

Máster en Negocio y Derecho Marítimo

Trabajo de Fin de Máster

“Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España”

Adelina Barahona González

Tutor: Prof. PhD. Carlos Llorente Gómez de Segura

Fecha de inicio: Octubre 2018

Fecha de entrega: Julio de 2019

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

ÍNDICE

Abreviaturas.....	4
Introducción.	5
Resumen.....	6

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES, EVOLUCION Y CONCEPTO DE LA FIGURA DEL CONSIGNATARIO DE BUQUES O AGENTE NAVIERO 7

Colaboradores del agente marítimo.	7
Figura del consignatario de buques o agente naviero.....	8
Origen y evolución.	8
Concepto.	9
Alcance de sus funciones.	11
<i>Gestiones administrativas</i>	15
<i>Gestión comercial</i>	16
Retribución económica.	17
Obligación para buques nacionales de contar con un agente naviero o consignatario..	18
Régimen del contrato de consignación de buques.....	20
Naturaleza jurídica.	20
Contrato de comisión.....	23
Contrato de agencia.....	26
Contrato de mandato.	29
Formularios FONASBA.....	34

CAPITULO II. Responsabilidad del agente naviero o consignatario 36

Antecedentes.	36
Responsabilidad civil.....	38
Responsabilidad contractual.....	40
Responsabilidad por las mercancías.	41
Responsabilidad extracontractual.....	47
<i>Contaminación en el mar</i>	48
Responsabilidad Administrativa.	52
Responsabilidad por el buque y tarifas portuarias.	52
El consignatario que realiza tareas añadidas de manipulación portuaria o en calidad de transitario u operador logístico.....	56

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Limitación de la responsabilidad.	59
Responsabilidad Penal.	64
CAPITULO III. PROBLEMAS ACTUALES Y POSIBLES SOLUCIONES	69
La figura del consignatario antes y después de la Ley de Navegación Marítima.	69
Problemas actuales del agente naviero en la legislación ecuatoriana.	73
Posibles soluciones al problema en Ecuador.....	78
Proyecto Código del Comercio Ecuador.....	78
Conclusión.	83
Bibliografía	86
ANEXOS	90

Abreviaturas

FONASBA	The Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents
BIMCO.....	Baltic and International Maritime Council
LNM	Ley de Navegación Marítima
Ccom. de España	Código de Comercio de España.
Ccom. de Ecuador	Código de Comercio de Ecuador.
C.C.Ecuador	Código Civil Ecuador:
C.C. España	Código Civil España
TRLPEMM.....	Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.
CLC	Convenio sobre responsabilidad nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos.
LCA	Ley sobre Contrato de Agencia.

Introducción.

El consignatario de buques o agente naviero es un sujeto de la navegación que ejecuta labores auxiliares, materiales y jurídicas, por cuenta de un principal que puede ser un armador o naviero. A lo largo de la historia esta figura se ha hecho indispensable para en el negocio marítimo, por lo que es muy difícil que un naviero se dé el lujo de prescindir de sus servicios, sin embargo su régimen jurídico durante muchos años no se adaptó a la realidad marítima actual.

En España, antes de la Ley de Navegación Marítima el ordenamiento jurídico no regulaba el contrato de consignación de buques ni la figura del consignatario. La legislación administrativa, en su Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante TRLPEMM, daba una definición al consignatario, que muchos juristas y doctrinarios criticaban, ya que fue dicha definición fue utilizada por varios Tribunales españoles para establecer un régimen de responsabilidad que no era el correcto. En España, con la entrada en vigor de la LNM ha quedado resuelto ya que con el régimen actual la definición del TRLPEMM ya no es aplicable, debido a que existe la nueva legislación específica, de navegación.

Mientras que en Ecuador, estamos en una situación similar a la de España antes del año 2014, ya que en la actualidad la normativa interna no regula ni el régimen, ni el contrato de agente naviero. Esta figura se la asimila al contrato de mandato o de representación, que está establecido en el Código Civil, C.C.E.

En cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana, como fuente del Derecho Marítimo, también ha dejado mucho que desear ya que los jueces en sentencias, condenan a los agentes navieros a responder por actos que dependen únicamente de sus principales. Dándoles únicamente la oportunidad de ejercer su derecho de repetición.

Hoy en día, en Ecuador se está debatiendo el Proyecto del Código de Comercio, el cual se espera que enmiende todas las lagunas y vacíos que existen en relación a la figura del agente naviero, y en general a la navegación marítima que carece de un régimen acorde a la realidad actual.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Resumen.

Este trabajo de fin de máster recoge doctrina, legislación y jurisprudencia tanto española como ecuatoriana sobre el régimen de responsabilidad del consignatario de buques o agente naviero. Primero empiezo analizando el concepto de este sujeto, su importancia y evolución, el alcance de sus funciones y el régimen del contrato. En España dicho contrato es considerado como un contrato de comisión o de agencia de acuerdo a la espontaneidad o frecuencia del servicio. Por su parte, en Ecuador la figura del agente naviero se asimila a la del contrato de mandato.

Posteriormente, hago un análisis del régimen de la responsabilidad del consignatario antes y después de la Ley de Navegación Marítima. Además estudio la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2007, que tuvo gran impacto en la doctrina española. Considero varias sentencias ecuatorianas que, sobre este tema, recogen argumentos prácticos alejados de la normativa. Finalmente, nombro posibles soluciones a los problemas actuales en Ecuador sobre la falta de legislación en esta materia y detallo como la Ley de Navegación Marítima ha coadyuvado en España otorgando seguridad jurídica tanto, a los empresarios marítimos nacionales e internacionales.

Palabras claves

Derecho Marítimo – contrato de consignación - consignatario – agente naviero – responsabilidad – España – Ecuador – contrato de agencia – contrato de comisión – contrato de mandato.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES, EVOLUCION Y CONCEPTO DE LA FIGURA DEL CONSIGNATARIO DE BUQUES O AGENTE NAVIERO

Colaboradores del agente marítimo.

Una de las características principales del Derecho Marítimo es el dinamismo, esto es, que se encuentra en constante evolución. Así como en un inicio los buques eran a vela, luego a vapor, pasando finalmente a ser a combustible, antiguamente, el capitán de la nave era quien realizaba las diligencias necesarias para el despacho del buque en puerto. Frente a la necesidad de reducir la duración de la permanencia del buque en cada puerto por los altos costos y tasas portuarias, además, ante la complicación progresiva de los trámites burocráticos en los puertos y, por la intensa competencia comercial para obtener más carga y mejores fletes, los armadores comenzaron a nombrar personas físicas o jurídicas locales para llevar a cabo aquellas funciones y tareas que cumplía el capitán¹.

Los avances tecnológicos y globalización han llevado a que la comercialización de mercancías sea cada vez mayor, y por otro lado, a la que la estancia en puerto sea menor. Actualmente un empresario marítimo o naviero, no puede llevar a cabo su actividad comercial de forma eficiente sin la colaboración de otras personas, que le presten ciertos servicios. Esta necesidad de los empresarios marítimos crea ciertas figuras jurídicas o relaciones jurídicas, que si bien son parecidas a otras figuras del Derecho Ordinario, no son iguales. Esto comprueba uno de los principios y características del Derecho Marítimo, como la autonomía, internacionalidad y especialidad.

Según el Profesor Ignacio Arroyo, los colaboradores del naviero se pueden clasificar, de acuerdo a dos criterios: a) personal dependiente o independiente; b) personal marítimo y terrestre.² Siendo el personal dependiente y marítimo los miembros de la dotación del buque, salvo el capitán, que tiene ciertas facultades de representación especiales. Los independientes y terrestres serían los consignatarios de buques, además de los gestores

¹ GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo A., *El agente Consignatario de buques en España*, Editorial Librería Bosch, Barcelona, Tercera Edición. 1989. pp. 11.

² ARROYO MARTINEZ, Ignacio, *Curso de Derecho Marítimo*, Arazandi, Pamplona, 2015, Tercera ed., V. 1, pp. 369.

navales, comisionistas, transitorios, corredores y las empresas dedicadas a la carga y descarga de mercancías.

Ahora bien, en el presente trabajo de fin de máster, me centraré únicamente en la figura del consignatario de buques como se lo conoce en España o agente naviero, como se lo conoce en Ecuador.

Figura del consignatario de buques o agente naviero.

Origen y evolución.

El Libro del Consulado de Mar menciona al escribano como persona a la que le correspondían actividades como concertar o cobro de fletamento, avituallamiento del buque, entre otras muy parecidas a las que desempeña hoy el agente. En el mismo sentido, las Ordenanzas de Bilbao de 1737 ya conocían el término del consignatario ya que en su texto mencionaban elementos que complementaban la figura, como por ejemplo: *cuando el navío este fuera de Villa de Bilbao deberá manifestar un representante en tierra del naviero; cobrar fletes; representar el buque en sustitución del obligado principal*³. Por esa razón, en los Códigos posteriores se recoge el término del consignatario de buques, considerándolo como un colaborador y representante del naviero. Sin embargo, ninguna de dichas codificaciones estableció el régimen jurídico aplicable a dicha figura.

En el ámbito internacional debemos mencionar los “Principios recomendados para uso de las partes comprometidas de fletamento y de agencia marítima” que fueron aprobados en mayo de 1969 por la BIMCO (*Baltic and International Maritime Council*), la cual es una asociación independiente no gubernamental cuyo objetivo durante más de 100 años ha sido desarrollar para la industria marítima contratos estandarizados de fletamento.⁴ Estos Principios, son una especie de normativa de conducta o ética para los corredores y agentes marítimos. En el mismo año se creó la FONASBA (*Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents*), la cual tiene como objetivo principal entender todos los asuntos relacionados con la profesión marítima, específicamente sobre corredores y agentes marítimos. Sobre esta organización me referiré más adelante, sin

³ FERNÁNDEZ, Ramón y GUERRA, Fernández, *El fletamento en las ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737*, Anuario de historia del derecho español, ISSN 0304-4319 No. 62, 1992, pp. 117-158.

⁴ BRODIE, Peter R, *Commercial Shipping Handbook*, Tercera Edición, Informa, Londres, 2014.

embargo es importante saber que promueve prácticas justas y equitativas y garantiza que las necesidades de sus miembros se comprendan a nivel internacional, regional e individual a nivel nacional en toda la industria marítima.

Seguidamente, en 1980, FONASBA creó y aprobó un contrato tipo para las agencias marítima de líneas regulares, lo cual fue de mucha ayuda para el sector, ya que hasta ese entonces era escaso el régimen jurídico que indique los derechos y obligaciones de los agentes.

En España la figura del consignatario era un poco compleja hasta antes de la LNM y en Ecuador, al día de hoy no existe expresamente en la ley un régimen jurídico aplicable. Antes de la LNM española, el Código de Comercio de España solo se refería de manera aislada a este auxiliar de la empresa marítima, dando lugar a confusiones y equivocaciones, sobre todo por cuanto aparecía vinculado unas veces al buque y otras a la carga. Además, el artículo 586 del Ccom. de España (hoy derogado) establecía que *«se entiende por naviero la persona encargada avituallar o representar el buque en el puerto en que se halle»*. Esta disposición, que tiene origen en el derecho romano y en las costumbres de la Edad Media, cuando el concepto de consignatario de buques no existía.

Concepto.

La palabra agente se deriva del latín *«agere»* o sea, tomar a su cuidado alguna cosa, y consignatario proviene del latín *«consignare»* cerrar mediante algún sello o documento.

La Ley de Navegación Marítima de España, manifiesta que se entiende por consignatario a la persona que por cuenta del armador o del naviero se ocupa de las gestiones materiales y jurídicas necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto. En Ecuador, debido a que no contamos con una codificación, única, que regule todos los aspectos que se originan de la navegación marítima, el agente naviero de buques ha sido definido en varias normativas distintas, así vemos que el Reglamento a la Actividad Marítima define al agente naviero como *«la persona natural o jurídica que representa al armador en las gestiones de carácter administrativo y comercial relativas a todos los trámites relacionados con la escala del buque, aceptando en nombre del armador, los derechos y obligaciones que le corresponden en dichas gestiones»*. En el

mismo sentido, el Código de Policía Marítima⁵ añade: «*Puede ser agente o representante cualquiera persona, natural o jurídica, inclusive el dueño o armador, siempre que observe lo que para el caso prescribe el Código de Comercio, presente la matrícula mercantil y certificado de ser socio de la Cámara de Comercio correspondiente, y se haya inscrito en los registros de la respectiva Capitanía de Puerto*».

La doctrina, ha definido al agente marítimo como «la persona física o jurídica que, en nombre y por cuenta de un armador (o de su gestor naval o fletador), se dedica profesionalmente a la realización de las operaciones materiales y de los actos jurídicos necesarios para atender las necesidades relativas a la estancia del buque en puerto».⁶

El consignatario de buques es un empresario independiente, cuya actividad comercial consiste en recibir una remuneración por parte de un principal, para que realice y cumpla con todas las necesidades que surjan al buque en puerto.

El preámbulo de la LNM precisa un concepto de los distintos sujetos de la navegación, como por ejemplo el del naviero, que lo limita a quienes se dedican a la explotación de buques mercantes, excluyendo a los buques de pesca, y cuando además tengan la posesión, serán armadores.

Es decir, es armador, quien siendo o no propietario de la embarcación, tiene su posesión directamente o a través de sus dependientes y lo explota en su nombre y bajo su responsabilidad. El naviero es la persona que natural o jurídica que utiliza buques de otras personas, para explotarlos bajo cualquier modalidad admitida por los usos o contratos internacionales existentes.

En el contrato de consignación de buques el principal por lo general es el armador o naviero. No obstante, cuando el buque se encuentra fletado en time charter, el fletador es quien elige y nombra al agente naviero. Funciona de esa forma, ya que si suscitan diferencias entre ambos, el agente no podría tomar una decisión por existir conflicto de intereses. Cuando suceden dichas situaciones, el armador puede nombrar un agente protector, el cual deberá velar por su defensa.

⁵ Código de Policía Marítima publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 del 20 de agosto de 1960.

⁶ GABALDON GARCIA, José Luis, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Editorial Marcial Pons, Tercera Ed., Madrid, 2012, pp. 333.

Alcance de sus funciones.

A efectos de evitar confusiones a los lectores, es importante mencionar, previo a detallar el alcance las funciones del consignatario de buques, que en relación a una misma nave pueden nombrarse diferentes colaboradores independientes, designados tanto por el armador y el fletador, únicamente con respecto al buque, como por el titular de la carga (con relación a ésta), para quienes se emplea en español la expresión consignatario (ya sea del buque o de la carga).

Es muy común que la designación del consignatario del buque (o *ship's agent appointment*) la realice el armador del mismo, pero cuando se da un fletamento por tiempo del buque el fletador suele reservarse en la póliza de fletamento (*adress clause*) el derecho de designar el agente marítimo (*charterer's agent*), pudiendo el armador (titular de la nave o arrendatario a casco desnudo) nombrar un colaborador suyo para proteger su interés (muchas veces contrapuesto al del fletador) en aspectos relacionados con el buque y su tripulación (en la práctica inglesa se lo conoce como *ship's husband* o *husbandry agente, protecting agent* u *owner's agent*)⁷

De forma acertada, la doctrina distingue entre los consignatarios de buques que son auxiliares del naviero y los que se dedican a esa actividad en nombre y por cuenta propia, y por ende, son empresarios de consignación. Quedando al margen el consignatario de las mercancías, que sería un representante del cargador o destinatario. Al respecto, de este último, es importante señalar que en Ecuador al consignatario se lo identifica como el destinatario de las mercancías, esto se debe a que en términos anglosajones se conoce a quien reciba las mercancías como *consignee*, por ende, al hacer la traducción de dicho termino nuestro país lo ha considerado como el consignatario. Sin perjuicio de eso, y para los efectos del presente trabajo cuando me refiera al consignatario me estaré refiriendo al agente naviero.

En ese sentido, cuando el consignatario actúa como auxiliar y está vinculado permanentemente al naviero en calidad de subordinado de aquel, el alcance de sus funciones puede ser diverso de acuerdo a la extensión concedida en el poder. Por eso

⁷ BAENA BAENA, Pedro Jesús y NIEVES LÓPEZ, Santana. *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*. Editorial Arazandi. Primera Edición. Navarra, 2017. Pp. 367.

es importante distinguir en apoderado especial o general. Cuando el consignatario es un empresario marítimo, el tráfico suele distinguirlos en consignatarios de buques o consignatarios de la navegación. En este caso, del empresario marítimo, no hay dependencia ni subordinación como cuando actúa como auxiliar. Antes de que entre en vigencia la LNM, el Profesor Ignacio Arroyo Martínez diferenciaba dos variantes fundamentales:

- a) Por un lado, aquellos supuestos en que la vinculación entre naviero y consignatario es esporádico, desarrollándose en razón de las diversas escalas realizadas por los buques; se muestra entonces una relación asimilable a la comisión. Las normas de ese contrato sirven para determinar los derechos y obligaciones del consignatario y su régimen de responsabilidad frente al naviero y frente a los receptores de la carga por el incumplimiento del contrato de transporte. En esos casos, si el consignatario actúa en nombre del naviero, esa responsabilidad caerá directamente sobre este último; si, por el contrario, actúa en nombre propio, en virtud de las normas que rigen en el Derecho español en materia de representación indirecta, será el consignatario quien asumirá la responsabilidad frente a los destinatarios de la carga, con independencia de los efectos que se produzcan en su relación interna con el naviero.
- b) De otro lado, cuando el vínculo entre naviero y consignatario es estable o duradero, y el consignatario actúa reiteradamente en nombre del mismo naviero, existe una relación asimilable a la agencia mercantil, siendo aplicable en cuanto sea procedente la Ley de Contrato de Agencia española; en ese caso alcanzarán un alto relieve las cuestiones referentes a la remuneración del agente, la extinción del contrato y las indemnizaciones de daños y perjuicios o por razón, de la clientela generada.⁸

Esta misma clasificación que hace la doctrina española, es la que se encuentra contemplada en la vigente LNM, que estipula en su artículo 320:

“Las relaciones internas entre el consignatario y el armador o naviero se regularán por el régimen jurídico del contrato de comisión mercantil cuando se trate de una

⁸ ARROYO MARTINEZ. *Op. cit.*, pp. 378.

consignación ocasional. Cuando se trate de consignaciones continuadas o estables, se aplicará el régimen jurídico del contrato de agencia. En este último caso se podrá pactar la exclusividad en la consignación.”

Obviamente esta distinción tiene su naturaleza en la práctica común de la navegación y tráfico marítimo, como sucede entre consignatarios de línea regular (conocidos como *liners*) y consignatarios de buques que presentan sus servicios en línea irregular (*tramp*). Como se sabe, los *liners* son rutas de embarcaciones con rutas, salidas y entradas establecidas, fijado el itinerario de antemano y, por lo general, las mercancías que se transportan son de mayor valor, como por ejemplo productos industriales y bienes de consumo. Por el contrario, las líneas irregulares o *tramp* son una modalidad, en la cual se contrata un espacio de carga de un buque, total o parcial, y se efectúan uno o varios viajes, o ya sea para utilizar un buque por determinado periodo de tiempo. Por lo general, esta modalidad es usada para el transporte de grandes volúmenes de mercancías a granel, ya sea líquida o sólida.

De forma general, podemos decir que el alcance de sus funciones dependerá de las instrucciones que éste haya recibido de su principal, obligaciones que pueden encerrar obligaciones y derechos expresos.

Cuando el consignatario no reciba instrucciones expresas o concretas se entiende que tiene facultades implícitas para actuar, es decir, para realizar todo lo necesario para atender al buque y a sus operaciones de forma normal de acuerdo a la práctica usual del negocio. Las facultades implícitas de un agente naviero podrían ser en las siguientes áreas⁹:

- a) Practicaje;
- b) Remolque;
- c) Amarre;
- d) Despacho aduanero;
- e) Derechos de entrada y estancia;
- f) Atraque y derechos de atraque;
- g) Atención médica a tripulantes;
- h) Seguimiento de las operaciones portuarias.

⁹ GONZÁLEZ LEBRERO, *Op. cit.*, p. 36-44.

En el caso de que no tenga instrucciones específicas, el agente debe requerirle a su principal, respecto de las siguientes:

- a) Contratación de personal o de empresas para las operaciones de carga y descarga, estiba y desestiba de mercancías;
- b) Suministro de combustible;
- c) Suministro de provisiones;
- d) Designación de inspectores o peritos;
- e) Contratación de empresas para reparar el buque;
- f) Designación de sub agentes;
- g) Cualquier otro tipo de gasto.

En cuanto a las obligaciones genéricas pueden ser las que detallaré a continuación:

- a) El deber de emplear toda la capacidad y conocimientos que posea el agente, ser diligente, siempre actuar en beneficio de su principal. En el derecho ecuatoriano se conoce como la diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes¹⁰;
- b) El deber de ajustarse a las condiciones del contrato con su principal, sin excederse en sus facultades;
- c) El deber de obedecer todas las instrucciones lícitas y razonables de su principal, a quien debe consultar en caso de duda, cuando la instrucción sea ambigua o cuando considere que debe excederse en la ejecución de sus facultades contractuales;
- d) El deber de abstenerse de realizar operaciones en beneficio propio o de terceros en base al conocimiento que tenga de información de cualquier tipo;
- e) El deber de mantener separados sus bienes de los de su principal;

¹⁰ Código Civil ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 del 24 de junio del 2005. Artículo 2187.- *Las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario.* Artículo 2188.- Debe, en consecuencia, emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; pero su responsabilidad podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión. Si se ha hecho cargo de ella para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos, sólo es responsable del dolo o de la culpa grave; y si ha tomado voluntariamente la gestión, es responsable hasta de la culpa leve; salvo que se haya ofrecido a tomarla, impidiendo que otros la tomaran; pues en este caso responderá de toda culpa.

V. texto completo: <http://www.lexis.com.ec/wp-content/uploads/2017/09/CODIGO-CIVIL.pdf>

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

- f) El deber de llevar rendir las cuentas adecuadas luego de cada escala de un buque de su principal, o cuando este o requiera, cobrando sin demora los créditos de dicho principal.

Gestiones administrativas.

Se consideran todas las relacionadas con la atención de la escala del buque en puerto. Las funciones del agente naviero inician antes de que el buque llegue al puerto de destino, ya que a la anticipación de su llegada deberá realizar ciertas operaciones ante la Autoridad Marítima Portuaria y Autoridad Aduanera. Así como también, informar la llegada a los amarradores, prácticos, estibadores, suministradores de combustible, de ser necesario, cargadores y receptores de mercancías, etc. Una vez que el agente haga las diligencias previas, la Autoridad Portuaria procederá a designar las zonas de los muelles en que habrán de tener lugar las operaciones de carga y descarga de mercancías.

En cuanto a las tarifas por servicios portuarias, los agentes están obligados al pago de éstas. En España se considera al agente, un sujeto pasivo obligado al pago de las tarifas. Los consignatarios pagan en nombre y representación de sus principales, pero nunca por cuenta propia. En Ecuador, sucede lo mismo, el agente naviero es considerado un deudor solidario respecto de las tasas portuarias.

Cuando el practica¹¹ es obligatorio, el consignatario de buques debe efectuar la petición de los servicios de un Práctico con antelación. Los prácticos realizan sus funciones de acuerdo a las circunstancias y condiciones de cada puerto, y facturan sus servicios de acuerdo a tarifas establecidas en la normativa interna. El agente consignatario podrá cubrir estos gastos a nombre y representación del armador o naviero. Lo mismo sucede con los servicios de remolque¹².

Como mencioné previamente, durante la estancia del buque en puerto, el agente debe ocuparse, en nombre y representación de su principal, de otros asuntos, tales como la

¹¹ Ley de Navegación Marítima artículo 325: "(...) Por el contrato de practica¹¹ una persona denominada práctico se obliga, a cambio de un precio, a asesorar al capitán en la realización de las diversas operaciones y maniobras para la segura navegación de buques por aguas portuarias o adyacentes."

¹² Ley de Navegación Marítima artículo 301: "(...) Por el contrato de remolque el armador de un buque se obliga, a cambio de un precio, a realizar con él la maniobra necesaria para el desplazamiento de otro buque, embarcación o artefacto naval, o bien a prestar su colaboración para las maniobras del buque remolcado o, en su caso, el acompañamiento o puesta a disposición del buque."

atención a los tripulantes que se encuentren enfermos o heridos, gestiones que deba realizar el Capitán del buque ante las autoridades consulares de su país o del país de la bandera del buque, acerca de las provisiones, combustible, entre otras.

Gestión comercial.

En muchas ocasiones el agente naviero debe llevar a cabo gestiones encaminadas a la captación de fletes para los buques de su principal. Para esto, el agente debe estar informado de las políticas de fletes y condiciones del armador para poder contactar con importadores o exportadores del mercado donde se sitúe.¹³

El intercambio de información y comunicaciones entre armador y consignatario es imprescindible la rentabilidad de ambas empresas. Es muy normal que el agente cierre cargas y suscriba contratos a nombre y representación de su principal, siempre que se ajuste a las instrucciones dadas por él. Muchas veces es el consignatario quien cobra por cuenta del armador eventuales fletes que no han sido pagados por adelantado y que son pagados en destino¹⁴.

Para esta función el agente naviero debe estar equipado con un potencial humano hábil, contar con plataformas tecnológicas que los puedan informar del mercado de fletes, tarifas, etc. Además, el agente deberá tener informado en todo momento al representado, sobre sus salidas, mercancías cargadas o descargadas en cada escala, y cuanta información sea necesaria para la oportuna captación de cargas para sus buques.

En Ecuador, debido a que nuestra legislación no hace la distinción entre agentes navieros ocasionales o regulares, y tampoco se asimila su relación al contrato de agencia o contrato o comisión mercantil, podemos decir que las obligaciones y derechos de un agente naviero tiene mayor o menor relevancia en función del alcance de la representación, dependiendo de si se trata de un agente general o especial. Se puede decir que la legislación ecuatoriana lo considera un contrato de mandato.

¹³ GONZÁLEZ LEBRERO. *op. cit.* , p.36-44

¹⁴ RUEDA, Carlos. *El Agente Marítimo en la legislación argentina*, Liberia Jurídica, Buenos Aires, Primera Edición. 1944. Pág. 89.

Retribución económica.

La retribución económica es uno de los derechos del consignatario de buques, evidentemente su labor y gestión debe ser recompensada económicamente. La forma de la remuneración puede variar en función del tipo de tráfico y de relación entre principal y agente naviero.

En el caso de agentes permanentes y particulares de líneas regulares la remuneración resulta igual que en un contrato de agencia, es decir, puede aplicarse por porcentajes de acuerdo al volumen de carga o gestiones realizadas. En el caso de buques ocasionales, como de pasaje o de carga contenerizada o a granel, se aplican ciertas tarifas de despacho de buques, en Ecuador éstas tarifas deben aprobadas por la Subsecretaria de Transporte, Marítimo y Fluvial¹⁵.

Hoy en día, los consignatarios y sus principales utilizan pólizas en las cuales se incluyen cláusulas de comisión (*brokerage clause*). Las pólizas principales son BALTIME (1974), LINERTIME (1974), ASBATIME (1981), NYPE (1993), GENCON (1994).

El Profesor Arroyo compara la cláusula de comisión en las distintas pólizas y destaca dos aspectos fundamentales: el devengo y vinculación con el contrato principal. Por un lado, el momento en que el consignatario tiene derecho a cobrar la comisión no es uniforme y varía según el modelo de póliza de fletamento, en unos casos coincide con las perfección del contrato, normalmente con la firma de la póliza de fletamento (*on signing the contract*); en otros, se aplaza hasta la entrega del cargamento en el buque incluso, hasta que el naviero fletante haya cobrado el flete (*on freight paid*). Por otro lado, la cláusula suele precisar el derecho del consignatario; lo normal es que se respete el derecho integro a la

¹⁵ En Ecuador, mediante Decreto Ejecutivo No. 8 del 15 de enero del año 2007 se creó el Ministerio de Transporte y Obras Públicas (MTO). Dicho Ministerio, tiene bajo su dependencia cuatro Subsecretarías de Estado, una de ellas es la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial (SPTMF). Actualmente la SPTMF, es el órgano regulador, controlador y ejecutor del sistema portuario ecuatoriano. Sin perjuicio de que en este trabajo de fin de master, no abarcaré temas relacionados a los sistemas portuarios, considero que para los lectores puede ser de intereses conocer que el Sistema Portuario ecuatoriano ha quedado convertido en un órgano monocéfalo (SPTMF) dependiente del Ministerio de Transporte y Obras Públicas. Antes de que entre en vigencia el Decreto Ejecutivo No. 8, previamente mencionado, el Sistema Portuario Ecuatoriano tenía una organización que respondía a un sistema normativo con un órgano regulador, uno controlador, un órgano asesor, un órgano ejecutor y Autoridades Portuarias con personalidad jurídica, administradas por un Directorio. En la actualidad el Sistema Portuario ha desaparecido convirtiéndose en un órgano concentrado en la SPTMF.

comisión, aunque en algunos casos también se limita proporcionalmente al tiempo transcurrido; la solución más flexible de los formularios no se ajusta exactamente al esquema del Derecho español que regula la comisión en garantía, haciéndole al comisionista responsable de la suerte del negocio principal¹⁶.

Es importante mencionar que la retribución económica a la que tiene derecho el consignatario es muy aparte del derecho que tiene a exigir fondos necesarios para el cumplimiento del mandato o comisión de su mandante o comitente. El principal deberá proveer a su agente de todos los fondos necesarios e indispensables para cubrir los gastos de la escala del buque en puerto. De la misma forma, el agente naviero tiene derecho a exigir el saldo a su favor y cobrar los valores en los que haya incurrido para cubrir ciertos gastos del principal.

Obligación para buques nacionales de contar con un agente naviero o consignatario.

De acuerdo a las legislaciones de España y Ecuador, los buques nacionales y extranjeros deben tener un consignatario en los puertos nacionales. Antes, en España no se extendía dicha obligación a buques nacionales (Si se exceptúan las embarcaciones de recreo, que podrán ser directamente representadas por su propietario o capitán).

La LNM española, en su artículo 10 sobre el régimen general de visita y de estadía, establece que *“(...) 2. Todo buque extranjero deberá tener un consignatario en los puertos nacionales, con la excepción de las embarcaciones de recreo, que podrán ser directamente representadas por su propietario o capitán. La misma obligación de consignación podrá ser reglamentariamente establecida para los buques nacionales”*.

Por su parte, en Ecuador el artículo 371 del Código de Policía Marítima¹⁷ menciona: *“Salvo lo dispuesto por la Constitución de la República, en la letra nn) del Art. 185, los agentes, los armadores y el casco de la embarcación con su aparejo responderán solidariamente por el pago de las tasas e impuestos de ella, y por el de las multas*

¹⁶ ARROYO MARTINEZ. *Op. cit.*, p. 383.

¹⁷ Publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 de 20 de agosto de 1960. V. texto completo en: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/ecu165922.pdf>

impuestas al capitán u otros oficiales por infracciones de este Código, con preferencia a todos los demás créditos”. Seguidamente, el artículo 372 de la mencionada norma ecuatoriana prevé que “Todo buque, nacional o extranjero, del tráfico marítimo internacional que entre a los puertos de la República, debe tener un agente o representante para los efectos del artículo anterior.

En la actualidad, ningún empresario marítimo que explote su buque de manera eficiente, puede darse el lujo de no contar con un agente del buque, en el puerto en el que éste se encuentre. Este colaborador, que se ha venido desarrollando a través del tiempo se ha convertido en uno de las más importantes para el naviero.

Recientemente, en España se aprobó el Real Decreto 131/2019 del 8 de marzo, por el que se desarrolla la obligación de consignación de buques¹⁸, el mismo que entrará en vigencia a partir del primero de julio del año 2019. El Ministerio de Fomento español, entidad que promovió dicho Proyecto, busca actualizar, con esta ley, la normativa relativa a la consignación de buque. La Institución ha manifestado que el objetivo principal del reglamento previsto es dotar al derecho marítimo de seguridad jurídica y transparencia en lo que al funcionamiento de los consignatarios se refiere.

Este Decreto establece la obligación de consignación para los buques nacionales, cuando hagan escala en un puerto español¹⁹. Además, prevé la creación de un registro de agentes consignatarios de carácter público y administrativa.²⁰

¹⁸ V. Texto completo en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/23/pdfs/BOE-A-2019-4248.pdf>

¹⁹ Real Decreto 131/2019 del 8 de marzo. “Artículo 3. *Obligación de consignación para los buques nacionales. Los buques abanderados en España, cuando hagan escala en un puerto español en el que el armador o naviero no disponga de consignatario dentro de su propia organización para atender sus gestiones frente a la Administración Marítima y la Autoridad Portuaria correspondiente, así como frente al resto de Administraciones Públicas que ejerzan sus funciones y controles en los puertos, deberán contar con un consignatario que cumpla con los requisitos previstos en este real decreto.*”

²⁰ **Real Decreto 131/2019.** Artículo 8. Registro de Consignatarios.

“1. *Se crea el Registro de Consignatarios, que tiene por finalidad facilitar el acceso de los armadores y navieros a sus servicios y el control del cumplimiento de los requisitos que les sean exigidos por las normas.*
2. *El Registro de Consignatarios tiene carácter público administrativo, y se constituirá como una base de datos informatizada accesible a través del sitio web del Ministerio de Fomento.*

3. *La gestión del Registro de Consignatarios corresponderá al Ministerio de Fomento y el Director General de la Marina Mercante ostentará la condición de responsable del Registro de acuerdo con la normativa de protección de datos de carácter personal.*

4. *Los consignatarios podrán instar su inscripción en el Registro de Consignatarios, a través del formulario existente en el sitio web del Ministerio de Fomento, haciendo constar su denominación, domicilio o sede social, contacto telefónico y dirección electrónica y los puertos en los que estén autorizados para desarrollar su actividad. Los demás datos que se puedan recabar en el formulario de inscripción no serán objeto de publicidad. En su caso, habrán de remitir los documentos que se puedan indicar en el sitio web del Ministerio de Fomento.*

La inscripción se llevará a cabo por la Subdirección General de Seguridad, Contaminación e Inspección Marítima de la Dirección General de la Marina Mercante, en el plazo de dos meses desde que se solicita

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Es decir, dicho Decreto extiende la obligación de la consignación a todos los buques españoles, misma obligación que antes solo se les exigía a las embarcaciones de bandera extranjera. Exceptuándose aquellos caso en los que el empresario naviero cuente con un consignatario dentro de su propia estructura empresarial.

