

La ilegalidad y la nulidad de la cláusula abusiva de imposición de foro en el contrato internacional de transporte marítimo de carga:

La protección del contratante débil, la víctima del daño o el asegurador subrogado.

Paulo Henrique Cremoneze



Machado e Cremoneze

Advogados Associados

Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes



Paulo Henrique Cremoneze

Abogado, Especialista en Derecho de Seguros y en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España), Maestro en Derecho Internacional Privado por la Universidade Católica de Santos, miembro académico de la Academia Nacional de Seguros e Previdência, director jurídico del Clube Internacional de Seguros de Transportes, miembro efectivo de la AIDA – Associação Internacional de Direito do Seguro, del IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo y de la IUS CIVILE SALMAN-TICENSE (Universidad de Salamanca), presidente del IDT – Instituto de Direito dos Transportes, profesor invitado de la ENS – Escola Nacional de Seguros, asociado (consejero) de la Sociedade Visconde de São Leopoldo (entidad mantenedora de la Universidade Católica de Santos), autor de libros de Derecho de Seguros, Derecho Marítimo y Derecho de Transporte, posgrado en Formación Teológica por la Faculdade de Teologia Nossa Senhora da Assunção (Ipiranga), hoy vinculada a la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Patrono del Tribunal Eclesiástico da Diócesis de Santos. Galaronado por la OAB-SANTOS por el ejercicio ético y ejemplar de la abogacía.



Abstrato:

O presente estudo (trabalho de conclusão de curso) trata da defesa do contratante débil no contrato internacional de transporte marítimo de carga, expondo sua hipossuficiência e o dirigismo contratual do armador. Referido contrato – que é de adesão – contém muitas cláusulas abusivas, como as que dispõem sobre a limitação tarifada de responsabilidade e imposição de foro. O objetivo será discutir a de imposição de foro, defendendo o foro do lugar de cumprimento da obrigação de transporte ou o que melhor convém ao credor insatisfeito, vítima do dano contratual (ou, ainda, o segurador subrogado). Em se tratando de contrato de adesão, é inválida e ineficaz a cláusula em que o armador impõe o foro de sua vontade ao consignatário da carga, o credor insatisfeito. A perspectiva deste estudo é a experiência brasileira. O ordenamento jurídico brasileiro nega vigência à cláusula de eleição de foro pelo armador porque enxerga em seu conteúdo não uma eleição verdadeira, mas imposição de sua vontade, ato típico de absurdo dirigismo contratual. Não se pode admitir renúncia forçada à própria jurisdição, como o armador faz, por meio desta cláusula, ao consignatário de carga. A situação é ainda mais grave quando se tenta impor a mesma cláusula ao segurador sub-rogado, que sequer é parte no contrato. A imposição de foro contraria o espírito do Direito Contratual atual e é forma inaceitável de proteccionismo, algo que prejudica o exercício do Direito do credor insatisfeito e que caracteriza grande desequilíbrio de forças. Ao se discorrer sobre esta cláusula, também se comenta a de imposição de arbitragem, talvez ainda mais abusiva, eis que não se concebe a realização de procedimento arbitral sem a voluntariedade expressa, prévia e formal. Pode-se ainda dizer que os obstáculos formais tentados pelos armadores a que as vítimas de danos contratuais exerçam seus direitos é uma das formas pelas quais tentam escapar de suas responsabilidades e do princípio da reparação civil integral. Toda tentativa de proteção abusiva do causador do dano implica esvaziamento da dignidade da vítima e do próprio Direito, para não dizer da Ordem Moral.

Palavras chave:

Seguro de Transporte Internacional. Jurisdição Nacional. Direito do Seguro. Direito Marítimo. Direito de Danos. Transporte Marítimo de Carga. Responsabilidade Civil. Equilíbrio Contratual. Defesa do Credor Insatisfeito ou do Segurador Sub-rogado. Tutela do Contratante Débil Anacronismo Legal. Cláusulas Abusivas.

Abstracto:

El presente estudio (trabajo de finalización del curso) se ocupa de la defensa del contratista débil en el contrato internacional de transporte de carga marítima, exponiendo su insuficiencia y la dirección contractual del propietario del buque. Este contrato, que es un contrato de adhesión, contiene muchos términos injustos, como los relativos a la limitación arancelaria de responsabilidad y la imposición de jurisdicción. El objetivo será discutir la imposición de jurisdicción, defender la jurisdicción del lugar de cumplimiento de la obligación de transporte o lo que mejor se adapte al acreedor insatisfecho, víctima del daño contractual (o, aún, la aseguradora subrogada). En el caso de un contrato de adhesión, la cláusula en la que el propietario del buque impone la jurisdicción de su voluntad al destinatario de la carga, el acreedor insatisfecho, es inválida e ineficaz. La perspectiva de este estudio es la experiencia brasileña. El sistema legal brasileño niega la cláusula de elección del foro por parte del armador porque ve en su contenido no una elección verdadera, sino la imposición de su voluntad, un acto típico de liderazgo contractual absurdo. No es posible admitir la renuncia forzada a la jurisdicción misma, como lo hace el armador, por medio de esta cláusula, al destinatario de la carga. La situación es aún más grave cuando se trata de imponer la misma cláusula a la aseguradora subrogada, que ni siquiera es parte en el contrato. La imposición de un foro es contraria al espíritu de la Ley contractual actual y es una forma inaceptable de proteccionismo, algo que perjudica el ejercicio del derecho del acreedor insatisfecho y que caracteriza un gran desequilibrio de fuerzas. Al discutir esta cláusula, también se hace un comentario sobre la imposición de un arbitraje, quizás aún más abusivo, ya que no existe la concepción de llevar a cabo un procedimiento de arbitraje sin la voluntaria, expresa y previa voluntariedad. También se puede decir que los obstáculos formales traídos por los armadores para que las víctimas de daños contractuales ejerzan sus derechos es una de las formas en que intentan escapar de sus responsabilidades y el principio de la reparación civil completa. Cualquier intento de proteger abusivamente a la persona que causa el daño resulta en un vaciamiento de la dignidad de la víctima y de la Ley en sí misma, sin mencionar la Orden Moral.

Palabras clave:

Seguro de transporte internacional. Jurisdicción nacional. Ley de Seguros Derecho marítimo. Ley de daños. Transporte Marítimo de Carga. Responsabilidad civil. Balance Contractual. Defensa del acreedor insatisfecho o asegurador subrogado. Tutela del contratista débil Anacronismo legal. Cláusulas abusivas.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo, el objetivo es tratar de las cláusulas abusivas del contrato internacional de transporte marítimo de carga, especialmente la de imposición de foro. El asunto forma parte de la rutina profesional. Es uno de los más polémicos en los litigios jurídicos de Derecho Marítimo, principalmente respecto al Derecho de Obligaciones y el Derecho de Seguros. La propuesta es mostrar la experiencia brasileña y compararla, aunque con pretensiones modestas, a la de otros países de América Latina y Europa, especialmente España, Portugal, Italia y Reino Unido.

El tema es caro a nosotros. Y no solo por su relación con nuestro ejercicio profesional de la abogacía, sino que por su fondo moral. El orden moral forma parte del Derecho y, en muchos sistemas constitucionales, como el del Reino de España, tiene naturaleza constitucional. Estamos ciertos que, en el mundo actual, ya no hay espacio para el dirigismo contractual, especialmente de la manera que se presenta en contratos de adhesión, como el contrato de transporte internacional marítimo de carga.

Creemos que la **presentación** que se hizo en el *Taller 3 del 46º Curso de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca*, materia *Contratos y Daños*, se ajusta como un guante a la mano en el caso de la presente introducción y muestra bien el ánimo que marca este trabajo.

El *Taller* que aquí se destaca ha sido una de las actividades de que participé activamente durante el segundo curso de posgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca, España. El primer curso fue el de especialización en Derecho de Seguros. Una materia se ajusta bien a la otra y ambas exponen algo muy importante a la cartera de seguros de transporte (internacional).

Citamos:

Taller 3: Sociedad del riesgo, nuevas amenazas y derechos fundamentales

Título de la comunicación: En una sociedad de riesgos, no se puede más admitir normas de limitación de responsabilidad de los causadores de daños.

Resumen: Responsabilidad Civil – Sociedad de Riesgos – Primacía del Principio de reparación civil amplia e integral – Anacronismo e ilegalidad de las especies normativas con el objetivo de limitar la responsabilidad

idad del causador del daño – Defensa de la víctima.

Vivemos tiempos de muchos cambios y enormes desafíos, tiempos de la Cuarta Revolución Industrial.

Cada día, el ingenio humano se desarrolla y las actividades económicas se fortalecen. Por más que busquen la excelencia las tecnologías, los riesgos aumentan.

*Tanto es así que el Derecho también evolucionó sustancialmente y hoy ya es cierto, como un derecho fundamental que nadie debe ser víctima de un daño, algo mucho más grande y profundo que el antiguo *neminem laedere*.*

El Derecho actual trabaja hasta con la idea de responsabilidad civil por la expectativa de daño potencial.

Mucho más allá de la responsabilidad civil objetiva, esta idea dispone que el potencial de daño que alguien puede causar a otros es, dependiendo de las particularidades del caso concreto, lo suficiente para que se considere en deber de reparación.

Algo fantástico y, tal vez, esencial al desarrollo de la ciudadanía.

*Ya no se trata de aceptar o no los llamados *punitive damages*, sino que de intentar asegurar, de una manera u otra, el derecho que todos tienen de no ser víctima de un daño.*

¿Vanguardista? Sin duda, pero algo que tiene que estar presente en toda y cualquier discusión sería respecto a la responsabilidad civil, sus efectos y su singular dimensión social.

Se gana mucho al destacarse que antes mismo que esta visión más reciente e innovadora, el anhelo por la necesidad de compensación justa del daño sufrido por la víctima y punición ejemplar de su causador ya era notable por el principio de la reparación civil integral, presente en casi todos los ordenamientos jurídicos del mundo.

En el caso específico de Brasil, el principio se encuentra claramente previsto en el art. 944 del Código Civil e implícitamente presente en el inciso V del art. 5º de la Constitución Federal, que asegura la reparación civil amplia e integral.

Considerando que el art. 5° trata de los derechos y garantías fundamentales y está enmarcado con el sello de cláusula intangible, se puede decir que, en Brasil, la reparación civil es, más que un principio de naturaleza civil, un derecho fundamental constitucional, basado en la ciudadanía.

