

247
203



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**REGULACION JURIDICA DE LA
AVERIA GRUESA**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIO FLORENCIO REYES LOPEZ

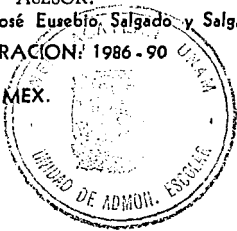
ASESOR:

Dr. en Derecho José Eusebio Salgado y Salgado

GENERACION: 1986 - 90

ACATLAN, EDO. DE MEX.

1994





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI MADRE JUANA LOPEZ SANCHEZ CON TODO MI
AMOR, CARO Y AGRADECIMIENTO, QUE CON ES
FUERZO, TERNURA Y PACIENCIA LOGRO MI FOR
MACION COMO PROFESIONISTA.

A MIS HERMANAS NATIVIDAD, PETRA, ANTONIA
TERESA, MARIA LUISA, FAUSTINA Y RAMON
POR HABERME TENIDO CONFIANZA Y HABERME
COMPRENDIDO Y SOBRE TODO POR HABER DIRI
GIDO MIS PASOS CON BIEN.

A MIS CUÑADOS POR HABERME BRINDADO SU APOYO
Y AMISTAD INCONDICIONAL.

CON UNA PROFUNDA Y ESPECIAL DEDICATORIA A
MI PROFESOR Y ASESOR DR. EN DERECHO, JOSE
EUSEBIO SALGADO Y SALGADO, QUE INCULCO EN
MI PERSONA EL AMOR Y RESPETO HACIA EL DE
RECHO MARITIMO.

INDICE

PAG.

INTRODUCCION

CAPITULO I.

FUENTES DE LA AVERIA GRUESA

| | |
|---|----|
| 1.1. FUENTES HISTORICAS | 6 |
| 1.1.1. Derecho Griego | 6 |
| a) Lex Rhodia | |
| 1.1.2. Derecho Romano | 9 |
| a) Institutas | |
| 1.1.3. Derecho Bizantino | 13 |
| 1.1.4. Edad Media | 14 |
| a) Consulado del mar | |
| b) Roles de Olerón | |
| 1.1.5. Ordenanzas de 1681 | 18 |
| 1.2. FUENTES ACTUALES | 20 |
| 1.2.1. Desarrollo de las Reglas de York-Amberes | 20 |

CAPITULO II.

LA AVERIA GRUESA

| | |
|-----------------------------------|----|
| 2.1. Noción de la avería | 31 |
| 2.2. Clasificación de las averías | 35 |
| a) Simple o particular | |
| b) Gruesa o común | |
| 2.3. Terminología de la avería | 46 |

| | |
|--------------------------------------|----|
| 2.4. Definición general de la avería | 49 |
| 2.5. Clasificación de las averías | 53 |

CAPITULO III. FUNDAMENTO DE LA AVERIA GRUESA

| | |
|--|----|
| 3.1. Definición legal | 60 |
| 3.2. Fundamento jurídico | 67 |
| 3.2.1. Teoría de la idea del enriquecimiento sin causa | 69 |
| 3.2.2. Teoría de la equidad | 73 |
| 3.2.3. Teoría de la comunidad de intereses | 74 |
| 3.3. Proporcionalidad de la avería | 77 |
| 3.4. Condiciones de la avería gruesa | 70 |
| A.- Sacrificio o gasto extraordinario | |
| B.- Comunidad de intereses | |
| C.- Iniciativa del capitán | |
| C1.- Voluntariedad | |
| C2.- Deliberación | |
| D.- Peligro | |
| E.- Resultado útil | |

CAPITULO IV. REGULACION Y DETERMINACION DE LA AVERIA

| | |
|--|-----|
| 4.1. Las Reglas de York y Amberes | 124 |
| 4.2. Compromiso de contribución | 126 |
| 4.3. Garantía de contribución de la avería común | 131 |
| 4.4. Acción de contribución | 137 |

| | |
|--|-----|
| 4.5. Extensión de la acción de contribución | 141 |
| 4.6. Determinación de la ley aplicable en la liquidación de las averías | 143 |
| 4.7. Carga de la prueba | 151 |
| 4.8. Sucesión de averías | 154 |
| 4.9. Prescripción de las acciones derivadas de la regulación de la avería común. | 160 |

CAPITULO V CONSIDERACIONES GENERALES

| | |
|---|-----|
| 5.1. Valor jurídico de la institución | 165 |
| 5.2. Ventajas e inconvenientes de la institución. | 167 |

APENDICE

176

CONCLUSIONES

189

BIBLIOGRAFIA

195

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Actualmente la rama del Derecho que enfoca sus estudios hacia la actividad por mar, es el Derecho Marítimo, en nuestro País, como lo observe durante el desarrollo del presente trabajo, el material de apoyo con que se cuenta al respecto es muy escaso, es por ello que se tuvo que acudir al campo del Derecho Internacional Comparado, información que se sometió a un proceso de análisis y valoración que se ajustara a las necesidades jurídicas del País.

Es por ello que al tratar el tema "Regulación Jurídica de la Avería Común", se hizo con el propósito y deseo de cooperar a la actualización de una de las instituciones del Derecho Marítimo de mayor tradición, "La Avería Común", en virtud de que su regulación en la actualidad mantiene lagunas, mismas que provocan problemas de carácter económico, ya sea para los fletadores o cargadores, problemas que repercuten en los altos costos que se dan en el proceso de liquidación de Averías.

Es por ello que la finalidad del presente trabajo consiste en hacer resaltar la necesidad que existe de estructurar una sólida base jurídica que reglamente aquellos aspectos más relevantes de la Institución de la Avería Común, y que se ajusten a los conceptos de equidad y de justicia.

El principal propósito dentro de éste trabajo, se encaminará a la enunciación de aspectos jurídicos que en mi concepto, aún no han sido tratados en nuestra legislación, y que pueden conducirnos a formular una base para la regulación de la Avería Común, sin perjuicio de considerar además otros aspectos generales que integran la unidad del tema.

