

Universidad de Lima  
Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



**ESTABLECIMIENTO DEL ARBITRAJE EN SEDE NACIONAL COMO REGLA  
GENERAL EN LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE  
TRANSPORTE MARÍTIMO**

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en

Derecho Empresarial

**Jorge Alberto Acevedo Noriega**

**Código 19852777**

**Asesor**

Ricardo De Urioste Samanamud

Lima – Perú

Diciembre de 2019

**ESTABLECIMIENTO DEL ARBITRAJE EN SEDE  
NACIONAL COMO REGLA GENERAL EN LAS  
CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE  
TRANSPORTE MARÍTIMO**



# ÍNDICE

<b>Introducción:</b> .....	5
<b>Capítulo 1: El contrato de transporte marítimo y su importancia como fuente de controversias que pueden derivar en un arbitraje</b> .....	8
<b>1.1. El contrato de transporte marítimo de mercancías</b> .....	10
1.1.1. Definición .....	10
1.1.2. Características del contrato de transporte marítimo de mercancías.....	13
1.1.3. Elementos del contrato de transporte marítimo de mercancías .....	14
1.1.4. Líneas navieras de tráfico regular. Uso Masivo del contrato de transporte marítimo de contenedores .....	25
<b>1.1.5. Reclamos comunes en el transporte marítimo de mercancías en contenedores que derivan en procesos judiciales: entrega de la mercancía a destiempo y afectaciones a la carga. En el caso del transportista reclamos de sobreestadía, gastos de mala estiba, etc.</b> .....	27
<b>1.2. Conocimiento de embarque (bill of lading, B/L)</b> .....	29
1.2.1. Definición .....	29
1.2.2. El conocimiento de embarque en la Ley de Títulos Valores .....	32
1.2.3. El conocimiento de embarque en los convenios internacionales.....	33
1.2.4. Las cláusulas generales de contratación en el conocimiento de embarque .....	34
1.2.5. Inclusión de las cláusulas atributivas de jurisdicción en los conocimientos de embarque.....	34
1.2.6. El conocimiento de embarque y la compra venta internacional, conveniencia del cargador de iniciar una reclamación .....	42
<b>1.3. Legislación comparada con respecto a la jurisdicción aplicable a la solución de las controversias respecto en el Transporte Marítimo de Mercancías</b> .....	44
1.3.1. El caso español.....	44
1.3.2. El caso chileno .....	45
1.3.3. El caso argentino.....	47
1.3.4. El caso peruano .....	49
<b>Capítulo 2: Arbitraje como método de resolución de conflictos en las controversias marítimas. Necesidad de instaurar el arbitraje forzoso</b> .....	52
2.1. Razones por las que es conveniente recurrir al arbitraje marítimo: los costos, la eficiencia y la especialidad.....	56
2.2. Situaciones que generan controversia en el transporte marítimo de mercancías en el Perú: análisis casuístico.....	58
2.2.1. Situación actual.....	58
<b>Capítulo 3: Establecimiento del arbitraje en sede nacional como regla general en las controversias derivadas del contrato de transporte marítimo.</b> .....	69

<b>3.1.</b>	Situación de nuestro ordenamiento en relación al arbitraje marítimo.....	69
<b>3.1.1.</b>	Es posible crear una nueva regulación a efectos de instituir al arbitraje como fuero de resolución de conflictos en el transporte marítimo de mercancías en el Perú. ...	69
<b>3.2.</b>	Posibilidades de instaurar arbitraje marítimo a partir del derecho comparado.....	71
<b>3.2.1.</b>	El denominado arbitraje forzoso en el caso chileno: el artículo 1203 del Código de Comercio .....	71
<b>3.2.2.</b>	Aplicabilidad del arbitraje forzoso en el caso peruano:.....	75
<b>Propuesta</b>	.....	80
<b>Conclusiones</b>	.....	82
<b>Trabajos citados</b>	.....	85



## INTRODUCCIÓN

Los reclamos vinculados al transporte marítimo de mercancías en el Perú deben resolverse vía jurisdicción arbitral.

Debido a mi experiencia laboral, he tenido que participar en procesos de reclamos de carga que realizan los comerciantes en el ámbito del tráfico marítimo, tanto importadores como exportadores, en contra de las líneas navieras de portacontenedores en el tráfico regular. En ese sentido, se ha podido observar que en el Perú todos estos reclamos se ventilan ante el poder judicial, no obstante que los conocimientos de embarque (o también, *bill of lading*) establecen dentro de sus cláusulas generales de contratación una jurisdicción y ley aplicable distinta a la peruana, las llamadas *clausulas atributivas de jurisdicción* e incluso, en algunos casos, cláusulas arbitrales.

Teniendo en cuenta lo descrito en el párrafo anterior, la primera pregunta que nos deberíamos plantear es la siguiente: *¿por qué los jueces peruanos admiten a trámite estas demandas?*

Partiendo de un análisis jurisprudencial, todo indica que los jueces se apoyan, por un lado, en que el conocimiento de embarque no está firmado en señal de aceptación por el dueño de la carga (esto es, el consignatario) y por lo tanto se ha venido aplicando supletoriamente el derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 (artículo 45°) y en la actualidad el Código Procesal Civil (artículo 24°), en relación a las reglas de competencia de los tribunales peruanos, lo que es muestra clara de que este problema no es reciente, sino que proviene de larga data y, en consecuencia, se requiere de una solución acorde a los tiempos actuales, y a la práctica comercial.

Así las cosas, el tema que nos ocupa es sumamente complejo y técnico, sobrepasando el hecho de que el marco normativo es el Código de Comercio de 1902, que ya no responde a la realidad del negocio ni a los cambios tecnológicos de masificación del negocio marítimo, principalmente en el transporte de mercancías en contenedores.

En tal sentido, la otra pregunta que nos debemos plantear es: *debido a lo especializado del tema, ¿son los jueces ordinarios los que deben ver este tipo de procesos?*

Creemos que no. Los operadores de la judicatura estatal no están capacitados para ello, y lo cierto es que no tendrían que estarlo, también es cierto que existe hoy en día una saturación del sistema judicial que ya no permite que la justicia resuelva de forma eficiente y en tiempos adecuados estos problemas, por lo que se genera un desfase entre la falta de operatividad del poder estatal y el dinamismo propio del mercado naviero. En ese sentido es que creemos que deberían derivarse este tipo de procesos a los fueros arbitrales, de forma tal que sean resueltos por agentes jurisdiccionales especializados y en tiempos razonables, lo que beneficiaría a todos los agentes que participan de este mercado: los contratantes, al ver satisfechos sus intereses en un sistema de resolución de conflictos eficaz y el poder judicial, al disminuir su carga procesal. Cabe señalar que una propuesta similar ya existía en uno de los borradores del anteproyecto de ley de la navegación creada en 1996 dentro de la comisión encargada de elaborar un proyecto de Código de Comercio. (ley 26595). Sin embargo, no encontramos la exposición de motivos de esta propuesta, y finalmente el proyecto final no contenía dicha solución.

En tal sentido, proponemos que se legisle una nueva fórmula: la inserción en el Código de Comercio de una disposición normativa que establezca que todas las controversias derivadas de un contrato de transporte marítimo de mercancías, y porque no otros temas marítimos deban ser resueltos por arbitraje institucional, tal como pasa en el ordenamiento chileno. En este trabajo por temas de alcance de esta investigación, solo nos referiremos al transporte marítimo de mercancías

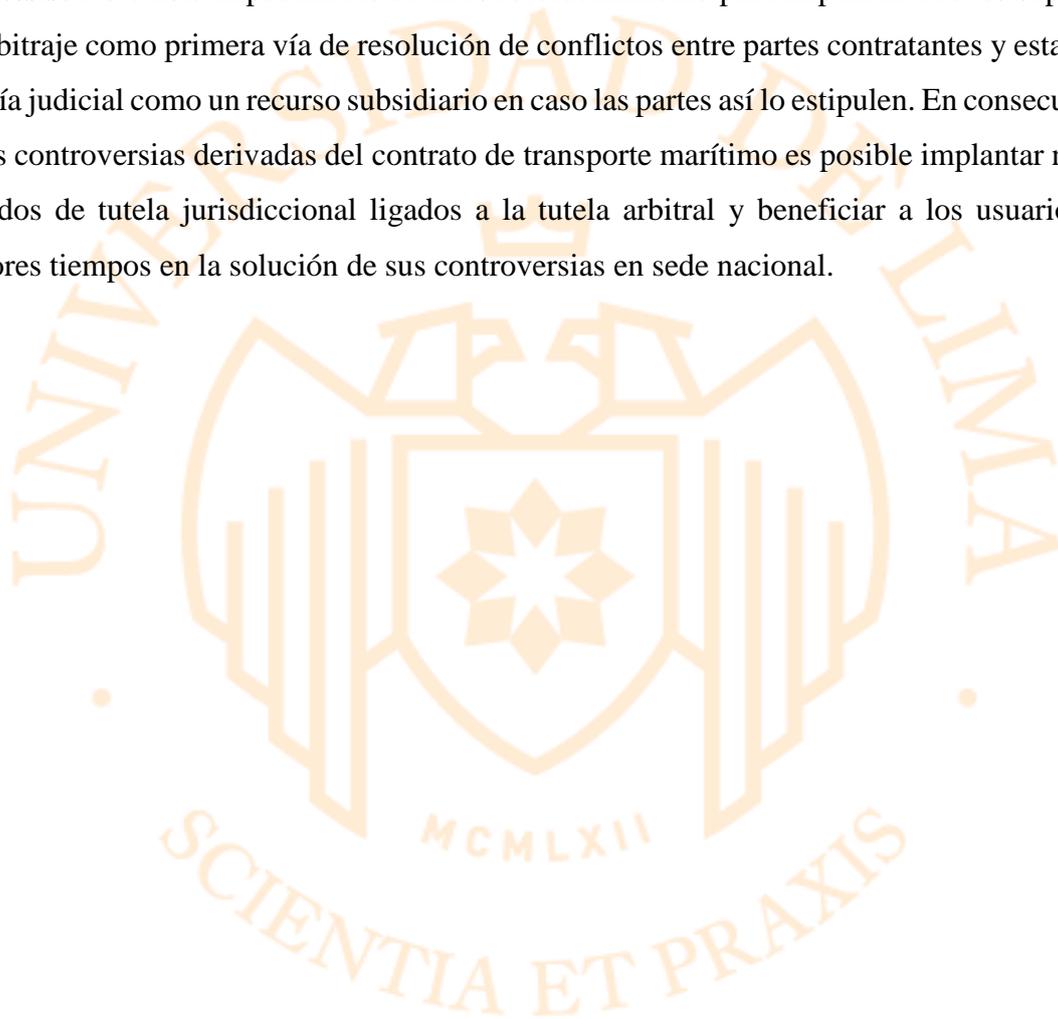
**Planteamiento del problema:** En nuestro ordenamiento no existe un supuesto idóneo de resolución de conflictos derivados de contratación marítima, por lo que las partes que celebran un contrato de transporte –de un lado el naviero, transportador o porteador, y por otro los comerciantes marítimos– se encuentran sujetos a un estado de indefensión por no poder recurrir a la jurisdicción adecuada para ventilar sus controversias, lo que les genera altos costos que tienen como consecuencia la mala defensa o nula defensa de sus intereses. La realidad en el Perú, es que es el poder judicial el que se encarga de resolver estas controversias.

En atención a ello, es necesario modernizar o actualizar los mecanismos de solución de conflictos en el transporte marítimo para aplicar de mejor manera, por el tiempo que todavía esté vigente el Código de Comercio de 1902 y los Convenios Internacionales que fueren

aplicables. Creemos que una solución atractiva para los sujetos del comercio, conforme hemos adelantado, es instaurar el arbitraje en sede nacional como regla general.

**Objetivo:** Proponer una nueva regulación para la resolución de conflictos derivados de contratos de transporte marítimo a nivel nacional que establezca el fuero arbitral como primer fuero jurisdiccional entre las partes contratantes.

**Hipótesis:** No existe impedimento en nuestro ordenamiento para implantar nuevos supuestos de arbitraje como primera vía de resolución de conflictos entre partes contratantes y establecer a la vía judicial como un recurso subsidiario en caso las partes así lo estipulen. En consecuencia, en las controversias derivadas del contrato de transporte marítimo es posible implantar nuevos métodos de tutela jurisdiccional ligados a la tutela arbitral y beneficiar a los usuarios con menores tiempos en la solución de sus controversias en sede nacional.



# **CAPÍTULO 1: EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO Y SU IMPORTANCIA COMO FUENTE DE CONTROVERSIAS QUE PUEDEN DERIVAR EN UN ARBITRAJE**

En términos generales, y partiendo de Scognamiglio (1996), el contrato es un mecanismo por el que los particulares regulan intereses en conflicto de carácter patrimonial a través de un conjunto de reglas que deben observar con la finalidad de satisfacer los intereses de su co-contratante (pág. 24); prestación y contraprestación son sus características.

Esta realidad no es ajena a ningún esquema comercial. Puede ser que existan zonas del derecho en donde los contratos se regulan menos por principios privados y dan lugar a otro tipo de contratos, como lo son los contratos administrativos en la contratación pública; sin embargo, estos contratos también responden a un interés privado que debe ser coherente con el principio de libertad contractual (Huapaya Tapia, 2013): decidir si contrato, con quién contrato y sobre qué contrato.

Y como no puede ser de otra forma, tampoco esta realidad es ajena a la contratación marítima. Solo por citar algunos de los datos objetivos: según la Autoridad Portuaria Nacional, el transporte marítimo ha movido durante el año 2018 más de 110'000,000 de TM's, lo que indica que se han ejecutado miles de contratos. Esto puede apreciarse en las estadísticas publicadas por la Autoridad Portuaria Nacional en relación a la carga movilizada en el año 2018, que mostramos a continuación:

Ilustración 1: Movimiento de carga en los terminales portuarios de uso público y privado año 2020

RESUMEN MOVIMIENTO DE CARGA EN LOS TERMINALES PORTUARIOS DE USO PÚBLICO Y PRIVADO, AÑO 2018									
TIPO DE OPERACIÓN: DESCARGA, EMBARQUE, CABOTAJE, TRANSBORDO, TRÁNSITO, ACTIVIDAD PESQUERA Y REESTIBAS.									
Puertos y Terminales	Uso	Contenedores			Mercancía no contene­rizada (TM)	Graneles Sólidos (TM)	Graneles Líquidos (TM)	Carga Rodante (TM)	Total TM (Año 2018)
		TEUs (Año 2018)	Unidades (Año 2018)	TM (Año 2018)					
<b>TOTAL GENERAL</b>		<b>2,688,032</b>	<b>1,826,748</b>	<b>25,290,396</b>	<b>4,187,008</b>	<b>43,321,732</b>	<b>36,993,294</b>	<b>346,382</b>	<b>110,138,811</b>
<b>Marítimo</b>		<b>2,667,974</b>	<b>1,826,088</b>	<b>25,283,976</b>	<b>3,610,577</b>	<b>43,321,732</b>	<b>34,113,163</b>	<b>344,227</b>	<b>106,673,675</b>
<b>Talara</b>		0	0	0	0	0	4,029,765	0	4,029,765
TP Refinería Tabara Muelle Carga Líquida - PetroPerú	Privado	0	0	0	0	0	2,414,143	0	2,414,143
T Multiboyas Punta Arenas - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	1,615,622	0	1,615,622
<b>Paíta</b>		<b>274,151</b>	<b>153,522</b>	<b>1,867,053</b>	<b>43,903</b>	<b>517,289</b>	<b>71,812</b>	0	<b>2,500,056</b>
TP Paíta -TPE	Público	274,151	153,522	1,867,053	43,903	517,289	71,812	0	2,500,056
T Multiboyas Maple Paíta	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Bayóvar</b>		0	0	0	0	4,103,989	801,345	0	4,905,335
TP Bayóvar - PetroPerú	Privado	0	0	0	0	0	790,382	0	790,382
TP Misky Mayo - Vale	Privado	0	0	0	0	4,084,612	0	0	4,084,612
TP Puerto Bayóvar ( ex Juan Pablo Quay )	Privado	0	0	0	0	19,377	10,963	0	30,340
<b>Eten</b>		0	0	0	0	0	504,772	0	504,772
T Multiboyas Eten - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	504,772	0	504,772
<b>Chicama</b>		0	0	0	0	0	0	0	0
TP Chicama ENAPU	Público	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Salaverry</b>		40	20	74	91,535	2,446,701	413,873	0	2,952,183
T Multiboyas Salaverry - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	383,977	0	383,977
T Salaverry - ENAPU / STI	Público	40	20	74	91,535	2,446,701	29,896	0	2,568,206
<b>Chimbote</b>		0	0	0	313,047	55,848	366,196	0	735,091
TP Chimbote - GR	Público	0	0	0	53,798	0	0	0	53,798
Muelle SIDERPERU	Privado	0	0	0	259,249	55,848	0	0	315,097
T Multiboyas Chimbote - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	239,888	0	239,888
T Multiboyas Chimbote - Colpex	Privado	0	0	0	0	0	126,308	0	126,308
T Multiboyas Chimbote - Blue Pacific Oils	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Huarmey</b>		0	0	0	0	2,657,324	0	0	2,657,324
TP Punta Lebitos - Antamina	Privado	0	0	0	0	2,657,324	0	0	2,657,324
<b>Supé</b>		0	0	0	6,600	0	262,274	0	268,874
TP Supé - ENAPU	Público	0	0	0	6,600	0	0	0	6,600
T Multiboyas Supé - Cdpex	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
T Multiboyas Paramonga - QUIMPAC	Privado	0	0	0	0	0	91,249	0	91,249
T Multiboyas Supé - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	171,025	0	171,025
<b>Huacho</b>		0	0	0	11,639	0	2,732	0	14,371
TP Huacho - ENAPU	Público	0	0	0	11,639	0	2,732	0	14,371
<b>Callao</b>		<b>2,340,657</b>	<b>1,430,350</b>	<b>22,807,923</b>	<b>2,314,014</b>	<b>10,051,290</b>	<b>20,829,344</b>	<b>342,492</b>	<b>56,345,064</b>
T Multiboyas Chanccay - Blue Pacific Oils	Privado	0	0	0	0	0	23,378	0	23,378
T Multiboyas Refinería La Pampilla - Repsol	Privado	0	0	0	0	0	9,451,116	0	9,451,116
T Multiboyas Repsol Gas	Privado	0	0	0	0	0	458,732	0	458,732
T Multiboyas Pure Bio Fuels	Privado	0	0	0	0	0	812,927	0	812,927
T Multiboyas TRALSA	Privado	0	0	0	0	0	11,688	0	11,688
T Multiboyas Sudamericana de Fibras	Privado	0	0	0	0	0	30,723	0	30,723
T Multiboyas QUIMPAC - Oquendo	Privado	0	0	0	0	0	134,504	0	134,504
T Multiboyas Zeta Gas Andino	Privado	0	0	0	0	0	477,748	0	477,748
TMI Callao - AFM Terminales Callao	Público	1,035,415	632,228	8,122,194	2,314,014	5,623,551	2,702,002	342,492	19,104,193
TP Callao Zona Sur - DP World Callao	Público	1,305,242	798,122	14,685,790	0	0	0	0	14,685,790
TP Transportadora Callao	Público	0	0	0	0	2,897,205	0	0	2,897,205
T Multiboyas Conchán - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	2,875,026	0	2,875,026
TP Conchan - Unacem	Privado	0	0	0	0	1,530,534	0	0	1,530,534
TP Perú LNG Melchorita	Privado	0	0	0	0	0	3,851,300	0	3,851,300
<b>Pisco</b>		3,217	1,624	22,602	317,514	1,337,018	2,749,380	0	4,426,514
T Multiboyas Pisco - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	316,299	0	316,299
TP Pluspetrol - Camisa	Privado	0	0	0	0	0	2,428,480	0	2,428,480
TP General San Martín - PARACAS	Público	3,217	1,624	22,602	317,514	1,337,018	4,600	0	1,681,734
<b>San Nicolás</b>		0	0	0	0	15,480,119	25,425	0	15,505,544
TP Shougan Hierro Perú	Privado	0	0	0	0	15,480,119	25,425	0	15,505,544
<b>Matarani</b>		22,192	15,447	282,196	430,537	6,284,993	2,276,218	1,007	9,274,952
Muelle Atico - TASA	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
TP Matarani - TSUR	Público	22,192	15,447	282,196	430,537	6,284,993	176,173	1,007	7,174,906
T Multiboyas Mollendo - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	2,100,045	0	2,100,045
<b>Ilo</b>		27,717	25,125	304,128	81,788	387,161	1,780,027	727	2,553,831
TP Tablonas Marine - Southern Perú	Privado	0	0	0	0	0	900,661	0	900,661
T Multiboyas Ilo - Consorcio Terminales	Privado	0	0	0	0	0	461,589	0	461,589
TP Tablonas - Southern Perú	Privado	0	0	0	0	0	192,554	0	192,554
TP Ilo - ENAPU	Público	5,262	4,786	59,119	54,065	216,280	1,333	727	331,523
TP Southern Perú - Ilo	Privado	22,435	20,339	245,009	27,723	137,804	0	0	410,537
T Multiboyas TLT - TRAMARSA	Privado	0	0	0	0	0	219,165	0	219,165
TP Ilo - Enersur	Privado	0	0	0	0	33,076	4,726	0	37,802
<b>Fluvial</b>		1,058	660	6,419	576,431	0	2,880,130	2,155	3,465,136
<b>Iquitos</b>		5	3	58	335,525	0	2,668,587	988	3,005,158
Embarcadero Estación Andoas -Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	4,876	0	4,876
Embarcadero Jibaro - Pluspetrol	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
Embarcadero Estación Andoas - Pluspetrol	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
TP Iquitos - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	2,209,641	0	2,209,641
TP Iquitos - ENAPU	Público	5	3	58	335,525	0	0	988	336,571
Embarcadero GLP Amazonico	Privado	0	0	0	0	0	3,890	0	3,890
Embarcadero Villa Trompeteros - Pluspetrol	Privado	0	0	0	0	0	3,130	0	3,130
Embarcadero Malvinas - Pluspetrol	Privado	0	0	0	0	0	1,200	0	1,200
Embarcadero Estación Morona - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
Embarcadero 12 DE OCTUBRE - LOTE 1AB - Pluspetrol	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
Embarcadero San José de Saramuro (Estación 1) - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	445,033	0	445,033
Embarcadero Saramitza (Estación 5) - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	817	0	817
<b>Yurimaguas</b>		89	52	546	209,466	0	78,909	769	289,691
TP Yurimaguas - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	78,909	0	78,909
TP Yurimaguas - ENAPU	Público	0	0	0	122,966	0	0	769	123,736
TP Yurimaguas Nueva Reforma - COPAM	Público	89	52	546	86,500	0	0	0	87,046
<b>Pucallpa</b>		964	605	5,815	31,226	0	132,634	398	170,073
TP Pucallpa - Petroperú	Privado	0	0	0	0	0	0	0	0
TP LPC	Público	964	605	5,815	31,226	0	132,634	398	170,073
<b>Puerto Maldonado</b>		0	0	0	214	0	0	0	214
TP Puerto Maldonado - ENAPU	Público	0	0	0	214	0	0	0	214