Por ello, es inaceptable la existencia, actualmente, salvo en casos muy específicos, absolutamente especiales y extraordinarios, de normas reglas, cláusulas y cualquier especie normativa que tenga como objeto limitar la responsabilidad del causador del daño.

Toda limitación de responsabilidad del causador de un daño es vaciar el derecho de la víctima, del ofendido.

Añado, basado en el Derecho Natural y en el propio orden moral, que la limitación de responsabilidad aplicada en beneficio del autor de acto ilícito ofende la dignidad de la víctima y del Derecho como un todo.

No hay superposición del concepto de Justicia al de Derecho si este se utiliza para beneficiar a quien causa daño indebido a otros. El Derecho se hace inconstante, deformando, enemigo de la Justicia.

Y esto porque quien causa daño tiene que pagar integralmente los resultados y efectos de su conducta no idónea, nada menos, tal vez mucho más.

Por ello, la insurgencia, caso con aires de una Cruzada Santa, a las normas legales y/o contractuales limitadores de responsabilidad.

Véase el caso del Convenio de Montreal, que repitió el de Varsovia. Prevé la limitación de responsabilidad del transportista aéreo internacional de cargas en casos de faltas y averías.

¡La norma es injusta e intolerable, para decir lo correcto, y anacrónica, para decir lo mínimo!

En el momento del nacimiento del Convenio de Montreal - inicio del siglo pasado -, que utilizó Montreal sustancialmente, la industria de navegación aérea se encontraba en desarrollo, los riesgos eran demasiado elevados y mecanismos jurídicos de protección eran necesarios.

Actualmente la industria es fuerte y sana,

tanto es así que los principales constructores de aviones, Boeing y Airbus, trabajan con lo que se llama "riesgo cero" y la navegación aérea es cada vez más segura. Bien, si es así, ¿cuál es la razón de que aún haya esta antigua protección legal y la limitación de responsabilidad?

Justamente debido a las actuales tecnologías, las faltas y averías apuradas en las cargas confiadas para transporte son simplemente vulgares desidias operativas, incurias administrativas, fallas empresariales inexcusables de los transportistas aéreos. ¿Merecen, entonces, beneficios normativos como los de limitación de sus responsabilidades? ¿Esto es justo y moralmente ordenado respecto los propietarios de las cargas y sus aseguradores?

Se afirma aquí, con convicción categórica: ¡no, no es justo ni tolerable a los ojos de la moral!

La preocupación de la Universidad de Salamanca en estudiar "“Sociedad del riesgo, nuevas amenazas y derechos fundamentales” tiene que incluir, necesariamente, el principio de la reparación integral y el rechazo al concepto de limitación de responsabilidad, mismo la de naturaleza tarifada.

Es verdad que tal vez en algunos pocos casos, cuando confrontado con otros importantes postulados del Derecho, como el de la teoría de la conservación de la empresa, se pueda admitir la limitación, pero siempre que se lo haga en carácter excepcional y frente a fuerte justificación.

Pero, salvo por las excepciones, el Derecho tiene que cuidar de la reparación civil integral so pena de intolerable grado de injusticia, acentuado formalismo y perjuicio muy grave a la víctima.

A propósito, es la víctima quien tiene que el objeto de todas las atenciones de la actual responsabilidad civil, no el causador del daño. En la protección máxima de la víctima está el bien social y las funciones restauradoras, reequilibradora, principiológica y edificante del Derecho, brazo concreto de la Justicia.¹

Final de la citación.

En la presentación del Taller 3, abordamos el asunto de manera más amplia de la que presentamos aquí. Había entonces una inclinación particular al trans-

porte aéreo internacional de carga, con las debidas críticas al anacronismo de la Convención de Montreal. En este trabajo, el enfoque está en el transporte marítimo y, dentro de este, alcanzará la llamada cláusula de elección de foro², impuesta de manera unilateral por el armador en contrato de adhesión.

En el contexto de la tesis de la *Especialización en Derecho de Seguros*, en la ocasión del 45º Curso de posgrado en Derecho, de esta misma Universidad de Salamanca, **bajo orientación del Profesor Eugenio Llamas Pombo**, tratamos de la cláusula de limitación de responsabilidad, demostrando su naturaleza abusiva y su ilegalidad frente al principio de reparación civil integral.

En este momento, atacaremos las cláusulas de imposición de foro o arbitraje (esta meramente por inclusión), enfatizando su nocividad, el veneno que destila en el Derecho Contractual, la incompatibilidad que tiene con la dinámica actual y con los principios que informan el Derecho de Obligaciones, auxiliares del Derecho de Daños, ordenador de la Responsabilidad Civil.

No se puede admitir, y ya lo dijimos en oportunidad anterior, cualquier cláusula contractual que quiera limitar la responsabilidad del causador de daños y, de esta manera, perjudicar el efectivo ejercicio del Derecho por el acreedor no satisfecho. Al no ofrecer a la víctima del daño el acceso a la jurisdicción que mejor le convenga, se perjudica, y de manera muy grave, la búsqueda de reparación civil integral, el pleno ejercicio del derecho.

Los armadores utilizan mecanismos contractuales incompatibles con el espíritu del Derecho contemporáneo, enemigos de la realidad fenoménica. Se muestra especialmente presente, en el contrato internacional de transporte marítimo de carga, la figura del contratante débil, quien será el centro de las atenciones, materializada en la persona del *asegurador subrogado*.³

Sin que forme parte del contrato, el asegurador surge como el gran protagonista de los litigios de Derecho Marítimo, específicamente de responsabilidad civil del armador por daño contractual.

En Brasil, así como en México y Panamá, dichas cláusulas son nulas según la Ley. En Inglaterra (Reino Unido), se aceptan y defienden. En el sur de Europa, se respetan parcialmente debido a las Convenciones Internacionales de Derecho Marítimo, en desnivel, sin embargo, con otras fuentes normativas presentes en los ordenamientos nacionales y de la Unión Europea, como aquellas que tratan del Derecho del Consumidor, de la defensa del contratante débil y de la responsabilidad civil que manejan riesgos.

Si no es exceso de pretensión de nuestra parte, instigados por la llama del ideal, pretendemos al menos inspirar discusiones respecto posibles ajustes de los ordenamientos jurídicos europeos. Las cláusulas abusivas en contratos marítimos internacionales, principalmente los de transportes de cargas, no pueden más aceptarse; y en el caso de que lo sean, deben buscar un alineamiento mejor a las nuevas perspectivas del Derecho.

En un escenario en que se habla mucho de la satisfacción de los acreedores, imputación objetiva de responsabilidad de los causadores de daños que actúan bajo el signo de los riesgos, no se puede aceptar cláusulas contractuales casuísticas, asimétricas, irracionalmente protectoras, que, por esta razón, destruyen derechos y deberes.

El rechazo al dirigismo contractual se muestra casi una necesidad. Y el auxilio por el cual muchos esperan tal vez venga del lugar menos esperado: la experiencia brasileña, positiva y armónica con lo que hay de mejor en términos de construcción de doctrinas contemporáneas, especialmente en la comunidad europea.

Las cláusulas abusivas forman un tema que está mucho más allá del Derecho de Obligaciones, basándose, solemnemente, en el orden Público. De hecho, al tratar de la cláusula suelo, en el artículo *La nulidad de las cláusulas suelo*, el gran civilista español **Eugenio Llamas Pombo** ha concluido: "*Más bien sucede lo contrario, diríamos: la nulidad sí es una cuestión de orden público, y por tanto su régimen jurídico no puede acomodarse a consideraciones absolutamente ajenas al contrato. ¿O es que el pago por un ciudadano, durante años, de un tipo de interés que la propia resolución declara abusivo (puesto que la cláusula que lo establece lo es) no ha afectado, y de qué manera, al orden público económico?*"⁴

Este pensamiento se ajusta bien al presente estudio, porque el orden público reclama, con más razón, nuestra defensa. Por la cláusula de imposición de foro del armador, se perjudica la propia garantía constitucional fundamental de acceso a la jurisdicción de la víctima del daño, del acreedor insatisfecho y/o del asegurador subrogado.

En muchos litigios de Derechos Marítimo, los ataques al orden público alcanzan también el Derecho de Seguros.

Y con ello sufren mucho los principios de subrogación y mutualidad, esencialmente social, porque el asegurador subrogado, que actúa en nombre del mutuo, tiene su derecho de recobro devastado por la imposición contractual con que jamás concordó formal y expresa-

¹ NA: reproducción del trabajo presentado a la Universidad de Salamanca, 46º Curso de Posgrado en Derecho, especialización en Contratos y Daños, TALLER 3, Sociedad de Riesgos.

² No es por nada que colocamos entre comillas la palabra *elección*, pues lo que hay es verdadera *imposición* por el armador, que lo hace a través de mecanismo adhesivo y unilateral, con abusiva e inconstitucional renuncia involuntaria de jurisdicción a la víctima del daño contractual. Es muy importante decir ya que lo que aplica a la supuesta "elección de foro (extranjero)" aplica también al llamado "compromiso arbitral", tal vez con más gravedad, ya que se viola la voluntariedad, condición de admisibilidad, inalienable, del arbitraje

mente. La injusticia de la hipótesis nos parece bastante clara.

Como decía **José Ortega y Gasset**: *“Bueno fuera que el hombre se hallara siempre reducido a los valores superiores descubiertos hasta aquí: ciencia y justicia, arte y religión.”*.

Porque tiempos hay en que el hombre se deja verdaderamente conducir por el olvido, y algunas nociones tan claras a otras épocas, como la justicia, se van deformando por la vulgarización de uso, obscureciéndose por la referencia imprecisa.

Y entonces, envejecidos, caducos, amarilleados por el tiempo, exigen un nuevo soplo de vida, un nuevo molde expresivo, el llamado nuevo y al mismo tiempo nostálgico de la eternidad ideal.

Considerando también el tema de nuestro trabajo anterior, de Derecho de Seguros, y el hecho de formar parte de nuestra rutina profesional hace mucho, nos remetemos al lema de la Universidad de Salamanca, ya incorporado al pensamiento y corazón: *“decíamos ayer, diremos mañana”*.