No es mi pretensión realizar un amplio estudio y análisis de todos y cada uno de los aspectos que encierra el acto de Avería Común, solamente el de aquellos que desde mi particular punto de vista cuentan con trascendencia jurídica, dejando aquellas partes técnicas a especialistas en la materia.

Se hará en la mayoría de las veces referencia a las "Reglas de York y Amberes", ya que es un estatuto de carácter internacional al que se apegan la mayoría de las legislaciones, incluyendo la nuestra.

En el primer capítulo me refiero a Fuentes de la Avería Gruesa por considerar que para poder llegar al estudio y análisis de la Avería Común, es necesario comprender cuál fué el origen de la institución, y que tratamiento se le dió por aquellas naciones que regulaban la materia.

El segundo capítulo parte del análisis de la noción o significado de Avería, asimismo se presenta su clasificación básica, de la que podría partir la pretensión de ubicar el acto de Avería como Común o particular; a continuación se hace referencia a la Terminología y Definición General del Acto de Avería, lo cual permitirá tener una noción preliminar acerca de la institución.

El tercer capítulo hace referencia a tres temas directamente relacionados entre sí. El primero de ellos se refiere a la Definición Legal, tomando como base la que otorga nuestra legislación, misma que se compara con la definición que dan cuerpos normativos de otras naciones. El segundo punto analiza el fundamento jurídico, partiendo del estudio de las diversas teorías más representativas que la Doctrina nos ofrece; Y en el tercer tema, se hace un análisis de los elementos que caracterizan a la Avería Común, y de los cuales se configura un concepto propio, esto con el objeto de establecer que la institución cuenta con otras particularidades que se deben tomar en cuenta.

En el capítulo cuarto se estudian las disposiciones específicas, que en nuestro ordenamiento jurídico no se señalan y cuya naturaleza es de vital importancia para el presente tema, puesto que constituyen la estructura jurídica-procesal básica del acto de Avería Común; con ello pretendo darle a la figura el contexto jurídico que requiere nuestra Legislación Marítima.

En el capítulo quinto se enfatiza aquella parte que es objeto de discusión actual, la que se refiere a la abolición o sobrevivencia de la Avería Común,. En el mismo se presentan aquellas ventajas e inconvenientes que presenta la institución y a las cuales se exige una pronta solución en beneficio de las partes integrantes de la Aventura Marítima.

CAPITULO I

FUENTES DE LA AVERIA GRUESA

CAPITULO I

FUENTES DE LA AVERIA GRUESA

1.1. FUENTES HISTORICAS

La institución de la avería común es una de las figuras del Derecho Marítimo que cuenta con una tradición histórica antiquísima; es tan vieja como los más antiguos viajes comerciales por mar, y es una ley natural del mar, basada en la comunidad. A pesar de los muchos y diversos cambios que ha experimentado la humanidad desde aquellos días de la navegación, este Derecho del Mar, ha sobrevivido y no solo es aceptado hoy en día por todos los países marítimos del mundo, sino que forma parte de su derecho común o códigos marítimos.

1.1.1. DERECHO GRIEGO.

Para los propietarios de barcos de la antigua Grecia que fueron los primeros en introducir la avería gruesa en su comercio mediterráneo la conciliación de la misma era un asunto sencillo.

Sus pequeños barcos transportaban probablemente tan pocos como una media docena de embarques en cada viaje y era costumbre en aquellos tiempos que los mercaderes viajáran con sus mercancías. Se determinaba, por lo tanto, que cualquier pérdida de avería gruesa sufrida por el propietario del barco o uno de los comerciantes era conciliada en el camarote del capitán al término del viaje. Si el propietario del barco, que podría también ser el capitán del barco, había sufrido la pérdida, los diversos comerciantes le darían, cada uno, objetos apropiados de sus embarques, mientras que si hubiese sido uno de los comerciantes el que hubiere sufrido, los otros mercaderes lo tratarían en forma similar y el capitán, a nombre del barco, pagaría presumiblemente en efectivo.

En el Derecho Griego los principales riesgos a que estaban expuestas la nave y las mercancías eran los siguientes: Naufragio, Averías Graves, encuentro con piratas o estado de guerra, necesidad de aligerar la nave y deterioro de las mercancías (1).

Averías Graves.

La nave, a lo largo de la travesía podía sufrir una avería lo suficientemente grave como para provocar su anclaje en el puerto más próximo y el desembarque de las mercancías (2).

En el discurso de Demóstenes contra Dionisodoro se discute si en tal caso el prestatario debe satisfacer todos los intereses, como si hubiera llegado felizmente al puerto de destino, o si, por el contrario, sólo está obligado a satisfacer los intereses devengados de acuerdo con el itinerario recorrido. Claro está que Dionisodoro había podido trasladar las mercancías a otra nave y llegar así al puerto de destino, pero no conocemos con exactitud la verdadera intención y los intereses particulares de Dionisodoro. Lo que se aparece claro en la controversia mantenida entre Darío y Pánfilo - prestamistas - y Dionisodoro - prestatario - es que si las mercancías no perecen a consecuencia de las averías, la obligación del prestatario no desaparece. Más dudas ofrece el hecho de que aquel está obligado a hacer todo lo posible para cumplir su obligación (3).

(1) CASTRESANA HERRERO, Amelia. El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana, ediciones Universidad de Salamanca , Salamanca España, 1982, página 26.

(2) Ibidem, página 28.

(3) IDEM

Encuentro con piratas o estado de guerra.

Andócides nos explica que, tanto a las tempestades y al estado de guerra, la piratería constituía uno de los riesgos mayores de la navegación. La propia costumbre comercial asimilaría la pérdida de mercancías debido al encuentro con piratas.

Necesidad de aligerar la nave.

La cláusula relativa al lanzamiento viene claramente recogida en la "syngrapha lacritea".

Los traductores Helenitas traducen así el texto: << Pagarán el capital y los intereses sin otra deducción que la del lanzamiento que haya tenido lugar por un común acuerdo >>.

