que no estaba sujeto, ya que comienza por aceptarlo y luego ya no podemos librarnos de ella.”

Además de no concordar con las cláusulas de elección de foro, comprendemos que difícilmente un caso concreto que involucre una nación no será juzgado por la jurisdicción brasileña.

### **Terminamos la citación:**

Al abordar la ilegalidad de la jurisdicción elegida por los contratantes en los contratos internacionales de transporte marítimo de cargas, también contamos con ventajas de la preferencia de la autoridad judicial brasileña, defendiendo la jurisdicción nacional.

Es evidente que el abordaje indicado anteriormente se refería al antiguo Código de Procedimiento Civil, pero los argumentos judiciales permanecen estrictamente los mismos, ya que no hubo cambios respecto a eso.

Por ello, no se debe aplicar la norma del Artículo 25 a casos que involucren contratos de adhesión (marítimos o aéreos), porque no hay jurisdicción extranjera realmente elegida por los contratantes, sino que imposición ilegal e inconstitucional en un contrato de adhesión de que no forma parte el demandante, quien no expresó de manera libre su voluntad.

Se debe destacar que no cuestionamos la constitucionalidad ni la validez y eficiencia de la norma en sí, sino que su aplicación posible e incorrecta en litigios que involucren aun así contratos internacionales adhesivos de transporte marítimo y aérea de cargas, ya que la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes no ha sido pactada por ellos, pero impuesta lateralmente.

Y esto, como se demostró extensamente, es todavía más apropiado al tratar, por ejemplo, un demandante legalmente asegurado de carga, subrogado a la demanda del consignatario, ya que, el primero, más que el segundo, no ha expresado su libre voluntad sobre el tema.

Los contratos de adhesión tienen que ser analizados con mucho rigor y cuidado, siempre de manera estricta. Por lo tanto, no pueden servir como salvoconductos para abusos, especialmente aquellos que impiden garantías constitucionales, como el amplio acceso a la justicia.

Esta es la razón por la cual repetimos, ciertos de ello, que no podemos aceptar la cláusula de elección de foro en contratos internacionales de transporte marítimo y/o aéreo de cargas, el sello aduanero y la protección de *pacta sunt servanda*. Por lo contrario, esta cláusula, como se ha visto anteriormente, es inválida, y hay otros criterios establecidos por el sistema jurídico brasileño para determinación de la jurisdicción competente.

Por lo tanto, al menos en la materia aquí discutida, debería haber interpretación y aplicación cuidadosas del artículo 25, sin que se permitieran daños indebidos a las partes adherentes o, lo que es todavía más serio, a sus aseguradoras, quienes ni forman parte de las relaciones contractuales originales.

En verdad, el lugar de realización de una obligación de transporte es el criterio jurídico normalmente utilizado en casos de importación. En el caso de la exportación, para proteger al ciudadano brasileño, el criterio jurídico es el lugar en que se haya realizado la obligación de transporte. Otro criterio válido es el lugar de los hechos



o verificación de ellos. Todos estos criterios, impuestos por la ley, se sobreponen a la elección draconiana de foro y se están todos basados, de una forma u otra, en el nuevo Código de Procedimiento Civil, que autorizó la jurisdicción elegida por los contratantes, siempre que sea absolutamente voluntaria en la relación contractual y nunca en una relación marcada por la adhesión. En el caso de que el demandante sea una aseguradora legalmente subrogada, se debe insistir, la situación es todavía más factible en términos de rechazo de la validez de la cláusula de elección de foro, ya que la aseguradora no forma parte de contrato de transporte.

Sin embargo, si la cláusula no tiene el poder de impactar la parte que reconoce el contrato de transporte, tampoco puede haber razón para que lo haga a la aseguradora legalmente subrogada.

Por esta razón, se puede estar decir que, en principio, excepto en casos muy raros, la jurisdicción brasileña siempre será competente para evaluar el litigio judicial respecto el Derecho del Transporte (y el Derecho Marítimo, en particular), ignorando, así, las cláusulas impresas en el conocimiento.

