

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE TRANSPORTE INTERNACIONAL MARÍTIMO DE MERCANCÍAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO<sup>1</sup>

✉ Por: Eliane M. Octaviano Martins<sup>2</sup> y Rafael C. Oliveira do Prado<sup>3</sup>

## Resumen

*El presente estudio analiza el contrato marítimo internacional del transporte de mercancías en el derecho brasileño y destaca, esencialmente, el problema de la legislación aplicable y de la competencia de jurisdicción, destacando la tendencia de la jurisprudencia y de la doctrina. En Brasil, existen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales que incide directamente sobre la regla del Derecho internacional privado respecto de la ley aplicable a los contratos. En general, dispone que las obligaciones serán calificadas y regidas por la ley del país en que se constituyen. La falta de la elección de una ley o cuando ésta es inválida, tendrá valor la *lex fori* en la cual se desarrolla el proceso que determinará la ley aplicable al contrato. Destacadas las restricciones, se busca analizar los contratos internacionales marítimos de transportes de mercancías y responsabilidades del transportador marítimo por las averías de la carga en el marco de incidencia de la legislación brasileña.*

## Palabras clave

*transporte internacional marítimo, contrato internacional, responsabilidad civil, competencia de jurisdicción, Brasil.*

---

1 Artículo traducido del portugués para el castellano por Maria do Rosário Prada Fernandes.

2 Abogada colegiada en la Orden de Abogados de Brasil (OAB). Doctora por la Universidad de São Paulo (USP). Profesora y coordinadora del Postgrado en Derecho Marítimo y Portuario de la Universidad Católica de Santos (UNISANTOS). Profesora de la Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Autora de la obra *Curso de Direito Marítimo*, 2ª. edición revista y ampliada, Manole: São Paulo, 2012. Correo electrónico: [emom@uol.com.br](mailto:emom@uol.com.br).

3 Abogado colegiado en la Orden de Abogados de Brasil (OAB). Magíster en Derecho Internacional por la Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, España (URV) y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Fundação Universidade da Região de Joinville, estado de Santa Catarina, Brasil (UNIVILLE). Ex alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Correo electrónico: [pradojus@gmail.com](mailto:pradojus@gmail.com)



## ***Abstract***

*This study analyses the International Contract for the International Carriage of Goods by Sea (Maritime Transportation of Goods) in Brazilian Law and emphasizes the problem of competence in jurisdiction and the applicable current law. Since International Law disposes that that obligations will be qualified and acquainted and forced to the National Law of the place where the contract was celebrated; it exists, in Brazil, restrictions to the autonomous will of parties for the constitution of international contracts. Acknowledging these facts, this article analyses this kind of contracts and the responsibilities the parties must assume when there's damages, all of this having into account Brazilians legislation.*

## ***Key words***

*International Maritime Transport, International Contract, Civil Responsibility, Competence of Jurisdiction, Brazil.*

## **Introducción**

Las últimas décadas del siglo XX han sido testigo del extraordinario crecimiento de las relaciones económicas internacionales y el fenómeno de la globalización que interfirieron de manera pertinentes en el comercio internacional de las mercancías y de las exigencias impuestas en el sistema del transporte internacional, lo que hace que el contrato de transporte marítimo internacional de mercancías asuma una transcendencia económica y jurídica incuestionable en el comercio internacional.<sup>4</sup>

La sistematización del Derecho Marítimo como disciplina de las Ciencias Jurídicas ha sido el objetivo de repetidas iniciativas. Efectivamente, hace tiempos se ha detectado necesidad de unificar la reglamentación del transporte marítimo internacional procurando observar, esencialmente, la especificación de responsabilidades del transportador marítimo.

---

4 El modal marítimo el más utilizado en comercio internacional. Según la estadística el transporte marítimo representa más de noventa por ciento del transporte internacional de mercancías, en el nivel mundial. En Brasil y los EUA representa más de noventa y cinco por ciento.



No obstante, la diversidad reguladora, la gran variedad de modalidades contractuales aprobadas y la multiplicidad de documentos, de intereses y de sujetos implicados vienen interfiriendo significativamente la codificación internacional del transporte marítimo internacional de mercancías.<sup>5</sup>

Efectivamente, la diversidad contractual y documental ejerce fuerte influencia en el reglamento material y de conflicto de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías y enseña una dicotomía realista. Por un lado, los convenios materiales existentes regulan estrictamente los contratos en los cuales han sido expedido un *Bill of Lading*<sup>6</sup> (en adelante BL) o una *Charter Party* (en adelante CP) que incorpore los términos del BL y que han sido efectivamente puestos en circulación, regulando así los derechos del transportador y de terceros titulares<sup>7</sup>. Por otro lado, el conflicto normativo donde generalmente se juntan las normas obligatorias y elementos de conexión.

De esta forma, a pesar reiteradas y significativas iniciativas de pretender uniformar las normas aplicables al dominio de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, todavía no se ha alcanzado la uniformidad de regulación material y contradictorias de los contratos de transporte marítimo.

Se evidencia, en la realidad, que la gran diversidad de textos convencionales que regulan el transporte marítimo, centrados principalmente en ámbito de la responsabilidad del transportador, hace que un mismo contrato pueda estar sometido a diversas regulaciones de derecho material y procesal. Establecida la ausencia de una regulación material y de conflicto uniforme respecto de los contratos de transporte marítimo, se debe realizar un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado<sup>8</sup>

La aplicación de un u otro convenio internacional o de la legislación estatal dependerá, en tesis, de la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, y de las respectivas normas de conflicto por el tribunal o corte donde el recurso ha sido interpuesto<sup>9</sup>

---

5 “Si se entiende la unificación del Derecho Marítimo en sentido lato, como una identidad absoluta de las normas, puede decirse que las Convenciones de Derecho Marítimo no han logrado la unificación. Por lo contrario, los sucesivos Protocolos o las nuevas Convenciones sobre la misma materia y la progresiva ampliación del ámbito de aplicación de los mismos, han generado una situación mucho más compleja.” (TAQUELA, 2000, p. 125)

6 En castellano este término se define por Conocimiento de Embarque, y se trata de un documento legal entre el consignador que embarca un determinado bien y el portador que detalla el tipo, cantidad y destino de este mismo bien a ser transportado. El conocimiento de embarque también sirve como un recibo de envío cuando el bien es entregado al destino predeterminado. Este documento debe acompañar los bienes transportados, no importa la forma de transporte, y debe ser firmado por un representante autorizado del portador, consignador y receptor.

7 Cf. CALABUIG, 1999, p. 306.

8 V. CALABUIG, 1999, p. 304 e 2005, p. 451-452.

9 El principio de la autonomía de la voluntad se consubstancia en la libertad de las partes en contratar, de estipular el contrato y su contenido. V. BASSO, 1994, p. 42.



En los contratos internacionales, la cuestión de la elección de la ley de la regencia y del foro competente de un contrato internacional tiene, *a priori*, como punto de partida el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar.

En síntesis, bajo la égida del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, *a priori*, las partes contratantes podrán indicar expresamente la ley que será aplicable al contrato (*lex voluntatis*) y la competencia de la jurisdicción. La libertad de las partes para determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales se manifiesta, esencialmente, a través de las Cláusulas Paramount (*Paramount Clauses*) o de las Cláusulas de Elección del Derecho (*Cláusulas Electio Iuris o Choice of Law Clauses*)<sup>10</sup>. Así, admitida la autonomía de la voluntad, el tribunal competente juzgará el litigio con sustento en la norma que ha sido referenciada en el contrato.

