



**Machado e Cremoneze**

Advogados Associados  
Seguros desde 1970



**IIDT**

Instituto Internacional de  
Direito dos Transportes

# Apuntes sobre la nulidad e ineficacia de la cláusula de imposición del procedimiento arbitral (y/o de jurisdicción exclusiva extranjera) en el *Bill of Lading*.



## Paulo Henrique Cremoneze

Abogado, socio de Machado e Cremoneze – Abogados Asociados, fundador y director del IIDT – Instituto Internacional de Derecho de los Transportes, estudiante de doctorado en Derecho Civil por la Universidad de Coimbra (Portugal), maestro en Derecho Internacional Privado por la Universidad Católica de Santos, especialista en Derecho de los Seguros, en Contratos y Daños y en Derecho Procesal Civil y Arbitraje por la Universidad de Salamanca, académico de ANSP – Academia Nacional de Seguros y Seguridad Social, autor de libros de Derecho de los Seguros y Derecho de los Transportes, miembro de la AIDA (Brasil) – Asociación Internacional de Derecho de los Seguros, del IASP – Instituto de los Abogados de São Paulo y del *Ius Civile Salmanticense*.



## Rubens Walter Machado Filho

Abogado con posgrado en Derecho Procesal Civil, Administrador de Empresas, socio-director del IIDT – Instituto Internacional de Derecho de los Transportes, miembro efectivo del IASP – Instituto de los Abogados de São Paulo, de la ILA - International Law Association (Londres), del IIDM – Instituto Ibero Americano de Derecho Marítimo y de la AIDA – Asociación Internacional de Derecho de los Seguros, CEO de MCLG Consulting and Recovery (EE.UU), autor de artículos publicados en revistas especializadas en seguros y transportes de cargas.



# “Decíamos ayer. Diremos mañana”

Fray Luís de León, Universidad de Salamanca

La intersección entre Derecho de Seguros, Derecho Civil (Derecho de Obligaciones), Derecho Marítimo y Derecho Procesal Civil genera muchos temas interesantes y controvertidos.

Uno de ellos, quizás el más reciente, objeto de acalorados debates y decisiones contradictorias, es lo de la sumisión del asegurador subrogado a los términos del *Bill of Lading* (la prueba instrumental del negocio del transporte marítimo internacional de carga), del que no es parte.

Hay quienes entienden que los términos (y, por términos, destacamos la cláusula que impone procedimiento de arbitraje y/o jurisdicción exclusiva extranjera) son ineficaces ante el asegurador subrogado y hay quienes entienden que son eficaces, especialmente si existe previo conocimiento a su respeto.

Aquí, en estas breves notas, nos interesa menos este debate y más otro, que lo precede y que ha sido relativamente ignorado por los Tribunales: **el de la nulidad de esta cláusula, por rumbo negociador, y el de su ineficacia, por falta de respeto a la forma jurídica.**

Incluso antes de discutir si, por subrogación legal, el asegurador debe o no someterse a la cláusula *Bill of Lading*, es necesario discutir si esta cláusula es válida y eficaz, legal en relación al ordenamiento jurídico brasileño, especialmente por el carácter adhesivo de la negociación y, en consecuencia, de los requisitos que la **Ley no. 9.307, de 23 de septiembre de 1996**, establece para casos como este.

Estamos convencidos de que no es así, y lo afirmamos basándonos en una posición antigua y aún vigente de la jurisprudencia.

Con evidente dosis de orgullo, afirmamos que el fundador de nuestra firma de abogados, el fallecido **Rubens Walter Machado**, fue uno de los que ayudaron en la formación de este posicionamiento y sus argumentos, transformados en fundamentos de muchas decisiones judiciales, más que nunca son reclamados y merecen una atención especial.

Más allá de discutir si el *Bill of Lading* es un instrumento contractual o prueba de un negocio jurídico, lo cierto es que las cláusulas de su anvar-

-so son dispuestas unilateralmente por el transportista. sin libre expresión de voluntad por parte del contratante de los servicios, que es, estrictamente hablando, el expedidor (*shipper*).

Cualquier persona que utilice el servicio de transporte está obligada a cumplir con un verdadero conjunto de términos, condiciones y deberes dictados unilateralmente por el proveedor. Aunque regular esa modalidad de negociaciones es bastante común en muchos sectores, lo cierto que no se puede negar es que, para una de las partes, no existe libre expresión de la voluntad, y por tanto carece de validez.

En otras palabras: o se suma al combo o no puede transportar la cosa, que normalmente es un bien y que, una vez embarcada, toma el nombre de carga. En nombre de la transparencia, decimos que esta forma es quizás inevitable para el flujo de la economía global, que requiere dinamismo y practicidad.

Es importante analizar, sin embargo, en el caso de esta adhesión, no ya la nulidad –que surge del dirigismo, o no se tiene en cuenta a pesar de él–, sino la eficacia de la cláusula indiscutida misma. Y la ineficacia por incumplimiento de las reglas formales previstas en el art. 4º, § 2º de la Ley 9.307/1996, que trata del arbitraje en Brasil.