Salaverry Terminal Internacional Inicio Operaciones el 30.10.18  
Fuente: Instalaciones Portuarias de Uso Público y Privado  
Elaborado por el Área de Estadísticas - D.OMA, Enero 2019.  
Actualizado al 31.01.19

Estos contratos, cuyo objeto es el transporte marítimo, no son de elaboración ordinaria, por el contrario, responden a criterios de tráfico comercial que obligan a que los comerciantes, como partes, tengan que estar sujetos a cláusulas generales de contratación y así permitir un tráfico de bienes por masa, de manera más rápida y que tiende a ser una forma más segura de transferencia.

Las cláusulas generales de contratación permiten a los contratantes conocer los términos y condiciones antes de suscribirlos, por lo que la etapa de negociación del *iter* del contrato se suprime para dar paso a la rapidez y efectividad entre los comerciantes. A efectos de entender esto basta recordar y mencionar, recogiendo lo que expresa De la Puente y Lavalle (2017), que ha sido gracias a las prácticas comerciales y a los avances tecnológicos, que a su vez demandaron agilidad en el tráfico de bienes de acuerdo a una economía estandarizada, que han permitido estas particulares estructuras para llevar a cabo negocios que son uniformes en su formalidad (pág. 559), pero también dotados de singularidad en su desarrollo y solución ante posibles patologías y son la solución de estas patologías contractuales las que sustentan el presente trabajo de investigación.

A continuación, pasaremos a explicar el marco teórico que nos permitirá posteriormente sustentar el carácter técnico de la materia que sustenta nuestra hipótesis

## 1.1. El contrato de transporte marítimo de mercancías

### 1.1.1. Definición

Para efectos de establecer la procedencia del contrato de transporte marítimo de mercancías tenemos que conceptualizarlo como un contrato de utilización de buques, y en este aspecto estamos siguiendo la estructura del anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo que formó parte de la comisión especial encargada de elaborar el proyecto de Código de Comercio Ley N° 26595).

El anteproyecto establecía dos clases de contratos, el contrato de fletamento y el contrato de mercancías propiamente dicho. Si bien solo nos referiremos al contrato de transporte de mercancías, no podemos dejar de mencionar de manera general algunas consideraciones sobre el contrato de fletamento.

Si lo que se requiere es alquilar el buque para operarlo; utilizarlo comercialmente; o, utilizar la entera capacidad de sus bodegas para un viaje o viajes determinados el contrato será uno de fletamento a casco desnudo; por tiempo; o, viaje(s), respectivamente.

De acuerdo a bonaerense Jose Domingo Ray (1992) sostiene que "al referirnos a la denominación de *contratos de fletamento* se está haciendo referencia a un concepto polisémico, pues se puede estar hablando de un arrendamiento o locación del buque (Bareboat-charter) con las modalidades antiguas o actuales, pero también a un fletamento por tiempo (Time charter) o también a los fletamentos totales para distintas mercaderías documentados por formularios de pólizas aprobados por la Chamber of Shipping of the United Kingdom o por la Conferencia Marítima internacional (BIMCO), hasta las figuras más recientes en que confluyen características del fletamento con otros tipos de contratos de venta marítimas de mercaderías." (pág. 66)

En este trabajo nos ocuparemos en específico del transporte marítimo de mercancías como la fuente principal de controversias marítimas que de acuerdo a nuestro planteamiento legislativo serían resueltas vía arbitraje.

Cabe señalar que, no obstante, estamos enfocando nuestro trabajo en las controversias antes mencionadas, la solución arbitral podría ser aplicada a toda controversia marítima, e inclusive de seguros marítimos.

El anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo (Anteproyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, 1999) establecía la siguiente definición:

**Artículo 221°.-** Por Contrato de Transporte Marítimo se entiende todo contrato en virtud del cual el porteador se compromete, contra el pago de un flete a transportar mercancías por mar de un lugar a otro; no obstante, el contrato que comprenda transporte marítimo y transporte por cualquier otro medio se considerará Contrato de Transporte Marítimo a los efectos del presente título, sólo por lo que respecta al transporte marítimo.

En relación al contrato de transporte marítimo, el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque (1924), suscrito en Bruselas (Reglas de la Haya), señala:

Art 1 b) Contrato de transporte únicamente al contrato de transporte documentado por un conocimiento de embarque o cualquier documento de título similar, en la medida que tal documento se refiera a un transporte de mercancía por mar; incluyendo cualquier conocimiento de embarque o documento similar emitido en virtud de un contrato de fletamento, desde el momento que tal conocimiento de embarque o documento de título similar, regule las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo.

Como puede observarse de lo regulado por las Reglas de la Haya, la referencia al contrato de transporte marítimo está vinculada al conocimiento de embarque o a otro documento en el cual este puede constar y sobre los que volveremos más adelante.

Podemos encontrar una definición más clara en lo que señala González Lebrero (1998), para quien los contratos de transporte marítimo son:

Aquellos en los que una parte, el transportista (carrier), se obliga frente a otra (u otras), cargador (shipper) (o cargadores), mediante el pago de un precio llamado flete (freight) a entregar en el puerto o lugar de destino pactado, al consignatario o receptor (consignee o receiver), mercancías en el mismo estado en que los recibió en el lugar o puerto de embarque. (pág. 377)

Para Cusman (2016), en opinión que compartimos, la naturaleza del contrato de transporte marítimo hace referencia a la funcionalidad de su estructura. Así, reconoce en esa estructura que este negocio sirve para que un sujeto, denominado porteador, se comprometa ante otro, denominado cargador, a realizar el servicio de transporte marítimo a cambio de un precio denominado flete (pág. 13).

Es este desarrollo, añade el citado, el que permite reconocer que la obligación principal materia del contrato es de hacer y de resultado. Es de hacer porque el transportista se obliga realizar un acto en el tiempo (no una entrega, como en el caso de las obligaciones de dar, ni tampoco una omisión, como es el caso de las obligaciones de no hacer). Y es de resultado porque el

compromiso que asume, además del riesgo, el transportista es de movilizar la mercancía hacia un punto en específico previamente indicado y detallado, no bastando que demuestre su diligencia en el hacer, sino que someta su actuación al resultado específico: la entrega en descarga.

### 1.1.2. Características del contrato de transporte marítimo de mercancías

Este tipo de contratos presenta las siguientes características:

- **Tipicidad.** Su tipicidad no está contemplada en la regulación contractual general del Código Civil ni en el Código de Comercio de 1902, sin embargo, también es cierto que la regulación pertinente aparece en los convenios internacionales del que el Perú es parte, como es el caso de las Reglas de la Haya de 1924 y ya hemos hecho referencia anteriormente.
- **Consensual.** Como la regla general de los contratos, este también depende de la libertad de las partes, pero en el caso de los contratos de transporte de mercancías si bien algunos de ellos, se somete al principio de libertad contractual: libertad para decidir si se contrata, para decidir con quién se contrata y sobre qué se contrata, otros, la mayoría, son contratos por adhesión donde sólo existe la libertad de contratar.
- **Pluralidad.** Los que intervienen en calidad de partes del contrato son tanto el cargador (embarcador), porteador y consignatario. Debe entenderse que el cargador puede ser o un embarcador o un consignatario.
- **Onerosidad.** Al ser un contrato, está compuesto por una prestación y una contraprestación. En ese sentido, cada prestación tiene un contenido patrimonial que si bien es cierto no siempre es dinero, suele serlo así y se denomina *flete*. El *quantum* de la contraprestación se define según voluntad de las partes o según criterios de tráfico internacional, pudiendo ser pagado tanto por el embarcador por el consignatario, o por un tercero.
- **Formalidad.** El Código de Comercio de 1902 no tiene una referencia específica a formalidades en este tipo de contratos, solo hace referencia al contrato de fletamento y

en lo que se refiere al contrato de transporte de mercancías propiamente, este está reflejado en el conocimiento de embarque, siendo aplicable la Ley de Títulos Valores, y las reglas de la Haya. Nótese que la mayoría de los conocimientos de embarque que regulan el transporte marítimo de mercancías son elaborados bajo normas extranjeras y hay que tener cuidado en la aplicación de la ley nacional.

- **Contrato de adhesión.** Las posibilidades de negociación en este tipo de contratos son por lo general escasas, pues de un lado se tiene al cargador que no siempre tendrá el poder patrimonial como para negociar, y por el otro lado se tiene a las grandes compañías navieras que son las que establecen las condiciones contractuales.

### 1.1.3. Elementos del contrato de transporte marítimo de mercancías

#### 1.1.3.1. Elementos subjetivos o partes de la controversia marítima

Es importante desarrollar este punto ya que aquí se deben analizar las partes que finalmente podrían participar en una controversia marítima.

Los elementos subjetivos del contrato son los siguientes:

- **El porteador o transportista.** Es quien se compromete a realizar el traslado de la mercancía a favor de su acreedor, el cargador o expedidor. Es deudor de su actividad, pero no de manera gratuita, sino a cambio de un pago (flete) a fin de llevar la mercancía a su destino según el tipo de contrato celebrado. Su responsabilidad sobre los bienes transportados estará sujeta a lo pactado en el contrato de transporte, en la legislación local o en los convenios internacionales, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda generarse, por una mala práctica judicial, tal como lo establece los artículos 599° y 600° del Código de Comercio que citamos a continuación:

**Artículo 599°.** Responsabilidad del propietario y del naviero por actos del capitán  
El propietario del buque y el naviero serán civilmente responsables de los actos del capitán y las obligaciones contraídas por este para reparar, habilitar y avituallar

el buque, siempre que el acreedor justifique que la cantidad reclamada se invirtió en beneficio del mismo.

Se entiende por naviero, la persona encargada de avituallar o representar el buque en el puerto en que se halle.

**Artículo 600°.** Responsabilidad del naviero en favor de tercero  
El naviero será también civilmente responsable de las indemnizaciones en favor de tercero, a que diere lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargó en el buque; pero podrá eximirse de ella, haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias, y de los fletes que hubiere devengado en el viaje.

En la práctica lo que ha sucedido en el Perú, es que se ha confundido la responsabilidad civil con la responsabilidad solidaria, siendo que esta última sólo puede ser establecida por ley y/o pacto expreso y/o pacto expreso y/o pacto expreso. Y sobre esta mala interpretación los jueces han resuelto también de forma equivocada, creando una solidaridad que no existe y donde debe probarse la culpa del demandado.

Así, tenemos el caso de la demanda interpuesta por RIMAC SEGUROS y REASEGUROS contra OCEAN SHIPMANAGEMENT GMBH, THOMAS SCHULTE REEDEREI GMBH; MAXIMILIAN SHULTE SHIPPING Y ALIANCA NAVEGACAO E LOGIASTICA LTDA, en calidad de propietarios, armadores y transportistas de la M/N CSAV ROTTERDAM (anteriormente MAXIMILIAN SHULTE), al momento que ocurrió el siniestro; y en calidad de nuevo propietario y armador de la M/N CSAV ROTTERDAM ahora MAERSK VOLTA, MOLLER SINGAPORE AP PTE LTD, todos representados en el Perú por su Agente Marítimo TRABAJOS MARITIMOS S.A (TRAMARSA), sobre INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS\_DAÑO EMERGENTE. Expediente 3023-2013, ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado del Callao. Ya de plano lo resuelto por el Juzgado que resuelve este caso nos releva de comentario.

La resolución establece en sus considerandos lo siguiente:

DECIMO CUARTO: Se debe precisar que respecto del tipo de responsabilidad, esto es, el carácter solidario que le atañe a las demandadas, debe citarse el artículo 600 del Código de Comercio, en la parte que señala que el naviero será responsable de las indemnizaciones a carga del buque, entendiéndose en este extremo que es responsable con el capitán por el total de la indemnización señalada; asimismo el artículo 603 del mismo código señala que los copropietarios de un buque serán civilmente responsables, entendiéndose asimismo por el total de la indemnización, dado que no se encuentran limitaciones a este respecto; en este sentido, teniendo los demandados respectivamente la condición de propietarios, armadores y transportista del buque CSAV ROTTERDAM ahora MAERSK VOLTA en el transporte de la carga, le corresponde además por lo tanto, la calidad de autores directo e indirecto con respecto del capitán de la nave, quien actuaría como subordinado, por lo que, consecuentemente, la responsabilidad que les atañe es la solidaria con respecto de los daños causados dado que este vínculo de responsabilidad se encuentra previsto en el artículo 1981 del Código Civil, que establece que aquel que tenga a otro bajo su mando, responde por el daño causado por este último en forma solidaria, no debiendo perder de vista que si bien se encuentra regulado los casos de responsabilidad extracontractual, resulta específico para el caso de daños producidos por subordinado.

Así el fallo concluye que:

Se declara fundada la demanda interpuesta por RIMAC SEGUROS y REASEGUROS contra OCEAN SHIPMANAGEMENT GMBH, THOMAS SCHULTE REEDEREI GMBH; MAXIMILIAN SHULTE SHIPPING Y ALIANCA NAVEGACAO E LOGIASTICA LTDA, en calidad de propietarios, armadores y transportistas de la M/N CSAV ROTTERDAM ( anteriormente MAXIMILIAN SHULTE ), al momento que ocurrió el siniestro; y en calidad de nuevo propietario y armador de la M/N CSAV ROTTERDAM ahora MAERSK VOLTA, MOLLER SINGAPORE AP PTE LTD, todos representados en el Perú por su Agente Marítimo TRABAJOS MARITIMOS S.A ( TRAMARSA ), sobre INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS\_DAÑO EMERGENTE, en consecuencia, ORDENO: que las demandadas paguen solidariamente a la accionante el monto indemnizatorio equivalente a DIECISIETE NMIL SETENTA Y SIETE CON 50/100 DOLARES AMERICANOS (US\$17,077.50), interés legal, con costas y costos; consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, CUMPLASE o ARCHIVENSE los autos en el modo y forma de ley.

Con esto lo que queremos demostrar es la forma como los jueces interpretan el término “Civilmente responsables”, de los artículos 599 y 600 del Código de Comercio. Posición que como ya hemos mencionado no encontramos ajustada a ley.

- **El cargador.** Es a favor de quien se realizará el transporte de la mercancía, es decir, quien contrata el servicio y procura el pago del mismo. Es quien tiene la necesidad de que el porteador realice la prestación y no necesariamente requiere ser el propietario de lo transportado, basta que haya contratado el servicio y que cumpla con su pago. Es quien concluye el contrato. Puede actuar por sí o valiéndose de un tercero, celebrando el contrato de transporte con el porteador. En la práctica comercial, puede ser el mismo consignatario.
- **El consignatario.** Es el destinatario final de lo transportado, puede ser o no el mismo cargador. desde la perspectiva de quien contrate el flete.
- **El forwarder (agente de carga) o el NVOCC (Non vessel operating common carrier).** Utilizando la definición del T.T. Club (2007), podemos decir que son *ocean transportation intermediaries*; es decir, intermediarios en el transporte marítimo: «This is compounded by relatively recent statutory classification [in the US] (for administrative purposes) of freight forwarders and NVOCCs cumulatively as "ocean transportation intermediaries».

Sin embargo, es relevante la distinción entre el freight forwarder o agente de carga y el NVOCC, conforme podemos apreciar de la definición que ha realizado el TT Club:

#### ***Freight forwarder***

So here's the deal. An ocean freight forwarder is the legal (and roughly the operational) equivalent of a surface transportation broker. These entities do not issue bills of lading taking responsibility for the safe transportation of cargo. They are "travel agents for freight," finding appropriate carriers for their shipper customers, putting the two together and sending them on their merry way. They typically are liable for their own negligence or breach of contract only; if they pass along incorrect shipper instructions or pair a shipper with an incompetent carrier,

they can be on the hook. However, they usually walk when the actual carrier loses or damages the shipper's stuff as a result of the carrier's fault.

### *NVOCC's*

NVOCCs are largely the equivalent of surface freight forwarders. These entities are "carriers to shippers and shippers to carriers." They consolidate cargo, issue bills of lading to their customers taking responsibility for safe delivery and are subject to cargo liability regimes in the event of a loss. They stand to make bucks based on fulfillment of their contracts with carriers, but often take the economic fall when they don't have the freight they've committed during a contract's term.

Como se puede observar, el freight forwarder o agente de carga –desde el punto de vista teórico– es más un operador logístico y no emite un conocimiento de embarque, por lo tanto no es parte de ningún contrato de transporte marítimo, mientras que el NVOCC actúa como si fuera transportista emitiendo el conocimiento de embarque respectivo entre estos y los cargadores.

En el Perú se usa de manera general el nombre agente de carga para ambas figuras.