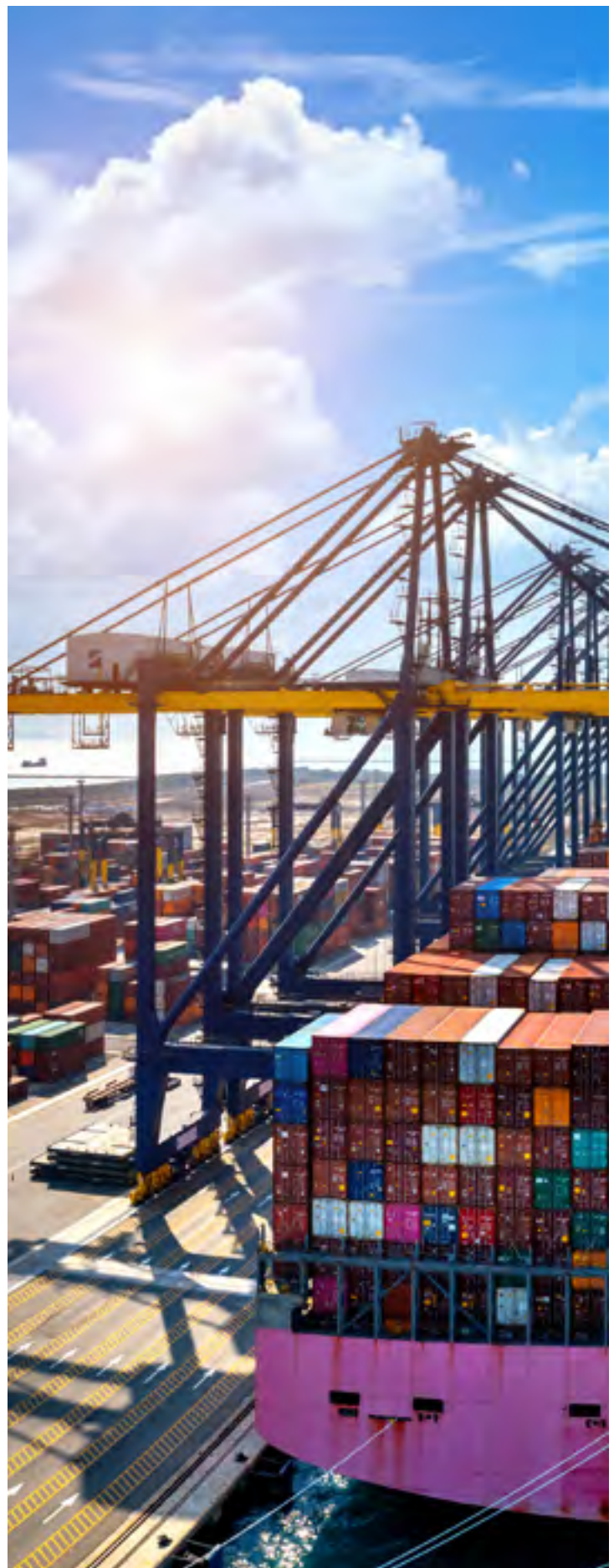
II. EL CONTRATO INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS Y LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La ilegalidad de la cláusula de imposición de foro del armador

Las cláusulas abusivas forman uno de los temas más debatidos del Derecho Contractual. Se han seguido a los profundos cambios sociales tras la Segunda Guerra Mundial, vibrando un poco más con la llegada del Derecho del Consumidor. Así pasó en España, Europa, Brasil y las Américas. Su amplitud permite una riqueza de abordajes notable. Es cierto ya que corrieron ríos de tinta sobre su superficie, llenándole las formas y, normalmente, borrando sus contornos. Sobre el tema han discutido con notable ardor académico algunos de los mejores doctrinadores del mundo.

Y no hay dudas que así seguirá por mucho tiempo.

Sobre las cláusulas abusivas, dijo bien **Nelson Nery Junior**³: *“(…) son aquellas notoriamente desfavorables a la parte más débil en la relación contractual de consumo. Son sinónimas de cláusulas abusivas las expresiones cláusulas opresivas, onerosas, leoninas o*



³ En el mundo del Law in Action, los aseguradores son autores de la mayoría de las demandas civiles en contra de los armadores por daños contractuales. Propietarios de cargas son normalmente titulares de pólizas de seguro de transporte. Frente al daño, cobran sus seguros. Los aseguradores los indemnizan y, a partir de entonces, buscan el resarcimiento. Surge, en este momento, otra dinámica. Y a los aseguradores subrogados, ya que no forman parte del contrato, no se puede oponer las normas contractuales del Conocimiento Marítimo (Bill of Lading), abusivas o no. La equiparación al contratante débil tiene sentido, por tanto, para cohibir abusos y asegurar, en homenaje al principio de mutualidad y de la función social de seguro, la justicia en el resarcimiento.

⁴ POMBO, Eugenio Llamas, La nulidad de las cláusulas suelo, Ars Iuris Salmanticensis, Tribuna de Actualidad, Vol. 1, 11-17, Diciembre 2013, eISSN: 2440-5155

excesivas."

Sí, son las cláusulas que oprimen a una de las partes contratantes, porque imponen gravámenes excesivos, asimétricos y, por lo tanto, son muy opresivas al Derecho, ya que violan su espíritu fundamental: *la búsqueda por dar a cada uno lo que suyo, la constante y perpetua voluntad que se confunde con la Justicia*.⁶

Vamos más allá, ya que no nos limitamos a los contratos con el sello de consumo y hacemos recordar los contratos en general, hasta el punto de que se hable no solo de la hiposuficiencia inherente al consumidor, sino que también el concepto de debilidad, en la figura del contratante débil, presente en muchos negocios de Derecho Civil.

Reconocemos. Nuestro objeto, sin embargo, es más modesto y tal vez hasta cómodo. Con la naturaleza abusiva de cláusula del contrato de transporte marítimo internacional de carga, hemos mantenido una sana cercanía a los hábitos de la profesión. Esto evita dos consecuencias terribles al estudioso: la abstracción ajena a la práctica del derecho y el desinterés mortal que a veces se dedica a asuntos muy aburridos de que estamos obligados a hablar.

Sí, el objeto es hacer el discurso más particular, pero no se enfatiza qué base fundamental tiene, es decir, el mal de las cláusulas abusivas por lo general, según bien expuso **Hélio Zagheto Gama**⁷: *"Las cláusulas abusivas son aquellas que, presentes en un contrato, pueden, en el caso de que sean utilizadas, causar una lesión contractual a la parte a quien desfavorezcan"*.

Bien.

Tornar particular el estudio es tratar el asunto, grave en sí mismo, desde la perspectiva del contrato internacional de transporte marítimo de carga, que es de adhesión y cuyas cláusulas se imponen de manera unilateral al embarcador y consignatario de la carga.

Y, en este contexto específico, también suele poner atención a la situación del asegurador subrogado que litiga buscando el resarcimiento por recobro en contra del armador y no puede, de ninguna manera, someterse a los términos de un contrato de que no forma parte, ni por adhesión.

Cuando se habla de cláusulas abusivas en esta modalidad contractual, se hace referencia más específicamente a aquella que impone al propietario de la carga, o al asegurador que responde por él, la exclusividad del foro extranjero (o procedimiento arbitral), siempre muy agradable a los intereses del armador.

El punto de partida es el sistema jurídico bra-

sileño, a partir del cual, con enfoque hacia la jurisprudencia, se buscará compararla a lo que pasa en otros países, principalmente los de Europa y, claro, España.

No es la primera vez que tratamos del asunto. Lo hicimos anteriormente, en la conclusión del 46° Curso de Especialización en Derecho de la Universidad de Salamanca, en la materia de Derecho de Seguros. En este contexto, abordamos la limitación de responsabilidad, la ilegalidad de la cláusula que la prevé y su no oposición al asegurador subrogado.

Mantendremos la atención en el tema y lo ampliaremos, tratando directamente de la cláusula de imposición de foro y, de manera refleja, de la de arbitraje.

Seguiremos, de cierta manera, el trabajo anterior, concentrado en la limitación de responsabilidad. Porque, para fugarse al deber de reparación civil integral, el causador del daño usa y abusa de procedimientos formales, artificialmente creados por las cláusulas, inhibidores del pleno ejercicio de Derecho, enemigos de la garantía fundamental de acceso a la Jurisdicción, presente en casi todos los ordenamientos jurídicos anteriores.

Usaremos partes del trabajo anterior, dada la pertinencia, la relación de continuidad, la relación paterna que mantiene con este, con énfasis en la ilegalidad de cada una de las cláusulas, explorando sus problemas y su contraposición al Derecho contemporáneo. El dirigismo, el abuso, el despotismo contractual ejercido por una parte sobre la otra, viola el orden moral, el Derecho de Obligaciones y el Derecho en su total. Se trata, según dijo **Eugenio Llamas Pombo**, de una cuestión de *Orden Público*, que está mucho más allá de las fronteras del Derecho Contractual.

Respecto el tema de fondo de este trabajo y tratar de los negocios jurídicos contractuales en general, **Ximena Raquel Calderón Rojas**, **Doris Valdez Paredes** y **Marco Obando Fernandez**⁸, en el artículo cuyo título es *Las Cláusulas Abusivas*, se reportan inicialmente a lo que expone la *Comisión de Publicaciones*:

"El mercado moderno ha supuesto nuevas formas de intercambio económico que ponen de relieve las implicaciones de las características de los nuevos actores, lo cual ha significado un desafío para la teoría contractual tradicional. En este contexto, la institución de las cláusulas abusivas constituye un capítulo emblemático y actual en el proceso de delineamiento de adecuadas formas de tutela al consumidor. En el presente trabajo se realiza una aproximación a los contornos teóricos de esta figura, se analiza el desarrollo a nivel comparado, y, por último, se revisa su configuración en el Anteproyecto del Código de Consumo, presentando propuestas para su adecuado funcionamiento en países como el nuestro, donde

⁵ Código de Processo Civil Comentado, p. 1379

⁶ NA: nunca es demasiado que nos reportemos al Derecho Romano y al Código Justiniano, con su insuperable definición de Derecho, que se confunde con la Justicia, es decir: la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo que es suyo.

⁷ Curso de Direito do Consumidor, p.108

la Protección al Consumidor siempre estará en debate".

Frente estas breves consideraciones iniciales, pasamos a lo que efectivamente importa: el contrato internacional de transporte marítimo de carga y sus cláusulas abusivas, enfocando la figura del asegurador subrogado.