*Art. 4 La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes de un contrato se comprometen a someter a arbitraje todas las controversias que puedan surgir en relación con dicho contrato.*

*§ 2º En los contratos de adhesión, la cláusula compromisoria solo surtirá efectos si la parte adherente toma la iniciativa de iniciar el arbitraje o acuerda expresamente su institución, siempre que poredescrito en documento adjunto o en negrita, con la firma o rúbrica especialmente para esa cláusula.*

Después de un largo tiempo de discusión en el Tribunal Supremo Federal, la ley fue finalmente declarada constitucional y en el gran debate jurídico que la rodeó se afirmó la necesidad de observar, siempre y estrictamente, la forma jurídica en su uso, especialmente en los contratos de adhesión, bajo pena de **absoluta ineficacia**.

Eventuales problemas, que no ocurren en todos los transportes, pueden y deben ser dirimidos

por la Justicia, observándose la ortodoxia del Derecho, el orden Moral y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como la función social de las obligaciones y el bien común, que exige que el causador del daño sea responsable de las pérdidas resultantes y no se esconda detrás del formalismo exagerado.

Ahora bien, si aquel que busca el servicio no puede negociar libremente las disposiciones contractuales, ¿cómo puede considerarse lícita una cláusula que inhibe el pleno ejercicio de la jurisdicción brasileña e impone lo que, en esencia, requiere voluntariedad y amplia negociación previa: el procedimiento de arbitraje y/o la jurisdicción extranjero exclusiva?

La cláusula no es legal, porque es manifiestamente abusiva. Contradice el Código Civil, ofende la propia Ley de Arbitraje (de forma y fondo) y mata la Constitución Federal, al no existir una renuncia tácita a la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción, que es un pilar del Estado Democrático de Derecho.

Cuando se aborda el asunto desde la perspectiva del Derecho del Seguro, la situación se vuelve aún peor, porque el asegurado, en la mayoría de los casos, ni siquiera es el expedidor, quien firma la obligación con el transportista sino el consignatario de la carga, que no es parte en el *Bill of Lading*.

El consignatario (asegurado del contrato de seguro de transporte) aparece en el cuerpo del *Bill of Lading* como **mero interesado**, beneficiario de la obligación que el transportista se compromete a cumplir, caracterizada por una prestación a realizar.

Por lo tanto, es correcto decir que este consignatario—*que no respeta los términos del negocio de transporte, no elige libremente al transportista, no conoce (al menos formalmente) las cláusulas, no paga el altísimo flete*—, **no forma parte del negocio**.

No es que sea ajeno o extraño a la relación comercial; simplemente no es un actor, ni siquiera un actor secundario, de los derechos y obligaciones. A lo sumo a los efectos de reparación de daños, al existir lo que se puede llamar de estipulación a favor de un tercero, éste es parte por equivalencia legal, pero esto es puntual y con carácter manifiestamente excluyente.

De hecho, el consignatario solo utiliza el instrumento *Bill of Lading* una vez finalizado el transporte, ya que es un documento imprescindible

para la transferencia de propiedad de la carga enviada por el expedidor y sirve como instrumento de crédito para la nacionalización de la mercancía y otros trámites tributarios. En definitiva: él ni siquiera forma parte del instrumento de negociación del transporte y su contenido **no es, para él, contractual**, sino **cartular**. Estamos hablando de un título de crédito, no de un contrato. Por lo tanto, no se le puede oponer ninguno de los términos del anverso, especialmente aquel que se impone en contra de la ley que lo reglamenta en Brasil.

Por lo tanto, surge la pregunta: ¿se puede obligar a este consignatario a someterse a la cláusula de un instrumento en el que no es parte, en el que no ha pactado ni aceptado nada, y del que incluso se le escapa el conocimiento por derivación?

La respuesta es no.

Sería demasiado oneroso considerar lo contrario. Sería, en primera y última instancia, la recompensa del dirigismo, la negociación, la imposición de voluntad y el abuso por la excelencia ignominiosa.

El consignatario de la carga, destacamos, ni siquiera elige el transportista y mucho menos los términos de las cláusulas del instrumento de negociación. Si la naturaleza adhesiva es invencible en relación con lo que el transportista elige, paga el flete (siempre alto) y se ve aplastado por todo un combo clausular, ¿qué podemos decir entonces del consignatario de la carga, que no es parte en el sentido estricto, pero meramente beneficiario?

Idéntico razonamiento se aplica al asegurador de carga, y de forma aún más grave. Ahora bien, si su asegurado, el consignatario de la carga, no es parte en el instrumento de negociación, ni siquiera por adhesión, con mayor razón no lo será el asegurador, haciendo insostenible, por no decir intolerable, exigirle que obedezca a las cláusulas.

No estamos hablando aquí de una cláusula cualquiera, sino de una que no respeta el sistema jurídico brasileño (empezando por la excelente Ley de Arbitraje) y que, más que abusiva, es inconstitucional, porque inhibe el pleno ejercicio de la garantía fundamental de acceso a la jurisdicción.