En la elaboración de los contratos internacionales la voluntad de las partes ha sido ampliamente admitida, aunque no en forma absoluta y hay interferencia de los elementos limitadores, como las leyes imperativas y de orden público en vigor en el país dónde el contrato será ejecutado<sup>11</sup>. En efecto, en materia de contratos, se infiere que el principio de la autonomía de la voluntad no deroga las normas de orden público vigentes en el derecho interno de los Estados. Y, en el plano internacional, la autonomía de la voluntad no lo es absoluta<sup>12</sup>. Los límites de la autonomía de la voluntad expresa, así como de la voluntad tácita de los contratantes, en la práctica, están condicionadas por la fuerza imperativa de las normas<sup>13</sup>.

10 Asevera CALABUIG (2005, p 451) que, las clausulas "Paramount" representan, bajo el punto de vista teórico, la autonomía de la voluntad material mientras las "Electio Juris", o clausula de elección de un derecho estatal concreto, representa la autonomía de conflictos.

11 Cf. BASSO, 1994, p. 43.

12 BAPTISTA (1994, *passim*) asevera que la elección expresa de las leyes que regirán el contrato no engendra dificultades cuanto a la intención de las partes. Además, si las partes contratantes manifiestan, sin equivocación, su deseo de someterse a determinada legislación, solamente obstáculos de orden público, el control por el juez del carácter internacional del contrato o la ocurrencia de fraude pueden impedir la eficacia de esa elección.

13 En el contexto internacional, hay sistemas jurídicos que reconocen plenamente la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la legislación aplicable, siendo permitido incluso, elegir una tercera legislación, considerada neutra y apta para juzgar sus intereses. Admitiendo la autonomía de la voluntad a las partes, para elegir el derecho aplicable a los contratos internacionales se destacan Alemania y Francia. El Derecho Inglés es, "a priori", muy flexible y se manifiesta en el sentido de que la intención expresada en el contrato por las partes es decisiva en cualquier país es competente para decidir cualquier causa que les sea sometida. No obstante, la teoría vienen contrariando la práctica. No que se refiere a la legislación aplicable, no se encuentran, en regla, trabas impeditivas de aplicabilidad de norma extranjera desde que la ley elegida por las partes no parezca disonante con los principios de la legislación inglesa. Además, la cláusula de elección de foro es admitida en la hipótesis de las partes remitieren la competencia jurisdiccional a los tribunales ingleses, pero no vienen admitiéndose, en regla, la eficacia de cláusula de elección de foro que remete al reconocimiento de un juez o tribunal extranjero en los negocios concluidos en Inglaterra. Los EUA también aceptan, en tesis, el principio de la autonomía de la voluntad. En la práctica, la misma fenomenología anteriormente evidenciada en el derecho inglés es encontrada en el derecho americano, o sea, es considerado el principio de la autonomía desde que no haga conflictos con los principios del derecho americano y desde que la competencia jurisdiccional americana ha sido la indicada por las partes. En la hipótesis de contratos concluidos en EUA, no vienen se Admitiendo, en regla, la eficacia de cláusula de elección de foro que remete al reconocimiento de un juez o tribunal extranjero. En posición contraria la aceptación I del principio de la autonomía de la voluntad están Australia, Nueva Zelandia, Bélgica, Italia y Egipto. Para profundización en el tema v. WOLFF, 1958, p. 400-403; ARAUJO, 1997, *passim*; y HILL, 2003, *passim*, y CALABUIG, 1999, p. 304 y 2005, p. 451-452.



No obstante reiteradas y significativas iniciativas intentando la uniformidad de las normas aplicables al dominio de los contratos de transporte marítimo internacional de mercancías, todavía no se alcanzó la uniformidad del reglamento material y de conflicto de la materia. Por regla general, configurada la inexistencia de reglamento material y de conflicto uniforme, actualmente debe articularse un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado.

La exégesis final de tal paradoja, propone analizar, primeramente, el reglamento material existente en el ámbito de los contratos representadas por los Convenios Internacionales reguladores de los mismos, tanto en el ámbito de aplicaciones espaciales como materiales. De manera subsiguiente, y solamente después de la efectiva comprobación de que determinado contrato no se encuentra englobado en el ámbito de aplicación de dichos Convenios Internacionales, de naturaleza material, entra en escena la posible normativa de conflicto.

En Brasil, no se reconoce expresamente el principio de la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos internacionales, y se imponen restricciones acerca de su análisis subsecuente. Hay que diferenciar, por lo tanto, la autonomía de la voluntad en los contratos marítimos de transporte de mercancía esencialmente respecto de las cláusulas de legislación aplicable y el foro competente en el ámbito de derecho brasileño, específicamente al contrato de transporte marítimo internacional de mercancías.

## 2. El contrato de transporte marítimo de mercancías en el derecho brasileño

El contrato de transporte marítimo internacional de mercancías es aquel por el cual un empresario transportador o conductor (*carrier*) se obliga, mediante remuneración (flete), a transportar por vía marítima una cierta cantidad de mercancía que le habían entregado por el embarcador (muy comúnmente denominado expedidor, remitente, cargador, o *shipper*) de un puerto al otro y entregarlas a un determinado destinatario.

El contrato de transporte marítimo es efectuado entre el transportador y el embarcador y está consagrado, por regla general, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, como un negocio jurídico por consenso<sup>14</sup>, bilateral, oneroso, típico, de duración, conmutativo y no formal; siendo la mercancía per se, a ser desplazada de un puerto al otro, el objeto del contrato.

<sup>14</sup> Hay interpretaciones opuestas principalmente respecto a configurarse un contrato consensual, sustentando ser el contrato de transporte un contrato real que necesita de la entrega o embarque de la mercancía para su ultimación. V. VENOSA, 2003, p. 484 e MENDONÇA, 1990, p. 158 e CALABUIG, 1999, p. 304-305.



El contrato de transporte se evidencia por el conocimiento de embarque marítimo (BL), cuya legislación aplicable, son por regla general, las Reglas de La Haya-Visby, las Reglas de Hamburgo y The Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)<sup>15</sup>

## 2.1 Cláusula Paramount y la legislación aplicable

La Cláusula Paramount que figure en un BL determina la legislación aplicable en los contratos internacionales de transporte marítimo de mercancías y comúnmente remite a la aplicabilidad de un régimen convencional, generalmente al Convenio de Bruselas para la Uniformidad de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, original en inglés *International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bill of Lading*, las cuales son conocidas como Reglas de La Haya-Visby; a las Reglas de Hamburgo o a la COGSA; o mismo a una determinada ley estatal.

Las cláusulas de elección de derecho de Estado son normalmente incluidas en el BL, conjuntamente con las cláusulas Paramount y cláusulas de elección de foro, remiten a la aplicabilidad de la ley dónde el transportador tiene su establecimiento principal. En este sentido, estipulan las cláusulas Paramount de los modelos de CONLINEBILL BL, de la The Baltic and International Maritime Council (BIMCO) o (VISCON BILL).

Se destaca, todavía, algunas variantes de tenor de la Cláusula Paramount. Hay Cláusulas Paramount que designan varios regímenes jurídicos para reglar distintas partes del contrato, llevando a cabo el *depêçage* o fraccionamiento del contrato.