Sin perjuicio de lo acotado, existe otro sujeto que si bien no es parte de la contratación representa al porteador en los puertos para fines diversos y que es importante mencionarlo, nos referimos al agente marítimo:

- **El agente marítimo**, denominado también como agente de buques. Si bien no es parte del contrato de transporte al ser el representante del porteador en el puerto de embarque o de destino, juega un rol importante en las controversias que puedan presentarse. (Barone, 2018). Para González Lebrero (2000), el agente marítimo es:

La persona física o jurídica que tiene a su cargo las gestiones de carácter administrativo, de carácter técnico y de carácter comercial relacionadas con la entrada, la permanencia y la salida de un buque en un puerto determinado, así como la supervisión o la realización de las operaciones de recepción, carga, descarga y entrega de las mercaderías (y embarco y desembarco de los pasajeros

si los hubiere), y sus consecuencias ulteriores, y la contratación de dichas mercaderías (y pasajeros), para su transporte en los buques utilizados por quien lo ha designado, y en cuyo nombre y representación actúa. (pág. 242)

En el Perú esta actividad está regulada por el Decreto Supremo N° 010-99-MTC, que señala lo siguiente:

**Artículo 6.-** Las agencias marítimas, agencias fluviales y agencias lacustres, son personas jurídicas constituidas en el país conforme a ley, que, por cuenta o delegación del capitán, propietario, armador, fletador u operador de nave mercante o Agencia General se encuentran en capacidad de cumplir una o varias de las siguientes actividades:

- a) Operaciones de recepción, despacho y avituallamiento de naves mercantes y de pasajeros; trámites para el movimiento de tripulación, pasajeros y carga; y, en general, atender a las naves en todos sus requerimientos desde su recepción hasta el zarpe de las mismas;
- b) Operaciones portuarias conexas a las indicadas en el inciso precedente;
- c) Practicar las diligencias necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones emanadas de las autoridades competentes, en el ejercicio de sus atribuciones;
- d) Emitir, firmar y cancelar, por cuenta y en nombre de sus principales, los conocimientos de embarque y demás documentos pertinentes.**
- e) Designar a las empresas de estiba, en los puertos nacionales donde arriben las naves mercantes que agencien; y,
- f) Otras que pudiera encomendarle el capitán propietario, armador, fletador u operador de la nave o el Agente General.

**Artículo 7.-** Toda nave mercante de bandera, nacional o extranjera, estará obligatoriamente representada por una agencia marítima, fluvial o lacustre, según corresponda y debidamente autorizada por la Dirección General, en los puertos de la

República donde arribe, la que tendrá la calidad de representante del capitán, propietario, armador, fletador u operador de la nave que agencie.

**Artículo 8.- Es además inherente a las agencias marítimas, Fluviales y Lacustres la representación judicial del capitán, propietario, naviero, armador, fletador u operador de la nave o naves que agencie; personería procesal que es activa y pasiva, con las facultades generales y especiales del mandato judicial.** [El resaltado es nuestro]

Esta regulación ha dado lugar a cuestionamientos en cuanto a los alcances de la representación del transportista. En múltiples ocasiones ha ocurrido que algunos agentes marítimos cuando reciben demandas, en su calidad de representantes del transportista, de conformidad al artículo 8° del citado Decreto Supremo, han presentado excepciones de falta de legitimidad en atención a que los agentes marítimos argumentan que ellos no debieron ser los emplazados, sino que la notificación de la demanda debería de realizarse en el domicilio real de la parte procesal y menos aún tener legitimidad para contestar la demanda en representación del transportista. Un decreto supremo como el 010-99 MTC no puede crear una representación específica yendo más allá de lo establecido en el Código Procesal Civil y donde se establece que los poderes de representación activa y pasiva deben ser expresos.

No obstante, sobre este tema ya hay varios fallos en los que se ha establecido que el Agente Marítimo si tiene la facultad para recibir demandas y contestarlas en nombre del transportista, armador y/o fletador de la nave y además representarlo durante el proceso.

Así, solo por poner un ejemplo, podemos citar la siguiente jurisprudencia relevante al caso:

**Expediente: 01242-2017-0-0701-JR-CI-03**

**TERCERO:** Respecto a la nulidad presentada por el representante de los demandados, señala que el demandante ha pretendido notificar a los demandados en su domicilio, sin fundamentos jurídico alguno, al señalar que la persona natural o jurídica tiene que ser notificado en su domicilio y el agente marítimo no tiene facultad de ser citado con las demandas de su alegado representado en su domicilio real, así también indica que debió notificársele a los demandados a su domicilio real de conformidad con lo establecido en el artículo 436 del Código procesal Civil.

[...]

**SEPTIMO:** En la presente causa se cuestiona que el agente marítimo no tiene facultad para ser citado con las demandas, sin embargo cabe señalar que conforme a lo establecido en el Decreto Supremo N° 010-99-MTC del 09 de abril de 1999 señala **“Es además inherente a las Agencias Marítimas, Fluviales y Lacustres la representación judicial del capitán, propietario, naviero, armador, fletador u operador de la nave o naves que agencie; personería procesal que es activa y pasiva, con las facultades generales y especiales del mandato judicial.”** No obstante, no ha cuestionado la relación de representante como agente de aduanas (entiéndase marítimo) de los demandados, sino se ha limitado a indicar que conforme a lo ordenado en el reglamento de capitanías y de las Actividades Marítimas Fluviales y Lacustres, no le ha otorgado las facultades de representación a través de dicho reglamento, sin embargo, en el Decreto Supremo las facultades han sido señalada claramente al indicar que se le otorgan facultades generales y especiales.

**OCTAVO:** Sobre estas facultades generales, corresponde remitirnos a los artículos 74° del Código Procesal Civil que establece: **“La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado.”** Lo que debe entenderse como aquella facultad que permita representarlo en el desarrollo del proceso, esto es demanda y contestar demandas, puesto que, si la norma señala taxativamente que, si permite intervenir en la ejecución del proceso, con mayor razón aun ejercer el derecho a la defensa que le asiste, a fin de no dejar en situación de indefensión a los demandados que no son otros que sus representados, así también conforme a lo establecido en el artículo 75 de la norma adjetiva.

**NOVENO:** Que, respecto a lo manifestado que la notificación debe ser realizada en el domicilio de los demandados citando el artículo 431 del Código Procesal Civil, y estando a lo señalado en el séptimo considerando, al ser el emplazado Agente Marítimo

representa al propietario o armador de la nave en nuestro país, incluso para efectos de la representación judicial, en la que actúa con personería procesal que es activa (para demandar), y pasiva (para contestar y ejercer la defensa), con las facultades generales y con las facultades generales y especiales del mandato judicial; sin embargo, dicha representación de ninguna manera significa que éste deba asumir las obligaciones de su representado, no sólo porque la su representado, no sólo porque la norma no lo indica, sino porque el representante no lo es por voluntad propia sino por mandato de la ley. Por lo tanto, **al no tener representación en nuestro país sino a través de los agentes marítimos, resulta imperativo emplazar a los mismos para que actúen en representación conforme se ha señalado por imperio de la norma y atendiendo lo señalado en el artículo 436 del Código Procesal Civil** que establece que: “El emplazamiento podrá hacerse al apoderado, siempre que tuviera facultad para ello y el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del Juzgado.” Y se ha realizado al apoderado según se observa en autos. Por lo cual debe desestimarse la por lo cual debe desestimarse la Nulidad presentada.

También podemos citar el siguiente caso judicial:

**Expediente: 01323-2015-0-0701-JP-CI-01**

**CUARTO:** Que, en el caso de autos, TMA SAC en representación del transportista solicita la Nulidad al emplazamiento, al haber sido notificada la demanda en el domicilio del agente marítimo y no en el domicilio de las demandadas;

[...]

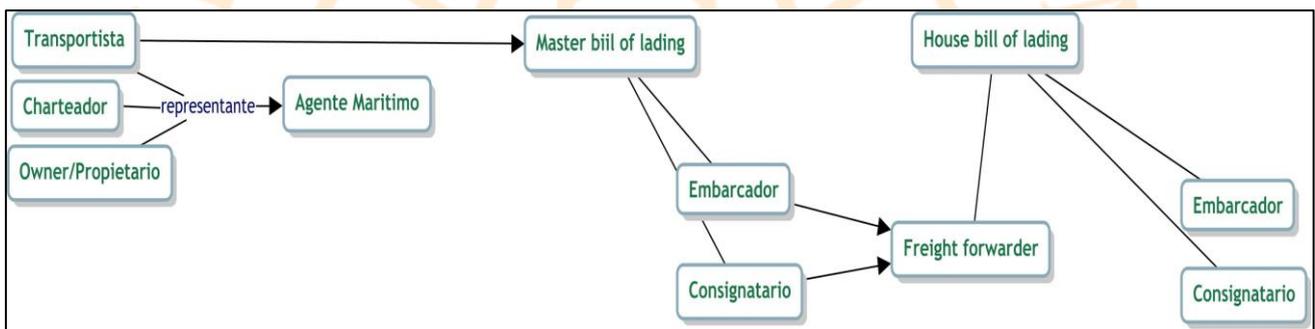
**SEXTO:** Si bien es cierto que el emplazamiento al demandado fue en el domicilio del agente marítimo, también es cierto que dicho emplazamiento cumple con las formalidades establecidas en los artículos séptimo y octavo del D.S. 010-99- MTC y con lo prescrito por el artículo 155 del Código Procesal Civil, donde a la letra dice: el acto de notificación tiene por objeto poner en conocimiento de los interesados el contenido de las resoluciones, por lo que siendo el emplazado el interesado del contenido de las resoluciones, existe por tanto un emplazamiento válido, toda vez que TMA SAC ejercer la representación con personería jurídica de la cual gozan los agente marítimos, es decir tiene la representación procesal del propietario **en el Perú, y**

conforme a las reiteradas ejecutorias recaída en la causa 535-95 “Además existen reiteradas ejecutorias de la Corte Suprema de Justicia, que en conjunto forman jurisprudencia uniforme y reciente que establece que el agente marítimo tiene representación procesal del propietario, armador, naviero, porteador y capitán de las naves de bandera extranjera que agencie”.

Bajo esa premisa, en el planteamiento que hacemos en el presente trabajo, ellos también podrían ser notificados y contestar la demanda arbitral que se origine, por ejemplo, en un reclamo de carga.

Para efectos didácticos, presentamos el siguiente esquema en donde se puede encontrar cada sujeto parte de la relación comercial del contrato de transporte marítimo de mercancías:

**Ilustración 2: Relación comercial del contrato de transporte marítimo de mercancías**



Fuente: Elaboración propia

### 1.1.3.2. Elementos objetivos del contrato de transporte marítimo

Los elementos objetivos de todo contrato marítimo son:

- **El buque.** Este es el elemento principal del contrato. Sin buque no hay medio de transporte y sin poder transportar no existe una causa justificable que dé vida al contrato. Tan importante es este elemento que, en caso no cumplir con ciertos estándares de idoneidad y navegabilidad, entonces el contrato puede ser resuelto por causal sobreviniente a la celebración del mismo, pues su idoneidad no solo debe estar al momento de la celebración, sino además durante la ejecución.

Existen tipos de buques, como lo son los de carga general, los buques tanques, los buques graneleros, los buques portacontenedores, los buques de carga rodante RO-ROS entre otros, que pueden determinar muchas veces diferentes tipos de problemáticas marítimas y por lo tanto diferentes tipos de controversias en relación al contrato de transporte.

A efectos de comprender mejor la importancia de este elemento del contrato de transporte marítimo, presentamos la siguiente estadística referida al tipo de naves en el transporte marítimo durante el año 2018.

**Ilustración 3: Tipo de naves por ámbito a nivel nacional, año 2018**

Cuadro N°2  
Tipo de naves por ámbito a nivel nacional,  
Año 2018

PUERTO	TIPO DE NAVE										TOTAL
	Portacontenedor	Carga General	Tanquero	Granelero	Ro / Ro	Pasajeros	Pasajero - carga	Empujador	Deslizador	Otros	
<b>Marítimo</b>	<b>1,620</b>	<b>390</b>	<b>1,661</b>	<b>1,353</b>	<b>241</b>	<b>78</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>817</b>	<b>6,160</b>
Callao	1,213	203	712	610	241	32	0	0	0	483	3,494
Paita	306	18	15	60	0	1	0	0	0	148	548
Pisco	15	32	231	66	0	22	0	0	0	21	387
Ilo	42	23	169	19	0	0	0	0	0	12	265
Matarani	43	88	121	261	0	4	0	0	0	16	533
Salaverry	1	20	71	153	0	19	0	0	0	21	285
Bayóvar	0	3	44	87	0	0	0	0	0	28	162
Eten	0	0	50	0	0	0	0	0	0	3	53
San Nicolás	0	0	6	97	0	0	0	0	0	6	109
Supe	0	0	54	0	0	0	0	0	0	2	56
Talara	0	1	183	0	0	0	0	0	0	43	227
Zorritos	0	2	0	0	0	0	0	0	0	32	34
Chancay	0	0	5	0	0	0	0	0	0	0	5
Huacho	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2
<b>Fluvial</b>	<b>0</b>	<b>1,392</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>5,141</b>	<b>3,343</b>	<b>1,262</b>	<b>302</b>	<b>130</b>	<b>11,570</b>
Iquitos	0	573	0	0	0	1,164	1,907	593	207	56	4,500
Pucallpa	0	618	0	0	0	145	601	477	1	68	1,910
Nauta	0	10	0	0	0	2,389	59	6	40	2	2,506
Yurimaguas	0	177	0	0	0	1,297	685	184	54	4	2,401
Santa Rosa	0	14	0	0	0	146	91	2	0	0	253
<b>Lacustre</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>0</b>
Puno	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<b>Total</b>	<b>1,620</b>	<b>1,782</b>	<b>1,661</b>	<b>1,353</b>	<b>241</b>	<b>5,219</b>	<b>3,343</b>	<b>1,262</b>	<b>302</b>	<b>947</b>	<b>17,730</b>

\* Se incluyó el puerto de Santa Rosa el cual es un anexo del puerto de Iquitos  
Fuente: Sistema de Redenaves Electrónico - Autoridad Portuaria Nacional  
Elaborado por el Área de Estadísticas - APN, enero 2019.

- **La carga.** Es el objeto del contrato, lo que se requiere transportar, el punto neurálgico de la existencia del contrato de transporte. Su manifestación puede ser diversa: sólida, líquida, gaseosa, basta que sea posible de trasladar de un lugar a otro y que se encuadre en cualquiera de los métodos de transporte y de los tipos de buque. Es esta la que puede, en caso de daño o extravío, dar lugar a diversas reclamaciones de parte del dueño de la carga o producir daños a la nave en perjuicio del transportista y producir un conflicto que deberá ser resuelto por un ente jurisdiccional.

Con relación a este elemento y para efectos del presente trabajo nosotros haremos énfasis en los contratos de transporte de mercancía de carga en contenedores.

- **El flete.** Este es el costo del transporte y puede estimarse según el peso o el volumen, de la carga a transportar, así como de la distancia o el tiempo de viaje, de acuerdo a los criterios por los que se haya contratado. Tiene la naturaleza jurídica de contraprestación económica y se encuentra a cargo del cargador y, en un contexto de un fletamento, del fletador.

En los últimos años en materia de transporte de mercancías en contenedores, la estimación del flete está en función a oferta y demanda, dejando de lado, en términos generales, las características propias de la carga a transportar.

#### **1.1.4. Líneas navieras de tráfico regular. Uso Masivo del contrato de transporte marítimo de contenedores**

Como ya mencionamos el transporte marítimo de mercancías en contenedores es el más importante de todos, ya que a través de él se moviliza la mayor cantidad de carga. En ese sentido es relevante definir algunos conceptos.

El contenedor es un medio físico en el que se guarda la mercancía o carga a efectos de que sea transportada, siendo un medio común de transporte por las características y ventajas que ofrece, como lo es la adecuación y facilitación de la carga conjunta de mercancías y su fácil recepción en los puertos de destino, otorgando además una gran protección de la misma contra los eventos naturales (pues lo hay de todas las características según las necesidades comerciales que se requieran satisfacer) y posibles acciones humanas.

Es también necesario mencionar que la capacidad de carga de los contenedores, cualquiera sea su tipo, se identifican por los denominados TEU (Twenty Feet Equivalent Unit) que equivale a un contenedor de 20 TM (toneladas métricas).

#### 1.1.4.1. Modalidades de transporte en contenedores

Según la forma de **cómo y qué** se carga, los contratos de transporte por contenedores reflejados en un Conocimiento de embarque pueden ser: Full Container Load, FCL/FCL, o Less Than Container Load (LCL), y las combinaciones que puede haber entre ellos.

- **Full container load (FCL/FCL).** Lo que el porteador recibe es un contenedor lleno cerrado que ha sido colocado y estibado por el embarcador y debe ser entregado en destino el contenedor cerrado y con su carga adentro a un solo consignatario. Así, el conocimiento de embarque establece de manera general que se ha recibido un contenedor, el que debe de trasladarse al puerto de destino.

En el Perú, el concepto FCL/FCL ha sido equiparado al concepto house to house, a través de una Resolución de la Corte Suprema (que describiremos mas adelante), que como parte de la jurisprudencia que existe en materia de controversias marítimas tiende a confundir los términos y a generar pronunciamientos contradictorios que justamente sustentan el planteamiento de la presente investigación en relación a lo especializado del tema y al tipo de jurisdicción aplicable.

- **Less than a container Load.** Implica que el transportista en origen recibe de uno o varios embarcadores carga suelta, la consolida en un contenedor y debe entregarla en destino como carga suelta a varios consignatarios.

Dependiendo **donde** el transportista tome la carga puede ser entre otros:

- **House to house (H.H.).** O de fábrica a fábrica. El contenedor es llenado por el propio cargador en su lugar de origen, esto es el depósito o en la fábrica y debe de vaciarse llegado a la fábrica del destinatario, el consignatario, quien por lo general es uno solo.
- **Pier to pier (P.P.).** O puerto a puerto. En este caso el contenedor es llenado en el puerto de origen y ya no en la fábrica del cargador. En el mismo sentido, es descargado en el puerto de destino y ya no en la fábrica o almacén del destinatario. En estos sí es común la pluralidad de consignatarios.
- **Pier to house o house to pier (P.H. / H.P.).** O puerto a casa, o casa a puerto. En cada caso, según corresponda, podrá llenarse el contenedor por el cargador en su almacén o

fábrica y el destino será el puerto o viceversa, el contenedor podrá llenarse en el puerto de origen, siendo entregada la mercancía en el almacén del consignatario.

#### **1.1.5. Reclamos comunes en el transporte marítimo de mercancías en contenedores que derivan en procesos judiciales: entrega de la mercancía a destiempo y afectaciones a la carga. En el caso del transportista reclamos de sobreestadía, gastos de mala estiba, etc.**

En este punto, podemos citar algunas de las situaciones más comunes que generan controversias entre porteador, cargador, consignatario o terceros por un lado y por otro el transportista, como por ejemplo:

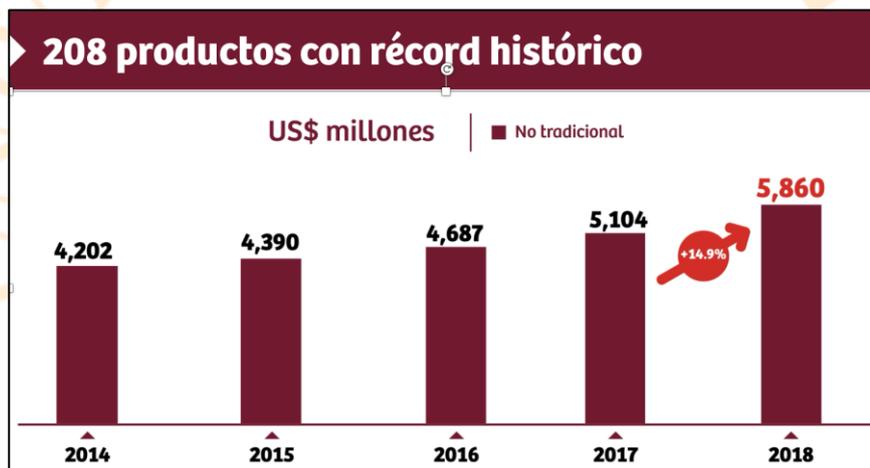
- 1.- Un cargador (embarcador o consignatario) que reclama daños a la mercadería al transportista y demanda el pago del valor de la carga dañada
- 2.- Un cargador (embarcador o consignatario) que reclamo diferencia de precio del valor de su carga por demoras en el transporte.
- 3.- Un transportista que reclama el pago del *demurrage* por la demora en la devolución del contenedor a la línea naviera.
- 4.- Un transportista que reclama el pago del flete a un cargador.
- 5.- Problemas derivados de la agro exportación.

