



Machado, Cremonese  
Lima e Gótas

advogados associados

*Seguros desde 1970*

# **EL ASEGURADOR SUBROGADO NO SE SOMETE A ARBITRAJE IMPUESTA A TRAVÉS DEL BILL OF LADING**

Ejercicio de derecho propio en vigencia del contrato de seguro, que no se confunde con el contrato de transporte.

**Paulo Henrique Cremonese**



## Paulo Henrique Cremoneze

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



Hace mucho tiempo definiendo que la cláusula que pretende imponer el arbitraje, normalmente en el extranjero, a través del Bill of Lading, es abusiva y, por lo tanto, ilegal.

La voluntariedad es un presupuesto de la validez del compromiso arbitral, imprescindible para su establecimiento. Al contrario de la jurisdicción, que se impone, el arbitraje tiene que ser un deseo de las partes.

Por ello, afirmo que la cláusula de esta naturaleza, que obra en este documento con carácter de título de crédito y sirve como evidencia del transporte internacional marítimo de carga, no se incluye en la hipótesis del art. 485, VII, del Código de Procedimiento Civil (que trata de la convención de arbitraje como causa de extinción del proceso).

El contrato de transporte marítimo de carga es esencialmente de adhesión<sup>1</sup>, sin que el embarcador y el consignatario de la carga puedan expresar libremente sus voluntades. El transportista impone las cláusulas, de manera unilateral.

Tanto es así que ni siquiera hay un instrumento contractual específico, siendo este representado, como mucho, por un título de crédito conocido, hace mucho, en Brasil, como pagaré del mar.

<sup>1</sup> Nombre en inglés del título de crédito que sirve como instrumento del contrato internacional de transporte marítimo de carga - que es de adhesión -, redactado de manera unilateral por el armador.

<sup>2</sup> Art. 485. El juez no resolverá el mérito cuando: VII- aceptar la alegación de existencia de convención de arbitraje o cuando el juicio arbitral reconozca su competencia;

No se puede obligar al propietario de la carga (embarcador o consignatario) al ejercicio del arbitraje si no ha concordado, antes, de manera libre e incontrovertible, con su realización.

Más que ilegal, la imposición es inconstitucional e inmoral.

Inconstitucional porque no hay renuncia tácita de acceso a jurisdicción, una de las más importantes garantías fundamentales; inmoral pues se trata de intolerable dirigismo contractual. El armador utiliza la asimetría de la relación fáctica que informa el negocio jurídico.

Respecto al elemento moral de la situación, se debe dar una explicación breve.

A pesar de la condición de propietario de la carga — si persona natural o jurídica, y, si jurídica, de pequeño, grande o medio porte —, el armador siempre domina la relación jurídica.

El transporte es algo necesario; el modo de contratación es adhesivo. No hay al propietario de la carga cualquier alternativa sino adherir a lo que manda el armador, mismo porque dejar de hacer negocios con él no asegura que los otros presentarán otras opciones de cláusulas. Luego, los conocimientos de embarque son, por regla, todos iguales.

El embarcador queda sujeto al famoso “tómalo o déjalo”, mientras que el consignatario solamente paga por ello. De ahí viene la necesidad de que el Poder Judicial pese correctamente los aspectos metajurídicos que influyen los jurídicos en situaciones de crisis.

La situación es más grave, me gusta mucho decirlo, cuando en disputa surgen los derechos e intereses legítimos del asegurador subrogado. Normalmente, el propietario de la carga cuenta con seguro de transporte. En el caso de siniestro, comprobación y cuantificación de daño, el asegurador le indemniza y se subroga en sus derechos y acciones, según el art. 786 del Código Civil.

Cuando se subroga, el asegurador tiene el derecho de buscar frente al causador del daño el debido reembolso.

<sup>3</sup> Art. 786. Pagada la indemnización, se subroga a la aseguradora, según los límites del valor respectivo, en los derechos y acciones que le compitan al asegurado en contra del autor del daño.

Más que un derecho, por cierto, la búsqueda del resarcimiento por recobro es un deber, acto de lealtad del asegurador respecto al colegio de asegurados, tomando gran interés social.

Se habla de interés social, porque el éxito del resarcimiento tiene impacto positivo en los precios de seguros, al tiempo que obliga al causador del daño a que responda por su conducta.

Si fuera por la subrogación y el resarcimiento, el causador del daño se vería justamente libre para

no responder por el daño debido a la previsión del asegurado, quien pagó por la protección, la cobertura.

Por ello, el pago con subrogación al asegurador, con las consecuencias regresivas que de él ocurren, es especialmente protegido por la ley.