Hay Cláusulas Paramount, entretanto, que designan varios regímenes jurídicos para reglar distintas partes del contrato, llevando a cabo el *depêçage* o el fraccionamiento del contrato.<sup>16</sup>

Son evidenciadas todavía, la inclusión de las llamadas Cláusulas Fluctuantes<sup>17</sup> que resultan en foro shopping tanto de jurisdicción como de derecho aplicable, en las cuales se otorga al demandante optar entre varios regímenes jurídicos o competencias jurisdiccionales. Esencialmente, el *foro shopping* consiste en una estrategia procesal adoptada por demandantes que buscan la decisión de sus litigios por el tribunal que probablemente sentenciará una decisión más favorable a su pretensión. Tal práctica también es adoptada por la parte demandada, cuando esta procura intentar cambiar el foro para otro que eventualmente adoptaría una posición más benéfica en relación a su situación.

15 Brasil no es signatario de ninguna de estas reglas y establece restricciones al principio de la autonomía de la voluntad. v. artículo 9º. LICC. En la hipótesis de incidencia de la legislación brasileña v. Decreto 116/67, CC, arts. 730 al 766, Súmula 109 STJ (falta de mercancía independiente de inspección) y 161 STF (cláusula de no indemnizar es inoperante). Admisible todavía la aplicabilidad del CDC.

16 Conceptualmente, el "Dépeçage" es la posibilidad de aplicar ley de diferentes Estados a los varios elementos de una situación jurídica. v. LAGARDE, 1975, p. 659 y ss; POSENATO, 2005, p. 474 y CALABUIG, 1999, p. 315.

17 El sistema "commow law" niega, en esencia, la validez de las cláusulas flotantes.



Brasil no es signatario de las Reglas de La Haya-Visby de 1924, ni de sus enmiendas, entretanto es signatario de las Reglas de Hamburgo pero todavía no las ha ratificado.

La metodología que se indica para la configuración de la legislación aplicable a los contratos internacionales, en general, exige un análisis combinado y coordinado del derecho material y del derecho de conflicto, de acuerdo con las técnicas normativas complementarias del Derecho internacional privado.

La regla del Derecho internacional privado brasileño concerniente a la ley aplicable a los contratos, en general, dispone que las obligaciones serán cualificadas y regidas por la ley del país en que se constituyeren, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil (en adelante LICC), (Decreto-lei nº 4.657/42 ). Efectivamente, la aplicación de la ley que rige las obligaciones internacionales se subordina, en Brasil, al artículo 9 da LICC, *in verbis*:

*“Artículo 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

*§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos.*

*§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”*

La exégesis que emana del *caput* del artículo 9 de la LICC evidencia la adopción, por el ordenamiento jurídico brasileño de la *lex loci executionis* y *locus regis actum*. Así, en consonancia al comando de normas del artículo 9 de la LICC, la ley aplicable a los contratos internacionales en Brasil será: a) en los contratos entre presentes, conforme el artículo 9 de la LICC, la ley aplicable a los contratos es la ley del lugar de celebración del contrato; y b) en los contratos entre ausentes, la ley aplicable es aquella dónde residir el proponente, conforme indica el parágrafo 9, § 2 de la LICC.

En la ausencia de elección de la ley, o siendo inválida ésta, valdrá la *lex fori*, es decir, la ley del lugar en el cual se desarrolla el proceso que determinará la ley aplicable al contrato.

El discurso del tenor de la norma analizada, se instaura intensa polémica en la doctrina brasileña respecto de la materia, principalmente en relación a la posibilidad de las partes para poder elegir cuál ordenamiento jurídico deberá regir el contrato celebrado entre ellas<sup>18</sup>. Efectivamente, el artículo 9 de la LICC no contiene expresamente, cualquier reconocimiento del principio de la autonomía, aunque la jurisprudencia nacional mantiene la interpretación

18 Para DINIZ (1994, p. 246 y ss) el artículo 9º da LICC no contempla la autonomía de la voluntad como elemento de conexión y se reveste de carácter imperativo. Cf. para la profundización en el tema consulte BAPTISTA, 1986, *passim*; CALABUIG, 2005, *passim*; BASSO, 1994; STRENGER, 1998, *passim* y SOARES, 1994, 283-305.



en el sentido de no admitir la autonomía de la voluntad. Y así, en la determinación de ley aplicable, la regla vigente es del artículo 9 de la LICC que remite a la aplicabilidad de la ley del país de celebración del contrato, independientemente de que conste una disposición del contrato específica o en la omisión del contrato en aquel en cuál se refiere la ley aplicable.<sup>19</sup>

## 2.2 Competencia Jurisdiccional

La cláusula de jurisdicción o de elección de foro determina la competencia jurisdiccional<sup>20</sup>. En el derecho brasileño, como regla, la autonomía de la voluntad es admisible en la elección del foro. Consecuentemente, la cláusula de elección del foro viene siendo aceptada por la doctrina y considerada, regla general, válida, conforme Súmula 335 del Supremo Tribunal Federal de Brasil<sup>21</sup>.

No obstante, se destacan las relevantes interpretaciones de la jurisprudencia anteriormente analizadas, considerando inválidas las cláusulas de elección de foros extranjeros en contratos internacionales en razón de lo dispuesto en el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil brasileño (en adelante CPC)<sup>22</sup>. Además, el artículo 12 de la LICC consagra como regla vigente la competencia de la autoridad judicial brasileña, cuando estuviera la parte domiciliada en Brasil, o fuera aquí, el lugar donde debe ser cumplida la obligación.

Como regla general, está consolidada la interpretación en el sentido de que la cláusula de elección de foro tiene eficacia plena cuando hay entera libertad de contratar. Así, en lo que concierne a los contratos de transporte cuya evidencia y prueba deriva del BL – documento eminente de adhesión – no se tiene aceptada la autonomía de la voluntad relativa a la elección de foro<sup>23</sup>.

- 
- 19 Las cláusulas de elección de ley y foro, en la frase de BAPTISTA (1986, p. 195) “não geram certezas absolutas”. Esta inseguridad es un de los motivos que llevan las partes por optar por la cláusula de compromiso arbitral como medio de evitar los conflictos de ley, solución esta que es paliativa y también no se afigura perfecta. El ideal sería la total incorporación por la legislación brasileña de la autonomía de la voluntad. Se encontra en trámite el Proyecto de Ley (PL) 4.095/95 que sustituirá la LICC y adopta principio de la autonomía y el PL 269/2004 que también consagra la autonomía de la voluntad y es reedición del PL 4.905/94. Se resalta todavía el PL 243/2002 que intenta alterar las reglas de DIPr, que aunque no consagre la autonomía de la voluntad, propone alteraciones significativas.
- 20 En el transporte internacional, se reputa nula la cláusula que “elegiu de foro estrangeiro para apreciar eventual litígio quando não houver consentimento específico da parte aderente”. (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 459.668-RJ (2002/0076056-3, DJU16.12 2002)
- 21 STF, Súmula 335: “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos de contrato”.
- 22 “Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feita no Brasil. Aplicação do artigo 88, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição” (STJ, AR 133/RS (198900077724)274434, Ação Rescisória)
- 23 “COMPETÊNCIA INTERNACIONAL - Transporte marítimo - Contrato de adesão - Foro de eleição considerando competente Justiça de país estrangeiro - Contrato para ser cumprido no Brasil” Cláusula sin validez - Aplicación del artículo 9° da LICC (...) Ofende la orden pública para elección, en contrato impreso de naturaleza unilateral y adhesivo, de la competencia de la Justicia de país extranjero, con exclusión de la brasileña, en relación a los contratos ejecutables en Brasil, por el tenor del artículo 9.º de la Ley de Introducción al CC.” (RT 589/221).





