

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**

**EL CONVENIO ARBITRAL COMERCIAL EN EL CONOCIMIENTO
DE EMBARQUE**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la
Empresa**

AUTOR:

LUIS ROLANDO MENDOZA CABALLERO

ASESOR:

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA

JURADO:

GUILLERMO AULER SOTO

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA

OSCAR OSTERLING MORANTE

**LIMA – PERÚ
2016**



INDICE

INTRODUCCION.....	5
CAPITULO I: Personas y empresas que intervienen en el comercio internacional marítimo y el esquema de negocio del transportista marítimo.	
1.1 Personas que intervienen en el comercio marítimo internacional.....	7
1.1.1 El propietario del buque.....	8
1.1.2 El armador de un buque.....	8
1.1.3 El naviero en el código de comercio.....	9
1.1.4 El operador.....	9
1.1.5 El fletador.....	10
1.1.5.1 Contrato de fletamento con demise – Bareboat Charter party.....	10
1.1.5.2 Contrato de fletamento sin demise.....	10
1.1.5.2.1 Contrato de fletamento voyage.....	11
1.1.5.2.2 Contrato de fletamento time.....	11
1.1.6 El cargador.....	12
1.1.7 El transportador.....	12
1.1.8 El freight forwarder o agente de carga.....	12
1.1.9 El consignatario.....	13
1.2 Esquema de negocio del transportista marítimo.....	14
1.2.1.La empresa propietaria de la embarcación.....	15
1.2.2.La empresa administradora del negocio marítimo shipmanagement.....	16
1.3 El conocimiento de embarque.....	16
1.3.1.Funciones.....	17
1.3.1.1. Recibo de mercancías a bordo.....	17
1.3.1.2 Prueba de la existencia de un contrato de transporte de mercancías.....	18
1.3.1.3 Título valor representativo de las mercancías.....	18
1.4 El documento electrónico de transporte.....	19
1.4.1 Documento electrónico de transporte negociable.....	20
1.4.2 Documento electrónico de transporte no negociable.....	20
1.5 El contrato de transporte.....	21
1.5.1. Definiciones.....	21
1.5.2 Características.....	22
1.5.3 Clases.....	23
1.5.3.1. Contract of affreightment.....	23
1.5.3.1.1 Contrato de fletamento.....	23
1.5.3.1.2 Contrato de transporte bajo conocimiento de embarque.....	23
1.5.4 Contrato de transporte de mercancías por mar en el Perú.....	24
1.6 Legislación nacional.....	24
1.6.1 El contrato de transporte en el código de comercio de 1902.....	24
1.6.2 El contrato de transporte en las Reglas de la Haya de 1924.....	24
1.7 Principales problemas que podrían permitir el uso del convenio arbitral en los conocimientos de embarque.....	25
1.7.1 Los faltantes de carga.....	25
1.7.2 Daños a la carga.....	28
1.8 Análisis económico de la validez del convenio arbitral en los conocimientos de embarque.....	29
1.8.1 Situaciones de ambas partes frente al incumplimiento del convenio Arbitral.....	30

1.8.2	Externalidades ante el incumplimiento de un convenio arbitral. ¿Es bueno incumplir un convenio arbitral en un conocimiento de embarque?.....	31
1.8.3	Beneficios y viabilidad de un convenio arbitral en el conocimiento de embarque.....	34
CAPITULO 2. Las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque.....		38
2.1	Cláusula arbitral adherida al conocimiento de embarque. Incorporación por referencia.....	40
2.2	Cláusulas arbitrales en el contrato de fletamento. Incorporación por referencia.....	42
2.3	Cláusulas arbitrales ¿arbitraje sólo en Londres y Nueva York?.....	45
2.4	Problemas sobre las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque. Ausencia de regulación.....	50
2.5	Validez de la cláusulas arbitrales adheridas en el conocimiento de embarque. Incorporación por referencia.....	51
2.6	El arbitraje en los conocimientos de embarque como solución Eficiente.....	52
2.7	Interpretación de la cláusula arbitral en otros países.....	54
2.7.1	Reino Unido.....	54
2.7.2	Italia.....	56
2.7.3	Estados Unidos.....	56
CAPITULO 3. El empresario peruano como consignatario de la carga y su posición contra las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque en el comercio internacional.....		58
3.1	Posición que el consignatario peruano no firma el conocimiento de embarque y por ende considera no estar obligado. Supuesto del Contrato a favor de tercero.....	61
3.2	Posición de que el consignatario peruano no firma el contrato de fletamento y por ende no puede ser obligado a un convenio arbitral contenido en un contrato de fletamento. Supuesto de la incorporación por referencia.....	64
3.3	Posición de que el consignatario peruano no formo parte de la negociación previa del contrato de transporte y por ende no puede ser obligado a una cláusula arbitral de un conocimiento de embarque. Supuesto del contrato a favor de tercero.....	66
3.4	Posición de que el conocimiento de embarque es un contrato de adhesión.....	67
3.5	El arbitraje como mecanismo de solución de conflicto y la ausencia de regulación del arbitraje en los conocimientos de embarque.....	72
CAPITULO 4. El convenio arbitral adherido en el conocimiento de embarque en el Perú.....		75
4.1	Naturaleza jurídica de las cláusulas arbitrales.....	75
4.1.1.	La teoría jurisdiccional.....	75
4.1.2.	La teoría contractualista.....	76
4.1.3	La teoría mixta o ecléctica.....	77
4.2	Naturaleza jurídica del arbitraje respecto al tercero no signatario.....	77
4.3	Sobre los casos de aplicación para los modelos del convenio arbitral en el conocimiento de embarque.....	78
4.3.1.	Incorporación por referencia.....	79

4.3.2. Contrato a favor de tercero.....	82
4.4 Sobre el conocimiento de embarque y el contrato de adhesión.....	84
4.5 Artículo 14 del decreto legislativo 1071 Ley de Arbitraje o ley que norma el arbitraje.....	88
4.6 Sentencia del tribunal constitucional. Precedente de observancia obligatoria sobre amparo arbitral.....	91
4.7 Necesidad de regulación del arbitraje en materia de conocimiento de embarque.....	95
CONCLUSIONES.....	98
BIBLIOGRAFIA.....	101



INTRODUCCION

La presente investigación trata de un tema muy controvertido en el comercio internacional: La validez de las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque

Este tema es de gran importancia en la actualidad, debido a que en la actualidad son las empresas de transporte marítimo las que movilizan la mayor cantidad de mercancías en el mundo.

El comercio internacional está vinculado hoy en día al transporte marítimo, debido a una razón de costos, pues el transporte de mercancías por mar, es mucho más barato que el transporte por avión, y por carretera, lo que hace que en la actualidad la mayoría de mercancías a nivel internacional sea trasladada por mar.

Sin embargo, este transporte internacional de mercancías trae nuevos problemas, pues al ser un transporte internacional de mercaderías por mar, la mercancía pasa por diferentes estados con diferentes regulaciones, y al llegar al Perú, al ser el lugar del cumplimiento del contrato de transporte por mar, este se encuentra con el ordenamiento legal peruano para la solución de muchos de sus problemas.

Sin embargo, en el Perú no existe una regulación específica sobre las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque teniendo por ello que aplicar la ley de títulos valores, la Ley de Arbitraje (decreto legislativo 1071) lo que ha hecho que exista mucha discusión sobre si es válida o no válida la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque.

Por todo esto, es indispensable su estudio, pues la búsqueda de medios alternativos de solución de conflictos son importantes para la economía de un país, pues en un país donde los mecanismos de solución son rápidos, la economía crece, pues los inversionistas invierten en países donde el cumplimiento de los contratos son más ágiles y expeditivos.

De este modo, analizaremos si es económicamente viable que dichas cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque sean o no aceptadas en el Perú, Por lo tanto, tendremos que analizar si el mecanismo alternativo de solución de conflicto es válido en nuestro país y si es posible aceptarlo o no en los casos donde se encuentre el cumplimiento de un contrato que se encuentra plasmado en un título valor como es el conocimiento de embarque.

Para demostrar nuestra hipótesis de que la cláusula arbitral a que se hace referencia en el conocimiento de embarque es válida en nuestro ordenamiento en el primer capítulo explicaremos las definiciones de las diferentes personas que intervienen en el comercio internacional y las externalidad que surgen al incumplir un convenio arbitral.

En la segunda sección estudiaremos ya las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque a efectos de analizar su validez o no validez de dichas cláusulas y si el arbitraje en el conocimiento de embarque es una solución eficiente y también se apreciará como ha sido el tratamiento legislativo de las cláusulas arbitrales incorporadas en el conocimiento de embarque en otros países.

En la tercera sección se analizarán las diferentes posiciones que hay entre el empresariado peruano al rechazo de las cláusulas arbitrales y las posiciones a favor de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque y se analizará la ausencia de regulación que existe en nuestro país con respecto a este tema de las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque.

Finalmente, ya en la cuarta y última sección se analizará la naturaleza de las cláusulas arbitrales, las teorías de la naturaleza, los supuestos de aplicación a la cláusula arbitral del conocimiento de embarque y las soluciones que se han podido dar con respecto a este tema, el análisis que se podría hacer con la Ley de Arbitraje (decreto legislativo 1071) y la posición del tribunal Constitucional sobre los arbitrajes en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje (decreto legislativo 1071).

CAPITULO I. PERSONAS Y EMPRESAS QUE INTERVIENEN EN EL COMERCIO INTERNACIONAL MARÍTIMO Y EL ESQUEMA DE NEGOCIO DEL TRANSPORTISTA MARITIMO.

En la presente sección, se comenzará estableciendo las definiciones previas que utilizaremos a lo largo de la tesina y que servirán para entender nuestro tema del convenio arbitral en los conocimientos de embarque.

El conocimiento de embarque conforme al artículo 246 de la Ley de Títulos Valores establece que “El conocimiento de Embarque representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial. Las normas de esta 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”¹

Sin embargo, nuestra Ley de Títulos Valores no define a las personas que intervienen dentro del conocimiento de embarque y que son parte de este documento.

Asimismo en la propia Ley de Títulos Valores señala en su artículo 247 inciso L) que el conocimiento de embarque podrá contener: Cláusulas Generales de contratación del servicio de transporte y cualquier otra indicación que permita o disponga la ley de la materia”². Lamentablemente este artículo no hizo referencia a los convenios arbitrales.

Por ello, esta sección comenzará a definir los distintos actores que participan en el comercio marítimo internacional de mercancías para adentrarnos sobre las vinculaciones que pueden existir entre las distintas partes que intervienen dentro del comercio internacional.

1.1. Personas que intervienen en el comercio marítimo internacional.

¹ Ley 28287 Ley de Títulos Valores. 19 de Junio de 2009. Art 246.

² Ley 28287 Ley de Títulos valores. 19 de Junio de 2009. Art 247 inciso L).

Las personas que intervienen en el comercio marítimo son varias, y existen definiciones diversas, pero para efectos de una mayor comprensión se comenzará dando los conceptos básicos que guían el presente trabajo de investigación.

1.1.1 El propietario de un buque

Así Alfredo Ostoja nos señala citando a Rodolfo Gonzales Lebrero lo siguiente:

Propietario y armador (naviero) son dos calidades que pueden o no coincidir, pero que se dan de todas maneras, en distintos planos y si nuestra legislación confunde ambos regímenes, ello debe atribuírsele al hecho que el codificador sólo conocía la actividad navegatoria ligada a la propiedad del vehículo; el propietario del buque ejerciendo por se la navegación de éste. Sin embargo, resulta claro que en los casos de locación del buque, al recibir del propietario la tenencia de este, el locatario asume la posibilidad – de hecho y de derecho – de disponer de su navegación, y en consecuencia queda investido de la condición de armador (naviero) propietario y armamento, aunque coincidentes en un punto – el buque – quedan así disociadas.³

Debemos de señalar que el propietario del buque conocido en el mundo marítimo como el owner, es aquél que ostenta las facultades de usar, disfrutar, disponer y reivindicar el buque. Asimismo aparece en el certificado de registro de propiedad del buque y el propietario del buque muy pocas veces emite un conocimiento de embarque, debido a que generalmente esa función esta delegada a quien explota comercialmente un buque.

1.1.2 El armador de un buque

Viene de la palabra armar y es la persona que arma el buque, es decir, el que prepara el buque para la navegación

Así Alfredo Ostoja nos señala citando a Rodolfo Gonzales Lebrero lo siguiente:

Debe entenderse por armador (naviero) a la persona física o jurídica que es el titular del ejercicio de la navegación de un buque, vale decir la que lo hace navegar por cuenta y riesgo propio. Armar un buque significa proveerlo de todo lo necesario para que pueda navegar pero no es armador (naviero) quien solo lleva a cabo dicha tarea, la función armatorial dinámica por definición supone la titularidad del uso del buque, su tenencia, con el consiguiente derecho a la designación del capitán, independientemente de la circunstancia de quien tiene esa

³ OSTOJA Alfredo. “Derecho de Transporte” temas selectivos Materiales de Enseñanza. Pag. 85.

posición sea o no el propietario del buque, haya o no contribuido a su aprovisionamiento y preparación para el viaje y finalmente encierre o no especulación comercial.⁴

Debemos de señalar que por regla general el propietario es el armador, pero muchas veces ocurre que el propietario lo fleta a un tercero y este lo equipa, lo provisiona, lo tripula y explota por cuenta propia, por lo que existen casos donde un propietario es armador y casos donde existe un armador que no es propietario.

1.1.3 El naviero en el Código de Comercio

La figura del naviero nace de la copropiedad del buque con el desarrollo de la navegación, los buques se hicieron más grandes y costaban demasiado y en ese tiempo se requería la participación de varias personas para comprar un buque.

Sin embargo no todos los copropietarios podían explotar el buque y por eso se buscaba una persona que sea la cabeza de la empresa marítima, es decir que la dirija, pudiendo ser uno de los copropietarios o un tercero.

El código de comercio tiene la figura del naviero que nace de la copropiedad, siendo posible que el naviero sea un copropietario o un tercero.

El naviero dirige la empresa marítima y representa al buque frente a las autoridades y terceros, siendo esta una representación legal.

Así Alfredo Ostoya nos señala citando la exposición de motivos del Código de Comercio lo siguiente:

En los buques cuyo dominio corresponde a diversos partícipes, es de absoluta necesidad el nombramiento de un gestor que haya de representarlos con el carácter de naviero, el cual debe ser elegido por acuerdo de la mayoría de los partícipes, quienes de igual modo, podrán separarle del cargo, cuando lo estimen conveniente.⁵

La diferencia entre naviero y armador es clara, el naviero lo hace por cuenta de otro, mientras que el armador explota el buque de manera propia.

⁴ Idem pag 85.

⁵ Idem. Pag.89.

1.1.4 Operador

Es una persona que actúa por cuenta de otro para manejar la operación del buque, asemejándose mucho al mandatario mercantil.

1.1.5 El Fletador

Es la persona que fleta el buque al propietario, haciéndose cargo de acuerdo al contrato de fletamento de la explotación del buque.

Así Alfredo Ostoja nos señala con respecto a este tema:

Se trata de un contrato bilateral, mediante el cual el propietario del buque cede su explotación comercial a otra persona, para una o varias expediciones, a cambio de un precio determinado que se denomina flete. El cesionario del usufructo del buque se llama fletador y fletante quien lo cede, que puede ser el propietario o bien un arrendatario del buque (a quien fue cedido sin estar equipado, o bien un fletador – armador.

1.1.5.1 Contrato de fletamento con *demise* – *Bareboat Charter party*

El armador entrega al buque al fletador y el fletador lo opera por su cuenta siendo en esta clase de contratos el de *shipowner* (armador) y *charter* (fletador) *la palabra demise* significa alquiler

El bareboat es el verdadero contrato de alquiler, el fletador contrata tripulación lo equipa, lo arma y explota comercialmente. Aquí se aprecia claramente la diferencia entre el propietario y el armador.

Así Alfredo Ostoja nos señala

El fletador puede elegir por si mismo el capitán y la tripulación, o aunque no haya sido nombrado por él puede tener derecho a despedirlo, quedando en todo caso completamente bajo la autoridad del fletador; entonces este asume la dirección náutica y comercial del buque. Según el derecho británico, en este caso hay “*demise of the ship*”.⁶

1.1.5.2 Contrato de fletamento sin *demise*

⁶ Idem. Pag. 101

Este contrato de fletamento está dividido en dos tipos de contratos siendo el primero el contrato de fletamento por viaje y el segundo el contrato de fletamento por tiempo.

1.1.5.2.1. Contrato de fletamento *voyage*

En este contrato el flete que se pague al armador se paga por el viaje no interesando cuando dure el viaje.

En este tipo de contratos se pacta esto debido a que el que está a cargo de la navegación es el armador, por lo que el corre con el riesgo de cualquier demora, debido a que él tiene el control de la navegación. Aquí toda la tripulación es del armador pues él está a cargo del viaje.

Asimismo el armador tiene todo lo que es la explotación comercial del buque.

Todo lo que afecte a la carga son de cargo del fletador. Sin embargo si el capitán es del armador, por lógica el capitán está controlando el embarque y desembarque por lo que si hay algún daño responde el armador.

Así Alfredo Ostoja nos señala con respecto a este tema lo siguiente:

El fletamento por viaje se contrata unas veces para un puerto de destino, otras para destino alternativo reservándose el derecho a indicar en ruta el puerto o puertos donde ha de rendir viaje el buque, también se emplea la formula “ a tal o tales puertos para recibir órdenes. “⁷

1.1.5.2.2 Contrato de fletamento *time*

Es el contrato de fletamento por tiempo, aquí el armador siempre tiene el control náutico en la medida que el capitán es su dependiente.

La diferencia es que el aspecto comercial del buque pasa al fletador, al pagar tarifa portuaria, combustible y demás.

Aquí lo que interesa es el tiempo, el periodo que se va a usar el buque, independiente de cuantos viajes haga. Aquí se paga el flete por el tiempo.

Así Alfredo Ostoja nos señala:

⁷ Idem pag. 93

La cesión del buque por un periodo de tiempo determinado que hace el propietario, mediante un precio, para su explotación comercial por el fletador, poniéndolo a su disposición equipado y tripulado, se conoce con los términos ingleses de time charter, que a falta de una traducción literal exacta, han sido incorporados en su idioma originario a la práctica comercial de todos los países.⁸

1.1.6 El cargador

Es la persona que contrata los servicios de un buque a efectos de llevar su carga a otro puerto distinto de donde se embarque, pagando el flete respectivo por el transporte de su mercadería hacia un puerto de destino.

La figura del cargador se encuentra presente en el artículo 247 inciso c) de la Ley de Títulos Valores donde se señala “El conocimiento de embarque podrá contener: b) El nombre, el número del documento oficial de identidad y domicilio del cargador

Así Sánchez Calero nos señala:

El cargador se caracteriza por ser la persona en cuyo nombre se celebra el contrato de transporte con el porteador⁹

1.1.7 El transportador

Es la persona que puede ser el propietario o el fletador y es la que realiza el contrato de transporte con un cargador.

Con respecto a este tema el Convenio Internacional para la unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque suscrito en Bruselas en 1924 en artículo 1 inciso a) señala claramente que “Transportador comprende al propietario del buque o al fletador, quien forma parte de un contrato de transporte con un cargador”

1.1.8 El *freight forwarder* o agente de carga

Es conocido como el consolidador de carga, es una persona que tiene una gran cantidad de carga la misma que consolida dentro de un contenedor y negocia con el transportista marítimo a efectos de llevar su carga desde un puerto a otro puerto.

⁸ Idem. Pag. 97.

⁹ Fernando Sánchez Calero. El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Elcano (Navarra. Edit, Aranzadi, 2000, p 167.

El consolidador de carga o agente de carga es un nexo entre el transportista y los intereses de la carga.

Incluso, el consolidador de carga emite muchas veces un conocimiento de embarque donde el aparece como consignatario, el denominado conocimiento de embarque madre.

Con este conocimiento de embarque madre, el consolidador entregará la carga que ha consolidado en un contenedor a través de un conocimiento de embarque hijo a cada uno de los que recibió el encargo de transportar su carga.

Así José Guzmán Escobar nos señala lo siguiente:

El cargador o remitente de las mercancías, y en algunas ocasiones su destinatario o consignatario, pueden acudir a los servicios de un (freight forwarder), agente de carga o transitario, quien puede aparecer designado como cargador (shipper), y/o como destinatario o consignatario (consignee) en el conocimiento de embarque o en el documento de transporte multimodal.¹⁰

1.1.9 El consignatario.

Es la persona a quien el naviero le entrega la carga en el puerto de destino al ser el titular del conocimiento de embarque.

La entrega de la carga al consignatario de la carga de un conocimiento de embarque nace de una obligación legal contenida en el artículo 638 del Código de Comercio el cual establece “El capitán, bajo su responsabilidad personal, así que llegue al puerto de destino, obtenga el permiso necesario de las oficinas de sanidad y aduanas y cumpla las demás formalidades que los reglamentos de la administración exijan, hará entrega del cargamento, sin desfalco, a los consignatarios, y, en su caso, del buque, aparejos y fletes al naviero”¹¹.

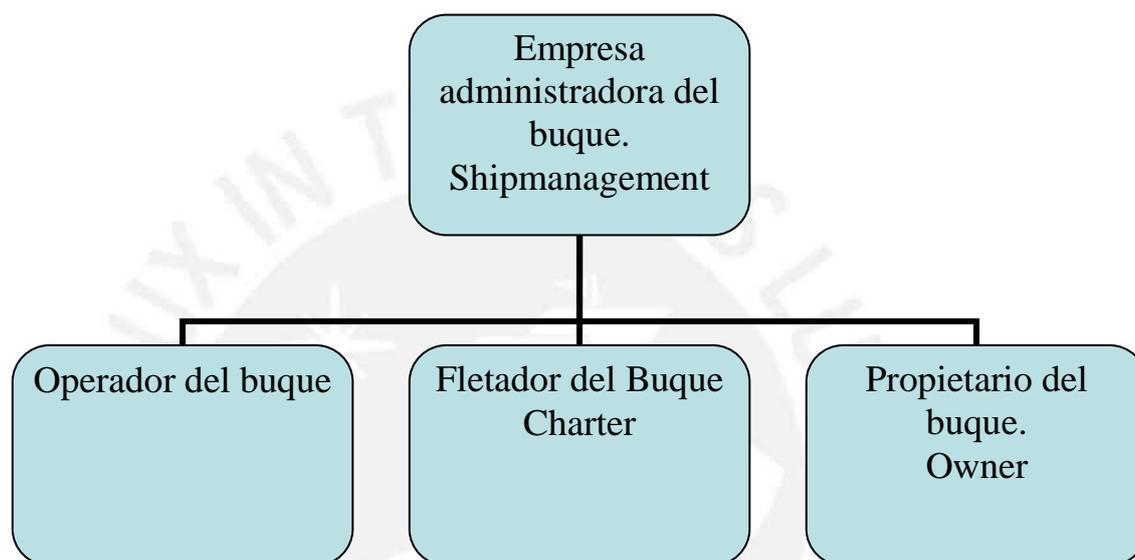
¹⁰ GUZMAN José. El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque. Colombia: Universidad externado de Colombia. Editorial Cordillera. 2007, Bogota. P. 23

¹¹ Código de Comercio de 1902. art 638.