Dicha protección me autoriza a afirmar, completamente convicto: mismo que el texto del conocimiento de embarque, a veces incluyendo disposiciones del contrato de fletamiento, busque imponer arbitraje, y esta disposición sea válida y eficaz respecto al propietario de la carga (asegurado), jamás lo será, sin embargo, al asegurador subrogado, debido al §2º del mismo art. 786, que determina la ineficacia de cualquier acto, aunque válido, que perjudique el resarcimiento.

La protección al resarcimiento nacido de la subrogación — justamente debido a su histórica dimensión social — es anterior al actual Código Civil, tanto el Supremo Tribunal Federal la ha puesto en precedente.

Hace décadas que vigora el Precedente 188/STF: El asegurador tiene acción de regreso en contra del causador del daño, por lo que efectivamente se haya pagado, hasta el límite previsto en el contrato de seguro.

Luego, cualquier argumento que tenga como objetivo vaciar la dignidad de la acción de regreso del asegurador subrogado en contra del causador del daño, por la considerable antijuricidad que presenta, es un atentado en contra de la tradición jurídica brasileña.

Pienso, aunque haya opiniones en contra, que la imposición de procedimiento arbitral en el extranjero disminuye los derechos previstos en el art. 786 y marcados por el Precedente 188 del STF, con perjuicios innegables al asegurador brasileño.

<sup>4</sup> §2º Es ineficaz cualquier acto del asegurado que disminuya o extinga, en perjuicio de la aseguradora, los derechos a que se refiere este artículo.

Si parte del contenido que se pretende que sean cláusula del Bill of Lading es abusivo, ilegal e inconstitucional al adherente, propietario de la carga y asegurado, aún más lo será al asegurador subrogado, que ni forma parte del negocio

negocio jurídico de transporte.

El asegurador no tiene relación jurídica previa con el transportista y, por lo tanto, válidos o inválidos, abusivos o no, los términos de la contratación hecha por ellos no se imponen al primero. Además, el mismo instituto de subrogación no transmite derechos de naturaleza procedimental o personalísima, haciéndolo solamente respecto los derechos materiales que cambian al asegurado. La única limitación que el resarcimiento encuentra está en la prohibición a las ganancias. En otras palabras: el asegurador recibe nada más nada menos que aquello que haya pagado.

De todos modos, no es razonable, para no decir más, exigir de quien no forma de un negocio jurídico, con cuyo contenido no ha concordado expresamente, que se someta a sus dispositivos. De lo contrario, habrá ofensa no solo a la ley, sino que también a principios importantes del Derecho: razonabilidad, proporcionalidad, equidad, isonomía, además del sentido común.

En el ejercicio del resarcimiento por recobro en contra de un armador, el derecho del asegurador subrogado no se basa en el incumplimiento del contrato de transporte, sino que en la reparación civil en contra del causador del daño. En otras palabras: hay casi nada de Derecho Marítimo en el litigio y mucho de Derecho de Seguros.

El Derecho de Seguros, nacido del Derecho Civil, es mucho más importante y amplio que el Derecho Marítimo y, por lo tanto, el protagonista de los litigios que involucren daños de transportes.

Luego, la muy reciente decisión de la 23ª Cámara de Derecho Privado del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, reportada por el Ilustre Juez de Apelación J. B. Franco de Godoi : "(...) el apelante viene a juicio pedir derecho propio que resulta del contrato de seguro (páginas 48/63) y no de contrato de transporte marítimo que tiene cláusula de compromiso arbitral".

<sup>5</sup> Apelación Civil n.º 1011256-26.2019.8.26.0011, del Distrito de São Paulo.

Declaró también esta decisión: "La subrogación de la aseguradora no es del mismo derecho material que viene del contrato de transporte marítimo, sino que del contrato de seguro".

El documento destacado es bastante claro y magnífico al exponer la diferencia entre un derecho nacido de la relación de seguro, que es esencial, y no del transporte, que es accidental. Considero especialmente importante la decisión, porque no se limitó a declarar la naturaleza abusiva de la cláusula de arbitraje impuesta por el transportista. Trató de afirmar que el asegurador nada tiene que ver con el negocio de transporte. Sus derechos tienen otro carácter, otra grandeza, otra cualificación jurídica.

Una clasificación correcta, porque, si el derecho del asegurador subrogado nace, según la ley, en la vigencia del contrato de seguro y no resulta del contrato de transporte, ¿por cuál razón se pretende su obediencia a los términos de este documento?