Las particularidades que caracterizan la cuestión remiten a la situación fáctica de la controversia a ser dirimida por la justicia brasileña, de acuerdo con el artículo 12 de la LICC y los artículos 88 al 90 del CPC; lo mismo en la hipótesis usual del BL donde consta como cláusula de elección de foro extranjero, aunque hubiera la aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, COGSA, Hamburgo o el derecho de un Estado extranjero, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 9 de la LICC no sería posible aplicar la regla del foro de elección, siendo el foro brasileño el foro competente.

En esta situación específica, no obstante el proceso será juzgado en Brasil y de acuerdo con el derecho procesal brasileño, el derecho material extranjero será aplicado en las hipótesis de contratos entre presentes celebrados en país extranjero, en los términos del artículo 9 de la LICC, y en los contratos entre ausentes, si el ente proponente fuera extranjero.<sup>24</sup>

Se ejemplifica, por lo tanto, la hipótesis usual de contratos de transporte internacional marítimos involucrando países signatarios de las Reglas de La Haya-Visby<sup>25</sup> y Brasil, que no lo es, así como países signatarios de las Reglas de Hamburgo y aún en el caso de transportes internacionales marítimos con salida y con destino de los Estados Unidos de América, en este caso bajo la cobija de las Reglas COGSA. En la hipótesis del contrato ser celebrado entre presentes, y en territorio brasileño, se aplicaría la legislación brasileña, no aceptándose el tenor de la Cláusula Paramount inserta en el BL. La misma regla sería aplicable en la hipótesis de contratos entre ausentes cuyo proponente tiene residencia en Brasil.

*Contrario sensu*, en la hipótesis de contratos entre presentes celebrado en el extranjero, y entre ausentes cuyo proponente reside en un país extranjero, el litigio podrá ser juzgado en Brasil por fuerza de los artículos 12 de la LICC y artículos 88 al 90 del CPC, aunque con aplicabilidad de las Reglas de La Haya-Visby, COGSA y Hamburgo, en los términos del BL y de la circunstancias fácticas.

Evidenciada la incidencia de la legislación brasileña, el contrato de transporte internacional marítimo de mercancías será regido por principios generales atinentes a todos los contratos de transporte, estipulados en los artículos 730 al 733 y 743 al 756 del Código Civil brasileño (en adelante CC) y por legislaciones especiales y convenciones internacionales. Así, el CC efectivamente define las reglas básicas del contrato de transporte, ordenando mediante su artículo 732, que son aplicables a los contratos de transporte internacional, en general, los preceptos constantes de la legislación especial y de tratados y convenciones internacionales, desde que no contraríen las disposiciones del CC. Además, en Ordenamiento Jurídico interno, el conocimiento de embarque está previsto en los artículos 575 al 589 del Código Comercial (en adelante CCom) y en el Decreto 14.473/30 y Decreto 20.454/31.

24 Se atiene todavía al tenor del artículo 337 del CPC que impone la parte que alega derecho extranjero la carga de probar el tenor y vigencia. V. además el artículo 13 al 15 de la LICC.

25 Como regla, la gran mayoría de los BL's remite a la aplicabilidad de Haya Visby.



Sin embargo, habrá que referenciar, la cuestión extremadamente compleja y polémica relativa a la incidencia del Código de Defensa del Consumidor (en adelante CDC) en los contratos de transporte marítimo de mercancías, consonante análisis a seguir.

### 3. Responsabilidad del transportador marítimo en el derecho brasileño

Conforme el artículo 749 del CC, la obligación principal del transportador marítimo con el embarcador es conducir la cosa a su destino en el plazo ajustado, salvo hipótesis de impedimento, con la debida diligencia, tomando todas las cautelas necesarias para mantenerla en buen estado y entregarla en el plazo ajustado o previsto. La exégesis que emana del dispositivo en cuestión remite a la consagración de la obligación de indemnizar, sometido a los contratos de transporte. Se faculta al transportador a rechazar la mercancía envasada de manera inadecuada, de mercancías averiadas, de cargas peligrosas o aún una a nueva estiba con el fin de garantizar la seguridad del navío y de la mercancía.

El transportador deberá obligatoriamente rechazar las cosas cuyo transporte o comercialización no sean permitidos, o que no vengan acompañadas de los documentos exigidos por ley o reglamento<sup>26</sup>.

La contratación de la estiba incumbe al transportador o al embarcador, en los términos del que fue acordado entre las partes. Se encargará al transportador la contratación de la estiba, si así hubiera sido acordado, o, entonces, se encargará al embarcador la contratación de la administración del puerto para la prestación de la estiba<sup>27</sup>.

El capitán del barco es considerado el verdadero depositario de la carga y representante del armador a bordo, incluso debiendo ejercer fiscalización de las operaciones de carga y descarga, de forma eficiente, de acuerdo con las normas internacionales y locales de seguridad en vigor<sup>28</sup>. Así, obliga al Capitán a proceder a la efectiva fiscalización de las operaciones de cargue y descargue, bajo pena de ser responsabilizado y responsabilizar, consecuentemente, el transportador<sup>29</sup>.

26 Cf. CC, arts. 745 a 747.

27 v. Exoneración del transportador RT 601//140. En el sentido contrario RT 638/132.

28 El comandante es considerado depositario de la carga y de cualesquier efectos que recibir a bordo, y como tal tiene la obligación de su guardia, buen acondicionamiento y conservación y a su pronta entrega a la vista de los conocimientos. La responsabilidad del comandante a respecto de la carga comienza a correr desde el momento en que la recibe, y continua hasta el acto de su entrega en lugar que se hubiere convencido, o que estuviere en uso en el puerto de la descarga. (CCom, arts. 519, 586 e 587). Deberá el comandante transportar mercancías y cuidar de la carga en circunstancias normales y extraordinarias y entregar consignatario (C. Com, artículo 529).

29 El comandante responderá personalmente por todo el perjuicio que desde ahí pueda resultar. v. CCom, artículo 519.



Al recibir la mercancía, deberá el transportador emitir el BL<sup>30</sup> con la mención de los datos que la identifiquen, obedecido el dispuesto en ley especial, específicamente a los dispositivos contenidos en los artículos 575 al 589 del CCom y en el Decreto 14.473/30 y Decreto 20.454/31.

El BL original prueba el recibo de la mercancía y la obligación de entregarla en el lugar de destino. Se reputa como no escrita cualquier cláusula restrictiva, o modificativa, de esa prueba u obligación<sup>31</sup>. En el caso de que sean constatadas irregularidades en las mercancías o envase, deberá el armador, insertar reserva en el BL, pasando el documento a ser considerado, según la jerga, un *Unclean* BL, bajo la presunción de que dichas mercancías hayan sido recibidas en buena orden.

La responsabilidad civil del transportador por las pérdidas y averías en la carga es objetiva y por contrato en relación al embarcador. Se trata de una obligación de resultado. El derecho brasileño diferencia las averías de las pérdidas, en los términos de los artículos 9 y 10 del Decreto 50.876/61.