Asimismo, el consignatario también aparece mencionado en el artículo 247 inciso c) cuando se señala que El conocimiento de embarque podrá contener “El nombre y domicilio del Beneficiario o Consignatario a quien o a la orden de quien vayan dirigidas las mercancías, pudiendo ser el propio cargador.

El consignatario de la carga es de acuerdo a dichos artículos quien recibe la carga en el puerto de destino.

1.2 Esquema del negocio del transportista marítimo.



En el esquema hecho por el autor, y que se hace mención se ve claramente la existencia de varias empresas vinculadas con un único objetivo que es transportar mercancías por mar.

En el esquema se ve claramente una empresa administradora o que gerencia la operación comercial con el fin de manejar la operación del buque.

La existencia de esta empresa administradora o que gerencia la nave es tratar de limitar responsabilidades, pues muchas veces todas ellas son parte de un solo grupo de empresas que pertenecen a un mismo dueño.

Se desvincula la figura del propietario, pues en caso suceda algún siniestro, podría limitar su responsabilidad a una sola embarcación.

Las grandes empresas navieras tienen a su mando muchos buques, y para efectos de limitar su responsabilidad han hecho que cada uno de esos buques sean empresas propietarias diferentes, esto con el fin de utilizar las limitaciones de responsabilidades que puede dar los diferentes aspectos que tiene una empresa que limita su responsabilidad a su capital social.

La empresa administradora tiene en su esquema de negocio que limitar su responsabilidad de la empresa propietaria del buque, pues en caso de un incidente lo que intenta es tratar que su empresa se vea limitada a una sola empresa o a un solo buque. No obstante muchas veces son en realidad pertenecientes a un mismo grupo económico de un mismo dueño.

La empresa administradora a su vez fleta el buque a una empresa charteadora o fletadora, que también puede ser parte de su grupo económico también lo hace con el fin de poder limitar su responsabilidad de cualquier siniestro.

También la empresa administradora se desvincula empresarialmente con el operador del buque que también puede ser del mismo grupo económico.

La idea de explicar este pequeño esquema es tener como referencia que los intereses del buque, que son un grupo de empresas se van a ver enfrentados con los intereses de la carga, que son otro grupo de empresas que utilizan el servicio de transporte de carga internacional por mar y donde existe un convenio arbitral para solucionar cualquier controversia

1.2.1 La empresa propietaria de la embarcación

Como señalamos anteriormente la empresa propietaria de la embarcación es conocida como owner.

Así las reglas de la Haya de 1924 señala que será transportista “comprende al propietario del buque o al fletador quien forma parte de un contrato de transporte con el cargador”¹²

¹² Reglas de la Haya de 1924, incorporada en la legislación nacional por resolución suprema 687 de fecha 16 de Octubre de 1964.

1.2.2 La empresa Administradora del negocio marítimo. Shipmanagement

Es la empresa que administra el buque, muchas veces es una empresa que pertenece al mismo grupo de empresas.

Sus funciones más importantes según la página web Marine Insign son las siguientes:

- a) hace la supervisión y el mantenimiento de la maquinaria a bordo del buque.
- b) Provee adecuada tripulación para la administración del buque.
- c) Hace planeamiento para cargar y descargar la carga.
- d) Puede contratar el buque en representación del propietario del buque.
- e) Negocia los contratos.
- f) Paga los gastos en representación del armador.
- g) Hace los acuerdos para el ingreso del buque dentro de un seguro de P&I:
- h) Maneja los reclamos que hay contra el buque.¹³

1.3. El conocimiento de embarque

Conforme lo establece nuestra Ley de títulos valores “representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial”¹⁴.

Lo interesante de nuestra ley de títulos valores es que no ha encajonado la definición a una interpretación propia del sistema legal peruano, pues claramente señala que el nuestra normativa se debe aplicar en todo lo que no resulte incompatible con las disposiciones que rigen al contrato de transporte marítimo de mercancías.

Así la ley de títulos valores señala claramente: “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”¹⁵.

¹³ Web page. <http://www.marineinsight.com/misc/maritime-law/what-is-ship-management/>

¹⁴ Ley 27287 Ley de Títulos Valores. 19 de Junio de 2000. Art. 246.

¹⁵ Ídem, art.246.

Creemos acertado lo señalado por la Ley de títulos valores en el sentido que las definiciones propias del conocimiento de embarque no pueden ser incompatibles con las que rigen al contrato de transporte marítimo de mercancías, las cuales son reglas de carácter internacional donde claramente el Perú tiene que respetar.

Aceptar que nuestra ley sea la que prime en materia de conocimientos de embarque frente a las propias que rigen el contrato de transporte de mercancías, como son las Reglas de la Haya de 1924, sería un contrasentido que nuestra legislación ha hecho bien en cuidar que no se produzca.

1.3.1. Funciones

Dentro de las principales funciones que tiene el conocimiento de embarque tenemos:

1.3.1.1 Recibo de mercancías a bordo

La primera función nace de la operatividad del comercio internacional, pues una vez que las mercancías son puestas a bordo de un buque se extiende un conocimiento de embarque que tiene como principal función ser el de recibo de mercancías a bordo.

Así José Guzmán nos señala en “El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque” que:

“El conocimiento de embarque sólo puede ser extendido una vez que las mercancías son llevadas a bordo del buque”¹⁶.

Nosotros consideramos que es con la extensión del conocimiento de embarque que el transportista asume la responsabilidad por el estado de las cosas embarcadas.

Sin embargo, no debemos perder de vista que existen diferentes cláusulas insertadas en el conocimiento de embarque respecto a la condición de las

¹⁶ GUZMAN José. *El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque*. Colombia: Universidad externado de Colombia. Editorial Cordillera. 2007, Bogota. p. 149.

mercadería a bordo del buque, una de ellas, puede ser peso, medida, calidad, cantidad, condición, contenido, y valor desconocido¹⁷.

No obstante que dichas cláusulas son aceptadas muchas veces en el ámbito comercial, no debemos perder de vista que dichas cláusulas en la etapa judicial son desconocidas, pues se considera que el conocimiento de embarque es la descripción de las mercancías a bordo y que el capitán del buque ha aceptado eso.

1.3.1.2 Prueba de la existencia de un contrato de transporte de mercancías.

El conocimiento de embarque no es un contrato de transporte, pues eso está dado en los contratos de fletamento a que nos hemos referido con anterioridad.

Sin embargo si es una buena prueba del contrato de transporte, así José Guzmán nos señala:

(...) 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. Pero como lo manifestamos en el capítulo V, no es posible confundir la expedición del conocimiento de embarque con la existencia misma del contrato¹⁸.

1.3.1.3 Título valor representativo de las mercancías.

Esta función se encuentra en nuestra propia Ley de Títulos valores, la misma que le ha otorgado al conocimiento de embarque la categoría de título valor.

Sin embargo, debemos de recordar que la propia ley de Títulos Valores no le ha dado un requisito esencial de formalidad como si lo ha hecho por ejemplo con los demás títulos valores.

Así la Ley de títulos Valores en su artículo 247.2 señala claramente que “la omisión de una o varias de las informaciones que contiene el presente artículo no afecta la validez jurídica del conocimiento de embarque ni la nulidad de

¹⁷ Cfr. BIMCO. Conocimiento de embarque modelo Congenbill. Edición 1994 en www.bimco.org

¹⁸ GUZMAN José. Loc. cit. p. 166.

alguna estipulación conlleva la nulidad del título, el que mantendrá los derechos y obligaciones que según su contenido contenga”¹⁹.

La razón es clara, pues el conocimiento de embarque al ser un documento que se usa a nivel internacional, no podría estar sujeto a las formalidades propias que quisiera establecer la legislación peruana.

Lo anterior sucede, pues muchos embarques vienen al Perú desde países diferentes extendiendo conocimientos de embarque de acuerdo a los formatos establecido en las regulaciones internacionales.

Si la ley de títulos valores hubiera establecido requisitos esenciales de formalidad, hubiera hecho que tanto transportista y cargadores desconozcan el conocimiento de embarque por cualquier diferencia que se encontrara en la legislación peruana.

1.4 El Documento electrónico de transporte

Si se pensó alguna vez que el conocimiento de embarque iba a permanecer como el título estrella dentro del contrato de transporte internacional de mercancías, la realidad ya ha cambiado esa idea.

Efectivamente las Reglas de Rotterdam de 2008, las cuales todavía no han sido aprobadas por el Perú, han hecho desaparecer al conocimiento de embarque reemplazándolo por el documento electrónico de transporte.

Esto debido a la aparición de registros digitales, al internet, al correo electrónico y a las firmas digitales que han hecho que sea este documento electrónico de transporte que en el futuro será el título representativo de mercancías en el contrato de transporte de mercancías por mar.

Así las reglas de Rotterdam de 2008 han señalado:

Por “documento electrónico de transporte” se entenderá la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra

¹⁹ Ley 27287 Ley de Títulos Valores. 19 de Junio de 2000. Art. 247.

forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de esta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte²⁰.

1.4.1 Documento electrónico de transporte negociable

Se entiende el documento electrónico como aquel que pueda ser transferido, es decir negociado, siendo en lo posible ser endosado o cedido.

Las Reglas de Rotterdam de 2008, han establecido qué es documento electrónico negociable.

Que indique expresiones como “a la orden” o “negociable”, o mediante alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable al documento reconozca el mismo efecto, que las mercancías se han consignado a la orden del cargador o a la orden del destinatario, y que no indique expresamente que se trata de un documento “no negociable”²¹

Si revisamos la ley de títulos valores con respecto al conocimiento de embarque encontramos que el conocimiento de embarque puede ser a la orden, nominativo o al portador.

Pero en la ley de títulos valores, las funciones de transferencia del título es por medio del endoso y de la cesión, cuando dicho documento no es a la orden,

Por eso consideramos que en el Perú cuando las Reglas de Rotterdam 2008 señalan alguna otra fórmula apropiada a la que la ley aplicable reconozca el mismo efecto, sólo podría ser posible que el documento electrónico de transporte sea transferido por medio de endoso o de cesión.

1.4.2 Documento electrónico de transporte no negociable.

Este documento electrónico es más fácil de explicar pues simplemente es aquel que carece de las facultades de ser transferido anotándose la palabra “no negociable”.

Debemos tener presente que en el Perú esta cláusula es completamente válida, pues se da incluso en los cheques.

²⁰ Reglas de Rotterdam de 2008. Art. 1.18.

²¹ Ídem. Art. 1.19.

No se puede señalar que se limita la libre transferibilidad del título sino que la razón de dicha cláusula es que se ha hecho a efectos de evitar que sea otra persona quien aparezca como titular de un título ya extendido, y donde ambas partes se han ya conocido.

1.5 El contrato de transporte.

En la presente sección se establece como surge el contrato de transporte de mercancías por mar.

1.5.1 Definiciones

El contrato de transporte de mercancías por mar es aquel que se encuentra documentado por un conocimiento de embarque. Lo anterior se señala debido a que siempre se ha señalado que el conocimiento de embarque no es el contrato de transporte sino una prueba de la existencia del contrato de transporte por mar.

Las reglas de las Haya de 1924 son muy claras al establecer que “Contrato de transporte se refiere 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 o documento de título similar regule las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo.”²²

Asimismo Domingo Ray señala:

Supongamos que se conviene un transporte de un cargamento de un puerto de Europa hasta el puerto de Buenos Aires. Este es un contrato de transporte (contract of carriage) que se documenta por un conocimiento (Bill of lading), que tiene una triple función como constancia del recibo de carga, documentos de las condiciones del transporte y título de crédito.²³

En el Perú, al tener el conocimiento de embarque las tres características fundamentales explicadas como recibo de las mercancías a bordo, prueba de la existencia de un contrato de transporte de mercancías y título valor

²² Las Reglas de la Haya de 1924 incorporada en nuestra legislación por resolución suprema 687 16 de Octubre de 1964.

²³ Ray José “Derecho de la Navegación”. Buenos Aires. Abelardo Perrot, 1992, p. 64.

representativo de las mercancías, es con el conocimiento de embarque que emerge el contrato de transporte de mercancías.

1.5.2 Características

La característica particular del contrato de transporte por mar es que está rodeado de diferentes contratos.

Así tenemos el contrato de compra venta internacional de mercancías donde se aplica Incoterms, que son los términos que uniformizan quien debe asumir el riesgo en una operación de comercio internacional.

Asimismo, está vinculado al contrato de carta de crédito, pues el conocimiento de embarque que es la prueba de que la mercancía está a bordo de la nave, es intercambiado por la carta de crédito expedida por el comprador del producto y es entregada al vendedor del producto contra la entrega del conocimiento de embarque.

Asimismo está vinculado al contrato de seguro de la carga, pues la mercancía viaja asegurada por un seguro generalmente que protege al comprador del producto.

También se encuentra vinculado al seguro de P&I, que es el fondo mutual que protege al buque de cualquier daño o faltante de la carga que pudiera surgir dentro de su periodo de responsabilidad.

José Guzmán ha considerado que el transporte marítimo tiene particularidades que señala que el contrato que lo regula adquiere características especiales que lo distinguen del transporte por otras vías, razón que justifica la existencia de un régimen jurídico particular²⁴

Incluso señala que existe relaciones jurídicas que rodean el transporte marítimo como el contrato de compra venta internacional, contrato de carta de crédito, el contrato de seguro, aunque olvida el contrato de seguro de P&I que es el que se ha incorporada como una de las características propias del contrato de transporte en esta sección.

²⁴ Cfr. Guzmán José El Contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque. Colombia: Universidad externado de Colombia Editorial Cordillera 2007 p. 54.

1.5.3 Clases

Seguidamente explicaremos las diferentes clases de contrato de transporte existente.

1.5.3.1 *Contract of Affreightment* .- Es entendido como el término general de contrato de transporte el mismo que es dividido en dos

Según José Guzmán nos señala:

En el derecho anglosajón la expresión *Contract of affreightment* es utilizada indistintamente para referirse a los diferentes tipos contractuales que tradicionalmente se ha utilizado para transportar viene por vía marítima, vale decir tanto al contrato de fletamento, como al contrato de transporte bajo conocimiento de embarque.²⁵

1.5.3.1.1 Contrato de fletamento

Según José Guzmán:

Cuando el acuerdo implica que el armador se compromete a poner a disposición del cargador la capacidad total de la nave para efectos de transporte, el contrato usualmente toma la forma de un fletamento.²⁶

Es decir el contrato de fletamento es cuando el acuerdo implica que se flete el buque en su totalidad, es decir se entrega la capacidad total de la bodega del buque.

1.5.3.1.2 Contrato de transporte bajo conocimiento de embarque.

Sobre este punto José Guzmán nos señala:

Cuando el armador explota el buque en servicios de líneas regulares y recibe mercancías de diferentes cargadores para transportarlas bajo un itinerario previamente determinado, normalmente el contrato se celebra bajo la forma de un conocimiento de embarque.²⁷

²⁵ Idem pag.29

²⁶ Idem pag 29

²⁷ Idem. Pag 29

Es decir este es el contrato de transporte donde el acuerdo es transportar determinada carga, dando a cambio el armador por la entrega de la carga un conocimiento de embarque.

1.5.4. Contrato de transporte de mercancías por mar en el Perú.

Debemos de recordar que en el Perú el contrato de transporte mercancías por mar estaría definido a través de las reglas de la Haya de 1924 que hemos expuesto anteriormente.

Sin embargo, también tendremos que remitirnos para efectos de un contrato de transporte bajo conocimientos de embarque en el artículo 666 del Código de Comercio que especifica “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”²⁸

Es decir en el Perú tenemos incorporado el contrato de fletamento, y el contrato de transporte de mercancías bajo conocimiento de embarque.

1.6 Legislación nacional

1.6.1 El contrato de transporte en el código de comercio de 1902.

Nuestro código de Comercio de 1902 establece el contrato de fletamento en su artículo 665 y el contrato de transporte bajo conocimiento de embarque en el artículo 666 del Código de Comercio.

Hay que hacer hincapié que en la mayoría de casos la carga llega a puertos peruanos representada en conocimiento de embarque, puesto que el contrato de fletamento no sería apropiado para demostrar que una determinada carga ya está a bordo del buque.

1.6.2 El contrato de transporte en las Reglas de la Haya de 1924

²⁸ CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU. Código de Comercio 1902. Art. 666 15 de Febrero de 1902

Las reglas de las Haya de 1924 en su artículo 1 son muy claras al establecer que el “Contrato de transporte se refiere 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 o documento de título similar regule las relaciones entre el transportador y el tenedor del mismo”.²⁹

1.7 Principales problemas que podrían permitir el uso del convenio arbitral en los conocimientos de embarque

1.7.1 Los faltantes de carga.

En el Perú, una de los incidentes más comunes que pueden ser objeto de una controversia son los faltantes de carga.

Lo que sucede es que el conocimiento de embarque contiene conforme al artículo 246 inciso e) La naturaleza general de las mercancías, las marcas y referencias necesarias para su identificación; el estado aparente de las mercaderías, el número de bultos o de piezas y el peso de las mercancías o su cantidad expresada de otro modo, datos que se harán constar tal como los haya proporcionado el cargador, quien debe además señalar, si procede, su carácter perecible o peligroso³⁰.

Sin embargo, cuando arriba la carga a bordo de un buque a un Puerto en el Perú, puede ser posible que falte mercadería que no es entregada.

Lo anterior constituye una presunción de un incumplimiento de contrato, que inmediatamente es puesto en conocimiento para efectos de que se entregue el valor de la mercancía faltante imputable al naviero.

En nuestra investigación los problemas de faltantes de carga son mayoritariamente presentados por empresas importadoras o por sus seguros quienes al no arribar al Puerto del Perú la carga completa tienen que

²⁹ Las Reglas de la Haya de 1924 incorporada en nuestra legislación por resolución suprema 687

³⁰ Ídem. Art. 247 inciso e)

indemnizar al importador de la mercadería el valor de la carga faltante y una vez hecho eso, en subrogación se convierten en titulares de un acción de reclamo por el incumplimiento obligaciones de no entrega de la carga.

Por ejemplo por expediente 4625-2008³¹ ante el 5 juzgado Civil del Callao, la empresa ALICORP S.A.A interpuso una demanda por incumplimiento de una obligación de entrega completa de una carga de 30,744.930 TM de trigo argentino a granel, pues alegaba que había un faltante de carga de 197.90 TM de trigo a granel por el valor de US\$ 74,766.62

Amparaba su demanda en un conocimiento de embarque el mismo que en el anverso tiene referencia a la siguiente cláusula:

Todos los términos, condiciones, libertades, excepciones, cláusulas y cláusula de arbitraje conforme al presente Contrato de Fletamento de fecha 6 de diciembre de 2007 y en caso de que exista alguna modificación se deberá incorporar al presente”

La pregunta entonces en la investigación es que si dichos casos en conocimiento de embarque que tienen una cláusula de arbitraje incorporada, pueden ser posibles de ser llevados a arbitraje o simplemente nos encontramos frente a un caso donde dicho convenio arbitral en el conocimiento de embarque no puede ser oponible al consignatario.

Así en dicho expediente, mediante resolución de fecha 28 de marzo de 2011, el Juez del Quinto Juzgado Civil del Callao señala:

“TERCERO.- Que, “el convenio arbitral es el acuerdo de la partes para someter al conocimiento de uno o más árbitros la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir entre ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas sea o no materia de un proceso
CUARTO.- Que cabe recordar lo señalado por el inciso 2) del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1071, que

³¹ Exp. 4625-2006 demanda interpuesta por Alicorp S.A.A contra White Cosmos Shipping S.A y otros ante el Quinto Juzgado Civil del Callao

indica “el convenio arbitral deberá constar por escrito. Podría adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente” de lo que se desprende que debe existir un documento que pruebe la existencia de un convenio arbitral debidamente suscrito por las partes del cual ninguna de ellas pueda negar su existencia; en ese contexto, de los conocimientos de embarque que se tienen a la vista, no se advierte que estén suscritos por la demandante, más aún que el dicho conocimiento de embarque se remite a una cláusula de arbitraje que estaría en un contrato de fletamento que no ha sido presentado y de cuya existencia no se ha determinado, por lo que siendo, esto así la excepción de convenio arbitral no puede ser amparado.....”

Sin embargo en un caso interpuesto por la empresa INKAFERT S.A.C por expediente 1916-2013³² ante el 2 juzgado Civil del Callao, la empresa INKAFERT S.A.C interpuso una demanda por incumplimiento de una obligación de entrega completa de una carga de 3,396.259 TM de fosfato Diamónico Granular, pues alegaba que había un faltante de carga de 144,659 TM de Fosfato Diamónico granular por el valor de US\$ 76,379.95

Amparaba su demanda en un conocimiento de embarque el mismo que en el anverso tiene referencia a la siguiente cláusula:

Todos los términos y condiciones, libertades y excepciones que estipula el Contrato de Fletamento, celebrado en la fecha que aparece al dorso, incluyendo la cláusula legal y de arbitraje se incorporan al presente”

El Juez del Segundo Juzgado Civil del Callao piensa en forma contraria al Juez del quinto Juzgado Civil del Callao y señala:

QUINTO: En el caso de autos se tiene que mediante conocimiento de embarque se acordó el traslado de mercaderías por parte de las emplazadas en sus naves ANTILLES VI desde el puerto de Tampa estado Unidos de Norte América hasta el puerto del Callao, y al arribar

³² Exp 1916-2013 demanda interpuesta por Inkafert S.A.C contra DOWA LINE PANAMA inc y otros ante el Segundo Juzgado Civil del Callao

las naves al puerto de destino, se verificó un faltante en las operaciones de descarga, la para accionante solicita el pago de US\$ 76,379.95 a su representante de las interpeladas, SERPAC PORTUARIA SAC., y de la apreciación del documento obrante a folios ocho, con su debida traducción al español (f.11) en las condiciones de transporte , se determinó, lo siguiente (1) Todos los términos y condiciones, libertades y excepciones que estipula el Contrato de fletamento celebrado en la fecha que aparece al dorso, incluyendo la cláusula legal y de Arbitraje, se incorporan al presente”; la judicatura considera que al haber asumido la demandante los derechos o beneficios del contrato, y en la cual aparece, impreso en procuración por doña Yesarrella Zolezz T importaciones Exportaciones INKAFERT S.A.C; ha asumido y consentido el acuerdo arbitral, el mismo que forma parte integrante de los acuerdo de transporte de la mercancía que alude en el escrito de demanda; por lo que siendo así , corresponde en la vía arbitral dilucidar la controversia planteada, resultando amparar el medio de defensa propuesto.”

De lo anteriormente expuesto, se aprecia que existen convenios arbitrales que se encuentra presente en los conocimiento de embarque, donde para un sector de jueces, dichos convenios arbitrales no son válidos, pues le faltan firmas, no han sido suscritos, mientras que para otro sector de jueces bastaría que el consentimiento del acuerdo arbitral para efectos de darle validez. Lo interesante es que ninguna de las dos sentencias hace alusión a que el consignatario de la carga es en si quien recibe la carga y por ende quien se convierte en titular de los derechos de dicho conocimiento de embarque y por ende como veremos a lo largo de esta tesina tendría que estar vinculado al convenio arbitral incorporado en el conocimiento de embarque.