PAOLI considera acertadamente que << tras una deliberación se hace un lanzamiento en común >>.

Las razones que inducen a PAOLI a dar esta interpretación son exclusivamente jurídicas, pues considera que el << lanzamiento en común >> recoge la obligación de contribuir, jurídicamente exigible, que deriva del mismo y que consiste en que los comerciantes que han salvado sus mercancías paguen proporcionalmente determinada cantidad a aquellos otros perjudicados por el lanzamiento.

La selección de las mercancías, objeto del lanzamiento, se hace en relación directa a su peso e inversa a su valor.

Tal vez la costumbre marítima, observa PAOLI, fué sancionado que cuando el lanzamiento se practicaba en casos de urgente necesidad o cuando de ella se obtenían las ventajas deseadas, la obligación de contribuir no desaparecía, aunque el lanzamiento no hubiera sido precedido de una deliberación entre los pasajeros.

Deterioro de las mercancías.

Las mercancías podían deteriorarse a causa de infiltraciones o vías de agua en la nave o por otros motivos. Los textos no aluden a estos supuestos, pero lógicamente debemos reconocer el derecho del prestatario a una disminución de su deuda en proporción al deterioro sufrido por las mercancías.

1.1.2. DERECHO ROMANO.

a) LEX RHODIA.

Entre los pueblos antiguos fueron los griegos, los primeros en publicar leyes marítimas, y entre estas las de Rodas son la que suben a la más remota antigüedad.

Los ciudadanos fueron los primeros..."en alcanzar victorias navales que pusieron en sus manos por largo tiempo el cetro de los mares; y no sin razón los llama FLORO el pueblo náutico y a EUSEBIO el señor del mar....no fueron, pues, sus leyes recibidas en Roma como las otras griegas, que estando grabadas sobre

las doce tablas vinieron a ser leyes romanas por haber sido solemnemente reconocidas por el pueblo; pero si fueron estimadas y respetadas, conservándoseles siempre su nombre originario, aunque no estuviésem escritas sobre las doce tablas" (*)... AUGUSTO reconoció solemnemente las leyes Rhodias como romanas, él las hizo estables, legales y auténticas.

Quiso en efecto Justiniano adoptar la parte de la jurisprudencia naval de las rhodias concerniente a las mercaderías arrojadas al mar durante una tempestad, o en el caso de peligro inminente de naufragio. Y la ley Rhodia en los capítulos 33, 39 y 40 establece que el buque perdido debe venir in colationem, o prorratearse con las mercaderías que se salvasen del naufragio; pero que si un buque recibe lesión en sus mástiles, en sus velas o en otra parte por un recio temporal, o por la violencia de un rayo, no está en el caso del prorrateo; el que se verifica solamente en el caso en que se ha recibido el daño por deliberación y consentimiento del patrón con el objeto de evitar el peligro que les amenazaba, y de salvar su vida, el buque y las mercaderías.

Triboniano, señala que siempre que por salvar el buque o las mercaderías, es preciso sacrificar algunas arrojándolas voluntariamente al mar, todos los propietarios de los géneros fletados en las embarcaciones están obligados a contribuir a esta pérdida y a indemnizar al dueño de las que se arrojaron voluntariamente.

El Código de Rhodas que data del Siglo III ó II antes de Jesucristo fué la máxima autoridad en los pueblos mediterráneos. Estas leyes ejercieron una extraordinaria influencia entre los griegos y romanos.

(*) Ha de mencionarse que algunos casos especiales, derivados de las Leyes Rhodias son complemento de ciertos principios generales establecidos en el código del Derecho Bizantino llamado "Basilicatas".

Las leyes marítimas de Rhodas se aplicaron en los pueblos del Mediterráneo. Precisamente de éste código se deriva la Ley de Echazón que se aplica en los casos en que hay necesidad de arrojar al agua la carga de un buque para aligerarlo (4).

El concepto de comunidad de riesgos y de su repartición se halla en el Derecho Helénico, es luego acogido en el Derecho Romano, en el cual toma relieves más definidos en la famosa ley Rhodia de Jactu. La razón inspiradora de la norma se halla en la "comunidad de riesgos" que en la ley Rhodia había hallado su primera y su principal aplicación (5).

Los elementos básicos de ésta institución en el Derecho Romano, son los siguientes:

- a) Un peligro común para la nave y para el cargamento.
- b) Un daño producido deliberadamente para sustraerse de tal peligro
- c) Un daño intencional efectivamente sufrido
- d) Una ventaja conseguida, aunque fuese en forma parcial.

El hecho típico de la averfa común es la echazón del cargamento, al objeto de sustraer la nave al naufragio. El caso fortuito y la fuerza mayor constituyen la matriz causal del peligro, pero no el daño, motivo por lo cual el daño producido por culpa del magister o de la tripulación, no constituye motivo de contribución.

(4) OLVERA LUNA, Omar. Manual de Derecho Marítimo. Ed. Porrúa, México, 1981, página 118.

(5) BRUNETTI, Antonio. Derecho Marítimo Privado Italiano; (versión española anotada por R. Gay De Montella), Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, página 170.

El acuerdo de sacrificar un bien perteneciente a la comunidad de los riesgos para el salvamento común, es adoptada en el Derecho Romano por las personas que se hallan a bordo, o bien por el magister, bajo la presión de la urgencia de peligro. Se trataba de un contrato social por el cual, el fletador y el noxero dividían entre ellos las ganancias y las pérdidas mientras que los accidentes que recaían sobre la nave y el cargamento, sin culpa de los interesados, se soportaban en común. Acomodándose a una época de agravación de los riesgos y por las incursiones de los piratas la ley Pseudo-Rhodia extendió su contribución a todos los daños consiguientes a los siniestros marítimos, ya fuesen preordenados o fuesen fortuitos.

En cuanto a la deliberación de sacrificio, especialmente en el caso de echazón en el sistema romano la consulta de los comerciantes y de los pasajeros no era considerada como necesaria; el magister podía prescindir de ella cuando el peligro fuese inminente (6).