El contrato de transporte marítimo de cargas es un contrato diferenciado. Incluye a un contratante, el embarcador, y un contrato, la parte fuerte de esta relación, el transportista (normalmente, el armador del buque) y otro participante, el consignatario de la carga transportada, en favor de quien la obligación de transportar se estipula, el contratante débil por excelente, lo más importante acreedor. Un contrato de adhesión, con cláusulas impresas, unilaterales, dispuestas exclusivamente por el armador, según su voluntad autocentrada.

Las otras partes, embarcador y consignatario, no expresan su voluntad. Adhieren al contrato, recibiendo las cláusulas ya listas y claramente abusivas desde la perspectiva del Derecho Contractual en Brasil y otros ordenamientos jurídicos.

Una de las cláusulas cuya naturaleza abusiva se muestra de modo más incisivo es aquella a través de la cual el armador impone su foro (o procedimiento arbitral) en detrimento de aquellos que elijan las otras partes. En otras palabras: es la cláusula con que les obliga a renunciar a sus propias jurisdicciones.

Tanto en Brasil como en otros países, hay la posibilidad de que las partes elijan, en contrato internacional, determinado foro o procedimiento arbitral. Esto no se pone en duda, a propósito. Para ello, sin embargo, hay que cumplirse con el principio de autonomía de la voluntad y el concepto de voluntariedad.

Esto no ocurre en el contrato internacional de transporte marítimo de carga. No se elige el foro por dos partes iguales, que se miran de frente, con los brazos cruzados, en una mesa de negocios. En la práctica y la teoría, simplemente se la impone desde arriba hacia abajo.

La cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional, sin embargo, solamente se podrá reconocer como efectiva y aplicada si su contenido corresponder perfectamente a los presupuestos de validez del negocio jurídico, autorizada por la voluntariedad inequívoca.

Cualquier ofensa o mitigación del principio de autonomía de la voluntad hará la cláusula inaplicable frente al nuevo orden jurídico-procesal.

En este ámbito, por tanto, ninguna cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el contrato internacional impuesta de manera unilateral en contrato de adhesión será objeto de convalidación. Las características de esta forma de contratación se exponen de manera admirable por **Cristiano Chaves y Nelson Rosenvald**⁹:

"De hecho, uno de los contratantes no tiene libertad para estipular el contenido de las cláusulas, y le resta solamente aceptar o rechazar la contratación (take it or leave it). La cualificación de un contrato como paritario o de adhesión dependerá, por tanto, de la posibilidad de atribuirse el contenido de las cláusulas a ambas partes o de haber sido previamente imposibilitada la negociación por uno de los contratantes. Esto muestra que los contratos de adhesión no se distinguen de los modelos clásicos de contrato por su tipo, sino que por forma."

Considerando que todo contrato internacional de transporte marítimo de carga es un contrato de adhesión, redactado exclusivamente por el transportista, sin cualquier tipo de acuerdo del consignatario de la carga, y mucho menos de su asegurador, no se puede hablar de reconocimiento de la cláusula de foro exclusivo extranjero ahí presente, y hace mucho la jurisprudencia clasificó este tipo de disposición contractual como manifiestamente abusiva e ilegal.

Otra cosa que no se puede negar es la primacía de la Justicia siempre que se reclame su participación, según garantía fundamental constitucional expresa.

Luego, mismo una cláusula eventualmente válida, plenamente voluntaria, se podrá ignorar cuando haya concreta lesión o amenaza de lesión con el alejamiento del acceso a la jurisdicción.

En el caso específico de Brasil, el art. 25, *encabezado*, del nuevo Código de Procedimiento Civil, en vigor desde el 18 de marzo de 2016, al tratar de los límites de la jurisdicción nacional, dispone: *"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."*

Esta regla no se puede alcanzar por el contrato internacional de transporte marítimo de carga por ser este de adhesión. Tampoco se puede oponerlo al asegurador subrogado, porque este no forma parte de la relación contractual destacada.

La aplicación de la regla legal brasileña destacada, o de sus correspondientes en el mundo, solo se puede aceptar cuando, en el contrato internacional, la voluntariedad

⁸ Las Cláusulas Abusivas, Derecho & Sociedad, edición 34, Associação Civil, p. 151-164

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 29 ed. rev., atual., e ampl.

Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 52

sea fielmente observada, mismo porque es una condición *sine qua non* a que la elección de foro exclusivo extranjero sea efectivamente válida y eficaz.

Esta cuestión, pues, no existe en el contrato internacional de transporte de cargas, que se rige por cláusulas impresas, unilaterales, consideradas manifiestamente abusivas por el ordenamiento jurídico brasileño y de otros países.

Importante desde la Física la idea de los vasos comunicantes, lo que se infiere de esta condición es que, sin la voluntariedad plena, no hay posibilidad de elegirse la exclusividad del foro extranjero. La voluntad autónoma es imprescindible al perfeccionamiento del negocio jurídico. La razón de esto es que la validez y eficacia de la norma legal no son pasibles de discusión, pero lo es la cláusula que forma su hipótesis de incidencia. Para que la regla del art. 25, encabezado, se pueda aplicar a cierto negocio jurídico, sobre él debe pairar la más absoluta legalidad.

En razón de ello, traemos aquí un juzgado del **Tribunal de Justicia de São Paulo**¹⁰:

“Se trata de contrato de adhesión. Y no se puede alejar la estipulación de cláusula de elección de foro, por no haber foro exclusivo, no aplica la norma del encabezado del artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, como mismo, en función del artículo 423 del CC (“Cuando haya, en el contrato de adhesión, cláusulas ambiguas o contradictorias, se deberá adoptar la interpretación más favorable al adherente”), según la doctrina de Gustavo Tepedino y otros (“Código Civil Interpretado”, Vol. II, 2ª edición revista, Renovar, pág. 23/28), en caso concreto, “Se hace necesario, aquí, a la luz de este art. 423 del CC, que se verifique la ambigüedad o el contenido contradictorio en las cláusulas de un contrato para que se resuelva este problema a través del remedio prescrito por los legisladores, o sea, la interpretación contra el estipulante. Las nociones son casi intuitivas: mientras que la ambigüedad presupone dos interpretaciones posibles en el ámbito de una misma cláusula, el contenido contradictorio se suscita por la multiplicidad de interpretaciones resultante de cláusulas diferentes”.

Además, sin la participación y voluntad del contratante en la elaboración del foro extranjero, la estipulación, como se pone, de multiplicidad en la elección del foro, y según criterio único de la voluntad del transportista, trae clara ilicitud y nulidad. La cláusula de foro de elección en contrato de adhesión sería válida en situación diferentes a la presente, según la jurisprudencia del

venerable Superior Tribunal de Justicia. Véase: “La cláusula que establece la elección del foro en contrato de adhesión es, en principio, válida, siempre que se verifiquen la necesaria libertad para contratar (ausencia de hiposuficiencia) y la posibilidad del acceso al Poder Judicial...”. (STJ, Recurso de Casación 1.072.911/SC, Rel. Cam. Massami Uyeda, 3ª T., j. 16.12.2008). “En el juzgado del Recurso de Casación 379949/PR, se ha reiterado que la declaración de nulidad de la cláusula de elección de foro en contrato de adhesión, aún cuando se trate de relación de consumo, depende del reconocimiento de la hiposuficiencia de la parte perjudicada, y que la elección del foro sea ‘capaz de dificultar su acceso al Poder Judicial’”. (3ª T., Rel. Cam. Nancy Andrighi). En el caso concreto, la nulidad de la cláusula de elección de foro se ve plenamente, ya que perjudica la defensa del apelante, además de todo que este reporte ya ha apuntado.”

Luego, la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero solamente será objeto de plano alcance de la regla del artículo 25 en el caso de que su forma y contenido se ajusten perfectamente al ordenamiento jurídico brasileño, sin que haya cualquier vicio o abuso.

Esto es especialmente relevante al caso específico del Derecho Marítimo, rama que tiene muchos puntos en común con el Derecho Internacional y que está basado mayormente en relaciones jurídicas de negocios cuyos instrumentos son contratos de adhesión.

Por esta razón, enfatizamos, con base en conVICciones jusfilosóficas y en la jurisprudencia brasileña, anterior y posterior al nuevo Código, que el instrumento contractual internacional de transporte marítimo de carga, el *Bill of Lading*, especialmente en su cláusula de imposición del foro de elección exclusivo del armador, no está ajustado a las reglas que permiten elección de foro y al sentido del Derecho Contractual actual.

Y no se ajusta a él porque es un contrato: 1) de adhesión; 2) con vicio de la plena autonomía de la voluntad de una de las partes de la relación jurídica; 3) basado en normas y convenciones internacionales no reconocidas por el ordenamiento jurídico brasileño; 4) con cláusulas manifiestamente abusivas; y 5) sin simetría entre las partes.

En el conocimiento marítimo de transporte, el contrato internacional de transporte marítimo de carga, la cláusula de elección de foro no es aquella que merece la aprobación del encabezado del artículo 25 del Nuevo Código de Procedimiento Civil, sino la que abraza el concepto de cláusula *hardship*, estrechándolo con cariño

¹⁰ Ap. n.º 1009760-89.2018.8.26.0562 – TJSP – j. 22.11.18 – rel. Juez de Apel. Hélio Nogueira

familiar.

Exactamente por eso, la jurisprudencia jamás las ha reconocido. Luego, los transportistas marítimos amargan una derrota continua, casi tradicional. Los tribunales brasileños siempre han visto, en estas cláusulas, formas abusivas e incompatibles con el Derecho brasileño, que afrontan la soberanía de la jurisdicción nacional.

Paulo Lôbo¹¹ las define como a continuación:

“Se consideran abusivas las cláusulas de contrato de consumo o las condiciones generales de los contratos que atribuyen ventajas excesivas al proveedor o parte predisponente, resultando, en contrapartida, en demasiados costos al consumidor o adherente y desequilibrando el contrato. A través de ellos, el proveedor o parte predisponente, abusando de la actividad que ejercen y de la debilidad jurídica del adherente o consumidor, establece contenido contractual inválido, con sacrificio del equilibrio razonable de las prestaciones.”

En resumen, se puede afirmar que una cláusula de elección de foro exclusivo extranjero solamente será válida y eficaz si: 1) respeta el principio de la autonomía de la voluntad; 2) no está inserida en un contrato de adhesión; 3) respeta todos los presupuestos esenciales del negocio jurídico perfecto; 4) no presenta ningún aspecto abusivo; y 5) no tiene ninguna ilicitud, aunque solo según la orden moral.