Por avería se comprende el deterioro, daño parcial o total de la mercancía. Pérdida es la desaparición de la mercancía por hurto, robo, extravío o cualquier otra causa con resultado idéntico<sup>32</sup>, y la responsabilidad del transportador es objetiva y por contrato, en relación al importador, estando el contrato reglado por el CC. En consecuencia, la carga de la prueba es del transportador que solamente se exonera de indemnizar en las hipótesis de excluyentes. También es admisible la responsabilidad del transportador por atrasos en la entrega de la mercancía, en caso de haber plazo establecido en el contrato y por los daños provenientes del no cumplimiento de las formalidades fiscales<sup>33</sup>.

En teoría, se admite la validez de las cláusulas de limitación de responsabilidad del transportador. Con fundamento en el artículo 750 del CC, la responsabilidad del transportador es limitada al valor que conste en el BL.

*Contrario sensu*, no lo es oponible la cláusula de no indemnizar a los términos de la Súmula 161 del Supremo Tribunal Federal de Brasil<sup>34</sup>.

30 "A falta de expedição do conhecimento do transporte, que tem finalidade probatória, não descaracteriza a existência de um contrato de transporte. (STJ., REsp. nº 50.471-6-RJ, DJU. 20.02.95).

31 El BL contendrá los requisitos determinados por el artículo 575 del CCom c/c artículo 2º, § 1º del Decreto 19.473/30. El BL es título a la orden; salvo cláusula al portador, incluida en el texto. Se considera original el conocimiento del cual no constarse la declaración de segunda vía u otra vía. Tales vías no pueden circular, siendo emitidas solamente para efectos enfrente de la empresa emisora. Cf. Dec. 19.473/30, artículo 1º

32 Durante el embarque la responsabilidad del transportador delante del embarcador es mantenida, aunque si las averías fueren causadas por la entidad estibadora, "capatazia" o por la entidad portuaria podrá el transportador resarcirse de los valores pagos a título de indemnización. En las averías y faltas ocurridas durante el viaje, el transportador es responsable y podrá socorrerse del seguro de responsabilidad civil.

33 v. CC, artículo 749.

34 La cláusula de exoneración de responsabilidad del transportador es reputada no escrita en los términos del artículo 1º. del Dec. 19.473/30, artículo 1º, 2.



Hay que referirse además, a la admisibilidad de la incidencia del CDC en los contratos de transporte marítimo, cuestión de demasiada polémica que será objeto de un análisis específico, pero que sin embargo, sin la intención de ser exhaustivo<sup>35</sup>.

#### **4. Incidencia del código de defensa del consumidor en el contrato de transporte internacional marítimo**

En el derecho brasileño, la temática atinente al influjo del CDC en los contratos de transporte es marcada por discrepancias en el contexto jurisprudencial y doctrinario. No obstante, la extensa polémica alrededor de la temática, se destacan interpretaciones jurisprudenciales y doctrinarias que consideran admisible la incidencia del CDC en los contratos de transporte internacional marítimo.

De esta manera, la definición y exacta configuración de la relación de consumo es fundamental para evidenciar la aplicabilidad del CDC en el contrato de transporte. En efecto, el transportador marítimo asume el papel de suministrador, en los exactos términos del artículo 3 del CDC y del transporte marítimo, a priori, encaja como servicio, en los términos del segundo párrafo del mismo artículo.

La gran complejidad reside en el concepto de consumidor y a la interpretación del destinatario final. Consumidor, conforme concepto explicado en el artículo 2 del CDC es *“toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”*.

Se deduce por la exégesis del artículo 2 del CDC, que el concepto de consumidor debe ser económico. La expresión destinatário final pretende demostrar que la relación entre las partes no hace parte de la cadena de producción. Aunque, la redacción del artículo 2 del CDC engendra dificultades de hermenéutica. A priori, aún sería admisible extender el concepto de consumidor hacia las empresas que utilizan los servicios de transporte.

De acuerdo con un análisis consolidado de la doctrina y de la jurisprudencia brasileña, en el transporte de pasajeros, es casi unánime la tesis que propugna la aplicación del CDC en los contratos de transporte. Aunque, la misma unanimidad ya no se detecta en lo que concierne a los contratos de transporte marítimo de mercancías<sup>36</sup>.

Habrà de subrayar que para la detección de divergencias doctrinarias y jurisprudenciales que engendran exégesis diferenciadas del marco entre la relación de consumo y los contratos de transporte marítimo de mercancías, se destacan la teoría finalista y la teoría maximalista, analizadas más adelante, y que divergen esencialmente sobre la exacta amplitud del concepto de consumidor y destinatario final.

35 Para profundización en el tema cf. OCTAVIANO MARTINS, 2007, vol. II, passim.

36 Contra la incidencia del CDC confira SAMMARCO, 2005, p. 176-210. A favor V. PACHECO, 2002, passim.



En el derecho brasileño se destacan dos corrientes a respecto de la incidencia del CDC en los contratos de transportes marítimos: la corriente finalista y la maximalista.

#### 4.1 Teoría finalista

La corriente finalista considera, en teoría, que la adquisición o uso de bien o servicio para el ejercicio de actividad económica, civil o empresarial quita el carácter del requisito esencial a la formación de la relación de consumo, cual sea, ser el consumidor el destinatario final de la fruición del bien. Con fundamento en los subsidios de la teoría finalista, se defiende una interpretación restrictiva al concepto de *destinatario final*.

Para la corriente finalista, la tutela del consumidor resulta de la vulnerabilidad del consumidor en las relaciones de consumo (CDC, artículo 4, I).

No obstante, se pueden advertir demasiadas interpretaciones divergentes acerca del exacto alcance del concepto de vulnerabilidad, prepondera la exégesis que sustenta deber ser la vulnerabilidad comprendida en el sentido técnico, jurídico y socioeconómico. Se infiere, por lo tanto, que tales sentidos importan en la configuración de no tener el consumidor conocimientos en relación a los aspectos jurídicos del negocio y sus repercusiones económicas además de no encontrarse, generalmente, en la misma condición social y económica del porteador, parte con la que negocia. Efectivamente, como regla, las conclusiones adoptadas por la teoría subjetiva o finalista están calcadas en los siguientes presupuestos: i) el concepto de consumidor debe ser subjetivo y mediado por el criterio económico y de la vulnerabilidad; ii) la expresión *destinatario final* debe ser interpretada de manera restrictiva.

En consecuencia, en la interpretación finalista, el consumidor debe ser aquel que ocupa un nicho específico de la estructura de mercado – de ultimar la actividad económica con la retirada de circulación (económica) del bien o servicio – pero la específica finalidad de consumirlo para suplir una necesidad personal o privada, y por lo tanto final; y no por la necesidad profesional o empresarial, de cuño instrumental, solamente.

Se infiere en el interior de la teoría finalista, que consumidor es el destinatario final en la cadena distributiva, el destinatario fáctico y económico del bien. En la contextualización del consumidor en tanto que destinatario fáctico, el producto debe ser retirado de la cadena de producción. Con referencia la configuración de destinatario económico, el bien no puede ser adquirido para revenda o uso profesional, pues él sería nuevamente un bien de producción cuyo precio estaría embutido en el valor final.

Así, para la caracterización de consumidor, no basta identificar el sujeto ser el adquirente o usuario destinatario final fáctico del bien o servicio. El consumidor debe también ser su destinatario final económico y romper la actividad económica con miras a atender la necesidad privada, personal, no pudiendo ser reutilizado, el bien o servicio, en el proceso productivo, aunque de forma indirecta.