Esta ley quiso comprender en el régimen de la averfa común, el de la averfa simple, (naufragio, confiscación y piratería), derivación, en obsequio al criterio de mutualidad que debía unir a todos los interesados en la expedición.

Las modalidades de la contribución, en el sistema de la ley pseudo-rhodia eran que la nave y los objetos de valor, contribuyen solamente por una parte de su valor. Especialmente los objetos preciosos contribuyen por una parte tanto menor de cuanto mayor es su precio. La nave entra en la masa pasiva, con la disminución de un tercio de valor; el flete contribuye con la mitad.

(6) Ibidem, página 176

En los Statuti Zeno aparte de la contribución por la avería común, se admiten también casos de avería particular, en los cuales los daños son soportados en común por los varios interesados formando la clásica campana de nave del antiguo Derecho Véneto.

1.1.3. DERECHO BIZANTINO.

A ejemplo de Justiniano el emperador Basilio publicó en el año 877 una compilación de leyes divididas en cuatro libros.

León VI, su hijo y sucesor añadió otras 20, y todas ellas se conocen con el nombre de Basilicatas, habiendo sido la base de la jurisprudencia del imperio griego hasta su destrucción.

A través del Derecho Bizantino, la institución pasó al consuetudinario europeo, considerado ya también como daños a repartir entre los interesados del viaje, cualquier sacrificio realizado en beneficio común; y hasta se llegó a aplicar en casi todos los países el reparto del daño entre el propietario del buque y los de la carga respecto de gastos ordinarios de la navegación de las averías pequeñas.

1.1.4. EDAD MEDIA.

a) CONSULADO DEL MAR.

Destaca el Consulado del Mar que fué, el único Derecho Marítimo vigente en la cuenca del Mediterráneo.

El Consulado del Mar fué desde el Siglo XIV hasta el año 1700, impreso y traducido a todas las lenguas europeas y fué utilizado en muchos lugares como norma consuetudinaria (7).

En cuanto a su contenido, en el Título XI habla de una figura que fué el primer antecedente de la averfa común - hoy prácticamente en desuso - que se denomina "Echazón" y reza así: " Corriendo y sufriendo una nave el contratiempo de una borrasca, si el patrón ve y conoce que están a riesgo y pique de perderse todo si no alijan; debe decidir y manifestar a todos los mercaderes, oyéndolo el contra maestre y todos los que vayan en la embarcación:

(7) Sobre el particular José Domingo Ray hace los siguientes comentarios: "En 1238 al otorgar Pedro III de Aragón la jurisdicción consular de Valencia, ordena a los jueces que decidan los litigios según la costumbre del mar de Barcelona y, las reglas seguidas por estos magistrados, se recopilaron en un código del siglo XIII conocido con el nombre del Libro del Consulado del Mar. El ejemplar más antiguo que se conoce esta redactado en idioma Catalán de los siglos XIII y XIV".

"Señores mercaderes, si no alijamos, estamos a pique y en gran riesgo de perder las personas con los efectos y todo cuanto hay aquí; y si vosotros mercaderes, quisierais que alijásemos, con la voluntad de Dios podrémos librar las personas y gran parte de los efectos; pero si no arrojamus algo de éstos, estamos a pique y riesgo de perdernos nosotros mismos y todos los caudales" (8).

" Y si todos o la mayor parte de los mercaderes se convienen en la echazón, entonces puede arrojar".

"Si por casualidad no hubiere mercaderes en la nave en aquél trance y sazón, el patrón debe y puede representar un mercader; bien que lo haga, debe hacerlo con consejo de contraestre, y de los accionistas y de toda la tripulación de la nave".

"Y si manda arrojar, debe ser tenido por tan firme ese acto como si todos los mercaderes estuviesen allí, o si todos los géneros fueran del patrón. Más éste está obligado a contribuir en la echazón con la mitad del valor del buque"(9).

(8) Tomado y transcrito por Francisco Fariña en su obra. Las averías comunes y su liquidación, de la edición de 1791, Capmany y Montpalco, Madrid, páginas 243 a 250.

(9) IDEM

En esta fuente, Consulado del Mar, se reconoce la existencia de la avería común aparte del caso de echazón, en el corte de palos, en el rescate de enemigos y piratas pero no apunta ningún precepto relativo a un previo acuerdo entre los interesados. Los Estatutos Mediterráneos admiten la contribución solamente en el caso de echazón y de gastos provocados por expresa deliberación de la mayoría, de la cual puede prescindir el patrón en el caso de grave e inaplazable necesidad...las reglas fundamentales de la contribución eran estas: Contribuyen la nave y el flete, los objetos preciosos y pertrechos, si son sacrificados para el salvamento de la nave; el valor de las mercancías salvadas, para formar la masa pasiva, se fija en base del precio corriente en el lugar de arribo; las mercancías cargadas sobre cubierta, si son sacrificadas, no dan derecho a contribución.

En orden a la valoración, si bien las mercancías contribuían por todo su valor, la nave contribuía por una mitad y el flete de la nave salvada no contribuía.

Las mercancías calculábanse según su valor en el lugar de su compra, si la echazón se verificaba en la primera mitad del viaje, y en el lugar de desembarque si se efectuaba en la segunda mitad: Se excluían de la contribución activa, las mercancías no registradas en el cartulario.

En la Edad Media, se destacaron en la institución de la avería estas dos características:

a) Que el ámbito de los casos de contribución se extiende en algunos estatutos y se restringe en otros.

b) Que la obligación de contribuir en las fuentes del Derecho Mediterráneo; está fuertemente conectado con aquel contrato jurídico de origen Catalán, y que conocemos con el nombre de Agermanament.