Creemos relevante desarrollar en este punto: la nueva problemática que se va a presentar en materia de controversias derivadas del transporte marítimo relacionadas con el incremento de la agro exportación en el Perú, debido a que este tipo de carga presenta características particulares en la negociación relacionada a la compraventa internacional y en cuanto a la naturaleza altamente perecible de la misma. Es así que los productos en los cuadros abajo indicados se venden en el mercado internacional bajo la modalidad de consignación. Esto significa que el precio final de venta se fija cuando la carga ha arribado a destino y luego de que la misma es vendida por el importador de acuerdo al precio del mercado, este puede variar debido al tiempo o a la calidad del producto. Ambos factores pueden verse influenciados por el transporte marítimo. Sin embargo, debido a lo particular de la compraventa será el exportador quien tendrá que reclamar al transportista por los daños que pudieran haberse generado, puesto que el consignatario solo pagará el precio de consignación que finalmente se devengue.

Considerando lo explicado y lo técnico del sistema, ¿son nuestros jueces los llamados a solucionar este tipo de controversias que cada día aumentan en número y en las cuales pueden verse afectados actores importantes de la economía nacional? Nosotros creemos que no y por lo tanto debemos buscar una solución adecuada en la cual el Estado dé una alternativa para que este tipo de problemas se resuelvan por mecanismos técnicos y privados como puede serlo el arbitraje.

De acuerdo a la información del Ministerio de Comercio Exterior, las agro exportaciones crecieron del 2017 al 2018 en 14.9 % respecto al año anterior, lo que equivale a 756 millones de dólares y de acuerdo a las proyecciones este crecimiento será sostenido en los próximos años, como se aprecia en el cuadro:

*Ilustración 4: Volumen de Agroexportaciones*



Dirección de promoción de las exportaciones de PROMPERU y MINCETUR

Ilustración 5: Principales productos de Agroexportación



Dirección de promoción de las exportaciones de PROMPERU y MINCETUR

Esto va a generar sin duda muchos más casos de reclamos de cargadores a los transportistas y debido al tipo de carga sus particularidades y tecnicismos hace que si se recurre al poder judicial no haya un análisis adecuado de los temas y por lo tanto se de una mala aplicación de la ley.

## 1.2. Conocimiento de embarque (bill of lading, B/L)

Las condiciones de los contratos de transportes marítimo de mercancías, constan por lo general en un conocimiento de embarque el cual, desarrollaremos por ser el documento base en la que consta las condiciones del transporte marítimo y que sirven de sustento a la controversia.

### 1.2.1. Definición

También conocido como bill of lading (B/L), el conocimiento de embarque es el medio que, por lo general, manifiesta la existencia del contrato de transporte. En él se indica el objeto del contrato: la mercancía que será trasladada de un punto a otro y es elaborado por la compañía naviera o a quien se le haya encomendado la función, como puede ser el capitán de la embarcación o el agente.

Nótese la importancia de este instrumento, pues es en él en donde se detallará las directrices por las que las partes contrataron que, si bien se suprime la etapa de negociación al ser en su mayoría contratos masivos constituidos por cláusulas predeterminadas, al ser el cargador el que

acepta los términos del negocio acepta las condiciones del mismo, teniendo un control mínimo sobre su composición.

El conocimiento de embarque es un instrumento que expresa un negocio jurídico denominado contrato de transporte. Es un título valor regulado en la Ley de Títulos Valores – Ley N° 27287, la misma que en el artículo 246 señala lo siguiente:

El Conocimiento de Embarque representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial. Las normas de esta ley son de aplicación al Conocimiento de Embarque en todo aquello que corresponda a su naturaleza y alcances como título valor y no resulte incompatible con las disposiciones que rigen al Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías.

El conocimiento de embarque estuvo regulado en el Código de comercio en los artículos 719° y siguientes, pero toda esta parte fue derogada por la Ley de Títulos valores y las Reglas de la Haya.

Según nos explica Cusman Barriga, el conocimiento de embarque surge en el Siglo XIV en la Edad Media y este se concibe como un recibo que acreditaba la existencia del contrato de transporte toda vez que el comerciante no tenía planeado viajar con sus mercancías, pero requería que estas fueran transportadas. También tenía la función de prueba de que la carga que había sido entregada al naviero y que será luego esta devuelta al comerciante una vez llegado al punto de destino. Sin embargo, con el tiempo y las nuevas necesidades comerciales provocaron que la utilidad del conocimiento de embarque se expandiera y actualmente se conciben como tres las funciones principales del conocimiento de embarque: el recibo que prueba la entrega de la mercancía, como prueba del contrato y como título representativo de la mercancía.

El conocimiento de embarque es más que un documento en el que se expresan las estipulaciones del acuerdo entre los co-contratantes, por el contrario, cumple, como ya se mencionó, una serie de funciones, cuales son:

**(a) Prueba el recibo de la carga.** Es decir, mediante el conocimiento de embarque queda acreditado que el transportista ha recibido del cargador la mercancía que aquel debe trasladar hasta el lugar de destino, sea el puerto o el almacén del consignatario. Es a partir de este momento, en donde además se indica el estado de las mercancías que han sido puestas a control del transportista, en donde este asume la responsabilidad y el riesgo por el cuidado de las mismas, debiendo velar no solo porque llegue al lugar que ha sido pactado, sino además por su integridad. Es decir, al momento de que se emite el conocimiento de embarque, las partes deben tener en cuenta las características reales de la carga, tanto en su condición como también en su cantidad, medidas, peso, valor, etc., salvo se haya pactado que estas características no son relevantes y la única función de la empresa naviera es el transporte. Aquí es importante analizar los términos del transporte. **El mayor problema se presenta en el caso de transporte marítimo en contenedores** donde por la dinámica y los volúmenes que se manejan en la mayoría de los casos los transportistas no participan del llenado del contenedor “Condiciones FCL o LCL “por lo que se usa la cláusula “Said to contain” “dice contener”. En este contexto el análisis de las controversias relativas a los daños debe pasar por un tema de prueba subjetiva, y no una presunción de responsabilidad por parte del transportista, porque no aplica para este tipo de transporte de mercancías el hecho de que el porteador pueda revisar y acreditar la existencia de la mercancía que está trasladando. En cualquier nueva regulación que se haga sobre la materia debe recogerse esta realidad por demás relevante en la resolución de una controversia.

**(b) Prueba de la existencia del contrato de transporte.** El conocimiento de embarque no es el contrato, sino la materialidad que prueba su existencia y de las condiciones estipuladas. Como indica Guzmán (2007), la segunda función que desempeña el conocimiento de embarque es la de servir de prueba de la existencia del contrato de transporte marítimo de mercancías (pág. 166). Pero no es posible confundir la expedición del conocimiento de embarque con la existencia misma del contrato. Esta función se encuentra reflejada en el artículo 666° de nuestro Código de Comercio, como sigue:

**Artículo 666°.-** Efectos del contrato sin firma de póliza Si se recibiere el cargamento sin haber firmado la póliza, el contrato se entenderá celebrado con arreglo a lo que resulte del conocimiento; único título, en orden a la carga, para fijar los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador.

(c) **Función de título valor representativo de mercancías.** Bajo esta función se facilita la disponibilidad de lo transportado, por lo que permite el inicio de la negociación de su titularidad, siendo que quien la obtenga podrá reclamarla al porteador.

### 1.2.2. El conocimiento de embarque en la Ley de Títulos Valores

Como ya hemos comentado el conocimiento de embarque se encuentra regulado como un título valor en la Ley de Títulos Valores, y como se ha indicado, lo conceptualiza como un documento que representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial.

A diferencia de los inicios del conocimiento de embarque, en la actualidad estos pueden ser emitidos de diversas maneras: nominativo, a la orden o al portador. Así lo prescribe el artículo 248° de la citada norma cuando expresa que:

**Artículo 248°.** El conocimiento de embarque puede ser a la orden, nominativo o al portador, de tal manera que en caso sea transferido, entonces el endosatario o cesionario de dicho título se subroga en todas las obligaciones y derechos del endosante o cedente. Sin embargo, si el endosante o cedente es el cargador, éste seguirá siendo responsable frente al porteador por las obligaciones que le son inherentes de acuerdo a las disposiciones que rigen el contrato de transporte marítimo de mercaderías. De igual manera, la citada disposición normativa expresa que el endosante o cedente del título sólo responde por la existencia de las mercancías al momento de verificarse la transmisión del conocimiento de embarque, sin asumir responsabilidad solidaria ni proceder contra éste acción de regreso.

### 1.2.3. El conocimiento de embarque en los convenios internacionales

También es necesario decir que en la actualidad la regulación internacional del conocimiento de embarque se encuentra recogida en los convenios internacionales. Nuestro país, ha suscrito las Reglas de la Haya (el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque, suscrito en Bruselas el 25 de agosto de 1924). Este convenio fue incorporado a la legislación nacional por Resolución Suprema 687 de fecha 16 de octubre de 1964.

Por su parte las Reglas de Hamburgo que se redactaron en la Conferencia Internacional sobre el transporte de Mercancías por Mar organizada por la ONU, se aprobaron en Hamburgo el 31 de marzo de 1978 y entraron en vigor en noviembre de 1992. Esta es una normativa de referencia en caso de conflictos.

En el caso de las Reglas de Hamburgo de 1978, el conocimiento de embarque está definido como un documento que hace prueba de un contrato de transporte marítimo y acredita que el porteador ha tomado a su cargo o ha cargado las mercancías, y en virtud del cual éste se compromete a entregarlas contra la presentación del documento. Constituye tal compromiso la disposición incluida en el documento según la cual las mercancías han de entregarse a la orden de una persona determinada o al portador.

En el caso de las Reglas de Rotterdam, el Convenio, conceptualiza al documento, pero dentro de una noción más amplia de *documento de transporte*. A entender de Sandoval López (2013), esto sucede para poder también hacer referencia a todos los tipos de documentos empleados en el transporte como lo son: los sea waybills, way bills y straight bills (pág. 375). A este denominado *documento de transporte* el citado convenio lo define como el documento emitido por el porteador, en virtud de un contrato de transporte, que: a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b) Pruebe o contenga un contrato de transporte.

#### 1.2.4. Las cláusulas generales de contratación en el conocimiento de embarque

Las cláusulas generales de los conocimientos de embarque responden a aquellas prácticas que a los portadores les ha parecido la más idónea y segura para realizar su labor y, en su gran mayoría respondiendo a formalismos legales muchas veces innecesarios pero que son mantenidos por temor a que pueda producirse un percance futuro que los lleve a litigar. En este contexto es que se desarrollan las cláusulas atributivas de jurisdicción (judicial o arbitral).

#### 1.2.5. Inclusión de las cláusulas atributivas de jurisdicción en los conocimientos de embarque

Hemos considerado pertinente detallar a continuación diversas cláusulas atributivas de jurisdicción contenidas en conocimientos de embarque en su mayoría de líneas navieras de contenedores por ser el medio que más carga moviliza. También estamos citando algunas cláusulas relacionadas con líneas *breakbulks* (o de carga general) y *freight forwarders* (o mejor denominados NVOCC's). Estos últimos, como ya se mencionó previamente, son frente al cliente final los obligados directos a transportar la mercancía por mar ya que han emitido su propio conocimiento de embarque (house bill of lading).

##### (a) Líneas Navieras de contenedores

- **Mediterranean Shipping Company S.A**

10.3 Jurisdiction - It is hereby specifically agreed that any suit by the Merchant, and save as additionally provided below any suit by the Carrier, shall be filed exclusively in the High Court of London and English Law shall exclusively apply, unless the carriage contracted for hereunder was to or from the United States of America, in which case suit shall be filed exclusively in the United States District Court, for the Southern District of New York and U.S. law shall exclusively apply. The Merchant agrees that it shall not institute suit in any other court and agrees to be responsible for the reasonable legal expenses and costs of the Carrier in removing a suit filed in another forum. The Merchant waives any objection to the personal jurisdiction over the Merchant of the above agreed fora.

In the case of any dispute relating to Freight or other sums due from the Merchant to the Carrier, the Carrier may, at its sole option, bring suit against the Merchant in the fora agreed above, or in the countries of the Port of Loading, Port of Discharge, Place of Delivery or in any jurisdiction where the Merchant has a place of business.

- **CMA CGM (2016)**

30. Law

Except as specifically provided elsewhere herein, french law shall apply to the terms and conditions of this bill of lading, and french law shall also be applied in interpreting the terms and conditions hereof.

31. Jurisdiction

All claims and actions arising between the carrier and the merchant in relation with the contract of carriage evidenced by this bill of lading shall be brought before the Tribunal de Commerce de Marseille and no other court shall have jurisdiction with regards to any such claim or action. Notwithstanding the above, the carrier is also entitled to bring the claim or action before the court of the place where the defendant has his registered office.

- **Evergreen Line (2012)**

Law and jurisdiction

1. Non U.S. Trades: except as provided in subparagraph (2) below, all claims arising hereunder must be brought and heard solely in the high court of London, England to the exclusion of any other forum. Except as provided elsewhere in this bill, english law shall apply to such claims.

2. U.S. Trades: notwithstanding anything in subparagraph (1) above, where the shipment covered by this bill is to or from the U.S.A. (including its districts, territories and possessions), all claims arising hereunder must be brought and heard solely in the u.s. district court for the southern district of New York, or if that court is not competent to hear the matter, in any competent state or city court located in New York county, to the

exclusion of any other forum. Except as otherwise set out herein, united states law shall apply to such claims.

3. This law and jurisdiction clause is intended solely for the carrier's benefit and may be unilaterally waived by the carrier, in whole or in part, before or after proceedings are commenced.

- **Cosco Shipping Lines Co., Ltd. (2017)**

26. Law and jurisdiction

(1) This bill of lading is governed by the laws of the people's republic of china. All disputes arising under or in connection with this bill of lading shall be determined by the laws of the people's republic of china and any action against the carrier shall be brought before the shanghai maritime court or other maritime courts in the people's Republic of China, as the case may be.

(2) Notwithstanding the provision of clause 26(1), where carriage includes carriage to or from or through a port or place in the United States of America, this bill of lading shall be subject to the provisions of the us Cogsca, which shall be deemed to have been incorporated herein and nothing herein contained shall be deemed a surrender by the carrier of any of its rights, immunities, exceptions or limitations or an increase of any of its liabilities under us Cogsca. The provision cited in the Cogsca (except as may be otherwise specifically provided herein) shall also govern before loading and after discharging as long as the goods remain in the carrier's custody of control.

- **Hapag Lloyd (2013)**

Except otherwise provided specifically herein any claim or dispute arising under this bill of lading shall be governed by the law of the federal republic of Germany and determined in the Hamburg courts to the exclusion of the jurisdiction of the courts of any other place. In case the carrier intends to sue the merchant the carrier has also the option to file a suit at the merchant's place of business.

- **Maersk Line (2013)**

## 26. Law and jurisdiction

For shipments to or from the U.S. any dispute relating to this bill of lading shall be governed by U.S. law and the United States federal court of the southern district of New York is to have exclusive jurisdiction to hear all disputes in respect thereof. In all other cases, this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with English law and all disputes arising hereunder shall be determined by the English High Court of Justice in London to the exclusion of the jurisdiction of the courts of another country. Alternatively and at the carrier's sole option, the carrier may commence proceedings against the merchant at a competent court of a place of business of the merchant.

- **Ocean Network Express (ONE) (2017)**

## 25. Governing law and jurisdiction

25.1 Subject to clause 25.2 below, the contract evidenced by or contained in this bill shall be governed by Singapore law except as may be otherwise provided for herein. Unless otherwise agreed by the carrier, any action against the carrier hereunder must be brought exclusively before the Singapore high court. Any action by the carrier to enforce any provision of this bill may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the carrier.

25.2 For shipments to or from the United States of America (including its districts territories and possessions), the contract evidenced by or contained in this bill shall be governed by U.S. law.

25.3 Where the goods are subject to adverse or competing claims, the carrier may place the goods in the custody of a court of competent jurisdiction for a determination of ownership and/or right to possession at the sole expense of the merchant, including carrier's legal fees and disbursements. The carrier shall have no liability to the merchant arising out of such placement and the merchant consents to the exclusive jurisdiction of such court.

## 27. Hamburg Rules

27.1 Notwithstanding the terms of clause 25 herein if proceedings are brought before the courts of a contracting state to the united nations convention on the carriage of goods by sea 1978 (the Hamburg rules) or the courts of any state whose national legislation makes the Hamburg rules effective and if such courts adjudge the Hamburg rules or such national legislation to be compulsorily applicable to this bill, then in those circumstances only shall this bill take effect subject to the Hamburg rules or such national legislation and any term of this bill derogating therefrom to the detriment of the merchant shall be void to that extent but no further.

27.2 In any event the carrier shall be entitled to contest enforcement of any judgment made in a contracting state to the Hamburg rules in any proceedings before courts in a non-contracting state.

- **Seaboard Marine (2008)**

22. Law and jurisdiction

Governing law shall be in accordance with clause 4. Hereof.

Jurisdiction: all disputes in any way relating to this bill of lading shall be determined by the united states district court for the southern district of Florida, in Miami, Florida to the exclusion of the jurisdiction of any other courts in the united states or the courts of any other Country, provided always that the carrier may in its absolute and sole discretion invoke or voluntarily submit to the jurisdiction of any other court which, but for the terms of this bill of lading, could properly assume jurisdiction to hear and determine such disputes, but such.

- **Hamburg Sud (2019)**

17. Law and jurisdiction

Unless otherwise provided herein, any claim, dispute, suit or proceeding arising under or relating to this bill of lading shall be governed by the laws of Germany and subject to the exclusive jurisdiction of the courts of the city of Hamburg, except that at carrier's sole option, it may commence proceedings against merchant at any court or tribunal having jurisdiction.

Shall not constitute a waiver of the terms of this provision in any other instance.

Hasta aquí podemos apreciar que los conocimientos de embarque emitidos por líneas navieras de contenedores contienen cláusulas atributivas de jurisdicción direccionando la controversia a los tribunales ordinarios y no a arbitraje, asimismo vemos que hay una preferencia por las cortes y la ley inglesa, definitivamente por su especialidad y conocimiento del tema marítimo.

De otro lado también varias de ellas incluyen una cláusula atributiva de jurisdicción específica para carga desde o hacia U.S.A, sometiéndose en este caso a la jurisdicción y ley americana.

(b) Línea Naviera Breakbulks y de carga general incluidos RORO's (carga rodante)

- **CCNI (15)**

16. Law and jurisdiction

Unless otherwise provided herein, any claim, dispute, suit or proceeding arising under or relating to this bill of lading shall be governed by the laws of Germany and subject to the exclusive jurisdiction of the courts of the city of Hamburg, except that at carrier's sole option, it may commence proceedings against merchant at any court or tribunal having jurisdiction.

- **Campania Sudamericana de Vapores (2017)**

23. Law and jurisdiction. This bill of lading and any claim or dispute arising hereunder shall be subject to english law and the jurisdiction of the english high court of justice in London. If, notwithstanding the foregoing, any proceedings are commenced in another jurisdiction, such proceedings shall be referred to ordinary courts of law. In the case of Chile, arbitrators shall not be competent to deal with any such disputes and any proceedings shall be referred to the chilean ordinary courts.

- **NYK**

1. (Governing law and jurisdiction) (a) the contract evidenced by or contained in this bill of lading shall be governed and construed by Japanese law except as may be otherwise provided for herein, and (b) notwithstanding anything else contained in this bill of lading or in any other contract, any and all actions against the carrier in respect of the goods or arising out of the carriage shall be brought before the Tokyo district court in Japan to the exclusion of the jurisdiction of any other courts whilst any such actions against the merchant may be brought before the said court or any other competent court at the carrier's option. Where the goods are subjected to adverse or competing claims, the carrier may place the goods in the custody of a court of competent jurisdiction for a determination of ownership and/or right to possession. The carrier shall have no liability to the merchant arising out of such placement. The merchant consents to the exclusive jurisdiction of such court.

Vemos en el caso de este tipo de líneas que también han optado por cláusulas atributivas de jurisdicción, remitiendo las controversias al fuero y ley de determinados países.

(c) Freight Forwarders (NVOCC's)

- **Schenker Ocean Schenker Ocean Ltd., 35f., Skyline Tower, 39 Wang Kwong Road, Kowloon Bay, Hong Kong, S.A.R., China (2009)**

Terms and conditions

25. Jurisdiction and law clause

The contract evidenced by or contained in this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with Hong Kong law and, save as may be compulsorily applicable under the local law of the place of loading or that of discharge, any dispute arising hereunder shall be determined in the courts of Hong Kong to which jurisdiction both the merchant and the carrier irrevocably agree to submit.