Se deduce, por lo tanto, que para los defensores de la corriente finalista, no se considera que el bien o servicio adquirido sea revendido al consumidor (directo o por transformación, montaje o utilización) o simplemente agregado al establecimiento empresarial. La teoría sustenta que la utilización, directa o indirecta, en la actividad económica ejercida, quita la caracterización de la destinación o fruición final del bien, lo transformando en instrumento del ciclo productivo de otros bienes o servicios.

La interpretación de la teoría *ut supra*, considera el destinatario del producto en el eslabón de la cadena distributiva total, entendiendo que el transporte hace parte de este eslabón productivo.

La teoría finalista considera la destinación final del producto, y no el destino final del servicio de transporte. Bajo tal visión, el bien transportado y el servicio de transporte serán empleados en el desenvolvimiento de la actividad lucrativa y la circulación económica, y no se encierra en las manos de la persona física (profesional o empresario individual) o jurídica (sociedad simples o empresaria) que utilice del servicio de transporte marítimo de mercancías. Se entiende por tanto, tratarse de consumo intermediario y no-final y, para esta corriente, estarán excluidos de la protección del consumo.

*Con base* en la teoría finalista, el embarcador y consignatario, respectivamente, no son considerados *destinatario final*. En consecuencia, propugna por la no incidencia del CDC a los casos envolviendo contratos de transporte marítimo, alegando que estos no instrumentalizan relaciones de consumo.

## 4.2 Teoría maximalista

La teoría maximalista se despunta más amplia y pretende abarcar la mayor gama de relaciones contractuales posibles, ella marca como consumidor de forma irrestricta, toda la persona física o jurídica como merecedora de protección, sea ella no-profesional o profesional. La corriente maximalista no encuadra la vulnerabilidad como presupuesto ineludible.

La proyección maximalista propone, como regla, la inclusión de las personas jurídicas como consumidores de productos y servicios, aunque con la reserva de que así son entendidas aquellas como destinatarias finales de los productos y servicios que adquieren, para el desempeño de su actividad empresarial lucrativa.

A los maximalistas, no les importa para la definición del destinatario final del servicio de transporte lo que es hecho con el producto transportado.

En el caso, el servicio de transporte fue consumado con la llegada de la mercancía a su destino, terminando ahí la relación de consumo, establecida entre la transportadora y la empresa que la contrató. En esta medida, se infiere, esencialmente, la actividad de



transporte. Así, en el ámbito de la teoría maximalista el embarcador y consignatario pueden ser considerados destinatarios<sup>37</sup>.

La gran crítica a esta teoría reside en el hecho de que no confiere protección solamente a la parte vulnerable, sino a todos aquellos que utilizaran el producto. No obstante, la existencia de algunas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales que propugnan por la admisibilidad de la incidencia del CDC en los contratos de transporte marítimo de mercancías, debe dejarse constancia de que esta tendencia no vendrá a prosperar si hubiere avance en el proceso de armonización de las normas del MERCOSUR, conforme se observará en el tópico a seguir.

### **4.3 Los reflejos de la incidencia del código de defensa del consumidor en el contrato de transporte marítimo de mercancías**

Aceptada la existencia de relación de consumo en los contratos de transporte marítimo de mercancías hay que referirse las consecuencias de la normativa, en esencial en lo que concierne: i) responsabilidad civil; ii) cláusulas limitativas de responsabilidad; iii) cláusulas abusivas y cláusulas restrictivas; iv) cláusula de no indemnizar; v) derecho de reclamar y prescripción; y finalmente viii) foro competente.

#### **4.3.1 Responsabilidad civil del transportador**

El artículo 14 del CDC consagra la responsabilidad objetiva del suministrador. La responsabilidad objetiva preconizada en el artículo 14 del CDC es aquella del riesgo integral y no ampara la responsabilidad concurrente.

Hay que destacar, por oportuno, la clasificación doctrinaria que diferencia el abastecimiento adulterado, peligroso y defectuoso. En el suministro viciado no hay daño considerable al consumidor. El producto o servicio presenta impropiedad inocua. En el suministro peligroso, de la utilización del producto o servicio deriva un daño motivado por la insuficiencia o inadecuación de las informaciones prestadas.

En la concepción del suministro defectuoso: hay daño derivado de la impropiedad o defecto en la concepción, ejecución o comercialización del producto o servicio. Se nota, por tanto, que en el suministro peligroso, tanto como el defectuoso, hay daño a la salud, integridad física o interés económico del consumidor.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> V. PACHECO (2002, p. 311), a favor de la incidencia del CDC de manera independiente de ser acatada la tesis maximalista.

<sup>38</sup> v. RIZZATO NUNES (2000, p. 156-157) e CDC, artículo 20 e 21.



El servicio es defectuoso cuando no suministra la seguridad que su consumidor debe esperar, tomando en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales: I – el modo de su suministro; II – el resultado y los riesgos que, de modo razonable, de él se esperan y III – la época en que fue suministrado (CDC, artículo 14).

En sede de contrato de transporte marítimo de mercancías, la gran mayoría de las cuestiones versa sobre el suministro defectuoso. En conformidad con la sistemática de la responsabilidad objetiva adoptada en la norma supra, deberá el consumidor demostrar el nexo de causalidad del daño, la acción u omisión del agente y la impropiedad del servicio<sup>39</sup>. Es admisible, con todo, la inversión del encargo de la prueba (cf. artículo 6, VIII del CDC)<sup>40</sup>.

Las excluyentes de responsabilidad del suministrador están tipificadas en el artículo 14, § 3° del CDC. El suministrador sólo no será responsabilizado cuando probar: i) que, teniendo prestado el servicio, el defecto no existe; ii) la culpa exclusiva del consumidor o de tercero.

Se atente que el § 3° del artículo 12 utiliza el adverbio sólo (sólo en castellano). Por tanto, el rol de excluyente es taxativo, y no autoriza la inclusión de caso fortuito y fuerza mayor. Se infiere que el riesgo del porteador es mismo integral, tanto que la ley no prevé como excluyente del deber de indemnizar, el caso fortuito y la fuerza mayor.

Evidenciada, por tanto, la exclusión de la hipótesis de caso fortuito y fuerza mayor de entre las excluyentes de responsabilidad civil del porteador<sup>41</sup>, hipótesis que encontrarían respaldo en el artículo 393 del CC.

No obstante tales consideraciones, algunas hipótesis han sido reconocidas para exonerar la responsabilidad del prestador de servicios. Tales hipótesis vienen se encuadrando en el contexto de “caso fortuito externo” que si refleja en vicio inevitable que ocurre después que el servicio ha sido puesto a la disposición del consumidor.

### 4.3.2 Cláusulas limitativas de responsabilidad

El principio de la transparencia consagra uno de los preceptos básicos de la relación de consumo. De conformidad con tal principio, el consumidor debe ser informado de la exacta extensión de las obligaciones de las partes y otras informaciones técnicas (CDC, artículo 6, III).<sup>42</sup>

39 La responsabilidad de los profesionales liberales es subjetiva. V. CDC, artículo 14, § 4°.

40 La noción de facto del producto o servicio, también llamado de accidente de consumo, es el evento dañino verificado en la prestación de servicio.

41 A respecto de caso fortuito o fuerza mayor como excluyente de responsabilidad del transportador v. RT 718/148.

42 Se atente, además, para el principio de la irrenunciable de derechos. Son nulas las cláusulas restrictivas de derecho del consumidor (CDC, art, 51).