No queremos decir que la jurisdicción elegida por los contratantes no pueda obrar en una transacción legal, sino que al menos respecto el contrato de transporte marítimo, no puede cumplirse de hecho y producir efectos jurídicos debido a su naturaleza adhesiva.

La jurisdicción elegida por los contratantes, en sentido amplio, se mantuvo en el derecho procesal brasileño actual, con las mismas características dictadas por el antiguo artículo 111 del Código de Procedimiento Civil de 1973, estableciendo la posibilidad de que las partes cambien, según conveniente, la jurisdicción en valor y territorio, por la jurisdicción correspondiente elegida por los contratantes, cuando se deben proponer acciones personales y, en algunos casos, reales (artículo 95 del CPC). Se debe mencionar que esta idea ha sido mantenida en el artículo 63 del Código actual, especialmente en su párrafo 1, pero tanto en el sistema procesal anterior como en el actual, la presencia del elemento de voluntariedad es indispensable, bajo pena de hacer una voluntad, cuando tenga forma adhesiva de contrato, una manifestación absoluta.

Luego, se excluyen las acciones relacionadas con inmuebles y el inventario de activos ubicados en Brasil, cuya jurisdicción internacional está

relacionada con los territorios judiciales brasileños. Una jurisdicción extranjera elegida por los contratantes puede hacerse por la jurisdicción nacional por las partes interesadas. Sin embargo, se debe destacar la fuerza de la palabra "convención". En un contrato de adhesión, la idea de una convención no existe, especialmente para el demandante de una acción, en el caso específico de que ni se haya identificado a la aseguradora subrogada en el instrumento.

Por esta razón, la posición de la jurisprudencia ha sido de que esta "convención" es, en la mayoría de los casos, abusiva, considerándose que promueve la ventaja de uno de los contratantes, el transportista. No hay razones para creer que esto cambiará en el nuevo código.

Por lo tanto, en los contratos de adhesión, la cláusula de elección de foro ha tenido su nulidad, o al menos su ineficacia o invalidez, declarada ex officio.

A continuación, reproducimos una declaración del Precedente del Primero Tribunal Civil del Estado de São Paulo, tomada por el Tribunal de Justicia con el objetivo de mostrar cuán tradicional es esta interpretación inteligente y justa de la jurisprudencia brasileña:

*Precedente n.º 14 del 1º TACivSP: (constancia de ajustamiento de conducta en São Paulo*

*"Contrato de Transporte: Aseguradora subrogada - La cláusula de selección de foro en el contrato de transporte o conocimiento de embarque no tiene vigor respecto a la aseguradora subrogada."*

*En este mismo sentido, se juzgó como a continuación:*

*RT 623/90*

*"La cláusula de selección de foro presente en el contrato de transporte o conocimiento de embarque es inválida respecto a la aseguradora subrogada al crédito del remitente, ya que la aseguradora no se encuentra en la posición contractual del remitente asegurado, teniendo solamente el crédito de este."*  
*(UJ 356.311 - TP - J. 7.5.87 - rel. Juez Araújo Cintra)*

La doctrina también se opone a las cláusulas de elección de foro que son abusivas, especialmente en detrimento de quienes ni obraban en el contrato, como es el caso de la aseguradora legalmente subrogada. José Frederico Marques declara: "Una cuestión que se ha discutido muchísimo en nuestros tribunales es la extensión de la jurisdicción elegida por los contratantes a la aseguradora, en contratos de transporte.



La mejor doctrina, nos parece, es aquella en que el acuerdo entre el transportista y el consignante de la mercancía no vincula a terceros. Aunque la aseguradora sea subrogada a los derechos del acreedor original, de esta manera ocupando el puesto de subrogación a procedimientos civiles.