En cuanto al Registro de Consignatarios, tal como lo establece el artículo 8 del Real Decreto, tendrá carácter público administrativo y funcionará como una base de datos accesible a través de una página web que estará a cargo del Ministerio de Fomento. El Estado español, ha considerado necesario facilitar a los armadores y navieros el acceso a información de consignatarios. Además, el Estado busca a través de este medio, controlar el cumplimiento de las obligaciones y tareas encomendadas a los consignatarios. Esta medida, que puede parecer un poco intervencionista, ya que el Estado estaría controlando relaciones contractuales entre privados, puede ser fundamental al momento de determinar ciertas responsabilidades.

Régimen del contrato de consignación de buques.

Naturaleza jurídica.

En España, la doctrina sigue la idea mercantilista que enmarca la consignación de buques en al ámbito de los contratos de gestión de intereses ajenos que crean una relación de representación entre el consignatario y su representado, el armador o naviero.

por el interesado, al que se concederá, cuando proceda, un plazo de diez días para que subsane la falta de la información o documentos necesarios. Una vez llevada a cabo la inscripción, se comunicará a la dirección electrónica del interesado en el plazo máximo de 10 días.

En caso de denegación de la inscripción se podrá interponer recurso de alzada ante el Director General de la Marina Mercante en la forma prevista en la legislación de procedimiento administrativo común.

La Dirección General de la Marina Mercante podrá suscribir convenios con el Organismo Público Puertos del Estado, con entidades autonómicas de gestión de los puertos de su titularidad, así como con las asociaciones de consignatarios para facilitar la inscripción de los consignatarios y el intercambio de información.

5. El encargado del Registro de Consignatarios comunicará a las entidades gestoras de los puertos la inscripción de consignatarios que declaren contar con autorizaciones para el desarrollo de su función en el puerto de que se trate. Cuando se trate puertos de interés general integrados en el sistema portuario de titularidad estatal esta comunicación se hará a través del Organismo Público Puertos del Estado.

Asimismo, las Autoridades Portuarias a través del Organismo Público Puertos del Estado y las restantes entidades gestoras de los puertos comunicarán al Registro de Consignatarios la pérdida de vigencia de las autorizaciones que hubieran otorgado a los consignatarios.

6. Los consignatarios inscritos deberán mantener actualizada esta información en todo momento.

7. Serán causas de baja en el Registro de Consignatarios la pérdida de la totalidad de las autorizaciones otorgadas por las Autoridades Portuarias para llevar a cabo su función, así como su cese de actividad o la inhabilitación acordada por autoridad competente.”

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

La representación origina siempre una relación triangular, en el sentido que intervienen tres sujetos cuyos intereses pueden verse afectados por el desarrollo de la actividad representativa, a saber:

- El representado, que es la persona cuyo interés gestiona el representante y en quien han de recaer definitivamente los efectos de la gestión representativa;
- El representante o gestor, que es la persona que actúa ante terceros en interés del representado; y,
- El tercero con el que se realiza la gestión representativa.

Ahora bien, aunque son tres los sujetos que intervienen, la actividad representativa del gestor de negocios ajenos desemboca solamente en dos relaciones contractuales:

- De una parte, la que existe entre el representante y el representado; y,
- De otra, la que se origina entre el representado o el representante (según se trate de representación directa o indirecta) y el tercero.

Esta estructura es la misma que se da en el contrato de consignación de buques. Para mostrar con claridad las conclusiones que se pueden extraer del análisis de la responsabilidad del consignatario desde la perspectiva de la relación de representación, voy a partir del concepto de agente naviero que nos da la ley de actividad marítima.

Si trasladamos a este concepto la estructura de la representación:

- El representado es el armador o naviero;
- El representante o gestor de los intereses del principal es el agente naviero o consignatario, y el tercero;
- Es la contraparte del consignatario en las gestiones materiales de carácter administrativas y comerciales necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto.

Y así mismo, son dos los contratos que se celebran entre estos tres sujetos:

- El que obliga al armador o naviero con el agente naviero (contrato de consignación; y,
- El que vincula u obliga al naviero o agente con el tercero que realiza las operaciones de consignación (negocio de realización de la consignación)

En el caso de que el agente naviero contrate a nombre propio estaríamos frente a una comisión mercantil. Si actúa a nombre de un tercero estamos frente a un mandato ya que estaría actuando a nombre y por cuenta del armador o naviero. Por esta razón las acciones que del tercero son contra el armador o naviero que es el que queda directamente vinculado con aquel.²¹

Sin embargo, lo que realmente interesa no es tanto contra quien puede ejercitarse sus acciones el tercero, sino si el destinatario de las mercancías puede reclamar o no al consignatario por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega. Y en este punto, lo relevante no es tanto la forma de actuación del consignatario, sino el contenido concreto de las facultades conferidas por el armador o naviero al consignatario.

Con esto se quiere decir que para determinar la responsabilidad del consignatario frente a los destinatarios de la carga no habría que atender a si se está ante un supuesto de comisión o mandato, sino a si el agente naviero asume contractualmente alguna función en relación con la carga. Lo cual dependerá del contenido de su contrato; es decir, de la extensión del negocio de realización de la consignación.

Por ello, si estamos hablando de responsabilidad contractual, lo que debe determinar el ámbito de la responsabilidad del agente naviero por daños o pérdidas de las mercancías o retraso en la entrega es si el consignatario ha asumido o no alguna obligación frente a los destinatarios con respecto a la carga o al tiempo de su entrega.

En efecto, el hecho mismo de que el consignatario haga evidente en su denominación o razón social, en su documentación y en sus signos distintivos que es un empresario independiente que se dedica profesionalmente a la actividad de agenciamiento, es un dato externo que advierte a los terceros que contratan con el de que es un representante que gestiona intereses de otro en el ámbito de la consignación.

En principio, pues, el consignatario que actúa en el tráfico económico como tal, es un sujeto que está exteriorizando que, mientras no resulte que ha asumido expresamente otras funciones relacionadas con la carga, su responsabilidad queda contraída a las funciones propias de la consignación. En el ámbito de la navegación marítima, es conocido que quien se presenta a través de su nombre y signos distintivos como agente

²¹ LASTRES OTERO, José Manuel. *Estudios de Derecho Marítimo*. Editorial Thomson Reuters Arazandi, Navarra, Primera Edición. 2012. Pp. 560-563.

naviero asume en representación del armador o naviero unas funciones típicas que integran el contenido de su actividad empresarial. Y es sabido también que, por lo general, entre sus funciones no figuran las relacionadas con las mercancías. Por lo tanto, si el consignatario no se anuncia solamente como tal, la apariencia derivada del contenido típico de su actividad habla a favor de limitar su responsabilidad ante los terceros al ámbito de esa concreta actividad.

Lo que antecede no obsta a que haya hipótesis en las que el consignatario asuma otras obligaciones, incluso algunas relacionadas con la carga. En tales casos, lo exigible es que se haga visible en su modo de presentarse en el tráfico ante los terceros esa extensión de su actividad. En tal caso, lo procedente es que se extienda también su responsabilidad a ese suplementario. Y lo mismo sucederá cuando no haga pública y aparente tal extensión de su actividad, aunque en ese caso la responsabilidad podría exigírsele bien demostrando que ha asumido contractualmente actividades relacionadas con las mercancías o bien a través de la vía del acto desleal de engaño.

Contrato de comisión.

Como mencione previamente, la LNM en artículo 320 hace la distinción del régimen aplicable en función a su repetición constante o no. Siendo aplicable el contrato de comisión mercantil cuando se trate de una consignación ocasional y el contrato de agencia cuando se trate de consignaciones continuadas y estables.

De la lectura de este artículo podemos darnos cuenta que la Ley se refiere a un auxiliar independiente. Si bien la gran variedad de funciones que puede desempeñar el consignatario puede ser realizada cooperando con el empresario marítimo conforme a una diversidad de vínculos, como por ejemplo, podría ser un colaborador dependiente, es decir, un trabajador que forma parte de su personal con relación de dependencia. O bien podría ser un auxiliar independiente, que sea un empresario separado, comerciante individual o con forma social, que actúa en nombre y por cuenta de otros armadores o navieros. Este último es al que se refiere la LNM.

Pues, el consignatario independiente, jurídicamente, puede ser considerado comisionista o un agente. Cuando sea un comisionista le serán aplicables los artículos 244 y 280 del Ccom. de España, que son referentes al contrato de comisión. De lo que menciona el Código sobre este tipo de contrato, se destaca lo siguiente:

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Cuando el mandato tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista, se reputará comisión mercantil.

Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.

Si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo; y, si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente. En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que contrataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató, mientras no pruebe la comisión, si el comitente la negare, sin perjuicio de la obligación y acciones respectivas entre el comitente y el comisionista.

Se entenderá aceptada la comisión siempre que el comisionista ejecute alguna gestión, en el desempeño del encargo que le hizo el comitente, que no se limite a la determinada en el párrafo segundo del artículo anterior.

Entre las obligaciones que ha de observar el comisionista en la ejecución del encargo, sobresalen las siguientes:

- Deberá realizar el encargo desde el momento en que lo aceptó y únicamente podrá negarse cuando exista alguna causa legal que se lo permita.
- También podrá negarse al encargo cuando se le haya requerido o exigido provisión de fondos. Asimismo podrá el comisionista suspender las diligencias propias de su encargo, cuando, habiendo invertido las sumas recibidas, el comitente rehusare la remisión de nuevos fondos que aquél le pidiere.
- En todos los casos, si decide rehusar el encargo, deberá comunicarlo al comitente con inmediatez.
- El comisionista debe desempeñar por sí los encargos que reciba, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano

autorizado para hacer la delegación; pero podrá, bajo su responsabilidad, emplear sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que, según la costumbre general del comercio, se confían a éstos. Esto significa, que solo con autorización podría puede nombrar sub-comisionistas, o contratar estibadores, operadores de carga o cualquier otro tipo de auxiliar necesario para atender las gestiones del buque en puerto.

- El comisionista debe consultarle al comitente todo lo que no sea previsto. Siempre deberá actuar con prudencia y conforme a los usos del comercio. No obstante, en el caso de que un accidente no previsto hiciere, a juicio del comisionista, arriesgada o perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicando al comitente, por el medio más rápido posible, las causas que hayan motivado su conducta.
- El comisionista está obligado a seguir las instrucciones del comitente y si así lo hace quedará exento de toda responsabilidad con él, debiendo responder frente a él por los incumplimientos dolosos o culposos.
- El comisionista debe respetar su actuación según lo dispuesto en la ley reglamentos.
- Tiene prohibido la venta al fiado o a plazos sin autorización del comitente.
- No responde del buen fin de la operación, salvo pacto en contrario.
- Debe rendir cuentas de su gestión.
- No podrá comprar para sí ni para otro lo que se le haya mandado vender, ni venderá lo que se le haya encargado comprar, sin licencia del comitente. Tampoco podrá alterar las marcas de los efectos que hubiere comprado o vendido por cuenta ajena.

Por otra parte, el comitente debe:

- Informar al comisionista sobre las actividades a realizarse y entregarle toda la documentación necesaria para que pueda desempeñar lo encomendado. Siempre deberá darle las oportunas instrucciones al inicio, o, tras una consulta posterior, en lo no previsto y descrito con anterioridad.
- Proveer de los fondos necesarios al comisionista. En caso de que el comisionista haya incurrido en gastos, relacionados al encargo, deberá reembolsarle el valor total de la suma.

- Pagarle al comisionista la retribución económica que hayan pactado, la cual deberá corresponder con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliera la comisión.

Contrato de agencia.

La LNM menciona que cuando las consignaciones sean continuas o estables, se aplicará el régimen jurídico del contrato de agencia. El régimen de este contrato se encuentra estipulado en la Ley de Contrato de Agencia española (LCA).

El artículo 1 de la LCA, estipula:

“Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

En el contrato de agencia una de las partes podrá exigir a la otra, en cualquier momento, la formalización por escrito del contrato de agencia. También es un contrato oneroso, bilateral y de tracto sucesivo (estable o duradero, pudiendo pactarse por tiempo determinado o indefinido). Esta última es la que lo diferencia de la comisión, ya que el ámbito temporal de su actuación es más amplio que el de la comisión.

La LCA denomina al agente como “empresario”, aunque actúe a nombre y representación del principal, quien también es un empresario. Esto, puede causar confusión ya que ambas partes son empresarios. Por lo tanto, cuando se trate del principal será denominado como “el empresario principal”.

El empresario que actúa como agente mantiene la independencia en el manejo de su empresa o negocio. Únicamente podrá negociar o cerrar contratos cuando el empresario principal le haya otorgado esta facultad. Así lo estipula el artículo 6 de la LCA al mencionar: *“El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad”.* Y como mencioné, previamente, cuando así lo haga no asume el riesgo y ventura de tales operaciones.

En el contrato puede pactarse la exclusividad unilateral o bilateral, de manera que un agente solo pueda representar a un empresario principal o, un principal no pueda servirse de otros agentes, o que ambos sean entre sí únicos agente y principal. Tales acuerdos suelen relacionarse a un determinado territorio, a una actividad específica o a un plazo. Así lo establece el artículo 320 de la LMN al mencionar: “*Cuando se trate de consignaciones continuadas o estables, se aplicará el régimen jurídico del contrato de agencia. En este último caso se podrá pactar la exclusividad en la consignación*”.

Sobre la exclusividad el artículo 7 de la LCA, expresa “*Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.*”

Esto, se encuentra reflejado en la póliza estándar de FONASBA, *Standard Liner and General Agency Agreement* revisado y adoptado en el 2001, (SLGAA de 2001), en la cual se prevé la exclusividad bilateral. La cláusula 1.04 reza: “*El agente general se compromete a no aceptar la representación de otras compañías navieras (...) en competencia directa con cualquiera de las actividades de transporte de los armadores sin previa autorización escrita, la cual no será denegada irrazonablemente.*”²² En el mismo sentido, la cláusula 1.05 manifiesta: “*El armador no se compromete a no designar ninguna otra contraparte en el territorio del agente para los servicios definidos en este Convenio.*”²³

La LCA en su artículo 7, que cité previamente, considera la prohibición de competencia como connatural al contrato, salvo que exista consentimiento expreso del principal. Sobre esto, los artículos 20 y 21 de la LCA mencionan:

Artículo 20: *Limitaciones contractuales de la competencia*

²² El texto original de la cláusula: “*The Agent undertakes not to accept the representation of other shipping companies nor to engage in NVOCC or such freight forwarding activities in the Territory, which are in direct competition to any of the Principal’s transportation activities, without prior written consent, which shall not unreasonably be withheld.*”

²³ El texto original: “*The Principal undertakes not to appoint any other party in the Agent’s Territory for the services defined in this Agreement.*”

1. *Entre las estipulaciones del contrato de agencia, las partes podrán incluir una restricción o limitación de las actividades profesionales a desarrollar por el agente una vez extinguido dicho contrato.*
2. *El pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a dos años a contar desde la extinción del contrato de agencia. Si el contrato de agencia se hubiere pactado por un tiempo menor, el pacto de limitación de la competencia no podrá tener una duración superior a un año.*

Artículo 21: Requisitos de validez del pacto de limitación de la competencia:

El pacto de limitación de la competencia, que deberá formalizarse por escrito para su validez, sólo podrá extenderse a la zona geográfica o a ésta y al grupo de personas confiados al agente y sólo podrá afectar a la clase de bienes o de servicios objeto de los actos u operaciones promovidos o concluidos por el agente.

Ahora bien, respecto de las obligaciones de las partes, éstas están establecidas en el artículo 9 de la LCA y 250 y 252 del Ccom. de España. Dentro de las obligaciones principales del agente, se encuentran:

- Ocuparse con la diligencia de un ordenado comerciante de la promoción y, en su caso, de la conclusión de los actos u operaciones que se le hubieren encomendado.
- El agente tiene las mismas obligaciones del comisionista, que se encuentran establecidas en el Código de Comercio, en sus artículos 250 y siguientes, que mencionan que deberá cumplir el encargo desde el momento en que lo acepto y solo podrá negarse en los casos de causa legal, que ya fueron mencionados previamente (artículo 252 Cód. Com.)
- Comunicar al empresario toda la información que disponga, cuando sea necesaria para la buena gestión de los actos u operaciones cuya promoción y, en su caso, se le hubiere encomendado, así como, en particular la relativa a la solvencia de los terceros con los que existan operaciones pendientes de conclusión o ejecución.
- Desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario, siempre que no afecten a su independencia.
- Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los

servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.

- Llevar una contabilidad independiente de los actos u operaciones relativos a cada empresario por cuya cuenta actúe.

En cuanto a las obligaciones del empresario principal, éstas están descritas en el artículo 10 de la LCA y son las siguientes:

- En sus relaciones con el agente, el empresario deberá actuar lealmente y de buena fe.
- Poner a disposición del agente, con antelación suficiente y en cantidad apropiada, los muestrarios catálogos, tarifas y demás documentos necesarios para el ejercicio de su actividad profesional.
- Procurar al agente todas las informaciones necesarias para la ejecución del contrato de agencia y, en particular advertirle desde que tenga noticia de ello, cuando prevea que el volumen de los actos u operaciones va a ser sensiblemente inferior al que el agente hubiera podido esperar.
- Satisfacer la remuneración pactada.
- Dentro del plazo de quince días, el empresario deberá comunicar al agente la aceptación o el rechazo de la operación comunicada. Asimismo deberá comunicar al agente, dentro del plazo más breve posible, habida cuenta de la naturaleza de la operación, la ejecución, ejecución parcial o falta de ejecución de ésta.

Sobre la remuneración del agente, es importante destacar que consiste en una cantidad fija o en una comisión o en una combinación de ambos. Cuando no se haya pactado, la retribución será fijada de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad.

Se debe destacar que la disposición adicional de la LCA, menciona que la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al Juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

Contrato de mandato.

En Ecuador, al contrato de agencia naviera se lo asimila al contrato de mandato. El Código Civil ecuatoriano, define a este contrato de la siguiente forma:

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

“Mandato es un contrato en el que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.”²⁴

En este sentido, esta tipología contractual conlleva como acción central el encargo de un negocio jurídico determinado, el cual puede ser de cualquier índole: comercial, civil, familiar, judicial, etc.²⁵

El Doctor Juan Larrea Holguín, jurista ecuatoriano, aclara que el mandato radica en que lo encargado tenga un carácter jurídico, mas no una mera obra material o intelectual sin directa categoría jurídica.²⁶ La persona que realiza el encargo se denomina mandatario, y quien lo encarga, mandante. Este tipo de contrato es uno basado en la confianza, en la cual se inspira el mandatario para desempeñar con el mejor éxito los negocios encomendados.²⁷ Por esa razón, y por las características particulares de este contrato que describiré a continuación, es utilizado para regular la relación jurídica entre el agente naviero y su principal.

En primer lugar, es un contrato consensual ya que se perfecciona con el solo consentimiento, siendo solemne por excepción. Es un contrato típico y nominado, ya que está recogido en el Código Civil, con un nombre y régimen determinado. El contrato es bilateral, ya que el mandatario tiene la obligación de cumplir con lo mandado, y el mandante debe pagar el precio convenido en caso de ser oneroso. Sobre esto último, si nada se dice, el contrato de mandato es remunerado, siendo que puede ser gratuito si así lo convienen las partes. Finalmente, es un contrato de medio, porque la gestión del mandato no implica necesariamente la garantía de ejecución del negocio encargado.²⁸

Respecto del carácter consensual del mandato, hay que recordar que la excepcionalidad de solemnidad se aplica cuando por convención de las partes se establece la necesidad de la solemnidad para surtir efectos, la cual puede ser un instrumento público o privado.

²⁴ Artículo 2020 del Código Civil ecuatoriano.

²⁵ VARGAS HINOSTROZA, Luis. *El Contrato de Mandato*. Ecuador, 2013. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/contrato-de-mandato>

²⁶ LARREA HOLGUIN, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Volumen II. Quito, 2002.

²⁷ VILLALBA VERA, Wladimiro., en VARGAS, Luis. (2013). *El Contrato de Mandato*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/contrato-de-mandato>.

²⁸ Villalba, VERA, Wladimiro (2012). Notas de clase del curso de Contratos, impartido en el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

La solemnidad también puede ser establecida por la Ley. El artículo 2027 del Código Civil ecuatoriano recoge este precepto, al determinar que el encargo puede hacerse por escritura pública o privada, y verbalmente. Inclusive, existe la posibilidad de un mandato otorgado de forma tácita.

El contrato entre el agente naviero y su principal podría ser por documento privado, la ley no exige que sea por documento público. Si no consta por escrito, bastaría demostrar que existe, por las actuaciones que ha realizado el agente naviero en favor de su principal. Particularmente en el mandato mercantil, el tratadista Planiol, citado por la Ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, señala que la prueba de un mandato mercantil puede hacerse sin duda alguna sin escrito.²⁹ Es decir, no es necesario tener suscrito un contrato formal, en la actualidad con un correo electrónico o vía telefónica bastaría para presumir que existe relación jurídica entre el mandante y el mandatario. Cuando existen presunciones graves, precisas y concordantes que llevan a la convicción del encargo de un negocio, estamos frente a un mandato.³⁰

Sobre el carácter de representación, es común pensar que no existe mandato si no existe representación legal entre el mandante y el mandatario. Por otro lado, se piensa que la representación legal no es un elemento correspondiente a la esencia del contrato, pues existe el mandato aunque no haya representación. El mandato admite la posibilidad jurídica de que el mandatario actúe por cuenta del mandante pero en nombre propio.³¹

Sobre esto, el Código Civil ecuatoriano en el mismo artículo 2020 determina que el contrato es “*por cuenta y riesgo del mandante*”, lo cual no significa necesariamente representación, sino recuerda la obligación de remuneración que tiene el mandante, y el riesgo que le conlleva el éxito o fracaso de la gestión. Además, el artículo 2055 determina que el mandatario puede contratar a su propio nombre o al del mandante, recordando que la representación no es carácter necesario del contrato de mandato.

Ahora bien, en cuanto a la administración, se debe tener en cuenta que la ejecución del encargo objeto del mandato se debe apegar a lo que determina el contrato de mandato

²⁹ PLANIOL Marcel, en Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial del año LXXVII. Serie XII. No. 10.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10.

³¹ BARRERA GRAF, Jorge. *La Representación voluntaria en el derecho privado*. Editorial UNAM Instituto de Derecho Comparado. Primera Edición. México, 1967.

otorgado. El artículo 2035 del Código Civil ecuatoriano determina que el mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato. Seguidamente, el artículo 2038 amplía la norma al establecer que la recta ejecución del mandato comprende no solamente la sustancia del negocio encomendado, sino los medios por los cuales el mandante ha querido que se lleve a cabo. Esto es la muestra del apego que debe tener el mandatario a lo otorgado por el mandante, incluyendo no solo la sustancia, sino también los medios necesarios. A pesar de esto, el mismo artículo reconoce que se podrán usar medios equivalentes en caso de necesidad.

El mandante tiene obligaciones en esta relación bilateral, siendo el pago del precio la más importante cuando el contrato es oneroso. Además, el mandante ha de poner los medios adecuados para conseguir el fin, siendo que es su obligación proveer al mandatario de estos medios.³²

El Código prevé otras reglas especiales sobre la administración del mandato; por ejemplo, el mandatario no debe realizar el mandato si su ejecución perjudica al mandante, el mandatario puede actuar con una mayor flexibilidad cuando se encuentra en situación de no poder consultar al mandante; y, en caso encontrarse imposibilitado de actuar conforme las instrucciones recibidas, el mandatario no está obligado a constituirse como agente oficioso, lo que significa que no está obligado a realizar acciones que no se encuentren en el encargo. En este caso, el mandatario deberá probar la fuerza mayor o caso fortuito que haya dado lugar a la imposibilidad de acción.

Sobre las prohibiciones, el artículo 2031 determina que si se constituyen dos o más mandatarios, estos no pueden obrar separadamente si han sido prohibidos para tal por el mandante. En esta circunstancia, lo que hicieran de forma separada será considerado nulo. Junto con esto, existe una prohibición particular referente al auto contrato. El artículo 2048 determina que el mandatario no puede comprar las cosas que se le haya ordenado vender, ni vender al mandante lo que se le haya ordenado comprar. Haciendo una analogía con la relación del agente naviero, se podría entender que el agente no puede prestar el mismo un servicio que se le ha pedido contratar. Lo cual en la práctica, considero que si podría suceder. Por ejemplo un agente naviero también puede realizar

³² LARREA HOLGUÍN, Juan. *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*. Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, primera reimpresión, Ecuador, 2012.

gestiones de manipulación de mercancía, como operador portuario, podría dar servicios de practicaje, etc. Por lo que sí podría prestarle dicho servicio a su principal, cuando este le ha ordenado contratarlo. Podemos decir, que en el caso del agente naviero, no surte efecto bajo la autorización expresa del mandante.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano permite que el mandatario delegue todo o parte del poder entregado a un tercero. Esta posibilidad abarca 4 hipótesis. En primer lugar, se encuentra el escenario en el que el mandante no le ha prohibido ni impedido al mandatario delegar el poder al tercero. En este caso, el mandatario puede delegar el encargo, con la condición de que responde por los hechos del delegado mientras no haya sido autorizado expresamente a la delegación por el mandante. Además, a tenor del artículo 2040 del Código civil ecuatoriano, la delegación no autorizada o ratificada de forma expresa o tácita por el mandante no da derecho a terceros en contra del mandante, por actos del delegado. La siguiente posibilidad se refiere al mandante que ha permitido delegar de una forma general. Ante este escenario, el artículo 2039 determina que la responsabilidad del mandatario en este caso será únicamente al delegar a un incapaz o insolvente, caso contrario, el mandatario no responde. De forma opuesta, el artículo 2041 recoge la hipótesis en la que la delegación a determinada persona ha sido expresada por el mandante. En este caso, debe entenderse como un nuevo mandatario del mandante original. Finalmente, está el escenario en el que el mandante prohíbe delegar, pero igual el mandatario delega. En este caso, los actos del delegado no son actos del mandante, pero existe una relación de mandato entre el mandatario y el delegado.

En cuanto a la terminación del mandato este puede ser por varias razones conforme estipula el artículo 2067 del Código Civil ecuatoriano. La primera causal es el desempeño del negocio para el que fue constituido; esto es, el cumplimiento del encargo objeto del mandato. También podría terminar por expiración del término, o por el cumplimiento de la condición prefijada para la terminación del mandato. En este caso, nos referimos al régimen de plazo o condición que afecta la vigencia del contrato. La siguiente forma de terminar el contrato es por revocación, lo cual es una facultad que, salvo expresado de otro modo, tiene el mandante. En este caso, se debe dar aviso al mandatario. Este último también puede dar terminado el contrato mediante una renuncia, que debe ser informada al mandante con un tiempo para que el mandante haga cargo a otra persona. La muerte del mandante o del mandatario también da lugar a la terminación. Los herederos no

pueden recibir la calidad de mandatario, aunque deben dar aviso al mandante de la muerte del mandatario.

Finalmente, el mandato también termina por la quiebra o insolvencia de cualquiera de las dos partes, así como por su interdicción; y, por cesación de las funciones del mandante, si el mandato ha sido dado en ejercicio de ellas. Sobre esto último, nuestra Ex Corte Suprema de Justicia ha recogido este criterio en el caso de expiración de un mandato conferido durante la representación de una institución pública, y a efectos de esta. En este caso, la Corte señaló que cesa la procuración, cuando cesan las funciones del emisor.³³ Así, se constata el carácter personal y específico que caracteriza a esta tipología contractual.

Formularios FONASBA.

La Federación de Asociaciones Nacionales de Brokers Marítimos y Consignatarios, conocida como FONASBA por su nombre en inglés: *Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents*, es una organización fundada en 1969 que busca promover prácticas justas y equitativas para garantizar que los intereses de sus miembros estén protegidos.

FONASBA tiene status consultivo en la Organización Marítima Internacional (OMI), la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y la Organización Mundial de Aduanas (OMA). También trabajan en estrecha colaboración con los organismos propietarios de buques BIMCO, Intercargo e Intertanko.³⁴

Esta organización ha creado contratos especiales tipo formularios que buscan regular el vínculo jurídico entre los operadores marítimos, ya sean agentes o brókeres. Uno de estos contratos son los *Standard Liner & General Agency Agreements* de 2001³⁵ (SLGAA de 2001), el cual fue elaborado para servicios de consignación local o en varios puertos (*Standard Liner Agency Agreement*), así como también para acuerdos de ámbito nacional

³³ Sala de lo Social y Laboral, Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3.

³⁴ Obtenido de: <https://www.fonasba.com/>. Página web oficial de la *Federation of National Associations of Ship Brokers and Agents* FONASBA. Fecha de ingreso: 15 de diciembre de 2018 a las 12h43.

³⁵ V. póliza. Disponible en: <http://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2012/02/SLGAA-2001-FINAL.pdf>

o más general con previsión para nombrar subagentes, siempre y cuando exista la autorización del principal (*General Agency Agreement*).

Otro contrato elaborado por FONASBA es el *Sub-Agency Agreement de 1998*³⁶ (denominado SAA de 1998), el cual fue aprobado por la BIMCO y se apoya en el contrato firmado por el agente por el empresario marítimo y el agente general. Además, en la cláusula 3.01 se establecen las tareas del agente general, las que deberán ser las descritas en el anexo. (Establecido en la póliza estándar de 1993).

FONASBA también elaboró las *Standard Port Agency Conditions* de 2007³⁷ (conocidas como SPAC de 2007) a los que se unieron en enero de 2017 el FONASBA BIMCO *Agency Appointment Agreement*³⁸ (AAA de 2017) y las que se propusieron en el Anteproyecto de Ley sobre la Regulación del Agente Consignatario de Buques de 1991 y 1993 y en el Proyecto de la UNCTAD sobre Normas Mínimas para Agentes Consignatarios de Buques de marzo de 1988 (*UNCTAD Minimum Standards For Shipping Agents*). Las AAA de 2017, son un nuevo formulario diseñado para nombrar un consignatario de buque pero exclusivamente para una única operación portuaria o para una relativamente corta serie de operaciones en un limitado grupo de puertos. El uso de esta póliza está pensado para todo tipo de transportes incluidos los de gráneles sólidos o líquidos, líneas regulares y servicios de cabotaje.

En España, gracias a la LNM, la cual, se podría decir que ha regulado de forma acertada el transporte marítimo en España, ya que ha adaptado la normativa interna a la realidad marítima internacional, ha conllevado a una modernización jurídica del sector marítimo, lo cual garantiza a los empresarios internacionales seguridad jurídica, ya que tienen normativas parecidas. Además, los contratos elaborados por FONASBA también han cooperado a disciplinar de mejor forma esta figura y la de los demás operadores.

³⁶V. póliza. Disponible en: <http://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2012/02/sub-agency-agreement.pdf>

³⁷ V. póliza. Disponible en: <http://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2012/02/STANDARD-PORT-AGENCY-CONDITIONS-2007-v.2.pdf>

³⁸ V. la póliza. Disponible en: <http://www.fonasba.com/wp-content/uploads/2017/01/Explanatory-Notes-Agency-Appointment-Agreement.pdf>

CAPITULO II.

Responsabilidad del agente naviero o consignatario

Antecedentes.

El antiguo Ccom. de España no regulo de forma adecuada la relación jurídica entre el agente y su principal. Tampoco regulo adecuadamente la responsabilidad de éste auxiliar del empresario marítimo, ya que en reiteradas ocasiones, su texto fue objeto de fuertes críticas y controversia, pues basándose en dicha Normativa, el Tribunal Supremo resolvió mediante sentencia, asimilar la responsabilidad del consignatario con la del naviero, por los actos del capitán y por las obligaciones asumidas por él para reparar, habilitar y avituallar el buque.

El Tribunal fundamento su decisión, erróneamente, en el derogado artículo 586 del Código de Comercio, cuando en su segundo párrafo, en un intento de dar una definición de naviero, como empresario responsable de la empresa comercial marítima, identifica a éste con «*la persona encargada de avituallar o representar al buque en el puerto en que se halle*». Ese artículo, más la definición del artículo de la Ley de Transporte Marítimo de Mercancías en régimen de conocimiento de embarque, de 22 de diciembre de 1949, que estipulaba una definición igual a la del mencionado 586, basada en funciones que puede realizar o no el naviero, son los antecedentes de la mala decisión del Tribunal Supremo³⁹ del 26 de noviembre del 2007.

Dicha sentencia afirma que *«Es incuestionable el cambio producido en el Derecho de la navegación respecto a la regulación del C.Com. Se destaca el avance tecnológico, la tendencia a la unificación internacional de su regulación, la mayor rapidez del transporte, la nueva configuración de las profesiones que intervienen en él, especialmente en el ámbito de la gestión. El elemento sociológico de interpretación (art. 3.1 C.C.) es el que ha determinado que determinadas sentencias de esta Sala ya citadas se hayan inclinado por la interpretación favorable a entender que el consignatario no asume la responsabilidad del porteador por el mero hecho de ser su representante.*

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) No. 7783 de 26 de noviembre de 2007. Madrid, España.

Frente a la necesidad de una regulación dinámica de las profesiones a las que competen tareas de gestión mercantil, el Pleno de la Sala considera, en resolución, que no existen razones suficientes para dejar sin efecto los mecanismos de tutela de los derechos de los titulares de las mercancías que resulten dañadas durante el transporte centrados en la responsabilidad del consignatario -de origen, en gran parte, jurisprudencial y que se apoya en una doctrina que es objeto de críticas en sede científica, pero que aparece implantada en la práctica del comercio marítimo- en tanto, por vía legislativa, no se introduzca un nuevo régimen jurídico que pondere normativamente los distintos intereses en juego».