- **Expeditors**

27. Law; disputes; venue; severability; etc.

(a) this bill of lading shall be governed by and construed in accordance with the internal laws of the state of Washington (excluding its laws relating to conflicts of law), except as

the same may be governed by the federal law of the united states. Merchant irrevocably consents to non-exclusive jurisdiction and venue for legal proceedings related to all claims and disputes arising from or in connection with this bill of lading or the goods, whether under federal, state, local, or foreign statutes, regulations, or common law, in the united states district court for the western district of Washington or the superior court of the state of Washington sitting in king county. Merchant and carrier hereby consent to the commencement and transfer of all such legal proceedings to such courts. Merchant irrevocably consents to the commencement and to the transfer of venue in any or all such actions to any other venue in which carrier is party to a legal action brought by itself or a third party that arises from or is connected with the goods, their carriage, loading, unloading, handling, or storage, or loss, damage, or delay related to any of the goods. The merchant waives all defenses based on inconvenience of forum in all actions commenced in the venues agreed to under this bill of lading. Merchant shall pay all costs incurred by carrier (including attorneys' fees and expenses) in connection with any dispute between carrier and merchant (including for transfers of venue, for appeals, and in bankruptcy and receivership proceedings).

(b) if any provision of this bill of lading, or the application to any circumstance, person, or place, is held to be unenforceable, invalid, or void by a court or other tribunal of competent

Aquí vemos que se prefiere también utilizar clausulas atributivas de jurisdicción hacia cortes y ley especial del país de procedencia del FFWW.

(d) Líneas navieras de carga general o breakbulks utilizan clausulas arbitrales.

- **Intermarine** (Zeamarine, s.f.)

Law and jurisdiction.

Whenever U.S. cogsa applies, whether by virtue of carriage of cargo to or from the united states of america or otherwise, any dispute arising out of or in connection with this contract shall be exclusively determined by the united states district court for the eastern district of Louisiana, and in accordance with the law of the united states. In all other cases, this contract shall be construed in accordance with english law and any disputes arising hereunder shall be referred to and finally resolved by arbitration in singapore, to the exclusion of all other forums, in accordance with the arbitration rules of the singapore

chamber of maritime arbitration (“scma”). The tribunal for any arbitration shall be comprised of three (3) arbitrators.

- **BBC (2011)**

#### 4. Law and jurisdiction

Except as provided elsewhere herein, any dispute arising under or in connection with this bill of lading shall be referred to arbitration in London. The arbitration shall be conducted in accordance with the London Maritime Arbitrators Association (LMAA) terms. The arbitration tribunal is to consist of three arbitrators, one arbitrator to be appointed by each party and the two so appointed to appoint a third arbitrator. English law to apply.

Como Podemos ver, ellos si mantienen una clausula arbitral con mecanismo de solución de controversias.

Aquí lo relevante es dejar constancia de la incidencia en el transporte marítimo de mercancías de estas cláusulas en relación con las cláusulas de arbitraje en los conocimientos de embarque básicamente se dan más en carga a granel y general. En este tipo de cargas muchas veces se establece la jurisdicción arbitral, a través de su incorporación por referencia en el conocimiento de embarque ya que la cláusula general es parte del contrato de fletamento.

#### 1.2.6. El conocimiento de embarque y la compra venta internacional, conveniencia del cargador de iniciar una reclamación

El transporte marítimo juega un rol preponderante dentro de la compra venta internacional y dependiendo de la forma como esta se haya perfeccionado puede determinar que ya sea el comprador o el vendedor pueda verse perjudicado con alguna situación generada durante el transporte marítimo, y cuyo perjuicio solo se haya generado para una de las partes.

Es así que, por ejemplo, de acuerdo a los *incoterms* podemos ir determinando estos intereses.

La finalidad de la creación de los *incoterms* fue la de **fijar parámetros de asunción de riesgos y de costos**, todo entre la dinámica relacional entre las partes del contrato, esto es, entre el comprador y el vendedor.

A continuación, mencionaremos algunos incoterms donde el transporte marítimo es más común.

**(a) FOB (Free on board)**

Bajo este esquema, es el vendedor el que realiza la entrega de la mercancía en la propia embarcación; por su lado, el comprador es el que escoge y reserva el transportista marítimo. Este *free on board* es utilizado solo para transporte en embarcaciones y resulta ser uno de los más requeridos en la práctica comercial internacional.

**(b) CIF (coste, seguro y flete, puerto de destino convenido)**

Es el vendedor quien se hace responsable tanto de los costos de transporte como del seguro de viaje, hasta que la mercadería llegue al puerto de destino. Similarmente a lo que sucede en el caso del *incoterm* CFR, el riesgo de la transacción lo asume el comprador al momento en que la mercancía esté cargada en la embarcación.

**(c) CFR (coste y flete, puerto de destino convenido)**

En este esquema es el vendedor el que asume todos los costos, así como precio del transporte, hasta que la mercancía llegue a su lugar de destino. Sin embargo, el riesgo se transmite al comprador una vez que la mercancía esté cargada en el buque. Este *incoterm* solo se requiere para transporte en embarcaciones.

**(d) DDP (entregado con derechos pagados, lugar de destino convenido)**

En este caso, **el comprador está libre de realizar cualquier tipo de trámite**, por lo que el vendedor se hace cargo de todos los costos (incluidos los gastos de aduana de importación) hasta que la mercancía sea entregada en el lugar del país de destino acordado.

Es relevante mencionar que el tipo de *incoterm*s utilizado en la compraventa internacional en la cual el contrato de transporte es uno de los elementos del *incoterm* determina muchas veces

el derecho o la necesidad del reclamante a iniciar una acción judicial en determinada jurisdicción.

### **1.3. Legislación comparada con respecto a la jurisdicción aplicable a la solución de las controversias respecto en el Transporte Marítimo de Mercancías**

#### **1.3.1. El caso español**

En el caso de España debemos referirnos a la Ley 14/2014, del 24 de julio, de la Navegación Marítima, que establece el tema materia de análisis en los artículos siguientes:

#### **Artículo 468°. Cláusulas de jurisdicción y arbitraje**

Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo.

#### **Artículo 469°. Criterios de atribución de competencia**

1. Salvo que las partes hayan introducido válidamente una cláusula de jurisdicción exclusiva o una cláusula de arbitraje, según lo establecido en este capítulo, se aplicarán los criterios previstos en este artículo.

2. En los contratos de utilización del buque, serán competentes, a elección del demandante, los tribunales del:

- a) Domicilio del demandado.
- b) Lugar de celebración del contrato.
- c) Puerto de carga o descarga.

Como vemos en el caso español, las cláusulas atributivas de jurisdicción no son válidas cuando son parte de un conocimiento de embarque pre impreso, y que son una cláusula más de las cláusulas generales de contratación del contrato de transporte incorporado en el mismo. Es decir, para la legislación española serán competentes los tribunales españoles.

Partiendo de lo que nos señala Matilla Alegre (1999), el caso español es, en términos generales, igual a los otros mercados: una convivencia entre las normas internas referidas al comercio, como su propio Código de Comercio, y los convenios internacionales del que son parte. En este escenario, el conocimiento de embarque se presenta también como un título que representa un contrato previamente estructurado; es decir, el conocimiento de embarque tiene también un rol probatorio.

Sin embargo, el citado autor nos informa que este conocimiento de embarque cuenta con un aspecto que en la academia se le denomina como la *cláusula de sumisión* de los contratos sometidos al régimen de cláusulas generales de contratación. Se sostiene que en el comercio internacional este tipo de regímenes de contratos predispuestos tienen a crear una desventaja para los que se adhieren a él, los cargadores, pues son redactados por lo general por las grandes empresas navieras sin esclarecer totalmente el contenido de lo que se está firmando. Sin embargo, también nos aclara, en el derecho español, esta situación se convierte en un poco más segura en tanto es un requisito necesario que el cargador también firme el conocimiento de embarque, esto por mandato de su Código de Comercio. Sin embargo, la aceptación del conocimiento sin que este haya sido firmado por el cargador (pues la firma no está prevista como un requisito *ad solemnitatem*) no da como consecuencia que el conocimiento de embarque no sea válido, sino que la cláusula de sumisión jurisdiccional se tenga como no puesta en esos términos y que requerirá ser completado.

### 1.3.2. El caso chileno

El caso chileno es uno de los que brilla por su particularidad y que, dicho sea de paso, tomaremos como punto de referencia en la elaboración del presente trabajo.

Lo que sucede con la legislación sureña es que se ha incorporado a su normatividad marítima un cambio sustancial que tiene que ver, justamente, con la aplicabilidad de la jurisdicción

especializada, lo que resulta a favor de los intereses de un mercado interno que busca seguir creciendo, como lo es el de las importaciones y exportaciones.

Aquí se ha invertido la regla: si antes lo general era que ante un conflicto de intereses se deba recurrir a los tribunales estatales, ahora se ha implantado el arbitraje forzoso en la jurisdicción local, de tal manera que las controversias derivadas del transporte marítimo la pasaron a conocer árbitros especializados en la materia que no solo reducen los tiempos en los procesos, sino que significan una decisión más acorde a las directrices internacionales y a las costumbres mercantiles.

Los hermanos del sur han tomado en cuenta las desavenencias de todo sistema de justicia: la carga procesal, los tiempos de resolución del conflicto y, sobre todo, los criterios de especialidad. Y es que tomar estos criterios para llevar los problemas del transporte marítimo a cortes especializadas no es una novedad, pues es en otras latitudes las cláusulas arbitrales existen, pero se pactan para que el proceso sea llevado a cabo en lugares en donde el demandante, por lo general, no tiene un control efectivo de su defensa.

Entonces, la regulación chilena parte de los hechos y busca sintetizar las finalidades de esta reforma, tal cual nos lo explica Cornejo Fuller (2003) en lo siguiente:

- 1.-Poner al día el derecho marítimo chileno codificado con el que se está viviendo en el comercio internacional.
- 2.-Recoger en la ley interna del país el resultado de convenios internacionales encaminados a la uniformidad internacional de las instituciones jurídicas marítimas (Reglas de Hamburgo).
- 3.-Recoger para la legislación local, doctrinas jurídicas modernas empleadas internacionalmente para diseñar los contratos en el comercio marítimo y en algunos tipos de averías marítimas.
- 4.- Reformas de orden procesal para que la administración de justicia sobre asuntos marítimos pudiera desarrollarse en Chile y en forma expedita y efectiva. (págs. 137-138)

Así tenemos que el artículo 1203° del Código de Comercio de Chile establece lo siguiente:

**Artículo 1203.-** El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que de lugar el comercio marítimo o la navegación incluidos los seguros marítimos de cualquier clase será sometido a arbitraje.

Lo dispuesto en el inciso anterior no será aplicable en los siguientes casos:

- 1.- Cuando las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción ordinaria, sea en el mismo acto o contrato que origine la controversia, o por acuerdo que conste por escrito anterior a la iniciación del juicio;
- 2.- Cuando se trate de perseguir responsabilidades de orden penal que pudieran originarse en los mismos hechos. En este caso, la acción civil podrá entablarse ante el tribunal que conoce del respectivo proceso criminal o ante el tribunal arbitral a que se refiere el inciso primero;
- 3.- Cuando se trate de los juicios que se mencionan en el párrafo 4 del título IX de la ley de navegación, o de aquellos que, en este mismo libro, tienen señalado un procedimiento especial que deba seguirse ante un tribunal ordinario;
- 4.- Cuando se trate del fisco o de controversias por responsabilidades que se cumplan ante organismos o servicios portuarios o aduaneros de carácter estatal u obligaciones controladas por tales entidades, y
- 5.- Cuando la cuantía del juicio no excediere de 5000 unidades de cuenta y el demandante optare por ejecutar su acción ante la justicia ordinaria.

### 1.3.3. El caso argentino

En el caso de la legislación argentina, esta prevalece sobre lo establecido en el conocimiento de embarque.

El caso argentino también es uno particular y de larga data, Chami (2010) nos explica que tiene su origen en el año 1922 en la ciudad de Buenos Aires, donde se aprobó la llamada *Cláusula de Buenos Aires* en la conferencia de la International Law Association realizada en aquella ciudad y es esta regla la que tiene en consideración que ante una posible controversia el tribunal que pueda avocarse será el que se encuentre en el lugar de descarga (pág. 708). Siendo esto así, la regla ha sido tomada en diversos momentos por la judicatura argentina para determinar la solución de conflictos en el transporte marítimo.

Así, por ejemplo, Chami nos recuerda que en el año 1936 la Corte Suprema de la Argentina en el caso denominado Compte y Cia. Miguel vs Ibarra y Cia decidió por aplicar la competencia y jurisdicción local. Y, en opinión personal, nos comenta:

El fallo de la Corte Suprema, uno de cuyos antecedentes es la regla de Buenos Aires, no puede ser más justo. De adoptarse la solución contraria se oponen serias dificultades al consignatario argentino o al asegurador que actúe subrogado en sus derechos para obtener la reparación de los daños y perjuicios ocasionados por incumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato de transporte. Quien reclamase contra el transportista se vería obligado a litigar en el puerto de carga de los efectos, por ejemplo, o cualquier otro que determinase la cláusula en cuestión, tornando ilusoria toda posibilidad de hacerlo en casos de mercancías de importación, cargadas en lejanos puertos extranjeros. (pág. 709)

La actual regulación no ha escapado de lo señalado en los párrafos anteriores. Así, la Ley N° 20094/1973 estableció en su artículo 614 la jurisdicción aplicable de manera categórica:

**Artículo 614.- Los tribunales nacionales son competentes para conocer en los juicios derivados de los contratos de utilización de los buques**, cuando las obligaciones respectivas deban cumplirse en la República, salvo la opción que tiene el demandante por los tribunales del domicilio del demandado. **En los contratos de fletamento total o parcial, o de transporte de carga general** o de bultos aislados en un buque cualquiera, o de personas y; en general, **en todo contrato en que el transportador asuma la obligación de entregar los efectos en destino, es nula toda cláusula que establezca otra jurisdicción que la de los tribunales argentinos.** [El resaltado es nuestro]

Sin embargo, se dejó a salvo la posibilidad de que las partes del contrato pudieran pactar una nueva jurisdicción, pero solo *ex post* de ocurrido el acontecimiento que dio lugar a un conflicto. Por otro lado, en una interpretación sistemática de los convenios de los que la Argentina es parte, se tiene en consideración que el Tratado de Montevideo tiene una regulación semejante, al establecer en su artículo 26 que serán competentes los tribunales del lugar de ejecución del contrato, entendiendo a estos como el lugar en donde se desarrolla la ejecución de las

prestaciones (puerto de descarga), estableciendo que una cláusula que prescriba lo contrario devendrá en nula.

Argentina es otro país que en su legislación hace prevalecer la jurisdicción local frente a las cláusulas atributivas de jurisdicción incluidas en el conocimiento de embarque.

#### **1.3.4. El caso peruano**

La regulación peruana del transporte marítimo es particular por lo antiguo de la misma. El cuerpo normativo que regula este tipo de transporte data de 1902, es decir, de poco más de cien años de antigüedad, lo que resulta sumamente curioso al ser la actividad mercantil tan dinámica y de necesidad de cambios según las propias prácticas del tráfico. Nuestra legislación no establece normas particulares sobre la jurisdicción aplicable a las controversias marítimas o a las que surjan particularmente de un contrato de transporte marítimo. Lo que ha venido sucediendo en la práctica es que es el poder judicial peruano quien por diversas razones interpretativas se ha declarado competente para resolver estas controversias. Analizaremos más adelante alguna jurisprudencia al respecto.

En el año 1996 se creó una comisión encargada de elaborar el proyecto de Código de Comercio (Ley N° 26595) y dentro de ella una subcomisión de comercio marítimo que finalmente elaboró un Anteproyecto de la Ley de la navegación y comercio marítimo, que lamentablemente nunca modificó el libro III. del Código de Comercio de 1902.

El anteproyecto de Ley de Navegación y Comercio Marítimo (LNCM), se redactó entre 1997 y 1999, junto con los anteproyectos de la Ley Marco de la Empresa y de la Ley del Contrato de Seguros. Esos anteproyectos fueron preparados por 3 subcomisiones integrantes de la Comisión Especial Encargada de Elaborar el Proyecto del Código de Comercio, que se creó mediante la Ley N° 26595.

Por distintas razones, una de ellas política, los anteproyectos no fueron aprobados en el Congreso de la República. Algunos años después, en las legislaturas de 2001 y 2002 ya con la comisión desactivada, el congresista Eduardo Farah y otros, hicieron suyo el anteproyecto, y allí fue que cambiaron algunas partes, pero que finalmente tampoco se aprobó.

En este ante proyecto, que no fue la versión final presentada por el Congreso, se estableció una sección que regulaba la competencia de tribunales nacionales, ordinarios y arbitrales. Pejovés (2008) nos indica sobre el mencionado anteproyecto que se consideró que por la naturaleza especial del Derecho marítimo se hace necesario regular la competencia de fueros que cuenten con ese conocimiento especial y que, considerando la normativa vigente, se regularía por la Ley de Arbitraje. Sin embargo, nos explica también, que el arbitraje –si bien la regla general– se presenta como una solución efectiva, no se suprime la posibilidad a las partes de recurrir al fuero común, pues así pudieron haberlo pactado o cuando la cuantía de la *litis* no excedía las 600 Unidades de Referencia Procesal (págs. 326-327).

El artículo correspondiente que fue trabajado en el proyecto, pero que finalmente no se plasmó en el anteproyecto final es el siguiente:

#### **Artículo 447°.- Arbitraje**

El conocimiento de toda controversia derivada de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación será sometido a arbitraje. Salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, será institucional y se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la ley general de arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo. Toda otra forma de solución de controversias que sea parte del conocimiento de embarque se tendrá por no puesta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en los casos siguientes:

1. Cuando las partes o interesados expresen su voluntad por escrito de someterse a jurisdicción extranjera, sea ordinaria o arbitral, salvo que se trate previstos en los artículos 215° y 446°.
2. cuando las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción nacional ordinaria.
3. Cuando se trate de los casos contemplados en los artículos 35°, 41°, 53°, 55°, 56° y 57°, así como de los procedimientos previstos en los títulos ii, iii, iv, y vi de la presente sección.
4. Cuando la cuantía no exceda de 60 Unidades de Referencia Procesal (URP) . En tal caso el demandante podrá optar por recurrir a la jurisdicción arbitral u ordinaria

Luego de determinar que los mecanismos de solución de controversias en países como España, Argentina, Chile y Perú se resuelven en jurisdicción nacional independientemente de las cláusulas atributivas de jurisdicción insertadas en los conocimientos de embarque, ya sea a través de Cortes o de árbitros como el caso chileno, pasamos a desarrollar más el tema de arbitraje como una mejor vía para la solución de estos conflictos.



## **CAPÍTULO 2: ARBITRAJE COMO MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LAS CONTROVERSIAS MARÍTIMAS. NECESIDAD DE INSTAURAR EL ARBITRAJE FORZOSO**

Mucho antes que la administración de justicia se monopolizará a manos del aparato estatal, y después de que la venganza decayera como método de resolución de conflictos, ya el someterse a un tercero con la finalidad de resolver una controversia era algo común. Así, por solo citar un ejemplo en la doctrina, Zapaalá nos recuerda que el arbitraje es cronológicamente anterior a cualquier otra forma de justicia institucionalizada. La heterocomposición, insiste, es anterior a la existencia de la administración de justicia estatal y recién luego del perfeccionamiento de la organización de la sociedad se dio el nacimiento de la institución judicial, entendida como la instancia encargada de la actividad esencial de impartir justicia mediante un sistema permanente de origen público, como es conocida en la actualidad.

Esta afirmación no pierde vigencia cuando nos trasladamos al derecho comercial, por el contrario, el surgimiento del arbitraje y de esta actividad están íntimamente relacionadas. En ese sentido, Mestanza García (2018) nos orienta:

Esta afirmación encuentra mayor sustento si se analiza la etapa más prístina del derecho comercial. En el contexto de la crisis del feudalismo, la aplicación del *ius commune* resultó insuficiente para resolver los conflictos que se suscitaban entre los comerciantes. Y esto llega a su punto más álgido en la baja edad media como consecuencia del surgimiento del comercio marítimo y los mercados interlocales e internacionales (ferias). Con todo ello, los comerciantes no solo requerían de leyes propias adecuadas a las prácticas de aquel tiempo, sino también tribunales que sepan aplicar las nuevas reglas de juego. (pág. 5)

Sin embargo, como se ha indicado, y a pesar de que el arbitraje en materia comercial surgió para que especialistas en la materia pudieran resolver este tipo de controversias, el desarrollo de la institución del Estado monopolizó cada tipo de controversias, a las que las prácticas mercantiles, hasta nuestros días, no han podido escapar del todo en nuestro medio.