Las cláusulas limitativas de derecho del consumidor deberán ser redactadas con realce, permitiendo su inmediata y fácil comprensión. Son inadmisibles las cláusulas restrictivas del derecho sin el debido destaque de modo a llamar la atención del consumidor para las estipulaciones desventajosas, en el nombre de la buena fe que debe presidir las relaciones de consumo, bajo pena de no obligar el consumidor (artículos 46 y 54, § 4, del CDC).<sup>43</sup>

En lo que abarca la redacción de los instrumentos contractuales, hay que atentarse para el dispuesto en el artículo 46 del CDC que determina que los instrumentos no obligarán a los consumidores si fueren redactados de manera que dificulte la comprensión de su sentido y alcance. El artículo 46 del CDC trae una manifestación específica del principio de la transparencia al garantizar la exoneración de los consumidores en lo que respecta a las cláusulas contractuales que no fueren adecuadas y antes presentadas o formuladas de tal modo a dificultar la comprensión.

Como regla, y pese a argumentos al contrario, se entiende que los contratos de transporte marítimo son evidenciados por el BL que es considerado instrumento de adhesión. Considerado el influjo del CDC, en los contratos de adhesión escritos deberán ser redactados en términos claros y con caracteres ostensivos y legibles, de modo a facilitar su comprensión por el consumidor consonante al dispuesto en el artículo 54, § 3 del CDC.

A respecto de la interpretación de las cláusulas de contratos de adhesión, los dispositivos del CDC y del CC están en sintonía. El artículo 423 del CC preceptúa que, en habiendo cláusulas ambiguas o contradictorias, se deberá adoptar la interpretación más favorable al adherente<sup>44</sup>. En el mismo sentido, el artículo 47 del CDC ampara la interpretación más favorable al consumidor.

Se entiende, por lo tanto, que las cláusulas que permitan al porteador alterar las condiciones del negocio o del precio de suministro de manera unilateral, directa o indirecta, son consideradas abusivas y inválidas (CDC, artículo 51, X y XIII). Ese tipo de cláusulas no se permite medir de manera exacta por parte del consumidor de las obligaciones asumidas por él en el contrato, haciendo daño así, al principio de la transparencia.

<sup>43</sup> CDC, artículo 54, § 4, in verbis: “Artículo 54, § 4º: “As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão”. En los términos del CC, artículo 424 son nulas las cláusulas que estipulen la renuncia anticipada del adherente al derecho que resulta de la naturaleza del negocio

<sup>44</sup> V. RT 142/620 e 194/709.



### 4.3.3 Cláusulas abusivas y cláusulas restrictivas

El artículo 51 del CDC enumera las hipótesis<sup>45</sup> de cláusulas contractuales abusivas, disponiendo la nulidad de pleno derecho de las mismas.

Sin embargo, habrá que expresar, que no se deben confundir cláusulas abusivas, nulas de pleno derecho (CDC, artículo 51), con cláusulas restrictivas, limitativas (CDC, artículo 54, § 4), plenamente validas, salvo si consideradas abusivas.

De esta forma, el hecho de que las cláusulas sean limitativas o restrictivas no las transforma, por sí, viciadas o inválidas. Las cláusulas restrictivas/limitativas, así como las demás cláusulas contractuales, serán nulas si consideradas abusivas. En la esfera de esta fundamentación, las cláusulas limitativas no puestas de relieve, permitiendo su inmediata y fácil comprensión serán nulas.<sup>46</sup>

### 4.3.4 Cláusula de no indemnizar

El artículo 51, I del CDC preconiza que serán nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que imposibiliten, exoneren o atenúen la responsabilidad del porteador por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios o impliquen en renuncia o disposición de derechos.

Se infiere, respecto a este aspecto, que el derecho brasileño, independientemente de la incidencia del CDC, no admite las cláusulas eximentes de responsabilidad.

### 4.3.5 Derecho de reclamar y prescripción

El servicio de transporte no es durable. El derecho de reclamación debe ser ejercido en el plazo de 30 días (cf. CDC, artículo 26, I).

El plazo de prescripción de la pretensión para la reparación de los daños causados por hecho del servicio es de cinco años, en consonancia con el artículo 27 del CDC, iniciándose la cuenta del plazo a partir del conocimiento del daño y de su autoría.

Se evidencia, entretanto, que bajo la égida del Decreto-ley 116/67, las acciones por extravío de la carga, bien como las acciones por falta de contenido, disminución, pérdidas y averías o daños a la carga prescriben en un año, contados de la fecha del término de la descarga del navío transportador.

<sup>45</sup> Se trata de rol ejemplificativo y no taxativo.

<sup>46</sup> V. CC, artículo 424.



Existen interpretaciones que propugnan, no obstante acatarse la incidencia del CDC, que prevalece la prescripción anual debido al principio de la especialidad derivado del Decreto-ley 116/67. En sentido contrario, se destacan orientaciones pretorianas del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que consagran la prescripción quinquenal, en los términos del artículo 27 del CDC.

#### 4.3.6 Foro Competente

Con fundamento en el artículo 101 del CDC, en la acción de responsabilidad civil del porteador de productos y servicios, la acción tendrá foro en el lugar del domicilio del proponente afectado.

#### 4.4 Mercosur: El Protocolo De Santa Maria Y Las Relaciones De Consumo Decorrientes De Contratos De Transporte

En 26 de marzo de 1991 fue firmado el Tratado de Asunción (Tratado para la constitución del Mercosur) por los presidentes de Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay y sus respectivos ministros de Relaciones Exteriores<sup>47</sup>

El proceso del Mercosur se encuentra en fase integracionista de carácter mixto. Avanza con los Miembros Socios para la conformación de una Unión Aduanera – sin embargo imperfecta – tensando la consolidación de un Mercado Común. Concomitante, para los Miembros Políticos, vigora una zona de libre comercio.

La conformación de un proceso de integración retratado en un Mercado Común englobaría, entre otras medidas, preceptos caracterizadores de la integración económica, que configuran la estructura del mercado común, denominados de cinco libertades: libre circulación de bienes, personas y capital; libre prestación de servicio y libre establecimiento y libertad de concurrencia.

Aunque las medidas relativas a la consolidación de un Mercado Común no se agotarían en la concesión de las cinco libertades, pues se configura imprescindible la coordinación o hasta la unificación de las políticas nacionales y de las respectivas legislaciones.<sup>48</sup>

En el aspecto económico y político, la consolidación de un Mercado Común proporcionaría coordinación y armonización de las políticas macroeconómicas (política cambiaria, monetaria y fiscal) y de microeconómicas o sectoriales.

<sup>47</sup> Firmado en 26.03.1990, promulgado en Brasil por el Decreto 350/91. Se destaca, todavía, que la Carta de Ratificación del Tratado fue depositada por el Brasil en octubre de 1991. El Tratado de Asunción entró en vigor, internacionalmente, en 29 de noviembre del 1991, con el depósito de las ratificaciones necesarias.

<sup>48</sup> En este contexto, son abolidas no solamente las restricciones sobre los productos negociados, pero también las restricciones a los factores productivos (trabajo y capital).



En el aspecto jurídico, sería relevante conciliar las normas vigentes de modo a eliminar o por lo menos minimizar puntos de conflicto que inducen a favorecer en lo local, distorsionando los reales padrones de concurrencia económica<sup>49</sup>. Entre tales aspectos, sin duda, se insertan las reglas relativas al transporte y el CDC.

Específicamente al transporte, la normativa Mercosur viene avanzando significativamente.