Es cierto, pues, que el contrato internacional de transporte marítimo de carga no puede tener cláusula de elección de foro exclusivo extranjero que sea válida y eficaz. Está completamente tomada del desdén por la voluntad ajena, la patología del abuso jurídico, el velo de la nulidad perfecta.

La cláusula de imposición de foro por el armador, tal vez por ironía llamada elección, se considere abusiva e ilegal respecto al acreedor insatisfecho, el propietario de la carga, respetándose en este contexto el concepto de contratante débil.

Se puede y se debe utilizar este concepto en favor de quien, mismo sin ser el contratante, ejerce el derecho de recobro por fuerza del contrato de seguro de transporte de carga. Si hay abuso e injusticia respecto al propietario de la carga, peor será la situación del asegurador subrogado.

De hecho, la situación se hace todavía más compleja cuando se lleva en cuenta la realidad práctica del Derecho Marítimo en el ámbito judicial.

La mayoría de las demandas que involucran contratos internacionales de transporte marítimo de cargas se presenta por aseguradoras, y no por los consignatarios

de cargas, asegurados.

La dinámica es más o menos esta: el consignatario de carga (a veces el embarcador y exportador) contrata seguro del ramo de transporte internacional para cubrir los riesgos de un viaje marítimo. Frente a un siniestro, falta o avería, parcial o total, de la carga, el asegurador indemniza al asegurado, propietario de la carga siniestrada, y se subroga en la pretensión original de este en contra del transportista marítimo, quien no ha cumplido fielmente la obligación contractual de resultado. Debido a la subrogación y el derecho de recobro, el asegurador viste el manto de la legitimidad activa *ad causam* y, a través de provocación al Estado-juez, inicia la disputa judicial.

La cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en el cuerpo del conocimiento marítimo se considera abusiva, por tanto, nula respecto al asegurado, embarcador y/o consignatario de la carga. Luego, también lo es respecto al asegurador. Si es nula a quien está más cercano a ella en la relación de negocios, también lo será a quienes se encuentran a una distancia considerable.

No puede el asegurador legalmente subrogado en la pretensión del asegurado estar obligado a obedecer a la disposición de un negocio jurídico de que no forma parte, en sentido estricto, y con el cual nunca ha concordado. La ilegalidad, la naturaleza claramente abusiva, al adherente del contrato se revela todavía más perniciosa e indebida al asegurador.

Tampoco se puede decir que la subrogación es una vía doble. Es este un gran engaño. La subrogación transmite legal y legítimamente derechos, pero no todos los deberes, principalmente aquellos con señales de vicios, de defecto jurídico e ilicitud.

Sobre la imposibilidad de oposición al asegurador subrogado, también es antiguo y tradicional la posición jurisprudencial brasileña: *“La cláusula de elección del foro que obre en contrato de transporte o conocimiento de embarque es ineficaz respecto la aseguradora subrogada en el crédito del remitente, porque la aseguradora no se encuentra en la posición contractual de la remitente asegurada, contando solamente con el crédito de esta”*.¹²

En cierto litigio forense, en la demanda en cuyos autores se encuentre la aseguradora legalmente subrogada en la pretensión del asegurado (embarcador o consignatario de la carga), la eventual aplicación de la cláusula, en perjuicio a su resarcimiento, es simplemente incorrecta, resultando en la precisa y justa respuesta de la jurisprudencia, uniforme y muy consistente, bien representada en el fallo destacado a continuación¹³:

Recurso interlocutorio en contra de la decisión

¹¹ LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.135

¹² UJ 356.311 – TP – j. 7.5.87 – rel. Juiz Araújo Cintra

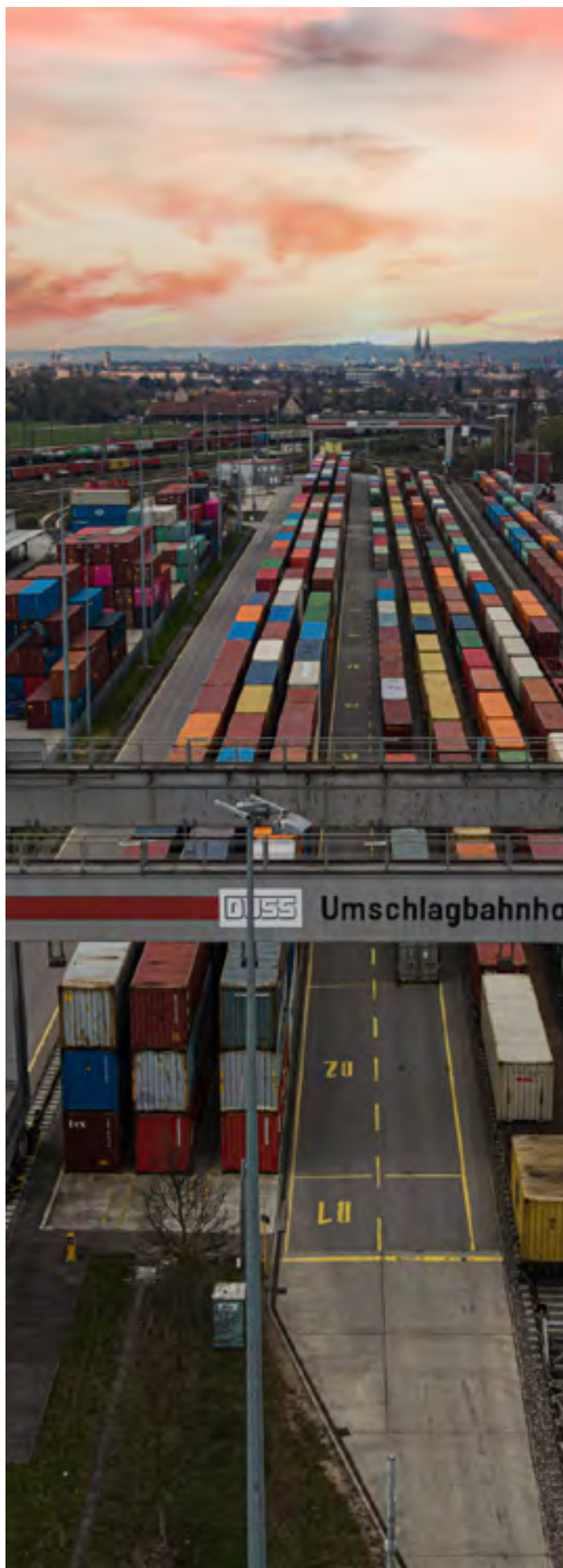
¹³ -14.2007.8.19.0000 (2007.002.17947)- RECURSO INTERLOCUTORIO- DES. ANA MARIA OLIVEIRA- Juicio: 28/08/2007- OCTAVA CÁMARA CIVIL

que rechazó excepción de incompetencia presentada por la Apelante en la acción de regreso de resarcimiento que presentó en su contra la Apelada al 4º Juicio Empresarial de la Vecindad de la Capital. Apelante que pretende el reconocimiento de la competencia de Singapur, o, en el caso de que la interpretación le sea adversa, de las Vecindades de Contagem o Santos. Aseguradora que busca el resarcimiento del valor de cobertura de seguro pagada por incumplimiento de contrato de transporte marítimo internacional, subrogándose en el derecho de la asegurada. Subrogación que no incluye la cláusula de elección de foro pactada en contrato en que no haya participado. Precedentes del TJRJ. Competencia que debe observar la regla general del foro de domicilio del demandado, contando la Apelante con filial en la Vecindad de Rio de Janeiro. Inexistencia de prevención del Juicio en que tramitó la protesta de interrupción de la prescripción. Rechazo del recurso interlocutorio.

La subrogación altera la situación de hechos y jurídica y exige tratamiento diferenciado. Luego, aunque dicha cláusula contractual no fuera abusiva y, por tanto, ilegal, jamás podría proyectar efectos jurídicos en contra del asegurador subrogado, so pena de ofensa del propio negocio de seguro. Sobre la importancia de la subrogación, se repite aquí lo que dice **Abel B. Veiga Copo**¹⁴, conocido jurista español:

“La subrogación presenta, además, una finalidad indirecta, a saber, evitar que el tercero causante del daño pueda sustraerse a las consecuencias jurídico-económicas de su responsabilidad si al pagar o abonar la aseguradora el siniestro, este no tuviere la obligación de reparar el daño causado ante el imperio del principio indemnizatorio y el no enriquecimiento del asegurado. La subrogatoria mitiga la liberación del responsable que de otro modo se escondería en el contrato para no tener que reparar el daño infligido. Y el principio indemnizatorio impide, mitiga a su vez que, en caso de que el dañado asegurado decida reclamar directamente al tercero responsable, una vez satisfecho o percibida la indemnización por parte del responsable, adolece de sentido la posibilidad de exigir a su vez la indemnización al asegurador al buscar una transgresión del principio indemnitario y con él, un lucro o doble satisfacción reparadora por encima del daño real causado y efectivo.”

Nos enseña **Veiga Copo**¹⁵ que: *“El tercero tiene la obligación de reparar un daño que causa, pero es resarcido en primera instancia por la aseguradora del*



¹⁴ COPO, Abel B. Veiga, “Tratado del Contrato de Seguro”, 5ª. Edición, Tomo I, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2017, p. 1070

¹⁵ Idem, ibidem

asegurado.

Repara porque es responsable civilmente de la producción del siniestro. La aseguradora indemniza porque está obligada contractualmente a hacerlo dentro de los perímetros del riesgo asumido.”

Respecto el contrato de seguro de carga, la aseguradora indemniza al propietario de la carga por todos los daños que surjan en ella durante el transporte. A su vez, el armador, por el principio indemnizatorio, pasa a tener el derecho de buscar resarcimiento por recobro en contra del transportista desidioso, exigiendo de él no otra cosa que el valor que haya pagado al asegurado. Este es el contorno universal de la subrogación¹⁶:

“Los contornos de la subrogación

El derecho de subrogación de la entidad aseguradora en los derechos que a priori y al menos ex ante de percibir la indemnización o resarcimiento corresponden al asegurado por los daños causados por la acción u omisión de un tercero responsable, es el corolario lógico a la efectividad del principio indemnizatorio que rige, cuando menos, en los seguros contra daños.

(...)