Otra decisión merece atención especial, aunque extinta: viene del extinto Tribunal Estatal de Justicia Civil con jurisdicción limitada, reiterando que antiguos jueces también destacan la fuerte posición de la jurisprudencia y la certitud de que nada cambiará respecto a esto en el nuevo Código de Procedimiento Civil, en su artículo 25.

A continuación, se lee la decisión:

*RT 623/90*

*“La prerrogativa de jurisdicción y el domicilio del demandado compiten. Luego, lo hacen respecto a la separación y la selección. Se dice que cuando compiten de manera simultánea diferentes foros, el competidor de la jurisdicción puede elegir una entre los demandantes, en detrimento de las otras (...)”*

*“El caso ofrece la elección del foro, independientemente de haber cambio de domicilio del demandado u otro cambio de hecho, porque este es el momento de perpetuatio jurisdictionis, que, en nuestras leyes, no es simultáneo a la prevención, por lo que se establece la jurisdicción del tribunal, concretando este hecho (artículos 86 y 219 del CPC).”*

*“El foro de domicilio general y competidores de otros, al no causar la pérdida de la demanda al demandado, que se puede defender mejor, y se debe destacar que hay normas expresas - consideradas de carácter general - sobre la jurisdicción elegida por los contratantes. (Artículos 95, Parte del CPC (Código de Procedimiento Civil) y 846, párrafo único, y 950, párrafo único, del CC).”*

La jurisdicción extranjera elegida por los contratantes es, de hecho, una realidad normativa y la nueva norma procesal merece todo el prestigio posible, sin duda, siempre que, elegida entre las partes, seleccionada como resultado de la libre expresión de sus deseos, no como algo impuesto en el contrato de adhesión de manera absoluta, sin cualquier consentimiento de la parte adherente y menos aún de su aseguradora.

En el segundo caso, la norma procesal servirá fines deshonestos y será objeto de injusticia grave y hasta reflejo de una violación de la soberanía de la jurisdicción nacional.



# EN CUANTO AL CONTRATO DE ARBITRAJE

Por estas mismas razones bien fundadas, no se necesita hablar del caso concreto de una posible preferencia por el procedimiento de arbitraje, según el artículo 3, párrafo 1.

Además de estas razones, hay otra, absolutamente fundamental:

el contrato de arbitraje no se restringe al transporte internacional marítimo y/o de carga firmados según la ley brasileña de arbitraje.

De hecho, además de formar parte del contrato de adhesión, esta disposición es una violación directa de la ley especial de la materia.

Se debe destacar que el mismo Código de Procedimiento Civil reconoce la posibilidad y la validez del arbitraje, siempre que se haya específicamente observado en la forma legal, según el §1 del artículo 3: "Se permite el arbitraje según la ley".

Lo que se infiere de la parte final del instrumento mencionado es simple y no requiere mucha explicación, porque es obvio: si la ley no se observa de manera estricta, no hay razón para que se hable de arbitraje.

En litigios relacionados con el Derecho del Transporte, el acuerdo de arbitraje no es una convención verdadera, sino que otra imposición inaceptable de los transportistas en general.

En el caso de un contrato de adhesión, el acuerdo de arbitraje debe estar previsto en apartado separado, específico, anexo y firmado por las partes y/o indicado en el cuerpo del contrato, pero con cartas firmadas, así como debe obrar la firma de la parte adherente en el texto respectivo.

Nada de esto suele ser observado en dichos contratos y, por ello, se puede invocar los precedentes consolidados respecto al asunto:

*"RESPONSABILIDAD CIVIL; C a r g a transportada; Daños Regresión resultante de contrato de seguro; Cláusula de arbitraje establecida entre el proveedor del servicio y el propietario de la carga; Inaplicación del contrato respecto la Aseguradora, que no firmó ni pactó el contrato; Robo de cargo; Hecho que no caracteriza evento de fuerza mayor, porque es perfectamente previsible y evitable en condiciones normales de transporte.*