La conclusión de la Sala dice: *«A efectos de unificación jurisprudencial, se fija como doctrina que la responsabilidad atribuida al representante del porteador que actúa en nombre de éste, según resulta de los arts. 586 C.Com y 3 LTM, es aplicable al consignatario, en cuanto representante de aquél, en relación con la mercancía transportada. Es una responsabilidad legal y directa que legitima al titular de la mercancía dañada, con independencia de la relación interna entre representante y representado, y de su carácter ocasional o permanente».*

No niega, la Sentencia, la condición de representante del naviero al consignatario, si no que viene a extender a éste la responsabilidad de aquél en base a la necesidad de proteger, también, los intereses de los cargadores. El problema puede venir de esa consideración de la responsabilidad del consignatario como legal y directa la aplicación que se haga de la misma.

La mencionada sentencia es incorrecta porque parte de una premisa incorrecta. Paso a detallar lo que menciona la jurista Hill⁴⁰:

El art. 586, en su segunda párrafo, establece:

- *«se entiende por naviero la persona encargada de avituallar o representar el buque en el puerto en que se halle»;*
- El consignatario representa el buque en el puerto en que se halle;
- Luego, el consignatario es naviero.

⁴⁰ HILL PRADOS, María Concepción. *Regreso al pasado. La empresa consignataria de buques y el «eterno problema» de su responsabilidad.* Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración NO. 82. España, 2009. Pp. 107 – 122.

Esta interpretación del Tribunal, que equiparaba al consignatario con el naviero, llevo a cargar sobre empresarios independientes que actuaban por cuenta y en nombre ajeno (consignatarios) con las consecuencias de los actos del naviero. Lo cual, como mencioné anteriormente, es un criterio incorrecto y desafortunado, por ser contrario a la realidad social y comercial.

Además, es contrario a la apariencia generada frente a terceros por los consignatarios que, comúnmente, ni siquiera reportaba beneficios a los empresarios nacionales pues, frente a lo que pudiera darse, mayoritariamente en otras épocas, en la actualidad no pocas veces el pleito seguido en España involucraba a un porteador y un destinatario de la carga extranjeros y a un consignatario que casi siempre era español. Colaborador patrio del empresario marítimo al que se situaba en una posición desfavorable respecto a sus competidores nacionales de otros Estados, pues al ser sometido a un régimen más riguroso de responsabilidad debía afrontar gastos extras (como la contratación de seguro de responsabilidad civil por riesgos adicionales) y veía complicadas sus relaciones con los navieros.⁴¹

Responsabilidad civil.

Tanto las legislación española y ecuatoriana, reconocen al Derecho Civil como norma supletoria al Derecho Comercial y Marítimo. Como sabemos, el Derecho Marítimo es un derecho particular y específico aplicable a las relaciones jurídicas nacidas con ocasión de la navegación marítima. Por su parte, el Derecho Civil es Derecho común aplicable a todos, por ende funciona como supletorio en determinadas circunstancias.

Ahora bien, el instituto de la responsabilidad civil se ha venido desarrollando a lo largo de la historia. En términos generales, se sabe que somos responsables por nuestros actos, lo que significa asumir por una obligación secundaria de reparar o resarcir un daño que causamos a otra persona o cosa. La responsabilidad civil impone la obligación de reparar el daño que se ha ocasionado.

⁴¹ BAENA BAENA, *op. cit.*, pp. 370.

La doctrina, que guarda íntima relación con el tema, ha precisado que “*la responsabilidad civil, en cuanto deber de indemnizar, da lugar a una relación obligatoria. Podemos configurarla diciendo que en ella existe un derecho de crédito, del que es titular o acreedor el perjudicado, y un deber de prestación, del que es deudor el responsable o la persona a cuyo cargo es puesta legalmente la reparación*”.⁴²

Sobre la responsabilidad, el jurista Diez-Picazo hace la siguiente distinción, “la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la culpa. Es objetiva, por el contrario, la responsabilidad cuando se produce con independencia de toda culpa. La responsabilidad directa es la que se impone a la persona causante del daño, y es siempre una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce si se obliga el resarcimiento a una persona que no es agente productor del hecho u omisión dañoso, y es por hechos ajenos.”⁴³

Como mencioné en el primer capítulo de la presente tesina, el consignatario de buques es un auxiliar del empresario del armador o naviero. La relación jurídica que existe entre ambos dependerá de las funciones que se le hayan encargado. Tal como expliqué en líneas anteriores, el consignatario podría ser dependiente o independiente y su relación puede ser esporádica (línea irregular o tramp) o duradera y frecuente (línea regular).

Es importante tener presente que una de las diferencias más relevantes entre la responsabilidad contractual y extracontractual radica en que las obligaciones que nacen del contrato, normalmente no son solidarias sino mancomunadas (salvo disposición de la ley o de las partes), y las extracontractuales siguen la regla general de la solidaridad. Además, la existencia de responsabilidad contractual o extracontractual depende de la existencia o no de un vínculo jurídico entre sujeto agente del daño y víctima del mismo.

En uno y otro caso, el incumplimiento ocasiona el deber de indemnizar. En materia de responsabilidad extracontractual la afirmación anterior no genera duda alguna, pues la obligación de indemnizar nace en virtud del hecho generador del daño; antes de la ocurrencia de ese hecho no existe obligación alguna. La responsabilidad contractual

⁴² DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil*”, Volumen II, Octava edición, Editorial Tecnos, España, 2002. Pp. 544.

⁴³ *Ibid.*, p. 529.

podría generar alguna duda a este respecto, pues lo que se incumple es una obligación preexistente, por lo que la responsabilidad es un efecto de la obligación que se incumple.

Responsabilidad contractual.

Como ya mencioné, en el caso de que exista un vínculo jurídico previo cuyo incumplimiento genera el daño, estaremos frente a un caso de responsabilidad contractual; Caso contrario, nos hallaremos frente a uno de responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, el antes citado artículo 320 de la LNM que establece el régimen del contrato de consignación, menciona que se regulará como contrato de comisión mercantil cuando se trate de una consignación ocasional.

En el capítulo I del presente trabajo, detalle las obligaciones del comitente y del comisionista en un contrato de comisión mercantil. Si una de las partes incumple con una de dichas obligaciones deberá responder con el régimen de responsabilidad a los que están sujetos los consignatarios ocasionales, que es el previsto en el Ccom. de España, el mismo que establece:

1. El comisionista que, sin causa legal, no cumpla la comisión aceptada o empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente.
2. Celebrado un contrato por el comisionista con las formalidades de derecho, el comitente deberá aceptar todas las consecuencias de la comisión, salvo el derecho de repetir contra el comisionista por faltas u omisiones cometidas al cumplirla.
3. El comisionista que en el desempeño de su encargo se sujete a las instrucciones recibidas del comitente, quedará exento de toda responsabilidad para con él.
4. En lo no previsto y prescrito expresamente por el comitente, deberá el comisionista consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Mas si estuviere autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio.

Es decir, el comisionista está obligado a cumplir con lo que se le encomiende y en caso de que tenga que realizar alguna gestión que no le haya sido encomendada pero es necesaria para el giro y naturaleza del negocio, deberá actuar con prudencia y conforme al uso del comercio. Siempre deberá velar por los intereses del comitente y del negocio, como si fueran propios. En caso de que no sea prudente responderá por los daños causados.

En concordancia con lo que establece el artículo 322 de la LNM, sobre la responsabilidad por los daños en la mercancía, que profundizaré en los siguientes párrafos, es importante señalar que el consignatario responde frente al armador o naviero de los daños causados por culpa propia.

Responsabilidad por las mercancías.

Sobre la responsabilidad a la que el consignatario de buques puede estar sujeto en relación a las mercancías, debo citar el artículo 310.1 literal c) de la LNM, que manifiesta:

“En el caso de infracciones atribuidas a la manipulación de mercancías, con carácter solidario el personal que manipule las mismas y la empresa estibadora responsable de la ejecución de dichas operaciones, y subsidiariamente el consignatario de las mercancías.”

Es decir, el consignatario de las mercancías puede ser considerado responsable subsidiario de las infracciones que se deriven de la manipulación de las mercancías en el puerto. Siendo responsables solidarios la empresa que haya contratado al personal que manipula las mercaderías y la empresa estibadora que haya realizado o ejecutado las operaciones de estiba o desestiba.

Sobre la responsabilidad por daños a las mercancías, la LNM expresa:

“Artículo 322. El consignatario no será responsable ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega. Sin embargo, será responsable frente al armador o naviero de los daños causados por culpa propia. No obstante, el consignatario habrá de recibir las reclamaciones y reservas por pérdida o daños a las mercancías que le

dirija el destinatario del transporte, comprometiéndose a comunicarlas de modo inmediato al armador o naviero. Las reclamaciones y reservas comunicadas al consignatario surtirán los mismos efectos que las realizadas al armador o naviero.”

Esto quiere decir que el régimen de responsabilidad del ejecutor se expande solidariamente a la estibadora responsable y, de forma subsidiaria al consignatario de la carga que, a criterio del jurista español Pedro Jesús Baena, ha de estar basado en criterios de culpa del manipulador de las mercancías, pues ha de imperar la exigencia del criterio de culpabilidad, en ausencia de una norma expresa que determine la responsabilidad objetiva del causante de la infracción.⁴⁴

Algo semejante a lo que se menciona en las primeras líneas del artículo 322 de la LNM, establece la legislación ecuatoriana, en el artículo 6 de la Ley de Compañías⁴⁵, que manifiesta lo siguiente:

“Art. 6.- Toda compañía nacional o extranjera que negociare o contrajere obligaciones en el Ecuador deberá tener en la República un apoderado o representante que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas. (...).”

Como mencioné al inicio de este trabajo, en Ecuador no hay una legislación marítima actualizada y unificada que codifique en un solo texto las disposiciones relacionadas a la navegación marítima, sino que existen varias regulaciones y normativas, muchas del siglo pasado, que se encuentran totalmente desactualizadas y no van acorde a la realidad marítima y económica actual. Por tanto, muchas veces los jueces para resolver y determinar responsabilidad deben acudir a la Jurisprudencia. Sin embargo, lamentablemente, en Ecuador, tampoco hay criterios claros en la Jurisprudencia, ya que es muy común ver jurisprudencia de criterios contrarios.

A continuación, citaré y explicaré brevemente algunas jurisprudencias que hablan sobre la responsabilidad del consignatario sobre las mercaderías.

⁴⁴ BAENA BAENA. *op. cit.*, Pág. 390.

⁴⁵ Publicada en el Registro Oficial del Ecuador No. 312 del 05 de noviembre de 1999.

El primer caso⁴⁶ que voy a analizar es el siguiente:

La compañía ecuatoriana “Grace y Compañía (Ecuador) S.A.” es agente naviero de la compañía naviera “Grace Line”, la cual es armadora del buque de carga “SANTA MARIANA”. La compañía “Empresa Eléctrica del Ecuador INC.”, en calidad de cargador, contrató a la naviera “Grace Line” para que ésta transporte materiales eléctricos y tubos de bronce desde el puerto de Nueva York, Estados Unidos al Puerto de Guayaquil, Ecuador. El cargador, que tiene domicilio en la ciudad de Guayaquil, contrató a la aseguradora ecuatoriana “Seguros La Unión” el respectivo seguro marítimo.

En el momento que la embarcación llegó al puerto de destino, y el cargador recibió su mercancía se percató que no recibió la mercadería completa, ya que faltaban algunos bultos, causándole un perjuicio económico al cargador “Empresa Eléctrica del Ecuador INC.” de aproximadamente \$4.000 dólares. Por tanto, la empresa aseguradora tuvo que intervenir y pagar la indemnización al cargador por la pérdida sufrida en la mercancía. No obstante, por los derechos de subrogación que tiene la empresa aseguradora, ésta última presentó una demanda, basándose en el artículo 6 de la Ley de Compañías (previamente citado), en contra del agente naviero Grace y Compañía (Ecuador) S.A.”, por los daños y perjuicios causados.

El argumento de la aseguradora en su demanda era *“habiéndose celebrado el contrato de transporte con la Grace Line y habiendo sido transportada la carga en el buque "Santa Mariana", perteneciente a dicha compañía, cuyo representante y subsidiaria en el Ecuador es la Grace y Compañía (Ecuador) S.A.”*

Ahora bien, el juez que conoce este caso realizó el siguiente análisis:

“(…) De lo anterior se establece que la empresa demandada Grace y Compañía (Ecuador) S.A., Comercial no ha sido el porteador. Tampoco es el cargador, remitente o consignante. Y no aparece, dentro del proceso, que la misma empresa haya sido la consignataria⁴⁷, pues, no consta prueba alguna de que aquella haya recibido las mercaderías enviadas por el vendedor.”

(…)

⁴⁶ Gaceta Judicial No. 15, Serie 13, del 06 de julio de 1982. Se adjunta sentencia como anexo.

⁴⁷ Como mencione en líneas anteriores, en este caso entiéndase a consignatario al destinatario de la mercancía (*consignee*).

OCTAVO. Aunque no consta en la demanda se ha alegado, por parte del actor, que la empresa demandada es agente de los buques de la Grace Line y, por consiguiente, es también agente o representante de dicha Empresa, concepto que constituye una confusión, pues, en conformidad a los Arts. 371 y 372 del Código de Policía Marítima la agencia de buques no comprende, precisamente, la calidad de agente o representante de una empresa naviera, a menos de que expresamente y, por escrito, se le hubiera dado tal calidad.

NOVENO. La parte accionante ha invocado a su favor lo previsto en los Arts. 7o. y 8o. de la Ley de Compañías; y, según el primero: "Si la compañía omitiere el deber puntualizado en el Artículo anterior (esto es tener un apoderado o representante en el Ecuador que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas), las acciones correspondientes podrán proponerse contra las personas que ejecutaren los actos o tuvieran los bienes a los que la demanda se refiera, quienes serán personalmente responsables. Pero es completamente cierto que la Compañía demandada no ejecutó los actos del transporte, materia de la controversia, ni tuvieron los bienes a los que la demanda se refiere, pues, no fueron consignatarios, como ya se ha expresado."

Es decir, esta sentencia resuelve de una forma favorable a los agentes navieros, ya que no los hace responsables por daños o pérdidas en la mercadería en los que no han intervenido directamente, ni han intervenido en la manipulación de las mismas. Es decir, la decisión del juez en el caso ecuatoriano previamente relatado, que data de 1982, va acorde a la legislación de navegación marítima española.

Sin embargo, existen otro tipo de decisiones judiciales que contradicen a la sentencia anterior, como es el caso que resumiré a continuación.⁴⁸

La Aseguradora Panamericana del Ecuador S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, demanda a Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A., por subrogación de derechos.

⁴⁸ *Katia Stepan Aguirre por los derechos que representa de Panamericana del Ecuador S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros Vs. Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A.* Sentencia de Casación, Expediente No. 246. Publicado en el Registro Oficial No. 679 del 08 de octubre de 2002. Se adjunta sentencia como anexo.

La compañía INECCEL, celebró un contrato de transporte de mercancías con la compañía COORDINATED CARIBBEAN TRANSPORT, para el transporte de mercancías desde New Orleans a la ciudad de Guayaquil en el buque "AMBASSADOR".

El transportista entregó las mercancías con daños en el Puerto de Guayaquil. Por tanto, la aseguradora debió indemnizar a la compañía INECCEL, destinataria de dicha mercancía siniestrada. De tal forma, que la compañía aseguradora demanda al agente naviero del buque AMBASSADOR, esto es, a la compañía ecuatoriana Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A., por la indemnización por los sufridos en la mercancía de su asegurado.

La agencia naviera en su contestación a la demanda menciona las excepciones de ilegitimidad de personería de la demandada, subsidiariamente improcedencia de la demanda, por no tener responsabilidad en los daños sufridos por la carga transportada por las naves agenciadas, ni que "haya sufrido durante su transporte siniestro alguno", que fueron recibidas las mercaderías "sin observaciones", que reconoce el libelo el daño "sería imputable a negligencia ajena, a la estiba o mal manipuleo al desembarque de los bultos, que "no existe ninguna responsabilidad de la transportadora".

El juez de primera instancia resolvió conceder la demanda y condenar al pago de la indemnización por los daños en la mercancía, al agente naviero. La agencia naviera, por medio de su representante legal, apeló dicha sentencia sustentando que *"el Agente Naviero no transporta y solo responde solidariamente con la nave por los impuestos, tasas y multas conforme al Art. 371 del Código de Policía Marítima, siendo indiscutible que existe ilegitimidad de personería del demandado", que el conocimiento de embarque fue expedido por la transportista Coordinater Caribbean Transport Inc., que no hubo observaciones y sino que fue recibida la carga "conforme por la destinataria".*

El Tribunal de alzada, es decir de segunda instancia, reconoce la sentencia subida en grado y confirma la resolución en todas sus partes.

Posteriormente, el demandado interpone recurso de casación, por error en la interpretación de la normativa ecuatoriana. Expresando *"la sentencia de la cual interpongo el recurso de casación dispone que nuestra Compañía, que es únicamente agente naviero en la ciudad de Guayaquil, es solidaria con la armadora de la nave "Ambassador" que fue la transportadora de la mercadería haciendo con ello, una errónea*

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

interpretación del Art. 1554 inc. 30 del Código Civil". Añadiendo: "consta probado de autos que la Compañía CCT. del Ecuador SA., es representante en el Ecuador de los armadores, lo cual, a más de ser totalmente falso, confunde representante con deudor solidario, haciendo una errónea interpretación del Art. 1554 del Código Civil que determina que la solidaridad sólo nace de la ley o de la convención, y en este caso, no existe ninguna ley que declare que los agentes navieros sean solidarios con los armadores, ya que el Art. 371 del Código de Policía Marítimo, solo extiende esta solidaridad a las tasas e impuestos, y a las multas impuestas al capitán y a los oficiales por infracciones a este Código".

Los jueces de esta última instancia deciden nuevamente declarar con lugar la demanda, haciendo el siguiente análisis: *"Debe entenderse que el artículo 7 de la Ley de Compañías permite que por la responsabilidad que prescribe, se pueda demandar personalmente o sea por sus propios derechos, a quienes ejecutan los actos o tuvieren los bienes materia del contrato civil o mercantil celebrado por compañías nacionales o extranjeras, dentro del territorio nacional, que respectivamente no tenga representante legal o apoderado en el Ecuador; salvo, que se trate de contratos administrativos de obra pública, concesión o prestación de servicios públicos y de concesiones o explotaciones de recursos naturales, en que tal omisión por parte de una compañía extranjera, se sanciona con la nulidad del pertinente contrato, al tenor de la reforma legal (Ley 58: Registro Oficial Nro. 594: 30.12.86). En resumen, no existen obligaciones solidarias, sino que la obligación que contraen esas compañías por precepto legal es autónoma e independientemente se puede exigir el cumplimiento a quien ejecuta los actos o tiene los bienes, en atención al artículo 273 de la Ley de Compañías, que taxativamente ordena: "Los agentes que obraren por compañías extranjeras sin haber obtenido la aprobación necesaria quedarán personalmente obligados al cumplimiento de los contratos que celebraren y sometidos a todas las responsabilidades, sin perjuicio de la acción a que hubiese lugar contra dichas compañías.". Por tanto, no existe mandato convenido ni establecido por el Legislador, no cabe pues hablar de representación legal; tanto más, que esta situación no se identifica completamente con la figura jurídica del cuasi contrato de gestión oficiosa o gestión de negocios ajenos, en que las obligaciones del Gerente son las mismas que las del mandatario, de conformidad a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil, sino que se trata de una asignación directa y total de responsabilidad patrimonial del gestor o ejecutante de los negocios o contratos de esas compañías extranjeras, en el territorio nacional, para*

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

evitar que sean perjudicados terceros contratantes de buena fe, dentro del giro ordinario o actividades comerciales de éstas.”

En otro apartado, los jueces de la casación mencionan que no se debió demandar al agente naviero por sus propios derechos sino por los derechos que representa del naviero. Y se le reconoce el derecho de repetición del naviero. Sin embargo, su decisión final es condenar al agente naviero al pago de la indemnización por los daños sufridos en la mercancía.

Como podemos observar de las dos sentencias, brevemente resumidas, en la Jurisprudencia ecuatoriana no existe uniformidad de criterios sobre la responsabilidad del agente naviero. Estos son solo dos ejemplos, pero existen muchas sentencias que contradicen criterios y sin embargo no se ha logrado establecer un régimen de responsabilidad claro a través de la normativa ecuatoriana.

Responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad civil por hecho ajeno es una manifestación de la responsabilidad por hecho propio, ya que no existe la responsabilidad civil más allá de la responsabilidad personal, es decir, allende la responsabilidad por hecho imputable a la persona. En los ordenamientos modernos derivados del Derecho común, al que se debe, asimismo, la separación de la responsabilidad penal – la responsabilidad es, en todos los caso, una responsabilidad por hecho propio: «responsabilidad» es «responsabilidad por culpa», y la responsabilidad por hecho ajeno no puede existir si es que no media imputabilidad del hecho a la persona que debe responder por el mismo. Prueba de ello lo demuestra la responsabilidad del comitente, donde se presuponía la existencia de una convención tácita frente a los terceros, por medio de la cual aquel asumía para sí la responsabilidad por el eventual hecho ilícito del dependiente.⁴⁹

Cuando no existe vínculo jurídico previo cuyo incumplimiento genera el daño estamos frente a un caso de responsabilidad extracontractual. Como por ejemplo, sería la responsabilidad a la que están sujetos los agentes navieros, por contaminación en el mar.

⁴⁹ CORSARO, Luigi. DONATO BUSNELLI, Francesco. *La Responsabilidad Civil Contemporánea*. Editorial ARA EDITORES. Primera edición en español. Perú, 2009. Pp. 285 – 286.

Contaminación en el mar.

En el Ecuador existen varias normas que buscan proteger y regular el medio ambiente, entre las principales se encuentran la Constitución de la República, Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria del Ministerio de Ambiente (TULAS), el Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Derrames de Hidrocarburos - CLC⁵⁰ de 1969 y 1992, Ley de Gestión Ambiental, los ya mencionados Código de Policía Marítima y Reglamento a la Actividad Marítima, entre otras.

La Constitución del 2008⁵¹ del Ecuador estableció los derechos a la naturaleza, protegiendo y defendiendo la biodiversidad de los ecosistemas a través del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, los mismos que pueden ser exigidos por toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad. La normativa vigente ha ayudado a abordar los problemas desde un punto de vista jurídico para controlar y sancionar de forma objetiva la contaminación al medio marino. La normativa que se exige se desarrolló bajo la premisa de “*quien contamina, repara*”.

El Código de Policía Marítima, en su Sección IV-A, sobre el Control y Prevención de la Contaminación de las Costas y Aguas Nacionales producida por Hidrocarburos, establece:

“Art. 115-M.- Los buques nacionales o extranjeros que infringieren las disposiciones de la presente sección, o las normas con respecto a prevención de la contaminación causada por hidrocarburos serán sancionados, considerando la magnitud del daño resultante, el tonelaje de los buques y las demás circunstancias del hecho, sin perjuicio de hacerse acreedores a otras sanciones impuestas por

⁵⁰ CLC por sus siglas en inglés: *International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage*. Fue adoptado el 29 de Noviembre de 1969 y entró en vigencia el 19 de Junio de 1975; posteriormente, reemplazó en 1992 por su Protocolo, del 27 de Noviembre de 1992, que entró en vigencia el 30 de Mayo de 1996.

⁵¹ Constitución Política de la República del Ecuador, vigente mediante Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. *Artículo 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

otras Autoridades y según otras disposiciones legales, tanto marítimas como generales, en la siguiente forma:

- a) Si el hecho se cometiere dentro de las aguas interiores de la República comprendidas dentro de la línea base que une los puntos más salientes de la costa ecuatoriana, con multa de Cien Mil a Un Millón de Sucres;*
- b) Si el hecho se cometiere dentro de las 15 millas de mar territorial de la costa ecuatoriana, contadas desde la línea base que une los puntos más salientes de la costa ecuatoriana, con multa de Cincuenta Mil a Quinientos Mil Sucres;*
- c) Si el hecho se cometiere más allá de las quince y dentro de las cincuenta millas de la costa ecuatoriana, medidas conforme al literal anterior, la multa será de Treinta Mil a Trescientos Mil Sucres;*

Estas sanciones, así como las otras previstas en este Decreto se impondrán de conformidad con las disposiciones aplicables del Código de Policía Marítima y las que al respecto hubiere expedido o expidiere, de conformidad con sus atribuciones, la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral.”

Posteriormente, el mismo Código menciona:

“Art. 115-S.- *Responden solidariamente con la nave por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente sección, su capitán, armador y agente naviero. Responden así mismo en forma solidaria con la empresa o establecimiento industrial, su representante legal.”*

Es decir, según esta ley el agente naviero deberá responder de forma solidaria por las infracciones y contaminación en el mar por hidrocarburos, que realicen las embarcaciones a las que representan como agentes navieros o consignatarios. No obstante, esta disposición es contraria a lo que establecen los convenios internacionales, ratificados por el Ecuador, como el CLC que excluye expresamente al agente del propietario del buque de responsabilidad por contaminación por derrame de hidrocarburos.

La misma premisa de *“quien contamina, repara”* la prevé el CLC, ya que dicho Convenio establece responsabilidad directa del propietario del buque.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

El artículo 3.4. CLC, menciona:

“a) No se pueden reclamar contra el propietario daños por contaminación de los cubiertos bajo el ámbito del CLC que no se ajusten a las disposiciones de este Convenio, esto es, hay que estar a los límites previstos en él.

b) En cambio, sí cabría reclamar al propietario fuera de los límites del CLC por daños distintos a los de contaminación que cubre el CLC (por ejemplo, pérdida de la carga).

c) No se puede promover ninguna reclamación de indemnización de daños por contaminación, ajustada o no al CLC, contra (artículo 3.4 CLC):

i. Los empleados o agentes del propietario ni los tripulantes.

ii. El práctico o cualquier otra persona que, sin ser tripulante, preste servicios al buque.

iii. Un fletador, gestor naval o armador. iv. Una persona que realice operaciones de salvamento con el consentimiento del propietario o siguiendo instrucciones de una autoridad pública competente. v. Una persona que tome medidas preventivas.

vi. Un empleado o agente de las personas mencionadas en los apartados 3, 4 y 5. (...).”

Seguidamente el numeral 5 del artículo 3 del CLC, da el derecho al propietario del buque a interponer un recurso contra terceros cuando los daños sean imputables a una conducta directa, ya sea por negligencia o dolo, de alguna de las personas mencionadas en el artículo 3.4., citado anteriormente.

Es decir, si bien el CLC habla de una responsabilidad directa y objetiva, si cabe la posibilidad de que excepcionalmente el propietario puede ejercer su derecho de repetición en contra de los sujetos que hayan intervenido en el daño o contaminación. Únicamente responderán los terceros cuando los daños hayan sido originados por una acción u omisión de tales personas y que éstas hayan actuado con intención de causar esos daños o bien temerariamente y a sabiendas de que se podrían generar dichos daños.

Por tanto, el citado artículo del Código de Policía Marítima es contrario al ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que el orden jerárquico de aplicación de normas, establecido en

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

nuestra Constitución estipula que los tratados y convenios internacionales son superiores a las leyes orgánicas, ordinarias, etc.⁵² En nuestro ordenamiento jurídico interno prevalece lo establecido en el CLC.

Por su parte, en España el artículo 385, del capítulo de la responsabilidad civil por contaminación, de la LNM dispone que:

“Artículo 385. Sujetos responsables.

1. Estará obligado a indemnizar los daños por contaminación el armador del buque o el titular del uso o explotación del artefacto naval o plataforma en el momento de producirse el hecho generador de la contaminación, sin perjuicio de su derecho de repetición contra las personas culpables de aquel hecho.

2. Cuando en el hecho generador de la contaminación se encuentren involucrados varios buques, sus armadores estarán solidariamente obligados a indemnizar los daños por contaminación, a no ser que éstos puedan razonablemente ser atribuidos con carácter exclusivo a uno de los buques.”

Esto nos dice que la ley española no impide que pueda reclamarse por daños por contaminación contra otros sujetos distintos al propietario de la embarcación, ya sean empleados, agentes, tripulación, prácticos, fletadores, astilleros, etc. Es decir, no hay una exclusión de legitimación pasiva para un listado de personas distintas al armador.⁵³

Es importante destacar que la responsabilidad de los terceros sujetos deberá establecerse con arreglo al criterio basado en la culpa y en base a las normas generales del derecho común. Esto es, probar el vínculo y el nexo causal entre la acción del sujeto y el hecho del daño. Deberá probarse que dicho acto dañoso y antijurídico es contribuyente a la producción del daño y consecuentemente a la contaminación. Si se logra probar dicha relación causal se les puede exigir el reparo del daño.

⁵² Artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador: *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”*

⁵³ MARTÍN OSANTE, J. M. *“Accidentes de la navegación en Comentarios a la Ley de Navegación Marítima”*, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2016. Pág. 410.

Sin embargo, la LNM se aplicará con carácter supletorio y subsidiario a los daños causados en las costas y espacios marítimos españoles. Básicamente la LNM es aplicable en todos los casos de contaminación marítima, siempre que no sean los citados en los Convenios Internacionales. Sin perjuicio de que no es tema del presente trabajo, se puede decir de forma general que en relación a contaminación en el mar, el único caso en que es aplicable la LNM es el régimen de responsabilidad civil por contaminación causada por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, debido a que el Convenio HNS de 1996 y su Protocolo SNP del 2010, no se encuentra vigente. No obstante, España, a través de su LNM ha adoptado un régimen similar para su legislación interna.

Responsabilidad Administrativa.

Responsabilidad por el buque y tarifas portuarias.

Las legislaciones de España y Ecuador reconocen la responsabilidad administrativa del consignatario de buques. En España, concretamente el artículo 259.2 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (en adelante, TRLPEMM), que expresa:

“El consignatario, en el supuesto de que exista, estará obligado directamente ante las Autoridades Portuarias y Marítimas al pago de las liquidaciones que se establezcan por tasas u otros conceptos originados por la estancia del buque en puerto conforme a lo dispuesto en esta ley. En el supuesto de que el buque no estuviera consignado, estará obligado al pago de dichas liquidaciones el capitán del buque. En ambos casos, el naviero o el propietario del buque estará obligado con carácter solidario”

Además, de acuerdo a lo que estipula la LNM, el consignatario también responde por las infracciones relacionadas con la estancia de la nave en puerto, de manera solidaria con el naviero.

“Artículo 310. Responsables. Serán responsables de la infracción las personas físicas o jurídicas siguientes: 1. Supuestos de infracciones en materia de usos y actividades portuarias: a) En el caso de incumplimiento de las condiciones de una

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

licencia o título administrativo, su titular. b) En otros casos de infracciones relacionadas con el buque, el naviero o, en su defecto, el capitán del buque, sin perjuicio de las responsabilidades que le puedan corresponder al titular de la licencia de prestación del servicio de practicaje y al práctico en el ejercicio de su función, de acuerdo con su regulación específica.”

De la misma forma la legislación ecuatoriana considera al agente naviero un deudor solidario respecto de las tasas portuarias. Así lo estipulan los artículos 371 y 372 del Código de Policía Marítima de Ecuador, que mencionan:

“Art. 371.- Salvo lo dispuesto por la Constitución de la República, en la letra nn) del Art. 185, los agentes, los armadores y el casco de la embarcación con su aparejo responderán solidariamente por el pago de las tasas e impuestos de ella, y por el de las multas impuestas al capitán u otros oficiales por infracciones de este Código, con preferencia a todos los demás créditos

Art. 372.- Todo buque, nacional o extranjero, del tráfico marítimo internacional que entre a los puertos de la República, debe tener un agente o representante para los efectos del artículo anterior.

Puede ser agente o representante cualquiera persona, natural o jurídica, inclusive el dueño o armador, siempre que observe lo que para el caso prescribe el Código de Comercio, presente la matrícula mercantil y certificado de ser socio de la Cámara de Comercio correspondiente, y se haya inscrito en los registros de la respectiva Capitanía de Puerto”

Es decir, tanto la legislación española como la ecuatoriana, hacen responsable solidario al consignatario de buques o agente naviero por las deudas contraídas con las Autoridades Portuarias por el armador o naviero de la embarcación, simplemente por el hecho de actuar como un representante de la nave.

Este tipo de obligación es muy común en varias legislaciones, ya que el Estado, a través de la norma, busca la protección de los intereses públicos con la que se quiere evitar impagos en los casos de que el naviero sea desconocido o no tenga ningún representante en el Estado al que arribe su nave.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Estas obligaciones administrativas pueden ser multas, deudas por servicios prestados, tasas, etc. Por ejemplo, el artículo 41 del Código de Policía Marítima ecuatoriano, menciona:

“Si una nave nacional de cualquier tráfico, o extranjera del tráfico de cabotaje, no estuviere en conformidad respecto a cualquiera de los reglamentaciones, impedirá la salida de la nave negándole el zarpe hasta que se ponga conforme, y comunicará este particular a la autoridad de Aduana; pero, si la nave es de bandera extranjera y de exclusivo tráfico internacional, el capitán de puerto le negará el zarpe en el caso de que encontrare incorrecta la línea de franco bordo, hasta que el capitán de la nave o su agente pague la multa prescrita en el Art. 370 y descargue por su cuenta lo que fuere necesario para poner su línea de flotación a su franco bordo; y en los demás casos, es decir, los comprendidos en los apartados b) y c), el capitán de puerto solo deberá ordenar a los pasajeros ecuatorianos, si los hubiere a bordo, abandonar la embarcación hasta nueva orden, comunicar el particular al cónsul respectivo y no conceder el zarpe, mientras la nave no se ponga correcta o el cónsul respectivo se lo pida por oficio.”