1.7.2 daños a la carga

Otro gran rubro donde se produce el presunto incumplimiento de una obligación de entrega de una carga en buen estado, es conocido como los daños a la carga.

Los daños a la carga se refieren a aquellos casos donde la carga que arriba al Puerto del Callao es entregada al consignatario de la carga con daños, por

efectos del viaje marítimo, como pueden ser mojaduras de carga, o como pueden ser abolladuras.

En este tipo de casos, pueden ser por ejemplo la importación de una carga de refrigeradoras las mismas que están estibadas en un contenedor, y llegado al Puerto del Callao, llegan totalmente abolladas por presuntamente sido por efectos del viaje marítimo y presuntamente haber sido imputable al transportista marítimo.

Otros caso podría ser el daño a vehículos que vienen a bordo de un buque, que al llegar al Puerto del Callao, llegan presuntamente abollados o cargamento de carga a granel que arriban al puerto totalmente mojadas por efectos del viaje marítimo y por ende son consideradas daños a la carga.

Todo ello constituye la presunción de un incumplimiento de una obligación de entrega que genera una controversia.

La investigación trata de conocer si las cláusulas insertas en los conocimientos de embarque que derivan cualquier controversia a un arbitraje son válidas o simplemente no son válidas.

Se debe tener presente que muchas veces hay formatos diferentes de conocimientos de embarque debido a las características de la carga, donde no existe un convenio arbitral en dichos conocimientos de embarque por ser de diferentes formatos.

1.8 Análisis económico de la validez del convenio arbitral en los conocimientos de embarque

Alfredo Bullard en su libro Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales) señala “Por ejemplo en el Perú, hay un grave problema de externalidades y de costos de transacción. Contratar es muy difícil porque la inseguridad que la contratación trae es grande, principalmente porque la administración de justicia es ineficiente e impredecible. Ello genera incertidumbre, falta de información (saber cómo fallarán los jueces en determinadas circunstancias), esto a su vez dificulta la contratación. Si el Poder Judicial garantizara la contratación fortalecería instituciones como la seguridad

jurídica. Negar que el AED pueda ayudarnos en esa labor es cerrar los ojos de manera ignorante”³³.

Entendido esto, debemos de señalar que en esta primera sección se aprecia que de la investigación realizada encontramos que el importador peruano o empresario peruano que es un consignatario de carga en el conocimiento de embarque prefiere no aceptar como válida la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque.

Si analizamos económicamente este presunto incumplimiento del convenio arbitral de un conocimiento de embarque, podríamos decir que el incumplimiento del convenio arbitral en un conocimiento de embarque podría deberse a que la mayoría de convenios arbitrales pactan un arbitraje en el extranjero.

Es decir nos encontramos ante un caso donde el empresario peruano prefiere discutir el presunto incumplimiento de una obligación de entrega de un cargamento en el Perú en un proceso legal en el Poder Judicial en el Perú y no en verse inmerso en un arbitraje porque el mismo sería en el extranjero.

1.8.1 Situaciones de ambas partes frente al incumplimiento del convenio arbitral

Aquí encontramos una de las principales razones de porque el empresario peruano o consignatario de la carga en el conocimiento de embarque no quiere aceptar el convenio arbitral en el conocimiento de embarque o simplemente incumple el convenio arbitral en el conocimiento de embarque.

Se podría pensar que incumplir el convenio arbitral en un conocimiento de embarque para el empresario peruano lo pondría en una situación más eficiente para él, pues desconoce cómo serán los arbitrajes en el extranjero, de seguro siente que la sede del arbitraje en el extranjero estará muy lejos y que de seguro será en otro idioma y en otro país y con otras leyes y que por ello estaría en una presunta desventaja.

³³ Alfredo Bullard. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. P47

Sin embargo, esas mismas razones son válidas también para el naviero que es una empresa extranjera que tiene que defenderse en un proceso en el Perú, cuando su sede esta miles de kilómetros del Perú o en otro continente, desconoce el idioma y sobretodo desconoce las leyes que rigen en el Perú y tiene conciencia que las leyes son diferentes a las que pactó al momento de celebración del contrato y por ello también piensa que estaría en una presunta desventaja.

Por ello, para la naviera en el extranjero también es más eficiente que se respete el convenio arbitral de un conocimiento de embarque en el extranjero.

Así visto, tenemos que ambas empresas tienen razones y situaciones parecidas para una preferir una el Poder Judicial en el Perú y la otra preferir un arbitraje en el extranjero.

1.8.2 Externalidades ante el incumplimiento de un convenio arbitral. ¿Es bueno incumplir un convenio arbitral en un conocimiento de embarque?

Conocido ello, analizaremos las externalidades que puede acarrear el incumplimiento de un convenio arbitral de un conocimiento de embarque por parte de una empresa en el Perú y ver si la decisión que toma el empresario peruano es más eficiente pero para la sociedad.

Cuando nos referimos a las externalidad nos referimos si dicha situación tiene efectos negativos respecto de terceros.

Si un consignatario de carga o un empresario peruano no acepta el convenio arbitral en el Perú, el naviero tiene que verse inmerso en un proceso judicial en el Perú, acarreando frente a ello que el órgano jurisdiccional en el Perú incremente su carga procesal, y por ende perjudique a terceros que tienen que litigar necesariamente en el Poder Judicial.

Es decir nos encontramos que un incumplimiento de un convenio arbitral crea externalidades como son incrementar la carga procesal en el Poder Judicial, que a la larga perjudica a litigantes terceros que son ajenos y que necesariamente tienen que resolver su incertidumbre jurídica en el Poder Judicial.

Entonces, tenemos que el incumplimiento de un convenio arbitral no nos ha llevado a un resultado eficiente para la sociedad sino que ha creado externalidades.

Otro punto para analizar si el incumplimiento de un convenio arbitral en el conocimiento de embarque hace más eficiente la asignación de los recursos. Así Cooter y Ulen (Cooter, Ropbert y Thomas Ulen. Law and Economics. Harper Collins Publishers, 1988,p) citado por Alfredo Bullard en su libro “Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales” señala “el rompimiento del contrato es más eficiente que el cumplimiento del mismo cuando el costo de su cumplimiento excede sus beneficios para todas las partes involucradas”³⁴.

Sobre este punto es preciso analizar si el empresario peruano va a obtener algún beneficio adicional si incumple el arbitraje o si incumpliendo el arbitraje va a obtener un mayor beneficio que ir al arbitraje en el extranjero.

Si analizamos la situación no existe un beneficio adicional sino más bien un perjuicio a la sociedad, pues se genera un resultado ineficiente para la sociedad, pues incrementa una carga procesal innecesariamente.

Sobre este punto, debemos de señalar que el ejemplo más común en el Poder Judicial es que con las modificaciones a la cuantía de los procesos judiciales, se aprecia que un Juez de Paz Letrado, en el año 2014, resuelve casos de cuantía hasta de S/.190,000.00 Nuevos Soles aproximadamente

El empresario peruano va a verse inmerso en un proceso legal donde un juez de paz letrado conjuntamente con su juicio tiene que resolver procesos de alimentos.

La solución es ineficiente, pues el Juez de Paz Letrado prefiere resolver casos de alimentos, pues los considera de urgencia al ser casos de naturaleza alimentaria que involucra a menores y por ende desplaza los juicios de

³⁴ Idem p.318

empresas bajo el argumento que en aquellos juicios las empresas si pueden esperar.

Por otro lado, debemos de resaltar que cuando se incumple un convenio arbitral en un conocimiento de embarque y esto termina en un litigio en el Poder Judicial, nos lleva necesariamente al tema de la seguridad jurídica.

Es decir cuando existe predictibilidad de las soluciones jurídicas por parte de los operadores del derecho, hace que exista seguridad jurídica, pero si esto genera incertidumbre como siempre existe en un juicio ante el Poder Judicial en el Perú esto genera inseguridad jurídica.

Cuando existe seguridad jurídica, existe la predictibilidad en los contratos y por ende la contratación entre empresas crezca y continúe y por ende crece la economía, pues las empresas conocen que las reglas de juego se cumplen.

Por ello, el incumplimiento de una cláusula arbitral en el conocimiento de embarque no es eficiente para la sociedad, pues si ello se discute en un proceso legal en el Perú, no existe a ciencia cierta que dicho convenio arbitral vaya a ser respetado,

Ahora analizado esto, debemos ver si es más ventajoso para el empresario peruano incumplir este convenio arbitral en el conocimiento de embarque que cumplir el convenio arbitral.

Al respecto podría pensarse que el costo de un arbitraje en el extranjero es oneroso y por ende desventajoso. Sin embargo, en los casos de los conocimientos de embarque, las empresas peruanas que contratan con ellos, son empresas grandes que pueden solventar fácilmente un arbitraje en el extranjero.

Más aún es conocido que en el arbitraje quien pierde tiene que pagar los costos del arbitraje. Por ello no se puede pensar que el arbitraje en el extranjero pueda perjudicar al empresario peruano o se encuentre en una situación de desventaja.

Alfredo Bullard señala que “Por el Óptimo de Pareto, como vimos, es una situación en que ningún individuo puede mejorar su situación sin perjudicar el bienestar de alguno de los otros miembros de la sociedad”. Asimismo señala el mencionado autor que “ Al Derecho le compete ayudar a alcanzar una situación eficiente, es decir, llegar al óptimo paretiano, maximizar la utilidad social, consiguiendo un mejor aprovechamiento de los escasos recursos existentes. Así basta apreciar en los ejemplos anteriores la importancia del sistema jurídico. El medio a través del cual se fue mejorando la situación en termino de Pareto es el intercambio de bienes entre particulares, es decir el sistema contractual”³⁵.

Entendido ello, debemos de señalar que para que se alcance la eficiencia de los recursos, es necesario que se respeten los contratos. Los convenios arbitrales en los conocimientos de embarque son una forma que se puede llegar a un resultado más óptimo para la sociedad.

Si se respeta el convenio arbitral en el conocimiento de embarque, la situación de nuestra sociedad será más eficiente. Se podrá descongestionar el Poder Judicial. Asimismo se podrá tener una mayor predictibilidad en los problemas que surjan en el comercio internacional y por ende se llega a una solución más eficiente para nuestra sociedad.

1.8.3 Beneficios y viabilidad de un convenio arbitral en el conocimiento de embarque.

Aunque la mayoría de convenios arbitrales establecen que el arbitraje es en el extranjero, eso no obsta a que tengan sus beneficios para cualquiera de las partes que intervienen en el conocimiento de embarque.

En algunos casos, las cláusulas arbitrales incorporadas en el conocimiento de embarque señalan que el arbitraje será en el extranjero por ejemplo en Londres, en Nueva York, etc. con un árbitro designado por cada una de las partes y el tercero designado por ambos árbitros.

³⁵Idem.p.44

Es decir, casi muy parecido a lo que sucede en el Perú en los arbitrajes que se ven por ejemplo en la Cámara de Comercio de Lima y que se encuentra regulado en el artículo 23 inciso b) de la Ley General de Arbitraje que señala “En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido al requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados , en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral”.

Entendido esto, nos encontramos que en la forma no existe ninguna diferencia o algo desconocido que pueda hacer desconfiar la imparcialidad del arbitraje o algo que puede generar suspicacia por parte de una de las partes intervinientes en el conocimiento de embarque para poder desconfiar de un convenio arbitral en un conocimiento de embarque.

Incluso, los beneficios que genera un arbitraje en un problema de comercio internacional de mercancía por mar es la especialidad de los árbitros que generalmente son personas que son reputadas como especialistas en el tema.

Por ello, la predictibilidad de las soluciones jurídicas con respecto a un tema, al ser resueltas por personas especializadas en el tema, hace que exista seguridad jurídica, y con ello la ausencia de discrepancias.

Debemos de recordar que la incertidumbre jurídica de un determinado problema es el que lleva a una persona a ir a uno de los mecanismos de solución de conflictos para solucionar su problema.

Si la especialidad de los árbitros al resolver un tema genera decisiones predecibles, la incertidumbre jurídica se disminuirá y por ende se podría decir que se habría alcanzado la paz social en justicia.

Alfredo Bullard señala con respecto al análisis económico del derecho que “El elemento principal es determinar que es más eficiente a través de un análisis costo beneficio”³⁶.

³⁶ Idem.p.46

Pues bien si se respeta los convenios arbitrales en los conocimientos de embarque, ellos haría que ambas partes lleven una controversia jurídica a un arbitraje donde su problema será resuelto por personas especializadas en el tema.

Si son los árbitros personas especializadas en el tema, los laudos arbitrales serán muy bien logrados y con ello similares problemas serán previsibles de saber cuál puede ser el resultado.

Si se sabe cuál va a ser el resultado de un determinado problema, eso genera seguridad jurídica, lo que hace que las personas confíen en que sus contratos va a ser respetados y por ende no tengan miedo de que puedan ser vulnerados, Lo anterior hace que nuestra economía crezca, pues al respetarse los acuerdos o convenios, crea seguridad jurídica que aumenta la inversión en el Perú.

Pero no sólo eso, cuando se recurre a personas especializadas para resolver un conflicto de intereses, nos encontramos que ello hace que haya predictibilidad de las decisiones a tomar.

Cuando hay predictibilidad de las decisiones que se toman, lo que sucede es que la incertidumbre jurídica con respecto a determinado tema va acabando, lo que hace que se acabe un tema de relevancia jurídica y con ello se logre la paz social en justicia.

Por ello, el convenio arbitral en los conocimientos de embarque resulta ser beneficioso y viable en los problemas de transporte internacional de mercancías.

No sólo por el tema tan especializado que es resolver un problema que involucra muchas veces mercaderías que transitan por varios países sino porque las cargas transportadas en los buques tienen un gran impacto económico en el Perú.

El Perú importa granos de Maíz, torta de soya a granel, aceite a granel, todo ellos son utilizados en la industria nacional para efectos de utilizarlos en sus negocios y con ello obtener una ganancia para sus empresas.

Hay empresas que son grandes mayoristas en el Perú que simplemente importan un volumen tan grande de granos de algún producto, que su negocio es la venta de dicho volumen de carga a medianas empresas.

Así por ejemplo una empresa mayorista con sede en Lima importa 30,000.00 TM de granos de Maíz de argentina. Dicha carga es transportada en una nave, la misma que cuando llega al Perú, ya toda esta vendida a medianas empresas y donde su utilidad está plasmada en las posibilidades que puedan vender toda su carga.

Desde el punto de vista económico, la importación de grandes volúmenes de granos hace que la economía se mueva y haya utilidades para las empresas en el Perú.

Si se logra respetar que el convenio arbitral en los conocimientos de embarque sea respetado, económicamente podría reducirse los costos de transporte de la carga que viene al Perú, pues habría predictibilidad frente a los problemas que puedan surgir.

Por ello, el convenio arbitral en los conocimientos de embarque resulta beneficioso incluso si se realiza en el extranjero.

CAPITULO 2. LAS CLAUSULAS ARBITRALES EN EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE

En la presente sección se aprecia la investigación sobre las cláusulas arbitrales que existen en los conocimientos de embarque a efectos de poder entender si ellas son válidas o no válidas en nuestro ordenamiento legal.

Como sabemos el conocimiento de embarque es un título valor que se encuentra definido en el artículo 246 de la Ley de Títulos Valores el mismo que señala que “el conocimiento de embarque representa las mercancías que son objeto de un contrato de transporte marítimo, lacustre o fluvial”.

Asimismo, en nuestro ordenamiento legal el artículo 55 de la Ley de títulos valores señala claramente lo siguiente: “ *Salvo disposición legal en contrario, para el ejercicio de las acciones derivadas del título valor podrá acordarse el sometimiento a la competencia de determinado distrito judicial del país, así como a la jurisdicción arbitral; o a leyes y/o tribunales de otro país*”.

Es decir, en nuestro ordenamiento legal existe un artículo general que permite que dentro de los conocimientos de embarque se pueda incorporar la jurisdicción arbitral, sin embargo este artículo es muy general, pues no señala como deberían ser incorporadas las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque para efectos de que éstas puedan tener validez.

Sobre el conocimiento de embarque y su función como título valor, Miguel Pendón nos señala:

“El conocimiento de embarque, que en sus orígenes no era más que el instrumento que certificaba la carga de las mercancías a bordo, ha ido acumulando durante siglos otras funciones que han terminado por dotarlo de las especiales características que hoy lo configuran. La primitiva función, que todavía perdura, se ve acompañada y completada por la de servir de prueba del contrato de transporte (ya que se emite como consecuencia de la estipulación del mismo) y ser un título valor, más concretamente, un título representativo de las mercancías.”³⁷

Como se aprecia una de las funciones del conocimiento de embarque es ser prueba del contrato de transporte y un título valor.

³⁷ PENDON MELENDEZ, Miguel. “Los títulos representativos en el transporte marítimo. p-127

Por su parte José Guzmán nos señala en forma clara el concepto y función del conocimiento de embarque cuando señala:

“El conocimiento de embarque es el documento que expide el transportador marítimo una vez que las mercancías objeto del contrato son llevadas a bordo de la nave, y presta tres funciones, a saber:
-Constituye el recibo de las mercancías a bordo de la nave.
-Sirve como prueba de la existencia del contrato de transporte de mercancías.
-Es un título – valor representativo de mercancías.”³⁸

En esta cita apreciamos como las funciones del conocimiento de embarque son además de ser prueba del contrato de transporte, y de un título valor, el ser recibo de las mercancías a bordo de la nave.

Así también Andrés Recalde nos señala:

“El conocimiento de embarque constituye prima facie el documento en el que se refleja el derecho de crédito a la entrega de mercancías objeto de un contrato de transporte marítimo.”³⁹
“Por el contrario, el Derecho italiano sí que ha reconocido expresamente la «eficacia representativa» del conocimiento en los artículos 1996Cc y 463 Cod. Nav. En estos preceptos se indica que los títulos representativos, y ente ellos el conocimiento de embarque, «atribuyen al poseedor [del título] el derecho a la entrega de las mercancías que estén especificadas, la posesión de las mismas y el poder de disponer mediante la transmisión del título».”⁴⁰

Es decir nos encontramos que el conocimiento de embarque es reconocido que tiene tres funciones, siendo una de ellas el ser un título valor. Por ende, siendo un título valor nos encontramos, que siguiendo el análisis y conforme al artículo 55 de la Ley de Títulos valores, es posible que el conocimiento de embarque pueda contener un convenio arbitral.

Sin embargo conforme iremos analizando a lo largo de esta segunda sección no existe una regulación específica en nuestro ordenamiento legal que haya legislado sobre el convenio arbitral en los conocimientos de embarque, sino sólo un artículo que lo señala de manera general.

³⁸ GUZMAN José en “El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque”.p - 145

³⁹ RECALDE Andrés. “El conocimiento de embarque y otros documentos del transporte, función representativa p 39

⁴⁰ Ídem p 80-81

2.1 Cláusula arbitral adherida al conocimiento de embarque. Incorporación por referencia.

Como punto de partida del presente análisis sobre la validez de la cláusula arbitral en los conocimientos de embarque, debemos de partir exponiendo el modelo de las cláusulas arbitrales que existen en los conocimientos de embarque para efectos de poder entender si ellas son válidas o no son válidas en nuestro ordenamiento legal.

Dentro de la investigación que hemos realizado, hemos encontrado diferentes conocimientos de embarque donde se hace expresamente mención a cláusulas arbitrales.

Sin embargo, el hecho que estén plasmadas en dichos documentos, no los hace de aceptación pacífica para las empresas que recogen su mercadería en los puertos del Perú, y que son las consignatarias de dicho conocimiento de embarque y como tales titulares de los derechos del título valor.

Al respecto debemos de señalar que el consignatario de la carga es el titular del derecho de entrega de la carga que se encuentra descrita en los conocimientos de embarque conforme lo establece el artículo 638 del Código de Comercio cuando señala:

“Artículo 638.- El capitán, bajo su responsabilidad personal, así que llegue al puerto de destino, obtenga el permiso necesario de las oficinas de sanidad y aduanas y cumpla las demás formalidades que los reglamentos de administración exijan, hará entrega del cargamento, sin desfalco, **a los consignatarios**, y en su caso, del buque, aparejos y fletes al naviero”.

El consignatario como titular del conocimiento de embarque tiene los derechos sobre el título y por ende tendría que estar obligado a lo que señale el mencionado título valor, no obstante esto no es aceptado por los consignatarios de la carga cuando se trata de arbitraje.

Entendido esto, debemos de señalar que en la investigación, hemos encontrado por ejemplo el conocimiento de embarque emitido por ODFJELL que tiene como consignatario a la empresa Peruquímicos S.A.C por un embarque de 262.154 TM de N-Propyl Acetate donde se señala:

“este embarque se realiza según el CP/Coa antes mencionado y todos los términos, cláusulas, condiciones, libertades y excepciones cualesquiera allí contenidos son incorporados al presente conocimiento de embarque, incluyendo la cláusula de embargo y la cláusula de arbitraje/legislación/jurisdicción.”⁴¹

Nótese que esta cláusula contenida en un conocimiento de embarque incorpora una cláusula arbitral de un charter party o un contrato de fletamento.

Así también hemos encontrado el conocimiento de embarque modelo Congenbill edición 1994 emitido por el capitán de la nave Wigeon, que tiene como consignatario a la empresa Contilatin del Perú S.A por un embarque de 1,081.016 TM de torta (harina) de soya paraguaya a granel donde se señala:

“Todos los términos y condiciones, libertades y excepciones que estipula el Contrato de Fletamento, celebrado en la fecha que aparece al dorso, incluyendo la Cláusula Legal y de arbitraje, se incorporan al presente.”⁴²

Se aprecia que claramente el conocimiento de embarque incorpora un arbitraje de un contrato de fletamento.

También hemos encontrado el conocimiento de embarque que tiene como consignatario a la empresa CONTILATIN DEL PERU S.A por un embarque de 8,985 Tm de Maíz argentino donde se señala:

(traducción libre)

Todos los términos condiciones y excepciones de acuerdo al contrato de fletamento fechado al dorso y cualquier adenda del mismo es considerado como incorporado aquí, incluyendo la ley y la cláusula de arbitraje (cláusula 45) como está totalmente escrita, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en este conocimiento de embarque.”⁴³

⁴¹ PODER JUDICIAL. Demanda de Peruquimicos contra Odfjell, ante el Juzgado de Paz Letrado del Callao, expediente Número 1546-2013 antes el 4 Juzgado de Paz Letrado del Callao.

⁴² PODER JUDICIAL. Demanda de Contilatin del Perú contra HAWK SHIPPING INC y CANFORNAV LTD, ante el sexto Juzgado de Paz Letrado del Callao, expediente Numero 5316-2008

⁴³ PODER JUDICIAL. Demanda de Contilatin del Perú contra Orient Tribune Shipping Co.Ltd y Interorient Marine CYP ante el 4 Juzgado de Paz Letrado del Callao, expediente número 1335-2014.

1. All terms conditions and exceptions as per Charterparty dated as overleaf and any addenda thereof to be considered as incorporated herein, including the Law and Arbitration Clause (clause 45) as if fully written, anything to the contrary container in this Bill of Lading notwithstanding.