Y dos son las finalidades de la subrogatio, de un lado, evitar la indemnidad del causante del daño si la aseguradora no pudiese regresar frente a él subrogándose en los derechos de la víctima asegurado y, de otro lado, evitar la duplicidad indemnizatoria que podría percibir el asegurado se actuase indistinta y cumulativamente frente uno y otro.”

Cuando una aseguradora busca el resarcimiento por recobro en contra del causador del daño, no defiende solo su derecho, sino que la legitimidad de los intereses del colegio de asegurados. Llevándose en cuenta la función social que basa el negocio de seguro, defiende también, aunque de manera refleja, los intereses de toda la sociedad, ya que el éxito del resarcimiento causa impacto positivo en la salud del seguro, y esta lo hace en la salud de los negocios que en él se amparan.

Aunque no sea la función principal del resarcimiento por recobro, ni mismo la de la propia responsabilidad civil, se puede decir que la lucha de la aseguradora alimenta la teoría del desestímulo. Induce posibles buenas prácticas de negocios, ya que, puniendo al causador del daño, el protagonista del perjuicio, no habrá para él manera de beneficiarse a las costas de la previsión ajena.

Sobre los efectos de la indemnización resultante de la responsabilidad civil y la punición del causador del daño, algo que también se ve en la importancia del resarcimiento por recobro, conviene que se destaque lo que enseña **Eugênio Llamas Pombo**¹⁷:

“Quienes propugnan aquella teoría continúan atribuyendo explícitamente a la indemnización una triple misión: 1) sancionar al dañado; 2) prevenir sucesos lesivos similares; y 3) eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa. Pues bien, hay que señalar que la segunda no es propiamente una finalidad punitiva, sino más bien preventiva; y la tercera bien pudiera encuadrarse dentro de la teoría del enriquecimiento sin causa. (...)”

Tiene todavía más importancia el resarcimiento por recobro – y, por ello, es inaceptable cualquier cláusula que, de alguna manera, perjudique este elemento – cuando se lleva en cuenta su característica, bien observado por **Llamas Pombo**, de “eliminar los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa”.

Y extendemos un poco más el sentido de las palabras del civilista español para consignar que la eliminación de los beneficios injustamente obtenidos por la actividad dañosa también pasa por el no reconocimiento de cláusulas contractuales cuyo objetivo sea disminuir la responsabilidad del causador del daño o inhibir, por parte de la víctima, el acceso a la jurisdicción conveniente.

Por esta razón, el resarcimiento por recobro, antes de ser un derecho, es tal vez más un deber del asegurador, su gesto de lealtad hacia los asegurados en general, por fuerza del principio de mutualidad, y hacia la sociedad, considerando la función social de la actividad del seguro, junto con la necesidad de que se puna el causador del daño.

La subrogación y el resarcimiento por recobro se unen como mecanismos jurídicos de protección de la mutualidad, como bien resume **Marcos Alberto Lopes Antunes**¹⁸: “La subrogación, entonces, marca el equilibrio en el contrato de seguro, porque asegura el resarcimiento a la aseguradora, reduce la siniestralidad, obra en favor del fondo mutuo y, como consecuencia, disminuye significativamente los valores de las primas.”.

Frente a esto, la cláusula en estudio, abusiva respecto el propietario de la carga, se muestra aún más al asegurador, sin que se puede oponerse a ella.

Se puede, luego, afirmar los seis puntos a con-

¹⁶ COPO, Abel B. Veiga, Op. Cit., p. 1069)

¹⁷ POMBO, Eugenio Llamas, “Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones”, Madrid: La Ley, p. 38

¹⁸ ANTUNES, Marcos Alberto Lopes, A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL NA SUB-ROGAÇÃO LEGAL DA SEGU-RADORA, Trabalho de conclusão de curso (TFM) da 45ª. edição dos cursos de especialização em Direito da Universidade de Sala-manca: Direito do Seguro

tinuación:

- 1) La regla del encabezado del artículo 25 del nuevo Código de Procedimiento Civil solamente alcanza la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero que obre en contrato que esté en armonía con el sistema legal brasileño, exento de vicio o naturaleza abusiva; lo que aplica al sistema jurídico brasileño, aplica a los de otros países. Aún antes de esta regla procesal, el Derecho brasileño no reconocía el foro impuesto de manera unilateral en el contrato de transporte marítimo internacional de carga;
- 2) Se debe cobrar, antes que nada, el estricto respeto al principio de autonomía privada, uno de los más importantes presupuestos contractuales. La ausencia de voluntariedad de una de las partes viola mortalmente la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero, haciéndola ineficaz;
- 3) Nula según la ley, o al menos sin validez y eficacia, es la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero dispuesta en contrato de adhesión, principalmente respecto la parte obligada a adherir a él;
- 4) En el caso del conocimiento marítimo (contrato internacional de transporte marítimo de carga), cuerpo de un contrato de contrato de adhesión, formado por cláusulas impresas y dispuestas de manera unilateral por el transportista marítimo (armador), la cláusula de elección exclusiva de foro extranjero es abusiva, interpretación prácticamente pacífica en la jurisprudencia, sin que se pueda considerar cualquier cambio de orientación por haber entrado en vigor el nuevo Código de Procedimiento Civil y su artículo 25 en especial. **Lo que se debe considerar es la ampliación de la mentalidad jurisprudencial brasileña, que se repite en México y Panamá, países americanos destacados en el Derecho marítimo, a los países europeos que tutelan bien el contratante débil, respetan los derechos del acreedor insatisfecho, defienden principios civiles o constitucionales como la reparación civil integral y el acceso a la jurisdicción, pero, debido a las Convenciones Internacionales de Derecho Marítimo, valoran un contrato que, en su esencia, afronta sus sistemas legales en términos generales.**

5)

Además de la inteligencia sistémica del Derecho brasileño, el propio artículo 25, § 2º, se remite al poderoso antídoto para estos abusos, o sea, el § 3º del artículo 63. Aunque orientado hacia el demandado, este artículo puede aplicarse también, y debe serlo, al autor de la demanda que involucra cuestión relativa al incumplimiento del contrato internacional de transporte marítimo de carga. En esto se basa la eficacia del combate contra el dirigismo contractual, las cláusulas abusivas y la protección del contratante débil, especialmente presente en contrato de adhesión.

6)

Como sea, válida o no, eficaz o no, abusiva o no, la cláusula de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional de transporte marítimo de carga no alcanza el asegurador que se haya subrogado en la pretensión original del embarcador o consignatario de la carga (asegurado), víctima de la conducta dañosa del transportista y emisor del instrumento, ya que no forma parte de la relación de negocios, sin que sea posible que se le atribuya un gravamen completamente ajeno a la formación de su libre voluntad.

Frente a todo esto, se defiende la inutilidad de la cláusula de elección de foro en el contrato internacional de transporte marítimo de carga, hace mucho ya comprendida como abusiva, y, por tanto, ausente de la hipótesis del encabezado del artículo 25 del nuevo Código de Procedimiento Civil brasileño, de una manera u otra repetido en muchos otros sistemas jurídicos, como los de España, Italia, Portugal y Alemania, considerados bases de los sistemas de los países latinoamericanos.

Nada debe cambiar en la parte que trata de la jurisdicción nacional, principal y aplicable, so pena de ofensa a la garantía constitucional de acceso a la Justicia y eventual perjuicio a la propia economía nacional. Se dice esto respecto Brasil y otros países en general. La mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo prevé el acceso a la justicia como garantía fundamental constitucional. Un foro que no sea el preferente de la víctima del daño solamente se podrá validar por cláusula contractual cuando verdaderamente electo, si resultante de la voluntad libre de las partes contratantes.

TODO lo que se dijo sobre el transporte marítimo aplica perfectamente al transporte aéreo. Sus arquetipos son muy similares.

Además, lo que aplica a la cláusula de elección de foro, aplica hasta con más razón a la cláusula de com-

promiso de arbitraje, cuya imposición se opera de manera particularmente incómoda al adherente. El arbitraje prevé como condición necesaria la voluntariedad plena. Sin consentimiento formal de la parte, solamente hay deformación arbitral. Al asegurador subrogado, principalmente, por no ser posible que se le oponga el arbitraje de esta manera instituida. No puede cumplir lo que no prometió. Aunque no dispuesta en cláusula adhesiva y formalmente acepta por el asegurado, es imposible que se proyecten los efectos jurídicos al asegurador. Lo impiden razones de lógica jurídica, orden moral y, en el caso específico de Brasil, debido al §2º del art. 786 del Código Civil.

Este es un juicio reciente del Tribunal de Justicia de São Paulo que aleja el arbitraje, sacándolo del contexto asegurador-transportista, según excelente decisión judicial colegiada del principal Tribunal brasileño, reportada por el eminente Juez de Apelación y doctrinador de Derecho Empresarial **Carlos Henrique Abrão**¹⁹:

“Inaplicable, se debe decir; la convención arbitral y previsiones tomadas de legislación extranjera, porque se está demandando la empresa extranjera a través de representante y asociado en Brasil para reembolso de indemnización pagada a la asegurada, siendo la cláusula de arbitraje instituida con esta, obligando solamente a las partes contratantes, a propósito de la interpretación concretada en la Apelación Civil

0030807-20.2010.8.26.0562, reportada por el Juez de Apelación J. B. Franco de Godoi.”

Sobre los temas de la preferencia de la jurisdicción nacional y la posibilidad de elección de foro exclusivo extranjero en contrato internacional, nada ha cambiado efectivamente. Y, por ello, citamos la famosa frase de *Il Gattopardo*, novela de **Tomasi di Lampedusa**: “(...) si queremos que todo siga como está, necesitamos que todo cambie (...)”.

El artículo 25 sí ha innovado al presentar cosas buenas al Derecho brasileño. Sin embargo, dejo como antes los litigios de Derecho Marítimo basados en su intimidad por relaciones contractuales de ámbito internacional. Esto es muy bueno. La jurisprudencia ya ha satisfecho muy bien las lagunas que deja la ley, y, con esto, ha promovido la Justicia, el mejor Derecho, el bien común. El mantenimiento de lo que hay de mejor es, precisamente, lo que sostiene la seguridad jurídica y, bajo ella, permite a la Justicia consagrarse. Se presenta aquí la experiencia brasileña para diálogo con otros ordenamientos jurídicos y, de esta manera, evitar los abusos de cláusulas independientemente del lugar en que obren, protegiendo el deber de reparación civil integral, frente a la participación del transportista que causa

daños, lo que inhibe al contratante débil el debido acceso a la jurisdicción de su conveniencia, algo que, en casi todo el mundo, es garantía fundamental constitucional, por tanto, mucho más importante que disposiciones contractuales y, mismo, convenciones internacionales.