La pregunta contiene en sí mismo la respuesta y muestra cuán incorrecta es imponer al asegurador el arbitraje previsto en un instrumento de que no forma parte.

Reconocer la cláusula de compromiso arbitral (escrita de manera unilateral en este título de crédito que, tomada como instrumento de transporte, muestra la contratación adhesiva) es vaciar la dignidad de la subrogación, perjudicar el mutuo, imponer un gravamen pesado a quien no ha pactado su existencia y herir la garantía constitucional fundamental de acceso a la jurisdicción que toda víctima de daño (aunque refleja) tiene.

También sobre el excelente voto del Juez de Apelación J.B. Franco de Godoi, integralmente acepto por sus pares, es conveniente destacar la parte a continuación, que remete a otras decisiones, también con bases excelentes:

*“¿De esta interpretación resulta el derecho del apelante de buscar el resarcimiento de las pérdidas sufridas! En este sentido:*

*“El Código de Procedimiento Civil reconoce la posibilidad y la validez del arbitraje, siempre que expresamente observada la forma legal, según disposición del párrafo 1º del artículo 3º: “Se permite el arbitraje según la ley”. En este caso, la aseguradora no ha adherido a la cláusula, así que no se siguió estrictamente la legislación brasileña respecto a la aceptación de que debe la parte sujetarse al juicio arbitral. En este caso, la indicación de arbitraje ha sido hecha en el contrato de transporte y aunque la aseguradora*



esté pidiendo, con base en el derecho de recobro, subrogada en los derechos y acciones de la asegurada, est cláusula contractual no le alcanza." (Apel. n.º 1002847-62.2016.8.26.0562 Rel. Juez de Apel. MIGUEL PETRONI NETO 16ª Cámara de Derecho Privado j. 21/08/2 018)

*"RESPONSABILIDAD CIVIL. Indemnizatoria. Acción de regreso resultante de contrato de seguro. Cláusula arbitral instituida con la asegurada y no con las aseguradoras. Hipótesis en que la resolución de conflictos por arbitraje solamente obliga a las partes contratantes y no a terceros. Aplicación de la legislación extranjera, por este mismo motivo, que solamente podría reconocerse en demanda propia entre quienes obran en el contrato primitivo de provisión de servicios. Extinción del proceso inadmisibile. Imposibilidad de negarse la incidencia de la ley nacional. Subrogación de la aseguradora que se limita al derecho a la acción procesal que tendría la asegurada, pero no del derecho material. Recurso no denegado." (Rec. Inter. n.º 0091567 16.2003.8.26.0000 4ª Cámara. Extinto 1º TAC - Juez de Apel. Rel. PAULO ROBERTO DE SANTANA j. 23.06.2 004)*

*Así que la demanda suele no ser extinta, pues cumple los términos para que se juzgue, según establece el art. 1.013, § 3º, I, del Código de Procedimiento Civil.*

El resumen de la Decisión, además, ya es una especie de pequeña lección de Derecho de Seguros y merece aquí reproducción sin otros comentarios:

*"RESPONSABILIDAD CIVIL Indemnización - Acción de regreso resultante de contrato de seguro - Cláusula arbitral instituida con la asegurada y no con la aseguradora - Hipótesis en que la resolución de conflictos por arbitraje solamente obliga a las partes contratantes y no a terceros - Extinción de la demanda inadmisibile - Subrogación de la aseguradora que se limita al derecho procesal que tendría la asegurada, pero no al derecho material - Preliminar rechazada Recurso aceptado. CONTRATO Transporte marítimo Demanda presentada por la aseguradora-apelante en contra de la transportista-apelada Averías resultantes del transporte Pago del valor del siniestro por la aseguradora-apelante - Inexistencia de presentación, por parte del transportista, de prueba de cualquier exclusión de responsabilidad Deber del transportista de pagar el valor subrogado, apuntado na la conclusión de la inspección - Acción procedente Recurso aceptado."*

Espero que la decisión tenga influencia y que sus fundamentos puedan contribuir en los juicios de valor de otros casos.

La interpretación del ilustre juez es antiguo, tanto que se ha repetido por otros magistrados. El eminente Juez de Apelación y doctrinador de Derecho Empresarial Carlos Henrique Abrão lo cita en una de sus gran decisiones:

*"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 n.º 0030807-20.2010.8.26.0562, que ha sido reportada por el Juez J. B. Franco de Godoi."*

Hay mucha confusión todavía respecto cierta decisión del organismo especial del Superior Tribunal de Justicia, que nada tiene que ver con el transporte de cargas y el derecho de recobro.