En esta cláusula también se aprecia que el conocimiento de embarque incorpora una cláusula arbitral de un contrato de fletamento.

Es decir de lo arriba expuesto se aprecia que la cláusula adherida al conocimiento de embarque, como se ha redactado, incorpora un convenio arbitral que se encuentra en un documento aparte, el mismo que se denomina contrato de fletamento.

Debemos de señalar que la referencia hecha a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral, conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071).

Entendido, ello, se aprecia que la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) va abriendo el camino para que un convenio arbitral, incluso que este en un documento aparte, pueda ser válido en nuestro ordenamiento legal si se hace referencia a ello. Esto se encuentra reconocido en doctrina como incorporación por referencia y que está presente en el artículo 13 inciso 6 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071)

2.2 Cláusulas arbitrales del contrato de fletamento. Incorporación por referencia.

Sobre este punto es necesario tener en cuenta que existe una diferencia importante entre el conocimiento de embarque y los contratos de fletamento.

El contrato de fletamento es utilizado a efectos de poder fletar una nave o un buque y es generalmente entre el propietario (owner) y el fletador (chárter).

En el Perú la responsabilidad por la carga es jurisprudencialmente aceptada como una responsabilidad solidaria del propietario y fletador, pues así lo expresa el artículo 599 del Código de Comercio.

El artículo 599 del Código de Comercio establece “El propietario del buque y el naviero serán civilmente responsables de los actos del capitán y las obligaciones contraídas por éste para reparar, habilitar y avituallar el buque, siempre que el acreedor justifique que la cantidad reclamada se invirtió en beneficio del mismo”.

La responsabilidad solidaria del propietario y fletador de un buque esta incluso plasmada en la casación No. 4337-2006- Callao de 27 de enero de 2009. Así lo expresa la sentencia de vista de fecha 24 de Junio de 2014 expedida por la Sala Civil del Callao que señala:

“(..) absolviendo este agravio es preciso señalar que los artículos 603 y 600 del Código de Comercio y el artículo 1195 del Código Civil, se advierte que la primera de las normas regula que los propietarios del buque son civilmente responsables en la indemnización a favor de terceros a que diera lugar la conducta del capitán en la custodia de los efectos que cargo el buque; asimismo, esta responsabilidad de los propietarios del buque es también respecto del naviero o transportista como lo dispone el artículo 600 del Código de Comercio, por lo que el propietario del buque conjuntamente con el naviero o transportista de la entrega de mercancías sin desfalco. Al respecto, se observa que la normas antes citadas deben ser interpretadas sistemáticamente con el artículo 1 literal a) de la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en materia de Conocimiento de Embarque, conocida también como Reglas de la Haya de 1924, incorporado a nuestro derecho interno mediante resolución Suprema número 637 del 16 de Octubre de 1964. Esta norma precisa que “transportador” comprende al propietario del buque o al fletador, quien forma parte de un contrato de transporte con un cargador; criterio recogido de la CASACION No. 4337-2006-CALLAO de 27 de enero de 2009.”⁴⁴

Lo interesante es saber que los intereses del buque son responsables solidarios por la obligación de entrega de la carga, y es importante este punto a efectos de poder entender que son unas de las partes que integrarían el arbitraje plasmado en el conocimiento de embarque.

Entendido esto, a diferencia del contrato de fletamento entre el propietario del buque y el fletador del buque, se encuentran los conocimientos de embarque.

Como hemos mencionado anteriormente el conocimiento de embarque es el recibo emitido por la carga a bordo, donde generalmente contiene cláusulas que gobiernan el conocimiento de embarque.

Entendido ello, debemos de señalar que el conocimiento de embarque adhiere en muchos casos las cláusulas arbitrales del contrato de fletamento, lo que se conoce como incorporación por referencia y está presente en el artículo 13 inciso 6 de la Ley de Arbitraje.

⁴⁴ PODER JUDICIAL. Resolución de vista No. 36 de fecha 24 de Junio de 2014, expediente 4625-2008 en los seguidos entre Alicorp S.A.A contra White Cosmos Shipping S.A y otros.

Sobre las cláusulas arbitrales en los contratos de fletamento, debemos de mencionar que en nuestra investigación hemos encontrado un contrato de fletamento de fecha 16 de Octubre de 2013, entre la empresa Osogovo Navigation Ltd – Marshall Island y Europe Resources Inc, por el fletamento de la nave Osogovo, donde en la cláusula 19 se señala lo siguiente:

“(Traducción libre)

19. Este contrato de fletamento será gobernado por y construido de acuerdo a ley inglesa y cualquier disputa que surja de este contrato de fletamento será referido a un arbitraje en Londres de acuerdo con el acta de arbitraje de 1950 y 1979 o cualquier modificación estatutaria o re promulgación de esta por el tiempo que ha estado en vigencia.

A menos que las partes acuerden sobre un único árbitro, un árbitro será designado por cada parte y los árbitros así designados nombrarán a un tercer árbitro, la decisión de los tres hombres del tribunal entonces constituido o cualquiera de dos de ellos, será final. En la recepción de una de las partes de la designación por escrito del otro árbitro de parte, esa parte nominará su árbitro dentro de catorce días, so pena que la decisión del único árbitro designado sea final.

Para disputas donde el total del monto reclamado por cada parte no exceda del monto establecido en la casilla 25 (US\$ 50,000.00) el arbitraje será llevado a cabo de acuerdo con el procedimiento de pequeños reclamos de la asociación de árbitros marítimos de Londres.”⁴⁵

Es decir esta cláusula arbitral que se encuentra presente en los contratos de fletamento donde se aprecia que dirige cualquier disputa a un arbitraje en Londres, es incorporada en muchas ocasiones a los conocimientos de embarque. Esto se encuentra presente como incorporación por referencia en el artículo 13 inciso 6 de la ley de Arbitraje.

Sobre el particular IGNACIO MELO señala sobre las cláusulas arbitrales en los contratos de fletamento lo siguiente:

⁴⁵ 19. Law and Arbitration.

(a) this Charter Party shall be governed by and construed in accordance with English law and any dispute arising out of this charter party shall be referred to arbitration in London in accordance with the arbitration Acts 1950 and 1979 or any statutory modification or re-enactment there of for the time being in force.

Unless the parties agree upon a sole arbitrator, one arbitrator shall be appointed by each party and the arbitrators so appointed shall appoint a third arbitrator, the decision of the three man tribunal thus constituted or any two of them, shall be final. On the receipt by one party of the nomination in writing of the other party’s arbitrator, that party shall appoint their arbitrator within of fourteen days, failing which the decision of the single arbitrator appointed shall be final. For disputes where the total amount claimed by either party does not exceed the amount stated in Box 25** the arbitration shall be conducted in accordance with the Small Claims Procedure of the London Maritime Arbitrators Association.

“En la forma de póliza de fletamento conocida con el nombre de New York Produce Exchange Form encontramos el siguiente texto de Cláusula compromisoria de Arbitraje

17. En el caso de que surja cualquier disputa, será planteada a tres personas en New York; debiendo nombrar una de ellas cada una de las partes y la tercera por las dos escogidas; su decisión o la de ellos, será final y para el propósito de la ejecución de cualquier laudo, este acuerdo podrá ser considerado como sentencia de una corte, los árbitros de Comercio.”⁴⁶

Es decir notamos que existen cláusulas arbitrales en los contratos de fletamento, las mismas que vienen de formatos ya establecidos.

Asimismo el mencionado autor Ignacio Melo continúa señalando otro modelo de cláusula arbitral en los contratos de fletamento:

“En la forma conocida con el nombre Baltimore Form que corresponde a The baltic and International Maritime conference, encontramos la siguiente cláusula

“23. Cualquier disputa que surja bajo el presente fletamento será sometida al arbitraje en Londres (o cualquier otro lugar que se convenga), un árbitro será nombrado por el fletante, el otro por el fletador y en caso de que los árbitros no se pongan de acuerdo, decidirá un tercero nombrado por ellos. El laudo de los árbitros o tercero será final y obligará a ambas partes.”⁴⁷

Es decir, de la lectura de las cláusulas de fletamento se nota con claridad que el lugar preferido para resolver cualquier litigio es Londres o Nueva York.

La pregunta podría ser ¿Por qué no el Perú?, si el Perú es el lugar donde se ejecuta el contrato de transporte, es decir el lugar donde arriba la carga importada, o donde se cumple el contrato. La respuesta a esa pregunta es que el arbitraje en los conocimientos de embarque no está regulado en nuestro país, debido a que para efectos de poder darle validez a dicho convenio arbitral se tiene que hacer una interpretación de la norma, la misma que muchas veces no es aceptada o es vista como una forma de eludir responsabilidad, al derivar a un arbitraje en el extranjero.

2.3 Cláusulas arbitrales ¿arbitraje sólo en Londres y Nueva York?

⁴⁶ MELO Y RUIZ Ignacio en “Los contratos en el transporte marítimo y la solución arbitral” en memoria del simposio sobre Arbitraje Comercial Internacional y Derecho Marítimo. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional, Asociación Mexicana de usuario del Transporte Marítimo A.C. 1980. P-452

⁴⁷ Ídem p-452

Efectivamente, uno de los principales problemas que nos encontramos en la investigación es que el empresariado importador peruano es reacio a aceptar cláusulas arbitrales señalando múltiples motivos, los cuales explicaremos ya detalladamente en la sección tercera de la presente tesina.

Hemos visto que en los conocimientos de embarque se pactan arbitrajes en Londres y esto se debe a que la mayoría de aseguradores se encuentran en Londres.

Así tenemos que Bárbara de la Vega en “el arbitraje en el ámbito marítimo” ha señalado lo siguiente:

“La predilección por el arbitraje en Londres encuentra su origen en parte en el hecho de que tradicionalmente las aseguradoras de Londres han controlado el mercado del seguro, y han insistido en que los contratos tipo de sus asegurados incluyan un acuerdo expreso que adopte el sistema de arbitraje establecido en Londres. Surge entonces una serie de problemas derivados de la existencia de jurisdicciones distintas a las que sustenta su sistema en el Common Law.”⁴⁸

Por ello, el empresariado peruano es reacio a aceptar las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque siendo una de las principales causas la distancia que nos separa del lugar del arbitraje prefijado como es Londres o Nueva York, lo que incrementa costos y por ende desincentiva el uso del arbitraje en los conocimientos de embarque en el Perú.

Como reiteramos esto se debe a la ausencia de una regulación nacional y específica que no se ha preocupado de los conocimientos de embarque y sus cláusulas arbitrales.

Con respecto a la ausencia de regulación Bárbara de la Vega señala en “el arbitraje marítimo” lo siguiente:

“Esta ausencia de regulación específica del arbitraje marítimo se constata tanto en el plano interno como en el internacional, dada la falta de una regulación uniforme al respecto. Por recoger las únicas normas relativas al arbitraje en materia de transporte marítimo internacional, hay que citar las Reglas de Hamburgo de 1978 reguladoras del transporte marítimo internacional que, si bien han influido en la reforma del Derecho de la navegación marítima interno e internacional y contado

⁴⁸ DE LA VEGA JUSTRIBO, Bárbara en “el arbitraje en el ámbito marítimo” en volumen 4 de la Biblioteca de Arbitraje del estudio Mario castillo Freyre p-26

con las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor, ofrecen una parca e incompleta regulación del arbitraje. El artículo 21 y el siguiente de las reglas de Hamburgo regulan el arbitraje al referirse a las cláusulas insertas en los chárter parties que se han incorporado a un conocimiento de embarque.⁴⁹

Con respecto a este punto debemos de señalar que el Perú no es país signatario de las Reglas de Hamburgo, y por ello no existe una regulación específica en materia de arbitraje en los conocimientos de embarque.

Sin embargo, en la investigación, hemos encontrado, algunos proyectos de ley que tratan de buscar mecanismos de solución de controversias alternativos al Poder Judicial.

Como bien sabemos, las disputas que se encuentran en donde existe la presencia de un conocimiento de embarque, es referida a la entrega completa y en perfecta condiciones de la carga que es transportada a bordo de un buque.

Es decir, las disputas surgen por temas de incumplimiento de obligaciones, donde generalmente el consignatario de la carga, que es un empresario peruano acusa al transportista o naviero de no haber cumplido con la obligación de entrega.

Al existir un supuesto incumplimiento de una obligación de entrega, surge un conflicto, los cuales buscan que se solucione en uno de los mecanismos de solución de controversia que brinda el ordenamiento legal peruano.

Por ello, en la investigación, hemos encontrado el anteproyecto de la Ley de navegación y Comercio Marítimo, el mismo que señala sobre el arbitraje marítimo lo 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 sometida a arbitraje. Salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la Ley General de Arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo.

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

⁴⁹ Ídem. p-16

1. Cuando las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdicción extranjera, sea ordinaria o arbitral, salvo que se trate de los casos previstos en los artículos 215 y 446
2. Cuando las partes o interesados expresen su voluntad de someterse a la jurisdiccional nacional ordinaria.
3. Cuando se trate de los casos contemplados en los artículo 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 600 Unidades de Referencia Procesal (URP). En tal caso el demandante podrá optar por recurrir a la jurisdicción arbitral u ordinaria.”⁵⁰

De lo anterior se aprecia que el anteproyecto de la ley de navegación y comercio marítimo ha puesto como solución que toda controversia derivada de los hechos, actos o contratos sea derivada a un arbitraje pero en el Perú y sujeto a la ley de arbitraje del Perú, lo que es una solución que se enfrenta al arbitraje en Londres y en Nueva York,

Es decir, de la investigación realizada se aprecia que efectivamente existe una ausencia de regulación de los arbitrajes en los conocimientos de embarque, pero que si existe el ánimo de tratar de solucionar el tema del arbitraje marítimo en los conocimientos de embarque, y para ello si bien no existe una regulación vigente, si existe un anteproyecto que permite encontrar como solución que los arbitrajes de las controversias marítimas sea realizado en el Perú. La solución que ha encontrado el anteproyecto, puede ser acertado si se toma en cuenta los conocimiento de embarque que tienen una cláusula arbitral.

Pero habría que ver también que sucedería con los conocimientos de embarque que no tienen el convenio arbitral lo que lógicamente por imperio de la ley pasarían a formar parte de un arbitraje nacional de acuerdo al mencionado anteproyecto de ley.

Lo que se tendría que disgregar es entre aquellos conocimientos de embarque que si tienen una cláusula arbitral en donde estaría perfecta la solución encontrada en el anteproyecto de la ley de Navegación y Comercio marítimo y los conocimiento de embarque que carecen de convenio arbitral, lo que por

⁵⁰ Anteproyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Comisión especial encargada de elaborar el proyecto del código de comercio.

lógica consecuencia no debería formar parte de un arbitraje, pues no habría sido acordado por las partes.

Sin embargo, el tema de la regulación de un sistema de solución de conflictos no acaba en lo mencionado anteriormente, pues claramente existe un problema entre los distintos actores económicos que utilizan el comercio marítimo para efectos de lograr sus negocios.

Lo anterior se evidencia, pues en la actualidad también el proyecto de ley 3690 impulsado por el Ejecutivo establece medidas para promover el crecimiento económico y ha señalado en su artículo 20 con respecto a la solución de conflictos en el comercio internacional de mercancías lo siguiente:

Artículo 20.- Competencia de INDECOPI.

La comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI es competente para conocer las denuncias respecto de los servicios complementarios y gastos conexos al contrato de transporte internacional marítimo de mercancías. Para dichos efectos se considera consumidores a los dueños o consignatarios de la carga, siendo aplicables las disposiciones referidas a infracciones y sanciones en el marco de la normatividad aplicable al INDECOPI.

De lo anterior, se aprecia que el sistema de solución de conflictos entre los actores económicos que participan en el transporte internacional marítimo de mercancías no está encontrando una solución adecuada y ahora pretende encontrar que el sistema de solución sea la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, como si los actores económicos nacionales estuvieran en desventaja frente a los navieros, vistos como actores económico poderosos, cuando en realidad no existe asimetría de la información, pues las empresas que participan en el comercio internacional marítimo son empresas que negocian de igual a igual y donde no puede dársele ventaja como si fuera un consumidor uno de ellos y tratar de encontrar en el INDECOPI una forma de solucionar sus problemas.

Es decir, al existir conflictos entre los distintos actores económicos que participan en el transporte internacional de mercancías se trata de buscar la mejor solución

de acuerdo a sus intereses a efectos de obtener una adecuada solución a sus conflictos, tratando ahora que sea el INDECOPI quien resuelva sus problemas.

Lo anterior trata de desplazar al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, pero lo que se tiene que investigar en la presente sección si efectivamente el arbitraje vendría a ser la solución eficiente frente a un problema de carga en el transporte internacional de mercancías.

2.4. Problemas sobre las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque. Ausencia de regulación.

Lo que se aprecia es que a lo largo de nuestra legislación no existe una regulación específica sobre las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque y ellos se debe al carácter internacional del mismo, pues al ser estas cláusulas plasmadas en documentos elaborados en otros países, la regulación nacional no los ha tomado en cuenta. Sin embargo el problema no sólo es un problema nacional sino también internacional pues no existe un convenio sobre el arbitraje en el conocimiento de embarque a nivel internacional.

Por ello, no existiendo consenso sobre que norma aplicar en arbitraje marítimo, se utilizan los convenios internacionales como el Nueva York.

Así Rosario Espinoza nos señala:

“A la espera de un consenso internacional en materia de arbitraje marítimo, es necesario acudir a las normas que, con carácter general, regulan el arbitraje comercial internacional. En el Derecho español dichas normas son las establecidas por los Convenios de Nueva York de 1958 y de Ginebra de 1961, así como por la Ley de Arbitraje 60/2003.”⁵¹

Con respecto a estos convenios internacionales el Perú es signatario del Convenio de Nueva York.

Por ello, lo que hemos encontrado en la presente investigación es la existencia de cláusulas arbitrales adheridas en los conocimientos de embarque que como títulos valores son utilizados en el Perú a efectos de poder participar en el comercio internacional.

⁵¹ ESPINOZA CALABUIG, Rosario en “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales(2007). P-5

Es decir hemos encontrado un documento que se utilizan en el comercio internacional y que son utilizados también en el Perú, y donde existen cláusulas arbitrales adheridas.

Sin embargo, no obstante la existencia de dichas cláusulas arbitrales las mismas que tienen un razón económica para su existencia, no existe regulación interna específica sobre las cláusulas arbitrales del conocimiento de embarque no obstante ser una práctica casi mundial, que se utiliza a nivel internacional y donde el Perú no puede dejar de tener una regulación donde lo que se quiere es que económicamente el Perú este inmerso en el circuito económico mundial.

2.5 Validez de las cláusulas arbitrales adheridas en el conocimiento de embarque. Incorporación por referencia.

Conforme avanzamos en el tema, vemos que la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque hace referencia a una cláusula de un contrato de fletamento. Es decir el conocimiento de embarque tiene una cláusula incorporada de un contrato de fletamento.

Aquí en este punto habría que analizar si nuestra legislación general permite el uso de una cláusula adherida que proviene de otro documento.

La respuesta la encontramos en el artículo 13 de la Ley General de Arbitraje que establece con respecto al contenido y forma del convenio arbitral lo siguiente:

- 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.

Efectivamente, nuestra legislación le da valor de convenio arbitral a la cláusula de arbitraje hecha mediante una referencia hecha en un contrato. En los documentos que hemos analizado líneas arriba se aprecia que el conocimiento de embarque hace referencia a una cláusula arbitral de un contrato de fletamento, lo que de acuerdo a nuestra legislación de arbitraje es completamente válido.

Así por ejemplo tenemos la cláusula mencionada anteriormente que no señala lo siguiente:

“(…) este embarque se realiza según el CP/Coa antes mencionado y todos los términos, cláusulas, condiciones, libertades y excepciones cualesquiera allí contenidos son incorporados al presente conocimiento de embarque, incluyendo la cláusula de embargo y la cláusula de arbitraje/legislación/jurisdicción”

Por ello, mediante la interpretación del artículo 13 de la Ley general de arbitraje es perfectamente posible señalar como válida las cláusulas arbitrales en el conocimiento de embarque.

Sobre este punto Rosario Espinoza en “las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los Usos del tráfico comercial internacional” nos señala:

“asimismo se admiten las cláusulas de referencia, esto es, que no constan en el documento contractual principal sino en otro separado, entendiéndose incorporadas porque el contrato hace referencia al documento. Así lo establece la misma Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje o la misma Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, cuyo art. 7.2. aluden a la referencia en un contrato a un documento que contenga la cláusula arbitral, siempre que sea por escrito y deje claro que la cláusula forma parte del contrato. Este tipo de cláusulas son muy habituales en la práctica marítima, ya que muchas veces las cláusulas arbitrales presentes en una chárter party son posteriormente incorporadas en un B/L.”⁵²

Es decir que en la práctica internacional el arbitraje mencionado en el conocimiento de embarque y que hace referencia a una cláusula arbitral de un contrato de fletamento es perfectamente válida. Esto es conocido en doctrina como incorporación por referencia y está presente en el artículo 13 inciso 6 de la Ley de Arbitraje.

2.6 El arbitraje en los conocimientos de embarque como solución eficiente

Encontrado el tema del arbitraje en el conocimiento de embarque, hemos notado a lo largo de esta sección que existen mecanismos de solución de controversias para resolver disputas sobre el transporte internacional de mercancías por mar.

⁵² Ídem p - 12

Como hemos mencionado los principales problemas que trae el transporte marítimo internacional es con respecto a la carga transportada por las naves. Los consignatarios de carga quieren que su carga sea entregada completa y sin daño o faltante alguno y para ello en caso de surgir un problema recurren a uno de los mecanismos de solución de conflictos.

Dentro de ellos se encuentra el arbitraje que está plasmado en muchos conocimientos de embarque.

Bárbara de la Vega señala en “el arbitraje en el ámbito marítimo” lo siguiente:

“La presente obra colectiva pone de manifiesto que el arbitraje es el método de solución extrajudicial de controversias de carácter internacional de mayor utilización en el ámbito empresarial, dadas las notas características que lo diferencian del procedimiento de carácter judicial. Estas notas son: mayor rapidez y menor coste económico, simplicidad y escaso formalismo, posibilidad de seleccionar como árbitros a personas con formación específica en una determinada área de conocimientos y mayor privacidad y reserva para las partes.”⁵³

Es decir, el arbitraje plasmado en los conocimientos de embarque vendría a ser una solución en los problemas que se presentan entre el empresariado peruano y los navieros.

Las ventajas que tiene el arbitraje frente a la resolución de un conflicto en el Poder Judicial, son muy amplias pues la especialidad y la rapidez como forma de solución de conflictos desplaza al Poder Judicial.