*Apelación concedida a la remoción del procedimiento y, con base en las disposiciones del artículo 515, párrafo 32, del CPC (Código de Procedimiento Civil), declara la acción bien fundamentada. "La naturaleza jurídica de la cláusula de arbitraje es una obligación de hacer, con carácter muy personal, por lo que no se puede transferir a un tercero."2 No se puede considerar el robo de cargas transportadas un hecho no relacionado con el contrato de transporte y previsible y evitable. Considerando las medidas de precaución del transportista, no hay evento de fuerza mayor o caso fortuito que pueda excluir la responsabilidad del transportista.*

*(TJ-SP - APL: 990093738210 SP, Relator: Gilberto dos Santos,*

*Fecha de Juzgado: March 11, 2010, 11tª Cámara de Derecho Privado, Fecha de Publicación: 03/22/2010).*

*0 0 3 1 1 7 2 - 1 4 . 2 0 0 7 . 8 . 1 9 . 0 0 0 0 (2007.002.17947) - RECURSO DE REPOSICIÓN.*

*CAM. ANA MARIA OLIVEIRA - Juzgado: 08/28/2007 - OCTAVA CÁMARA CIVIL*

*Recurso de Reposición en contra de decisión que rechazó una excepción de falta de jurisdicción presentada por el apelante en derecho de recurso de indemnización que presenta el apelante ante el 4º Tribunal de Negocios de la Capital del Estado. Un apelante que pretende reconocer la jurisdicción de Singapur o en el caso de que no conozca el distrito jurisdiccional o Santos. La aseguradora busca reembolso del valor de la cobertura del seguro pagada debido a la violación del contrato internacional de transporte marítimo, con subrogación del derecho del asegurado. La subrogación no incluye la cláusula de elección del foro pactada en el contrato de que no haya formado parte. Precedentes del TJRJ (Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro). La Jurisdicción debe cumplir con la norma general del foro de domicilio del demandado, contando el Autor del recurso una sucursal en el distrito de Rio de Janeiro. La falta de prevención del Juzgado ha causado que la protesta interrumpa la prescripción. Se niega el recurso de reposición.*

*0 0 0 6 2 7 3 - 8 3 . 2 0 0 6 . 8 . 1 9 . 0 0 0 0 (2006.002.14243) - RECURSO DE REPOSICIÓN*

*CAM. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Fallo: 08/11/2006 - DECIMOTERCERA CÁMARA CIVIL*

*RECURSO DE REPOSICIÓN. EXCEPCIÓN DE JURISDICCIÓN BASADA EN LA ELECCIÓN DE FORO DEL CONTRATO. DEMANDA PARA RECHAZO DE JURISDICCIÓN DE LA REGIÓN*



*DE MARSELLA, FRANCIA. ACCIÓN PRINCIPAL BASADA EN SUBROGACIÓN DE LA ASEGURADORA, CON VALORES PAGADOS AL ASEGURADO. LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE FORO INSISTE EN EL CONTRATO MARÍTIMO, DE QUE NO FORMABA PARTE LA ASEGURADORA.*

*JURISDICCIÓN ELEGIDA POR LOS CONTRATANTES NO SE RELACIONA CON LA ASEGURADORA. PRECEDENTES DEL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. RECHAZO DE APELACIÓN PARA MANTENIMIENTO DE LA DECISIÓN QUE RECHAZÓ LA EXCEPCIÓN DE JURISDICCIÓN. “*

Si el contrato de adhesión no cumple fielmente con las disposiciones de la ley de arbitraje, no habrá cuestiones sobre la validez y efectividad del contrato respectivo y la cláusula respectiva será nula e inválida.

Mismo antes del nuevo Código de Procedimiento Civil, la materia ya había llamado nuestra atención, debido a la práctica profesional diaria. Esto se debe a que había y hay una tendencia de ampliar los efectos jurídicos y prácticos de la cláusula de arbitraje, alcanzándose aquellos que no forman parte legítima e interesada de ella.

Comprendemos que esta tendencia es incorrecta y no tendrá fuerza para que prosiga, porque la posición de la jurisprudencia es clara y prácticamente uniforme: la cláusula de arbitraje no proyecta efectos sobre quienes no han tomado parte en ella de manera voluntaria.