III. CONCLUSIÓN

Llegamos a cierre de este escrito y hay que poner sobre el papel algunas palabras que exige la ocasión, aunque vuelvan a nuestra memoria, con dulce insistencia, las palabras del gran **Miguel de Unamuno**²⁰ en *La Agonía del Cristianismo*: “Llego a la conclusión de este escrito, porque todo tiene que concluir en este mundo y acaso en el otro. Pero ¿concluye esto? Según lo que por concluir se entiende. Si concluir; en el sentido de acabar; esto empieza a la vez que concluye; si en el sentido lógico, no; no concluye”.

Terminamos; aunque el tema siga abierto, como casi todo. Estamos ciertos que aún brindará bastante discusión de la doctrina y jurisprudencia, mismo que, a nuestros ojos, cuando miramos con atención el Conocimiento Marítimo, denuncien los abusos que tan claramente ahí obran.

Todo tiene que **concluir**, lo dijo bien el eterno Rector y así debemos concluir este trabajo. Pero no sin que antes nos acordemos de dos detalles de singular importancia:

1 – Este estudio es una especie de continuación del otro, expuesto en el trabajo de conclusión de especialización en *Derecho del Seguro*, del **45º Curso de Posgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca**, cuando tratamos de la *cláusula (abusiva)* - sobre el mismo *contrato internacional de transporte marítimo de carga* - de *limitación de responsabilidad* (o *limitación tarifada*), típica de dirigismo de negocios. En dicha oportunidad también defendemos su carácter ilícito y, por tanto, su invalidez e ineficacia, o mismo absoluta nulidad. Esta remisión es importante porque entendemos, con mucha seguridad, que toda cláusula que impide el acceso a la jurisdicción es un mecanismo artificialmente jurídico cuyo objetivo es vaciar el derecho de la víctima del daño y destruir el deber de reparación civil integral.

2 – La exposición sobre los foros sin elección se adapta muy bien a la discusión sobre su hermano, el arbitraje sin compromiso. Ambos temas materializados por cláusulas en contrato de adhesión, y, en especial, en este estudio. Asimismo, el procedimiento arbitral tiene como presupuesto de validez la voluntariedad. No se puede realizar ninguno de ellos sin el consentimiento

¹⁹ TJSP- Ap. nº1005569-68.2019.8.26.0011- TJSP- j. 29/01/20- Rel. Juez de Apel. Carlos Abrão

²⁰ UNAMUNO, Miguel de, *A Agonia do Cristianismo*, Editora Danubio, Coleção Cultura Espanhola, Curitiba: 2017, p. 129

expreso, previo y formal de la parte interesada. El arbitraje no se impone: se elige, sin que se fuerce en contra de la parte relucante, en gesto de violencia contractual. El propietario de la carga, contratante débil, no puede estar obligado a participar en un arbitraje si no lo eligió antes. Tampoco el asegurador subrogado, contra quien no cabe arbitraje, mismo en el caso de que así lo quisiera el asegurado en su relación jurídica con otro.

No necesitamos prolongar mucho este asunto. La realización del trabajo al menos hace creer que es perfectamente razonable y justo el rechazo a las cláusulas de imposición de foro (y de arbitraje) en contratos internacionales de transporte marítimo de carga).

Apuntamos, basándonos en la experiencia brasileña, el casuismo contractual de los armadores, y cómo esto perjudica los derechos e intereses de propietarios de cargas, contratantes insatisfechos; apuntamos también cómo los aseguradores subrogados pueden utilizar los mismos beneficios legales de los contratantes débiles, mismo que no formen parte de los contratos de transporte, considerando que son directamente perjudicados, al buscar los resarcimientos, por las cláusulas aquí comentadas.

Ancorados en las experiencias legal, doctrinaria y jurisprudencial brasileñas, enfatizamos que estas cláusulas son abusivas y, por tanto, manifiestamente ilegales, inválidas, ineficaces, por fin, nulas según el Derecho.

En el ejercicio profesional de la abogacía, siempre postulando en defensa de los legítimos derechos e intereses de los aseguradores subrogados en contra de los armadores, este autor no se acuerda de haber jamás perdido, en definitivo, un litigio debido a la limitación de responsabilidad o imposición de foro extranjero, mucho menos por arbitraje.

Luego, no son pocas las decisiones judiciales en Brasil, emitidas por uno o más instancias, que concluyen lo mismo que este trabajo.

De hecho, hay un cambio en la clasificación jurídica cuando un asegurador subrogado reclama el resarcimiento por recobro en contra del causador de daño que resultó en indemnización de seguro al asegurado, víctima. El Derecho Marítimo pasa entonces a ser bien menos importante que el Derecho de Seguros. Se mantiene la primacía del Derecho de Obligaciones, evidentemente, pero en otra configuración.

El asegurador subrogado tiene derecho de disponer, no debido a la naturaleza ontológica, sino que por ficción legal, a propósito bastante correcta, de las mis-

ma prerrogativas y los mismos intereses del contratante débil, de la víctima del daño. Al fin y al cabo, siempre que busca, en juicio, el resarcimiento por recobro, defiende más que solo sus derechos e intereses; por fuerza del principio de mutualidad, actúa como la espada y el escudo del colegio de asegurados, directamente, y de la sociedad, indirectamente.

Esto es una realidad jurídica tradicional en Brasil, que, sin embargo, asume colores más intensos con la nueva visión del Derecho de Daños, la Responsabilidad Civil, el Derecho de Obligaciones, el propio Derecho Civil, fuertemente influenciado por el Derecho del Consumidor, en los cuales son los elementos más importantes la tutela del acreedor insatisfecho y la necesidad de que se puna, con rigor, el causador de daño que maneja fuente de riesgos.

El contrato internacional de transporte marítimo de carga implica la obligación de resultado, además de tratar de innegable fuente de riesgos (como el famoso siniestro del buque Prestige nos hace acordar todo el tiempo), de manera que todo este conjunto de protecciones es, antes que nada, fecundado en solo de la Moral, y que mejor se ajusta al Derecho Natural. Proteger al contratante débil también es permitir que se utilice la jurisdicción que mejor le parezca, sin forzarlo a renunciar a la lucha por su derecho. Proteger a la víctima del daño es asegurar la reparación civil integral del perjuicio. Proteger la dignidad del Derecho, en su más pura esencia, es punir con rigor al causador del daño.

Hay, en el caso específico de Brasil, al tratarse específicamente de la subrogación, un elemento constitucional en la ecuación, dictado por el ya comentado enunciado del Precedente n.º 188 del Supremo Tribunal Federal, alterando considerablemente la dinámica del resarcimiento por recobro. Con esto, la responsabilidad civil del transportista marítimo de carga no se dispone solamente por el Derecho Civil, el Derecho Comercial y el Derecho Marítimo, sino que también por el Derecho de Seguros y el Derecho Constitucional.

Bien, en el sistema legal brasileño vigora el principio de reparación civil integral, previsto en el art. 944 del Código Civil, con base en los principios y garantías fundamentales constitucionales, según la lista de ejemplos del art. 5º de la Constitución Federal.

¿Cómo, entonces, admitir que una mera cláusula de contrato, y más, un contrato de adhesión, tenga fuerza para mitigar el deber de reparación civil amplia e integral, actuando en claro disfavor de un asegurador subrogado?

El mismo sistema dice que ninguna norma, aunque pactada por el asegurado, puede importar reducción de este Derecho (art. 786, §2º, del Código Civil). Luego,

la cláusula que perjudica el ejercicio del derecho en la jurisdicción del contratante débil, directo o por ampliación lógica, es pura sencillamente inaceptable.

El desafío actual es no permitir investidas legislativas que cambien el cuadro legal del Derecho en Brasil. O evitar distorsiones por nuevos paradigmas jurisprudenciales.

Otro desafío, más ambicioso, es mostrar que lo que pasa en Brasil, México, Panamá, así como otros sistemas legales y ordenamientos jurídicos, puede pasar en todo el mundo, especialmente en Europa.

A algunos ordenamientos jurídicos, como el de Reino Unido, no les gusta esta visión. Prefieren un contractualismo más formal, literal, *old fashioned* respecto el Derecho Marítimo. Pero esto se debe a que les interesa defender a sus armadores. Es una visión casi estratégica. Por ello, la resistencia en la adopción de mecanismos de protección de los usuarios de los servicios de transportes de cargas. Además, la cantidad de negocios que hacen permite cierta calibración de intereses, es decir, sobrepone la Economía al Derecho.

La realidad mundial es otra. La protección de los propietarios de cargas y sus aseguradores se muestra muy importante y mismo imprescindible. De esto resulta la necesidad de reconocimiento de la naturaleza abusiva de parte sustancial de las cláusulas del contrato internacional de transporte marítimo de carga.

Resultado de la voluntad unilateral del armador, y, lo afirmamos convictos, prácticamente uniforme entre los actores del sector, es un contrato con cláusulas que violan profundamente los conceptos más actuales de protección al acreedor insatisfecho y el contratante débil. En su dirigismo, viola la visión contemporánea de Derecho de Daños y Responsabilidad Civil.

En un tiempo cuando el Derecho se acerca de la vieja máxima del Codex del Emperador Justiniano que lo definía como la "eterna y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo", abandonada con el tiempo por el injustificado apego al formalismo y a un concepto de imputación de responsabilidad basado en la culpa, crece el cuerpo de adeptos de la responsabilidad por manejo de riesgos, una nueva perspectiva sobre la responsabilidad objetiva.

Nos gusta mucho la frase utilizada por **Eugenio Llamas Pombo**, presente en sus libros, clases y conferencias, que en su sabiduría y simplicidad, dice mucho: *¡al pan, pan; al vino, vino!* La sentencia se armoniza con los principios de la proporcionalidad y razonabilidad. Permite repensar el Derecho en todo el mundo con base en lo que ya ha pasado en algunos países, como Brasil. Este repensarlo tiene como objetivo no solamente



aceptar en el Derecho Marítimo las cláusulas contractuales que limiten, a cualquier título, la responsabilidad del transportista protagonista de daños o que dificulten el ejercicio del Derecho por parte de la víctima, obligando que use la jurisdicción menos favorable o hasta peligroso arbitraje.