Rosario Espinoza nos señala lo siguiente:

“El recurso de arbitraje comercial internacional responde principalmente a los intereses de los operadores del comercio internacional como vía de resolver sus controversias de un modo más rápido, económico y ajustador a sus intereses comerciales, que si se acudiera a la justicia nacional. Aunque en la práctica el arbitraje ha resultado ser más lento y costoso de lo que eran sus primigenios objetivos, nadie duda hoy de su conveniencia como medio alternativo de resolución de litigios en el ámbito comercial internacional, donde los arbitros cada vez son más especialistas en el ámbito del comercio internacional.”⁵⁴

⁵³ DE LA VEGA JUSTRIBO, Bárbara en “el arbitraje en el ámbito marítimo” en volumen 4 de la Biblioteca de Arbitraje del estudio Mario castillo Freyre p-13

⁵⁴ ESPINOZA, Rosario en “Las clausulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales(2007). P - 4

Por ende, la razón de la existencia de un mecanismo de solución de controversias como el arbitraje en los conocimientos de embarque tiene su razón económica en la velocidad con la que se opera el comercio internacional, que lo hace buscar mecanismos más rápidos para solucionar los conflictos, y la velocidad en la resolución de un conflicto puede ser posible si quien resuelve es un experto en el tema como puede ser un árbitro.

Así Richard Posner señala sobre el arbitraje lo siguiente:

“La diferencia entre los árbitros y los jurados es que los primeros son escogidos por su conocimientos en el área de disputa, mientras que los últimos son escogidos por su falta de conocimiento. Sin embargo, esa diferencia puede explicarse. Hay un dilema entre los conocimientos y la imparcialidad. Entre más sepa una persona acerca de cierta área de la vida, menos influirán los argumentos y las pruebas de dos litigantes sobre su resolución de la disputa; el incremento de sus conocimientos es menor. El experto es entonces más poderoso. Si dos litigantes (comúnmente antes de la disputa) optan por someter su disputa a un experto, no hay razón para no respetar su elección.”⁵⁵

Es decir, si una persona que resuelve estos temas como árbitro, es una persona con gran conocimiento del tema, es decir un experto en la materia, tiene la ventaja de poder resolver un conflicto de manera más rápida, pues es muy difícil que una de las partes con sus argumentos pueda desviarlo de la solución. De ahí que las disputas que puedan derivarse de los conocimientos de embarque sean derivados a arbitraje se convierte en una solución más eficiente, pues es más rápido resolver cualquier disputa con un arbitraje, pues se está en las manos de un experto en el tema.

2.7. Interpretación de la cláusula arbitral en otros países.

Sobre este punto, debemos de señalar que la interpretación de las cláusulas arbitrales incorporadas en los conocimientos de embarque es aceptada en varios países.

2.7.1 Reino Unido.

⁵⁵ POSNER Richard en “El análisis económico del derecho” p-548

Así por ejemplo en Londres, Bárbara de la Vega en “el arbitraje en el ámbito marítimo” nos señala que:

“En Londres que es donde se ha desarrollado el arbitraje marítimo, se dice que en este procedimiento se encuentran reunidas las tradicionales condiciones del arbitraje: calidad y economía. Calidad, por la posibilidad de acudir a las personas más competentes para actuar como árbitros. Y economía de tiempo y de gastos porque se eliminan las formalidades y se reducen los costes y el tiempo que importan los procedimientos judiciales.”⁵⁶

Y con respecto a las cláusulas arbitrales que se ponen como referencia a un arbitraje en Londres nos señala que son perfectamente válidas. Así nos señala:

“En cuanto a la cláusula arbitral, La Ley de Arbitraje de 1996 (sec.5) requiere que sea acordada por las partes por escrito, por cualquier medio entre los que se incluye el electrónico. La particularidad frente a otras leyes de arbitrajes nacionales estriba en que la validez de cláusula arbitral no precisa de la firma expresa de las partes, siendo suficiente por ejemplo, consignar “arbitraje en Londres” en un correo electrónico.”⁵⁷

Por su parte Rosario Espinoza en “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional no señala sobre este punto que F. Berlingieri nos ilustra sobre el tema de la manera siguiente:

“En el Reino Unido, por ejemplo suele interpretarse que la incorporación no se entiende realizada mediante “general words” dando por válida, en cambio, aquella que se realiza con expresiones como clauses o terms. Igualmente, se valora favorablemente la referencia que un B/L realice en forma apropiada a una charter party, de modo que las controversias que puedan derivar del primero de los títulos se resolverán en virtud de la cláusula arbitral que aparezca en dicha charter party.”⁵⁸

Con respecto a ello, hay que hacer una precisión, cuando la autora se refiere a B/L se está refiriendo a Bill of Lading que en castellano quiere decir conocimiento de embarque y cuando se refiere a charter party se refiere a contrato de fletamento.

⁵⁶ DE LA VEGA JUSTRIBO, Bárbara en “el arbitraje en el ámbito marítimo” en volumen 4 de la Biblioteca de Arbitraje del estudio Mario castillo Freyre p-25

⁵⁷ Ídem p-29

⁵⁸ ESPINOZA CALABUIG, Rosario en “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales(2007). P - 14

Entendido esto, se puede claramente apreciar que en el Reino Unido, se valora favorablemente la referencia que un conocimiento de embarque pueda hacer a un convenio arbitral en el contrato de fletamento. Esto es conocido como incorporación por referencia en doctrina.

2.7.2 Italia.

Por otro lado, con respecto a la cláusula arbitral del conocimiento de embarque en Italia, nos ilustra Rosario Espinoza también señalando lo siguiente:

“En Italia resulta curiosa la interpretación dada por los Tribunales que distinguen a efectos de otorgar validez o no a una cláusula arbitral, entre la “relatio perfecta” y la “relatio imperfecta”. En el primer caso, la cláusula es válida y, por lo tanto, oponible, siempre que exista una referencia específica en el contrato a la cláusula arbitral, lo que significa que ésta se ha incorporado en el B/L. En cambio, cuando hay una “relation imperfecta” la cláusula no podrá oponerse contra el poseedor del B/L, por entender que ha habido una mera referencia genérica a los términos de la chárter party.”⁵⁹

Sobre este punto es necesario precisar cuando el autor hace referencia a B/L se refiere al termino Bill of Lading, que quiere decir conocimiento de embarque, y que cuando el autor se refiere a chárter party, se refiere a los contratos de fletamento.

Entendido ello, lo que quiere señalar el autor es que la cláusula arbitral incorporada en el conocimiento de embarque es válida siempre que exista una referencia específica a los términos del contrato de fletamento. Esto es conocido como incorporación por referencia en doctrina.

2.7.3 Estados Unidos.

Por otro lado, en los Estados Unidos de Norteamérica, Rosario Espinoza también nos ilustra sobre el tema para señalar que:

“En concreto la jurisprudencia norteamericana deja bien claro cómo cuando el naviero y el fletador celebran un contrato de fletamento, la chárter party debe considerarse como el contrato, y el B/L un mero recibo de los bienes en un determinado cargamento. En cambio cuando

⁵⁹ Ídem. P-14

el B/L se emite a un tercero, que no firmo la chárter party, en tal caso el B/L constituye el contrato de transporte y todos los términos de la chárter party, incluyendo una cláusula arbitral, pueden incorporarse en el B/L siempre y cuando se realice “una referencia apropiada” a la misma. Debe tratarse, por lo tanto de una referencia específica a la cláusula arbitral de modo que resulte incuestionable.”⁶⁰

Sobre este punto y ya habiendo aclarado a que se refieren sobre B/L y chárter party, la solución jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, tiene mucha similitud con el artículo 666 del Código de Comercio que señala:

“si se recibiera 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”

Efectivamente nuestro código de comercio, entiende que un contrato es celebrado con las cláusulas que tiene el conocimiento de embarque si es que las partes no han firmado la póliza de fletamento.

Por lo que de lo arriba señalado entendemos que en los Estados Unidos, la cláusula arbitral referida en el conocimiento de embarque es completamente válida y es aceptada. Esto es conocido como incorporación por referencia.

⁶⁰ Ídem p-14

CAPITULO 3. EL EMPRESARIO PERUANO COMO CONSIGNATARIO DE LA CARGA Y SU POSICIÓN CONTRA LAS CLAUSULAS ARBITRALES EN EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL.

Debemos de comenzar este capítulo haciendo referencia a que el Perú se ubica en el puesto 41 en los indicadores del Banco Mundial en la publicación Doing Business 2015 con respecto al indicador de cumplimiento de contratos en el Perú.

Lo anterior es importante, pues según el mencionado indicador que es leído por inversionistas en todo el mundo, se señala que lograr que se cumpla un contrato en el Perú, tarda utilizando el Poder Judicial, un tiempo de 426 días.

Así en el mencionado indicador⁶¹ nos señala:

CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS	2014	2015	variación
Procedimiento (número)	41	41	0
tiempo (días)	426	426	0
Costo (% del reclamo)	35.7	35.7	0

Lo anterior, es importante, pues tiene mucho de vinculación con los mecanismos alternativos para la solución de conflictos. Pues si un país ofrece mecanismos de solución de conflictos más rápidos y expeditivos, el país será un atractivo para los inversionistas.

Incluso, en la revista The Economist haciendo referencia a este indicador del Banco Mundial pero en los países de Europa nos informa donde no se debe invertir en Europa y nos señala:

(traducción simple)

“Todavía los más importantes datos del reporte – sobre el tiempo que toma arreglar una disputa o cerrar una compañía – arroja luz sobre la deslucida inversión en negocios en la periferia de Europa desde la crisis financiera. Países donde es más rápido y fácil ejecutar contratos o cerrar empresas en quiebra son usualmente más atractivos a inversores que lugares con sistemas legales con letargo. En Grecia y Eslovenia golpeados duros por la crisis financiera, toma mucho más tiempo hacer

⁶¹ Diario El Comercio, del 29 de Octubre de 2014, sección Portafolio pagina 2 “El Perú ocupó el puesto 12 en el mundo en facilidad de créditos a las empresas”

esas cosas que países como Francia y Alemania, cuyas economías han generalmente actuado mejor. La situación ha ido mucho peor sobre los últimos pocos años. Toma ahora arriba de dos meses más ejecutar un contrato en el sistema judicial de Eslovenia que esto lo hacía un año atrás. Y hacer eso en Grecia ahora toma más de 4 años, alrededor de más de 18 meses desde el 2010. El único punto brillante es que habría tal vez un montón de negocios para los abogados griegos en el futuro cercano.”⁶²

Es decir existe un problema con respecto a la inversión, si es que el tiempo que demora resolver una controversia no se reduce, simplemente los inversionistas buscarán países donde existan mecanismos más rápidos para resolver sus disputas.

Entendido ello debemos de señalar que en la presente investigación, hemos encontrado con respecto a los mecanismos de solución de controversias, como son las cláusulas arbitrales, que hay posiciones por parte de los importadores peruanos de no aceptar una cláusula arbitral en el conocimiento de embarque sino que se prefiere iniciar un juicio en el Perú para efectos de obtener el cumplimiento de un contrato.

Debemos de recordar que en el comercio internacional, cuando una mercancía es importada por una empresa en el Perú, es de ver que el contrato de transporte internacional es ejecutado en el Perú, al cumplirse la obligación de entrega de un cargamento en uno de los puertos del Perú, como por ejemplo el puerto del Callao.

En uso de esa ejecución del contrato de transporte, es que un empresario o consignatario de una carga recurre a los tribunales peruanos conforme a lo que señala el artículo 2058 del Código Civil inciso 2 que establece lo siguiente:

Artículo 2058 inciso 2 del Código Civil

⁶²Revista The Economist” 29 de Octubre de 2014. “Where not to invest in Europe”. Yet the report's most interesting data—on the time it takes to settle a dispute, or wind up a company—sheds light on the lacklustre business investment in Europe's periphery since the financial crisis. Countries where it is quick and easy to enforce contracts or wrap up failing firms are usually more attractive to investors than places with lethargic legal systems. In Greece and Slovenia, hit hard by the financial crisis, it takes much longer to do these things than countries such as France and Germany, whose economies have generally performed better. The situation has got much worse over the last few years. It now takes over two months longer to enforce a contract through the Slovenian court system than it did a year ago. And to do that in Greece now takes more than four years, up around 18 months from 2010. The only bright spot is that there may be a lot more business for Greek lawyers in the near future.

Los tribunales peruanos tienen competencia para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial aun contra personas domiciliadas en país extranjero, en los casos siguientes:

2. Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República.

Por ello, las empresas importadoras de carga, consideran que un tribunal peruano es competente para conocer acciones relativas a cualquier incumplimiento de esta obligación de entrega de una mercancía en el Perú, debido a que el lugar de ejecución es el Perú.

Asimismo debido a ello, y debido a la existencia del artículo 8 del Reglamento de agencias generales, marítimas, fluviales, lacustres, empresas y cooperativas de estiba y desestiba que los importadores en el Perú se han visto con la posibilidad de que si algún buque de un naviero ingresa a un Puerto en el Perú para dejar su mercancía, pueden ser notificados de cualquier demanda en el domicilio del agente marítimo, no obstante los navieros puedan tener un domicilio real en el extranjero.

Así el mencionado artículo 8 de reglamento de agencias nos 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.”⁶³

Sin embargo, así como hay obligaciones de entrega por parte de un naviero, también hay obligaciones que hay que cumplir, debido al título valor que es el conocimiento de embarque, que muchas veces tiene una cláusula arbitral incorporada.

Lo anterior ha hecho que existan dos grandes grupos, un grupo de defiende a los intereses de la carga, es decir importadores o exportadores de carga que por un lado defienden que los problemas relativos a la carga que es transportada por mar, deban ser resueltos en el Perú a través de un juicio y por otro lado, un sector denominado de los navieros que sostienen que en casos donde el conocimiento de embarque tenga una cláusula arbitral ese tipo de casos tienen que ser llevados a un arbitraje en Londres o en Nueva York, conforme lo dispondría la cláusula arbitral del conocimiento de embarque.

⁶³ Artículo 8 del D.S. No. 010-99-MTC publicado en “El peruano” el 8 de noviembre de 1999.

Entendido eso, comenzaremos a desarrollar esta interesante discusión de posiciones, señalando que no debemos de perder de vista que sólo con un mecanismo de solución de controversias rápido y sencillo hará que los inversionistas vean al Perú como un país donde es fácil hacer negocios y por ende el Perú pueda crecer económicamente.

3.1 Posición de que el consignatario peruano no firma el conocimiento de embarque y por ende considera no estar obligado. Supuesto del contrato a favor de tercero.

En el Perú, en el comercio internacional de mercancías, cuando un empresario peruano importa una carga desde el extranjero al país, lo hace la mayoría de veces a través del mar, eso se debe a que en la realidad el flete es más barato que hacerlo en avión o hacerlo por tierra, pues es claro que hay lugares donde no es posible traer mercadería por tierra, pues existe un inmenso océano que nos separa de muchos países como por ejemplo China.

Así Jihad El Khoury, director de transporte marítimo de DHL Global Forwarding México señala:

"Hay muchas ventajas de subirse al barco, es más barato pero **el tiempo de tránsito es más extendido**", explicó.
Agregó que siempre que se tenga en cuenta los tiempos de traslado de la mercancía, **la opción de la ruta marítima ahorra costos**".⁶⁴

Debido a este factor económico del precio del flete, la mayoría de empresas importa mercadería usando el comercio marítimo para traer mercadería al Perú.

Cuando se importa las mercaderías por medio de un transporte por mar, se expide un conocimiento de embarque, el mismo que tiene como consignatario generalmente a una empresa que los va a recibir en el puerto de destino.

Es el exportador extranjero o vendedor del producto quien embarca a bordo de un buque la mercadería que va con destino a un puerto en el Perú y que tiene como consignatario a un empresario peruano.

⁶⁴ En Empresas optan por el transporte marítimo DHL en <http://t21.com.mx/maritimo/2014/01/02/tendencias-logistica-optan-transporte-maritimo-dhl>

De ahí que el empresario peruano es de la posición que ellos no han firmado el conocimiento de embarque como una primera razón para oponerse al convenio arbitral incorporado en el conocimiento de embarque. Es aquí donde cabe postularse la teoría del contrato a favor de tercero a que alude la doctrina sobre tercero no signatario y que desarrollaremos posteriormente.

Así en las Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje el Dr. Jorge Arboleda señala lo siguiente:

“En virtud de lo expuesto, entendemos que el arbitraje no alcanzará en el corto plazo un desarrollo en el ámbito del Derecho Marítimo peruano, pues entendemos que seguirá primando el supuesto de que el consignatario es un tercero ajeno a la relación contractual nacida o derivada de los hechos, actos o contratos del comercio marítimo o de la navegación en los que no ha participado, pues no se puede, a nuestro entender, pretender crear un supuesto consentimiento tácito para obligar a una persona a concurrir a un arbitraje, pues con ello se estaría vulnerando la esencia facultativa del arbitraje, para tratar de articularlo como obligatorio, lo cual se constituiría en un fenómeno abiertamente inconstitucional”⁶⁵

Sin embargo, lo mencionado por el autor, no es tan cierto, pues pretende señalar que el consignatario es un tercero ajeno a la relación contractual, lo que se contradice con el uso y costumbre. Cabe también preguntarse si la teoría del contrato a favor de tercero es aplicable en esta posición.

Así por ejemplo Rosario Calabuig en “las cláusulas arbitrales a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” nos señala sobre este punto lo siguiente:

36. La jurisprudencia ofrece, en este punto, respuestas en todas las direcciones. Para el Tribunal de Justicia, la presencia de este tipo de cláusulas (en particular, las de jurisdicción) produce sus efectos frente al tercero poseedor del documento, por cuanto éste ha dado su consentimiento a la misma. El problema es, nuevamente, cómo valorar dicho consentimiento. En Italia, por ejemplo, se ha determinado que, conforme al principio de literalidad de los títulos de crédito, todo lo contenido en el título determina la medida y límites del derecho de su poseedor frente al porteador emisor del mismo, quedando aquél obligado a observar la cláusula arbitral que aparece en el B/L. De este modo, parece defenderse una postura favorable a la oponibilidad de las cláusulas de arbitraje (así como las de foro) frente a terceros

⁶⁵ ARBOLEDA ZAPATA, Jorge. “El arbitraje en el derecho marítimo peruano” en Volumen 8 de Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, sobre Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Pag. 469.

poseedores, lo que, en último término, supone la defensa de una teoría basada en la sucesión de los derechos del cargador por el tercero.⁶⁶

Sobre este punto se aprecia que el poseedor del conocimiento de embarque, es decir quien pretenda ejercer algún derecho con respecto a este título valor, tiene que cumplir con las obligaciones que se encuentran dentro del mencionado título valor y no es un extraño o un tercero ajeno a la relación contractual, sino que más bien es un poseedor y titular del conocimiento de embarque como título valor.

Lo anterior se debe a que tiene lógica que quien pretenda ejecutar los derechos y acciones de un título valor sea ajeno a las relaciones obligacionales que se encuentren en él.

Por otro lado, con respecto a la constitucionalidad o no constitucionalidad de las cláusulas arbitral, se debe señalar que el tribunal constitucional ha ya señalado que la cláusula arbitral de los no signatarios es completamente válida y por ello sería constitucional. Más bien el no respetarla constituiría una infracción constitucional.

Así tenemos la sentencia 142-2011 PA/TC precedente vinculante expedida por el tribunal Constitucional donde señala claramente lo siguiente:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, **salvo que dicho tercero** esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1071.

De lo anterior se desprende que el Tribunal Constitucional ha ya puesto como precedente vinculante la constitucionalidad de las cláusulas arbitrales en los casos de terceros no signatarios, es decir de terceros los cuales están vinculados a una obligación y que no han firmado la cláusula arbitral.

⁶⁶ ESPINOZA CALABUIG, Rosario. “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” Pag. 18

Por ello, la no firma del conocimiento de embarque no parece ser un aspecto que pueda servir como fundamento para rechazar un arbitraje en el conocimiento de embarque.

Asimismo tampoco puede servir como fundamento el hecho de que son simples poseedores del título como si ello fuera una causal exonerativa para el no cumplimiento de obligaciones por parte del consignatario de carga.

Tampoco es inconstitucional, como lo ha reconocido en tribunal Constitucional en sus precedentes vinculantes.

Por todo ello, las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque no pueden ser rechazadas por la posición de que el consignatario no firma el conocimiento de embarque.

También se debe tener en cuenta que siendo el arbitraje un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es perfectamente deseable y válido que sea respetado si es que este se encuentra en un título valor.

Por ende, la posición de que el consignatario no firma el conocimiento de embarque no podría ser utilizada para rechazar la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque, sino más bien caería dentro de la teoría del contrato a favor de tercero sostenido por la doctrina sobre la aplicación del tercero no signatario.

3.2 Posición de que el consignatario peruano no firma el contrato de fletamento y por ende no puede ser obligado a un convenio arbitral contenido en un contrato de fletamento. Supuesto de incorporación por referencia.

Otro de los puntos donde se fundamenta el empresariado peruano para rechazar las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque es que dicha cláusula arbitral muchas veces se encuentra en un contrato de fletamento que es incorporada al conocimiento de embarque.

Así en las Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje el Dr. Jorge Arboleda señala lo siguiente:

| (...) es decir, donde se encuentre contenido el convenio arbitral o la cláusula arbitral, lo que las navieras nunca han hecho, pues a lo sumo pretenden señala que el Conocimiento de Embarque bajo el cual se ha realizado el transporte de las mercancías remite a un supuesto contrato que contendría la supuesta cláusula de arbitraje, pero jamás han mostrado ningún documento donde conste el convenio arbitral al que supuestamente debería estar sometida la parte demandante (...)⁶⁷

Es decir, pretende señalar el autor que muchas veces el conocimiento de embarque remite a una cláusula arbitral que se encuentra en un contrato de fletamento pero que muchas veces no se cumple con presentar.

Por su parte José Luis Gabaldon en “Los Contratos de Transporte Marítimo de Mercancías” señala lo siguiente:

“Así y además de la lógica ineficacia de cualquier pretendida incorporación de cláusulas o términos que violen directa o indirectamente el régimen de derecho necesario de la LTM (artículo 10) se tiende a negar la incorporación de pactos singularmente los pactos sobre jurisdicción o arbitraje mediante una interpretación siempre restrictiva de los términos de las cláusulas a que nos venimos refiriéndonos”⁶⁸

Es decir se pretende negar la validez de la cláusula arbitral en virtud de una interpretación restrictiva de la mencionada cláusula del contrato de fletamento que se encontraría incorporada en el conocimiento de embarque.

Sin embargo, respecto a este punto debemos de señalar que la Corte Suprema de la República en la Casación No 4736-2012 ha señalado que una persona que se encuentra vinculada al transporte marítimo internacional es perfectamente posible que pueda saber y no sólo saber sino también conocer el contenido de la cláusula arbitral.

Así se señala:

“Hay, por lo tanto, una cláusula remisoria arbitral que conforma el contrato de transporte marítimo en total y cuyo conocimiento era posible a las partes”.

Por ende con respecto a este punto de que la cláusula arbitral no sería válida pues no se firmó tampoco el contrato de fletamento, se aprecia que el artículo 13 inciso 6 de la Ley de arbitraje al considerar la incorporación por referencia sería la solución, pero se necesitaría que el consignatario de la carga tenga

⁶⁷ ARBOLEDA ZAPATA, Jorge. “El arbitraje en el derecho marítimo peruano” en Volumen 8 de Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, sobre Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Pag 469

⁶⁸ GABALDON, José Luis. “Los contratos de transporte de mercancías”

conocimiento posible de la mencionada cláusula arbitral para que esta sea considerada válida.