No se debe olvidar que la voluntariedad es la calidad esencial al arbitraje y sin ella este proceso no puede ser un medio de resolver litigios, sino que una imposición arbitraria e inconstitucional.

En el área del Derecho del Transporte, y particularmente en el Derecho Marítimo, especialmente en la parte que se relaciona con el Derecho de Seguros, este asunto es especialmente relevante y merece consideración seria a su respecto.

La mejor manera de evitar un error no calculado de injusticia grave es combatirlo como su fuente, en su origen y génesis.

Se habla aquí particularmente de seguro de cargas, transporte marítimo de cargas en sí y subrogación, y todo que forma parte de la modalidad marítima de transporte aplica, como ya mencionado, con simetría idéntica a la modalidad aérea.

La aseguradora subrogada a los derechos y acciones de un asegurado, consignatario de carga,

que sea víctima de una agencia de contrato de transporte que se haya frustrado por el propietario del buque, transportista marítimo (y/o aéreo), no puede ser obligado a adherir al procedimiento de arbitraje impuesto de manera unilateral por el conocimiento marítimo, instrumento que forma parte del contrato de transporte de cargas.

Hay muchas razones para no admitir la amplitud indebida de la cláusula de arbitraje y a partir de aquí se expondrán estas razones con cierto grado de detalles.

Ni mismo la nueva norma procesal podría imponerlo, al menos cuando comparada con los contratos de transporte marítimo y aéreo de carga. Se debe destacar que en el caso específico de la cláusula de arbitraje en el contrato internacional de transporte marítimo (en el contrato de transporte aéreo no es tan común), hay dos razones fundamentales para su inaplicación: una general y otra el caso subrogado de la aseguradora.

En este contexto, la primera y general es que la cláusula de arbitraje contiene la observación del conocimiento de embarque y se redacta en desacuerdo con la Ley Brasileña de Arbitraje, razón por la cual es nula e inválida. Mismo el consignatario de la carga, parte del contrato, no puede estar obligado a obedecerla, porque es claramente abusiva e ilegal. El segundo caso, respecto la aseguradora subrogada, se relaciona con el atributo ya mencionada de la voluntariedad, ya que la aseguradora no forma parte del contrato de transporte y, por lo tanto, no se le puede imponer, aunque estuviera de acuerdo con la ley de arbitraje. Al contrario, hay límites de subrogación y estos están bien definidos por el sistema jurídico en su totalidad.

La aseguradora que sea legalmente subrogada, por lo tanto, no tiene que cumplir con las normas contractuales asumidas o impuestas por una de las partes a su asegurado y consignatario de la carga.

Como puede parecer a quienes no estén acostumbrados al universo de los seguros, una vía de un solo sentido, la verdad legal es que la subrogación opera de manera amplia para derechos y acciones, pero de manera absolutamente estricta para posibles deberes y obligaciones.

*Si la aseguradora no toma parte en el contrato de transporte, no es justo y apropiado que sea obligada a aceptar las cláusulas de este*



instrumento, además si la manifestación de la voluntad de la aseguradora no haya sido pedida en el cumplimiento del contrato. Esto es especialmente evidente en el caso del arbitraje, siempre que no esté presente la figura de la voluntariedad.

En conocimientos marítimos, por lo general, y especialmente en algunos conocimientos aéreos, la cláusula de arbitraje sigue el intervencionismo contractual, sin respetar el elemento de voluntariedad.

Respecto a esto, también debemos rechazar la cláusula que impone el arbitraje.

No porque no apreciemos el arbitraje, sino que el contrario.

Esta es una buena forma de resolver conflictos y que se debe impulsar y practicar en Brasil. Sin embargo, hay que considerarse la manera como se impone el arbitraje en el escenario de los contratos marítimos.

Casi siempre sigue la cláusula de imposición de jurisdicción extranjera y la parte interesada no informa su voluntad.