Relativamente a la fijación contractual, "el Consulado del Mar establecía que la contribución no podía llevarse a cabo sin un previo acuerdo; en cambio nada era debido en caso de naufragio. Esta curiosa convención, se conocía con el nombre de Agermanament, y podía estipularse desde el comienzo del viaje, cuando la nave se hallaba aún en el puerto" (*). O bien ante la inminencia del peligro, pero debía siempre expresar la voluntad de los interesados. A falta de mercaderes a bordo, el patrón podía asociar la nave a las mercancías, con el consentimiento de la tripulación, comunidad de la nave, solucionado de ésta forma el conflicto de intereses que se había creado de la contemporánea doble representación de los mercaderes y de los propietarios de la nave.

En el Consulado, la comunidad, está regulada por el acuerdo real o ficticio, por medio del capitán en representación de los comerciantes ausentes, de modo que si el acuerdo ha precedido a la echazón, la contribución es en todo caso debida.

El Consulado del Mar, con su redacción típica, inspirándose en los usos y prácticas marítimas de la época, detalla la forma de realizar el sacrificio de parte de la carga, mediante la echazón, para lograr el salvamento ante un peligro común reconociéndose ya la asociación de intereses en la expedición marítima y la contribución de todos los interesados al sacrificio realizado.

(* En el Consulado del Mar; se halla la rúbrica que trata de la ceremonia o de la formalidad que debe de observarse en caso de echazón en cuyo texto se ponen las frase rituales que debe dirigir a los mercaderes en caso de peligro, para que alijen su cargamento respectivo, y prevé que si el escribano no pudiese levantar acta de "les convinences y empeniments" (acuerdos adoptados) entre el señor de la nave y los mercaderes, los marineros pueden servir de testigos de tales convenios y pactos.

La idea de asociación que dimana del sacrificio para la salvación común es antiquísima, toda vez que responde a una necesidad de la navegación, secuela de las condiciones técnico-sociológicas, en que se daba tanto más, cuanto más permissiva ésta fuera. En tal sentido hay que entender el sacrificio de Jonás, según lo relata la Biblia. Precisamente lo primitivo del hecho técnico de la navegación determinó que durante tiempo inmemorial la avería gruesa por excelencia, y por exclusión, fuera de la echazón, normalmente los demás accidentes de mar causales de actos de avería gruesa como el incendio y la varada, conclufan con la destrucción del buque, de la que dimanaba la inutilidad del sacrificio. Sólo la echazón en caso de mal tiempo podía en ocasiones ser elemento adecuado.

b) ROLES DE OLERON.

En los Roles de Olerón el patrón en caso de absoluta necesidad y con el consentimiento de la tripulación, podía hacer la echazón aún contra la voluntad de los comerciantes.

1.1.5. ORDENANZAS DE 1681.

A fines del Siglo XVII abundaban, especialmente en Francia, los documentos de Derecho Marítimo, lo que hacía inciertas las sentencias de los tribunales. Era indispensable una codificación racional.

Francia que había conservado durante mucho más tiempo que otras naciones su Derecho Marítimo en estado de legislación consuetudinaria, tuvo la suerte de superar ésta situación por obra de su gran ministro Colbert a quien comisionó el rey Luis XIV para la redacción de una Ordenanza sobre comercio marítimo, se

instituyó una comisión con ese objeto, la que después de diez años de trabajo presentó la ordenanza al rey. Luis XIV promulgó en 1681 ésta bella obra legislativa, en el mes de Agosto para ser precisos bajo el nombre de "Ordenanzas sobre la Marina".

Por lo que se refiere a las averías comunes, éstas se encuentran reguladas en el Libro II "De los Contratos Marítimos", Capítulos VII y VIII "De las averías" y "De la echazón y la contribución", respectivamente.

Es en las Ordenanzas de Colbert de 1681 cuando se clasifica a las averías en los dos únicos grupos como son averías simples y averías gruesas: "Las averías simples o particulares, que debían ser soportadas individualmente por cada uno de los interesados a quienes hubiésen afectado, y las averías gruesas o comunes, que debían ser soportadas en común por la totalidad de los interesados, por haber sido voluntariamente ocasionadas en beneficio de todos" (10).

Las ordenanzas de 1681, consideran como averías << todos los gastos extraordinarios ocasionados por el buque y las mercancías, conjunta o separadamente, todo daño ocurrido al buque y a las mercancías >>.

En el antiguo Derecho Marítimo Consuetudinario, se pretendía que los gastos de navegación fuesen repartidos entre el buque y las mercancías que integraban el cargamento; para ello, dichos gastos eran considerados como averías menudas. Las Ordenanzas de 1681 comenzaron a reaccionar contra ésta tradición poco lógica, no considerando como averías menudas susceptibles de pagar en común, más que los gastos de práctica, remolque y pilotaje, negándose a reconocer como averías los demás gastos originados por la navegación.

(10) DANJON, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo, primera edición, Ed. Reus, Tomo III, Madrid, 1934, páginas 289 y 290.

1.2. FUENTES ACTUALES

1.2.1. DESARROLLO DE LAS REGLAS DE YORK-AMBERES.

Las muchas diferencias en la práctica de la averfa gruesa de un País a otro, habfan sido siempre la fuente de irritación y cierta confusión entre las comunidades marftimas del mundo, con el resultado de que las conferencias internacionales se celebrában de tiempo en tiempo para elaborar reglas de práctica común aceptables para todas las naciones marftimas (11).

Los antecedentes de las Reglas de York-Amberes arrancan de la iniciativa que en 1860 adoptaron algunos representantes de Cámaras de Comercio, armadores y aseguradores, de estudiar unas normas generales que sirviéfen para definir los casos más frecuentes de averfas comunes, precisamente los elementos esenciales de las mismas y el ajuste de sus elementos (12).

Con éste objetivo se convocó a una reunión de esos promotores que tuvo lugar en Glasgow del 24 al 29 de Septiembre de 1860, bajo la tutela de la "National Association for the Protection of Social Ciencias" de Londres. En ésta conferencia se adoptáron las nueve reglas internacionales conocidas con la denominación de "Resolución de Glasgow de 1860" (13).