3.3. Posición de que el consignatario peruano no formo parte de la negociación previa del contrato de transporte y por ende no puede ser obligado a una cláusula arbitral de un conocimiento de embarque. Supuesto del contrato a favor de tercero.

Sobre este punto debemos de explicar que en el transporte internacional de mercancías, es usual que el vendedor del producto en el extranjero sea quien se encargue de embarcar la mercadería a bordo de un buque.

Por ello se señala que las relaciones empresariales que se han formado entre el vendedor del producto y el naviero no son conocidas por el comprador del producto que es el consignatario que aparece en el conocimiento de embarque.

Así nos señala Alberto Pulido Cruz en “la venta Cif” lo siguiente:

“El vendedor se encarga por cuenta del comprador de asegurar la expedición y de cubrir por un seguro los riesgos de la navegación Este es el medio más lógico que se encontró en la práctica, según tuvimos ocasión de verlo, de hacer llegar las mercaderías al puerto de destino”

“Ventajas.- De parte del vendedor, nos encontramos con la gran ventaja de que se encuentra liberado de los riesgos de transporte de la mercadería. Generalmente, se libera de dicho riesgo, desde el embarque mismo de ella.

Además recibe el precio en el momento en que se presenta los documentos representativos de las mercaderías al comprador, sin tener que esperar que las mercaderías lleguen al puerto de destino.

Por otra parte tenemos las ventajas que significan para el comprador, el adquirir el dominio de las mercaderías en el momento mismo del embarque, pudiendo, en consecuencia celebrar, desde ese momento, toda clase de precios que experimentan en el mercado.

En cuanto a los riesgos de transporte, ellos se encuentran, en principio, cubiertos por el seguro”⁶⁹

Por ello, cuando la mercadería que es objeto de un transporte viene al Perú, es hecha por encargo del vendedor del producto, el mismo que cumple con embarcarla a bordo de un buque y donde se le entrega un conocimiento de embarque que el remite al consignatario de la carga que está en el País del puerto de destino.

⁶⁹ PULIDO CRUZ, Alberto “La venta Cif” pag-13

Es por esto, que la empresa consignataria de la carga señala que ellos no han participado en las negociaciones previas de las cláusulas insertas en el conocimiento de embarque y que por ello, no es posible que dichas cláusulas le sean oponibles.

Sin embargo, sobre este punto Rosario Espinoza Calabuig en “las cláusulas arbitrales a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” nos señala lo siguiente:

“Recientemente los tribunales italianos han vuelto a afirmar, si bien en relación con las cláusulas de foro, que, superando la formulación literal de la norma, debe atenderse al comportamiento de las partes en el comercio internacional del que resulta un “uso” conforme al que valorar la voluntad de las partes expresada en un acuerdo de foro. Dado que el B/L por la práctica ha determinado la formación de un uso normativo, la valoración sobre la subsistencia de una prueba idónea de dicho acuerdo, contenido en las condiciones del B/L y firmado tan sólo por el porteador, puede basarse en el hecho de que el cargador, en su “consapevole adesione ad un uso normativo” lo recibe sin contestar y negocia a favor del destinatario, lo que supone una aceptación de la cláusula. Por tanto, esta cláusula incluida en un B/L resulta vinculante frente al cargador y oponible al tercero poseedor del B/L, tanto porque éste se subroga en los derechos y obligaciones del cargador, como por el principio de literalidad del título”⁷⁰

Es decir, el hecho que una parte se convierta en poseedor del título valor hace que tenga que respetar la cláusula arbitral pues se subroga en los derechos y obligaciones del cargador. Aquí se aplicaría el supuesto de contrato a favor de tercero a que alude la doctrina como un supuesto para cláusulas arbitrales incorporadas a terceros no signatarios.

Por ende, esta posición de que no forman parte de la negociación previa tampoco es tan cierta pues claramente al ser los poseedores del título se subrogan en los derechos y obligaciones de quien habría negociado el transporte y por ende le es oponible la cláusula arbitral del conocimiento de embarque.

3.4 Posición del empresariado que el conocimiento de embarque es un contrato de adhesión.

⁷⁰ ESPINOZA CALABUIG, Rosario. “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” pag 18

Si bien este punto será explicado en el capítulo cuarto, debemos ir adelantando que la naturaleza propia del comercio internacional en los conocimientos de embarque difiere de lo que pueda pensarse sobre las cláusulas de adhesión. En el comercio internacional por mar no existe una parte débil o un individuo sólo contratando con una empresa, sino que quienes actúan en el comercio internacional son empresas y muy grandes, donde no se cumple uno de los requisitos que vendría a ser la asimetría de la información, o donde exista una parte débil frente a una parte fuerte.

Sobre este punto debemos de señalar que nuestra legislación contempla lo que es un contrato de adhesión en el artículo 1390 del Código Civil que señala lo siguiente:

Artículo 1390 .-Contrato por adhesión.

El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

Conforme lo hemos explicado en los capítulos anteriores los conocimientos de embarque contienen una cláusula arbitral incorporada, la misma que viene como condiciones de transporte dentro del mencionado título valor denominado conocimiento de embarque.

Siguiendo con ello, los empresarios peruanos que son consignatarios de la carga y sus seguros, consideran que al contener el conocimiento de embarque cláusulas predispuestas, ellos no están en condiciones de negociar y por ello únicamente les corresponde aceptar dichas cláusulas, por ello se considera que el conocimiento de embarque es un contrato de adhesión.

Sobre este punto es interesante notar la Casación No. Incluso la Corte Suprema por Casación No. 4333-2001 Callao, publicado en “El Peruano” con fecha 30 de abril de 2003 señala lo siguiente con respecto a los conocimientos de embarque:

“(…) siendo que el consignatario de la carga recién tomó conocimiento de su contenido cuando el cargador le remitió un ejemplar del documento, conforme al artículo 720 del Código de Comercio, hecho que se produjo cuando la carga estaba en travesía, por lo que mal pudo el consignatario de la carga negociar los términos del conocimiento de embarque, máxime si como se constata dicho documento ha sido emitido en un formulario pre-impreso en el puerto de embarque, lo que

conduce a concluir que nos encontramos frente a un contrato de adhesión, regulado en el artículo 1390 del Código Civil, conforme al cual la entidad consignataria de la carga no tuvo otra alternativa que aceptar los términos establecidos por el transportista, por lo que inequívocamente se concluye también que las cláusulas contenidas en el conocimiento de embarque son cláusulas generales de contratación”.⁷¹

En dicha casación interpuesta por la compañía de seguros El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros se desprende la posición de un sector de empresas de seguros de consignatarios de carga, o del empresariado peruano, donde se señala que el conocimiento de embarque es un contrato de adhesión que contiene cláusulas generales de contratación y donde no es posible otra alternativa que aceptarla.

Incluso José Sánchez Miranda en “La sumisión de los conocimientos de embarque y los procesos de limitación de la responsabilidad del armador en detrimento de los pequeños usuarios del transporte marítimo” nos señala lo siguiente:

“Más del 80% de las mercancías que se transportan por el mundo se mueven por transporte marítimo o parcialmente marítimo. Como es sabido, el contrato en el que se documenta el transporte por mar es el conocimiento de embarque o bill of lading. El conocimiento de embarque, que inicialmente tenía como función probar que la mercancía había sido embarcada en correcta cantidad y en dónde el capitán se comprometía a entregarla a su destinatario, ha ido mutando hasta convertirse en un auténtico título valor, base para cualquier reclamación, además título de crédito frente al porteador. Sin embargo, la característica más notoria de este documento es que en los últimos tiempos se ha configurado como un verdadero contrato de adhesión, en el sentido más amplio, debido a la globalización del comercio marítimo y al incipiente crecimiento de las empresas navieras multinacionales. En este sentido, los actuales conocimientos de embarque los tenemos que considerar contratos-tipo en los que las cláusulas que se sitúan en el reverso del conocimiento, a tenor del Art.1.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 7/1998, están redactadas para “ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Como todo contrato de adhesión, de no ser regulado y controlado, puede provocar una situación potencialmente arriesgada y perjudicial tanto para los cargadores como para los destinatarios de la mercancía, debido al notable desequilibrio que se produce en el poder de contratación de las partes, así como en las posibilidades reales de negociación de las condiciones por éstas.”⁷²

⁷¹ Casación 4333-2001 CALLAO publicada en el diario oficial “El Peruano” con fecha 30 de Abril de 2003 pag 10451

⁷² SANCHEZ MIRANDA José en “La sumisión en los conocimientos de embarque y los procesos de limitación de la responsabilidad del armador en detrimento de los pequeños usuarios del transporte

Con respecto a lo mencionado por el autor, debemos de indicar que él señala que el conocimiento de embarque se ha convertido en un verdadero contrato de adhesión y que de no ser regulado causaría perjuicios a los cargadores como los destinatarios de la mercancía.

Es decir señala dicho autor que el conocimiento de embarque al contener cláusulas al reverso, y al ser un contrato de adhesión se debe tener cuidado.

El mencionado autor, recoge la posición de un sector del empresariado peruano con respecto a las cláusulas arbitrales, las mismas que al ser cláusulas de adhesión se debería tener cuidado, pues perjudicaría a los cargadores y a los consignatarios de la carga, y por ello para el sector del empresariado peruano dichas cláusulas contenidas en el conocimiento de embarque no deberían ser aceptadas, pues ellos no habrían participado en la contratación de ella.

Sin embargo no debemos de perder de vista que el conocimiento de embarque es un título valor el mismo que claramente se rige por la Ley de Títulos valores.

Por ello se debe señalar que el inciso L) del artículo 247.1 y el artículo 247.2 de la Ley de Títulos Valores señalan:

247.1 El conocimiento de embarque podrá contener

L) Cláusulas generales de contratación del servicio de transporte y cualquier otra indicación que permita o disponga la ley de la materia

247.2 La omisión de una o varias de las informaciones que contiene el presente artículo, no afecta la validez jurídica del Conocimiento de embarque, ni la nulidad de alguna estipulación conlleva la nulidad del título, el que mantendrá los derechos y obligaciones que según su contenido tenga.

Por lo que si se analiza esta posición nos encontramos que la ley de títulos valores permite la existencia de cláusulas generales de contratación u otra indicación que permita o disponga la ley de la materia

Más aún el artículo 1398 del Código Civil, el cual es una norma del Código Civil señala textualmente lo siguiente:

marítimo” en pagina web del Instituto Marítimo Español. <http://ime.es/site/index.php/conocimiento-de-embarque>

En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato

Sin embargo, en dicho artículo no señala que una cláusula arbitral sea prohibida. Incluso se deberá tener presente el contenido del inciso 1 del artículo 15 de la Ley de Arbitraje que señala:

Artículo 15 inciso 1: En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos o han podido ser conocidos, usando una diligencia ordinaria.

También se debe tener presente que el artículo 55 de la Ley de títulos valores señala textualmente:

“Salvo disposición legal en contrario, para el ejercicio de las acciones derivadas del título valor podrá acordarse el sometimiento a la competencia de determinado distrito judicial del país, así como a la jurisdicción arbitral; o a leyes y/o tribunales de otro país”

Por ende, esta posición para pretender rechazar las cláusulas arbitrales en los conocimiento de embarque no es posible ser aceptada, pues claramente las cláusulas arbitrales incluso las de adhesión son permitidas por el artículo 247.1 de la Ley de Títulos Valores e incluso es permitido en el arbitraje nacional conforme al inciso 1 del artículo 15 de la Ley de Arbitraje.

Incluso el artículo 1398 del Código Civil no prohíbe en los contratos de adhesión una cláusula arbitral.

Por lo que pretender señalarse que no es válida una cláusula arbitral pues no se ha participado en la cláusula arbitral es errado pues al haber pretendido derivar derechos o beneficios del título como consignatario de la carga es perfectamente posible que se le vincule en el arbitraje al ser el consignatario de la carga.

Finalmente, conforme lo explicaremos en el capítulo cuarto el contrato de adhesión en este tipo de transacciones internacionales, el supuesto contrato de adhesión a que aluden los consignatarios de la carga no cumple con uno de los

requisitos básicos cual es la existencia de la asimetría de la información, pues en el comercio internacional del que estamos exponiendo, donde se manejan y circulan los conocimientos de embarques, todas son empresas y muy grandes, no existiendo una parte débil en la relación entre los actores del comercio internacional, lo que hace que el supuesto de contrato de adhesión no se cumpla.

3.5 El arbitraje como mecanismo de solución de conflicto y la ausencia de regulación en los conocimientos de embarque

Sobre este punto debemos de hacer notar que en el Perú no existe una regulación con respecto al arbitraje en los conocimientos de embarque lo que ha originado que problemas de contratos internacionales de transporte por mar, sean llevados a un proceso lento y complejo dentro del Poder Judicial.

De la investigación, se aprecia que el temor del arbitraje en los conocimientos de embarque ha sido debido a que las mencionadas cláusulas arbitrales muchas veces están contenidas en otros documentos las cuales muchas veces se desconocen y cuando son conocidas éstas cláusulas arbitrales derivan en la mayoría de veces a países como Londres o Nueva York, donde el empresario peruano se siente desprotegido, pues carece de conocimiento de cómo serán los arbitrajes en el extranjero y también por los costos que eso puede generar.

Sin embargo, el arbitraje en los conocimientos de embarque si se podrían llevar en nuestro país, sin embargo lo que sucedió fue que existe una ausencia de regulación al respecto.

Conforme lo señalamos en la sección dos de la presente tesina, existe un anteproyecto de la Ley de navegación y Comercio Marítimo que aunque pretende abarcar todo problema derivado del transporte marítimo a arbitraje nacional ha dado luces para que problemas derivados de conocimientos de embarque puedan ir a arbitraje.⁷³

⁷³ Anteproyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Comisión especial encargada de elaborar el proyecto del código de comercio

Quizás por desconocimiento de un problema como este, la ley de arbitraje no toca lo referente al arbitraje en los conocimientos de embarque, lo que hubiera podido aclarar un tema donde ni siquiera existe regulación internacional.

Sin embargo, desde el punto de vista económico si se quiere que el país crezca en inversión como lo señala el informe del Doing Business 2015 del Banco Mundial⁷⁴, es necesario fortalecer los mecanismos alternativos de solución de conflictos como el arbitraje en el conocimiento de embarque.

Lo primero que habría que hacer es que en casos donde exista una cláusula arbitral incorporada en el conocimiento de embarque se respete dicha cláusula.

En caso de que el consignatario o empresario peruano o su compañía de seguro vean la referencia a una cláusula arbitral pero pueda ser imposible conocer donde sea el arbitraje, sea permisible para el accionante iniciar un procedimiento arbitral en el Perú. Esto en virtud del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. No debemos olvidar que el arbitraje tiene una protección constitucional que respeta la jurisdicción arbitral.

Así Carlos Hakansson Nieto en “La Constitucionalización de la Jurisdicción arbitral nos señala:

“La jurisdicción arbitral no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la actual normativa, sino que se convierte en sede jurisdiccional con derecho de autonomía y respetuosa de los derechos y libertades”⁷⁵

Sin embargo para ello se necesita una regulación, la misma que incluso a nivel internacional no existe.

Así nos lo señala Rosario Espinoza Calabuig en “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los Usos del tráfico comercial internacional” donde señala:

⁷⁴ Doing Business 2015 Más allá de la eficiencia en <http://espanol.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015>

⁷⁵ HAKANSSON NIETO Carlos. “La constitucionalización de la jurisdicción arbitral” en Volumen 21 de la biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Arbitraje y Constitución. Pag. 172.

“8. No existe, sin embargo, por el momento, una regulación uniforme en materia de arbitraje marítimo internacional, ya que las únicas normas relevantes al respecto recogidas por las Reglas de Hamburgo de 1978 deben valorarse con la cautela a que conduce el escaso número de Estados que las han ratificado hasta la fecha y asimismo, la escasa relevancia económica de los países que sí lo han hecho, así como las carencias o defectos de que carecen disposiciones reguladoras del arbitraje”

Es decir, el hecho que el Perú no tenga una regulación con respecto al arbitraje en los conocimientos de embarque es un problema a nivel mundial, es decir no sólo se da en nuestro país, pero depende de nosotros el hecho que pueda ser regulado pero de acuerdo a nuestra realidad.

Por ello, es necesario que en casos donde exista la referencia a una cláusula arbitra en el conocimiento de embarque, pero se desconozca donde es el arbitraje, se permita que en uso de la garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva que el empresario o consignatario peruano inicie un proceso arbitral en el Perú, conforme a las normas que da nuestra ley general de arbitraje.

Con ello, se podrá solucionar de manera más rápida los problemas sobre entrega de carga en nuestro país de manera más rápida y a partir de ello hacer que en el Perú el cumplimiento de un contrato sea posible en el menor número de días.

Si se logra esto será posible reducir la carga procesal de estos casos en el Poder Judicial y los plazos para resolver un conflicto se podrá ser más expeditivo.

Siendo más expeditiva la resolución del conflicto, se genera confianza en un inversionista y habiendo confianza de un inversionista se logra que el Perú crezca económicamente.

CAPITULO 4. EL CONVENIO ARBITRAL ADHERIDO EN EL CONOCIMIENTO DE EMBARQUE EN EL PERU.

4.1 Naturaleza jurídica de las cláusulas arbitrales

A efectos de entender cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque, debemos de recordar que existe una discusión sobre cuál es la naturaleza jurídica de las cláusulas arbitrales, los cuales muchos señalan que es de naturaleza contractual y otros señalan que el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional y algunos señalan que la teoría de la naturaleza mixta o ecléctica es la solución a esta discusión.

4.1.1 La teoría jurisdiccional

La jurisdicción es entendida como el poder que tiene el estado para la solución de un conflicto y ese poder es delegado al Poder Judicial.

Para los que son partidarios de esta teoría se supone que el estado delega en los árbitros la función jurisdiccional del estado para solucionar conflictos.

Incluso, Marianella Lesdesma en su libro Jurisdicción y arbitraje señala:

Frente al criterio contractual del arbitraje se opone la teoría jurisdiccional, la cual considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al laudo arbitral, esto es, la cosa juzgada.⁷⁶

Es decir al ser un laudo arbitral cosa juzgada, por ende el arbitraje es de naturaleza jurisdiccional.

Debemos incluso de señalar que nuestra Constitución Política del Perú señala textualmente:

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 arbitral.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia 6167-2005-PHC/TC lo siguiente:

⁷⁶ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, “jurisdicción y arbitraje”.tercera edición, fondo editorial de la PUCP, 2014 pag. 32.

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).⁷⁷

Como vemos el propio Tribunal Constitucional en virtud de las normas que existen dentro de nuestra constitución ha especificado y explicado que al tener que respetar el debido proceso el arbitraje es jurisdiccional, pues está sometido a la ley.

4.1.2 La teoría contractualista

Según esta teoría la naturaleza del arbitraje es contractualista es decir, nace de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir del acuerdo de voluntad de las partes.

De acuerdo a esta teoría los árbitros no son jueces. Así Gonzáles de Cossío en “sobre La naturaleza jurídica del arbitraje” en homenaje a Don Raúl Medina Mora señala con respecto a esta teoría lo siguiente:

Esta teoría postula que el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. El corazón de esta corriente de opinión consiste en que todo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos un ‘conjunto de actos contractuales privados.’⁷⁸

Es decir para los defensores de esta teoría se necesita una manifestación de voluntad, un acuerdo de voluntades para que exista un arbitraje.

Así también Marianella Ledesma sobre la teoría contractualista en su obra Jurisdicción y arbitraje señala:

Considera que el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, lo que permite que esta institución surja y se desarrolle. Su origen contractual reclama una visión civilista respecto a

⁷⁷ Tribunal Constitucional. Exp. 6167-2016-PHC/TC-Lima.

⁷⁸ GONZALES DE COSSIO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje” en homenaje a Don Raúl Medina Mora. Pag.14.

la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato.⁷⁹

Es decir que para la teoría contractualista, el arbitraje nace de la propia voluntad de las partes y los árbitros son investidos por esta voluntad, muy diferente a la teoría jurisdiccional donde la investidura de los jueces viene de la ley.

4.1.2 La teoría mixta o ecléctica

Esta teoría utiliza tanto la teoría jurisdiccional del arbitraje y la teoría contractual del arbitraje para buscar la naturaleza del arbitraje. Así Gonzáles de Cossío en “sobre la naturaleza jurídica del arbitraje” en homenaje a Don Raúl Medina Mora señala con respecto a esta teoría lo siguiente:

De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional pero carecen de poder judicial (estatal) alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido en principio de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público. La posibilidad de que el laudo sea ejecutable mediante poder público deviene al momento de su ejecución, pero ello no modifica la naturaleza de la institución, sólo la enriquece convirtiéndola en una institución híbrida⁸⁰

Es decir para esta teoría el arbitraje viene de la voluntad de las partes, pero para ejecutar el laudo arbitral se necesita jurisdicción que sólo la da el estado.

Esto incluso es recogido en el libro de Marianella Ledesma, Jurisdicción y arbitraje donde señala lo siguiente:

Las posiciones contrapuestas de la teoría contractualista y jurisdiccionalista han sido acogidas por una teoría mixta, intermedia o ecléctica, que considera al arbitraje como una institución de naturaleza contractual en su origen, per jurisdiccional en sus efectos.⁸¹

Como vemos esta teoría trata de unificar las teorías contractualista y la teoría jurisdiccional para efectos de encontrar una solución a la naturaleza del arbitraje.

4.2 Naturaleza jurídica del arbitraje respecto al tercero no signatario.

⁷⁹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, “jurisdicción y arbitraje”.tercera edición, fondo editorial de la PUCP, 2014 pag. 31.

⁸⁰ GONZALES DE COSSIO, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje” en homenaje a Don Raúl Medina Mora. Pag.15.

⁸¹ LEDESMA NARVAEZ, Marianella, “jurisdicción y arbitraje”.tercera edición, fondo editorial de la PUCP, 2014 pag. 37.

Aunque podría presentarse una discusión sobre cuál es la naturaleza del arbitraje en el caso del tercero no signatario, hemos preferido señalar que con respecto al tercero no signatario, esta se refiere a una naturaleza contractual o consensual, pues lo que importa para efectos de vincular al tercero no signatario es que haya expresado a través de sus conductas el sometimiento a un arbitraje.

Así Carlos Soto y Alfredo Bullard en Comentarios a la ley peruana de arbitraje señalan lo siguiente:

Este criterio no es, gracias a la doctrina, la jurisprudencia arbitral y en nuestro caso, gracias al artículo 14, absoluto, al menos en los términos expresados. Es por ello que venimos utilizando la expresión “en principio”, pues si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quien va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito.⁸²

Es decir de lo arriba mencionado se aprecia la naturaleza consensual en los casos de arbitraje respecto al tercero no signatario.