Debido a eso, en Ecuador para garantizar estos pagos o deudas el Reglamento a la Actividad Marítima establece como obligación para los agentes navieros una garantía bancaria o una póliza de seguro a nombre de la Dirección General de la Marina Mercante - DIGMER⁵⁴ (actualmente denominada Dirección Nacional de los Espacios Acuáticos -

⁵⁴ La Dirección General de la Marina Mercante (actualmente DIRNEA) pasó a ser una dependencia administrativa de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial (SPTMF), mediante Decreto Ejecutivo 1111 del 27 de mayo del 2008, publicado en el Registro Oficial No. 358 del 12 de junio de 2008, el cual en su artículo 1 decreta: “La Dirección General de la Marina Mercante y Puertos - DIGMER - pasará a ser una dependencia administrativa de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial con las siguientes competencias, atribuciones, funciones, representaciones y delegaciones:

a) Todas las relacionadas con la actividad portuaria nacional, constantes en leyes, reglamentos y demás instrumentos normativos que hasta la fecha eran ejercidas por la Dirección General de la Marina Mercante y Puertos - DIGMER, en especial las establecidas en la Ley General de Puertos y Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional. Las superintendencias de terminales petroleros mantendrán las labores de seguridad de los terminales petroleros a cargo del destacamento naval que fuere designado por la Armada Nacional de conformidad con la ley;

b) Todas las competencias constantes en la Ley General del Transporte Marítimo y Fluvial, con excepción de las relacionadas con la seguridad marítima, protección del medio marino y las de dirección, orientación y mantenimiento de las escuelas para la formación del personal de la Marina Mercante;

c) Todas las competencias, atribuciones y funciones constantes en la Ley de Fortalecimiento y Desarrollo del Transporte Acuático y Actividades Conexas y su reglamento, otorgadas al Consejo Nacional de la Marina Mercante y Puertos y delegadas por este organismo a la Dirección General de la Marina Mercante y Puertos - DIGMER; y,

d) Todas las competencias, atribuciones y funciones constantes en la Ley de Facilitación de las Exportaciones y del Transporte Acuático y en el Reglamento de la Actividad Marítima, otorgadas a la

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

DIRNEA⁵⁵) para responder por el pago de las tasas portuarias y/o multas de las naves que agencian. Así lo establece el artículo 115 de dicho Reglamento:

“La matrícula de Agentes de Naves que tendrá el carácter de permanente, la otorgará la Dirección General de la Marina Mercante previa la presentación de la respectiva solicitud acompañada de los siguientes documentos:

a) Escritura de constitución o cédula de identidad, según el caso;

b) Nombramiento del representante legal de la compañía;

c) Presentación de una garantía bancaria o póliza de seguro a nombre de la Dirección General de la Marina Mercante para responder por el pago de las tasas portuarias y multas de las naves que agencien. El monto de la garantía para los agentes de tráfico internacional será de hasta 400 salarios mínimos vitales y para los agentes de tráfico nacional de hasta 200 salarios mínimos vitales. (...)”

Por su parte, en España con respecto a las garantías económicas o avales bancarios para asegurar las obligaciones frente a la Autoridad Portuaria o la Capitanía Marítima, se determinan de acuerdo a los criterios que se determinen en el Pliego de Prescripciones Particulares, referidos en el artículo 113 de la LNM. Estos Pliegos de Prescripciones Particulares son aprobados por las Autoridades Portuarias, Comité de Servicios Portuarios, y previa audiencia de las organizaciones sindicales más representativas del servicio correspondiente y de las asociaciones de operadores y usuarios más representativas cuyos fines guarden relación directa con el objeto del correspondiente pliego, en este caso por servicios portuarios.

Dirección General de la Marina Mercante y Puertos - DIGMER -con excepción de las relacionadas a la seguridad marítima, protección del medio marino, las radiocomunicaciones y la ocupación de zonas de playa y bahía. Como consecuencia de lo anterior, se traspasa de la DIGMER al Ministerio de Transporte y Obras Públicas, la Subdirección Portuaria encargada de los puertos y la división de tráfico marítimo encargada del control del tráfico marítimo.”

⁵⁵ *La Dirección Nacional de los Espacios Acuáticos (DIRNEA), es la Autoridad Marítima Nacional, dependiente de la Comandancia General de Marina. Considero importante que el lector sepa que en Ecuador el Ministerio de Defensa Nacional, a través de la Fuerza Naval, tiene la calidad de Policía Marítima y las competencias relacionadas con el resguardo de la soberanía nacional, el control de la seguridad de la navegación, la prevención y combate de las actividades ilícitas en los espacios acuáticos, entre otras. Por ende, por medio del Decreto Ejecutivo No. 723 del 09 de julio del año 2015 se establece que: “El Ministerio de Transporte y Obras Públicas a través de la Subsecretaría de Puertos y Transporte Marítimo y Fluvial- tendrá a su cargo la rectoría, planificación, regulación y control técnico del sistema de transporte marítimo, fluvial y de puertos; y el Ministerio de Defensa a través del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Autoridad de Policía Marítima Nacional como órganos operativos, la salvaguarda de la vida humana en el mar, la protección marítima, la seguridad de la navegación, la protección del medio marino y costero, la facilitación de las actividades marítimas, la neutralización de los actos ilícitos en los espacios marítimos jurisdiccionales.”*

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

En la normativa interna española, se permite al agente consignatario de buques renunciar unilateralmente a la consignación del mismo, si comunica la renuncia de forma fehaciente a la Autoridad Portuaria y a la Capitanía Marítima. Sin embargo esta renuncia solo será efectiva para las Autoridades, una vez que se haya satisfecho a cada una de ellas sus deudas pendientes, hasta el momento de las respectivas comunicaciones o renuncia. Así lo menciona el artículo 259.4 del TRLPEMM.

De la misma forma, la legislación mercantil reconoce el derecho a la renuncia de representación en el artículo 25 de la LCA y de la misma forma, al comisionista, en el artículo 248 del Ccom. de España.

En Ecuador la normativa marítima no otorga al agente naviero, expresamente, el derecho a la renuncia de representación. Sin embargo, la legislación le confiere este derecho en base a los mismos derechos que tiene el mandatario en un contrato de mandato, ya que se puede sujetar a los derechos conferidos al mandatario que establece el Código Civil.

[El consignatario que realiza tareas añadidas de manipulación portuaria o en calidad de transitario u operador logístico.](#)

Nada impide al consignatario de buques realizar tareas de manipulación portuaria de mercancías⁵⁶. De ser el caso, esto implicaría que se le aplique el régimen jurídico establecido en la LNM a esta actividad. De la misma forma cuando además de la consignación se lleven a cabo tareas encomendadas a un transitario u otra figura auxiliar, se supone que el consignatario se deberá sujetar a las obligaciones y responsabilidades previstas para estos sujetos de la navegación.

Aunque estoy segura que los amables lectores de este trabajo están completamente interiorizados con la LNM, considero oportuno mencionar brevemente, la responsabilidad

⁵⁶ El artículo 329 de la Ley de Navegación Marítima, establece el concepto y régimen aplicable, mencionando lo siguiente: "1. Por el contrato de manipulación portuaria un Operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o alguna de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto previstas en esta Ley u otras de similar naturaleza. 2. El régimen de responsabilidad del Operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías establecido en este capítulo no podrá ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio."

del Operador Portuario, a la que podría estar sujeto un consignatario si ejerce estas tareas.

El artículo 323 de la mencionada LNM manifiesta que *“Cuando el consignatario del buque realice tareas de manipulación portuaria de mercancías se le aplicarán las normas propias de esta actividad.”*

Esto quiere decir, que se le aplicarían los artículos 329 al 338 de la LNM. Concretamente, el artículo 333 es el que explica el fundamento de la responsabilidad del manipulador portuario:

“1. El operador portuario será responsable de todo daño, pérdida de las mercancías o retraso en su entrega, causados mientras se encontraban a su cuidado en tanto no pruebe que se debieron a causas fortuitas y que, para evitar sus efectos, el operador o sus auxiliares adoptaron todas las medidas razonablemente exigibles. El período de responsabilidad del operador se extiende desde el momento en que se hizo cargo de las mercancías hasta que las entregó o las puso a disposición de la persona legitimada para recibirlas.

2. A menos que se haya dado al operador portuario aviso escrito de la pérdida o daño sufrido por las mercancías, describiendo en términos generales su naturaleza, dentro de los tres días laborables siguientes a la entrega, se presumirá salvo prueba en contrario, que han sido entregados en la misma condición descrita en el recibo de recepción o, si no se emitió dicho recibo, en buena condición. El plazo será de quince días naturales en caso de daños no aparentes.”

Si bien, el marco de este trabajo está limitado a la figura del consignatario de buques, estimo conveniente, realizar un pequeño análisis de la responsabilidad del Operador Portuario, ya que como menciona la Ley española, en algunas ocasiones a los consignatarios se les podrá aplicar este régimen propio para estos sujetos de la navegación.

Los Operadores Portuarios⁵⁷, tales como estibadores y demás personas a quienes se les ha encargado la manipulación de mercancías en el Puerto, son personas con altas probabilidades de generar responsabilidad, ya sea en la fase inicial del transporte marítimo de mercancías, o en la fase final.

Antes que entre en vigencia la LNM, la esencia del régimen de responsabilidad era la presunción de culpa atribuible a todo depositario de mercancías, actualmente lo es para las empresas dedicadas a la manipulación de mercancías. Lo que sucedía anteriormente, era que la responsabilidad de los Operadores o estibadores se podía alterar en función de las prestaciones que realizaban y de esa forma podían acogerse a ciertos beneficios. Es decir, si una empresa dedicada a la estiba y desestiba de mercancías, también asumía funciones atribuidas al porteador marítimo, éste podía acogerse a las soluciones protectoras establecidas en los conocimientos de embarque a favor de los porteadores, pues dichos conocimientos de embarque de línea regular propiciaban la Cláusula Himalaya, la misma que protegía a las empresas estibadores dándoles la posibilidad de acogerse a los beneficios que el contrato de transporte de mercancías otorgaba a favor del porteador marítimo.

En la actualidad, estos mecanismos protectores quedan limitados ya que el artículo 392 numeral 2, previamente citado, menciona que el régimen de responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías establecido en este capítulo no podrá ser modificado contractualmente en perjuicio del contratante del servicio. Por tanto, que sea un régimen imperativo, el cual no es modificable en perjuicio del contratante del servicio, es una característica más del régimen de responsabilidad de los manipuladores portuarios.

El numeral 1 del artículo 333, nos deja claro que estamos frente a un régimen que se configura como de responsabilidad por culpa presunta con inversión de la carga de la prueba, puesto que es el operador portuario quien deberá probar que existió una causa fortuita y que además adoptó todas las medidas razonablemente exigibles para evitarlo.

⁵⁷ Art. 330 de la Ley de la LNM que contiene las obligaciones del Operador Portuario: “*El contrato de manipulación portuaria de mercancías puede incluir las operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario. Igualmente, podrá incluir las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores. Todas ellas se ejecutarán de conformidad con la normativa vigente que les sea de aplicación. (...)*”

Seguidamente, la Ley menciona que la extensión de la responsabilidad es desde el momento en que se hizo cargo de las mercancías hasta la entrega o puesta a disposición de la persona legitimada para recibirlas.

Finalmente, el mencionado artículo establece que se presume la entrega y recepción de la mercancía en las condiciones pactadas, si el operador portuario dentro de 3 días laborales no recibe por escrito algún aviso de pérdida o daño sufrido en las mercancías. En el caso de daños no aparentes se extiende a 15 días el plazo para el aviso.

De la misma forma, el artículo 324 de la LNM, decreta: “*Cuando además de la consignación se lleven a cabo actuaciones como transitario o de otra naturaleza, a las obligaciones previstas para el consignatario se añadirán las propias de las prestaciones complementarias concretamente asumidas.*”

El mentado artículo se refiere al consignatario que además de realizar las gestiones necesarias para el despacho y demás atenciones al buque en puerto, actúe como transitario u intermediario del transporte que contrate a nombre propio. Si actúa como tal, deberá responder y enfrentar las obligaciones que recaen sobre el porteador⁵⁸, ya sea efectivo o contractual.

En definitiva, se puede decir que nada impide al consignatario realizar tareas añadidas de manipulación portuaria o en calidad de transitario u operador logístico, pero ninguna de ellas forma parte esencial de la condición de consignatario, sino que deberán acondicionarse al régimen jurídico previsto para cada sujeto.⁵⁹

Limitación de la responsabilidad.

⁵⁸ Artículo 278 LNM: *Porteador contractual y porteador efectivo.*

La responsabilidad establecida en esta sección alcanza solidariamente tanto a quien se compromete a realizar el transporte como a quien lo realiza efectivamente con sus propios medios.

2. En el primer caso estarán comprendidos los comisionistas de transportes, transitarios y demás personas que se comprometan con el cargador a realizar el transporte por medio de otros. También estarán comprendidos los fletadores de un buque que contraten en la forma prevista en el artículo 207. 3. En el segundo estará incluido, en todo caso, el armador del buque porteador. 4. El porteador contractual tendrá derecho a repetir contra el porteador efectivo las indemnizaciones satisfechas en virtud de la responsabilidad que para él se establece en este artículo. La acción de repetición del porteador contractual contra el porteador efectivo estará sujeta a un plazo de prescripción de un año a contar desde el momento de abono de la indemnización.

⁵⁹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. QUINTÁNS EIRAS, María Rocío y DÍAZ DE LA ROSA, Angélica. *El Derecho Marítimo de los Nuevos Tiempos*. Editorial Thomson Reuters. Primera Edición. Navarra, España. 2018. Pp. 506.

Sobre la limitación de responsabilidad del consignatario la LNM no lo estipula expresamente, sin embargo, la cláusula 7 del SPAC 2007, establece lo siguiente:

“La responsabilidad del Agente ante el Propietario con respecto a cualquier acto negligente, error u omisión cometida por El Agente, sus directores o empleados no deberán exceder el monto de dos veces y media los honorarios de la agencia. Pagadero por el Propietario al Agente con respecto al barco, cuyas tarifas se considerarán ganadas en cualquier evento.”⁶⁰

Del texto se puede interferir dicha cláusula del contrato elaborado por FONASBA, es una limitación a la responsabilidad del agente naviero. Limitación que no está estipulada en una Ley o en un Convenio Internacional, sin embargo en la práctica se la utiliza por convenio y voluntad de las partes contratantes.

Aun así, la LNM no se refiere a la limitación de responsabilidad del consignatario, la Ley menciona que cuando éste actúa como naviero, transitario, porteador u operador portuario, podrá acogerse a los derechos de limitación aplicables a estos sujetos, siempre y cuando intervenga y actúe como tal.

Sobre la limitación de la responsabilidad del manipulador portuario de carga, la LNM, en su artículo 334, menciona:

“1. Sin perjuicio de la pérdida del beneficio de la limitación de la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías prevista en el artículo 4.5.e) del Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, que será asimismo aplicable al operador de manipulación portuaria, la responsabilidad de dicho operador por causa de pérdida o daño de las mercancías transportadas se limitará conforme a las reglas siguientes:

⁶⁰ Texto original: *“The liability of the Agent to the Owner in respect of any negligent act, error or omission committed by the Agent, his directors or employees shall not exceed the amount of two and a half times agency fees payable by the Owner to the Agent in respect of the vessel, which fees shall be deemed earned in any event.”*

- a) *En los casos de pérdida o daño en las mercancías, estará limitada a una suma de dos derechos especiales de giro, definidos por el Fondo Monetario Internacional, por kilogramo de peso bruto.*
 - b) *Cuando la pérdida o daño de una parte de la mercancía afecte al valor de otra parte, se tendrá en cuenta el peso total de las mercancías pérdidas o dañadas y de las mercancías cuyo valor haya resultado afectado para determinar ese límite de responsabilidad.*
 - c) *En caso de retraso en la entrega, estará limitada a una suma equivalente a dos veces y media de la remuneración que deba pagársele por sus servicios con respecto a las mercancías que hayan sufrido el retraso, sin exceder de la cuantía total de la remuneración debida por la remesa de que formen parte esas mercancías.*
2. *En ningún caso, la responsabilidad acumulada por pérdida o daño más la derivada de retraso excederá de la suma que resultaría aplicable por pérdida total de las mercancías en aplicación de apartado 1.a).”*

El negocio marítimo no podría surgir sin la institución de la limitación de la responsabilidad, ésta institución acertadamente nace por referencias, no solo jurídicas, sino socioeconómicas e industriales. Específicamente en el contrato manipulación portuaria, se puede decir, que cabe la limitación de responsabilidad por la especialidad de este contrato y de su sistema de responsabilidad que, indudablemente, es pro usuarios de los servicios de carga y descarga. Como ya mencioné en líneas anteriores, los Operadores están sujetos a responder por culpa presunta en la prestación de sus servicios.

La mayoría de los sujetos que intervienen o participan en la navegación marítima, como el armador, porteador, gestor naval, aseguradores y demás colaboradores terrestres, tienen derecho a limitar su responsabilidad, por lo tanto se le concede también este derecho a los manipuladores de carga.

Ahora bien, la responsabilidad del operador por causa de pérdida o daño de las mercancías transportadas, se limitará conforme a las siguientes reglas:

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

- i. En caso de pérdida o daño: El límite será una suma de 2 derechos especiales de giro (DEG) por kilogramo de peso bruto; o,
- ii. A una suma equivalente a dos veces y media la remuneración que deba pagársele por sus servicios con respecto a las mercancías que hayan sufrido el retraso; y,
- iii. En caso de retraso: Dos veces y media la remuneración de sus servicios respecto de las mercancías afectadas, sin exceder el valor del total de la remesa.
- iv. Límite global: No superior al límite correspondiente a la pérdida total de toda la mercancía.

Para los lectores, que no están relacionados con el tema, considero preciso citar el artículo 402 de la LNM que se refiere a la conversión a la moneda nacional:

1. *Las cuantías a que se hace referencia en los artículos anteriores se convertirán a euros tomando el cambio vigente en la fecha en que haya sido constituido el correspondiente fondo para la limitación.*
2. *El cambio a que se refiere el apartado anterior se calculará por el método de evaluación efectivamente aplicado por el Fondo Monetario Internacional a sus operaciones y transacciones en la fecha en que se trate.*

El Derecho Especial de Giro (DEG) es la unidad de cuenta para el cálculo del límite de responsabilidad que se utiliza en la LNM y en la mayoría de Convenios Internacionales, por tanto si es importante familiarizarnos con este término. Antes del DEG se utilizaban parámetros en función del tonelaje del buque, y que utilizaba como unidad de cuenta la libra oro. Posteriormente, el Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho Marítimo del 19 de noviembre de 1976 (Convenio Londres 1976) incorpora un régimen forfatorio de limitación de responsabilidad que se calcula por tonelada de arqueo bruto del buque; y la unidad de cuenta a la que se refiere en el ámbito de los estados miembros del Fondo Monetario Internacional (FMI) es el Derecho Especial de Giro (DEG).

El citado artículo 402 establece el sistema para la conversión de las cuantías resultantes de los límites de responsabilidad a euros. Para eso, se toma en cuenta el cambio que se

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

encuentre vigente al momento de la constitución del fondo, y además, dicho cambio de se calculará por el método de evaluación efectivamente aplicado por el Fondo Monetario Internacional a sus operaciones y transacciones en la fecha en que se trate.

La limitación de responsabilidad del contrato de manipulación portuaria, establecida en la LNM, incorpora ciertos patrones mencionados en el Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Empresarios, en adelante CRETT.

En este sentido, continuando con la limitación de la responsabilidad, podemos observar del artículo 334 que se reconoce expresamente el derecho del operador a limitar su responsabilidad con ocasión de la pérdida o daño de las mercancías y por su retraso en la entrega. A diferencia del CRETT, la LNM ha estipulado un límite inferior al de dicho Convenio Internacional (en el CRETT se establece 2,75 DEG por kilogramo de peso bruto de las mercaderías dañadas o pérdidas) y esto es debido a que el legislador ha querido establecer un régimen de limitación de responsabilidad similar al del porteador marítimo.

Sin entrar en detalle en la limitación de responsabilidad del porteador marítimo, brevemente mencionaré que, el artículo 282 numeral 1 de la LNM remite al Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque y los Protocolos que lo modifican (Reglas de la Haya Visby) y establece que la responsabilidad del porteador estará limitada a 2 DEG por kilogramo de peso bruto o a 666,67 DEG.

Obligatoriamente, en la responsabilidad del porteador marítimo se tendrá que aplicar el resultado que dé el valor más elevado de las dos opciones que faculta la Ley. En el caso de la indemnización por retraso el artículo 283 numeral uno de la LNM establece una indemnización igual a la del manipulador portuario.

Los límites de la responsabilidad que establece el artículo 334 tienen carácter mínimo e inderogable, pues el Operador Portuario no puede asumir de forma voluntaria una responsabilidad superior a la establecido en la LNM, pero de ninguna forma podrá ser inferior, ya que esto supondría un menoscabo a los derechos de los usuarios de los servicios de manipulación portuarios que estos Operadores ofrecen. Además, se quiebra la limitación de responsabilidad cuando se comprueba que ha existido dolo y culpa grave

por parte del manipulador portuario para la cual en ese caso, deberá responder por todos los daños y perjuicios causados sin poder acogerse a la limitación antes referida.

Responsabilidad Penal.

Tal como he manifestado a lo largo del presente trabajo, el consignatario es la persona natural o jurídica que actúa en nombre y representación del naviero o del propietario del buque y determina su actuación y responsabilidad en este contexto. Debido a que en diversas partes del mundo, la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante, RPPJ) en los ordenamientos jurídicos internos es una tendencia, considero importante mencionar brevemente, como podrían responder penalmente las personas jurídicas.

Los ordenamientos jurídicos de Ecuador y España, reconocen este tipo de responsabilidad. En España, mediante la LO 5/2010 se introdujo, de manera expresa, a las personas jurídicas como sujetos fundamentales del derecho penal. Los principales motivos fueron (i) que pueda ser responsable por delitos y, en contrapartida por atención y respeto a las normas, (ii) que pueda evitar la comisión de conductas delictivas. Al respecto, transcribo a continuación los primeros artículos de la RPPJ del Código Penal (CP) español:

“Artículo 31.- El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Artículo 31 bis. 1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están

autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso”.

El modelo español, reconoce como un presupuesto imprescindible del delito la actuación individual de una persona. Debemos entender que solo aquellas conductas antijurídicas que le representen beneficios patrimoniales a la persona jurídica son relevantes para el derecho penal. Así mismo, el sistema penal incluye, dentro del artículo 31 bis y a partir del mismo, las reglas referentes a la imputación de delitos, los atenuantes de responsabilidad, las causas de exclusión de RP y el conjunto de penas aplicables.

En cuanto a la imputación de delitos, se seleccionó una doble vía de imputación. La primera consiste en *“la atribución de responsabilidad por la actuación delictiva del «representante legal, administrador de hecho o de derecho por actos realizados «en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho”*. La segunda vía, responde a *“la transferencia de responsabilidad por defecto de control o culpabilidad de organización en el que se sanciona a la persona jurídica por los delitos cometidos por las personas que estén sometidas a la autoridad de los anteriores siempre que hayan podido realizar su acción por no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las circunstancias de cada caso”*⁶¹

Finalmente, en cuanto a las penas aplicables a las personas jurídicas, en España son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional,
- b) Disolución de la persona jurídica,
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años

⁶¹ PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”* Artículo publicado en Lefebvre – El Derecho. Fecha de publicación 28 de julio de 2015. Obtenido de: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-personasjuridicas_11_843055003.html

- d) Clausura de sus locales y establecimientos por no más de cinco años,
- e) Prohibición definitiva o temporal de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito,
- f) Inhabilitación por no más de 15 años para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales o de Seguridad Social,
- g) Intervención judicial por no más de cinco años a favor de acreedores o trabajadores.

De esta forma, se configura de manera general el régimen de RPPJ en España. La nueva estructura penal es propia de la tendencia actual de disminución de intervención directa de los Estados, mediante la delegación regulatoria en actividades económicas. Esto quiere decir que los países están estableciendo normas que sancionan las conductas delictivas y, otras, que imponen a las personas jurídicas el deber de auto controlar, regular y evitar la perpetración de delitos. En palabras del profesor penalista español, Silva Sánchez, *“la descentralización del control y, en suma, la autorregulación y ejecución regulada es un concepto del Estado de garantía. Se trata de un Estado “observador” que... mantiene la última responsabilidad por el bien común, al tiempo que confía en las fuerzas autorreguladoras de la sociedad y, en particular, del sector privado de la economía”*⁶² .

La Responsabilidad penal de la persona jurídica en Ecuador es nuevo y se incorporó al ordenamiento jurídico nacional a través del Código Orgánico Integral Penal (COIP). Este nuevo texto legal se publicó en el Registro Oficial del 10 de febrero de 2014 y reemplazo a un antiguo y obsoleto código penal. El ejemplo, posiblemente, más llamativo era el Código Tributario que tenía, dentro de su régimen contencioso, un sistema penal incorporado que llegaba al punto de utilizar normas penales -sustantivas, procesales y ejecutivas- para sancionar infracciones tributarias, a las que denominaba inclusive como delitos. Entre algunos artículos que llamaban la atención se encontraban los siguientes: responsabilidad por infracciones tributarias, la cual incluía penas aplicables como:

a) *Multa;*

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Fundamentos del Derecho penal de empresas*. Editorial Edisofer. Segunda edición, España, 2016. Pp. 72

- b) *Clausura del establecimiento o negocio;*
- c) *Suspensión de actividades;*
- d) *Decomiso;*
- e) *Incautación definitiva;*
- f) *Suspensión o cancelación de inscripciones en los registros públicos;*
- g) *Suspensión o cancelación de patentes y autorizaciones;*
- h) *Suspensión o destitución del desempeño de cargos públicos;*
- i) *Prisión; y, (actualmente derogado por el COIP)*
- j) *Reclusión Menor Ordinaria -derogado por el COIP (actualmente derogado por el COIP)*

Estas penas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los correspondientes tributos y de los intereses de mora que correspondan desde la fecha que se causaron. Estos tributos e intereses se cobrarán de conformidad con los procedimientos que establecen los libros anteriores.

Esta incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través del Código Orgánico Integral Penal (COIP), posiblemente ha pasado desapercibida por la falta de una cultura legal o antecedentes judiciales sobre la importancia de responsabilidad penal a las personas jurídicas. En Ecuador, muy poco se ha escrito sobre la RPPJ y también es reducido lo que han conocido y resuelto las cortes sobre casos que involucren a personas jurídicas en delitos.

No obstante, creo que es importante resaltar que el COIP generó relevantes y urgentes cambios al sistema penal ecuatoriano, entre ellos, la introducción de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable. Por ende tanto en España y en Ecuador se han creado los programas de cumplimiento, los cuales son el complemento y la herramienta práctica del sistema penal de responsabilidad de una persona jurídica dentro del ordenamiento jurídico.

Mediante los programas de cumplimiento se puede aplicar o implementar de manera física y tangible una de las finalidades primordiales que tiene toda norma penal, que es la protección de bienes jurídicos.

Sobre esta situación, el penalista Nieto Martín ha mencionado:

“Los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

La mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad.”⁶³

Debido a la falta de doctrina y jurisprudencia, considero importante que las empresas del sector marítimo, como las agencias navieras, tengan conocimiento de que en la actualidad podrían responder penalmente, por evasión de impuestos, por delitos ambientales, etc. Sin perjuicio de que podrían limitar dicha responsabilidad por medio de los programas de cumplimiento, que son una tendencia en la actualidad.

Este tema, considero que puede ser una tesis, por lo que no profundizare más ya que mi intención únicamente, es mencionar que es una realidad a la que se debe enfrentar al sector marítimo.

⁶³ NIETO MARTIN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. en “Compliance y teoría del Derecho penal”*. Pp. 21.

CAPITULO III

PROBLEMAS ACTUALES Y POSIBLES SOLUCIONES

La figura del consignatario antes y después de la Ley de Navegación Marítima.

Como mencioné en líneas anteriores, en España antes de la entrada en vigor de la LNM, los tribunales protegían el interés de “la víctima” o persona que sufría el daño, antes que proteger los derechos del consignatario de buques, ya que se los hacía responsables frente por daños frente a las mercancías. A sabiendas, de que el consignatario no era parte en el contrato de transporte de mercancías, sino solo un tercero. A excepción de los casos, en los que el consignatario actuaba en nombre propio y no por cuenta de su principal, que es una situación distinta.

El jurista Pedro Jesús Baena considera que los Tribunales españoles antes de la LNM, habían mantenido en diversas sentencias la responsabilidad del consignatario del buque frente a terceros, con base en cuatro fundamentos⁶⁴:

- 1) *La tesis de la subrogación. En la cual, el consignatario asumía la responsabilidad de las obligaciones del capitán respecto de la entrega de la mercancía frente a receptores. Argumento que se sostuvo solo en las lejanas sentencias del 24 de junio de 1904 y 3 de mayo de 1924, las cuales fueron dictadas en supuestos de reclamaciones del legítimo tenedor del conocimiento de embarque en los que el consignatario recogió las mercancías sin ser el titular legítimo de los correspondientes conocimientos de embarques.*

- 2) *La tesis de la comisión (artículo 246 del C.c), que determinaba la responsabilidad del consignatario cuando actuase en nombre propio, al no expresar que lo hacía por cuenta de la casa naviera, quedando obligado de un modo directo como si el negocio fuera suyo, excluyendo la responsabilidad del comitente. Expresada en las sentencias del 8 de octubre de 1966, 25 de junio de 1977 y 29 de junio de 2009.*

⁶⁴ BAENA BAENA, *Op. cit.*, pp. 392.

- 3) *La tesis del contrato de depósito, que llevaba a fraccionar el régimen jurídico del contrato de transporte en uno de transporte y otro de depósito, haciendo al consignatario responsable de la custodia y restitución propias del contrato de depósito (artículo 1758 del CC) en supuestos de siniestros acaecidos terminado el transporte marítimo, como los que dieron lugar a las sentencias de 25 de junio de 1977 y de 2 de octubre de 1995.*

- 4) *La tesis de la identificación del consignatario con el naviero (basada en el tenor del literal de lo dispuesto en el artículo 586, párr. 2 del C. de c.), al efecto de hacerle responsable de daños o pérdidas frente a cargadores o destinatarios de la carga. Presente en las sentencias del 2 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1986, 18 de octubre de 1988, 10 de noviembre de 1993, 23 de noviembre de 1996, 20 de diciembre de 2006, 26 de noviembre de 2007, 14 de febrero de 2008, 6 de junio de 2008, 4 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2009.*

Si bien, algunas sentencias situaban al consignatario fuera del ámbito del artículo 586 del Ccom. de España., la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2007, mencionada en el numeral 6 del capítulo segundo del presente trabajo, fijó y estableció una doctrina y jurisprudencia contraria. Ya que en dicha sentencia del 2007, se declara responsable al consignatario del buque en puerto frente al titular de la carga, por ser un representante del naviero.

Varios años después, con la entrada en vigor de la LNM, se hizo una distinción entre la responsabilidad del consignatario frente a su empresario principal, que queda regulada conforme a las normas apuntadas sobre el contrato de comisión o agencia, explicada previamente. Con esta distinción la LNM termina con las interpretaciones de las sentencias antes mencionadas, ya que fija reglas en materia de responsabilidad por daños a la mercancía.

El mismo profesor Baena, en su libro estudios sobre *la responsabilidad de los operadores de transporte en la ley de navegación marítima*, menciona que la LNM ha fijado tres reglas en materia de responsabilidad de mercancías:

- 1) La regla general, conforme a la cual *“el consignatario no será responsable ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas a las mercancías o por retraso en su entrega”*, conforme a los que establece el artículo 322.

La Doctrina considera correcto este criterio ya que deja claro que la figura del consignatario es igual al del agente o comisionista, ya que estos no son responsables frente a los destinatarios de la mercancía.

En cuanto a los contratos elaborados por la FONASBA, que fueron mencionados en el capítulo anterior, el SLGAA de 2001, establece que *“El principal deberá en todos los casos indemnizar al Agente de todas las reclamaciones, cargas, pérdidas, daños y gastos en los cuales pueda incurrir el Agente en conexión con el cumplimiento de sus obligaciones bajo este Acuerdo (...) lo cual no se extiende a materias derivadas de la culpa o negligencia del Agente”*. La cláusula siguiente del mismo contrato, establece que *“el empresario deberá indemnizar y reembolsar al agente por las garantías ejecutadas, salvo culpa o negligencia”*. Es decir, no se considera una exoneración de responsabilidad sino que se le concede un derecho de reembolso.

En este punto, también es importante diferenciar cuando el consignatario actúa como colaborador independiente y cuando es parte de la empresa del naviero, ya sea que opera a nombre y representación de este o como una sucursal, filial, etc. También es importante saber cuándo el consignatario actúa como porteador u operador de carga, como mencione en líneas anteriores, cuando asume funciones de estos sujetos, responderá de acuerdo al régimen de responsabilidad de dicho sujeto.

- 2) El artículo 322 menciona *“el consignatario será responsable frente al armador o naviero de los daños causados por culpa propia”*. Sobre esto, ya he mencionado en reiteradas ocasiones a lo largo del presente trabajo, que cuando exista culpa y dolo en la conducta del consignatario frente al naviero o en relación a la mercancía, este responderá por los daños. La antes citada cláusula del SGLAA lo menciona. En cuanto a otros contratos tipo, la cláusula

7 de las SPAC 2007, establece una limitación de responsabilidad fijando un límite.

- 3) El mismo artículo 322 considera que *“el consignatario habrá de recibir las reclamaciones y reservas por pérdida o daños a las mercancías que le dirija el destinatario del transporte, comprometiéndose a comunicarlas de modo inmediato al armador o naviero. Las reclamaciones y reservas comunicadas al consignatario surtirán los mismos efectos que las realizadas al armador o naviero”*.

Este párrafo del artículo guarda relación con la LCA que menciona:

“Artículo 9. Obligaciones del agente.

(...)

En particular, el agente deberá:

(...)

d) Recibir en nombre del empresario cualquier clase de reclamaciones de terceros sobre defectos o vicios de calidad o cantidad de los bienes vendidos y de los servicios prestados como consecuencia de las operaciones promovidas, aunque no las hubiera concluido.”

Estas disposiciones ayudan a los destinatarios afectados por daños en las mercancías a presentar sus reclamaciones o protestas al naviero. Sin que esto signifique que el reclamo este dirigido al consignatario. Estas protestas deberán cumplir con las exigencias que menciona el artículo 285 de la LNM.⁶⁵

⁶⁵ Ley de Navegación Marítima. Artículo 285. Protestas.