Lo que corresponde a la normativa de consumo, fue firmado el Protocolo de Santa María (en adelante PSM) sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, en 22 de noviembre de 1996 (MERCOSUR/CMC/DEC 10/96)<sup>50</sup> definiendo principios acerca de la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo, construyendo la base para la institución del Reglamento Común Mercosur de Defensa del Consumidor. En los términos del PSM, quedó expresamente establecido el artículo 1, punto 2, que trata de las relaciones de consumo alcanzadas por la norma, que “quedan excluidas de las relaciones de consumo las derivadas de contratos de transporte”.

Consonantemente en el PSM fueron instituidas definiciones de consumidor, suministrador, relaciones de consumo, producto y servicios. En los términos del artículo 1 del PSM, no se considera consumidor el usuario que, sin constituirse como destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos a los procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios.

La decisión del Consejo del Mercado Común 10/96 todavía no se halla en vigor, por se tratar de una norma heteronormativa y que depende, por tanto, de incorporación e internalización por parte de los Estados miembros. Las normas del Mercosur pueden o no necesitar ser incorporadas al ordenamiento jurídico nacional, conforme el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto (POP).<sup>51</sup>

La obligación de incorporar la normativa Mercosur a los derechos internos de los Estados miembros constituye una obligación de hacer, que conduce a responsabilidad internacional de los Estados en caso de no cumplimiento. En este sentido, la jurisprudencia de los

49 Se trata, en última instancia, de consolidar la armonización del “derecho-cuesto.” El derecho se enumera entre los ítems que interfieren sobremanera en el costo de la actividad empresarial. Las obligaciones jurídicas generan efectos que obligan al empresario a reevaluar sus cálculos. Es de primordial importancia la revisión de las legislaciones relacionadas a la actividad económica que repercuten en la formación del precio.

50 Ver [http://www.oas.org/dil/esp/cidip\\_viii\\_propuestas\\_protocolo\\_de\\_santamaria\\_argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/cidip_viii_propuestas_protocolo_de_santamaria_argentina.pdf)

51 La vigencia simultánea de las normas en todos los Estados-Partes del Mercosur (EPM) está definida en las reglas del artículo 40 del POP. Regla general, las deliberaciones emanadas de las OI se clasifican en: i) normas auto-regladoras o autonormativas: los efectos de los actos normativos se irradian en el interior del orden jurídico de la OI, visando completar o perfeccionar su ordenamiento jurídico OI; y ii) normas heteronormativas: efectos alcanzan el exterior de la OI, pudiendo afectar otros sujetos internacionales. En el Mercosur son detectadas las dos especies de normas. Las normas autonormativas son auto-aplicables en el interior de la OI, dispensando de procedimiento de incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados-Partes. Las normas heteronormativas necesitan ser incorporadas por los ordenamientos jurídicos de los Estados-Partes, de vez que sus efectos atingen al exterior del Mercosur y afectan los Estados.



Tribunales Arbitrales *ad hoc* del Mercosur vienen considerando que “debido a la naturaleza intergubernamental del Mercosur y la ausencia de aplicación directa de su normativa, nadie puede cumplir en lugar del Estado obligado el acto de incorporación requerido. Pero el incumplimiento trae consigo responsabilidad internacional del Estado incumplidor con relación a los Estados que sí lo cumplieran.

Así, mientras las normas son vinculantes para los Estados miembros, mismo que no hayan entrado en vigencia simultánea, la obligatoriedad de las mismas genera como consecuencia el nacimiento de una obligación de hacer, aquella de incorporarse al derecho interno, y una obligación de no hacer, aquella de no adoptar medidas que por su naturaleza se oponga o frustre el propósito de la norma aprobada pero todavía no incorporada<sup>52</sup>.

Así siendo, la incorporación del PSM es obligatoria y deberá encerrar la discusión alrededor del tema y decidirse por se no aplicarse el uso del CDC en los contratos de transporte.

---

52 A respecto de la obligatoriedad de incorporación de las normas por los Estados-Partes, se destaca el Séptimo Tribunal Arbitral del Mercosur que condenó Brasil por el no-cumplimiento de la obligación impuesta en los arts. 38 y 40 del POP, en razón de la no-incorporación de normas del Mercosur en tiempo razonable. Cf. Laudo Arbitral 7, Considerando 117.



## Bibliografía

- Araújo, Nadia de. *Contratos internacionais: Autonomia da vontade, Mercosur e Convenções internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- Araújo, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.
- Baptista, Luis Olavo. *Dos contratos internacionais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Baptista, Luis Olavo. *Advocacia nas negociações internacionais*. *Revista de Direito Público*, n. 78, ar./jun. 1986, p. 195.
- Basso, Maristela. *A autonomia de vontade nos contratos internacionais do comércio in Direito e Comércio Internacional. Estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger*. In: Baptista, Luiz Olavo. São Paulo: LTr, 1.994,
- Basso, Maristela. *Contratos internacionais do comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- Calabuig, Rosário Espinosa. *El Contrato Internacional de Transporte Marítimo de Mercancías: cuestiones de Ley aplicable*. Granada: Comares, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Resolución de controversias y derecho aplicable en el transporte marítimo internacional: el caso de la Unión Europea*. In: CASTRO Junior, Osvaldo Agripino. *Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional*. Vol. II. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005, p. 433-466.
- Castro Junior, Osvaldo Agripino de (org.). *Temas atuais de direito do comercio internacional*. v.2. Florianópolis: oab-sc Editora, 2005. 433-466.
- Hill, Christopher. *Maritime law*. Sixth edition. London: Lloyd´s of London Press Limited (LLP), 2003.
- Lagarde, Paul. *Le dépeçage dans le droit internationale privé des contrats*, En: *Rivista di Diritto Internazionale e Processuale*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 1975, N° 4.
- Mendonça, Fernando. *Direito dos Transportes*. 2ª ed. S.Paulo. Saraiva, 1990.
- Nascimento, M. L. J. *A incorporação das normas do Mercosur aos ordenamentos jurídicos dos estados-membros*. Curitiba: Juruá, 2004. 275 p.



Octaviano Martins, Eliane M. Curso de direito marítimo. Vol. I. 3ª e vol II. Ed. Barueri: Manole, 2008.

Pacheco, Paulo Henrique Cremonese. Do Código do consumidor: aspectos relevantes ao direito marítimo e ao direito do seguro. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo. v.5 n.10 jul/dez 2002.

Posenato, Naiara. “A prestação característica na convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais de Roma de 19 de junho de 1980”. In: castro Junior, Osvaldo Agripino. Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional. v.2. Florianópolis, oab - sc Editora, 2005.

Rizzato Nunes, Luiz Antonio. Comentários ao código de defesa do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000. 716 p.

Sammarco, Marcus Vinicius de Lucena. Transporte de carga: o conflito entre as normas especiais e as normas do código de defesa do consumidor e os limites da sub-rogação da seguradora. Revista de direito do consumidor. no. 55, jul/set/2005, p. 177-198.

Strenger, Irineu. La notion de Lex Mercatoria em droit de commerce international. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International 227, 1991. p. 209-335

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito civil. III 3a. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2003. 662 p.

Vieira, Guilherme Bergmann Borges. Transporte Internacional de Cargas. São Paulo, Editora Aduaneiras, 2001.

Wolff, Martín. Derecho internacional privado. 2.ed. Barcelona, Bosch, 1958.