4.3. Sobre los casos de aplicación para los modelos del convenio arbitral en conocimiento de embarque.

Conforme lo señala Carlos Soto y Alfredo Bullard en Comentarios a la ley peruana de arbitraje comentando el artículo 14 de la ley de arbitraje, los mencionados autores con respecto a los casos de aplicación para los terceros no signatarios, señalan lo siguiente:

Por su parte, BAGOT Y HENDERSON señalan que “tradicionalmente existen cinco teorías del derecho de contratos que constituyen excepciones a la obligación de suscripción del convenio arbitral. Estas excepciones son principios del derecho contractual del common law, y específicamente incluyen (1) agencia (2) estoppel (3) alter ego/levantamiento del velo (4) incorporación por referencia (5) asunción. Por su parte SUAREZ ANZORENA, en la exposición que realizó en Lima comentando la nueva ley antes citada hizo incluso una enumeración más amplia, aunque entendemos que varios de los supuestos están comprendidos bajo algunos de los rubros antes citados. Su enumeración incluye (1) incorporación por referencia (2) asunción de la obligación de arbitrar (3) representación o agencia (4) descorrimiento velo alter ego/grupo de sociedades (5) Estoppel/Equitable Estoppel (6) cesión de contrato (7) novación (8) sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia) (9) subrogación y (10) tercero beneficiario.⁸³

⁸² SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. “Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. Pag. 204.

⁸³ Idem. 215 y 216.

Efectivamente, vemos que hay diferentes supuestos donde sería aplicable el artículo 14 de la Ley general de Arbitraje, los cuales si bien son varios supuestos, nosotros sólo vamos a explicar cuál de los supuestos se acercan más a la cláusula arbitral del conocimiento de embarque.

4.3.1. Incorporación por referencia

El supuesto de incorporación por referencia es expresado en los comentarios del artículo 14 de la Ley de Arbitraje de los autores Carlos Soto y Alfredo Bullard al que nos hemos referido anteriormente, y aunque es un supuesto que aparece en este artículo los mismos autores señalan que este supuesto se encuentra presente en el artículo 13 inciso 6 de la Ley de Arbitraje, pero que no deja de ser un supuesto de arbitraje de tercero no signatario.

Así Carlos Soto y Alfredo Bullard en “Comentarios a la ley peruana de arbitraje” señalan lo siguiente:

5.1 Incorporación por referencia

Este supuesto es recogido doctrinaria y jurisprudencialmente como un supuesto de incorporación de partes no signatarias del convenio arbitral. Cubre el supuesto que una parte quede vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo

Sin embargo en la LA este no es un supuesto de aplicación del artículo 14 porque está expresamente regulado en el numeral 6 del artículo 13 de la misma ley, y que es objeto de comentario distinto.⁸⁴

Sin embargo en Comentarios a la Ley de Arbitraje de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre se señala los supuestos de aplicación del artículo 14 señalando expresamente que dentro de los supuestos de aplicación de este artículo está la incorporación de referencia.

Así se señala:

6. ALGUNOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTICULO 14 DE LA LEY.

Ya hemos mencionado, en el apartado destinado a la experiencia internacional sobre este tema, los supuestos en los que según el caso Thompson se podría incluir a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Allí se señaló que, eventualmente, y analizando cada caso en particular, podría aplicarse esta doctrina a figuras como:

- (i) Incorporación por referencia;
- (ii) Asentimiento tácito;
- (iii) Relación de agencia;
- (iii) Levantamiento del velo societario;
- (iv) Estoppel

⁸⁴ Idem 216.

(v) la interrelación.⁸⁵

Es decir, según el estudio hecho en “Comentarios a la Ley de Arbitraje” de la Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre encontramos el supuesto de incorporación por referencia como parte del artículo 14 de la ley peruana de arbitraje.

Sin perjuicio de ello, debemos de señalar que conforme lo señaló nuestra parte segunda de la presente tesina se planteó que la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque hace referencia a una cláusula arbitral de un contrato de fletamento.

Así señalamos que sobre este punto Rosario Espinoza en “las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los Usos del tráfico comercial internacional” nos señala:

Asimismo se admiten las cláusulas de referencia, esto es, que no constan en el documento contractual principal sino en otro separado, entendiéndose incorporadas porque el contrato hace referencia al documento. Así lo establece la misma Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de Arbitraje o la misma Ley Modelo de UNCITRAL de 1985, cuyo art. 7.2. alude a la referencia en un contrato a un documento que contenga la cláusula arbitral, siempre que sea por escrito y deje claro que la cláusula forma parte del contrato. Este tipo de cláusulas son muy habituales en la práctica marítima, ya que muchas veces las cláusulas arbitrales presentes en una charter party son posteriormente incorporadas en un B/L.⁸⁶

Por ello el supuesto de la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque está presente después de una interpretación en el supuesto de incorporación por referencia a que hace alusión el artículo 13 inciso 6 de la ley general de arbitraje. Efectivamente, recordemos que el artículo 13 inciso 6 de la Ley general de arbitraje señala textualmente lo siguiente:

Artículo 13 .- Contenido y forma del convenio arbitral

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.

Es decir que la referencia que hace el conocimiento de embarque a una cláusula arbitral está presente en el supuesto antes mencionado.

Del mismo parecer en los comentarios a la ley de arbitraje de la Biblioteca de arbitraje de estudio Mario Castillo Freyre se señala lo siguiente:

⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA Laura; CHIPANA CATALAN Jhoel. “Comentarios a la ley de arbitraje”. Biblioteca de arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 25 Thomson Reuters. 2014. Pag.298-299.

⁸⁶ ESPINOZA CALABUIG, Rosario en “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales(2007). P-12.

Incorporación por referencia.- Este criterio tiene, en muchas legislaciones de arbitraje, expresa recepción normativa. Así, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, luego de disponer que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, aclara que se entenderá que este requisito se cumple no sólo cuando este consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones y, particularmente, que la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.(artículo 7.2)

En la jurisprudencia estadounidense, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquel; **y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no signatarios que están relacionados a éste último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquella.(subrayado nuestro)**⁸⁷

Así también Sandra Lilelbarde en la “Incorporación de la cláusula arbitral de un contrato de fletamento en el conocimiento de embarque. Efectos de vinculación de un contrato sin consentimiento” señala lo siguiente:

(traducción simple)

Sin embargo, la incorporación por referencia es una de las teorías legales que pueden ser usadas a vincular al titular del conocimiento de embarque a un contrato de arbitraje, cual él no ha firmado.⁸⁸

Del mismo parecer es Carolina Gorgni en “validez de las cláusulas arbitrales incorporadas por referencia dentro del conocimiento de embarque” donde señala:

(traducción simple)

Varios sistemas consideran que una tacita aceptación efectiva vincula a terceras partes a arbitraje. Un ejemplo de esos sistemas legales es el sistema legal inglés. Bajo el sistema legal inglés, si el tercero acepta el conocimiento de embarque, él es considerado como haber aceptado la cláusula arbitral incorporada por referencia. La razón descansa sobre el hecho que si la tercera parte acepta el conocimiento de embarque, él es considerado como que ha consentido a la cláusula arbitral incorporada por referencia.⁸⁹

⁸⁷ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA Laura; CHIPANA CATALAN Jhoel. “Comentarios a la ley de arbitraje”. Biblioteca de arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 25 Thomson Reuters. 2014. Pag. 280.

⁸⁸ LIELBARDE Sandra. “The incorporation of a charterparty arbitration clause in the bill of lading; binding effect of contract without consent”. Master programme in Maritime Law. Faculty law Lund university. Pag 1.

“Incorporation by reference is one of the legal theories that can be used to bind the bill of lading holder top an arbitration contract, which he has not signed.”

⁸⁹ GORGNI, Carolina. “validity of arbitration clauses incorporated by reference into bill of lading”. Universidad de Oslo, 2006. Pag.15.

Por ende, de lo arriba expuesto encontramos que las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque son válidas en nuestro ordenamiento legal si nos ceñimos al supuesto de incorporación por referencia que se refiere a los supuestos de terceros no signatarios con respecto a las cláusulas arbitrales de referencia, pero después de haber hecho una interpretación de la norma.

Por lo que dicho supuesto se encuentra en el artículo 13 inciso 6 de la Ley general de Arbitraje, lo que hace que este supuesto de tercero no signatario con respecto a la cláusula arbitral por referencia sea completamente válida en nuestro ordenamiento legal pero después de haber hecho una interpretación de la norma.

4.3.2 Contrato a favor de tercero.

Sin perjuicio de que consideramos correcto la incorporación por referencia como válida para efectos de evidencia la validez de las cláusulas arbitrales en los conocimiento de embarque, debemos de señalar que existe un supuesto donde también podría haber las cláusulas de arbitraje en el conocimiento de embarque como válidas y este se encuentra en el artículo 14 de la ley general de arbitraje.

Diez Picazo señala en su obra fundamentos de derecho civil patrimonial sobre el contrato a favor de tercero lo siguiente:

La figura del contrato en favor de tercero presenta en la práctica comercial moderna una extensa gama de aplicaciones concretas. Como ejemplo de contrato en favor de tercero se suelen citar: el seguro establecido en beneficio de un tercero (seguro de vida con beneficiario distinto del asegurado); **el contrato con obligación de consignar la cosa porteada a un tercero**; la constitución de renta en favor de tercero (cfr art 1.803 CC); el pacto de respetar los arrendamientos en la venta de la cosa arrendada; el mutuo o el depósito con pacto de restitución a un tercero (Cfr.art 1.766 CC), etc.⁹⁰ (subrayado nuestro)

Es decir, como bien lo señala Diez Picazo, el transporte de una cosa porteada a un consignatario es un contrato en favor de tercero.

Some legal systems consider that a tacit acceptance effective to bind the third party to arbitration. An example of those legal systems is the English Legal system. Under the English Legal system, if the third party accepts the bill of lading, he is regarded as having accepted the arbitration clause incorporated by reference. The reason lay down on the fact that if the third party accepts the bill of lading he is regarded as to have consented to the arbitration clause incorporated by reference.

⁹⁰ DIEZ PICAZO, Luis. "Fundamentos de derecho civil patrimonial". Editorial Civitas Madrid, 1996. Pag 431

Lo que sucede es que el contrato de transporte marítimo se entiende celebrado entre un naviero y un embarcador de una carga en un puerto de origen que lo hacen a favor de un tercero denominado consignatario que está en el puerto de destino, quien se convierte en titular del conocimiento de embarque, cuando el título está en su poder y pueda ejercer los derechos y acciones del título.

Así Carlos Soto y Alfredo Bullard en “Comentarios a la ley peruana de arbitraje” señalan lo siguiente:

Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato en favor de tercero, sea bajo el artículo 1437 del Código Civil o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje.⁹¹

Debemos de recordar que el contrato en favor de tercero es uno de los supuestos de aplicación del artículo 14 de la ley de arbitraje conforme lo menciona Soto Coaguila y Alfredo Bullard en Comentarios a la ley peruana de arbitraje.

Sin embargo este supuesto se refiere exclusivamente a la segunda parte del artículo 14 de la Ley de arbitraje que señala:

Se extiende también a quienes pretenden derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Es decir este segundo párrafo del artículo 14 es muy aparte de la primera parte del artículo 14, pues se trata de un tercero que pretende derivar derecho o beneficios del contrato.

Incluso, conforme a Hilda Aguilar en la intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional se señala lo siguiente:

5) Consideraciones del tercero tenedor de un conocimiento de embarque

El T.J.C.E. ha considerado que, salvo que medie el consentimiento del tercero tenedor (en los términos previstos en el apartado 1 del art.17 del Convenio de Bruselas), el mismo únicamente podrá oponer o quedar vinculado por una cláusula de atribución de competencia contenida en el correspondiente conocimiento de embarque cuando se cumplan dos condiciones. La primera consiste en que la cláusula de elección de foro en cuestión sea válida, en los términos establecidos en el art. 17 del Convenio de Bruselas entre el cargador y porteador. Y la segunda

⁹¹ SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. “Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. Pag. 227.

condición necesaria para que se produzca la referida vinculación consiste en que el tercero tenedor, al adquirir el correspondiente conocimiento de embarque haya sucedido con arreglo al derecho nacional aplicable (sobre el que el T.J.C.E decidió no pronunciarse) al cargador en sus derechos y obligaciones. (...)

La cláusulas de sumisión a arbitraje, al igual que las cláusulas de elección de foro, presentan una doble naturaleza, contractual por su origen (ya que surgen como consecuencia de un acuerdo de voluntades) y procesal por los efectos que producen (ya que ambas producen tanto un efecto prorrogatorio como un derogatorio). Debido a la estrecha similitud existente entre la cláusula atributiva de jurisdicción y la cláusula arbitral, parece lógico considerar que dicha posibilidad sea igualmente predicable en relación con esta última.⁹²

Es decir, se ve claramente cómo es posible que un tercero no signatario pueda formar parte de una cláusula arbitral de un conocimiento de embarque.

Asimismo Carlos Soto y Alfredo Bullard en “Comentarios a la ley peruana de arbitraje” señalan lo siguiente:

Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

El artículo 14 da, en el marco legal peruano, una respuesta clara a ese problema. En el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato en favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado las partes, conscientes de que existe un tercero que para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que este se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado.⁹³

Por ende, es claro que los terceros no signatarios, que en un contrato de transporte marítimo sería el consignatario de la carga puedan ser parte de una cláusula arbitral al pretender derivar derechos o beneficios.

Por ende siendo uno de los supuestos de aplicación del artículo 14 de la ley de Arbitraje el contrato en favor de tercero, podemos señalar como válida la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque siempre haciendo una interpretación de la norma.

4.4.sobre el conocimiento de embarque y los contratos de adhesión.

⁹² AGUILAR GRIEDER, Hilda. “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Coruña. 2001 pagina 57.

⁹³ SOTO COAGUILA, Carlos y BULLARD GONZALES, Alfredo. “Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. Pag. 227.

Se podría pensar haciendo una interpretación civilista que el conocimiento de embarque y su cláusula arbitral no respetaría el consentimiento y la buena fe de la voluntad de arbitrar, lo que es errado si hacemos una interpretación comercial. Pues, bien, sobre el arbitraje del artículo 14, señala Carlos Soto y Alfredo Bullard en “Comentarios a la ley peruana de arbitraje” lo siguiente:

lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió o debía derivarse en buena fe la voluntad de arbitrar.

Un conjunto de supuestos, no pertinentes al artículo 14, son los llamados arbitrajes obligatorios y los de adhesión, como aquellos que se presentan en la contratación pública, el arbitraje estatutario, los contratos por adhesión y los arbitrajes testamentarios.⁹⁴

Se podría pensar que en la contratación marítima la cláusula arbitral en el conocimiento de embarque al ser de adhesión podría no verse inmerso en el artículo 14 de la ley de arbitraje pues le faltaría la buena fe a la voluntad de arbitrar.

Sin embargo en la cláusula arbitral en contratación internacional plasmada en el conocimiento de embarque carece de la naturaleza de ser una cláusula de adhesión, pues lo cierto es que en este tipo de transacciones no existe parte débil de la relación, pues claramente quienes son los titulares de los conocimientos de embarque son empresas, y en el Perú, son empresas grandes, es decir no existe un lado débil donde pueda pensarse que exista una posibilidad de abuso.

Es decir en la contratación mercantil internacional no existe una asimetría de fuerzas entre una empresa grande que se aprovecha de un consumidor diminuto o pequeño sino que en la contratación marítima internacional está presente dos grandes grupos de empresas, no existiendo uno de los requisitos que dan como falta de voluntad a los contratos de adhesión como es la asimetría de la información.

En la entrevista televisiva realizada al presidente de la APAM, cuando existió en el Perú el proyecto de ley 3940 que quiso derivar los conflictos de las empresas peruanas con las navieras a Indecopi, el presidente de la APAM señalaba:

⁹⁴Idem. Pag. 206.

El problema es que se le está dando facultad a las empresas para acudir a este sistema de protección, de acuerdo al código del consumidor que crea el indecopi, este código ha sido creado para el usuario final que realmente puede sufrir alguna desventaja por la asimetría informativa, no está provisto este sistema para defender a empresas que negocian de manera muy profesional y muy especializada todos los días los servicios que nosotros prestamos.⁹⁵

Es decir que si bien el conocimiento de embarque tiene una cláusula arbitral en sus condiciones generales esta es entre empresas, las mismas que conocen de antemano cuales son las condiciones que gobiernan el contrato de transporte marítimo.

Incluso, sobre este punto Francisco de Gamechogicoechea en “tratado de derecho marítimo” refiriéndose a la práctica de este tipo de operaciones mercantiles señala que la mala fe estaría en el cargador (el cual es la empresa que le da el conocimiento de embarque al consignatario) quien no respeta las condiciones generales del conocimiento de embarque. Así nos señala:

“Por su parte – advierte Ripert – el transporte ha sido ya efectuado cuando el cargador invoca la ausencia de firma en el conocimiento. No se puede por tanto, prescindir en absoluto de él: el simple hecho de su entrega demuestra que las partes estaban de acuerdo acerca de ciertas condiciones del transporte. La jurisprudencia se ha esforzado en mantener en lo posible la validez del conocimiento, tanto más cuando que la mayor parte de las veces la reclamación del cargador es sospechosa desde el punto de vista de la buena fe. Los tribunales se han contentado con decir que las cláusulas de excepción, en particular las de irresponsabilidad, no son oponibles a los cargadores. Los tribunales han querido así dar satisfacción a los armadores contra los cargadores de mala fe, porque en la práctica los conocimientos van firmados por el capitán.”⁹⁶

De lo anterior se desprende que la adhesión a las condiciones generales que gobiernan los conocimientos de embarque, no evidencian un problema para el cargador o embarcador de la carga en el puerto de origen, sino que más bien demostrarían mala fe de parte de ellos si no las cumplen pues generalmente los conocimientos de embarque van con sólo la firma del capitán.

Es decir aquí existe buena fe en las navieras que están representadas por su capitán, pues el documento va únicamente con su firma.

⁹⁵ Entrevista Punto Económicos al Presidente de APAM. Ver en página web de youtube, bajo el título facultades del indecopi en el comercio internacional. <https://www.youtube.com/watch?v=BfecfEu4b54>

⁹⁶ GAMECHOGOOECHEA Y ALEGRIA, Francisco. “Tratado de derecho marítimo español” tomo 5. Pag 165

Sin embargo, la pregunta es qué pasa con el tercero que espera en el puerto de destino o destinatario de la mercadería que tiene que aceptar las condiciones del conocimiento de embarque, la respuesta al da el mismo autor Gamechogicoechea cuando señala lo siguiente:

La adhesión tácita del destinatario.

Así está reconocida la aceptación del conocimiento por el receptor cuando éste ha pagado el flete a cobrar estipulado en el conocimiento, y cuando ha dado órdenes apremiantes al contratista de la descarga para proceder a esta operación con toda urgencia o cuando ha cumplido las estipulaciones del conocimiento sin reservas, o simplemente, cuando el destinatario se vale del propio conocimiento para formular una reclamación.

En efecto, el reclamante no puede dividir a su conveniencia el documento que le sirve de título de reclamación, para aprovecharse de las cláusulas que le son favorables y rechazar las que le opone el naviero. Esto es tan cierto – dice una sentencia – que el propio receptor hace del documento el título de la reclamación, proclamando así la validez del contrato, del cual no tiene derecho a escoger las cláusulas que a sus ojos son válidas, a rechazar las demás a admitir las que estima serle favorables y a contradecir lo que no le conviene.⁹⁷

Por ello, se aprecia que las cláusulas insertadas en el conocimiento de embarque son válidas y por ende las cláusulas de arbitraje son válidas, pues el beneficiario no puede aprovecharse sólo de cláusulas favorables, cuando incluso la cláusula arbitral es una cláusula permitida por ley.

Por ello, se debe tener presente que la aplicación del artículo 14 de la ley de arbitraje es muy diferente para casos de naturaleza de comercio internacional marítimo.

Asimismo, también debemos de recalcar que el segundo párrafo del artículo 14 de la Ley de arbitraje es muy diferente de aplicación con respecto al primer párrafo

De ahí que el artículo 14 segundo párrafo de la Ley de arbitraje sería posible utilizar el supuesto de contrato en favor de tercero y por ende darle validez a las cláusulas arbitrales de los conocimientos de embarque.

⁹⁷ Idem. Pag 166.

Por lo que de lo arriba expuesto se aprecia claramente que lo correcto es que la conducta desarrollada por la partes se puede presumir que existe buena fe la voluntad de arbitrar.

Por ende, debemos de nuevo a señalar que para efectos de darle validez a las cláusulas arbitrales es necesario hacer una interpretación del artículo 13 y 14 de la Ley de Arbitraje para efectos de demostrar la validez de la cláusula arbitral en los conocimientos de embarque y ello se debe a una falta de regulación de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque.

4.5 Artículo 14 del Decreto Legislativo 1071 Ley de Arbitraje o Ley que norma el arbitraje

Cuando se emitió el decreto legislativo 1071, que es el Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se trató de incorporar a personas que no habían firmado un convenio arbitral, siempre y cuando estas personas tuvieran una vinculación con el contrato que se pretendía llevar a arbitraje. Esto se encuentra plasmado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1071, el mismo que señala claramente lo siguiente:

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretenden derivar derecho o beneficios del contrato, según sus términos.

En el Perú, de la investigación realizada se aprecia que el consignatario de carga que arriba al Perú, o el empresario peruano que importa carga que arriba a un puerto en el Perú, pretende desconocer e inaplica el referido Convenio Arbitral señalando mayormente que no existió consentimiento alguno por parte de ellos a un convenio arbitral contenido en un conocimiento de embarque.

Sin embargo, si nos damos cuenta de la aplicación del artículo 14° del DL 1071, el consentimiento de sometimiento al arbitraje estará dado tanto por la participación activa en la ejecución o terminación del contrato, así como por la

pretensión de derivar derechos o beneficios del contrato, supuesto que está presente en el contrato a favor de tercero.

Por ende resulta innegable que el consignatario del cargamento que arriba al Perú, intervino de manera activa y determinante en la “terminación”, “culminación” y “perfeccionamiento” del Contrato de Transporte Marítimo o Contrato de Fletamento, pues es la persona legitimada a efectos de que se le realice la entrega del cargamento en un puerto peruano como puede ser el puerto del Callao.

También se debe tener en cuenta que el consignatario del cargamento es la persona directamente beneficiaria del Contrato de Transporte o Contrato de Fletamento, del cual, a su vez, deriva todos sus derechos y beneficios.

Incluso, el reconocido especialista en Arbitraje, Dr. Jorge Santistevan de Noriega, señala en su artículo denominado “Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: expresión de la inevitabilidad del arbitraje”, lo siguiente:

No obstante, la Ley de Arbitraje va más allá. Llega a extender su cobertura a aquellos que, no apareciendo como celebrantes, son verdaderas partes en el contrato principal o actúan como si lo fueran en relación a decisiones claves para la celebración, ejecución o terminación del contrato o para derivar derechos del mismo y sin embargo pueden pretender excluirse de la obligación de someterse a arbitraje por no haber suscrito formalmente el convenio arbitral.⁹⁸

Si se aprecia la lectura de la cláusula mencionado líneas arriba y el artículo 14 de la Ley de arbitraje, resulta evidente que el consignatario del cargamento es el titular del Conocimiento de Embarque y por tanto del Contrato de Transporte de Mercancías o Contrato de Fletamento, pues es el directo beneficiario de dicho contrato, pues al ejecutarse la obligación de entrega en el Puerto del Perú, se convierte en titular de dicho contrato.