Además de ello, la cláusula que lo establece es irregular desde el punto de vista del sistema jurídico brasileño.

De hecho, la ley de arbitraje en Brasil prevé que la cláusula de arbitraje en contratos de adhesión se debe redactar en letras negritas, separadas del texto general y especialmente firmada respecto su contenido por la parte interesada.

Otra manera es prever el arbitraje en el texto por separado y anexarlo al contrato de transporte. Nada de esto se cumple por transportistas marítimos (y frecuentemente por transportistas aéreos).

Simplemente imponen el arbitraje en la misma cláusula que determina la jurisdicción elegida por los contratantes, lo que hace que sea claramente ilegal, inválida e ineficiente. También se debe considerar que el contrato de transporte es una disposición en favor de un tercero, de manera a que el consignatario de la carga, aunque forme parte de la obligación de transporte, no forme parte de la conclusión del contrato, y menos su aseguradora. Esto hace la cláusula de arbitraje todavía más ineficiente.

Hay, como mencionado, dos elementos

principales que lo impiden, un formal y otro sustancial.

Considerando las razones y bases presentadas, la jurisprudencia parece correcta cuando no somete de manera obligatoria los casos de indemnización al arbitraje.

Esto es claramente ilegal, porque el arbitraje previsto en el conocimiento de embarque, como visto con detalles en las consideraciones sobre el demandante, es una cláusula unilateral, presente en el contrato de adhesión, sin consentimiento del consignatario de la carga asegurada, y mucho menos de su aseguradora, escrita de manera que viola formalidades sustanciales exigidas por la Ley Brasileña de Arbitraje.

Más que ilegal, la posible aplicación de la cláusula de arbitraje impide que la aseguradora subrogada busque indemnización en contra del transportista marítimo que incumplió una obligación de transporte. Luego, es este un error grave y serio, incluso inconstitucional, porque viola la garantía fundamental de acceso a la jurisdicción. Aunque el arbitraje sea un procedimiento inteligente, saludable y productivo para que se alcancen los derechos disponibles, y además de su naturaleza empresarial, como en los casos relacionados con el transporte marítimo de cargas, nunca tendrá el valor que solamente la función judicial del Estado tiene y nunca podrá aplicar sin la voluntariedad. Forzar a alguien, por ejemplo, que no haya voluntariamente pactado el procedimiento de arbitraje es algo peligroso y que trae dudas sobre la uniformidad de esta institución.

Como discutido, la adhesión a la resolución de disputas por arbitraje debe ser manifestación voluntaria y explícita de la voluntad de las partes. Se debe destacar que no se hace aquí crítica al sistema de arbitraje en sí, sino que lo contrario: es una medida eficiente y tiene mucho valor como asistencia al poder judicial, pero consideramos que su aceptación siempre será prerrogativa de las partes involucradas y en ninguna circunstancia podrá ser obligatoria o determinada, ya sea por el poder judicial o a través de medios de una cláusula del contrato de adhesión con declaración unilateral sobre la materia. Es una medida que tiene como objetivo proveer seguridad jurídica absoluta y total a todos aquellos involucrados en el transporte marítimo de cargas, con condiciones claras y objetivas para que todos actúen con menos conflictos.

También se debe indicar que la posibilidad de



una cláusula de “ofrecimiento de arbitraje” crea la posibilidad de que todas las partes involucradas, ya sea el transportista, el propietario de la carga o la aseguradora, decidan el camino más rápido, económicamente viable y más interesante para que las partes adhieran a él cuando haya litigio que sobre el transporte marítimo.

Terminamos esta discusión de la misma manera como terminamos la introducción, o sea, destacando que la cláusula de arbitraje en el Derecho Marítimo es nula e inválida, porque es claramente abusiva e ilegal. Y considerando que es nula e inválida al consignatario de la carga, el asegurado e la víctima del vicio contractual del transportista, lo es más aún a la aseguradora subrogada, porque no puede formar parte de una obligación que, además de ser ilegal y abusiva, nunca tuvo su consentimiento. Una decisión contraria es una verdadera violencia judicial y amplifica de manera impropia los efectos jurídicos de la subrogación. Es un derecho de la aseguradora, un derecho que tiene función social e impacto económico general, y no un deber.