Así, antes de discutir si en las acciones de indemnización contra el transportista marítimo este tipo de cláusula se transmite al asegurador mediante subrogación, lo que tenemos que recordar y resaltar es que la cláusula es, en sí misma, abusiva, ilegal e -

inconstitucional, por lo que, nulo de pleno derecho, en primera instancia. Es ineficaz, en un segundo, porque no cumple con la forma prevista por la Ley de Arbitraje.

Y todo esto es primero en relación al expedidor, quien aprovecha el negocio y paga el costoso flete, y, más aún, al consignatario de la carga, beneficiario del servicio, que ni siquiera es parte en el instrumento de negociación. Lo que es inaplicable a uno lo es aún más al otro, quien puede y debe ser considerado víctima además de víctima del acto empresarial que causó el daño.

En todo este contexto se encuentra el asegurador, quien, más que su asegurado, el consignatario, no forma parte, en modo alguno, de la empresa de transporte y solo ejerce un derecho legítimo, garantizado por la ley (art. 786 del Código Civil) y resumido por la Corte Suprema (Declaración Sumaria no. 181).

Siempre que se nos presenta la oportunidad, decimos que la búsqueda de una compensación a cambio es, más que un derecho, un deber, un imperativo ético del asegurador, considerando que defiende los derechos e intereses del mutuo, el colegio universal de asegurados. La búsqueda de compensación tiene una magnífica función social y es de interés a la sociedad como un todo, siendo una de las formas saludables de mantener la salud del negocio de seguro, su viabilidad económica y todo el bien que permite.

Al demandar el reembolso, el asegurador subrogado no lo hace porque no se cumpla la prestación de un negocio, del que ni siquiera es parte, sino por un hecho perjudicial, identificado como riesgo en una póliza y que requirió al pago de la indemnización del seguro. Por lo tanto, no litiga contra el deudor que incumple las cuotas, sino contra quién perjudica, protagonista de un acto ilícito civil, que solo incidentalmente se relaciona con el transporte.

Se puede hablar de contrato por *Bill of Lading* en relación con el expedidor (contratante) y el transportista (contratista), pero no con el consignatario de la carga, mero beneficiario del servicio estipulado a su favor y a quien se entrega el instrumento es solo un título de crédito, pagaré. Él y su aseguradora nunca pueden ser considerados partes del contrato, lo que pone de relieve aún más el carácter abusivo de la cláusula. Se habla de doble ilegalidad: una, en términos de validez, por pretender someter a quienes no la negociaron previa y libremente; otro, en términos de efectividad, por falta de respeto a la forma que determina la Ley de Arbitraje. Y ante esta ilegalidad, la inconstitucionalidad más flagrante, pues inhibe al su-

-jeto de jurisdicción el ejercicio de la garantía fundamental del acceso a la jurisdicción.

Considerar ilegal e inconstitucional la cláusula en cuestión es respetar la jurisdicción nacional, separar las operaciones jurídicas de transporte y seguro, y no obstaculizar indebidamente el derecho de retorno es respetar la Ley de Arbitraje, en particular, y el Derecho Civil como un todo, es respetar más antigua y quizás más importante definición del Derecho (como corolario de la Justicia), la del Código Justiniano: "*La justicia es dar a cada uno lo que es suyo*".

Causante del daño, a quien se daña o se pierde, total o parcialmente, el transportador no puede liberarse del deber de reparar íntegramente la pérdida respectiva por una cláusula contenida en un instrumento de negociación emitido exclusivamente por él, y que no tiene como partes los que con ella busca comprometer: el consignatario de la carga y su asegurador.

El deudor que está obligado a lograr resultados y maneja una fuente de riesgo para otros, el transportista es plena y objetivamente responsable de los daños y perjuicios que causa, a menos que pruebe, invirtiendo la carga dinámica de la prueba, caso fortuito, fuerza mayor y/o o defecto de origen (o de embalaje) o, incluso, la culpa exclusiva de la propia víctima. No puede ni debe escapar de esta responsabilidad, que significa avance jurídico de la civilización, a través de trampas formales y de negociación destinadas a imponer cargas a quienes, por ley, no deberían tenerlas.

**El reconocimiento de esta cláusula como abusiva, ilegal, inconstitucional, nula y ineficaz es fundamental para la vitalidad del Derecho Marítimo en Brasil y para garantizar que la Justicia no sea distorsionada.** Ninguna cláusula de negociación puede beneficiar a nadie que ni siquiera sea parte en el instrumento que se pretende imponerle. Sí, existe responsabilidad *erga omnes*, pero no negocio jurídico en sentido estricto más allá de sus partes efectivas.

Nos entusiasma el procedimiento de arbitraje (o el uso de jurisdicción extranjera), siempre y cuando sea libre, previa y formalmente negociado por las partes interesadas. Nuestras muchas experiencias con ambos fueron y son muy positivas. Lo que no podemos aceptar es su imposición autoritaria a quienes ni siquiera la aceptaron como adhesión, y su formato, además, se produjo en claro desprecio de las exigencias de la ley.



**Machado e Cremoneze**

Advogados Associados  
*Seguros desde 1970*



**IIDT**

Instituto Internacional de  
Direito dos Transportes