Incluso, Giuseppe Galluccio y Pablo Mori en su obra “Arbitraje Comercial” la extensión del convenio arbitral al grupo de sociedades señalan lo siguiente:

⁹⁸ Revista Peruana de Arbitraje N° 8. 2009. pp. 22

En este extremo únicamente queremos anotar como el DLA ha establecido una serie de principios de formación de consentimiento distintos a la regla básica establecida en el Código Civil, los cuales permiten introducir al arbitraje y por tanto extender los efectos del convenio a supuestos terceros que en realidad son verdaderas partes del mismo. Se trata de distintas formas de consentimiento tácito al arbitraje, reguladas para dar mayor eficacia al mismo y así proteger la inevitabilidad de éste.⁹⁹

También no debemos de olvidar que el conocimiento de embarque es un título valor y como tal de acuerdo al artículo 4 de la propia Ley de Títulos Valores se rige por el principio de literalidad, bajo el cual, el texto (literal) del documento determina los derechos y obligaciones de las partes.

Por ello, de acuerdo al “Principio de Literalidad” del Título valor, es que todos los efectos, derechos y obligaciones contenidas en el título valor, se rigen por el texto literal expresado solo en el título valor o documento adherido al mismo.

Más aún, esta cláusula incorporada en el conocimiento de embarque, es perfectamente válida y de obligatorio cumplimiento para las partes, pues el artículo 55 de la Ley de Títulos Valores señala:

Artículo 55.- Sometimiento a leyes y tribunales

Salvo disposición legal en contrario, para el ejercicio de las disposiciones derivadas del título valor podrá acordarse el sometimiento a la competencia de determinado distrito judicial del país, así como la jurisdicción arbitral o a leyes y/o tribunales de otro país

Finalmente, debemos de hacer referencia al artículo 16^o inciso 3^o del Decreto Legislativo 1071^o que dispone lo siguiente respecto la Excepción de Convenio Arbitral:

“Artículo 16^o.- Excepción de convenio arbitral

(...)

1. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el sólo mérito de

⁹⁹ GALLUCCIO Giuseppe y MORI Pablo. Arbitraje Comercial. La extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades. Pag. 142.

la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.”

Por todo ello, se desprende del citado dispositivo, que sólo se requiere probar la existencia de una Cláusula Arbitral. Resulta por ende de lo señalado en las Condiciones de Transporte, la existencia evidente y expresa de un Convenio Arbitral, por lo que se debe someter cualquier controversia a la jurisdicción arbitral.

Es decir que de lo arriba expuesto, se aprecia que se ha tenido que hacer toda una interpretación utilizando el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, para efectos de poder llegar a la conclusión de que esa cláusula de arbitraje en el conocimiento de embarque es perfectamente válida.

Sin embargo, dicha interpretación es necesaria, debido a un defecto de regulación específica con respecto a estas cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque, debido a ser un tema muy específico del comercio internacional.

Pareciera que el no haberse tenido en cuenta la parte pertinente sobre arbitraje que existía en el anteproyecto de la Ley de navegación y Comercio Marítimo, que hemos investigado en la sección segunda (ver página 47 y 48), ha hecho que la falta de regulación específica con respecto al conocimiento de embarque sea un tema que necesite ser regulado.

4.6 Sentencia del Tribunal Constitucional. Precedente de observancia obligatoria sobre amparo arbitral.

De la falta de regulación de un tema tan complejo, debemos de señalar que el Tribunal Constitucional con fecha 21 de setiembre de 2011, por sentencia en el expediente No. 00142-2011-PA/TC, interpuesto por la Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada establece un precedente de observancia obligatoria con respecto al amparo arbitral.

Lo interesante en dicho precedente de observancia obligatoria es que deja sentada la interpretación que hace el Tribunal Constitucional sobre la procedencia de amparo arbitral.

Aunque para el Tribunal Constitucional, en la mencionada resolución se señala que el recurso de anulación de laudo arbitral es una vía procedimental igualmente satisfactoria en casos que involucre la afectación de derechos constitucionales y no por ello el amparo arbitral vaya a desaparecer, hace un análisis de los casos en los cuales es posible recurrir a un amparo arbitral.

Así el mencionado precedente de observancia obligatoria señala:

18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CPConst.

19. Que opere este cambio en la manera de concebir el recurso judicial de anulación no significa que el amparo arbitral esté condenado a su desaparición. Simplemente se trata de reacomodarlo a su verdadera naturaleza que no es otra que la de un mecanismo corrector absolutamente excepcional, sujeto a supuestos excepcionales que esta sentencia señalará a continuación.

Una vez, establecido ello, el Tribunal Constitucional deja sentado las posibilidades de recurrir a un amparo arbitral y hace referencia a los alcances del artículo 14 de la Ley de arbitraje (decreto legislativo 1071)

En dicho precedente se deja claramente establecida la posición del Tribunal Constitucional sobre la validez de un arbitraje que se extienda a partes no signatarias, señalando lo siguiente:

No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional en los siguientes supuestos:

1) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero este comprendido en el supuesto del artículo 14 del decreto legislativo No. 1071.¹⁰⁰

Es decir que para el Tribunal Constitucional la incorporación tanto de partes signatarias o no signatarias es procedente conforme lo establece la ley de arbitraje y se corrobora con el precedente de observancia obligatorio del propio tribunal constitucional.

Aunque quizás debió señalar en vez de la palabra “tercero” la palabra parte no signataria, pues estos supuestos terceros son en realidad partes no signatarias del convenio arbitral.

Las posiciones contrarias expuestas en la sección tercera de la presente tesina, señalarían que el consignatario peruano no formó parte de la negociación previa del contrato de transporte y por ende no puede ser obligado a una cláusula arbitral de un conocimiento de embarque

Sin embargo, esa posición es fácilmente rechazarla, pues al ser un tema de comercio internacional y de arbitraje comercial las normas relativas al consentimiento como son entendidas en el código civil no son aplicables.

Así Giuseppe Galluccio y Pablo Mori en su obra “Arbitraje Comercial” la extensión del convenio arbitral al grupo de sociedades señalan lo siguiente:

“Así el hecho que el Código Civil haya definido que el consentimiento para realizar contratos – entre ellos el contrato de arbitraje, es decir el convenio arbitral – se presta a través de ciertos mecanismos, como la oferta y aceptación, no significa que a ley, en este caso el DLA no

¹⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia de observancia obligatoria Exp. 142-2011. Considerando 21, Página 6.

pueda regular otras formas en que se pueda formar un consentimiento vinculante. Dicho de otra forma, el solo hecho que alguien no haya firmado directamente el convenio arbitral no impide que deba verse obligado por sus efectos y en ese sentido considerarse que si consintió al mismo.

Ello es precisamente lo que hace el artículo 14, reconocer una serie de formas distintas en las cuales se forma un consentimiento vinculando derivado de cómo debe ser entendida la conducta de los supuestos terceros en buena fe.

Esto es debido a que no es necesario el consentimiento como es aplicado en el código civil, sino que surge de la extensión del convenio arbitral como es explicado en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje (D.L. 1071)

Ello, debido a que la segunda parte del artículo 14 de la Ley de arbitraje señala textualmente que se aplica la cláusula arbitral de quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del mismo contrato que es el conocimiento de embarque en este caso.

Esto, es debido a que el artículo 666 del Código de Comercio, establece que 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 para fijar los derechos y obligaciones del naviero, del capitán y del fletador.

Por ello, la pretendida aplicación de un consentimiento establecido como en el código civil no es aplicable para los casos de arbitraje pues el artículo 14 de la Ley de arbitraje se relativiza el consentimiento y posible aplicar incluso a partes no signatarias.

Sin embargo, las posiciones contrarias señalan que ellos no conocían el contrato de fletamento, lo que es errado pues al haber sido ellos ejecutores del contrato internacional de mercancías, es posible que conozcan el contenido del contrato de transporte marítimo.

Más aún si fueran terceros, estarían plenamente vinculados por efectos de la interpretación que ya ha hecho el tribunal constitucional con respecto a los terceros que se les aplica el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Incluso, para restarle validez a la cláusula arbitral del conocimiento de embarque se señala que se tiene que evidenciar que han existido firmas de las partes.

Pero no es necesario firmas pues basta el conocimiento usando la diligencia ordinaria para saber que existía una cláusula arbitral.

Incluso debemos de recordar que el artículo 16 inciso 4 de la Ley de Arbitraje señala claramente lo siguiente:

“en el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia.

Es decir, de todo ello se aprecia que las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque son perfectamente validas utilizando el artículo 14 de la Ley general de arbitraje.

Incluso, la validez constitucional que tiene el artículo 14 de la Ley General de arbitraje que pudo ser cuestionada como una forma de violación de la autonomía de la voluntad, es reconocida como válida constitucionalmente, por el propio tribunal constitucional en la sentencia 142-2011-PA/TC.

4.7 Necesidad de regulación del arbitraje en materia de conocimiento de embarque.

De lo expuesto, se aprecia que la falta de regulación de un tema tan complejo como es las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque debió ser recogido de manera específica en la ley general de arbitraje para efectos de evitar interpretaciones distintas en nuestro ordenamiento legal.

Esto debido a que a lo largo de la presente tesis, se ha apreciado que para efectos de lograr la validez del convenio arbitral en los conocimientos de embarque se tiene que hacer una interpretación legal y económica sobre sus ventajas, un camino muy largo si estos casos van a arbitraje después de haber

sido judicializados y ordenándose por medio de una decisión judicial que el caso debe ir a arbitraje pues existe una cláusula arbitral en el conocimiento de embarque.

Por ello, siendo a nuestro parecer válida las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque como hemos explicado líneas arriba consideramos que el mismo debe ser regulado de una forma específica.

Por ello, sería necesario que en los casos donde en un conocimiento de embarque se haga referencia a un arbitraje y el consignatario de dicho conocimiento de embarque desconozca el lugar donde se debería realizar el arbitraje, se permita en el uso de la garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, se le permita que se inicie un arbitraje en el Perú, conforme a la ley que norma el arbitraje.

Con ello, los problemas con respecto al cumplimiento de contratos de transporte marítimo podrían resolverse de manera más rápida y expeditiva y con ello el cumplimiento de los contratos podría hacerse en un número menor de días.

Si se logra esto, la reducción de los casos de cumplimiento de obligaciones de entrega pasarían al arbitraje, y se disminuiría la carga procesal,

Siendo más rápida la solución de cualquier tipo de conflicto, se logra que haya más inversión y con ellos se logra que el Perú pueda crecer económicamente.

Por otro lado, también se debería regular el tema de que las controversias que pudieran derivar del conocimiento de embarque, puedan ser posibles de ser arbitrables en el Perú, tan igual como se hace la referencia a Nueva York o Londres, esto debido a que como señalamos, la ejecución de contrato de transporte por mar se hace en un puerto en el Perú, donde se aprecia que el Perú por medio de una competencia territorial tendría competencia para resolver este tipo de controversias.

No está demás decir, que el arbitraje en los conocimientos de embarque no debe ser visto como una forma de escapar de responsabilidad por parte del naviero, sino que si se recogen las posibilidades que este tipo de controversias sean o exista la posibilidad de ser resueltas en el Perú, puede llegar a ser la solución a

muchas controversias, logrando de esta manera que el cumplimiento de los contratos sea más ágil y de esta forma la economía peruana crezca al poder cualquier inversionista saber que en el Perú cualquier controversia puede ser resuelta de una manera eficaz y rápida.



CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado el tema propuesta las conclusiones son las siguientes:

1. El incumplimiento de un convenio arbitral crea externalidades como son incrementar la carga procesal en el Poder Judicial, que a la larga perjudica a litigantes terceros que son ajenos y que necesariamente tienen que resolver su incertidumbre jurídica en el Poder Judicial.
2. Si se respeta el convenio arbitral en el conocimiento de embarque, la situación de nuestra sociedad será más eficiente. Se podrá descongestionar el Poder Judicial. Asimismo se podrá tener una mayor predictibilidad en los problemas que surjan en el comercio internacional y por ende se llega a una solución más eficiente para nuestra sociedad. Si se logra respetar que el convenio arbitral en los conocimientos de embarque sea respetado, económicamente podría reducirse los costos de transporte de la carga que viene al Perú, pues habría predictibilidad frente a los problemas que puedan surgir.
3. Existe un anteproyecto de la Ley de navegación y Comercio Marítimo, el mismo que señala sobre el arbitraje marítimo que el conocimiento de toda controversia derivada de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación será sometida a arbitraje y que salvo pacto en contrario, el arbitraje será de derecho, y se sujetará a las normas sobre arbitraje nacional previstas en la Ley General de Arbitraje, y el laudo que se expida será definitivo. Sin embargo, dicho anteproyecto no se tomó en cuenta como solución en la Ley de Arbitraje (decreto legislativo 1071)
4. El Perú se ubica en el puesto 41 en los indicadores del Banco Mundial en la publicación Doing Business 2015 con respecto al indicador de cumplimiento de contratos en el Perú y según el mencionado indicador que es leído por inversionistas en todo el mundo, señala que lograr que se cumpla un contrato en el Perú, tarda utilizando el Poder Judicial, un tiempo de 426 días.

Es decir existe un problema con respecto a la inversión, si es que el tiempo que demora resolver una controversia no se reduce, simplemente los inversionistas buscarán países donde existan mecanismos más rápidos para resolver sus disputas.

5. Las cláusulas arbitrales contenidas en el conocimiento de embarque son válidas, siempre que sean conocida la cláusula arbitral usando la diligencia ordinaria.
6. La ausencia de regulación del arbitraje en el conocimiento de embarque genera problemas en los mecanismos de solución de conflictos, desincentivando la inversión en nuestro país, debiendo en uso del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el poder permitir alternativamente interponer un arbitraje que este contenido en el conocimiento de embarque incluso en el Perú.
7. Se tiene que hacer una interpretación del artículo 13 inciso 6 y 14 de la Ley de Arbitraje, para efectos de poder llegar a la conclusión de que esa cláusula adherida al conocimiento de embarque es perfectamente válida utilizando los supuestos de incorporación por referencia y el supuesto del contrato a favor de tercero. Sin embargo, esta se debe a una ausencia de regulación específica con respecto a estas cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque, debido a que es un tema muy específico del comercio internacional.
8. Para el Tribunal Constitucional la incorporación tanto de partes signatarias o no signatarias es constitucional conforme lo ha establece la ley de arbitraje y se corrobora con el precedente de observancia obligatorio del propio tribunal constitucional. Aunque quizás debió señalar en vez de la palabra “tercero” la palabra parte no signataria, pues estos supuestos terceros son en realidad partes no signatarias del convenio arbitral.
9. La ausencia de regulación de la cláusula arbitral en los conocimientos de embarque no es sólo en el Perú. Por ello, sería necesario que en los casos donde en un conocimiento de embarque se haga referencia a un arbitraje y el consignatario de dicho conocimiento de embarque desconozca el lugar donde se debería realizar el arbitraje, se permita en el uso de la garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, se le permita que se inicie una arbitraje en el Perú, conforme a la ley que norma el arbitraje y por otro lado, también se debería regular el tema de que las controversias que pudieran derivar del conocimiento de embarque, puedan ser posibles de ser arbitrables en el Perú, tan igual como se hace la referencia a Nueva York o Londres, esto debido a que como señalamos, la ejecución de contrato de transporte por mar se hace en un puerto en el Perú, donde se aprecia que el Perú por medio de una competencia territorial tendría competencia para resolver este tipo de controversias.

Con ello, los problemas con respecto al cumplimiento de contratos de transporte marítimo podrían resolverse de manera más rápida y expeditiva y con ello el cumplimiento de los contratos podría hacerse en un número menor de días. Si se logra esto, la reducción de los casos de cumplimiento de obligaciones de entrega pasarían al arbitraje, y se disminuiría la carga procesal, siendo más rápida la solución de cualquier tipo de conflicto, se lograría que haya más inversión y con ellos se lograría que el Perú pueda crecer económicamente.



BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR GRIEDER, Hilda.
2001 “La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional”. Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Coruña. 2001 pagina 57.
- ANSIETA Alfonso
1972 El conocimiento de embarque. Editorial Andrés Bello
- ARBOLEDA ZAPATA, Jorge.
2009 “El arbitraje en el derecho marítimo peruano” en Volumen 8 de Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, sobre Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Pag. 469
- BEAUMONT Ricardo y CASTELLARES Rolando
2005 Comentarios a la ley de títulos valores. Gaceta Jurídica p.807-804
- BULLARD, Alfredo
2006 Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores, Lima. P47
- CANTUARIAS Fernando
2007 Arbitraje comercial y de las inversiones. Editorial Pucp. Lima. P. 1-26
- CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA Laura; CHIPANA CATALAN Jhoel.
2014 “Comentarios a la ley de arbitraje”. Biblioteca de arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 25 Thomson Reuters. Pag.298-299
- DE LA VEGA JUSTRIBO, Bárbara
2007 “El arbitraje en el ámbito marítimo” en volumen 4 de la Biblioteca de Arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre p-26
- DIEZ PICAZO, Luis.
1996 “Fundamentos de derecho civil patrimonial”. Editorial Civitas Madrid, Pag 431
- ESPINOZA Rosario
2007 “Las clausulas arbitrales marítimas a la luz de los usos del tráfico comercial internacional” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales(2007). P-5
- FLORES Pedro
2001 Comentarios a la nueva ley de títulos valores. Jurista Editores. P. 326-329
- GABALDON, José
1995 “Los contratos de transporte de mercancías” en Cuadernos Jurídicos Barcelona No. 34. p.5
- GALLO Javier
2013 La intervención de terceros en el proceso arbitral en derecho arbitral. Editorial Adrus S.R.L. Lima. P. 149-162
- GALLUCCIO Giuseppe y MORI Pablo.
2012 Arbitraje Comercial. La extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades. Pag. 142.

GAMECHOGOOECHEA Y ALEGRIA, Francisco.
1943 “Tratado de derecho marítimo español” tomo 5.

GARY Born

2011 International arbitration. Walters Kolwer Law & Business, New York, USA. P.
495-533

GONZALES DE COSSIO, Francisco.

“Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje” en homenaje a Don Raúl Medina Mora. Pag.14.
En <http://www.gdca.com.mx/>

GORGNI, Carolina. “validity of arbitration clauses incorporated by reference into bill of lading”.

Universidad de Oslo, 2006. Pag.15.en:

<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/20437/MasterxthesisxCarolinaxGorgni.pdf?sequence=2>

GUZMAN José

2007 El contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de
embarque. Colombia: Universidad externado de Colombia Editorial Cordillera.
p. 245-358.

HAKANSSON Carlos

2012 “La constitucionalización de la jurisdicción arbitral” en Volumen 21 de la
biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Arbitraje y Constitución.
Pag. 172.

HARDY Ivamy

1990 Marine Insurance. Londres, Editorial Butterworth & Co (publishers) Ltd. pp. 17-
30.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella,

2014 “jurisdicción y arbitraje”.tercera edición, fondo editorial de la PUCP,2014
pag.32

LIELBARDE Sandra.

“The incorporation of a charterparty arbitration clause in the bill of lading;
binding effect of contract without consent”. Master programme in Maritime
Law. Faculty law Lund university. Pag 1. en
<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1698465&fileOId=1698466>

LEFEBVRE Antonio y PESCATORE Gabriela y LEOPOLDO Tullio

2008 Manuele di diritto della navigaciones. Milan Editorial Dott. A. Giuffre Editore, pp.
303-318.

MOCATTA Abraham y MUSTILL Michael y BOYD Stewart

1984 Scrutton on charterparties and bill of lading. Londres, editorial “Sweet &
Maxwell”. pp. 201-252.

OSTOJA Alfredo

1972 Derecho del Transporte. Temas Selectivos. Materiales de Enseñanza. Pontificia
Universidad Católica del Perú. pp. 84-102.

POSNER Richard

- 2007 El análisis económico del derecho. Fondo de Cultura Económica, México p-548
- PULIDO Alberto
1963 La venta CIF, Editorial Jurídica de Chile. P. 13
- PEÑA Lisandro
1989 Curso de títulos valores. Editorial Temis. Bogota Colombia p. 155-161
- PENDON Miguel
1994 Títulos representativos de la mercancía. Marcial Pons Ediciones Juridicas S.A.Madrid. P-67-231
- RAY, José
1992 Derecho de la navegación. Buenos Aires. Abelardo Perrot, pp. 76-97.
- RECALDE Andrés
1992 El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte función representativa. Editorial Civitas S.A. p. 39
- SANCHEZ Fernando
2000 El Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías, Elcano Navarra. Edit, Aranzadi. p 167
- SANCHEZ José en “La sumisión en los conocimientos de embarque y los procesos de limitación de la responsabilidad del armador en detrimento de los pequeños usuarios del transporte marítimo” en página web del Instituto Marítimo Español. <http://ime.es/site/index.php/conocimiento-de-embarque>
- SIERRALTA Aníbal.
2013 Contrato de comercio internacional. Fondo editorial PUCP. P. 281-290
- SOTO Carlos y BULLARD Alfredo
2011 Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Tomo I. Editorial Instituto Peruano de arbitraje. Lima. Perú. P.1-447
- TETLEY William
1985 Maritime Liens and claims. editorial Business law communications. 1985, p. 599.
- URDAY Percy
2005 “la responsabilidad del porteador marítimo de acuerdo a la legislación peruana” en ALVAREZ, Tulio. Estudios de derecho marítimo. En homenaje al doctor José D. Ray. Buenos Aires: Rustica, 2005, pp. 399-414.
- VIDAL Arturo
1955 El conocimiento de embarque en el transporte internacional, Talleres Grafico Verge Valencia, Barcelona p. 353
- VIDAL Fernando
2009 Manual de derecho arbitral. Gaceta Jurídica, 2009 p. 69-73
- VILLEGAS, Carlos
1989 Manual de Títulos Valores, Abeledo – Perrot. p-167

VILLEGAS Carlos

1993 Comercio exterior y crédito documentario. Editorial Astrea, Buenos Aires. p. 1-24

WILSON John

1993 Carriage of goods by sea. Londres, editorial Pitman Publishing 1993. p. 123-205.

Jurisprudencia

Exp. 4625-2006 demanda interpuesta por Alicorp S.A.A contra White Cosmos Shipping S.A y otros ante el Quinto Juzgado Civil del Callao

Exp 1916-2013 demanda interpuesta por Inkafert S.A.C contra DOWA LINE PANAMA inc y otros ante el Segundo Juzgado Civil del Callao

Casación 4333-2001 CALLAO publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 30 de Abril de 2003 pag 10451

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. sentencia de observancia obligatoria Exp. 142-2011. Considerando 21, Página 6

Leyes

CONGRESO DE LA REPUBLICA

1912 Código de Comercio

2000 Ley 27287 Ley de Títulos Valores. 19 de Junio.

1984 Código Civil

Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, incorporada en la legislación nacional por resolución suprema 687.

Reglas de Rotterdam de 2008

Anteproyectos

Anteproyecto de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo. Comisión especial encargada de elaborar el proyecto del código de comercio

Diarios

Diario El Comercio, del 29 de Octubre de 2014, sección Portafolio página 2 "El Perú ocupó el puesto 12 en el mundo en facilidad de créditos a las empresas

Revistas

Revista The Economist" 29 de Octubre de 2014. "Where not to invest in Europe

Doing Business 2015 Más allá de la eficiencia en
<http://espanol.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2015>