Con relación a este tema, la profesora de la universidad Carlos III de Madrid, Barbará de la Vega Justribó (2007), sostiene que parte de la importancia del arbitraje en la contratación marítima reside en que se recurre a ella para dirimir los conflictos de intereses que nacen en torno a los contratos de explotación de buques, y en estricto a lo que se consigna en las pólizas de fletamento y en los contratos de arrendamiento del buque y no solo en estos ámbitos clásicos, por llamarlos de alguna manera, sino además también en los denominados contratos de construcción, de reparación y de compraventa de buques, así como su financiación (pág. 15).

Asimismo, la citada autora señala que:

Hay que tener en cuenta que el arbitraje no puede utilizarse como medio para escapar a la aplicación de normas imperativas en el sector de que se trate. Por este motivo habrá que respetar el contenido de determinados Convenios de Derecho Marítimo Uniforme que excluyen la posibilidad de arbitrar las controversias surgidas en su ámbito de aplicación, o solo la admiten si es pactada con posterioridad al nacimiento de la relación controvertida. (pág. 15)

Para el profesor chileno Romero Seguel (1999), es importante tener presente la importancia de la jurisdicción arbitral por las características positivas que esta trae frente a la jurisdicción ordinaria estatal, como son:

1. La flexibilidad y rapidez del arbitraje, frente al excesivo formalismo y lentitud de la justicia ordinaria.
2. El arbitraje, principalmente el del árbitro arbitrador<sup>1</sup>, favorece la inmediatez procesal, esto es, que el órgano jurisdiccional tenga un contacto directo con las partes y terceros que intervienen en el proceso. La inmediatez se facilita en los procesos que reconocen la oralidad como sistema de organización predominante, como es el caso de la tramitación en varias audiencias que establecen en la práctica los árbitros arbitradores en nuestro medio.

---

<sup>1</sup> El Código Orgánico de Tribunales en su artículo 223 establece. *“El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieren expresado, a las que se establecen en este caso en el Código de Procedimiento Civil”*. De igual manera, el Código de Procedimiento Civil, en el título octavo del libro tercero, artículos 636 a 643, establece normas mínimas relativas al procedimiento ante árbitros arbitradores. Asimismo, el artículo 636 dispone: *“El arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos ni en su fallo otras reglas que las que las partes le hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso. Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen”*.

De acuerdo al Diccionario Jurídico Chileno (2001) puede precisarse la diferencia entre arbitro y arbitro arbitrador:

Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso. El árbitro puede ser nombrado, o con la calidad de árbitro de derecho, o con la de árbitro arbitrador o amigable componedor. El árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. El arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley. Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. El nombramiento de árbitros de derecho sólo puede recaer en un abogado. De las materias que se resuelven por árbitros (Diccionario Jurídico Chileno)

3. El arbitraje facilita la posibilidad que ciertos asuntos de complejidad jurídica puedan ser resueltos por personas de mayor especialización. (pág. 406)

Adicionalmente podemos mencionar que la sofisticación o tecnicismo de determinada materia hace inviable que la justicia ordinaria con tribunales ordinarios pueda avocarse a estas materias. En otros países hay tribunales especializados en temas marítimos permitiendo que la justicia ordinaria pueda resolver este tipo de controversias.

Este también es el caso del Perú, donde no hay tribunales especializados en estos temas. Las controversias entre transportistas, cargadores y consignatarios derivadas del comercio

internacional se dirimen ante el poder judicial, generándose muchas ineficiencias por la mala calidad de las resoluciones.

Teniendo en cuenta las razones expuestas en los párrafos precedentes, no consideramos adecuado que esto sea resuelto por tribunales ordinarios, más bien esto debería ser traslado a tribunales arbitrales relevando de esta carga a la justicia ordinaria. Los negocios de esta naturaleza se hacen entre partes que están en condiciones de asumir las cargas y costos que este tipo de negocios. El comercio internacional demanda tener conocimiento de las reglas de juego.

Partiendo de esta premisa queremos poner como ejemplo los casos de arbitraje forzoso que tiene la legislación chilena.

La legislación chilena tiene muchos casos de interés privado donde por ley se establece el arbitraje forzoso. Así, Alejandro Romero nos explica sobre las materias que por mandato legal deben ser resueltas perentoriamente por árbitros en virtud de las ventajas de esta jurisdicción (pág. 413). El citado indica qué casos deben ser llevados al fuero privado, como son los indicados en el artículo 227° de su Código Orgánico de Tribunales y son:

- 1.- La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;
- 2.- La partición de bienes;
- 3.- Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;
- 4.- Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415° del Código de Comercio;
- 5.- Los demás asuntos que determinen las leyes. (por ejemplo, asuntos de derecho marítimo, salvo las excepciones legales, arto 1203 Cód. de Comercio).

En la legislación chilena los casos de arbitraje forzoso son taxativos, no pudiendo ser de otra manera, y no pueden ser derivados a la justicia ordinaria dado que la ley ha establecido una jurisdicción distinta.

El mismo autor nos señala que las características de un sistema como el suyo, en donde el arbitraje es la primera regla en tanto resolución de controversias, son:

- (a) En el arbitraje forzoso no existe *convenio arbitral* que cree la jurisdicción arbitral y que la intervención de la voluntad de las partes está en la designación del árbitro, salvo pacto contrario.
- (b) La exclusión de la jurisdicción ordinaria por un mandato legal que no puede ser inobservado por el fuero estatal. (pág. 414)

No obstante, lo expuesto, el autor indica que este tipo de arbitrajes significa la posibilidad potencial de excluir a un justiciable de tutela jurisdiccional, puesto que quizá no podría pagar los costos de arbitraje y no existiendo la posibilidad de que pueda recurrir a un juez ordinario, estaría entonces sujeto a una indefensión.

Nosotros no creemos que las controversias derivadas del transporte marítimo estén dentro del alcance de lo anteriormente mencionado por el autor, puesto que se trata de un mercado empresarial bien sofisticado donde los actores pueden hacer frente a sus controversias de forma privada, puesto que los riesgos pueden ser previstos, no teniendo el Estado por qué subsidiar la solución de sus controversias a través de la justicia ordinaria.

Por eso coincidimos con las razones que ha tenido el legislador chileno para instituir el arbitraje forzoso en los supuestos mencionados dentro de las cuales se encuentran las controversias marítimas.

En el mismo sentido, Vega López (2006) nos aclara que el arbitraje obligatorio es una singularidad, pues contradice el principio que por excelencia rodea a esta institución: la voluntariedad; insiste en que esta opción de resolución de conflictos es una fórmula legislativa posible siempre que sea una jurisdicción exclusiva, esto es, que si por un lado se va a regular la figura del arbitraje obligatorio, entonces no deberá darse la opción simultánea de recurrir a la resolución de conflictos de fuente estatal (pág. 266).

## **2.1. Razones por las que es conveniente recurrir al arbitraje marítimo: los costos, la eficiencia y la especialidad**

Lo primero que hay que decir es que el arbitraje no ha sido un fenómeno aislado en nuestra judicatura, tanto es así que en la Constitución vigente, que data de hace más de un cuarto de siglo, ha tenido un reconocimiento expreso. Esto es así porque en los grandes mercados los

actores que en ellos se desenvuelven reclaman métodos acordes a sus necesidades en cuanto solución de conflictos: el comerciante, acostumbrado a ver cómo su capital responde a una dinámica de flujos constantes, no puede ver cómo su inversión, ante un conflicto de intereses, se estanca. Es por eso que evita llegar a un proceso que le va a tomar años y que, en el peor de los casos, será resuelto por un juez que poco o nada entiende sobre su actividad, haciendo que el capital pierda su valor.

No se ha equivocado la academia peruana cuando dice que en los tiempos actuales ninguna controversia comercial que sea importante se resuelve fuera de la jurisdicción arbitral. Y esto no es todo, esta misma academia ha reparado en un dato inevitable de recalcar: si bien por lo general la judicatura estatal repele al arbitraje por verlo como una jurisdicción menos importante, no ha sido tanto así en el caso peruano y en los últimos años, ha sido el propio Estado el que se ha preocupado por redefinir la necesidad de tutela jurisdiccional y promover su uso, tal como ha pasado en el arbitraje potestativo en el caso laboral o en el arbitraje, como método de solución de conflictos obligatorio en el caso de las contrataciones con el Estado,

Y es que es así —y está bien—, pues si los intereses de las grandes aventuras comerciales son privados y sus actores prefieren una jurisdicción, si bien más cara también más eficaz, entonces lo correcto es que si ellos así lo desean puedan decidir los medios de solución de controversias que a ellos les convenga, así no solo se abaratan costos para los privados y sus intereses privados, sino además para el propio Estado, pues así no sigue subsidiando mediante la judicatura estatal intereses que no son, *prima facie*, afines a su naturaleza. Aquí es donde nosotros decimos que no solo se trata de que los privados prefieran una jurisdicción, sino que el Estado a través de la facultad que tiene de fijar una de las jurisdicciones que la constitución establece para un caso determinado haga más racionales los costos que este asume en la administración de justicia.

Las partes intervinientes en el transporte marítimo son por su naturaleza personas que conocen de la sofisticación de la actividad, en consecuencia, se puede establecer un nivel de solución de controversias más sofisticado como lo puede ser el arbitraje. No aplicaría aquí el axioma que todos deben tener acceso a la justicia administrada por el Estado.

## 2.2. Situaciones que generan controversia en el transporte marítimo de mercancías en el Perú: análisis casuístico

Como ya hemos mencionado anteriormente, existen diversos tipos de reclamación que finalmente generan una controversia que es necesaria resolver y en nuestro país ha sido el Poder Judicial quien ha monopolizado la administración de justicia en estos casos, no obstante, como también hemos mencionado, la mayoría de contratos de transporte de mercancías insertos en el conocimiento de embarque nos remiten a cláusulas atributivas de jurisdicción internacional.

Así también hemos podido ver que no solo eso sucede en el Perú, sino como hemos visto en España, Chile y Argentina por diferentes razones y de forma más orgánica las controversias antes señaladas se resuelven en sede nacional, sea vía fuero común o vía fuero arbitral.

En este contexto vamos a analizar a continuación cómo nuestro sistema judicial resuelve de manera contradictoria situaciones que se presentan dentro de las controversias derivadas del transporte marítimo de mercancías y que no hacen más que reforzar las razones que hemos venido desarrollando para que estos temas sean resueltos por tribunales especializados.

### 2.2.1. Situación actual

Se supone que el sistema judicial debería tener fallos homogéneos y en el Perú eso no sucede por eso es que se requiere mayor tecnificación. En ese sentido, existen diversas situaciones que suelen generar controversias y soluciones disímiles en el razonamiento judicial.

A continuación, presentamos una serie de fallos de la jurisdicción ordinaria que demuestran que es necesario reconsiderar el fuero que conoce de controversias marítimas. Un fuero arbitral daría mucho más certeza y seguridad a la solución de las controversias.

- **Resoluciones discrepantes sobre criterios de competencia:**

**Expediente: 00776-2016-0-0701-JR-CI-05**

En esta resolución judicial, de fecha 19 de setiembre de 2018, el juez resolvió sobre la competencia del fuero a partir de una mera cuestión probatoria, es decir, sin realizar un análisis real de la competencia.

Citamos lo pertinente de la resolución:

### **De la excepción de incompetencia**

**DÉCIMO QUINTO:** Que, Ian Taylor denuncia además la incompetencia territorial de este juzgado al afirmar que **las partes pactaron el sometimiento a la jurisdicción de los juzgados de Nueva York – USA** y/o al Tribunal Superior de Justicia Inglés - Londres en el lado reverso del Conocimiento de Embarque N° MAEU566549529. Refiere asimismo que la parte demandante no ha adjuntado en su demanda la parte reversa del citado conocimiento, en un intento de no acatar el pacto de competencia.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, la demandante, por su parte, indica que la excepcionante no ha acreditado la citada cláusula en el reverso del Conocimiento de Embarque que amparó el transporte de la carga siniestrada, lo que a su parecer resulta extraño en tanto esta misma es quien emitió dicho conocimiento. Refiere asimismo que, sin perjuicio de lo expuesto, **el consignatario recién tomó conocimiento del contenido del Conocimiento de Embarque cuando el cargador le remitió un ejemplar del documento, lo cual se produjo cuando la mercadería estaba en travesía.**

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, es de apreciarse que siendo la excepcionante representante legal de la demandada Sealand, emisora del Conocimiento de Embarque N° MAEU566549529, **la carga de la prueba de la existencia de la cláusula de atribución de jurisdicción correspondía precisamente a aquella,** no siendo procedente la exhibición de dicho documento en contra de la demandante, tanto más si conforme al artículo 448 del Código Procesal Civil, solo pueden admitirse como medios probatorios de las excepciones las pruebas documentales.

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, **no ha podido ser acreditada en autos la cláusula de atribución de jurisdicción,** puesto que los Términos de Transporte que corren adjuntos de fojas 369 a 399, no producen convicción en la juzgadora de que sean las condiciones generales establecidas en todos los conocimientos de embarque expedidos por Sealand, **por lo que de conformidad, con el artículo 200 del Código Procesal Civil,**

**corresponde declarar también infundadas las excepciones de incompetencia planteadas** por Ian Taylor. [El resaltado es nuestro]

**Expediente: 02912-2013-1-0701-JP-CI-04**

En esta resolución el juzgador realiza una interpretación literal de la cláusula de atribución pactada por las partes, considerando que el acuerdo fue que la jurisdicción competente serían los de los Tribunales de Marsella. Así, al pie de la letra se pronunció:

**Excepción de Incompetencia**

**SEGUNDO:** La excepción de incompetencia, es el instituto procesal por el cual el demandado denuncia la falta de aptitud del Juez para ejercer la función jurisdiccional en el proceso planteado. Para estos efectos, **la competencia debe ser entendida como un fenómeno de distribución del poder jurisdiccional**, en atención a diversos criterios como son la materia, grado, función o territorio. La competencia del Juez es un presupuesto procesal, pues si el Juez no cuenta con la debida competencia no podrá emitir una sentencia valida.

**TERCERO:** Que, con respecto a la excepción de incompetencia, la excepcionante argumenta que este juzgado no es competente para ver la presente materia y que **de acuerdo a lo establecido en el Conocimiento de Embarque N° PE1291219 (anexo 1-B de la demanda), las partes acordaron que: “Todo reclamo o disputa que surja en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto por los Tribunales de Marsella, excluyéndose los tribunales de cualquier otro país (...); por lo que el Juzgado debe inhibirse el conocimiento del presente proceso.**

**CUARTO:** Que, la competencia constituye un presupuesto procesal de forma, siendo el caso, que la competencia jurisdiccional se rige por el principio de legalidad en su determinación y queda sujeta a las disposiciones de la Constitución de la Ley Orgánica del Poder Judicial y normas procesales vigentes.

**QUINTO:** Que, al respecto, resulta conveniente señalar que el conocimiento de embarque (Bill of Lading o BL) constituye un recibo de las mercaderías que se han embarcado en el buque, que contiene las estipulaciones principales de transporte de las

mercaderías (puerto de embarque, puerto de descarga, descripción de las mercaderías objeto de transporte, fecha de embarque, flete, tiempo de embarque y de descarga, entre otros aspectos), asimismo, en el reverso suelen contener una serie de cláusulas generales que tiene por objeto la regularización del transporte.

**SEXTO:** Que, en el presente caso puede apreciarse que **del Conocimiento de Embarque o Contrato de Transporte de Mercaderías por mar, las partes han pactado, lo siguiente: “Todo reclamo o disputa que surja en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto por los Tribunales de Marsella, excluyéndose los tribunales de cualquier otro país (...)”** Que, del contrato de transporte marítimo claramente se puede apreciar que las partes se han sometido a competencias de los Tribunales de Marsella y no a las cortes peruanas.

**SETIMO:** En tal sentido, **lo jueces de la Corte Peruanas no resultan competentes para conocer el presente proceso, siguiendo lo pactado por las partes en el conocimiento de embarque** N° PE1291219, fojas setenta y cinco al setenta y ocho siendo de aplicación lo señalado en el artículo 2067 inciso 2 del Código Civil que señala **“ (...) los tribunales peruanos carecen de competencia jurisdiccional para conocer de los asuntos que hubiesen sido sometidos por las partes a una jurisdicción extranjera, de conformidad con lo previsto en el artículo 2060”**, ya que por acuerdo de las partes se comprometieron a someterse a los tribunales de Marsella. [El resaltado es nuestro]

### **Expediente N°: 1947-2016**

En la presente resolución jurisdiccional, el juez formula un razonamiento interesante, pues sostiene su decisión en que a pesar de que existe una cláusula de competencia que excluye a la jurisdicción estatal para resolver cualquier **conflicto derivado del transporte marítimo**, es competente porque el Código Procesal Civil prescribe que la competencia también podrá fijarse en el lugar de las sucursales o agencias del demandado. Además, toma la postura de que si una de las partes no ha intervenido en el contrato en donde se pactó jurisdicción distinta a la local, entonces no le es oponible la exclusión de competencia. A la letra se expresó:

### **Excepción de Incompetencia**

**SEXTO:** La representante de las emplazadas, sustenta la citada excepción en el hecho que en el reverso del Conocimiento de Embarque N° 15088477 se pactó que “**Salvo que se indique lo contrario de manera específica en el presente documento, cualquier reclamo o litigio que surja de este Conocimiento de Embarque, se regirá por la ley de la República Federal de Alemania y se determinará en los tribunales de Hamburgo, excluyendo la jurisdicción de los tribunales de cualquier otro lugar (...)**”. Lo que se pretende reclamar es un derecho derivado del conocimiento de embarque, sin embargo, las partes acordaron que la competencia para la solución de disputas derivadas de este conocimiento de embarque, sería resuelta ante los tribunales de Hamburgo, y bajo la ley del país de la República Federal de Alemania, resultando este Juzgado incompetente por razón de territorio. La demandante absuelve la excepción en los términos expuestos en el escrito de fecha 27 de Setiembre de los corrientes.

**SETIMO:** La excepción de Incompetencia, regulada en el inciso 1 del artículo 446° del Código Procesal Civil, es aquel instituto procesal que denuncia vicios en la competencia del Juez, siendo procedente cuando se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional incompetente (que no está facultado para conocer del asunto litigioso) por razón de la materia, la cuantía y el territorio (en el último caso cuando es improrrogable).

**OCTAVO:** El artículo 17° del Código Procesal Civil señala: “**Cuando se demanda a una persona jurídica es competente el Juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario**”. Asimismo, señala en la última parte de ese artículo que “**En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilio s en donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada**”.

**NOVENO:** Analizada la documentación presentada, tenemos que de la traducción del conocimiento de embarque (páginas 12 – 14) de la demanda, **se verifica que este documento fue emitido por el naviero al recibir la carga en el puerto de Antwerp - Belgica, en el que no intervino la asegurada de la demandante Ilender Perú SA; por lo cual, no se le puede obligar a aceptar las condiciones que nunca fueron aceptadas, por una persona distinta a las que celebraron el contrato, más aun si esta no intervinieron en la confección del conocimiento de embarque;** consideración por la cual, la excepción no puede ser amparada. [El resaltado es nuestro]

- **Clausula Arbitral**

### **Casación 4736-2012-Callao**

En esta resolución se pone a debate, una vez más, si la referencia a una cláusula arbitral debe ser observada por el órgano judicial a efectos de que se respete lo pactado por las partes o que sea el fuero estatal quien se encargue de resolver el conflicto. Así, el órgano jurisdiccional decidió que el Poder Judicial no era competente para atender el fondo de la *litis* por carecer de competencia. A cita textual tenemos lo siguiente:

#### **Excepción de Convenio Arbitral**

**PRIMERO:** Que el arbitraje es un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos mediante el cual las partes se someten a la decisión de un tercero llamado arbitro a fin de que solucione controversias de libre disposición [...]. Que, sin embargo, el arbitraje no prospera *per se* [...] solo la existencia de un convenio permite que el asunto sea conocido por un Tribunal arbitral.