(11) J. BUGLAS, Leslie. Averfa Gruesa y Reglas de York-Amberes 1974; Legislación Americana Práctica, editada por Carnell Maritime Press, Inc., Cambridge, Maryland, 1974, página 9.

(12) CASTRO ESTRADA, Alvaro. Consideraciones en torno a la averfa común, México 1981, 238 hojas, Tesis (Lic. en Derecho), Escuela Libre de Derecho, página 202.

(13) IDEM

Esta reglamentación fué presentada en 126 artículos a la conferencia de Londres de 1862, pero no encontró ambiente favorable.

La conferencia internacional reunida en York en 1864 amplió a once reglas las nueve primitivas y recomendó que, mediante estipulaciones adecuadas en los contratos de fletamento y en los conocimientos de embarque se generalizase su aplicación.

Sin definir la avería común, esas reglas establecieron normas sobre situaciones específicas, como la echazón de cargamentos sobre cubierta, los daños ocasionados por la echazón, la extinción de fuego abordo, corte de restos de palos, encalladura voluntaria, forzamiento y pérdida de velas, gastos en puerto de refugio y salarios y alimentos de la tripulación en éste caso, daños al cargamento en las operaciones de descarga, pérdida del flete y valores contribuyentes.

Estas normas fueron adquiriendo progresiva aceptación y en vista de ello, la "Association for the Reform and Codification of the law of Nations", antecedente de la actual "International Law Association", tomó la iniciativa en 1875 de convocar una conferencia internacional que se celebró el mismo año en La Haya continuando su labor en otra reunida en Bremen el año siguiente, designándose una comisión que estudiase un proyecto de revisión de las Reglas de York. Este proyecto fué discutido en Amberes en 1877, aprobándose doce reglas que fueron denominadas "Reglas de York-Amberes" (14).

En aquel tiempo no se hizo intento alguno para definir la avería gruesa y las reglas trataban únicamente las situaciones específicas.

(14) *Ibidem*, página 203

La razón probable de esto era que la avería gruesa ya se había desarrollado a lo largo de dos líneas diferentes. Una apreciación, Inglesa, insistía en que el acto de avería gruesa debería haberse celebrado ó los gastos incurridos "para la conservación del barco y la carga". Otro pensamiento, Francés, mantenía que los pasos tomados "por el bien común" se calificáran como avería gruesa. En 1890, se enmendáron y ampliáron las reglas para llegar a 18 en número y se conociéron como las Reglas de York y Amberes. Nuevamente no se hizo intento alguno para tratar de definir los principios generales de la avería gruesa. De hecho, una de las reglas estipulaba que los casos no cubiertos específicamente por las reglas, de las cuales existían muchas de necesidad, deberían ser tratados de acuerdo con la ley y práctica que habrían regido el ajuste de no haber contenido el contrato de fletamento una cláusula para pagar avería gruesa de acuerdo con las reglas York-Amberes.

La "International Law Association" continuó estudiando posibles revisiones de éstas normas y en el congreso de Amberes de 1903 se adoptó una nueva regla para resolver la situación creada por la práctica de la inserción de la cláusula de negligencia (Negligence clause) en los conocimientos, exonerando de responsabilidad al armador por faltas del capitán y tripulación (15).

(15) *Ibidem*, página 204

Sobre diversos aspectos se estudiaron también nuevas reglamentaciones en las conferencias de Londres de 1910, de París de 1912, en la de Madrid de 1913 y la "International Law Association" publicó el proyecto elaborado en ésta última reunión, en el que, en su primera sección, se daba ya una definición de la avería común. En el mismo año, por iniciativa del especialista en Derecho Marítimo Leopold Dor, la sección francesa del "Maritime Law Committee", designó una comisión para redactar un nuevo proyecto que debía contener unas reglas generales y para casos específicos. El anteproyecto formulado por la sección francesa contenía 34 reglas en 6 capítulos. La asociación de liquidadores de averías de Inglaterra formuló, a su vez, otro proyecto y a propuesta de la "Chamber of Shipping of the United Kingdom" se invitó a una reunión a los armadores de todas las naciones marítimas para adaptar las reglas de York-Amberes a las prácticas marítimas modernas.

Era inevitable que tarde ó temprano tendría que abordarse ésta cuestión de principios generales, pero las reglas de York-Amberes trabajaban tan bien en la práctica que no fué sino hasta 1924 que se volvieron a revisar. Las reglas de York-Amberes, 1924, representaban un enorme paso al frente, ya que incluían por primera vez, las reglas de letras A, B, C, D, E, F y G, que trataban los principios generales. La regla "A" definía un acto de avería gruesa, y como veremos representaban una victoria para el criterio de la "conservación del barco y de la carga". La definición adoptada era de hecho casi idéntica a la definición estatutaria inglesa de avería gruesa (16).

(16) J. BUGLAS, Leslie. *Op. cit.*, página 10

Aún cuando el objetivo principal de la revisión de las Reglas de York-Amberes en 1924 era el de lograr un mayor grado de uniformidad en el ajuste de la avería gruesa, se amplió la teoría del beneficio común tradicionalmente incorporada en alguna de las reglas numéricas. Específicamente se enmendaron las reglas X (b) y XI (b) para permitir que los gastos de puerto de refugio, manejo de carga y salarios de la tripulación, etc; fueran incluidos en la avería gruesa, en los casos en que los daños que requiriesen de reparación para la segura continuación del viaje, se "descubrieran" sólo después de tomar la carga en un puerto de carga o descarga, es decir, sin que hubiese ocurrido ningún "accidente" subsecuente a la toma de la carga. En tales casos era accesible a los intereses de la carga ejercitar cualquier derecho que pudieran tener para evitar la contribución a tal avería gruesa.