El destinatario deberá dar al porteador o a su agente aviso escrito de la pérdida o daño sufridos por las mercancías, describiendo en términos generales su naturaleza, durante el siguiente día laborable al de su entrega. Si la pérdida o daño no fueran aparentes, el aviso podrá darse en los tres días laborables siguientes al de la entrega.

El aviso no será necesario cuando el porteador y el destinatario hayan realizado una inspección conjunta del estado de las mercancías.

2. El destinatario deberá dar al porteador o a su agente aviso escrito del retraso en la entrega de las mercancías describiendo en términos generales los daños sufridos, en los diez días laborables siguientes al de la entrega.

3. Si se hubiera omitido el aviso o se hubiera dado fuera de plazo, se presumirá, salvo prueba en contrario, que las mercancías han sido entregadas tal y como aparecían descritas en el conocimiento de embarque.

Problemas actuales del agente naviero en la legislación ecuatoriana.

Como ya he mencionado en epígrafes anteriores, la legislación ecuatoriana está muy desactualizada y no se adapta a la realidad marítima actual. La figura del agente naviero en Ecuador se la asimila al contrato de mandato mercantil y supletoriamente al civil. Esto ha causado que muchas veces este sujeto marítimo se vea perjudicado al momento de actuar a nombre y representación de su mandante. Como es el caso, que citaré a continuación.

El presente caso, aún no se puede considerar como Jurisprudencia, ya que ninguna de las dos sentencias se encuentra ejecutoriada al día de hoy. Dichas sentencias son de primera y segunda instancia, estando pendiente por resolverse un recurso de casación. La casación en Ecuador, es un recurso extraordinario que tiene por objeto anular una sentencia judicial que contiene una incorrecta interpretación o aplicación de la Ley. En pocas palabras, se puede decir que es la última etapa judicial, previa a obtener una sentencia ejecutoriada.

Los sujetos procesales en el caso son los siguientes (los nombres han sido reemplazados por sus iniciales ya que no es un fallo de triple reiteración):

- SG N.V., es una compañía constituida y domiciliada en Curacao que se dedica a la operación de buques tramp. Como tal, fleta buques en régimen de fletamento.
- El señor Ivo R. es representante legal de la compañía MIDDEN, la cual actúa como agente naviero de la compañía SG N.V., y representa a los buques dicha compañía extranjera, cuando se encuentran en puertos ecuatorianos. Ivo R. fue mandando por sus propios derechos y no por los derechos que representa como representante de la compañía MIDDEN. Es decir, fue demandado como persona natural. Es importante mencionar que dicha compañía utiliza como logo o nombre comercial SG ECUADOR.
- ECO S.A. es una compañía ecuatoriana que se dedica a la consolidación y des consolidación de mercaderías y operaciones de logística en el movimiento internacional de mercaderías para clientes embarcadores (exportadores) y consignatarios (importadores).

Ahora bien, los hechos fueron los siguientes:

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

SG N.V., en su calidad de armadora, y ECO, en su calidad de fletadora, negociaron los términos y condiciones para el fletamento para un viaje desde el puerto de Esmeraldas, Ecuador, hasta Puerto Cabello, República de Venezuela para el transporte de una carga consistente en un mínimo de 3 .250 toneladas métricas de papas/cebollas en cajas. El contrato fue firmado en Ecuador, por el representante legal de ECO y por el señor Ivo R. quien firmo expresando “a nombre y en representación de SG N.V.”.

Las partes libremente negociaron y acordaron seleccionar la póliza Gencon 94 en términos usuales como forma para instrumentar los acuerdos previamente cerrados del contrato de fletamento. La póliza Gencon 94 es uno de los tantos formatos de fletamento por viaje redactados, desarrollados y producidos por BIMCO.

En la casilla 25 de la parte I de la póliza Gencon se estipuló lo que sigue:

*“25. Ley y Arbitraje (declarar 19(a), 19(b) o 19(c) de Cl.19; si se acuerda 19(c) también declarar el Lugar de Arbitraje)
(En caso de no llenarse nada, la 19(a) aplicará) (Cl.19)”*

Debido a que las partes dejaron dicha casilla en blanco, la Ley y Arbitraje a aplicarse sería de conformidad con *“con la ley inglesa y cualquier disputa que surja de este contrato de fletamento será sometida a arbitraje en Londres de conformidad con la ley de arbitraje de 1950 y 1979 o cualquiera de sus modificaciones o promulgación posterior.”*

Luego, de la ejecución del contrato, con motivo de diferencias comerciales existentes entre las partes bajo el contrato de fletamento que no pudieron ser resueltas amigablemente, SG N.V. decidió ejecutar el convenio arbitral estipulado en la casilla 25 de la parte 1 y la cláusula 19(a) del contrato de fletamento e iniciar un proceso arbitral en Londres.

En el mes de abril del 2014 SG N.V. notificó a ECO la nominación de su árbitro en la persona de David. F. y le solicitó que dentro del término de 14 días nomine a su árbitro. Esta comunicación fue notificada a ECO por correo electrónico y correo certificado.

En septiembre del 2014 SG N.V. comunicó a ECO haber presentado la demanda arbitral en Londres ante el árbitro nominado por ella y le solicitó que presente su contestación

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

(*submissions of defence*) dentro del término de 28 días. Esta comunicación junto con copia de la demanda arbitral y los documentos habilitantes (*submissions of claim*) también le fueron notificados el día 2 de octubre del 2014 en su domicilio, con la presencia de un notario público ecuatoriano.

Luego, de varios meses, la compañía SG N.V. y el señor Ivo R. fueron demandados ante un juez ecuatoriano por la compañía ECO por nulidad de contrato. ECO, alegaba que el contrato de fletamento suscrito con SG N.V. es nulo por tratarse un contrato de adhesión y no haber discutido la cláusula arbitral. Además, ECO demandó al señor Ivo R., por daños y perjuicios ya que él fue quien suscribió y firmo el contrato de fletamento expresando “a nombre y en representación de SG N.V.”.

La parte jurídica de la traba de la Litis por nulidad contractual no la trataré en este trabajo, ya que no es tema del mismo, sin embargo es un tema muy interesante y controversial, ya que los jueces ecuatorianos en dos instancias resolvieron declarar nulo el contrato de fletamento, por ende nula la cláusula arbitral. Lo que llama la atención es que un juez ecuatoriano declara nulo un contrato de fletamento, con base en legislación ecuatoriana, cuando dicho contrato está sometido a ley inglesa. Esto es un ejemplo muy claro de la inseguridad jurídica que existe en Ecuador.

Ahora bien, en cuanto a la demanda por daños y perjuicios al señor Ivo R. quien firmó el contrato de fletamento “a nombre y representación” de SEATRADE GROUP., alego lo siguiente en su defensa:

“Al respecto debo manifestar que no soy representante legal de la Compañía demandada. El contrato firmado y objeto de la presente disputa ha sido reconocido por SG N.V., como suyo, por lo cual la única persona que puede responder por ese contrato es la compañía demandada, a través de su representante legal o procurador judicial.

Si bien es cierto, firme el contrato a nombre de SG N.V., pero no puedo responder por los actos cuales se obligó la compañía demandada.”

El juez de primera resolvió lo siguiente:

Declarar con lugar la demanda y declarar la nulidad del contrato suscrito entre SG N.V. y ECO.

Una de las razones por las que se declara nulo es:

“La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”. En este sentido, en autos constan (fojas 482, 484, 485 y 486) las certificaciones extendidas por el Registro Mercantil de Guayaquil y por la Superintendencia de Compañías del Ecuador que indican que SG ECUADOR, que aparece como firmante en representación de SG N.V. en el instrumento en cuestión, no tiene existencia legal en el Ecuador, razón por la cual no tiene asidero legal la declaración de ratificación que hace SG N.V. respecto de una actuación realizada por una persona jurídica que no existe legalmente. DÉCIMO.- Una vez que se ha llegado a la convicción de que procede la reclamación de la parte actora de exigir la nulidad del contrato de fletamento celebrado el pasado 23 de marzo de 2012, ya que se ha comprobado que el mismo atenta contra las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que han sido debidamente individualizadas en los considerandos anteriores, la suscrita Jueza de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA ”, declara CON LUGAR la demanda, y en consecuencia la nulidad del contrato de fletamento celebrado el pasado 23 de marzo de 2012 entre ECO y SG N.V.”

En segunda instancia, los jueces de lo Civil se ratifican en el contenido de la sentencia de primera instancia. Esta mala sentencia ecuatoriana, nos demuestra que en Ecuador no hay seguridad jurídica. Una persona que firmó un contrato en representación de otra, expresándolo en el mismo contrato, tiene que responder por sus propios y personales derechos.

Como podemos ver en dicha sentencia no se reconoce el hecho de que el firmante del contrato lo hace en nombre de otro.

Cabe destacar que como prueba a su favor el señor Ivo R. presento un Acta de Ratificación de Gestiones, suscrita por el representante legal de la compañía armadora SEATRADE GROUP N.V, en el cual se expresa lo siguiente:

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

1. *“La persona que aparece en este documento representa a la empresa SG N.V., con atribuciones suficientes para dar la siguiente declaración de acuerdo con los Estatutos Sociales de la empresa. SG N.V., es una compañía registrada en Curacao, en el Registro de la Cámara de Comercio (...)*
2. *SG N.V., actuó como operador del buque MV KOALA BAY durante el período del 01 de marzo del 2012 hasta el 31 de Agosto de 2012.*
3. *El Sr. Ivo R. es el gerente general de la compañía Midden (Ecuador). En mayo del 2008, SG N.V. celebró un Acuerdo General de agenciamiento naviero y portuario con Midden con la finalidad de que MIDDEN represente a SEATRADE SG N.V. en Ecuador.*
4. *En marzo del año 2012, el Señor Ivo Ravelli negoció en nombre y representación de SG N.V. un contrato de fletamento con ECO para el transporte de un mínimo de 3.250 toneladas métricas de papas, desde Esmeraldas (Ecuador) hacia Puerto Cabello (Venezuela), que concluyó con la celebración del Contrato GENCON de fletamento por viaje, el día 22 de marzo del año 2012. El Señor Ivo R. como gerente general de la compañía MIDDEN, se encargó de firmar el contrato en nombre y representación de SG N.V. y de realizar todas las comunicaciones con ECO en relación a la ejecución del contrato de fletamento: cuestiones operativas, el pago del flete o estadía, las controversias que surgieren.*
5. *Mediante este documento SG N.V. de conformidad con el Código Civil del Ecuador, ratifica expresamente todas las actuaciones realizadas por el Sr. Ivo R. realizadas indistintamente como Gerente General de MIDDEN o a título personal, y que concluyeron con la celebración del contrato de fletamento por viaje Gencon, el día 22 de marzo del año 2012 entre SG N.V. y ECO, que hoy es materia de discusión dentro del Juicio No. 09332-2014-66037, ante la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, Ecuador.”*

Sin embargo, a pesar de que el armador SG N.V. ratificó las gestiones realizadas por Ivo R. declarando expresamente y reconociendo el contrato de fletamento suscrito con ECO, como suyo, los jueces ecuatorianos no toman en consideración esto, y declaran que el

contrato es nulo por haber sido suscrito con una persona que no representa ninguna compañía. Además también se lo declara nulo por las otras aseveraciones mencionadas previamente como nulidad contractual, estas son, por existir objeto lícito y considerarse un contrato de adhesión. Esta sentencia ha causado mucha controversia en nuestro país, ya que va en contra de todo lo que establecen los principios comerciales y jurídicos. Además de perjudicar al sector marítimo del Ecuador, ya que crea desconfianza en navieros extranjeros que deseen suscribir contratos de fletamento con cargadores ecuatorianos.

Situación muy distinta a lo que sucede en España, esto es que el artículo 321 de la LNM expresamente autoriza al consignatario de buques firmar los conocimientos de embarque por cuenta del armador o naviero. Únicamente se le exige al consignatario que haga constar el nombre y dirección de su principal. En caso de que no lo hiciera, responderá del transporte solidariamente con el armador y naviero.

Esto quiere decir, que de acuerdo a la legislación española no podrían existir problemas como el caso ecuatoriano previamente mencionado, ya que la Ley es muy clara. Este régimen reviste carácter de Derecho necesario (inderogable) para las partes, en beneficio del titular del derecho sobre las mercancías en los transportes contratados en régimen de conocimiento de embarque, por un sector donde la capacidad de negociación de los usuarios de los servicios es más limitada.⁶⁶

Posibles soluciones al problema en Ecuador.

Proyecto Código del Comercio Ecuador.

El Proyecto al Código del Comercio del Ecuador introduce un título sobre el contrato de transporte marítimo y fluvial, que incluye las realidades actuales del transporte y de los tipos de carga. Moderniza concepto de armador y naviero, haciéndolos sinónimos. Y se incluye la figura del operador de la nave, que no existía.

El artículo 481 del Proyecto al Código del Comercio del Ecuador, sobre el contrato de agencia, establece que es un contrato “*en virtud del cual un empresario comerciante,*

⁶⁶ GARCÍA-PITA Y LASTRES, QUINTÁNS EIRAS Y DÍAZ DE LA ROSA. *Op. cit.*, pp. 524

denominado agente, asume de manera estable y permanente el encargo de promover, explotar y/o concluir negocios comerciales, que pueden estar concretados a un territorio específico, en nombre y por cuenta de otra persona, nacional o extranjera, denominada principal. El agente por la prestación de sus servicios recibirá una retribución, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo de las operaciones comerciales que desarrolla personalmente o a través de sus dependientes.”

En cuanto al agente naviero, específicamente, el Proyecto del Código de Comercio, esclarece ésta figura, dividiéndolo en agente de carga y agente naviero.

- a. Son agentes de la nave: Las personas naturales o jurídicas que representan al armador en los actos y trámites relativos al arribo o al zarpe de la nave en puertos ecuatorianos.*
- b. Son agentes de la carga: las personas naturales o jurídicas que representan a los intereses de la carga en las gestiones y trámites relativos al embarque o en el desembarque de la carga en puertos ecuatorianos.*

Se aclara que el agente no es responsable por los daños y perjuicios que ocasionen el naviero y/o los dependientes del naviero.

Expresamente dice el Proyecto que los agentes no responden por los actos de sus mandantes y no son responsables por las operaciones propias de las naves, ni por los accidentes y abordajes o varaduras que sufran las naves. Tampoco responden de las pérdidas o mermas que sufran las mercancías cuando estén bajo la custodia de la nave.

“Artículo 884.- Salvo lo dispuesto en el artículo 894 de este Código, los agentes de la nave o de la carga no responderán personal ni solidariamente por los hechos de sus mandantes y dependientes de éstos, ni por los actos, contratos u obligaciones adquiridos por tales mandantes y dependientes de éstos. No serán responsables personal ni solidariamente por las operaciones propias de las naves, ni por los accidentes, abordajes o varaduras que sufran las naves. Tampoco responderán personal ni solidariamente por las pérdidas o mermas que sufran las mercancías cuando estén bajo la custodia o cuidado de la nave. Esta disposición será de obligatoria aplicación aun cuando los mandantes hubiesen incumplido el artículo 6

o 273 de la ley de compañías, y en tal virtud, no podrá ejercerse contra los agentes de la nave o de la carga la acción prevista en el artículo 7 de la ley de compañías.”

Es decir, este Proyecto libera de responsabilidad a los agentes navieros por los hechos de sus mandantes. Además despeja las dudas sobre la acción prevista en el artículo 7 de la Ley de Compañías, que como mencioné anteriormente, muchos jueces fundamentan sus sentencias en la representación que exige dicha Ley.

El Proyecto menciona que las relaciones entre el agente y sus mandantes se regirán por lo estipulado en los contratos respectivos, y en su defecto o a falta de pacto o acuerdo expreso, le será aplicable la legislación sobre el mandato, como sucede actualmente.

Además se menciona que los agentes están facultados para representar a su mandante en los contratos de transporte de mercancías y de fletamento. Así como también pueden suscribir a nombre del armador o del operador, los conocimientos de embarque marítimos. La incorporación del artículo 888 del Proyecto, evitaría decisiones judiciales como los que he citado de los casos previamente mencionados.

“Artículo 888.- Los agentes están facultados para representar a su mandante en los contratos de transporte de mercancías y de fletamento. Así también podrán suscribir a nombre del armador o del operador, los conocimientos de embarque marítimos. Podrán además, designar al agente de las naves que opere su mandante.”

Se incorpora una nueva figura novedosa, sobre la citación al naviero extranjero no domiciliado en el país en la figura de su agente local. El artículo establece que el agente naviero podrá recibir a nombre del naviero, armador, explotador o capitán que tengan su domicilio en el extranjero, las notificaciones y citaciones emitidas dentro de un proceso judicial o administrativo, siempre que sean emitidas por autoridad competente. El agente estará en la obligación de hacerla llegar al naviero, armador, explotador o capitán, la respectiva notificación o citación que reciba dentro de un plazo máximo de 30 días. Una vez transcurrido dicho plazo el agente naviero, notificará al juez emisor de la notificación o citación, del esfuerzo realizado para notificar al demandado extranjero. Hecho lo cual, se entenderá que los demandados han sido debidamente notificados o citados y que el proceso en Ecuador podrá válidamente continuar.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Así lo expresa el artículo 891 del Proyecto:

“Artículo 891.- El agente naviero podrá recibir a nombre del naviero, armador, explotador o capitán que tengan su domicilio en el extranjero, las notificaciones y citaciones emitidas dentro de un proceso judicial o administrativo, siempre que sean emitidas por autoridad competente. El agente estará en la obligación de hacerla llegar al naviero, armador, explotador o capitán, la respectiva notificación o citación que reciba, dentro del plazo máximo de treinta días calendario. La transmisión de tal notificación o citación por parte del agente naviero a los demandados podrá hacerse electrónicamente mediante envío a una dirección electrónica con un dominio corporativo de los demandados, o por correo postal, courier o a través de cualquier otro medio idóneo que permita establecer la entrega recepción o acuse de recibo de la notificación o citación a los demandados en su domicilio principal o en cualquiera de sus establecimientos mercantiles, y sin que fuese necesario que tal entrega recepción se haga en la persona de su representante legal. Una vez transcurrido dicho plazo, el agente naviero hará conocer al juez emisor de la notificación o citación del esfuerzo realizado para notificar al demandado extranjero acompañando para el efecto la evidencia documental que pruebe la entrega recepción de tal notificación o citación a los demandados, hecho lo cual, el juez ordenará mediante providencia que los demandados han sido debidamente notificados o citados y que el proceso en Ecuador podrá válidamente continuar.”

Este artículo establece algo muy similar a lo que menciona la LNM en su artículo 322, sobre las reclamaciones y reservas por pérdida o daños a las mercancías que le dirija el destinatario del transporte al armador y naviero. Estando obligado a comunicarlas de inmediato a su principal. Dichas reclamaciones y reservas comunicadas al consignatario, surten el mismo efecto, que las realizadas al armador o naviero. Sobre la primera presentación del agente naviero, cuando solicite atención de una nave ante la autoridad de puerto de un arribo, deberá indicar por escrito a la Autoridad todos los detalles del domicilio, dirección física y electrónica y teléfonos de su mandante. En caso que no diere cumplimiento a esta obligación o proporcionare maliciosamente información falsa, responderá personal y solidariamente por las obligaciones por él contraídas a nombre de su representado.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

Finalmente, el Proyecto confirma que el agente naviero responderá ante la autoridad marítima o portuaria por las obligaciones de su representado, en todo lo relacionado con el pago de tasa o impuestos portuarios, lo cual no es una novedad, ya que como mencionamos previamente esto también está estipulado en el Reglamento a la Actividad Marítima y en el Código de Policía Marítima, vigentes.

Conclusión.

La situación actual en el Ecuador, sobre el contrato de agenciamiento naviero y su régimen de responsabilidad, es la misma situación de España hace varios años atrás, antes de que entre en vigencia la LNM. En España, sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales y el Tribunal Supremo, que culminaron finalmente con la decisión adoptada en la sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2007, interpretaron un régimen de responsabilidad incorrecto, derivado de la interpretación del antiguo Código de Comercio de 1885, el cual era obsoleto.

La adopción de la LNM derogó el libro III del Ccom. de España, y actualmente el régimen del contrato de consignación que establece la Ley, es más actualizado y acorde a la situación actual de los colaboradores del empresario marítimo. Lamentablemente, la situación no es la misma en Ecuador, ya que no existe aún una codificación que actualice la normativa marítima del país. Si bien, existe un Proyecto de Código de Comercio que se está debatiendo, éste aún no ha entrado en vigor y está muy lejos de concretarse.

Un factor que ha influido, indudablemente, en esta interpretación desfavorable al consignatario es, sin duda, el de la mayor facilidad que representa demandar a quien está establecido en el puerto de origen o destino del transporte. Y así lo han puesto de manifiesto algunas sentencias españolas. Situación en la que se encuentran los jueces ecuatorianos, en la actualidad. Como ya quedo explicado, el consignatario no será responsable ante los destinatarios del transporte de las indemnizaciones por daños o pérdidas de las mercancías o por retraso en su entrega. Criterio que considero correcto ya que ellos están situados en España, como agentes o comisionistas, y no debe ser el consignatario quien responda ante los terceros, salvo que actué y realice actuaciones de transitario, operador de carga, o de otra naturaleza, en cuyo caso responderá como tal.

En cuanto a los daños por culpa propia, si responderá por dichos daños, ya que esto es un principio básico del Derecho Civil, ya que existe culpa o dolo y es un hecho imputable a él.

La LNM no menciona nada sobre la responsabilidad del consignatario por sus empleados o dependientes, regla que está reconocida en el ordenamiento jurídico español, y que se basa en los principios de culpa *in eligendo* e *in vigilando*, por lo que cabría su aplicación.

Como se puede observar de los artículos invocados del Proyecto del Ccom. de Ecuador y brevemente explicados, son muy similares al ordenamiento que establece la LNM. La única distinción que sigue es que en Ecuador no se diferencian las relaciones cuando son ocasionales o cuando son continuadas y estables. El Proyecto de Ecuador, ratifica, que el régimen aplicable es el del contrato de mandato. Se asemejan en ambas normativas lo relacionado a la firma de los conocimientos de embarque y a los comunicados y avisos que podrá recibir el consignatario y deberá de comunicar inmediatamente a su principal.

Con las sentencias y jurisprudencia ecuatoriana que ha sido citada en el presente trabajo, se puede ver la realidad de hoy en día. Al agente naviero se le aplica un régimen que no es el adecuado. Al igual de lo que sucedía en España, el artículo 586 del Ccom. de España, que establecía el principio de la responsabilidad de los propietarios de buques por los actos del capitán, extendiéndola al naviero o armador. Cuando dicho Código establecía en este artículo que es naviero quien representa al buque en puerto en que se halle, no podría referirse al consignatario, ya que representar supone a una persona que actúa en nombre de otra. Si bien la decisión del Tribunal Supremo sobre la sentencia del 26 de noviembre de 2007, es legítima, iba en contra de la técnica jurídica y realidad actual.

Es necesario la entrada en vigencia del Proyecto del Código de Comercio en Ecuador, ya que la codificación actual data de los años 60 y en estos 60 años posteriores el Comercio en general ha experimentado la exclusión e inclusión de distintas instituciones jurídicas que ya no son aplicables a la realidad actual del comercio y otras que son necesarias regular e incorporar al ordenamiento jurídico interno.

La obsolescencia y la carencia de sentido práctico del actual Código de Comercio de Ecuador, han impedido que éste responda diligentemente al llamado que el tráfico mercantil demanda. Es imperioso brindarles a los distintos agentes comerciales un Código adecuado que se ajuste a las exigencias y dinamisismos del comercio nacional e internacional contemporáneo. Si no se realizan dichos cambios en la normativa seguirán los cargadores y agentes desprotegidos. Actualmente se alteran y se contradicen principios generales del Derecho sobre la responsabilidad de un agente naviero que tiene

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

que responder únicamente por tener la calidad de representante del buque en el puerto en que se halle.

Bibliografía

Doctrina:

- GONZÁLEZ LEBRERO, Rodolfo A., *El agente Consignatario de buques en España*, Editorial Librería Bosch, Barcelona, Tercera Edición. 1989.
- ARROYO MARTINEZ, Ignacio, *Curso de Derecho Marítimo*, Arazandi, Pamplona, 2015, Tercera ed., V. 1.
- FERNÁNDEZ, Ramón y GUERRA, Fernández, *El fletamento en las ordenanzas del Consulado de Bilbao de 1737*, Anuario de historia del derecho español, ISSN 0304-4319 No. 62, 1992.
- BRODIE, Peter R. *Commercial Shipping Handbook*, Tercera Edición, Informa, Londres, 2014.
- GABALDON GARCIA, José Luis, *Curso de Derecho Marítimo Internacional*, Editorial Marcial Pons, Tercera Ed., Madrid, 2012.
- BAENA BAENA, Pedro Jesús y NIEVES LÓPEZ, Santana. *Estudios sobre la responsabilidad de los operadores de transporte en la Ley de Navegación Marítima*. Editorial Arazandi. Primera Edición. Navarra, 2017.
- RUEDA, Carlos. *El Agente Marítimo en la legislación argentina*, Liberia Jurídica, Buenos Aires, Primera Edición. 1944.
- LASTRES OTERO, José Manuel. *Estudios de Derecho Marítimo*. Editorial Thomson Reuters Arazandi, Navarra, Primera Edición. 2012.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. QUINTÁNS EIRAS, María Rocío y DÍAZ DE LA ROSA, Angélica. *El Derecho Marítimo de los Nuevos Tiempos*. Editorial Thomson Reuters. Primera Edición. Navarra, España. 2018.
- HILL PRADOS, María Concepción. *Regreso al pasado. La empresa consignataria de buques y el «eterno problema» de su responsabilidad*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración NO. 82. España, 2009.
- Martín Osante, J. M. “*Accidentes de la navegación en Comentarios a la Ley de Navegación Marítima*”, Editorial Tirant lo Blanch, España, 2016.
- VARGAS HINOSTROZA, Luis. *El Contrato de Mandato*. Ecuador, 2013. Obtenido de: <https://www.derechoecuador.com/contrato-de-mandato>
- LARREA HOLGUIN, Juan. *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador*. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones. Volumen II. Quito, 2002.
- VILLALBA VERA, Wladimiro., en VARGAS, Luis. (2013). *El Contrato de Mandato*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/contrato-de-mandato>.

- VILLALBA, VERA, Wladimiro. *Notas de clase del curso de Contratos*, impartido en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. (2012).
- PLANIOL Marcel. en Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10. Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10.
- BARRERA GRAF, Jorge. *La Representación voluntaria en el derecho privado*. Editorial UNAM Instituto de Derecho Comparado. Primera Edición. México, 1967.
- LARREA HOLGUÍN, Juan. *Enciclopedia jurídica ecuatoriana*. Editorial Fundación Latinoamericana Andrés Bello, primera reimpresión, Ecuador, 2012.
- DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *“Sistema de Derecho Civil”*, Volumen II, Octava edición, Editorial Tecnos, España, 2002.
- CORSARO, Luigi. DONATO BUSNELLI, Francesco. *La Responsabilidad Civil Contemporánea*. Editorial ARA EDITORES. Primera edición en español. Perú, 2009.
- PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo. *“Responsabilidad penal de las personas jurídicas”* Artículo publicado en Lefebvre – El Derecho. Fecha de publicación 28 de julio de 2015. Obtenido de: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/Responsabilidad-penal-personasjuridicas_11_843055003.html
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús. *Fundamentos del Derecho penal de empresas*. Editorial Edisofer. Segunda edición, España, 2016.
- NIETO MARTIN, Adán. *Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal en “Compliance y teoría del Derecho penal”*.

Legislación y jurisprudencia española:

- Ley de Navegación Marítima.
- Ley de Transporte Marítimo de Mercancías en régimen de conocimiento de embarque, de 22 de diciembre de 1949.
- Real Decreto 131/2019, de 8 de marzo, por el que se desarrolla la obligación de consignación de buques.
- Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia
- Convenio de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad de los Empresarios, en adelante CRET.

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

- Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil por Derrames de Hidrocarburos – CLC.
- Código de Comercio de España
- Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (TRLPEMM).
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Legislación y jurisprudencia ecuatoriana:

- Código de Policía Marítima publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 1202 del 20 de agosto de 1960.
- Código Civil del Ecuador.
- Decreto Ejecutivo No. 8 del 15 de enero del año 2007.
- Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 10.
- Sala de lo Social y Laboral, Corte Suprema de Justicia. Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. No. 3.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) No. 7783 de 26 de noviembre de 2007. Madrid, España
- Ley de Compañías Ecuador Publicada en el Registro Oficial del Ecuador No. 312 del 05 de noviembre de 1999.
- Gaceta Judicial No. 15, Serie 13, del 06 de julio de 1982. Se adjunta sentencia como anexo.

- *Katia Stepan Aguirre por los derechos que representa de Panamericana del Ecuador S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros Vs. Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A.*
- Sentencia de Casación, Expediente No. 246. Publicado en el Registro Oficial No. 679 del 08 de octubre de 2002.
- Constitución Política de la República del Ecuador, vigente mediante Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.
- Decreto Ejecutivo 1111 del 27 de mayo del 2008, publicado en el Registro Oficial No. 358 del 12 de junio de 2008.
- Proyecto Código de Comercio del Ecuador
- Reglamento a la Actividad Marítima
- Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria del Ministerio de Ambiente (TULAS)

ANEXOS

Análisis comparado del régimen de responsabilidad de los consignatarios de buques en Ecuador y España.

Adelina Barahona González

REFORMA ESTATUTARIA Y CAMBIO DE DENOMINACION SOCIAL

Expediente de Casación 246
Registro Oficial 679 de 08-oct.-2002
Estado: Vigente

ACTORA: Katia Stepan Aguirre por los derechos que representa de Panamericana del Ecuador SA., Compañía de Seguros y Reaseguros.
DEMANDADO: Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL

Quito, a 22 de julio del 2002; las 15h00.