**CUARTO:** En el presente caso queda claro al Tribunal Supremo que no ha existido un acuerdo expreso suscrito por San Fernando sobre convenio arbitral, aunque *prima facie* ello supondría descartar la sede arbitral para el conocimiento del conflicto, ello no es así porque como se ha señalado [...] siendo práctica común la referencia a otro tipo de documentos [...] la referencia hecha a un contrato de un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

### **EXPEDIENTE N° 00343-2016-71-0701-JP-CI-01**

Esta resolución refiere que aunque nos encontremos a un contexto de regulación de transporte marítimo de mercancías, es necesario que la cláusula arbitral pactada por las partes cumpla con las formalidades prescritas por el Decreto Legislativo N° 1071 para que sea válida y eficaz, caso contrario no podrá ser oponible al co-contratante ni ejercida mediante excepción de convenio arbitral.

## Excepción de convenio arbitral

**CUARTO:** Con respecto a la **Excepción de Convenio Arbitral**, es preciso indicar que el artículo 13° de la Ley General de Arbitraje señala respecto al Contenido y forma del Convenio Arbitral: 1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido [...]. 2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, [...]. 4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. [...]. 5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra. 6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato. 7. **Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.** [...]. Es fundamental que las partes contratantes o las personas a título individual tengan pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que el convenio arbitral sea suscrito en una forma correcta, completa, precisa y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil (en adelante, CC) sobre la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los Libros de Derecho de las Obligaciones y Contratos". En ese sentido, **y de la revisión de los actuados no se aprecia que el demandado haya cumplido con acreditar la existencia del convenio arbitral de manera fehaciente conforme lo establece el artículo 13 de la Ley General de Arbitraje - Decreto Legislativo N° 1071, toda vez, que si bien hace mención al conocimiento de embarque como sustento de alegación, también lo es, que el mismo no cumple con los requisitos que establece la ley para ser considerado estrictamente un convenio arbitral, por lo que, deviene en**

**IMPROCEDENTE la Excepción de Convenio Arbitral formulada.** [El resaltado es nuestro]

- **Resoluciones relacionadas a la interpretación de las cláusulas FCL/FCL en los conocimientos de embarque que equiparan al House to House**

Como bien hemos explicado en este trabajo en el punto 1.3.4.1 relativo a las *modalidades de transporte en contenedores*, los conocimientos de embarque pueden contener una cláusula denominada FCL/FCL (full container load) cuando están relacionadas al qué y cómo se carga. Por otro lado, el término House to House está relacionado al dónde. A pesar de que son conceptos distintos, el Poder Judicial a través de diversas resoluciones ha determinado esta equivalencia de conceptos.

En el Perú desde el año 2009, la Corte Suprema, que revisa los casos vía Recurso de Casación, es decir, por presunta violación de las leyes que debieron aplicarse al caso, evidenció la falta de congruencia entre la resolución judicial y las pretensiones deducidas por las partes y en ese sentido, hizo una interpretación por violación de la ley en la forma o en el fondo.

Se basan en si la aplicación del artículo 632 del Código de comercio de 1902 es correcta, y si el término FCL/FCL ha variado su significado y/o terminología al haberla equiparado con la terminología house to house.

El artículo 632 del Código de Comercio señala: “Que el Capitán responderá del cargamento desde que se hiciere entrega de él en el muelle, o al costado a flote en el puerto en donde se cargue, hasta la que lo entregue en la orilla o en el muelle del puerto de descarga **al no haberse pactado expresamente otra cosa.**”

**La Corte determina que en el B/L que se consigna el término FCL/FCL, significa justamente que las partes han pactado expresamente otro tipo de modalidad y consecuencia al entender dicho termino como equivalente a (house to house) la obligación de naviera va desde que se recoge el contenedor lleno en el almacén del consignatario hasta que hace entrega del mismo en el almacén del destinatario.**

Bajo esta interpretación las compañías de seguros que son en su mayoría las que interponen las demandas ante las Corte peruana llevan adelante los procesos con alto grado de sentencias a su favor, ya que los jueces presumen que todo daño que se genere durante este periodo de responsabilidad es responsabilidad del naviero, e **interpretan asimismo que del conocimiento de embarque se evidencia que el contenedor fue entregado en buenas condiciones para su transporte.**

Partiendo de dicha premisa cuando el contenedor esta en el almacén del cliente y este detecta un daño a la carga, en aplicación de esta interpretación de FCL/FCL los jueces están atribuyendo responsabilidad al transportista haciéndolo pagar las indemnizaciones respectivas que son materia del proceso judicial

#### **CASACION 898-2012 – Callao.**

“ Que bajo este contexto, tenemos que la condición FCL/FCL no se refieren al precio sino al régimen de responsabilidad del transporte; término que viene a suponer que el transporte lo es de puerta a puerta, con entrega del contenedor con el mismo precinto que se entregó desde las dependencias del cargador, quien se compromete a cargar y trincar la mercancía de los contenedores que se le facilitan por la naviera.”

“...Lo cierto que al haberse pactado un acuerdo distinto en este caso con la condición FCL o House to House significa que el transportista marítimo extiende su responsabilidad a la custodia de las mercancías contenerizadas hasta la entrega de estas en el almacén del consignatario. Por tanto, la interpretación realizada por el órgano revisor respecto de los alcances del aludido artículo, son correctos, así como también la equiparación del término FCL/FCL con el House to House.”

#### **Casación 1703 -2010- Callao**

“ .... Que estando a lo expuesto en el considerando que antecede, .... Que del análisis del artículo 632 del Código de Comercio. se ha interpretado indebidamente dicho artículo, incurriendo en infracción de norma sustantiva, al no haberse analizado la evolución en la doctrina y la jurisprudencia comparada que sostiene que las siglas FCL/FCL estipuladas en el B/L ... significa que la custodia de la carga por el transportista marítimo se extienda hasta el almacén del consignatario, es decir, comprende el

transporte multimodal o intermodal que se utiliza en el transporte de contenedores. En este caso por vía marítima., constituyendo una nueva cláusula contractual que conlleva la existencia de nuevas modalidades operativas, puerta a puerta o house to house.

“... citando a un autor español Jaime Rodrigo Larrucea la Corte, entiende al FCL/FCL como un transporte marítimo especial. Puerta a Puerta. El embarcador entrega el contenedor (previamente recibido por el porteador) en sus almacenes, una vez cargado por su cuenta y riesgo, efectuará la entrega o traspaso de la posesión del cargamento del embarcador al porteador en el almacén de origen. El porteador transporta el cargamento contenerizado por su cuenta y riesgo desde el almacén de origen entregándolo al receptor en el almacén de destino por su cuenta y riesgo del receptor las operaciones de descarga del cargamento desde el contenedor...”

“...FCL/FCL la cláusula FCL inserta en un conocimiento de embarque suele ser bastante habitual y nos indica que se trata de un transporte de puerta a puerta (house to house) y quienes han sido distintos a los agentes que intervienen en el transporte, responsables de la carga y consolidación de la mercancía dentro del contenedor. En ese sentido cuando nos hallamos con esta cláusula entenderemos que el contenedor ha sido llenado/consolidado en el domicilio del cliente, es decir, el contenedor es retirado del depósito por el exportador o fabricante, el cual realiza la estiba de las mercancías por su cuenta y riesgo y entregando el contenedor cerrado y generalmente precintado al transportista quien lo entregará al receptor que será el encargado final de desconsolidar la mercancía en su propio almacén...”

“Se cita a la Audiencia de Vizcaya en sentencia de fecha 29 de Junio del 2001 “del conocimiento de embarque es trascendental la cláusula FCL/FCL contenida en el mismo... significando que el transporte lo es puerta a puerta (house to house ) con la obligación del naviero de entregar en el almacén del destinatario el contenedor en el que se encuentra la mercancía” A mayor abundamiento la propia Audiencia Provincial de Vizcaya se pronuncia en sentencia de fecha 9/09/1999 “ es mas resulta incluso mas verosímil la hipótesis de la recurrente de que pudo ser que la actora no hubiese enviado tanta mercancía como declaro a tenor de las menciones en el conocimiento de embarque.... Del tipo de servicio FCL/FCL..... Que significa que era el comerciante y no el buque el responsable del empaquetado y desempaquetado dentro del contenedor. En ese orden de ideas resume la doctrina española al punto cuando expresa lo siguiente: la cláusula FCL inserta en un conocimiento de embarque nos indica que se trata de un transporte puerta a puerta. El exportador entrega un contenedor

cerrado y generalmente precintado al transportista el que a su turno lo entregará al receptor que será el encargado final de desconsolidar la mercancía en su propio almacén..... “

- **Casos vinculados al conocimiento de embarque como prueba de contrato de transporte marítimo**

### **Casación 3331-2013 -Callao**

El conocimiento de embarque es el documento que constituye prueba del contrato de transporte marítimo de mercancías que acredita que el porteador o transportista ha tomado a su cargo las mercancías a bordo y en virtud del cual este se compromete a entregarlas en el lugar de destino contra la presentación del documento obligando a las partes intervinientes en dicho documento.

#### **Conocimiento de embarque como prueba de contrato**

**DÉCIMO QUINTA:** En el presente proceso se encuentra acreditada la existencia del conocimiento de embarque [...] en el que se ha consignado en calidad de porteadora Hamburg Sud y en calidad de consignatario a Supermercados Peruanos S.A.

**DÉCIMO SEXTO:** [De] dicho instrumento se puede advertir que la impugnante Compañía Chilena de Navegación no ha sido parte interviniente en el conocimiento de embarque materia de análisis, por lo que de conformidad con el artículo 1363° del Código Civil los términos de dicho instrumento solo resultan aplicables a las partes intervinientes en el [...].

Como hemos podido observar en los diferentes casos que hemos expuesto, la situación actual en materia de solución de controversias derivadas del contrato de transporte de acuerdo a las resoluciones emitidas por los órganos judiciales, podemos advertir que los jueces y Tribunales no tienen totalmente claro los conceptos vinculados a los contratos de esta naturaleza, lo que conlleva a fallos contradictorios y a interpretaciones equivocadas de las instituciones marítimas. Esta es otra de las razones por las que este trabajo trata de sustentar la implementación del arbitraje como mecanismo de solución a través de una iniciativa legislativa.

## **CAPÍTULO 3: ESTABLECIMIENTO DEL ARBITRAJE EN SEDE NACIONAL COMO REGLA GENERAL EN LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO.**

Durante el desarrollo de los capítulos anteriores hemos tratado de ir explicando los problemas que se presentan dentro del contrato de transporte marítimo de mercancía, sus elementos, la realidad nacional, y cómo se tratan este tipo de solución de controversias en otros países, dado que en el nuestro no se cuenta con un marco normativo al respecto. A continuación, nos corresponde hacer el planteamiento que nos lleve a la conclusión del presente trabajo.

### **3.1. Situación de nuestro ordenamiento en relación al arbitraje marítimo**

#### **3.1.1. Es posible crear una nueva regulación a efectos de instituir al arbitraje como fuero de resolución de conflictos en el transporte marítimo de mercancías en el Perú.**

Nuestra Constitución nos permite instituir el arbitraje como jurisdicción especial para los casos en que se pueda considerar conveniente la misma.

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú, señala lo siguiente:

#### **Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Como vemos el artículo 139 inciso 1 establece la existencia de la jurisdicción arbitral y el inciso 3 establece que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley. En este sentido lo que buscamos es que por ley se determine que para la solución de las controversias derivadas del transporte marítimo la jurisdicción sea la arbitral, por diferentes razones que hemos ido mencionando a lo largo de este trabajo.

A su vez la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071° en su artículo 2° establece lo siguiente:

**Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.**

**1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.**

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Es decir, tanto desde la perspectiva Constitucional como desde la propia ley queda claramente establecido que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición, estando en este grupo las controversias marítimas (para nuestro caso derivadas de un contrato de transporte marítimo).

Como señala Castillo Freyre y Sabroso Minaya (2009), esta prerrogativa que existe en la ley es una creación estatal que permite a los particulares poder excluir los fueros ordinarios para recurrir a un fuero especializado. En estricto, los citados expresan que es así como el Estado manifiesta su soberanía al instaurar el arbitraje y sus límites, pues este existe por obra y gracia de él (pág. 40).

De igual manera, expresa que:

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional y no de la doctrina jurídica saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy

similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad. (pág. 41)

Siendo la ley la que permite determinar la materia arbitrable es que nos permitimos plantear, por las consideraciones expuestas, que se debe legislar en materia de controversias marítimas y someter las mismas a arbitraje.

Creemos que no obstante estamos utilizando este razonamiento para el caso materia de investigación, el mismo se podría usar para otras figuras jurídicas que por su carácter técnico podrían ser excluidas por regla general de la tutela jurisdiccional del Estado, dejando en manos de privados vía arbitraje la solución correspondiente.

### 3.2. Posibilidades de instaurar arbitraje marítimo a partir del derecho comparado

#### 3.2.1. El denominado arbitraje forzoso en el caso chileno: el artículo 1203 del Código de Comercio

Las razones que se establecen para la existencia de esta figura en el artículo 1203 del Código de Comercio de Chile, no son ajenas a nuestra realidad.

Como se ha hecho mención con anterioridad, el caso chileno es uno de particulares aristas. A partir de la redacción del artículo 1203° -regulado en el el Título VIII, del Libro III, De los procedimientos en el Comercio Marítimo– de su Código de Comercio se estableció una regulación *pro jurisdicción arbitral*. En estricto, este artículo prescribe que: *El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje...*

Lo que ha hecho el legislador chileno, estrictamente, es crear la prevalencia a un sistema jurisdiccional especializado, subrogándose a la voluntad de las partes e imponiendo que la regla general ya no será el recurrir a la jurisdicción ordinaria, sino la arbitral.

Sin embargo, existen excepciones importantes a la regla creada, como cuando las partes, efectivamente, pactan que desean recurrir a la jurisdicción estatal. Esta decisión podrá tomarse

en el mismo contrato o antes de la posibilidad de iniciar el juicio (Cornejo Fuller, 2003), tal como lo establece la propia norma.

Por otro lado, Cornejo Fuller (2003) nos comenta que en la academia chilena se cuestionó que una ley local tuviera que prevalecer sobre un convenio internacional como lo son las Reglas de Hamburgo (justamente en lo referido en las excepciones, tanto en el artículo 1032 del Código y el 21 de las Reglas). Sin embargo, se llegó a una atinada conclusión: este convenio internacional no versa sobre derechos humanos, por lo que no tiene un arraigo constitucional que permita limitar la soberanía del propio Estado expresada en una regulación interna (pág. 281).

En el sentido del párrafo anterior se ha expresado (Cornejo Fuller, 2003), cuando sostiene que:

No creemos que esa tesis sea válida porque la divergencia se refiere a un mero tema de jurisdicción y competencia materias que todos los tratados internacionales difieren a lo que respectivamente establezcan las leyes locales sobre procedimiento. Y además porque la restricción a la soberanía de la ley chilena para asignar jurisdicción y competencia en este caso no se refiere al respeto de los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana.

De suerte que no hay ningún conflicto entre las reglas de Hamburgo ratificadas en Chile y esta regla limitante a los términos amplios de la letra D del artículo 21 de las referidas reglas. Honestamente no creemos que en un pleito entre un consignatario chileno y un transportador extranjero estén comprometidos los derechos esenciales que emanen de la naturaleza humana “del transportador” y que merezcan a favor del extranjero, mayor protección que la que significa para un litigante chileno no tener que recurrir a cualquier tribunal en cualquier rincón del mundo. (pág. 282)

A partir de lo explicado, pareciera que la doctrina y jurisprudencia chilena han tenido que hacer un esfuerzo de interpretación de las Reglas de Hamburgo y del propio artículo 1203 de su Código de Comercio, sobre todo cuando habla de la excepción establecida en el inciso 1 relativa a que no se aplica la obligatoriedad de someter a arbitraje las controversias marítimas si las partes lo hubiesen acordado de otra manera. Aquí vemos como justificación primero tratar de establecer que el acuerdo debe ser expreso y por escrito y por otro lado la predominancia de la ley chilena a lo establecido en el conocimiento de embarque.

En consecuencia, la norma que se incorpore a nuestro Código debe ser clara. No obstante, para nosotros no existirá una situación como esta ya que no somos parte de las Reglas de Hamburgo, sino de las Reglas de la Haya y esta no establece ninguna prescripción sobre la competencia de tribunales ordinarios en la solución de controversias.

A mayor abundamiento, es importante tener en cuenta lo establecido en los artículos 929° y 981° del Código de Comercio Chileno, que establecen lo siguiente:

**Artículo 929°**

Las normas sobre el contrato marítimo serán imperativas para las partes salvo en los casos en al que ley expresamente disponga lo contrario.

**Artículo 981°**

Las disposiciones de este párrafo no son aplicables a los contratos de fletamento. No obstante, cuando, se emita un conocimiento de embarque en cumplimiento de un contrato de fletamento ellas se aplicarán a ese conocimiento de embarque si éste regula la relación entre transportador o el transportador efectivo y el tenedor del conocimiento que no sea fletador.

Si en un contrato se contempla el transporte de mercancías en embarques sucesivos durante un plazo acordado, las disposiciones de este párrafo se aplicarán a cada uno de estos embarques.

Es por esto que el Código de Comercio de Chile prima sobre las cláusulas atributivas de jurisdicción de los conocimientos de embarque.

### **Designación de los árbitros**

Sobre el procedimiento para el nombramiento de árbitros, sólo encontramos una norma muy general en el inciso segundo del artículo 232° del Código Orgánico de Tribunales que, en lo que respecta al nombramiento judicial, simplemente se remite al procedimiento para designar peritos. En la práctica, luego, hay dos formas o vías alternativas para la designación del o los jueces árbitros:

#### **1. De manera extrajudicial**

Como en todo negocio jurídico, las partes, de común acuerdo, pueden designar al juez árbitro por vía convencional y extrajudicial, aunque en la vida real esta opción se da con poca frecuencia. Se puede hacer de dos formas:

(a) Con ocasión de la disputa, mediante la suscripción de un contrato de compromiso otorgado por escritura pública, en el cual se designa a la persona del árbitro (o más de uno, si se quiere), el lugar de sustanciación del juicio, la calidad del árbitro (arbitrador, de derecho o mixto) y - dependiendo de la calidad del árbitro- las reglas especiales de procedimiento que pudieren querer incorporar en defecto de o en reemplazo de las normas procesales ordinarias, tales como, por ejemplo, en materia de plazos, medios de prueba, recursos etc.

(b) De manera anticipada (aunque es más bien muy infrecuente), lo cual normalmente ocurrirá en contratos de transporte marítimo de cierta envergadura, mediante la incorporación en el contrato de una cláusula compromisoria. No me refiero con esto a los simples conocimientos de embarque, sino que a contratos propiamente tales.

## 2. Por vía judicial

Lo normal o habitual es que no exista acuerdo previo, toda vez que la única evidencia sobre el contrato de transporte con que cuenta el interesado (futuro demandante) suele ser solo el conocimiento de embarque. Cabe tener presente que en lo que respecta a cláusulas sobre jurisdicción y competencia en conocimientos de embarque, como ya hemos mencionado estas carecen de validez en Chile pues -amén de la discusión doctrinal sobre la unilateralidad y contratación por adhesión - la normativa del Código resulta ser imperativa a este respecto (arbitraje forzoso cuando proceda, y en Chile), conforme al artículo 929° del Código de Comercio.

Nosotros trataremos de seguir nuestro planteamiento tratando de ajustar a nuestra realidad la lógica que ha seguido la legislación chilena para instaurar el fuero arbitral. Creemos que en cuanto a la designación de los árbitros nuestra **ley de arbitraje es suficientemente completa para de manera supletoria cubrir la voluntad de las partes**. Así, el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que regula el arbitraje, norma este aspecto en su artículo 22° de la siguiente manera:

## **Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros.**

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.
3. **Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo.** La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.
4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.
5. **Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.** [El resaltado es nuestro]

Como se observa, en el caso de nuestra legislación existe una regulación clara acerca de la elección de árbitros, tanto en su calidad (si es que el árbitro debe ser abogado o no) y en tanto el método de elección (si será por las partes o por la institución arbitral).