## CONCLUSIÓN

Ahora, considerando lo mencionado anteriormente, afirmamos sin cualquier reserva o miedo que tanto la jurisdicción elegida por los contratantes como el acuerdo de arbitraje no aplican al caso particular, porque, en resumen:

- 1) *Se ofrece de manera unilateral, a través de cláusulas impresas de un contrato de adhesión;*
- 2) *No cuenta con la voluntad libremente dada de la parte;*
- 3) *En el caso de la cláusula de arbitraje, hay claro incumplimiento de la ley de arbitraje;*
- 4) *El demandante, aseguradora legalmente subrogada, no forma parte del contrato y no puede estar forzado a pagar las pérdidas impuestas por él.*

Los contratos viciosos que forman parte del derecho internacional marítimo y aéreo de cargas pueden alcanzar muchas ventajas si se aplican las normas procesales impropias al caso específico.

El mismo “Codex, por otro lado, contiene una norma fundamental que cuadra muy bien con el caso concreto: “Art. 4. Las partes tienen el derecho de obtener, dentro de un período razonable, la solución completa del mérito, incluso la actividad satisfactoria. “

Este artículo aborda la “primacía de la decisión de mérito”.

Las partes tienen el derecho público subjetivo, ahora elevado al estado de norma fundamental, garantía procesal-constitucional, a la decisión de mérito.

Por mérito, entendemos, principalmente, el bien del litigio, su núcleo.

Al tratar de la jurisdicción elegida por los contratantes y/o arbitraje en casos en que haya estas mismas figuras, se ve claramente su carácter indebido e ilegal. Viola la norma fundamental de la primacía de la decisión de mérito y perjudica la jurisdicción, además de la propia soberanía del poder judicial brasileño.

Sin embargo, en ambos casos, se debe tener en cuenta la voluntariedad.

Sin embargo, si la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y/o el procedimiento de arbitraje no son totalmente voluntarios, no se necesita mencionar la pena de ofensa jurídica.

En el caso específico de la aseguradora legalmente subrogada en esta situación, como mencionado muchas veces anteriormente, hay todavía más justificaciones y cualquier norma contractual o acuerdo firmado entre el asegurado y el transportista sin el consentimiento formal y expreso del primero es inaplicable.

Y más en el caso de un contrato de adhesión, caracterizado por las cláusulas impresas y, en muchos casos, claramente abusivas. El respeto por la jurisdicción extranjera elegida por los contratantes y por el procedimiento de arbitraje es correcto y deseable, algo a incluirse y defenderse en el ejercicio de la ley. Sin embargo, dicho respeto cuenta necesariamente con la voluntariedad. Sin ella, sin el acuerdo amplio, ilimitado y legalmente constituido, el respeto pierde su carácter y se hace negativo, en línea con abusos y desequilibrios contractuales. Solamente la voluntariedad autoriza el concepto de “pacta sunt servanda”.

El contrato de adhesión, por razones morales y legales, incluso ontológicas, siempre ha sido interpretado y aplicado de manera estricta por el



sistema jurídico brasileño, constituyendo esta manera de hacerlo un mecanismo inteligente y verdadero de calibración y tradición de la jurisprudencia. No hay razones para creer que la situación cambiará con el nuevo Código de Procedimiento Civil, porque su origen se relaciona con el fin del formalismo por el formalismo, la visión literal de la norma jurídica, haciendo que la ley sea un instrumento de justicia y bien común.





Machado, Cremoneze  
Lima e Gotas

---

advogados associados

[mclg@mclg.adv.br](mailto:mclg@mclg.adv.br)

[www.mclg.adv.br](http://www.mclg.adv.br)