VISTOS: Ha venido este juicio ordinario, que en el Juzgado Cuarto de lo Civil de Guayaquil el 28 de julio de 1988, ha propuesto Katia Stepan Aguirre, por los derechos que representa de Panamericana del Ecuador SA., Compañía de Seguros y Reaseguros, contra CCT., del Ecuador SA., posteriormente por reforma estatutaria y cambio de denominación social, Crowley American Transport Inc. Ecuador SA. La accionante afirma que el vapor "Ambassador", transportando desde New Orleans las cargas descritas en el conocimiento de embarque Nro. CY007, las entregó en el puerto de Guayaquil siniestradas, las que habían sido aseguradas por su representada, indemnizando con el pago de \$. 141.720,00 dólares americanos, pretendiendo "en mérito de la subrogación de derechos". que le pague la antes indicada cantidad, con los intereses legales, más el reintegro de la tercera parte y gastos suplidos, con costas (fojas 3 y 4 de primer grado). José Estrada Guzmán al comparecer por los derechos que representa de C.C.T. Ecuador SA.", deduce las excepciones de ilegitimidad de personería de la demandada, subsidiariamente improcedencia de la demanda, por no tener responsabilidad en los daños sufridos por la carga transportada por las naves agenciadas, ni que "haya sufrido durante su transporte siniestro alguno", que fueron recibidas las mercaderías "sin observaciones", que reconoce el libelo el daño "sería imputable a negligencia ajena, a la estiba o mal manipuleo al desembarque de los bultos, que "no existe ninguna responsabilidad de la transportadora", negando los hechos y el derecho (fojas 9 vuelta de primer grado). Luego de la excusa del abogado Francisco Minda Bastidas, Juez titular, de 8 de noviembre de 1993, la aceptación de 18 de febrero de 1994 decretada por el Juez Quinto de lo Civil de Guayaquil, abogado Julio Vásquez Varas, notificada en la misma fecha (foja 104 vuelta y 105 de primer grado, se dicta sentencia, declarando con lugar la demanda y ordenando que C.C.T. del Ecuador a la compañía actora la suma reclamada con los intereses legales que serán liquidados pericialmente con la condena en costas, con base a que se ha subrogado en los derechos del asegurado Instituto Ecuatoriano de Electrificación INECEL, que ha recibido la indemnización por las averías, "por causas que aparecen fueron de responsabilidad de la demandada" (fojas 107 a 108 de primer grado). José Estrada Guzmán, por los derechos que representa, interpuso recurso de apelación determinando los puntos del mismo, que "el Agente Naviero no transporta y solo responde solidariamente con la nave por los impuestos, tasas y multas conforme al Art. 371 del Código de Policía Marítima, siendo indiscutible que existe ilegitimidad de personería del demandado", que el conocimiento de embarque fue expedido por la transportista Coordinater Caribbean Transport Inc., que no hubo observaciones y sino que fue recibida la carga "conforme por la destinataria", insistiendo que el ajuste de seguros", fija la avería en el 0.37% mientras la Compañía de Seguros ha pagado el 37%, que no corresponde al supuesto daño sufrido (fojas 3 de segundo grado). Posteriormente, Estrada Guzmán previo al pronunciamiento acerca de la validez procesal, sostiene la nulidad por la irregular excusa del Juez titular, dado que Mario Roseney Cassis, con quien afirmaba tener juicio pendiente, causal expuesta, no era representante de la compañía demandada y porque se había incumplido con los requisitos de acompañar las copias del pertinente juicio, como también por la aceptación inmediata sin prever que no era in allanable, originando así que el Juez subrogante "no haya tenido competencia para expedir

la sentencia", en atención al artículo 355 Nro. 2 del Código de Procedimiento Civil, que es de orden público y tal omisión de solemnidad sustancial debe ser declarada de oficio (fojas 11 y 12 de segundo grado). El Tribunal de alzada, la Tercera Sala de la Corte Superior de Guayaquil, en auto de 19 de noviembre de 1998, encuentra que la falta de notificación de la excusa del Juez Cuarto de lo Civil de Guayaquil, "no constituye omisión de solemnidad sustancial, ni puede influir en la decisión de la causa, ni tampoco hubo oposición o se alegó la nulidad dentro de la respectiva instancia, y más bien hubo un allanamiento tácito a tal excusa, al presentar la parte demandada los futuros escritos ante el Juez Quinto de lo Civil subrogante del Cuarto, sin oposición al respecto". (sic., fojas 42 de segundo grado). Además, el fallo de 17 de agosto del 2000, vuelve a reconocer la validez procesal, confirmando en todas sus partes la resolución subida en grado, pero sin decidir las costas (fojas 59 y 60 de segunda instancia), negando luego la ampliación y aclaración de Mario Vinicio Galavoti Rocchi, representante de Crowley American Transport Inc. Ecuador SA., atinente a la impugnación de falta de pronunciamiento acerca de la excepción de ilegitimidad de personería del demandado, ya que "la supuesta solidaridad de los agentes navieros con los armadores, solo se extiende a tasas y multas, pero no a la carga ni a la transportación", la ausencia de determinación acerca de la indemnización reclamada 37% diferente a los 0.37% fijada por la ajustadora de seguros, y, la validez procesal, declarada comprende la irregularidad de estimarse in allanable la referida excusa (fojas 78 de segundo grado). Galavoti Rocchi interpone recurso de casación, objetando la legalidad de fallo del Tribunal de alzada, imputando la violación del artículo 1554 inciso 30 del Código Civil, del artículo 898 del Código de Procedimiento Civil, causales 1 y 2 del artículo 3 de la Ley de Casación, respectivamente acusando la comisión del vicio de errónea interpretación que también lo extiende en los principios jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, al tenor de la causal 3 (fojas 83 y 84 de segundo grado). El recurso fue negado por el Tribunal inferior, sosteniendo que la recurrente "no ha determinado con precisión las normas legales que se consideran mal aplicadas, de qué manera están mal aplicadas y como esa errónea aplicación influye en la resolución de la causa". (Foja 87 de segundo grado), insistiendo la compañía demandada con el recurso de hecho, que le fuera concedido (fojas 90 de segundo grado). Ha sido calificada la admisibilidad del recurso de hecho y por tanto del escrito de casación (fojas 4 y vuelta de este cuaderno), sin que oportunamente lo haya contestado Panamericana del Ecuador SA., Compañía de Seguros y Reaseguros, que extemporáneamente sostiene: que debe de rechazárselo por no reunir los requisitos exigidos por el artículo 6 de la Ley de Casación, al haber sido suscrito a ruego del peticionario por su defensor, el doctor Francisco Boloña Rodríguez sin constar la firma de la parte que impugna la sentencia (fojas 21 y 23 de este cuaderno), pero olvida la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 14 de enero de 1998 (Registro Oficial Nro. 243: 26.1.98), que a la letra dispone: "que es admisible al trámite el escrito contentivo del recurso de casación, presentado con la sola firma del abogado defensor del recurrente, siempre que en el mismo escrito constare que lo hace a ruego de la parte que recurre y que hubiese venido actuando como defensor de la misma parte debidamente autorizada.". Se ha agotado el trámite, procede resolver, al hacerlo, se considera:

PRIMERO.- La acusación de la casacionista, atinente a la nulidad procesal, causal segunda, por lógica debe ser resuelta antes que las otras imputaciones, al respecto sostiene Galavoti Rocchi: "En el proceso aparece una excusa presentada por el Juez de primera instancia Abg. Francisco Minda Bastidas, indicando que él ha mantenido juicio con el señor Mario Rosoney Cassis, quien según él era representante de la demandada, y el Juez que conoció de esta excusa basada en el numeral 30 del Art. 371 del Código de Procedimiento Civil es in allanable y la aceptó, procediendo, luego de poquísimos días, a dictar sentencias condenatoria. Como la segunda instancia acepta la intervención del Juez a quo, está haciendo amia aplicación indebida del Art. 898 del Código de Procedimiento Civil, que no considera in allanable la del numeral 3ro., del Art. 371 del mencionado código. Por tanto, ha habido una errónea interpretación del Art. 898 del Código de Procedimiento Civil, lo cual produce ilegal intervención del Juez en la sentencia" (sic). Al respecto, se consigna: 1.1. La denuncia anterior no contiene cuestión, cosa o medio nuevo en casación. Aunque, técnicamente está fuera de la litis o thema decidendum, por ser diferente a las pretensiones exhibidas o las excepciones deducidas, ni constituyen situaciones fácticas no alegadas en las instancias, ni objeciones jurídicas distintas expuestas al establecerse la controversia, sino que son cuestiones de orden público, que han merecido solo reparos de la casacionista después del fallo del Juez subrogante. Ciertamente, que el mencionado Juez quinto, ahogado Julio Vásquez Varas. inobservó el artículo 898 del Código

de Procedimiento Civil, al calificar de in allanable la excusa presentada por el Juez titular Cuarto de Guayaquil, abogado Francisco Minda Bastidas, que la motivó el artículo 871 Nro. 30 del mismo ordenamiento legal sin influir en la viabilidad la circunstancia de haberse producido en el escrito de casación un lapsus calami, al trazar como norma afectada el artículo 371 Nro. 3. En todo caso, no se configura la causal 2do., del artículo 3 de la Ley de Casación, por las razones siguientes: El Tribunal de alzada en el auto de 19 de noviembre de 1998, transcrito precedentemente. señala válidas las argumentaciones, puesto que la violación de trámite de la excusa susceptible de allanamiento al tenor del artículo 897 del Código de Procedimiento Civil, no influye en la decisión de la causa, dado que los justiciables habían exhibido sus fundamentos fácticos y jurídicos, como también practicaron las pruebas en el pertinente término; además que la alegada omisión de solemnidad sustancia de falta de competencia, puede ser convalidada, que se entiende se produce cuando en forma expresa o tácita, "conste en el proceso que las partes hubiesen convenido en prescindir de la nulidad", en atención al artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, lo que se encuentra comprobado en la especie, al deducir en forma oportuna la apelación de CCT. Ecuador SA., el 20 de marzo de 1995 (fojas 109 de primer grado), como al fundamentarla el 30 de agosto de 1995 (fojas 3 de segundo grado), en que no "determina explícitamente entre los puntos a los que se contrae el recurso", la indicada omisión en concordancia con los artículos 354, 355 Nro. 2 y 417 del Código de Procedimiento Civil. Finalmente, la causal 2 de casación, requiere que la equivocación in procedendo, el mentado vicio de error de interpretación del juzgador haya viciado el proceso de nulidad insanable o invalorable provocando indefensión e influyendo en la decisión de la causa, lo que no se presenta en el juicio en análisis. En cuanto al cargo de nulidad procesal, que formula la casacionista en el último manifiesto de 27 de noviembre del 2001 (fojas 10 a 20 de este cuaderno), apoyado en la causal 2. denunciando esta vez, falta de aplicación del artículo 355 Nos. 4 y 5 del Código de Procedimiento Civil, al decir: "Por consiguiente, aparece que son dos los demandados en este juicio, la compañía CCT., del Ecuador SA. y el señor Mario Roseney Cassis, por sus propios derechos. Pero que no existe en el juicio alguna diligencia de citación al señor Mano Roseney Cassis, ni personalmente ni por los derechos que representa. Tampoco existe alguna notificación con una sola de las providencias expedidas en este juicio, ni con el auto de prueba, ni con las sentencias de primera y segunda instancia, ni aparece ninguna razón del actuario para explicar esta falta de citación con la demanda, ni de notificaciones con las sentencias" (sic). Igualmente, la imputación de falta de aplicación del artículo 355 Nro. 2 del Código de Procedimiento Civil, al indicar:". En el auto de calificación de la demanda, también se dice que se citará a la demandada CCT., del Ecuador S.A., por intermedio de su representante legal señor Mario Roseney Cassis. Pero el citador en lugar de citar a este señor, cita a otra persona, al señor José Estrada como representante legal de la demandada, y no menciona para imada al señor Roseney, ni por sus propios derechos, ni por los que representa de la Compañía CCT., del Ecuador SA., ni indica la razón para este cambio. En vista de haber sido citado, José Estrada comparece a juicio y deduce excepciones, sin que nadie se lo haya ordenado". (sic). Este cargo constituye una cuestión nueva, que no puede abordar este Tribunal, dado que los límites del recurso y por tanto la competencia, fueron determinados y fijados por el escrito de casación, en que no consta tal objeción. El sistema de casación puro que sigue nuestra legislación, como se desprende de la prohibición de "solicitar ni ordenar la práctica de ninguna prueba", de resolver de casar la sentencia o auto objetados según "el mérito de los hechos establecidos", y por las causales en que se sustenta el recurso, no permiten medio, cosa o cuestión nueva vinculada con hechos ni los argumentos que contengan razones de hecho y de derecho. En la especie, no se trata de las precedentes impugnaciones, de recientes o de otras argumentaciones jurídicas de aspectos de puro derecho, sino que son verdaderas cosas o cuestiones nuevas, porque esgrimen situaciones fácticas no alegadas en las instancias y son objeciones jurídicas distintas a las expuestas al trabarse la litis, desconocidas tanto por el Juez a quo como por el Tribunal de alzada acusado. La doctrina sólo admite que el Tribunal de Casación trate un medio nuevo de puro derecho, bajo la siguiente circunstancia: que la norma jurídica últimamente invocada, se encuentre en relación con el objeto de la demanda y persiga su misma finalidad; que no sea contraria a la cosa juzgada; que si contuviere un derecho renunciado, no se lo haya renunciado expresa ni tácitamente; y, que se encuentre vigente al momento de resolverse la casación. En resumen, "es necesario observar que si un planteamiento legal se relaciona con hechos, no es entonces argumento de puro derecho, puramente jurídico, y, por tanto, puede constituir un medio nuevo de casación. Los argumentos mixtos, que entremezclan razones de hecho y de derecho son

medios nuevos"... " lo que no se alega en la instancia no existe en casación" (Humberto Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil, tercera edición, páginas 411 y 412).

SEGUNDO.- La acusación que "la sentencia de la cual interpongo el recurso de casación dispone que nuestra Compañía, que es únicamente agente naviero en la ciudad de Guayaquil, es solidaria con la armadora de la nave "Ambassador" que fue la transportadora de la mercadería haciendo con ello, una errónea interpretación del Art. 1554 inc. 30 del Código Civil". Añadiendo: "consta probado de autos que la Compañía CCT. del Ecuador SA., es representante en el Ecuador de los armadores, lo cual, a más de ser totalmente falso, confunde representante con deudor solidario, haciendo una errónea interpretación del Art. 1554 del Código Civil que determina que la solidaridad sólo nace de la ley o de la convención, y en este caso, no existe ninguna ley que declare que los agentes navieros sean solidarios con los armadores, ya que el Art. 371 del Código de Policía Marítimo, solo extiende esta solidaridad a las tasas e impuestos, y a las multas impuestas al capitán y a los oficiales por infracciones a este Código (sic). Posteriormente, como nueva argumentación jurídica en apoyo de la acusación estudiada, insistiendo ahora que "existe errónea interpretación también de los Arts. 71, 73 y 277 del Código de Procedimiento Civil; la demanda no contiene ninguno de los requisitos de derecho, sino unas cuantas citas mal hechas de disposiciones legales que nada tienen que ver con el Comercio Marítimo, regulado, no por el Libro Primero sino por el Libro Tercero del Código de Comercio, debió el Juez en cumplimiento del Art. 73 citado, abstenerse de tramitar la demanda y no declararla clara y precisa. Sino lo hizo, existe, pues, claramente falta de aplicación de los Arts. 71 y 73 del Código de Procedimiento Civil. Pero ya que se tramitó este juicio, debió aplicarse el artículo 277 del mismo Código Procesal (sic fojas 16 y vuelta de este cuaderno). Se hace indispensable para decidir, formular las reflexiones siguientes: 2.1. La compañía accionante en el libelo inicial al exhibir sus pretensiones dice: "...con los antecedentes expuestos, vengo ante usted, señor Juez, a demandar como en efecto demandando, en juicio ordinario en mérito de la subrogación de derechos a CCT., del Ecuador SA., para que mediante sentencia sea condenada al pago...". Luego, señala: "A la demandada CCT., del Ecuador S. A., se la citará en la interpuesta persona de su representante legal, señor Mario Roseney Cassis, o quien más represente a la persona jurídica demandada al momento de la citación, a él personal y solidariamente en cuanto corresponde en derecho..." (sic). Mientras, que la excepción de CCT., del Ecuador SA., es de ilegitimidad de personería de la demanda, por cuanto "no es armadora ni representante legal de los armadores de la nave "Ambassador", ni es solidaria con los mismos" (sic). A la vez, el fallo declara: "A (folios 95), consta la comunicación remitida por el Secretario General Encargado de Autoridad Portuaria de Guayaquil, al Juzgado Cuarto de lo Civil de Guayaquil de fecha 4 de octubre de 1989, dándole a conocer que la Compañía C.C.T. del Ecuador S.A., como representante de los armadores Coordinante Caribbean Transport Inc.; mantiene el personal estable y a su cargo en el centro de carga y descarga de las naves que representan. En cuanto a la responsabilidad de la demandada, la Compañía CCT. del Ecuador S.A., consta probada de autos que es representante en el Ecuador de los armadores Coordinante Caribbean Transport Inc.; y su carácter de agente del buque Ambassador en el cual fue transportada la mercadería siniestrada, por consiguiente, su responsabilidad para responder por el siniestro sufrido." (sic). En conclusión la sección del considerando tercero del fallo del inferior, que se ha transcrito, evidencia pronunciamiento sobre la ilegitimidad de personería planteada. Al respecto debe tenerse en cuenta: 1. La falta de legitimidad de personería pasiva que imputa la recurrente, legitimatio ad causam, se concreta a estimar equivocada la sentencia recurrida, al declarar a C.C.T. del Ecuador S.A., representante de Coordinated Caribbean Transport Inc., por su calidad de armadora del buque "Ambassador", y, otra situación jurídica diferente, la reconocida solidaridad en las indemnizaciones por el siniestro ocurrido en el transporte de las mercaderías aseguradas, por ser el agente naviero de la nombrada embarcación. Con atención a la primera objeción, se observa: 2.1.1. El antiguo criterio judicial nacional desde la década de los setenta en el siglo pasado, acepta la representación legal del agente naviero con relación al armador o propietario, no solo por sus actuaciones en el arribo permanencia y zarpe de buques o naves en puertos ecuatorianos, sino por su actuación como mandatario, celebrando en representación de éste, contratos de fletamiento e interviniendo en diversas operaciones mercantiles de transporte marítimo, con fundamento en los artículos 6, 7, 362 ó 427 de la Ley de Compañías, vigente durante el proceso (actuales artículos 6, 7 y 418). Debemos consignar, que la doctrina societaria Nro. 72 a este tipo de representación no la entiende como representación legal, sino representación voluntaria o apoderado. 2.1.2. Las disposiciones

societarias antes citadas, establecen que quienes ejecutan actos o tuvieren bienes a que se refieren las demandas entabladas contra compañía nacional o extranjera, que negociare o contrajera obligaciones en el Ecuador, actos o negocios jurídicos que se hayan de celebrar o surtir efectos en el territorio nacional, que ha omitido el deber de tener un apoderado o representante para contestar las demandas y cumplir las obligaciones respectivas, serán personalmente responsables, pudiendo proponérselas contra ellos. 2.1.3. La alegación que hace la casacionista: "toda compañía extranjera que realice operaciones en el Ecuador, deberá tener un representante que pueda contestar demandas y cumplir las obligaciones respectivas, y sino lo tiene, puede ser considerado como deudor que se oculta, y demandárselo a través de un curador dativo pero no demandar al Agente Naviero que, como su nombre lo indica, es solo un agente, y no es representante legal de la transportista ni es solidario con el capitán de la nave, ni ha ejecutado los actos ni ha tenido las cosas a las que la demanda se refiere", en mérito al artículo 9 de la Ley de Compañías. Este reparo, no es aplicable al caso, en vista que se ha demandado a C.C.T. del Ecuador S.A., por sus propios derechos, pidiendo sea citada por la interpuesta persona de su representante legal. 2.1.4. En la especie, mal hace el Tribunal de alzada en atribuir a C.C.T. del Ecuador SA., la representación legal de los armadores Coordinated Caribbean Transport Inc., que no han sido requeridos en la demanda, puesto que C.C.T. del Ecuador SA., ha sido demandada por su propia responsabilidad, prescrita en la ley, tanto más, que, no se ha demostrado la ilegitimidad de personería de José Estrada Guzmán, entendida como legitimatio ad processum o capacidad para ser parte procesal, apareciendo por el contrario como representante legal según el nombramiento inscrito acompañado (fojas 7 de primer grado), al igual que Mario Galavoti Rocchi por Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A. La causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación exige para configurarse y servir para anular el fallo, que el vicio denunciado en materia sustantiva, haya sido determinante en la sección dispositiva de la resolución; mas, tal condicionante no surge en el proceso, dado que la sentencia objetada es totalmente confirmatoria de la expedida por el Juez a quo, que ordena simplemente pague C.C.T. del Ecuador S.A., a Panamericana del Ecuador S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros, los rubros que señala. 2.1.5. La responsabilidad en el pago de las indemnizaciones ocasionadas por daños en el cargamento, originados en el contrato mercantil de transporte marítimo, corresponde al capitán de la nave, siempre que no provenga de vicio redhibitorio de la carga, caso fortuito o fuerza mayor, o, se deba a culpa o dolo del fletador, al tenor del artículo 747 del Código de Comercio, correlacionado con el artículo 738 del mismo ordenamiento, que establece en general, que los armadores o propietarios de la nave son responsables civiles de los actos del capitán y las obligaciones que hayan contraído para la expedición, debido a que también son factores de éstos, autorizados para todos los actos que abrace la administración de la nave, salvo limitación expresa, en concordancia con los artículos 740 inciso segundo y 121 del Código de Comercio. En cuanto a la responsabilidad del armador o propietario, del capitán por el contrato de transporte marítimo, se establece únicamente la obligación solidaria para indemnizar los daños sufridos en la carga por arribada ilegítima, que sea a favor del cargador, remitente o consignante, por tanto extendible en el evento que se haya contratado un seguro de transporte marítimo, en sus varias modalidades. En tal virtud. las normas mencionadas no se contraponen a la responsabilidad y la constitución de obligaciones solidarias que establece el artículo 371 del Código de Policía Marítima para la recaudación de impuestos, tasas y multas al Capitán y oficiales, a las que se encuentran sujetos los armadores, agentes navieros y el Capitán. En conclusión, constituye una cuestión, cosa o medio nuevo en casación, la extemporánea Imputación contenida en el manifiesto presentado por Galavoti Rocchi en este nivel Jurisdiccional, el 27 de noviembre del 2001, que desarrolla en el párrafo titulado: "Cuarta Causal: Errónea interpretación de los Arts.: 747 y 832 del Código de Comercio", que este Tribunal se ve obligado a rechazar, por no hallarse contenida en el escrito de recurso de casación admitido. Sin embargo, se precisa finalmente, que pueden ser objeto del seguro marítimo "las mercaderías cargadas" al tenor de los artículos 920 y 925 del Código de Comercio y, que en el seguro de transporte terrestre. "la responsabilidad del asegurado principia desde el momento en que las mercaderías quedan a disposición del porteador y concluye con la llegada de las mismas al destino indicado en la póliza" y que el asegurador responde de los daños causados por culpa o dolo de los encargados de la recepción, transporte o entrega de los objetos asegurados, sin perjuicio de la acción subrogatoria a que tiene derecho de conformidad con el Art. 38 de esta Ley", referida al Decreto Supremo Nro. 1147 (Registro Oficial Nro. 123: 7.12.63). 2.1.6. Cierta es la afirmación de la recurrente al tenor del artículo 1594 inciso tercero del Código Civil, que prescribe que las obligaciones in solidum "deben ser expresamente declaradas en

todos los casos en que no lo establece la Ley.". La doctrina reconoce que mediante contrato las obligaciones pactadas son susceptibles de varias modificaciones que influyen respecto de la naturaleza y efectos de aquéllas, si se refiere "al sujeto que contrae o en favor de quien se contrae será divisible y solidaria según el caso". "La solidaridad... afecta el sujeto de la obligación -sea por convenio, testamento o ley-, pero no se presume como la divisibilidad". (Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo VI, página 193). Empero, según autos, en ningún momento los juzgadores de instancia aluden a obligaciones solidarias en sus resoluciones, que son definidas en dicha norma, como aquellas que "puede exigirse a cada uno de los deudores o por uno de los acreedores el total de la deuda.". En todo caso, debe entenderse que el artículo 7 de la Ley de Compañías permite que por la responsabilidad que prescribe, se pueda demandar personalmente o sea por sus propios derechos, a quienes ejecutan los actos o tuvieren los bienes materia del contrato civil o mercantil celebrado por compañías nacionales o extranjeras, dentro del territorio nacional, que respectivamente no tenga representante legal o apoderado en el Ecuador; salvo, que se trate de contratos administrativos de obra pública, concesión o prestación de servicios públicos y de concesiones o explotaciones de recursos naturales, en que tal omisión por parte de una compañía extranjera, se sanciona con la nulidad del pertinente contrato, al tenor de la reforma legal (Ley 58: Registro Oficial Nro. 594: 30.12.86). En resumen, no existen obligaciones solidarias, sino que la obligación que contraen esas compañías por precepto legal es autónoma e independientemente se puede exigir el cumplimiento a quien ejecuta los actos o tiene los bienes, en atención al artículo 273 de la Ley de Compañías (anteriores codificaciones artículo 308 ó 315), que taxativamente ordena: "Los agentes que obraren por compañías extranjeras sin haber obtenido la aprobación necesaria quedarán personalmente obligados al cumplimiento de los contratos que celebraren y sometidos a todas las responsabilidades, sin perjuicio de la acción a que hubiese lugar contra dichas compañías.". Por tanto, no existe mandato convenido ni establecido por el Legislador, no cabe pues hablar de representación legal; tanto más, que esta situación no se identifica completamente con la figura jurídica del cuasi contrato de gestión oficiosa o gestión de negocios ajenos, en que las obligaciones del Gerente son las mismas que las del mandatario, de conformidad a los artículos 2213 y 2214 del Código Civil, sino que se trata de una asignación directa y total de responsabilidad patrimonial del gestor o ejecutante de los negocios o contratos de esas compañías extranjeras, en el territorio nacional, para evitar que sean perjudicados terceros contratantes de buena fe, dentro del giro ordinario o actividades comerciales de éstas.

2.2. La demanda también se fundamenta en el hecho que Panamericana del Ecuador S.A. Compañía de Seguros y Reaseguros, ha tenido que indemnizar la cantidad ciento cuarenta y un mil setecientos veinte dólares por la entrega siniestrada de la carga descrita en el conocimiento de embarque Nro. CY007, exigido dicho pago e intereses "en mérito de la subrogación de derechos.". La doctrina define: "La subrogación es una ficción jurídica establecida por la Ley, en virtud de la cual una obligación extinguida por medio del pago efectuado por un tercero o por el deudor con los dineros que le proporciona ese tercero, se considera no obstante que continúa subsistiendo a beneficio de este tercero con los derechos y acciones del primitivo acreedor". "Respecto del acreedor a quien le paga el tercero, la obligación queda extinguida esto es real; la obligación subsiste a favor del tercero: esta es la ficción". (Fernando Vélez. Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo VI, página 289). Prescribe el artículo 1651 del Código Civil "Subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que paga", que opera virtud del ministerio de la ley o por convenio, consecuentemente, se efectúa sin consentimiento del deudor y contra la voluntad del acreedor, ni requiere de formalidades, en el primer caso, y tiene el efecto de traspasar al nuevo acreedor todos los derechos, acciones, privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal como contra terceros también obligados. En materia de seguros el pago por subrogación alcanza fundamentalmente a las indemnizaciones por daños patrimoniales. En nuestra legislación el artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 1147 (Registro Oficial Nro. 123: 7.12.63), prescribe la subrogación por el ministerio de la ley al disponer: "El asegurador que le ha pagado una indemnización de seguro se subroga, por el Ministerio de la Ley, hasta el monto de dicha indemnización, en los derechos del asegurado contra terceros responsables del siniestro. Pero el tercero responsable puede oponer al asegurado las mismas excepciones que hubiese podido hacer valer contra el damnificado. A petición del asegurador el asegurado debe hacer todo lo que esté a su alcance para garantizarle la viabilidad de la acción subrogatoria.". En consecuencia, no hay violación legal alguna en este sentido, ni siquiera se ha discutido el derecho de la accionante para repetir lo pagado.

TERCERO.- La última objeción formulada por el recurrente, textualmente sostiene: "...Pero el no consentido caso de que todo lo anterior no fuera válido, y que existiera solidaridad de los agentes navieros y que el Juez que falló y la Sala que confirmó dicha intervención fuese válido existiría error en la valoración de la prueba, ya que se ordena el pago de una indemnización de US \$ 147.720,00 valor estimado por los asegurados de un total del US \$ 1933.178,37 valor total de la póliza, cuando el mismo documento, reconocido en la sentencia, o sea, la comunicación remitida por Serviajustes de fecha 10 de julio de 1987 en la segunda hoja, determina la existencia de un acta de la Administración de Aduanas de octubre 24 de 1985, hecha por el vistaforador Pedro Cabello Lozano una avería en un 0.37% del valor de la póliza o sea un 0.37% de 1933.178,37, lo cual da un total de US \$ 7.152,75. Al haber aceptado la sentencia el pago de una indemnización de US \$ 147.720,00 ha cometido errónea interpretación de los principios jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que determinan que un documento tiene que ser aceptado en todas sus partes o en ninguna, y en el presente caso, acepta la comunicación del 10 de julio de 1985 en lo que conviene al actor, y, no lo acepta en lo que le perjudica" (sic). La lectura del cargo presentado, demuestra que Galavoti Rocchi, no indica la norma de derecho infringida, violentando el requisito de formalidades que manda el artículo 6 Nro. 2 de la Ley de Casación, que no puede ser suplido por este Tribunal, dado que no es aplicable el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil a la tramitación de la casación, por tener su propia legislación y tratarse de un recurso extraordinario; cuanto más, que ni siquiera se especifica la calidad del documento, esto es: público o privado, importante para aplicar el artículo 180 del mencionado ordenamiento al valorar los instrumentos públicos, constituyendo por tanto un sistema de evaluación probatorio que debe ser consignado por el casacionista, a fin de que el Tribunal tenga los elementos de juicio para el control de la legalidad del fallo cuestionado y evitar el subjetivismo o discrecionalidad de los jueces revisores. La deficiencia anotada que no puede ser enmendada fuera del término de interposición del recurso de casación, en la especie, tampoco ha sido superada en el manifiesto de 27 de noviembre del 2001 de la compañía demandada, en que alude a las pruebas documentales: acta de avería del vistaforador Pedro Cabello Lozano (fojas 40), e informe de Serviajustes suscrito por Diego Mejía (fojas 22 a 24), con relación a las citas de las facturas comerciales TFX 00953 de 3 de julio de 1985 y TFX 01011 de 9 de septiembre de 1985; unido, a que las nuevas argumentaciones se refieren a hechos sin determinar las normas legales infringidas, persiguiendo convencer al Tribunal de Casación realice una distinta valoración de las pruebas practicadas en el juicio desvirtuando su misión, que se limita a comprobar si en la evaluación de las probanzas por el inferior, se ha violado normas adjetivas o sustantivas que regulan el sistema conduciendo indirectamente a error en la aplicación o interpretación de otras disposiciones, en tal virtud, no tiene valor por falta del requisito indicado. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, con la corrección solamente a la parte considerativa de la sentencia impugnada en cuanto confundidamente declara que consta probado de autos que C.C.T. del Ecuador S.A., -como representante de los armadores Coordinated Caribbean Transport Inc, resultando impertinente, dado que se demanda a la primera por su propia responsabilidad y no por los derechos que representa de la otra, y se tenga impropia deducida, la excepción por ilegitimidad de personaría, se rechaza el recurso de casación en los otros aspectos planteados, por falta de base legal. Se dejan a salvo los derechos de C.C.T. del Ecuador S.A., actual Compañía Crowley American Transport Inc., Ecuador S.A., para repetir contra los armadores del buque "Ambassador": la Compañía Coordinated Caribbean Transport Inc., así como contra el Capitán de dicha nave, por el pago de las indemnizaciones reconocidas como los gastos sufridos, en vista de la certificación extendida por Autoridad Portuaria de Guayaquil, constante en el oficio S-001986 de 4 de octubre de 1984 (fojas 95 de primera instancia). Sin costas, ni multa, lo que deberá tener presente el Tribunal inferior para los efectos del artículo 17 (r) de la Ley de Casación. Publíquese, notifíquese. Cúmplase con el artículo 19 de la mencionada ley.

Fdo.) Dres. Bolívar Guerrero Armijos, Olmedo Bermeo Idrovo y Bolívar Vergara Acosta.

Certifico.

El Secretario.

Razón: Las nueve copias que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del juicio original Nro. 196-2001 que sigue Katia Stepan Aguirre por los derechos que representa de Panamericana del Ecuador S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros contra Crowley American Transport Inc. Ecuador S.A. (Resolución. 246-2002).

Quito a 20 de agosto del 2002.

f) Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator de la Segunda Sala Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

AGENTE NAVIERO

Serie 12

Gaceta Judicial 9 de 20-jun.-1975

Estado: Vigente

TERCERA INSTANCIA

VISTOS: Rodrigo Baquerizo Vernaza, en su calidad de Gerente y Representante legal de Seguros Rocafuerte S.A. comparece ante el Juez Cuarto Provincial del Guayas y en juicio verbal sumario demanda a Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial en la persona de su Gerente y representante legal Anthony Gittes, como Agente de Prudential Grace Lines Inc. para que en sentencia sea condenada a pagar la suma de S/. 30.321,52, más los intereses de la mora, las costas procesales y los honorarios de su abogado. Este valor corresponde, según el actor, a un bulto de mercaderías que formando parte de un cargamento de tres fue confiado para su transporte al vapor Santa Mariana de propiedad de Prudential Grace Lines Inc., el mismo que debía ser entregado a la Empresa Delia M. de Espín y Compañía en el Ecuador, siendo el puerto de embarque Nueva York de los Estados Unidos de América. Según el actor, el susodicho bulto no fue entregado al arribo del barco que transportaba el cargamento, por lo que habiendo estado asegurado éste, en la Compañía de Seguros Rocafuerte S.A., dicha compañía pagó el valor del bulto faltante a la destinataria y se subrogó en los derechos para reclamar al transportador el valor indicado, de acuerdo a lo establecido en el Art. 38 de la Ley de Seguros. El actor fundamenta su demanda en lo dispuesto en los Arts. 205, 228, 236, 243 y 244 del Código de Comercio; en los Arts. 285 y 323 del Código de Derecho Internacional Privado; y, en los Arts. 6, 7, 8 y 362 de la Ley de Compañías. Citada la demanda, compareció a juicio el señor Anthony F. Gittes a fs. 10 de la primera instancia y señaló domicilio para las notificaciones que en lo posterior debían hacerse. La audiencia de conciliación tuvo lugar el 17 de mayo de 1973 a las diez y veinte de la mañana, según consta a fs. 14 de la primera instancia; en esta diligencia el demandado, a nombre de su representada Grace y Cía. (Ecuador) S.A. dedujo las siguientes excepciones; 1o.) Que Grace y Compañía (Ecuador) S.A. Comercial, no es representante ni agente de Prudential Grace Lines Inc., que es únicamente Agente de los buques de propiedad de dicha Empresa extranjera, y como tal, cumple con las obligaciones que le imponen el Código de Policía Marítima, los Reglamentos de la Marina Mercante y los Reglamentos de la Autoridad Portuaria, por tanto, no puede comparecer a juicio ni representar a Prudential Grace Lines Inc.; 2o.) Que Grace y Compañía (Ecuador) S.A. Comercial, no ha ejecutado los actos a que se refiere la demanda, éste es, ni ha celebrado el contrato de fletamento, ni ha transportado la mercadería, ni los bultos reclamados han estado en su poder; 3o.) Son improcedentes los fundamentos de derecho alegados por la actora, debiendo tomarse muy en cuenta que para el transporte marítimo y el contrato de fletamento se aplican las disposiciones especiales constantes en el Libro 3o. del Código de Comercio y no las relativas al transporte en general; 4o.) Finalmente alega subsidiariamente "para el improbable caso de que exista alguna responsabilidad o derecho de ejercitar contra Grace y Compañía (Ecuador) S.A. Comercial, la prescripción de la acción y la nulidad de la causa". Esta audiencia tuvo lugar en ausencia del actor, que no compareció a ella, por lo que fue acusada su rebeldía y, por lo mismo, no hubo ninguna posibilidad de conciliar; en la misma audiencia se recibió la causa a prueba por el término común de seis días, dentro del cual se actuaron las pruebas que obran de autos. El señor Juez 4o. Provincial del Guayas en sentencia declaró sin lugar la demanda; de esta sentencia apeló la parte actora y la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil falló la causa desechando el recurso y confirmando en todas sus partes la resolución de primera instancia. La parte actora ha interpuesto recurso de tercera instancia, y en virtud de este recurso, y previo el sorteo de ley, ha correspondido a esta Sala el conocimiento de la causa para pronunciarse sobre el mencionado recurso. Para este efecto se considera: PRIMERO.- La causa se ha tramitado en la vía verbal sumaria que es la prevista por la ley para esta clase de juicios; en su tramitación no se han omitido solemnidades sustanciales ni se ha incurrido en violación de procedimiento que pueda influir en la decisión de la misma, por lo que, no hay nulidad que declarar; SEGUNDO.- De acuerdo a lo expresado anteriormente lo esencial de la litis es la pretensión del actor de que Grace y Compañía (Ecuador) S.A. Comercial es Agente de Prudential Grace Line Inc. y

por lo mismo debe responder de su reclamo y la negativa de Grace y Compañía (Ecuador) S.A. Comercial que sostiene que no es Agente de Prudential Lines Inc., sino de sus barcos; TERCERO.- Durante el término de prueba se actuaron las que obran en los autos, de estas manera el actor ha justificado: Que en el barco Santa Mariana de propiedad de Prudential Grace Lines Inc., en la ciudad de Detroit Estados Unidos de América, se embarcaron tres bultos con repuestos de automóviles para la firma Delia M. de Espín & Cía, de Quito Ecuador (documentos de fs. 1); el detalle de la mercadería contenida en dichos bultos (documentos de fs. 2, 3 y 4, primera instancia); las condiciones del transporte (documento de fs. 1 vta. primera instancia y traducción correspondiente a fs. 59, 60, 61, 62, 63 y 64 ibidem); el informe de Alfonso Pañafiel G., del Departamento de Importaciones y Reclamos de Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial que expresa que la carga consistente en 3 bultos de Repuestos para Delia M. de Espín "fue recepcionada con una paleta faltando" (sic); da certificación del jefe del Libro Maestro de Autoridad Portuaria de Guayaquil, de la que se desprende (fs. 6 primera instancia), que en el vapor Santa Mariana de abril 8/72, Registro 345, C/E 50 de NY, manifestó que la marca D.M.D.E. 3 bultos Repuestos, pero solamente les fueron entregados dos bultos, habiendo faltado al vapor un bulto; la autorización conferida por el representante de la firma Delia M. de Espín y Cía. para que la Compañía de Seguros Rocafuerte pueda reclamar por la avería de la mercadería que ampara la póliza No. 502.285 (fs. 7 primera instancia), el hecho de que "Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial" se anuncia en la revista "Transporte" correspondiente a febrero de 1.973 como Agente General de los barcos de Prudential Grace Lines, dando la nómina de dichos buques, incluido el Santa Mariana y sus correspondientes itinerarios, además en la misma revista bajo el título de "Líneas Marítimas Internacionales Representaciones en Guayaquil", figura "Grace & Compañía (Ecuador) S.A.C." como representante de "Prudential Lines Inc." (fs. 32, 33 y 34 de la primera instancia); a fs. 67 figura un listado de la mercadería que contenía la paleta faltante suscrito por el representante de la firma Delia M. de Espín Cía.; a fs. 63 la liquidación de reclamo de la Póliza 502.285 T/M de la que se establece que la firma Delia M. de Espín recibió de Seguros Rocafuerte S.A. la suma de Veinte y nueve mil ciento ochenta y un sucres con cuarenta y ocho centavos por concepto de la mercadería extraviada a bordo del vapor Santa Mariana en Viaje New York - Guayaquil - Quito; a fs. 81 de la primera instancia aparece un certificado conferido por el Registrador de la Propiedad del Cantón Guayaquil, del que se desprende que hasta el tres de enero de 1974 no aparece inscrita la Compañía "Prudential Grace Lines Inc.", ni que dicha Compañía haya otorgado nombramiento o poder alguno a favor de ninguna persona para que la represente; este certificado así como el listado de la mercadería faltante y la liquidación de reclamo, antes aludidos, han sido presentados por la parte actora fuera del término de prueba; igualmente, concluido el término probatorio, el actor presentó una boleta notficatoria contentiva del fallo expedido por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia en el juicio verbal sumario seguido por Anglo Ecuatoriana (Agencias) Cía. Ltda. contra Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial y una copia xerox de la matrícula de comercio de Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial (fs. 84, 85, 86, 87, 88, y 89 y 90 de la primera instancia). A fs. 94 de la primera instancia el Juez a quo declara confeso al demandado Anthony Gittes de acuerdo con las preguntas contenidas en el pliego de posiciones que figura a fs. 92 y 93 de ese mismo cuerpo del proceso; CUARTO.- Por su parte el demandado ha producido las siguientes pruebas: La Matrícula de Agentes de Naves Extranjeras conferida por la Dirección de la Marina Mercante del Litoral, copia xerox de la cual obra a fs. 15 y 16 de la primera instancia; dos Avisos publicados por Anthony Gittes en su calidad de Presidente de Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial, en las ediciones correspondientes al día 14 de marzo de 1973 de los diarios El Universo y el Telégrafo de Guayaquil, en las que hace saber al público que su representada no es agente o representante de Prudential Grace Lines Inc. sino sólo agente de los buques de propiedad de dicha compañía extranjera; a fs. 27, 28 y 29 de la primera instancia obran copias xerox de las sentencias pronunciadas por los Jueces Tercero y Sexto Provinciales del Guayas y por la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, en los juicios seguidos por la Unión Compañía Nacional de Seguros S.A. y "Sul América Terrestres, Marítimos o Accidentes Cía. de Seguros" contra "Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial"; copia certificada de una certificación conferida por el Jefe de Personal Marítimo de la Armada del Ecuador, de la que consta que Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial, se encuentra registrada en los archivos de la Dirección de la Marina Mercante y del Litoral como Agente de las Naves perteneciente a las Cías. Navieras: Prudential - Grace Inc. Lykeks bros, Steamship Co, Johnson Lines, Esso Andina y Shell Tankers (fs. 55 de la primera instancia); y, fuera de término copia xerox de la sentencia de tercera instancia expedida por la Tercera Sala de la