### **3.2.2. Aplicabilidad del arbitraje forzoso en el caso peruano:**

El arbitraje forzoso en el ordenamiento peruano no es una novedad. Ya existen en nuestro medio casos de arbitrajes forzosos que se han aplicado en virtud de los intereses de quienes desean recurrir a una jurisdicción más idónea. Es el caso, por ejemplo, de lo que pasa en el arbitraje potestativo en el ámbito laboral y el arbitraje en las contrataciones con el Estado.

### 3.2.2.1. En el Derecho Laboral

La figura del arbitraje en el derecho laboral peruano no es de tan reciente data, aunque tampoco muy antiguo, pero ya en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, publicada el 21 de junio 1996, contemplaba en su artículo 104 la posibilidad que la partes llegaran a un acuerdo para someter el conflicto ante un tribunal arbitral. De igual manera, en la Ley N° 29497, la Nueva ley procesal de trabajo en su Quinta Disposición complementaria establece que el Estado implementa lo necesario para la promoción de la conciliación extrajudicial administrativa y el arbitraje.

Pero no fue hasta la emisión del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, publicado el 17 de setiembre de 2011, que se instituyó el denominado arbitraje potestativo. Fue llamado así en atención a la situación jurídica que el cuerpo normativo otorgaba a una de las partes: la situación jurídica subjetiva de potestad, entendida como la *facultad* que tiene el sujeto de tener injerencia en la esfera jurídica de otro sujeto sin que este pudiera hacer algo para evitarlo.

La característica de potestativo se sustenta en que alguna de las partes de una negociación colectiva puede, bajo ciertos supuestos, iniciar un proceso arbitral sin que la otra parte pudiera negarse, estos supuestos están regulados en el artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y son dos: (i) cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y, (ii) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

La justificación que se ha encontrado en nuestro medio para este tipo de arbitraje, forzoso en el fondo, es la tutela de los trabajadores frente a la evasión de los empleadores a dar solución a los conflictos laborales y siendo que el Estado promueve una solución de conflictos acorde a lo normado por la Ley de Relaciones Colectivas y que la huelga no es un estatus que debe promoverse (aunque tampoco prohibirse), entonces el Estado debe de permitir que se llegue a una solución pacífica. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en la sentencia que recae sobre el Expediente N° 03561-2009-PA/TC:

Que [...] si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR , y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto.

Una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental.

Por lo demás, solo así cobra cabal sentido la especificación realizada por el artículo 63° del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, conforme a la cual “[d]urante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador” (cursiva agregada).

**En efecto, esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61° del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación.** [El resaltado es nuestro]

Como se aprecia, bajo consideraciones de la protección de los derechos laborales, el Estado ha creado esta nueva figura por la que se tutela los intereses de un grupo determinado. Esto se encuentra acorde con lo expresado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en tanto apoyan validez del arbitraje obligatorio en casos específicos de protección laboral (Gernigon, Otero, & Guido, 2000).

El citado Decreto Supremo N° 014-2011-TR, que modificó el Decreto Supremo N° 011-92-TR y creó el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas establece, en su parte pertinente, lo siguiente:

### **Artículo 61-A. Arbitraje potestativo**

Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

- a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,
- b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Ocurridos los supuestos referidos, las partes deben designar a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación. El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral.

Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (03) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del tribunal solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución.

#### **3.2.2.2. En el régimen de contrataciones con el Estado**

En el caso de las contrataciones con el Estado también ha sido el propio Estado el que ha implementado la figura de un arbitraje obligatorio entre este y el contratista, sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria (García-Calderón Moreyra, 2014). Esto ha sido así porque, entre otras cosas, tanto el contratista como el contratante buscan una manera eficaz y rápida para solucionar un problema cuya vigencia no solo significa una pérdida de recursos para el Estado, sino además una pérdida de bienes y servicios cuya finalidad era lograr calidad de vida y desarrollo para la sociedad.

En este caso concreto, se tiene que ya en el Decreto Legislativo N° 1017, publicado el 03 de junio de 2008, Decreto que aprueba la Ley de Contrataciones con el Estado, se regulaba al arbitraje como un método de resolución de conflictos necesario y obligatorio frente al no

ejercicio de la conciliación. Así, el su artículo 40 de la citada ley establece cuáles son las cláusulas obligatorias en todo tipo de contratos, entre las que se encuentra:

b) Solución de controversias: **Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje.** En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento. [El resaltado es nuestro]

La misma tónica siguieron las leyes posteriores, hasta llegar a la actual Ley N° 30225, publicada el 11 de julio de 2014 y modificada por Decreto Legislativo N° 1444, Ley de Contrataciones con el Estado, la cual en su artículo 45 regula lo mismo que la anterior norma citada. Así:

45.1 **Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje,** según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. **Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.** [El resaltado es nuestro]

Como se observa, la lógica del ordenamiento es recurrir sí o sí al fuero arbitral. Esto lo explican bien Castillo Freyre y Sabroso Minaya (2009) cuando indican que no solo el Estado se niega a promover el arbitraje, sino que *«Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria»* (pág. 24).

A nuestra consideración debemos decir que si bien este tipo de casos en los que el Estado se aparta de su propia jurisdicción e incluso cuando nos encontramos ante contratos en donde el Estado tiene preponderancia sobre su co-contratante (contratos administrativos), se ha optado por este rumbo no solo para beneficiar al contratista privado o no solo para cumplir con la función del Estado de promover el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, sino porque en realidad es lo más conveniente para él mismo.

Podemos llegar a esa conclusión de una manera bastante sencilla: la finalidad de la contratación pública, sobre todo en la etapa de su ejecución, es dotarse de bienes y servicios que tengan como destinatario final al propio administrado (Morón Urbina, 2006).

Debe tenerse en cuenta que esta forma de regular un arbitraje forzoso no recurre a una cláusula general de contratación, pues el contratante no cuenta con una cláusula redactada modelo que fuera a insertar en el contrato, ni tampoco la administración ha aprobado alguna (como sí sucede, por ejemplo, en el derecho de seguros). Lo que sí sucede es que la Ley de Contrataciones con el Estado obliga a que las partes inserten una cláusula cuyo contenido sea un convenio arbitral y, en caso no se haya acordado, suple igual la voluntad de las partes y ordena a que el conflicto sea resuelto vía esta jurisdicción (artículo 226 de la citada norma).

#### 4. **Propuesta legislativa**

Al final este trabajo plantea una propuesta legislativa para establecer el arbitraje como mecanismo de solución de controversias derivadas del transporte marítimo como lo hizo el anteproyecto de Ley de La Navegación que fue parte de la comisión encargada de elaborar el proyecto de Código de Comercio y que estuvo recogida en un artículo 447° y que no fue parte del proyecto final. Asimismo, también nos hemos basado en el artículo 1203° del Código de Comercio de Chile.

Como quiera que nosotros solo estamos refiriéndonos a un tema y los antecedentes señalados son parte integral de un cuerpo normativo, solo intentaremos un ensayo muy delimitado como idea general de lo que pensamos se debiera tomar en cuenta si se pretende legislar en esta materia.

Así las cosas, en términos generales proponemos como lo hizo el anteproyecto de Ley de la navegación la siguiente redacción:

El conocimiento de toda controversia derivada de los contratos de transporte marítimo de mercancías será sometido a arbitraje. Salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, será institucional y se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la Ley

General De Arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo. Toda otra forma de solución de controversias que sea parte del conocimiento de embarque se tendrá por no puesta.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable en los casos siguientes:

1. Cuando las partes o interesados expresen su voluntad por escrito de someterse al poder judicial o a jurisdicción extranjera, sea ordinaria o arbitral, de manera expresa.
2. Cuando la cuantía no exceda de 60 Unidades de Referencia Procesal (URP)<sup>22</sup>. En tal caso el demandante podrá optar por recurrir a la jurisdicción arbitral u ordinaria.



---

<sup>22</sup> Nótese que el monto de la cuantía se debe a que en procesos litigiosos de menor monto no justifica asumir los costos que conlleva un proceso arbitral, por lo que correspondería recurrir a la jurisdicción pública que, en términos de costos directos, es más económico que el arbitraje.

## CONCLUSIONES

- (i) Hemos tomado como base para nuestro planteamiento legislativo de dar una solución arbitral a las controversias marítimas solo a los contratos de transporte de mercancías, esto por ser los más relevantes en cuanto a su uso cotidiano y por lo tanto los que potencialmente pueden generar más controversias. Sin embargo puede aplicarse a todas las controversias marítimas, incluido los seguros marítimos.
- (ii) Siendo el transporte marítimo de mercancías en contenedores el de uso más común y masivo, son también los que a nivel de casuística y tipos de reclamaciones presentan mayor volumen y diversidad. Así, dentro del tecnicismo de la materia, hemos querido indicar a modo de ejemplo relevante el tema de la carga de agro exportación como un nuevo fenómeno que necesita ser tratado con la especialidad que la materia requiere y para lo cual consideramos que el arbitraje sería una jurisdicción más adecuada.
- (iii) El conocimiento de embarque, como documento donde están incluidas las condiciones del contrato de transporte marítimo de mercancías, contiene por lo general cláusulas atributivas de jurisdicción, arbitrales (o por referencia) para la solución de las controversias. Sin embargo, vemos que estas tienen tratamiento diferente en distintos países. De los países que hemos utilizado para efectos del presente trabajo, vemos cómo España y Argentina hacen prevalecer sus tribunales a lo que se haya establecido en el conocimiento de embarque, mientras que Chile también lo hace, pero a través del arbitraje en sede nacional. Como sabemos, nuestro país adolece de una legislación particular en esta materia lo que ha generado que cuando se recurre al Poder Judicial, estos asuman competencia por varias razones, todas ellas poco técnicas, pero que al final han marcado una ruta para que las controversias de esta naturaleza sean vistas en sede judicial.
- (iv) Cuando uno analiza las diferentes resoluciones emitidas por el Poder Judicial en casos similares, se da con la sorpresa de que se están aplicando criterios totalmente contradictorios y anti técnicos y se llega a la conclusión de que no es la jurisdicción adecuada para la solución de controversias en el Perú, dado que no existen tribunales especializados en esta materia.

- (v) Como uno de los ejemplos más claros de los señalado en el punto anterior tenemos las casaciones de la Corte Suprema donde equipara el concepto FCL/ FCL con *house to house*. Este error en que ha incurrido la Corte Suprema es de tal magnitud que los jueces ante el desconocimiento de las instituciones marítimas siguen utilizando este criterio errado, generándose muchas situaciones claramente arbitrarias. Creemos que si estos fueran vistos por árbitro con cierta experiencia en la materia, entonces habría una mejor solución de las controversias.
- (vi) Durante el desarrollo de los capítulos, hemos ido desarrollando las problemáticas que se presentan en el Perú para el transporte marítimo de mercancías, así como las formas de solución de controversias que tienen otros países. En ese sentido nos inclinamos por proponer una formula legislativa como la que existe en Chile, y como la que fue propuesta en una de las versiones del anteproyecto de ley de la navegación, estableciendo el arbitraje forzoso en esta materia. Como ya mencionamos, si bien para efectos del presente trabajo solo hemos abordado el tema del transporte marítimo de mercancías, la solución que planteamos de llevar este tipo de controversias al fuero arbitral podría aplicar para todo tipo de controversias marítimas.
- (vii) En el caso peruano la Constitución Política en su artículo 139° establece la existencia del fuero arbitral, y asimismo que se puede establecer una jurisdicción determinada por Ley. El artículo 2° de la Ley de Arbitraje también establece que pueden ser sometidas a arbitraje las controversias que la ley autorice.
- (viii) En tal sentido, se han establecido en el Perú casos de arbitraje forzoso en materia laboral, en materia de contratación pública, como ya hemos explicado. Dentro de este marco es que proponemos que se añada a este grupo las controversias derivadas del transporte marítimo de mercancías y, cómo no, de todas las controversias marítimas.
- (ix) Nuestra fórmula legislativa establece que se vean en vía arbitral todas las controversias derivadas del transporte marítimo de mercancías, no siendo aplicables en el Perú las clausulas atributivas de jurisdicción judicial o arbitral, salvo que las mismas sean pactadas por escrito de manera independiente por las partes. El arbitraje deberá ser institucional y la elección de los árbitros, a falta de acuerdo, debe hacerse de acuerdo a lo establecido en la ley de arbitraje Decreto legislativo 1071.

## Tabla de ilustraciones

Ilustración 1: Movimiento de carga en los terminales portuarios de uso público y privado año 2020.....	9
<b>Ilustración 2: Relación comercial del contrato de transporte marítimo de mercancías ..</b>	<b>23</b>
<b>Ilustración 3: Tipo de naves por ámbito a nivel nacional, año 2018 .....</b>	<b>24</b>
Ilustración 4: Volumen de Agroexportaciones .....	28
Ilustración 5: Principales productos de Agroexportación .....	29



## Referencias Bibliográficas

- Arbitrador. (2001). *Diccionario Jurídico Chileno*. Recuperado de <http://www.juicios.cl/dic300/ARBITRO>
- Autoridad Portuaria Nacional. (2017). *Estadísticas portuarias del 2017*. Lima: APN.
- Barone, M. (2018). El agente marítimo, sus funciones y la responsabilidad. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 297-330.
- BBC Chartering. (enero de 2011). *BBC Chartering*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de [https://www.bbc-chartering.com/fileadmin/user\\_upload/Downloads/BBC\\_Terms\\_01-2011.pdf](https://www.bbc-chartering.com/fileadmin/user_upload/Downloads/BBC_Terms_01-2011.pdf)
- Beltrán Montiel, L. (1976). *Curso de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Castillo Freyre, M., & Sabroso Minaya, R. (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Lima, Perú: Palestra.
- CCNI. (enero de 15). *Hamburg Sud*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de [https://ecom.ccni.cl/ecom/media/eCommerce\\_ccni/terms\\_and\\_conditions/CCNI\\_BL\\_TC\\_2015.pdf](https://ecom.ccni.cl/ecom/media/eCommerce_ccni/terms_and_conditions/CCNI_BL_TC_2015.pdf)
- Chami, D. (2010). *Manual de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- CMA CGM. (mayo de 2016). *CMA CGM*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.cma-cgm.com/static/eCommerce/Attachments/CMACGM-Terms-and-Conditions-2016-08.pdf>
- Comercio, C. e. (1999). Anteproyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Lima, Lima, Perú: Congreso de la República.
- Compañía Sudamericana de Vapores. (2017). *Compañía Sudamericana de Vapores*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <http://www.csav.com/special-services/en/customerservices/businessstermsconditions/pages/bl-terms-and-conditions-compa%C3%B1a-sudamericana-de-vapores.aspx>
- Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimiento de Embarque. (25 de agosto de 1924). Bruselas, Bélgica.
- Cornejo Fuller, E. (2003). *Derecho marítimo chileno*. Valparaíso: Valparaíso.
- Cosco Shipping Lines Co., Ltd. (enero de 2017). *Cosco Shipping*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.coscon.co.uk/wp-content/uploads/2017/01/TERMS-AND-CONDITIONS-20170101.pdf>
- Cusman Barriga, G. (marzo de 2016). La responsabilidad en el contrato marítimo de mercancías. Lima, Perú.
- DB Schenker. (mayo de 2009). *DB Schenker*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.dbschenker.com/resource/blob/389486/b5596da9459bc8e199d9b742838e5d2c/bill-of-lading-terms-and-conditions-data.pdf>
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato general* (Vol. I). Lima, Perú: Palestra.

- De la Vega Justribó, B. (2007). El arbitraje en el Derecho Marítimo. En J. L. Collantes González, *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (págs. 13-39). Lima: Palestra.
- Domingo Ray, J. (1992). *Derecho de la navegación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Evergreen Line. (mayo de 2012). *Evergreen Line*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de [https://www.evergreen-line.com/static/html/EGLV\\_BLClause2012.pdf](https://www.evergreen-line.com/static/html/EGLV_BLClause2012.pdf)
- García Ascencios, F. (1 de junio de 2015). *Enfoque Derecho*. Recuperado el 02 de marzo de 2019, de <https://www.enfoquederecho.com/2015/06/01/arbitraje-en-salud-essalud-esta-obligado-a-someterse-al-arbitraje-administrado-por-el-centro-de-conciliacion-y-arbitraje-de-susalud/>
- García-Calderón Moreyra, G. (2014). *Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado*. Recuperado el 13 de marzo de 2019, de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/Banner/Enlaces/Revista%20Arbitraje.pdf>
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, 37-59.
- González Lebrero, R. (2000). *Manual de Derecho de la Navegación*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- González Lebrero, R. A. (1998). *Curso de Derecho de la Navegación*. Vitoria: Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Guastini, R. (2016). *Las fuentes del Derecho: fundamentos teóricos*. Lima, Perú: Raguel.
- Guzmán Escobar, J. (2005). El agente de carga. *E-Mercatoria*, 1-21.
- Guzmán Escobar, J. V. (2007). *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hamburg Sud. (enero de 2019). *Hamburg Sud*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de [https://www.hamburgsud-line.com/liner/media/sonstiges/starting\\_page\\_3/terms\\_\\_\\_conditions/bl/2019-01\\_HS\\_BL\\_A4\\_verso.pdf](https://www.hamburgsud-line.com/liner/media/sonstiges/starting_page_3/terms___conditions/bl/2019-01_HS_BL_A4_verso.pdf)
- Hapag Lloyd. (marzo de 2013). *Hapag Lloyd*. Recuperado el 2016 de enero de 2019, de [https://www.hapag-lloyd.com/content/dam/website/downloads/pdf/Hapag-Lloyd\\_Bill\\_of\\_Lading\\_Terms\\_and\\_Conditions.pdf](https://www.hapag-lloyd.com/content/dam/website/downloads/pdf/Hapag-Lloyd_Bill_of_Lading_Terms_and_Conditions.pdf)
- Huapaya Tapia, R. (julio de 2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. *Ius et veritas*(46), 284-329.
- Maersk Line. (2013). *Maersk Line*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://terms.maerskline.com/carriage>
- Malvagni, A. (1956). *Derecho marítimo: contratos de transporte por agua*. Buenos Aires: Depalma.
- Matilla Alegre, R. (1999). *Internacionalidad del derecho marítimo y jurisdicción internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Mendoza Caballero, L. (2016). El convenio arbitral comercial en el conocimiento de embarque. 13. Lima, Perú: PUCP.
- Mestanza García, O. (mayo de 2018). *Sociedades*. Recuperado el 13 de febrero de 2019, de <https://sociedades560.files.wordpress.com/2018/05/sociedades-mayo-2018.pdf>
- Morón Urbina, J. (2006). Los principios inspiradores de la Contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *Themis*(52), 189-210.
- Ocean Network Express. (2017). *Ocean Network Express (ONE29)*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.one-line.com/en/standard-page/b/l-terms>
- Pejovés Macedo, J. (2008). ¿Es Necesario Modernizar el Derecho Marítimo Peruano? *Ius et Praxis*, 38-39, 269-328.

- Ramos Padilla, C. (1 de diciembre de 2009). *El conocimiento de embarque en la Ley de Título Valores*. Recuperado el 15 de marzo de 2019, de Boletín de Derecho de la Universidad San Juan Bautista: <http://boletinderecho.upsjb.edu.pe/articulo.aspx>
- Romero Seguel, A. (1999). Nociones sobre la justicia arbitral. *Revista Chilena de Derecho*, 26(2), 405-430.
- Sandoval López, R. (2013). Análisis comparativo de las Reglas de Hamburgo y las las Reglas de Rotterdam. *Ius et Praxis*, 371-384.
- Scognamiglio, R. (1996). *Teoría General del Contrato*. (F. Hinestrosa, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Seaboard Marine. (mayo de 2008). *Seaboard Marine*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.seaboardmarine.com/bill-lading-terms-conditions/>
- TT Club. (25 de abril de 2007). *TT Club*. Recuperado el 15 de 03 de 2019, de TT Club: <https://www.ttclub.com/loss-prevention/tt-talk/tt-talk-whats-in-a-name-3079/>
- Vega López, J. (2006). El arbitraje "obligatorio" que pone fin a la huelga. *Temas laborales*, 263-292.
- Witker V., J. (enero - junio de 1982). Los contratos de utilización de buque en el Derecho Marítimo mexicano. (UNAM, Ed.) *Revista de la Facultad de Derecho de México*(121, 122 y 123), 163-173.
- Zeamarine. (s.f.). *Zeamarine*. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <https://www.zeamarine.com/lading-terms/>