Quien causa el daño tiene que repararlo integralmente. Quien es víctima tiene el derecho de luchar por sus intereses sin obstáculos de formalismo indebido, indeseado, jamás aceptos por voluntad. En esto consiste un ideal de Justicia más grande que el Derecho Contractual, a que debe ser como el fundamento de la validez y el vector casi absoluto.

En el momento de nuestra conclusión de trabajo que conducía al título de especialista en Derecho de Seguros, escribimos sobre la cláusula limitativa de responsabilidad algo que aplica perfectamente al estudio de la cláusula de imposición de foro, porque el eventual reconocimiento de esta, en un caso concreto, puede y por cierto resultará en gran perjuicio a la víctima del daño y, por otro lado, beneficio injustificado a su causador. Lo que escribimos tiene cierta carga de emoción, lo reconocemos, tal vez excesiva. Pero repetimos estas palabras, porque las consideramos perfectamente adecuadas también a este contexto:

El Derecho Canónico nos enseña: no basta al fiel que se arrepienta sinceramente de su pecado y diga "mea culpa" para que se perfeccione el sacramento de la reconciliación. Debe haber una conducta efectiva de reparación, una contrición de hecho. Luego, por más que haya cambiado el perfil de la responsabilidad civil y haya variado el concepto de culpa con el tiempo, la verdad es que nunca se dejó de punir eficazmente al causador de un daño, ya sea para compensar de alguna manera a la víctima o para desincentivar errores similares por su parte y de la sociedad en general.

Clavado en la cruz, Jesucristo vio en el ladrón a su lado un arrepentimiento sincero; el criminal, acometido de una intensa metanoia, había sido capaz de ver, en la figura macerada de un hombre, la inefable majestad de un Dios. Aún así, Cristo no le exentó de la pena — sangrienta lo cuanto se quiera, pero justa según el sistema legal romano. Le abrió la puerta de los cielos al criminal, que, por reconocimiento del divino juzgador, acababa de merecer el eterno idilio. Pero su punición terrenal no ha sido abandonada, y, mismo salvo, tuvo que pagar por el mal que causó.

Reiteramos dichas palabras y, con las justas particularidades, las aplicamos a las cláusulas de imposición de foro o de arbitraje, en este caso una renuncia violenta de jurisdicción. Si la víctima del daño (el acreedor insatisfecho, el contratante débil o el asegurador subrogado) no puede acceder a su jurisdicción, ejerciendo en ella la garantía constitucional que merece, ¿cómo es posible que no se vea en esto el claro triunfo del error, la investida en contra de su dignidad en beneficio del ilícito?

Las cláusulas son todas ilegales, inconstitucionales y mismo moralmente dudosas, porque no respetan la condición de contratante débil del consignatario de carga y, menos aún, la mutualidad que informa el negocio de seguro, cuando el reclamante no es más el propietario de la carga, sino que lo sea el asegurador subrogado.

Nuestra posición, lo reafirmamos, está fuertemente basada en positiva experiencia profesional y nuestra propuesta es que otros países, especialmente los más importantes en el escenario jurídico mundial, como España, Italia, Alemania, entre otros, no más reconozcan la validez de dichas cláusulas, tampoco la incidencia de normas de Convenciones Internacionales de Derecho Marítimo que las incluyan, incompatibles con las visiones que los Derechos internos de estos Estados y de la propia Unión Europea tienen sobre la nulidad de las cláusulas abusivas, la protección del contratante débil, la defensa del acreedor insatisfecho y la imputación de responsabilidad estricta a quien maneja fuente de riesgos.

El Derecho de Transportes (Derecho Marítimo y su relación con el Derecho de Seguros reclaman nuevos tratamientos y armonía con el Derecho de Obligaciones, Derecho Contractual y Derecho de Daños. Vemos un fuerte desnivel entre unos y otros en muchos sistemas legales, de manera que normas contractuales de protección indebida a los armadores todavía obran en ellos.

El rechazo de las cláusulas abusivas de los contratos internacionales de transporte marítimo de carga va mucho más allá de las cuestiones jurídicas y económico-financieras, incluyendo principios y valores fundamentales, todos de gran anhelo social, que enmarcan el Derecho contemporáneo, cada vez más íntimo del concepto de Justicia.

Para nuestra inconmensurable alegría, la interpretación que aquí defendemos ganó impulso cuando reverbérée por el conocido jurisconsulto **Ives Gandra da Silva Martins**, uno de los más grandes constitucionalistas de Brasil de todos los tiempos, que, en opinión legal solicitada por nosotros, elaborada para uso académico y profesional, hizo las importantes afirmaciones a continuación, aquí dispuestas por nosotros en tópicos:

¹⁾ “El asegurador subrogado no forma parte del contrato de transporte, no conoce la cláusula de elección de foro, que solamente se le co-

municará si y cuando haya siniestro a repararse por él, creando, a partir de entonces, su derecho de recobro. No se le puede imponer cláusula de elección de foro que no haya contado con su consentimiento, bajo pena de ofensa de derecho individual fundamental de acceso a la jurisdicción “ (pág. 27)

2) “La cláusula de elección de foro es inválida también respecto el asegurado (tomador de servicio de transporte marítimo internacional de carga) por los fundamentos indicados anteriormente; El asegurador se subroga en el crédito del asegurado, pero no en su posición jurídica en el contrato firmado con el proveedor de servicio internacional de transporte marítimo, especialmente en cuanto a restricciones procesales.” (pág. 27)

3) “Sí, la cláusula de elección de foro, en los contratos internacionales de transporte marítimo de carga, es abusiva, porque se impone por la parte que tiene posición comercial privilegiada respecto al tomador de servicio, que es el más débil en esta relación. Son pocos los armadores en el mundo y ellos actúan en un mercado en que no se puede hablar de libertad de elección por el propietario de la carga. Además, imponer a él un foro extranjero es crear costos desproporcionados al derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, perjudicando la provisión jurídica.” (pág. 51)

4) “Todas las consideraciones del presente trabajo respecto la cláusula de elección de foro son todavía más agudas cuando la hipótesis aborda el compromiso arbitral. Destaca la doctrina “que la filosofía del arbitraje se relaciona exclusivamente con la cuestión de autonomía de la voluntad, siendo correcto decirse que la Ley de Arbitraje tuvo solo el propósito de regular una forma de manifestación de la voluntad...”. Pretender imponer procedimiento de arbitraje sin formal, previa y expresa aceptación es violar el derecho fundamental de acceso al Poder Judicial y la soberanía nacional.” (pág. 52)

Y la conclusión del famoso jurisconsulto es una especie de resumen calificado de nuestro presente trabajo y una diadema a utilizarse en adelante en todos nuestros documentos forenses en defensa del mercado asegurador:

“Clara está, por lo tanto, la invalidez de la cláusula de elección de foro en los contratos internacionales de transporte marítimo de cargas frente a las aseguradoras subrogadas, ya que:

1. Se trata de contrato de adhesión, sin libertad de pactación de la cláusula; 2. El foro elegido en los conocimientos internacionales de transporte implica, además del inconveniente a quienes necesitan demandar judicialmente al armador, también un verdadero obstáculo a la jurisdicción, afectando este derecho fundamental, así como la soberanía nacional;

3. El asegurador no forma parte del contrato de transporte y no ha consentido con la cláusula de elección del foro;

4. La subrogación de la aseguradora está limitada a los aspectos materiales del crédito y no incluye los aspectos procedimentales del contrato firmado entre el transportista y el tomador del servicio.” (pág. 36)

Terminamos esta conclusión, perdón por el pleonismo, este artículo, exactamente como finalizamos la introducción: recordando que ya tratamos en parte de este asunto en oportunidad anterior, por ser algo que nos acompaña profesionalmente, aprovechando este dicho que ya forma parte de nosotros: **decíamos ayer, diremos mañana.**

BIBLIOGRAFÍA:

POMBO, Eugenio Llamas, “Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones”, Madrid: La Ley.

POMBO, Eugenio Llamas, La nulidad de las cláusulas suelo, Ars Iuris Salmanticensis, Tribuna de Actualidade, Vol. 1, 11-17, Diciembre 2013, eISSN: 2440-5155

COPO, Abel B. Veiga, “Tratado del Contrato de Seguro”, 5ª. Edición, Tomo I, Cizur Menor (Navarra): Civitas, 2017.

UNAMUNO, Miguel de, A Agonia do Cristianismo, Editora Danubio, Coleção Cultura Espanhola, Curitiba: 2017

GUTIÉRREZ, Norman A. Martinez, “La limitación de la responsabilidad por reclamaciones marítimas y su función en el mundo marítimo de hoy” in “El Derecho Marítimo de los Nuevos Tiempos, José Luis García-Pita y Lastres y Otros, Cizur Menor (Navarra): Civitas (Thomson Reuters, 2018)

MIRANDA, Pontes, Tratado de Direito Privado, Tomo XLV, Ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1972.

SIMAS, Hugo, Compendio de Direito Marítimo Brasileiro, São Paulo: editora Saraiva, 1938.

GOMES, Orlando, Contratos, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, ____ .

LORENZETTI, Ricardo Luis, “Fundamentos do Direito Privado”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. 2º ed. rev., atual., e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Contratos. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTUNES, Marcos Alberto Lopes, A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DE COMPROMISSO ARBITRAL NA SUB-ROGAÇÃO LEGAL DA SEGURADORA, Trabalho de conclusão de curso (TFM) da 45ª. edição dos cursos de especialização em Direito da Universidade de Salamanca: Direito do Seguro.

FUNENSEG – Escola Nacional de Seguros, Dicionário de Seguros, 2ª. Edição, Rio de Janeiro: 2000.

CREMONEZE, Paulo Henrique, Prática de Direito Marítimo, 3ª Edição, Revisada e Ampliada, São Paulo, Aduaneiras, 2015

FERNANDEZ, Marco Obando e outros, Las Cláusulas Abusivas, Derecho & Sociedad, edición 34, Asociación Civil, p. 151-164

Páginas web del Superior Tribunal de Justicia y del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (consultas jurisprudenciales).

NERY JUNIOR, Nelson, Código de Processo Civil Comentado, São Paulo: RT, 2015;

MARTINS, Ives Gandra da Silva, Opinião Legal solicitada por Machado, Cremoneze, Lima e Gotas – Advogados Associados, de junho de 2020.



Machado e Cremoneze

Advogados Associados

Seguros desde 1970



IIDT

Instituto Internacional de
Direito dos Transportes