Esta adición a las reglas York-Amberes era una ampliación a lo que se ha descrito como una avería gruesa "artificial", o avería gruesa por convenio. El cambio tenía también el efecto de proporcionar a los propietarios de barcos una cobertura adicional bajo sus pólizas de casco para la participación del barco de dichas averías gruesas "artificiales". Además, si los intereses de la carga consideraban que los hechos en cualquier caso particular mostraban que el transportista no había ejercitado la debida diligencia en proporcionar un barco marino, siempre podrían declinar el contribuir y si dicha negativa se mantenía, los aseguradores de la protección e indemnización del propietario del barco responderían por la proporción no recuperable de la avería gruesa, de los intereses de la carga.

Se presentó justo esta situación en Inglaterra como resultado de la aparente discrepancia entre las reglas de letras y las reglas numéricas, algunas de las cuales disponían que ciertas situaciones se manejarán como avería gruesa y discrepaban de los principios ahora establecidos en las reglas de letras. Al elaborar las reglas de letras, no se había pretendido alterar o interferir en manera alguna con las reglas numéricas. Las reglas de letras tenían el propósito de proporcionar principios generales para tratar cualquier situación no cubierta expresamente por las reglas numéricas. Desafortunadamente, los Tribunales Ingleses en el caso

"Makis" (31 L.L.R.,313), decidieron que las reglas numéricas no eran absolutas, sino que eran calificadas por las reglas de letras. Esta decisión no fué aceptable para el mercado británico de seguros marítimos y , resultado, los propietarios de barcos y aseguradores británicos llegaron a un entendimiento, mediante el cual conviniéron en que se debería dar efecto a la intención de los elaboradores de las Reglas de York-Amberes, 1924, y de que las reglas numéricas no deberían restringirse por los principios establecidos en las reglas de letras. Este convenio se vino a conocer como el "Convenio Makis". Desafortunadamente, tenía limitaciones obvias y, cuando se volvieron a revisar las reglas en 1950, se incorporó una Regla de Interpretación, que establecía sin lugar a dudas, la relación entre las reglas de letras y las numéricas. Esta Regla de Interpretación dice como sigue:

REGLA DE INTERPRETACION. En el ajuste de avería gruesa, se aplicarán las siguientes reglas de letras y numéricas a la exclusión de cualquier Ley y Práctica incompatible con éstas. Excepto lo dispuesto por las reglas numéricas, la avería gruesa se ajustará de acuerdo con las reglas de letras (17).

Se verá por tanto que las de Reglas York-Amberes son una combinación de los criterios Inglés y Continentales , incluyendo los Americanos. Las reglas de letras cubren todo el campo de la avería gruesa, reduciendo por tanto la necesidad de una consulta constante de los muchos códigos y leyes existentes para determinar si la pérdida es de avería gruesa o no. Las reglas numéricas consisten mayormente de ejemplos ó de excepciones a los principios contenidos en las reglas de letras. Las excepciones están consideradas como de avería gruesa por convenio.

(17) Ibidem, página 11

El Instituto Americano de Aseguradores Marítimos anunció que el empleo general de las Reglas de York-Amberes de 1950 constituía un paso hacia la uniformidad internacional del Derecho Marítimo y que allí donde los contratos de fletamento estipulásen que la avería común había de liquidarse con aquellas Reglas, los aseguradores debían aceptar la responsabilidad sobre las bases mismas, no obstante cualquier cláusula o cláusulas en contrario que pudiera aparecer en las pólizas de seguros de cargadores o armadores.

Aunque las Reglas de 1950 funcionaban bien en la práctica, después de uno 20 años, los intereses de la carga y del casco, clamaron una vez más por una mayor simplificación y/o modernización de la avería gruesa y muchos de los líderes de la comunidad mundial de seguros marítimos volcaron sus esfuerzos hacia dicha dirección. Sin embargo, como había comentado en 1948, el Presidente de la Asociación Británica de Ajustadores de Avería, W. D. Wattleworth.

"Los principios básicos de la avería gruesa son muy sencillos, y muy antiguos. Forman parte del Derecho Marítimo de la mayoría de las naciones y no pueden ser alterados o simplificados en sus puntos esenciales. Sólo en la aplicación de dichos principios se puede buscar la simplificación"(18).

"Por lo que hace a la costumbre de aplicar deducciones nuevas por viejas hay mucho que decir ya que la práctica de aplicar una escala, de deducciones siempre que sea sacrificado una parte del barco y reemplazado por una nueva es una práctica inútil en estos días"(19).

(18) Ibidem, página 13

(19) IDEM

La regla XIII de las Reglas de York-Amberes, 1950 ,deja mucho que desear en cuanto a claridad y es interpretada de diferentes maneras por diversos ajustadores de averías. De cualquier modo, rara vez hay un beneficio real para el propietario del buque cuando el material viejo que estaba entero antes del sacrificio, es reemplazado por material nuevo.

Posteriormente, se llevó a cabo en Hamburgo, del 1 al 5 de Abril de 1974 la trigésima conferencia del Comité Marítimo Internacional; en tan importante y concurrida conferencia se aprobó - con algunas modificaciones menores - el proyecto de revisión de las Reglas de York-Amberes de 1973. La sesión plenaria se llevó a efecto el día 4 de Abril y en ella se votó, resultando aprobadas las reglas que en adelante se le conocerían como las Reglas de York-Amberes de 1974. En éstas mismas se logró un cierto grado de simplificación, principalmente al sancionar el uso de valores de factura como base para llegar a los valores contributivos de la carga y bonificaciones a la carga en avería gruesa (Reglas XVI y XVII). Tal vez un cambio aún más importante fueron las reformas a las Reglas X (b) y XI (b), cuyo efecto era el de sacar ciertos gastos del dominio de la avería gruesa en su totalidad.

Finalmente, cuando la Conferencia Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989 adoptó el Convenio Internacional Sobre Salvamento Marítimo, 1989, también aprobó una resolución por la que se pedía la enmienda de las Reglas de York-Amberes, 1974.

Las propuestas sobre éste tema se examinaron en la 34ava Conferencia Internacional del C.M.I. (París,24-29 de Junio de 1990), el comité recomendó un texto para modificar la Regla VI de las Reglas de York-Amberes, 1974, también preparó un proyecto de resolución en el que se recomienda que el nuevo texto se aplique lo antes posible.