<sup>6</sup> Hablo de la decisión SEC <sup>14.990</sup>-EX, que trataba exclusivamente de los aspectos formales de la aprobación de decisión arbitral extranjera. Arbitraje que ha sido realizada en los EE.UU. y de que participó la aseguradora, implicando aceptación tácita a dicho método. Un caso involucrando la voluntariedad del asegurado y contrato de provisión. Contexto diferente de la adhesividad en la contratación del transporte.

La verdad que llama la atención es que el asegurador subrogado no está obligado al procedimiento arbitral previsto (impuesto) en el B/L o fletamiento que a veces intenta incorporar.

Esta es la interpretación del reconocido jurista Ives Gandra da Silva Martins, según opinión jurídica recientemente emitida respecto la cláusula de elección de foro (que se aplica al compromiso arbitral), bastante de acuerdo con lo que siempre he defendido:

*1) La verdad que llama la atención es que el asegurador subrogado no está obligado al procedimiento arbitral previsto (impuesto) en el B/L o fletamiento que a veces intenta incorporar.*

*Esta es la interpretación del reconocido jurista Ives Gandra da Silva Martins, según opinión jurídica recientemente emitida respecto la cláusula de elección de foro (que se aplica al compromiso arbitral), bastante de acuerdo con lo que siempre he defendido:*

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." (fl. 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." (fl.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." (fl. 52)

El propio relator de la decisión, Juez OG FERNANDES, afirmó que no se trata de un precedente, exactamente por las cuestiones importantes respecto el art. 786 del Código Civil. Y de la propia naturaleza de la subrogación.

<sup>7</sup> Opinión que he solicitado para confirmar o no la adecuación de los argumentos contrarios a la imposición del arbitraje en el conocimiento internacional de transporte marítimo de carga.

Y la conclusión del famoso jurisconsulto es muy clara:

*"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 pactar 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." (fl. 36)*

El famoso constitucionalista no está solo en esta poderosa interpretación. La comparte la más grande banca de procesalistas de Brasil, la prestigiada Arruda Alvim, que así se ha posicionado en dos magníficas opiniones, que, por delicadeza y respeto, no reproduzco en este ensayo, porque se han emitido en casos específicos, contratados por los autores de las demandas. No las reproduzco, pero doy testigo fiel de su existencia.

La mejor doctrina y la jurisprudencia dominantes, incluso la del STJ, apuntan hacia la imposibilidad de que se obligue al asegurador subrogado al procedimiento arbitral porque así haya posiblemente optado el asegurado o lo haya forzado a esto el armador.

Además de los fuertes argumentos sobre la naturaleza abusiva de las cláusulas - que no observa la propia ley brasileña de arbitraje -, hay algo incontestable: el asegurador subrogado no busca el resarcimiento por el cumplimiento con la obligación de transporte, sino que del daño que creó la indemnización de seguro. No quiere el reembolso del transportista marítimo propiamente, pero del autor del acto ilícito. De cualquiera que se encuentra en esta situación.

Para el asegurador subrogado, no hay diferencia entre la persona natural quien causa un accidente de automóvil, creando perjuicio al asegurado, y el armador que avería o extravía la carga. Embos son causadores de daños y perjuicios. La dinámica de resarcimiento para uno es la misma que la del otro. Circunstancias y perspectivas similares, que se diferencian solamente en los hechos y pocos elementos de responsabilidad civil.

Lo importante es respetar la métrica que hace mucho fue establecida por el Derecho Romano de dar a uno exactamente lo que es suyo y de no ofender la preferencia incontestable de la jurisdicción nacional.

Paree increíble, pero no hay manera de no acordarse del famoso autor inglés G.K. Chesterton "Llegará el día que tendremos que probar al mundo que el pasto es verde". Hoy, frente a tantos ataques cuyo objetivo es inducir al Poder Judicial a cometer errores, pienso que el día de probar que el pasto es verde ha llegado.

Y porque ha llegado, termino recordándonos una de las primeras lecciones que he aprendido cuando, muchos años atrás, estudié Derecho de las Obligaciones: el contrato hace ley entre las partes y, estrictamente, no produce efectos erga omnis.

Parece increíble, pero hoy se debe destacar que quien no forma parte de un contrato no puede estar obligado a respetar sus disposiciones, en especial cuando estas son claramente abusivas e ilegales y cuyo objetivo es vaciar uno de los más importantes institutos del Derecho de Seguros: la subrogación.

**Santos, el 22 de diciembre del 2020.**



Machado, Cremonese  
Lima e Gótas

advogados associados  
*Seguros desde 1970*

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