Corte Suprema de Justicia, en el juicio sumario seguido por Sul América Terrestres, Marítimos o Accidentes contra Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial. Aparte de las pruebas actuadas y que se mencionan en este considerando y el anterior, las partes produjeron sendos informes en derecho tanto en la primera instancia como en las instancias sucesivas, en los cuales analizan fundamentalmente los aspectos de puro derecho dentro de la litis; QUINTO.- Examinando las pruebas descritas y los alegatos de las partes, la Sala llega a las siguientes conclusiones: Que Prudential Grace Lines Inc. compañía naviera extranjera, opera con sus naves en el transporte de carga y pasajeros entre los puertos del Atlántico y el Pacífico de los Estados Unidos de América y los Puertos Ecuatorianos; que estos servicios los hace en forma regular, sujetos a itinerarios que previamente se hacen conocer al público para los fines obvios y naturales; que dicha firma extranjera viene prestando desde hace un tiempo considerable tales servicios. Que Grace & Cía. (Ecuador) S.A. Comercial se encuentra inscrita en la Dirección de Marina Mercante y del Litoral como agente de los buques de Prudential Grace Lines Inc. y de los de otras empresas navieras; que Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial obtuvo su matrícula de comercio el 24 de Marzo de 1.944; que uno de los propósitos de su giro comercial fue desde el comienzo "la operación de naves.."; que efectivamente ha venido desde entonces actuando como agente naviero de los barcos de Grace Line; que no solamente ha actuado como agente naviero de los buques para los fines específicos determinados en el Art. 371 del Código de Policía Marítima, sino que, además, ha contratado con el público el transporte de carga y pasajeros entre los puertos del Ecuador y los de Estados Unidos de América y puertos intermedios; que naturalmente ha cobrado por estos servicios a nombre de Prudential Grace Line Inc.; que la demandada recibe en el puerto de Guayaquil los barcos de la Prudential Grace Lines Inc. y con su propio personal los carga y los descarga; que, así mismo, la demandada mantiene dentro de su organización un departamento para atender las quejas y reclamos que puedan formularse por parte de los usuarios como consecuencia del transporte de carga que hacen los buques de la Prudential Grace Lines Inc.; que, consecuentemente, es innegable que la "Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial", ha realizado y realiza actos por cuenta de Prudential Grace Lines Inc. similares a los que se refiere la demanda, esto es contrata transporte de carga a nombre de los armadores para que se cumpla en los buques de los cuales es agente; naturalmente, dada su naturaleza, no se puede pretender que sea ella quien realice dicho transporte; que Prudential Grace Lines Inc. carece de representante legal en el Ecuador; que, por lo mismo, a pesar de operar en el País, no ha cumplido lo dispuesto en el Art. 6o. de la Ley de Compañías; que Grace y Cía. (Ecuador) S.A. Comercial citada que fue con la demanda que da origen a este juicio no hizo uso de la facultad que confiere el Art. 8 de la Ley de Compañías; que es indudable que al adoptar la compañía demandada el nombre de "Grace y Cía." (Ecuador) S.A. Comercial", usando concretamente el nombre "Grace" y poniendo entre paréntesis "Ecuador" demuestra un evidente propósito de establecer una identidad - o por lo menos inducir a que el público lo crea - entre ella y la compañía propietaria de los barcos de la que es Agente para facilitar sus negocios, como si se tratara efectivamente de una Agencia no sólo de sus barcos sino de ésta misma; SEXTO.- No cabe la prescripción alegada por la demandada, por cuanto ha procedido con establecer, como era su obligación, que se había cumplido lo que para esto exige el segundo inciso del numeral 2o. del Art. 1003 del Código de Comercio. Por todo lo dicho y, además, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 362 de la Ley de Compañías y en los Arts. 205, 228, 236, 243 y 244 del Código de Comercio, y, haciendo uso, finalmente, de la facultad que concede el Art. 1.130 del Código de Procedimiento Civil, para los efectos de poder apreciar los elementos de juicio que fueron presentados fuera de término, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY" aceptándose el recurso interpuesto, se revoca la sentencia venida en grado y en consecuencia, se condena, a "Grace y Cía (Ecuador) S.A. Comercial", a pagar a Seguros Rocafuerte S.A. la suma de veintinueve mil ciento ochenta y un sucres con cuarenta y ocho centavos, que es el valor que ésta pagó a la firma Delia M. de Espín, más los intereses de la mora que se liquidarán a razón del 6% anual a partir desde la citación con la demanda. Sin las costas de las tres instancias. Notifíquese y devuélvase.



**REPÚBLICA DEL ECUADOR
FUNCIÓN JUDICIAL**

Juicio No: 09332201466037, SEGUNDA INSTANCIA, número de ingreso 1
Casillero Judicial No: 77
Casillero Judicial Electrónico No: 0
Fecha de Notificación: 28 de septiembre de 2018
A: BOUDEWIJN RAVELLI WILLEN OTTO
Dr / Ab:

**SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL
GUAYAS**

En el Juicio No. 09332201466037, hay lo siguiente:

Guayaquil, viernes 28 de septiembre del 2018, las 13h58, JUICIO ORDINARIO No 09332-2014-66037 (Nulidad de Contrato) SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL GUAYAS.- Voto de mayoría: Ab. Alfonso E. Ordeñana R. y Ab. Nelson Ponce Murillo RELACIÓN: En esta fecha y ante los señores abogados, Nelson Ponce Murillo, Alfonso Ordeñana Romero y Ab. Clemente Rivas Calderón, como jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas con la intervención de la suscrita secretaria relatora, Dra. Blanca Leticia Ortega López, se hizo el estudio en relación con la presente causa. Guayaquil, 28 de septiembre del 2018.- Guayaquil, 28 de septiembre del 2018 VISTOS: Los suscritos jueces provinciales, Ab. Nelson Ponce Murillo, Ab. Clemente Rivas Calderón y Ab. Alfonso E. Ordeñana Romero, Mgs., conformamos el Tribunal que conoce el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada, compañía SEATADE GROUP NV, debidamente representada por el señor, BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM, en contra de la sentencia dictada por el juez de la Unidad Judicial con Sede en el Cantón Guayaquil, que declaró con lugar la demanda. Siendo el estado de la causa para resolver, para hacerlo se considera: PRIMERO: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL: El artículo 1 del Código de Procedimiento Civil, en su segundo inciso define a la competencia así: “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados”. Dicha definición es concordante con la que prescribe el Art. 156 del Código Orgánico de la Función Judicial. DOCTRINA: “Es la actitud legítima que señala o asigna una autoridad el conocimiento y resolución de un asunto, es pues, uno de los presupuestos procesales insoslayables que deben estar satisfechos para que el juzgador pueda válidamente entrar a resolver el fondo de la acción” Cita a la que hace referencia el Dr. Rubén E. Morán Sarmiento, extraído de su obra titulada “Derecho Procesal Civil Práctico” Principios Fundamentales del Derecho Procesal, Tomo I pág. 60. De esa manera, la competencia se ha radicado mediante sorteo de ley, por lo tanto, los jueces que integran el Tribunal, son los competentes para conocer y resolver, al tenor de lo normado en el artículo 208 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL: De la revisión de las tablas procesales no se observa que en el desarrollo del proceso, se hayan presentado omisiones de solemnidades sustanciales que pudieran acarrear la nulidad el proceso, ni tampoco se aprecia que haya existido alguna



violación de trámite o del procedimiento y más bien se ha verificado una estricta observancia de los principios y derechos consagrados en la Constitución de la República, garantizándose el derecho de las partes procesales, el debido proceso y la legítima defensa. Por lo tanto, se declara la validez del proceso. TERCERO: ANTECEDENTES: De foja 7 a fojas 12 de los autos, comparece el señor EMILIO ALBERTO VALDIVIESO CAMACHO, por los derechos que representa de la compañía ECONOTRANS ECUADOR S. A., deduciendo demanda en contra de la compañía SEATRADE GROUP NV, representada por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEN OTTO, y al señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEN OTTO por sus propios y personales derechos y su representada. La mentada demanda la propone en los siguientes términos: Que, celebraron un instrumento innominado en idioma inglés, pre elaborado en formato que el demandado lo ha denominado “contrato de fletamento”, formato en el cual se incluyeron estipulaciones que jamás fueron negociadas por su representada, todo lo contrario, fueron impuestas a su representada. Que, en dicho documento, cuyo texto fue impuesto a su representada, específicamente la cláusula 19, ha sido utilizada por la accionada para activar un proceso arbitral en contra de su representada en la ciudad de Londres, Inglaterra, pretendiendo por lo que entendemos, injustamente el pago de una indemnización millonaria. Que, se ha referido a una “supuesta” cláusula arbitral por cuanto la misma se encuentra contenida en un instrumento de aquellos que nuestra ley conoce como Contrato de Adhesión, violentando y desnaturalizando la verdadera esencia del arbitraje, deviniendo dicha cláusula en ineficaz, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia de la materia. Que dicho Contrato es de aquellos en los que “uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por otro. Las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas a negar su índole contractual. Para ellos, el contrato de adhesión es un acto jurídico unilateral, en el que el único y verdadero agente, generalmente un poderosa empresa, al emitir una voluntad reglamentaria, impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación.” El Contrato en cuestión, como se podrá observar de la copia que acompaña a la presente demanda (ANEXO 1), incorpora en su texto decenas de estipulaciones a regir la relación comercial entre las partes, las cuales han sido impuestas por el transportista como proveedor de ese servicio, limitando a su representada, únicamente, a allanarse a las condiciones incorporadas a dicho instrumento. Es decir, para suscribir el referido Contrato no existió, jamás, negociación de los términos y/o condiciones, por más mínima que sea, ya que el mismo se compone de un formato estándar impuesto a cada consumidor que desea contar con el servicio que ofrece dicha compañía. Prueba de aquello es que dicho documento tiene un formato pre-impreso que incluso cuenta con casilleros en blanco para que los consumidores se limiten únicamente a poner sus datos y a firmar. Nada más. Que, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuerpo normativo que rige los procesos arbitrales a nivel mundial: “El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”. (Lo subrayado es suyo). Así también, el convenio arbitral es definido por el jurista ecuatoriano Ernesto Salcedo Verduga como: “... la fuente de la jurisdicción arbitral. Surge de la autonomía de la voluntad de las partes que deciden someter a un tribunal arbitral un conflicto que ha surgido entre ellas. Cuando el acuerdo es defectuoso la jurisdicción falla.” (Lo subrayado es suyo). En este mismo sentido, el célebre tratadista argentino en materia de arbitraje, Roque Caivano, ha sostenido que para



que la cláusula arbitral constituya un verdadero contrato, debe surgir de la voluntad expresa que emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse. (Lo subrayado es suyo). Por último, el tratadista Claus Von Wobeser, ha señalado que, el arbitraje, “como todo acto jurídico, el acuerdo arbitral tiene elementos de existencia y requisitos de validez;” siendo para el caso del arbitraje, como ya hemos dicho, el acuerdo inequívoco de las partes de someter a arbitraje las desavenencias que surjan durante la ejecución de un contrato. En el caso que les atañe, es claro y evidente que están ante un cláusula abiertamente patológica e inválida, por cuanto, se encuentra contenida dentro de un Contrato de los que, como sostiene la doctrina, no existe verdaderamente un acuerdo de voluntades, sino más bien la imposición de la voluntad de una parte para con la otra. Esto significa que entre su representada y la accionada jamás existió acuerdo y negociación, requisitos indispensables para la validez de una cláusula arbitral, por ello deviene lógico sostener que la cláusula N° 19 del “Contrato de Fletamento”, celebrado entre su representada y la accionada, es inválida, en consecuencia no surte efecto jurídico alguno, a la luz de la norma de derecho que reza *quod nullum est, quod nullum effectum producit*. Pero eso no es todo, no solo que jamás existió acuerdo de voluntades, como exige la doctrina, sino que, además, en dicha cláusula, nunca se acordó, inequívocamente, respecto de la correcta designación de los árbitros y posterior composición del Tribunal Arbitral, toda vez que el lenguaje empleado en la mentada cláusula resulta vago e impreciso. Al respecto, la catedrática española María Vásquez ha señalado que: “...finalmente, si lo aqueja un error en su contenido, imprecisión o vaguedad, la sanción dependerá de la gravedad de aquéllas, si éstas no pueden salvarse, el convenio -siendo patológico- deberá entenderse igualmente como ineficaz.”. De igual manera, como no existe precisión en lenguaje empleado para la designación del Tribunal Arbitral, es más claro aún lo patológica que resulta esta cláusula, “...por no contemplar las funciones esenciales que debe cumplir un acuerdo arbitral: producir consecuencias obligatorias, excluir la intervención de autoridades judiciales, dotar de facultades al Tribunal Arbitral para resolver controversia y, por último, establecer un procedimiento que bajo condiciones de eficacia y rapidez concluya en un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución”, de acuerdo con la doctrina francesa en materia de arbitraje. Entonces, si han dicho que la cláusula arbitral que ha utilizado la accionada para demandar a su representada es patológica y, por tal, inválida, resulta totalmente evidente, señor juez, el nivel de indefensión al que está siendo sometida su representada, por cuanto está siendo arrastrada a un proceso viciado e ilegítimo, en contra de su voluntad y en atropello de su derecho al debido proceso. Pero eso no es todo, sino que, sin perjuicio de lo anotado, además pretende la accionada ejecutar un instrumento que es radicalmente nulo, por las siguientes consideraciones. **DE LA NULIDAD DEL CONTRATO.**- Luís Díez Picazo señala “que no hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia de contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca.”. Adicionalmente, Díez - Picazo señala que un contrato es “nulo radicalmente cuando no produce efectos jurídicos. Es la máxima sanción del ordenamiento jurídico para cuando, por poner los ejemplos más relevantes e indiscutidos de nulidad absoluta: 1. Se ha traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público. 2. El contrato carece de los requisitos esenciales que el ordenamiento jurídico imponga por razón del tipo negocial concreto. 3. El contrato tiene causa ilícita.” El Contrato en cuestión es nulo por cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil que claramente establece: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”.



Como ejemplo, transcribe a continuación la parte pertinente del fallo emitido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio 322-2007: "... La alegación de que por la cláusula 27 de los conocimientos de embarque las partes se han sometido a la jurisdicción extranjera para los efectos del transporte contratado, que de la traducción presentada al proceso se lee: "...este contrato estará regido por las leyes de los Estados Unidos y la Corte Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de todas las disputas que surjan bajo el presente Conocimiento de Embarque, incluyendo cualquier disputa sobre el flete u otras sumas pagaderas al Transportista por el transporte a o desde los Estados Unidos. En cualquier otro caso, este Conocimiento de Embarque está sujeto a la legislación y jurisdicción inglesas", esa estipulación es ineficaz y carece de valor por contravenir al Art. 1.478 (ex 1505) del Código Civil que dispone que "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano"..." (Las negrillas le pertenecen) Decimos que existe objeto ilícito en el Instrumento materia de este juicio, por cuanto en él se habría pactado una cláusula de esas que la legislación de la materia conoce como prohibidas. Es así, que en la cláusula No. 2 del "Contrato de Fletamento", se le impone a su representada una cláusula que exime de cualquier tipo de responsabilidad al proveedor del servicio (la accionada), diciendo que "las pérdidas, daños (a la carga) o demoras surgidas de cualquier causa, incluso de la negligencia del Capitán o tripulación, o cualquier otra persona empleada por el propietario de la nave, abordó de la misma o en Puerto, por todos aquellos actos por los que fueren, a no ser por esta Cláusula, responsables (...)" Que, por otro lado, también afecta el orden público la cláusula 19 del instrumento, toda vez que su representada jamás aceptó de manera expresa, tal como lo ordena nuestra legislación, el sometimiento a la jurisdicción arbitral. Aquí quiere ser claro, cuando la ley se refiere a aceptar expresamente dicha cláusula, evidentemente quiere que respecto a dicha cláusula se haga algún tipo de aceptación especial, ya sea firmando individualmente dicha cláusula, mediante una leyenda en donde se acepte expresamente dicha cláusula, etc. Afecta al orden público ecuatoriano porque existe una ley, que se llama Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que expresamente prohíbe que se celebren contratos y documentos en idioma inglés, que se use letras pequeñas, que se impriman en formatos pre- establecidos y que se obligue a renunciar a domicilio y jurisdicción de la justicia ecuatoriana. Nuestra legislación prohíbe expresamente el uso de los contratos- formatos y establece que estos serán nulos por así contravenir el derecho ecuatoriano. De la lectura del documento en referencia, no cabe duda alguna que el mismo no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los cuales se refieren a las características que deben tener los caracteres utilizados en los contratos, así como el idioma en el que deben estar redactados los mismos. En fin, tal como usted lo podrá evidenciar en el presente juicio, el documento materia de la presente acción y más aún la referida cláusula 19, contraviene expresamente lo estatuido en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los cuales establecen: Art. 41.- El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias



debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales.

Art. 42.- Idioma Oficial.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato.

Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados;
2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio;
3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;
4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;
5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato;
6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor;
7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles;
8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,
9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

Adicionalmente a lo ya manifestado, y como se desprende de lo anotado, la cláusula No. 2 del dizque contrato en referencia, claramente contraviene la norma citada ut supra, por cuanto exime, exageradamente, de cualquier tipo de responsabilidad a la accionada al momento de prestar su servicio y coloca a mi representada, quien contrata el servicio, en estado de indefensión. Por ello, si decimos que la cláusula N° 2 violenta el Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, decimos que la misma contraviene el orden público, por ende el documento, en su totalidad, se reputa radicalmente nulo, al amparo del Art. 1478 del Código Civil, previamente citado. Fundamenta su acción en los artículos 1478 y 1698 del Código Civil que establecen: Artículo 1478.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Artículo 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. De igual manera se fundamenta esta acción en lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

1. Eximan, atenúen o limiten la



responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; 2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; 6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor; 7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles; 8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, 9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. **PRETENSION:** Circunscribe su pretensión, al tenor siguiente: “(...) que en sentencia se declare que el supuesto contrato de fletamento celebrado el 13 de marzo de 2012, entre su representada ECONOTRANS ECUADOR S. A., y la compañía extranjera SEATRADE GROUP NV, aparentemente representada en el Ecuador por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM OTTO, es nulo de nulidad absoluta por tener el mismo objeto ilícito y por contravenir el orden público del Ecuador. (...)” **CUARTO: ACTUACIONES PROCESALES:** A fojas 68 de los autos, se admite a trámite la demanda en la vía ordinaria. **CITACIÓN:** A fojas 76 constan las diligencias citatorias por boleta, mediante las cuales se cita a la compañía demandada, SEATRADE GROUP NV, en la persona de su representante legal. **COMPARECENCIA, CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES:** De fojas 85 a fojas 93 comparece a la causa el abogado, Javier Andrés Cardoso Andrade, en su calidad de Procurador Judicial de la compañía demandada, deduciendo las siguientes excepciones: Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por ECONOTRANS. Falta de competencia del juez de lo Civil de la jurisdicción ecuatoriana para resolver sobre la nulidad de fletamento, debido a que existe un arbitraje en la ciudad de Londres el cual, en los actuales momentos, ya se está sustanciando en dicha jurisdicción, por sometimiento voluntario de las partes. Subsidiariamente, en el el evento no consentido que Usía se declare competente para sustanciar la presente acción: Inexistencia de nulidad alguna en el contrato de fletamento celebrado entre las partes, por cuanto mi representada se amparó siempre en disposiciones contractuales y el derecho positivo aplicable al caso. Sin perjuicio de las excepciones propuestas, opongo como causa eximente de responsabilidad, la culpa exclusiva de la víctima (ECONOTRANS), pues cualquier supuesto daño no es responsabilidad de SEATRADE sino que son de responsabilidad exclusiva de quien los alega (ECONOTRANS). Falta de derecho de ECONOTRANS para reclamar a SEATRADE por cualquier abuso de poder, daño, incumplimiento contractual o incumplimiento de la ley.”. A fojas 96 y 97 comparece el otro demandado, IVO WILLEN OTTO BOUDEWIJN RAVELLI, por sus propios derechos, oponiendo las excepciones de: I. Falta de legitimación pasiva; II.- Falta de competencia del juez ante quien se demanda; y, solicita que se inhíba el juez de primer nivel. **TRASLADO A LA PARTE CONTRARIA CON LA CONTESTACIÓN.-** A fojas 99 la jueza de primer nivel corrió traslado a la parte contraria con la contestación de la parte demandada, en la que deduce excepciones, entre las que se opuso la excepción de falta de competencia del juez



por la existencia de cláusula arbitral. A fojas 100 obra la razón sentada por la actuaria del despacho señalando que la parte demandada presentó sus excepciones dentro del término. De fojas 102 a fojas 109 de los autos, la parte accionante contesta y se refiere a las excepciones que han sido planteadas por la parte demandada, solicitado que sean desechan dichas excepciones y que se convoque de junta de conciliación. JUNTA DE CONCILIACIÓN: A fojas 115 consta el acta de la Junta de Conciliación que se llevó a cabo con la presencia de los defensores técnicos de las partes litigantes. A fojas 187 se concede el término de diez días de prueba. QUINTO: PRUEBAS APORTADAS: Por la parte actora: De fojas 155 a fojas 157 solicita que a su favor se actúen las siguientes pruebas: Que se oficie a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al Registro Mercantil del cantón Guayaquil, al Servicio de Rentas Internas, a las Fiscalía Especializada de Soluciones Rápidas y a la Dra. Fabiola del Rocío Vega Carvajal, en su calidad de Jueza de la Unidad Judicial Penal Norte 2. Como prueba a su favor pide la exhibición a los demandados, Ivo Willen Boudewijn Ravelli y la compañía SEATRADE GROUP N.V., de los documentos indicados en el memorial, en los numerales 10 y 11. Que se tenga como prueba a su favor lo expresado en el fallo emitido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio No 322-2007, el mismo que fue publicado en el Registro Oficial No 624 del 01 de julio del 2009, con lo que se ratifica su postura acerca de que las cláusulas que se han redactado en el Contrato de Fletamento materia de esta acción, son totalmente ineficaces en nuestro país, por contravenir lo dispuesto en el Art.1478 del Código Civil. Que se considere copia de la sentencia dictada por el juez, Dr. Pablo Leonidas Condo Macías, en su calidad de juez constitucional, en la que se ordenó una medida cautelar que suspende los efectos jurídicos en el ámbito jurisdiccional en el Ecuador, de cualquier resolución, laudo, orden, acto o disposición de cualquier tipo que se genere o provenga del Tribunal extranjero de la ciudad de Londres, Inglaterra, que conoce el arbitraje propuesto por SEATRADE GROUP N.V. y que se dicte en contra de su representada, mientras no se resuelva la validez del contrato de fletamento (fs. 122 a fs. 132). Copia de la sentencia emitida con voto de mayoría por la Sala de lo Penal con competencia Constitucional, que ratificó la sentencia dictada referida en el numeral anterior (fs. 133 a fs. 152). De fojas 271 a 272 la parte actora presenta como prueba el proceso judicial No 09311-2008-0669 que sigue la compañía de seguros Ecuatoriano Suiza S.A. contra la compañía "SEATRADE S.A." (fs. 160 a fs. 260). Que como prueba a favor de su representada se oficie al Dr. Danilo Terán Caicedo, Juez de la Unidad Judicial Civil de Guayaquil, a fin de que remita copias certificadas del mencionado expediente. La parte accionante mediante memorial que obra de fojas 356 a fojas 358, en el que hace alusión que se ha pedido confesión judicial de la misma parte que peticiona, que se han incorporado pruebas documentales impertinentes, pues corresponde a una compañía distinta a las que son partes procesales en la causa. Señala que la exhibición ya fue ordenada en otra providencia y por tal razón por la cual pide la revocatoria. De fojas 366 a 368 la parte actor insiste en su pedido de revocatoria en los mismos términos. Por la parte accionada: De fojas 321 a fojas 323 como prueba a favor de la parte accionada, solicita: Que se reproduzca a su favor lo que le fuere favorable e impugna y redarguye de falso lo que le resulte adverso. Solicita que rinda confesión judicial, el señor George Edwin Mc Cabe. Que rinda confesión judicial el señor Ivo Willen Otto Boudewijn Ravello. Que se agreguen a los autos las cadenas de correos de los días veinte de marzo y veintidós de marzo del 2012. Que se agreguen al expediente los correos electrónicos, notas de reserva, el contrato de fletamento. Que se designe un perito traductor e interprete, a fin de que traduzca prueba documental que anexa. Que se



designa un perito informático, a fin de que con la y transcripción de los documentos de prueba presentados se realice la verificación respectiva (origen, y destino del mensaje, la fecha y hora en que fue enviado y recibido) De fojas 342 a fojas 343 consta el otro escrito de prueba de la parte demandada, en el que manifiesta lo siguiente: Que se tenga a su favor lo que fuere favorable y que impugna y redarguye de falso lo que fuere adverso. Que se agregue como prueba a su favor, copia de la Escritura de Constitución de la compañía Midden Van Wereld S.A., en la cual consta en su artículo Tercero, el objeto social de dicha compañía. Que se incorpore como prueba de la accionada el RUC de la compañía mencionada. Que se tenga como prueba a su favor, copia del nombramiento del representante legal de la mencionada compañía, debidamente inscrito en el Registro Mercantil. Que se señale día y hora para que la compañía Seatrade Group N.V., exhiba documentación en atención a la negociación del fletamento por viaje y que se reproduzcan a su favor todas las pruebas solicitadas por SEATRADE GROUP N.V. en su escrito de prueba presentado el 27 de enero del 2016. A fojas 348 comparece el señor Ivo Willen Otto Boudewijn Ravelli, solicitando se le conceda un término prudencial, por cuanto el domicilio de la compañía queda en el extranjero. A fojas 360 la parte demandada solicita que se recepte la confesión judicial del señor, George Edwin Mc Cabe, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la compañía ECONOTRANS ECUADOR S.A., ya que por un lapsus calami, se petitionó la confesión a George Edwin Mc Cabe, por sus propios derechos. A fojas 372, mediante providencia de fecha 10 de febrero del 2016, a las 11h44, el juez niega la confesión judicial. A fojas 374 de los autos, la parte accionada solicita que se le extienda el plazo a no menos de 15 días hábiles para cumplir con la exhibición. TRADUCCIÓN: A fojas 410 de los autos, mediante comunicación de fecha 22 de febrero del 2016, dirigida al juez de la Unidad Judicial Civil, la Ing. Verónica Mena, perito traductora, presenta la traducción del inglés al español del contrato base de la acción de nulidad. IMPUGNACIÓN: De fojas 420 a 421 de los autos, la parte demandada impugna la traducción, pidiendo que se traduzca lo que omitió y que corrija, aclare explique lo mencionado en el literal b) de su escrito. INFORME DE PERITO INFORMATICO: De fojas 422 a fojas 443 consta el informe del perito informático, quien en la parte conclusiones señala: “4. PARTE DE CONCLUSIONES. 4.1. Se puede constatar la autenticidad del contenido de los correos electrónicos receptados y enviados desde el computador de la empresa SEATRADE GROUP N.V, que es utilizada por el señor Ivo Ravelli, con las cuentas de correo Ivo.Ravelli@Intravand.com; ivoravelli@ec.seatrade.com. 4.2. La cuenta de correo electrónico que intercambio mensajes en el presente informe es gmccabe@econotransa.com.ec. 4.3 El dominio de correo electrónico es econotrans.com.ec y la dirección IP es 186.3.54.44. 4.4. Existe congruencia de los correos electrónicos que adjunta la parte actora. 4.5. Los archivos adjuntos están en formato PDF con los siguientes nombres: Documento, Econo Trans Esmeraldas, econotrans...”. De fojas 449 a fojas 458 de los autos, la traductora presenta la corrección a su informe, justificando que su demora se debió a que se encontraba fuera del país. De fojas 482 a 483 se incorpora la contestación del Registro Mercantil. De fojas 484 a 486 se incorpora el oficio que remite la Superintendencia de Compañías, certificando que no existe la compañía SEATRADE GROUP N.V., sino aparece una similar en liquidación. A fojas 493 obra el oficio remitido por el SRI. A fojas 494 obra el oficio que remite la Coordinadora General Defensorial Zonal 8. SEXTO: DOCTRINA ACERCA DE LA SANA CRÍTICA: Alsina sostiene que: “Las reglas de la sana crítica, no son otras que las que prescribe la lógica y derivan de la experiencia, variables en el tiempo y en el espacio”. Por su parte, Couture define las reglas de la sana crítica como:



“Las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia”. SÉPTIMO: VALORACIÓN PROBATORIA: Al amparo de lo que preceptúa el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, la prueba debe ser apreciada en conjunto y de acuerdo con la sana crítica, teniendo el juez la obligación de expresar en su resolución todas las pruebas producidas. Por ello, en el caso sub-júdice nos corresponde apreciar y valorar la prueba actuada por la parte accionante, quien tenía la obligación de demostrar su pretensión y por su parte la accionada demostrar sus excepciones. Así, en aplicación del principio de imparcialidad, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Bajo esa consideración, teniendo en cuenta el objeto del proceso, resulta importante para los juzgadores en el ejercicio de su jurisdicción contemplar las facultades que la ley concede para efectuar en debida forma la valoración de las pruebas, respecto de lo cual el juez al hacerlo debe aplicar las reglas de la sana crítica y considerando los principios intrínsecos de la prueba, como la pertinencia, la conducencia y la utilidad. Sobre ese punto, es preciso mencionar a destacados tratadistas, como lo es Hernando Devis Echandía, quien ha sostenido que: “La conducencia del medio, si hablamos de la conducencia de la prueba es la aptitud legal o jurídica de la prueba para convencer al juez sobre el hecho que es materia de probanzas en el proceso. La pertinencia o relevancia de la prueba es totalmente diferente a la conducencia, ya que ésta contempla la relación que el hecho a probar puede tener con el litigio o la materia del proceso. La utilidad de la prueba, este principio significa que, desde dentro del ámbito procesal, la prueba debe prestar algún servicio, por ser necesaria o por lo menos útil para ayudar a obtener la convicción del juez respecto de los hechos que se ventilan en el proceso, esto es, que no sea completamente inútil e inoficiosa.”. ARGUMENTACIÓN, ANÁLISIS Y DECISIÓN: El juez al tenor de lo establece el artículo 130 numerales 1 y 2 del Código Orgánico de la Función Judicial debe cuidar que se respeten los derechos y garantías de las partes procesales en todos los juicios y velar por una eficiente aplicación de los principios procesales. En esa línea del pensamiento y en el análisis propio de la acción propuesta, el Tribunal observa que el accionante en primer orden, determina su pretensión, al tenor siguiente: “(...) que en sentencia se declare que el supuesto contrato de fletamento celebrado el 13 de marzo de 2012, entre su representada ECONOTRANS ECUADOR S. A., y la compañía extranjera SEATRADE GROUP NV, aparentemente representada en el Ecuador por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM OTTO, es nulo de nulidad absoluta por tener el mismo objeto ilícito y por contravenir el orden público del Ecuador. (...)”. Así entonces, de la lectura fiel de su pretensión, es claro y evidente que la acción intentada es de “nulidad de contrato” y con las excepciones que opusieron por la parte accionada, se trabó la litis. Así las cosas, corresponde al Tribunal establecer si se reúnen los presupuestos para la declaratoria de nulidad del contrato. Para ello, debe precisarse que la acción propuesta de nulidad en la justicia ordinaria tiene oposición con la excepción de falta de competencia del juez, en razón de una cláusula arbitral, excepción con la cual se le corrió traslado a la contraparte. Sobre la base de las puntualizaciones mencionadas, los jueces provinciales en franca observancia y aplicación de los principios y derechos consagrados en la Constitución y en estricto apego a las normas procesales, concluyen que efectivamente en la especie, si bien es cierto puede mencionarse la existencia de una



cláusula arbitral, tampoco puede desconocerse que dicha estipulación contractual adolece de una indeterminación, situación que la vuelve inoperante en la práctica. Veamos por qué? Porque para ese cuestionamiento sólo existe una respuesta: La cláusula de sometimiento arbitral es de aquellas llamadas patológicas, ya que se aprecia con claridad que no es posible su cumplimiento, lo cual provoca en consecuencia la indefensión y falta de una tutela efectiva, derechos consagrados en el Constitución de la República. Sobre ese aspecto se ha pronunciado el más alto Tribunal, por lo que, se lo cita a continuación: “La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia fundamenta su fallo de casación respecto al efecto de la cláusula arbitral, en el sentido de "advertir una indeterminación en cuanto a uno de los elementos esenciales del convenio arbitral. El Arbitro,..1, y por otra parte, la Sala, citando a la autora mexicana Sofía Gómez Ruano, en un artículo escrito para la Revista Jurídica "Abogado Corporativo" titulado Checklist de Patologías en una cláusula arbitral, refiriéndose a otro autor, Frederic Eisemann, quien bautizó como cláusulas patológicas, como denominación a una cláusula arbitral que traerá problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante. Por lo tanto, aplicando este criterio, se expresa que para considerar un convenio arbitral eficiente y eficaz se debe cumplir con cuatro funciones esenciales: producir consecuencias obligatorias para las partes, excluir la intervención de autoridades judiciales, darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral y crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable.”. Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia, Fallo de Casación # 92-2007, 26 de mayo del 2008, pág. 11, 12 y 13. Bajo esas consideraciones, en el presente caso la cláusula no cumple con los requisitos esenciales para que sea eficaz, apreciándose claramente que no puede producir consecuencias obligatorias, ya que no excluye a las autoridades judiciales, no le da facultades suficientes al Tribunal Arbitral, ni crea un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable. CITA:[http://www.icasv-](http://www.icasv-ilbao.com/images/boletines/2016/Boletin_abogados247webCAS.pdf)

[ilbao.com/images/boletines/2016/Boletin_abogados247webCAS.pdf](http://www.icasv-ilbao.com/images/boletines/2016/Boletin_abogados247webCAS.pdf) El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) señala que: “Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (“pathological [compromissory] clauses”) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes”. Además, detalla que: “La “patología” del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como quizá más frecuentemente- en aquellos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje”. b. Principales Defectos de Redacción de Cláusulas Arbitrales Hay autores, como Cesar Rivera, que enumeran un listado de supuestos comunes que en la práctica dan lugar a cláusulas patológicas, pero yo soy más partidaria de englobar las cláusulas patológicas en tres grupos, tal y como hacen otros autores como Ramón Escobar Alvarado, ya que de esta forma tenemos la seguridad de cubrir todos los aspectos de las posibles cláusulas patológicas y las podremos identificar más fácilmente cuando las encontremos. Así nos encontramos con los siguientes tres grupos de cláusulas patológicas. b.1. Acuerdos de Arbitrajes Optativos (o cláusulas híbridas) Un acuerdo de arbitraje es optativo cuando no excluye la jurisdicción de los Tribunales judiciales. b.2. Cláusulas Carentes de Certeza Son aquellas cláusulas cuyos términos son vagos e imprecisos.. b.3. Acuerdos Arbitraje Inoperantes o Inejecutables Serían aquellos en que el compromiso arbitral nunca se hubieran podido



llevar a cabo. Prosiguiendo con el análisis al acervo probatorio, en aras de determinar si se han logrado probar las pretensiones y las excepciones. Por ello, se recurre a las normas pertinentes: El Art. 1478 del Código Civil, prescribe: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público ecuatoriano.”. Nuestro ordenamiento jurídico y específicamente las normas contenidas en el Código Civil, en sus artículos 1697, 1698, 1699 y 1704 norma todo lo relativo a las nulidades. En ese sentido, puntualmente el artículo 1697 del Código Sustantivo Civil, en su texto reza así: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según la especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”. El Art. 1698 del aludido cuerpo legal, prescribe: “La nulidad producida por un objeto i causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actor o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan son nulidades absolutas.” Así también, en abono a lo expresado, resulta necesario citar el pronunciamiento de la anterior Corte Suprema de Justicia y actual Corte Nacional de Justicia en el fallo publicado en la Gaceta Judicial, CII, Serie XVIII, No 6, p. 1587, que en su parte pertinente señaló: “...Esta nulidad difiere de la nulidad de los contratos, cuyas causales, reconocidas por la doctrina y la jurisprudencia son: el objeto lícito, la causa lícita, la falta de causa, falta de voluntad o de consentimiento, omisión de solemnidades, exigidas en consideración a la naturaleza del acto o contrato celebrado, e incapacidades especiales para la ejecución de ciertos actos o contratos; resultando sin duda mucho más numerosa que las fijadas en la Ley Notarial y en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil para la nulidad de escrituras públicas...”. Corresponde también anotar lo que la doctrina ha señalado a través de tratadistas, como Rene Abeliuk Mansevich, en su obra “Las Obligaciones”, quien manifiesta que: “La doctrina más comúnmente aceptada entre nosotros clasifica estos elementos del acto jurídico en requisitos de existencia y validez, mientras otros autores rechazan como arbitraria semejante distinción en legislaciones que no establecen la inexistencia como sanción. De acuerdo a esto, los requisitos de existencia son: a) el consentimiento; b) el objeto; c) la causa y d) las solemnidades; y los de validez: a) ausencia de vicios en el consentimiento; b) capacidad; c) objeto lícito, y d) la causa lícita. Enunciados en general son: a) el consentimiento libre de vicios; b) la capacidad; c) el objeto, y d) las solemnidades”. Por otra parte, el mismo doctrinario refiere y hace mención en la misma obra, sobre el principio de autonomía de voluntad, que a su vez se desarrolla en varios postulados como: “Nadie puede ser obligado a contratar contra su voluntad, no hay obligación de ofrecer y quien recibe una oferta puede a su arbitrio aceptarla o rechazarla, y si opta por este último camino, ello no le acarree responsabilidad de ninguna especie”. La ley de Defensa del Consumidor establece: Art. 41.- El Contrato de Adhesión.- El contrato de adhesión deberá estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato. Cuando en un contrato de adhesión escrito con determinado tamaño de caracteres existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos. Las partes tienen derecho de que se les entregue copias debidamente suscritas y sumilladas de los contratos y todos sus anexos. Si no fuere posible hacerlo en el acto por carecer de alguna firma, el proveedor entregará de inmediato una copia con la constancia de ser fiel al original



suscrito por éste; la copia así entregada se tendrá por el texto fidedigno de lo pactado para todos los efectos legales. Art. 42.- Idioma Oficial.- Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente Ley, deberán estar escritos en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos, no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos o formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen, por sobre las del formulario, siempre que el consumidor lo apruebe por escrito. Las condiciones de la oferta se entienden siempre incorporadas al contrato. Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que: 1. Eximan, atenúen o limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los bienes o servicios prestados; 2. Impliquen renuncia a los derechos que esta ley reconoce a los consumidores o de alguna manera limiten su ejercicio; 3. Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento; 5. Permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; 6. Autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato, suspender su ejecución o revocar cualquier derecho del consumidor nacido del contrato, excepto cuando tal resolución o modificación esté condicionada al incumplimiento imputable al consumidor; 7. Incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o utilizados antes de que se suscriba el contrato, o sean ilegibles; 8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y, 9. Cualesquiera otras cláusula o estipulación que cause indefensión al consumidor o sean contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Así las cosas, valoración de pruebas que hace el Tribunal, sobre la base de los principios inherentes en materia probatoria, es decir, que la prueba debe ser conducente, pertinente y útil para demostrar la pretensión del accionante. En tal sentido, es importante destacar lo que determina el Art. 1461 del Código Civil: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1.- Que sea legalmente capaz; 2.- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; 3.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y, 4.- Que tenga una causa lícita...”. El Art. 1478 del Código Civil, prescribe: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público ecuatoriano.”. El Tribunal al resolver recurre a la revisión y examen, a efectos de encontrar las pruebas que hayan sido debidamente actuadas, de tal manera que, luego de una segmentación del acervo probatorio, determinar aquellas pruebas actuadas en la causa que conforme el objeto de la controversia (pretensión o excepciones), hayan cumplido u observado los principios de conducencia, pertinencia y utilidad. Por lo tanto, en la valoración de la prueba en su conjunto y en el examen propio del contrato objeto de la acción que persigue su declaratoria de nulidad, se advierte que en dicho contrato que debe de contener el consentimiento (la expresión libre y voluntaria), entiéndase que haya existido un real y verdadera declaración de voluntad, situación que no se ha dado al haberse celebrado dicho contrato sin una previa discusión de sus cláusulas y estipulaciones, en razón de la capacidad que tienen los contratantes. En esa línea, en una de sus cláusulas se le ha impuesto al accionante que se le exime de cualquier tipo de responsabilidad al proveedor del servicio, que es la parte accionada. Luego, de la revisión a nuestra normativa, puntualmente las normas contenidas en la Ley Orgánica de Defensa



del Consumidor, queda claro que está prohibido que se celebren contratos en idioma inglés y que se usen letras de pequeño tamaño, ni tampoco que se obligue a renunciar a domicilio. De tal manera que, en el caso sub judice, al amparo de las normas que han sido invocadas, esto es, los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y Art. 43, numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9, sin duda alguna e inobjetablemente se ha celebrado un contrato contraviniendo el orden público, es decir, sin que se haya observado fielmente las normas vigentes, (Lo subrayado es del Tribunal). En consecuencia, con las pruebas aportadas por la parte accionante ha quedado acreditado y justificado que el contrato de fletamento celebrado el 13 de marzo de 2012, entre su representada ECONOTRANS ECUADOR S. A., y la compañía extranjera SEATRADE GROUP NV, aparentemente representada en el Ecuador por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM OTTO, es nulo, por contener cláusulas y estipulaciones que contravienen al orden público, lo cual constituye un objeto ilícito. (Las negritas son del Tribunal). De su lado el Tribunal, en el examen de las excepciones planteadas y la prueba aportada por la parte accionada, al apreciar y valorar la misma, contemplando los principios de pertinencia, conducencia y utilidad, no se observa que se haya actuado prueba pertinente, conducente o útil dirigida a demostrar las excepciones, por los que las mismas quedan en meros enunciados. **APLICACIÓN DE PRINCIPIOS:** Los jueces provinciales han observado y aplicado los principios de especialidad, seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, debido proceso y verdad procesal que están consignados en el Código Orgánico de la Función Judicial, en armonía con los principios y derechos consagrados en los artículos 169 y 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, en concordancia con las normas prescritas en nuestra legislación procesal civil. Sin más análisis, esta Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas “administrando justicia, en nombre del pueblo soberano del Ecuador y por autoridad de la constitución y las leyes de la república”, **RECHAZA** el recurso de apelación y en consecuencia se **CONFIRMA** la sentencia venida en grado que declara con lugar la demanda. Cúmplase con lo ordenado en el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil, disponiéndose que se remita el proceso al juez de primer nivel para los fines legales consiguientes. Dése lectura y Notifíquese.-

f: RIVAS CALDERON CLEMENTE EDUARDO, JUEZ; PONCE MURILLO NELSON MECIAS, JUEZ; ORDEÑANA ROMERO ALFONSO EDUARDO, JUEZ DE SALA ESPECIALIZADA DE CIVIL Y MERCANTIL

VOTO SALVADO DEL JUEZ DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS, RIVAS CALDERON CLEMENTE EDUARDO.

CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE GUAYAS. - SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DEL GUAYAS. Guayaquil, viernes 28 de septiembre del 2018, las 13h58. Vistos.- Llega a conocimiento de esta Sala Especializada de lo Civil, la el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada SEATRADE GROUP NV, representada en el Ecuador por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM OTTO, de la sentencia dictada el 16 de Agosto del 2016, por la juez de primera instancia, en la que conoce la demanda presentada por EMILIO ALBERTO VALDIVIESO CAMACHO, por los derechos que representa de la Compañía



ECONOTRANS ECUADOR S.A., en el que demanda lo siguiente: "La accionada compañía SEATRADE GROUP NV en la interpuesta persona de su representante legal señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEN OTTO, y al señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEN OTTO por sus propios y personales derechos y su representada, celebraron un instrumento innominado en idioma inglés, pre-elaborado en formato que el demandado lo ha llamado "contrato de fletamento", formato en el cual se incluyeron estipulaciones que jamás fueron negociadas por su representada, todo lo contrario, fueron impuestas. En dicho documento, cuyo texto fue impuesto a su representada, específicamente la cláusula 19, ha sido utilizada por la accionada para activar un proceso arbitral en contra de su representada en la ciudad de Londres, Inglaterra, pretendiendo por lo que entendemos, injustamente el pago de una indemnización millonaria. Note usted, que me he referido a una "supuesta" cláusula arbitral por cuanto la misma se encuentra contenida en un instrumento de aquellos que nuestra ley conoce como Contrato de Adhesión, violentando y desnaturalizando la verdadera esencia del arbitraje, deviniendo dicha cláusula en ineficaz, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia de la materia. DEL CONTRATO DE ADHESIÓN.- En efecto, dicho Contrato es de aquellos en los que "uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por otro. Las características especiales del contrato por adhesión han inducido a varios tratadistas del derecho público y a unos pocos civilistas a negar su índole contractual. Para ellos, el contrato de adhesión es un acto jurídico unilateral, en el que el único y verdadero agente, generalmente un poderosa empresa, al emitir una voluntad reglamentaria, impone su decisión a otra persona que, por consiguiente, solo desempeña un papel pasivo en la operación." El Contrato en cuestión, como se podrá observar de la copia que acompaña a la presente demanda (anexo 1), incorpora en su texto decenas de estipulaciones a regir la relación comercial entre las partes, las cuales han sido impuestas por el transportista como proveedor de ese servicio, limitando a su representada, únicamente, a allanarse a las condiciones incorporadas a dicho instrumento. Es decir, para suscribir el referido Contrato no existió, jamás, negociación de los términos y/o condiciones, por más mínima que sea, ya que el mismo se compone de un formato estándar impuesto a cada consumidor que desea contar con el servicio que ofrece dicha compañía. Prueba de aquello es que dicho documento tiene un formato pre-impreso que incluso cuenta con casilleros en blanco para que los consumidores se limiten únicamente a poner sus datos y a firmar. Nada más. DE LA PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.- De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, cuerpo normativo que rige los procesos arbitrales a nivel mundial: "El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no". (Lo subrayado es suyo). Así también, el convenio arbitral es definido por el jurista ecuatoriano Ernesto Salcedo Verduga como: "... la fuente de la jurisdicción arbitral. Surge de la autonomía de la voluntad de las partes que deciden someter a un tribunal arbitral un conflicto que ha surgido entre ellas. Cuando el acuerdo es defectuoso la jurisdicción falla." (Lo subrayado es suyo). En este mismo sentido, el célebre tratadista argentino en materia de arbitraje, Roque Caivano, ha sostenido que para que la cláusula arbitral constituya un verdadero contrato, debe surgir de la voluntad expresa que emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse. (Lo subrayado es suyo). Por último, el tratadista Claus Von Wobeser, ha señalado que, el arbitraje, "como todo acto jurídico, el acuerdo arbitral tiene elementos de existencia y requisitos de validez;" siendo para el caso del arbitraje, como ya hemos dicho, el acuerdo inequívoco



de las partes de someter a arbitraje las desavenencias que surjan durante la ejecución de un contrato. En el caso que les atañe, es claro y evidente que están ante un cláusula abiertamente patológica e inválida, por cuanto, se encuentra contenida dentro de un contrato de los que, como sostiene la doctrina, no existe verdaderamente un acuerdo de voluntades, sino más bien la imposición de la voluntad de una parte para con la otra. Esto significa que entre su representada y la accionada jamás existió acuerdo y negociación, requisitos indispensables para la validez de una cláusula arbitral, por ello deviene lógico sostener que la cláusula N° 19 del “Contrato de Fletamento”, celebrado entre su representada y la accionada, es inválida, en consecuencia no surte efecto jurídico alguno, a la luz de la norma de derecho que reza *quod nullum est, quod nullum effectum producit*. Pero eso no es todo, no solo que jamás existió acuerdo de voluntades, como exige la doctrina, sino que, además, en dicha cláusula, nunca se acordó, inequívocamente, respecto de la correcta designación de los árbitros y posterior composición del Tribunal Arbitral, toda vez que el lenguaje empleado en la mentada cláusula resulta vago e impreciso. Al respecto, la catedrática española María Vásquez ha señalado que: “...finalmente, si lo aqueja un error en su contenido, imprecisión o vaguedad, la sanción dependerá de la gravedad de aquéllas, si éstas no pueden salvarse, el convenio -siendo patológico- deberá entenderse igualmente como ineficaz.”. De igual manera, como no existe precisión en lenguaje empleado para la designación del Tribunal Arbitral, es más claro aún lo patológica que resulta esta cláusula, “...por no contemplar las funciones esenciales que debe cumplir un acuerdo arbitral: producir consecuencias obligatorias, excluir la intervención de autoridades judiciales, dotar de facultades al Tribunal Arbitral para resolver controversia y, por último, establecer un procedimiento que bajo condiciones de eficacia y rapidez concluya en un laudo arbitral que sea susceptible de ejecución”, de acuerdo con la doctrina francesa en materia de arbitraje. Entonces, si han dicho que la cláusula arbitral que ha utilizado la accionada para demandar a su representada es patológica y, por tal, inválida, resulta totalmente evidente, señor juez, el nivel de indefensión al que está siendo sometida su representada, por cuanto está siendo arrastrada a un proceso viciado e ilegítimo, en contra de su voluntad y en atropello de su derecho al debido proceso. Pero eso no es todo, sino que, sin perjuicio de lo anotado, además pretende la accionada ejecutar un instrumento que es radicalmente nulo, por las siguientes consideraciones. **DE LA NULIDAD DEL CONTRATO.**- Luís Díez Picazo señala “que no hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos: 1. Consentimiento de los contratantes. 2. Objeto cierto que sea materia de contrato. 3. Causa de la obligación que se establezca.”. Adicionalmente, Díez - Picazo señala que un contrato es “nulo radicalmente cuando no produce efectos jurídicos. Es la máxima sanción del ordenamiento jurídico para cuando, por poner los ejemplos más relevantes e indiscutidos de nulidad absoluta: 1. Se ha traspasado los límites que señala el ordenamiento para el juego de la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público. 2. El contrato carece de los requisitos esenciales que el ordenamiento jurídico imponga por razón del tipo negocial concreto. 3. El contrato tiene causa ilícita.” El Contrato en cuestión es nulo por cuanto contraviene lo dispuesto en el artículo 1478 del Código Civil que claramente establece: “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”. Como ejemplo, transcribe a continuación la parte pertinente del fallo emitido por la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex Corte Suprema de Justicia, dentro del juicio 322-2007: “... La alegación de que por la cláusula 27 de los conocimientos de embarque las partes se han sometido a la jurisdicción extranjera para los efectos del transporte contratado, que de la traducción presentada al proceso se lee: “...este contrato estará



regido por las leyes de los Estados Unidos y la Corte Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York, tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de todas las disputas que surjan bajo el presente Conocimiento de Embarque, incluyendo cualquier disputa sobre el flete u otras sumas pagaderas al Transportista por el transporte a o desde los Estados Unidos. En cualquier otro caso, este Conocimiento de Embarque está sujeto a la legislación y jurisdicción inglesas”, esa estipulación es ineficaz y carece de valor por contravenir al Art. 1.478 (ex 1505) del Código Civil que dispone que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”...” (Las negrillas le pertenecen). Decimos que existe objeto ilícito en el Instrumento materia de este juicio, por cuanto en él se habría pactado una cláusula de esas que la legislación de la materia conoce como prohibidas. Es así, que en la cláusula No. 2 del “Contrato de Fletamento”, se le impone a su representada una cláusula que exime de cualquier tipo de responsabilidad al proveedor del servicio (la accionada), diciendo que “las pérdidas, daños (a la carga) o demoras surgidas de cualquier causa, incluso de la negligencia del Capitán o tripulación, o cualquier otra persona empleada por el propietario de la nave, abordaje de la misma o en Puerto, por todos aquellos actos por los que fueren, a no ser por esta Cláusula, responsables (...)”

AFECCIÓN DEL ORDEN PÚBLICO ECUATORIANO.- Por otro lado, también afecta el orden público la cláusula 19 del instrumento, toda vez que su representada jamás aceptó de manera expresa, tal como lo ordena nuestra legislación, el sometimiento a la jurisdicción arbitral. Aquí quiere ser claro, cuando la ley se refiere a aceptar expresamente dicha cláusula, evidentemente quiere que respecto a dicha cláusula se haga algún tipo de aceptación especial, ya sea firmando individualmente dicha cláusula, mediante una leyenda en donde se acepte expresamente dicha cláusula, etc. Afecta al orden público ecuatoriano porque existe una ley, que se llama Ley Orgánica de Defensa del Consumidor que expresamente prohíbe que se celebren contratos y documentos en idioma inglés, que se use letras pequeñas, que se impriman en formatos pre- establecidos y que se obligue a renunciar a domicilio y jurisdicción de la justicia ecuatoriana. Nuestra legislación prohíbe expresamente el uso de los contratos- formatos y establece que estos serán nulos por así contravenir el derecho ecuatoriano. De la lectura del documento en referencia, no cabe duda alguna que el mismo no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, los cuales se refieren a las características que deben tener los caracteres utilizados en los contratos, así como el idioma en el que deben estar redactados los mismos. En fin, tal como usted lo podrá evidenciar en el presente juicio, el documento materia de la presente acción y más aún la referida cláusula 19, contraviene expresamente lo estatuido en los artículos 41, 42 y 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor... (...). Por todo lo expuesto, solicita que en sentencia se declare que el supuesto contrato de fletamento celebrado el 13 de marzo de 2012, entre su representada ECONOTRANS ECUADOR S. A., y la compañía extranjera SEATRADE GROUP NV, aparentemente representada en el Ecuador por el señor BOUDEWIJN RAVELLI IVO WILLEM OTTO, es nulo de nulidad absoluta por tener el mismo objeto ilícito y por contravenir el orden público del Ecuador.”; recurso de apelación planteado por la parte accionada, que fue concedido como cumplidas las formalidades de Ley, para ante esta Corte Provincial de Justicia del Guayas, que previo sorteo para la Sala Especializada de lo Civil, conformó un Tribunal, el que para resolver se considera: PRIMERO.- Competencia del Tribunal: Somos jueces asignados y competentes, para el conocimiento de esta causa, en virtud de lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículos 160.1 y 208, numeral 1. SEGUNDO.- Antecedentes: Tanto el accionante como el accionado en su demanda



como en su contestación a la demanda, se afirman sobre las base de sus derecho, el contrato dado con cláusula arbitral. 2.1) Cuando la parte actora ECONOTRANS ECUADOR S.A., en los fundamentos de hecho de su libelo a fojas 7, expresa que: -cita- "La accionada y mi representada, celebraron un instrumento innominado en idioma inglés pre elaborado en formato que el demandado lo ha denominado "contrato de fletamento", formato en el cual se incluyeron estipulaciones que jamás fueron negociadas por mi representada, todo lo contrario, fueron impuestas a mi representada." fin de cita-; todo lo cual resulta en la afirmación de la existencia de un contrato suscrito entre ambas partes, ahora litigantes dentro de este juicio; en el reverso de esta foja (7), en sus dos primeros incisos y en epítome a los hechos: "afirma la existencia de una cláusula arbitral dentro del convenio, debe dilucidarse en el extranjero, en esta caso, en la ciudad de Londres, la misma que es negada por la parte actora, sobre la base de que fue suscrita sobre un contrato llamado de adhesión, violentando y desnaturalizando la verdadera esencia del arbitraje, deviniendo en dicha cláusula de ineficaz, de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia de la materia."; lo que indica de origen, la existencia de una cláusula arbitral entre ambos. 2.2) La parte demandada, tanto la persona jurídica SEATRADE GROUP N.V., en la contestación de su demanda de fojas 85 a la 93, asevera la existencia de un contrato, que en el numera 3, de la parte de los antecedentes de su libelo, expresa: -cita- "Seatrade, en su calidad de armadora, y Econotrans, en su calidad de fletadora, negociaron os términos y condiciones para el fletamento de la nave Koala Bay para un viaje desde el puerto de Esmeraldas, Ecuador, hasta Puerto Cabello, República de Venezuela, para el transporte de una carga consistente en un mínimo de 3 .250 toneladas métricas o hasta una carga llena y completas de papas/cebollas en sacos sueltos/cajas (en lo posterior, "el contrato de fletamento"). fin de cita-; de lo narrado se colige la existencia de un contrato; en los numerales 10 y 11 de la misma contestación a la demanda, reconoció la llamada cláusula de arbitral, para dilucidarse en Londres. La persona natural también demandada, en su escrito de fojas 96 a 97 donde también contesta la demanda, señalando que la firma del contrato con Econotrans, la hizo a nombre y en representación de la Seatrade Group N.V., no por sus propios derechos, por lo que considera la demanda en inoficiosa en relación a él, además que reconoce tanto la existencia del contrato como de la cláusula arbitral internacional, para ser dilucidada en Londres, que la hizo cuando representó a la persona jurídica demandada. De todo lo expresado se puede distinguir la afirmación de que pueda existir un interés legítimo, que de indicios al juez que deba ser protegido conforme a derecho, por ello es menester observar todas las ritualidades que la ley exige, para el caso que el juez pueda analizar las solemnidades sustanciales, que debe tener todo juicio. TERCERO.- El Arbitraje: "El arbitraje como institución, y tal como lo estructura la doctrina, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual; el denominado contrato de dación y recepción de arbitraje (receptum arbitrii); y el procedimiento arbitral, de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal. Si se quiere definir el arbitraje, ilustrativo es el concepto que nos trae la doctrina: "arbitraje es una institución de justicia privada en virtud de la cual los litigios se sustraen a la jurisdicción del derecho común, para ser resueltos por árbitros investidos para la circunstancia de la misión de juzgar" (ROBERT, J. Tratado de arbitraje civil y comercial en derecho interno. París, 1955, página. 7); el arbitraje, como institución, significa que se ha iniciado el proceso arbitral, previo, claro está, el convenio arbitral y el nombramiento y aceptación de los árbitros." así lo define el Ab. Ernesto Salcedo Verduga, en la Revista Jurídica Online de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en sus páginas 147 a 162, "El Convenio Arbitral en la Nueva Ley de Arbitraje y Mediación".



CUARTO.- Efectos de del Convenio Arbitral: Según la doctrina sobre arbitraje, el convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo, que en nuestra Ley consiste en la obligación de las partes de someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, y el denominado efecto negativo, que se traduce en la prohibición a los órganos de la Función Judicial de conocer tales controversias. QUINTO.- Constitución reconoce el arbitraje: La Constitución de la República del Ecuador, manifiesta respecto del arbitraje lo siguiente: "Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.". SEXTO.- Ley de Arbitraje y Mediación: El artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador señala que: "El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje..." lo cual impide someter cualquier caso a la justicia ordinaria. SÉPTIMO.- Arbitraje Internacional: Así mismo la Ley de Arbitraje y Mediación de la República del Ecuador, reconoce la posibilidad de pactarse entre las partes intervinientes en un contrato, de diferentes estados, el arbitraje internacional, de conformidad con el artículo 41 de la Ley antes mencionada, indica que: "Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos: a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad."; así mismo el artículo 42, primer y segundo inciso de dicha Ley, indica en su parte pertinente: "Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.". OCTAVO.- Cláusula Arbitral: La Doctrina ha establecido lo siguiente, acerca la cláusula arbitral lo siguiente: "Excepción de compromiso. Al examinar el compromiso (supra, núm. 26) hemos visto que en virtud de él nace una excepción de renuncia al conocimiento judicial. No es ésta una excepción de fondo, sino una excepción procesal; sin embargo, tiene un carácter particular, debido a que su resultado puede ser parcialmente favorable al demandado, en cuanto que la sentencia que la estima, si bien no niega la acción, admite, si, que el demandado está exento de la acción del contrario mientras el compromiso permanezca en vigor. Por ello se explica la falta de seguridad con que la práctica procesal trata esta excepción. Hay que poner especial cuidado en no confundirla con una excepción de incompetencia de



jurisdicción." (Instituciones de Derecho Procesal Civil, Giuseppe Chiovenda, trad. E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, vol. I, Pág. 90 y vol. II, página 343.); así como: 8.1) "Cláusula compromisoria. a) Denominase cláusula compromisoria a la estipulación contractual en cuya virtud las partes establecen que los conflictos que puedan suscitarse entre ellas con motivo del cumplimiento del contrato, serán resueltos mediante arbitraje. Como dice Barrios de Angelis, se trata de un acuerdo de voluntades, regularmente expreso, que hace necesario el arbitraje para la resolución de un determinado género de conflictos futuros... (...)" (Manual de Derecho Procesal Civil, Lino Enrique Palaci, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, 3° Edición actualizada, página 905 y ss.). 8.2) Del presente juicio se observa que en la etapa de prueba se dispuso la traducción del contrato materia de la Litis y demás documentos, misma que obran de fojas 377 a 410, en el que a fojas 380 obra cláusula arbitral, en el que se indica: "Este contrato de fletamiento estará gobernado y será interpretado de conformidad con la ley inglesa y cualquier disputa que surja de este contrato de fletamiento será sometida a arbitraje en Londres de conformidad con la ley de arbitraje de 1950 y 1979 o cualquiera de sus modificaciones o re-promulgación posterior. A menos que las partes acuerden un solo árbitro, se nominará un árbitro por cada parte y los árbitros, se nominará un árbitro por cada parte y los árbitros así nominados designará a un tercer árbitro; la decisión del tribunal conformado por los tres árbitros o por dos de ellos será definitiva... (...)". NOVENO.-Argumentación: 9.1) La sentencia 113-15 de la Corte Constitucional y de sus argumentos, inscritas en la parte argumentativa de las páginas. 8 a 20, como jurisprudencia vinculante, las garantías básicas del debido proceso ponen límite a la actuación discrecional de jueces y juezas, en el presente caso las partes accedieron a someter sus conflictos bajo el juzgamiento en un Arbitraje en Londres y de conformidad con la Ley inglesa, tal como lo determina la cláusula décimo novena referente a las controversias y que obran de fojas 330, tal como se ha indicado anteriormente, por tanto el derecho humano a acceder al juez o autoridad competente y de conformidad con el trámite propio mediante un sistema reglado previamente establecido, ha sido determinado por las partes de manera voluntaria, preceptos que además los cobija la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional expone: "De la norma previamente citada se desprende que, el límite a la competencia arbitral, en relación a lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico, es que el objeto del litigio, en primer lugar, sea determinado por mutuo acuerdo de las partes y, en segundo lugar, sea susceptible de transacción.". 9.2) Reconociendo las partes un contrato con cláusula arbitral, éste produce efectos de carácter jurídico para las partes. Por lo que en virtud de los artículos 1, 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación que al pactar un convenio arbitral, se decide someter las controversias al arbitraje y extraerse de la justicia ordinaria; ya que éste (arbitraje) tiene su jurisdicción ya señalada en la ley. Por las consideraciones antes expuestas este Tribunal de la Sala Especializada de lo Civil, de esta Corte Provincial de justicia del Guayas, RESUELVE, aceptar el recurso de apelación presentado por la parte accionada, por lo que se revoca la sentencia dictada el día 16 de Agosto del 2016, de fojas 513 a la 520 y procede a inhibirse de conocer la demanda, por la existencia de la cláusula arbitraria y se dispone que se tramite la causa de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, esto es disponer el archivo de la causa. Ejecutoriada que se encuentre el presente auto, remítase lo actuado a la Unidad Judicial de origen, para que se ejecute esta resolución. Sin costas que regular en esta instancia. Notifíquese.



Lo que comunico a usted para los fines de ley.

ORTEGA LOPEZ BLANCA LETICIA
SECRETARIO