El texto enmendado del artículo VI y el proyecto de resolución fueron aprobados sin cambios por el Pleno de la Conferencia el 29 de Junio de 1990 quedando como dice a continuación:

Regla VI - Salvamento Marítimo.

"a) En los casos de avería gruesa se permitirán los gastos efectuados por las partes en la aventura del salvamento marítimo, ya sea mediante contrato o de otra forma, siempre que las operaciones de salvamento se hayan realizado con el propósito de proteger los bienes relacionados con la aventura marítima común."

"Los gastos permitidos en los casos de avería gruesa incluirán toda remuneración de las operaciones de salvamento en que se haya teniendo en cuenta la pericia y los esfuerzos desplegados por los salvadores para evitar o reducir al mínimo los daños al medio ambiente, como se indica en el Artículo XIII, párrafo 1b) del Convenio Internacional Sobre Salvamento Marítimo, 1989."

"b) En los casos de avería gruesa no se permitirá la compensación especial pagadera a un salvador por el propietario del buque en virtud del Artículo 14 de dicho Convenio en la medida que se especifica en el párrafo 14 de dicho Artículo o en virtud de cualquier otra disposición de contenido análogo"(20).

(20) Organización Marítima Internacional. Enmienda de la regla VI de las Reglas de York-Amberes 1974, Comité Jurídico, 63avo. período de sesiones, 9 de Julio de 1990.

Los delegados que representan a las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo, miembros del Comité Marítimo Internacional, propusieron que el nuevo texto se denomine Reglas de York-Amberes de 1974 enmendadas en 1990 y recomienda que las reglas enmendadas se apliquen lo antes posible a partir del 1 de Octubre de 1990 en la liquidación de reclamaciones relacionadas con la avería gruesa.

CAPITULO II
LA AVERIA GRUESA

CAPITULO II

LA AVERIA GRUESA

2.1. NOCION GENERAL DE LA AVERIA.

El término de Avería tiene un origen incierto y debido a esto, su conceptualización ha sido un tanto difícil de determinar. "Hay quien dice que deriva del latin "averagium" (deformación de havere, o sea haber) que significa un daño parcial o una pérdida en tránsito".(21)

Sin embargo, el origen lingüístico del término, lo podemos encontrar probablemente en la lengua Arabe y concretamente del vocablo "awar" que significa daño.(22)

A la palabra Avería le podemos encontrar dos sentidos; uno vulgar y otro técnico; la primera concepción como su nombre lo indica es aquella que utiliza el común de la gente, para significar daños de tipo material a las cosas que pueden ser objeto de contrato, la segunda es anterior y más amplia que la primera, además de haber sido en su origen, propio del Derecho Marítimo, por ella entendemos no solo los daños materiales de que se habló en su primera ascepción, sino todos aquellos gastos extraordinarios que puedan sufrir las personas interesadas en la aventura marítima, o sea, los propietarios del buque y de la carga.

(21) FARIÑA, Francisco. Las averías comunes y sus liquidaciones, Oficina Central Marítima, Madrid, 1965, página.10.

(22) Véase Julius Von Gierke, Derecho Comercial y de la Navegación. Tipografía Editora Argentina, S.A. Buenos Aires ,1957, p.285 y Agustín Vigier de Torres, Curso de Derecho Marítimo, Subsecretaría de la Marina Mercante, 1978, Tercera edición, Madrid, página 625

El término "Avería" señala Ripert, indica en general, todo daño o pérdida que puede sobrevenir en el curso de una expedición marítima tanto la pérdida total como el daño material sufrido por el buque o la mercancía. Alude también a los gastos de carácter excepcional o anormal, realizados durante la expedición marítima con la finalidad de salvarla.(23)

La palabra avería ha constituido hasta ahora un tema cuyo contenido se ha considerado como uno de los más complejos del Derecho Marítimo, toda vez que hasta la etimología de la palabra es incierta; de manera general, el término es utilizado para referirse a "daños materiales sufridos por cosas objeto de contratos" (24).

En el campo del Derecho Marítimo, éste término tiene una ascepción más amplia: "daño ó gasto no causado como elemento medial para conseguir o tratar de conseguir el fin de lucro de la explotación del buque" (25), ó "todo gasto extraordinario o eventual para conservar durante la navegación, el buque, el cargamento ó, ambas cosas" ó "todo daño o desperfecto sufrido por el buque y los que sufren las mercancías desde que se cargan en el puerto de expedición, hasta descargarlos en el de consignación."(26).

La palabra Avería se encuentra en la mayor parte de las lenguas europeas: *havere* en Alemán, *haverij* en Holandés, *average* en Inglés, *avaria* en Italiano y en Portugués, *avería* en Español.

(23) RIPERT, Georges. Compendio de Derecho Marítimo (Traducción Pedro G. San Martín), Tipográfica, Ed. TEA, Buenos Aires, 1954, p.341.

(24) CASTRO ESTRADA, Alvaro. Ob cit, página 42

(25) HERNANDEZ YZAL, Santiago. Derecho Marítimo Tomo II, Ed Cadi, Barcelona España, 1969

(26) DIAZ BARREIRO, Juan Manuel. Diccionario Marítimo, imprenta La Escalerilla, Número 20, México, 1893, página 62

Por Avería, del Italiano avaria, derecho que paga un buque a la entrada de un puerto, se entiende en el comercio, cualquier daño o gasto extraordinario e inesperado que sufran las mercancías, especialmente en el mar, así como también las que experimente el buque.

Averías, según Henry Marey, son todos los gastos extraordinarios hechos para el buque y para el cargamento, conjunta o separadamente y todos los daños que sobrevengan al uno y al otro desde la carga y la partida hasta la vuelta y la descarga.

Las averías propiamente dichas tienen una significación limitada, puesto que el acto de abandono de las cosas aseguradas, abarcando todo el valor de éstas, considerándolas como pérdidas aunque no lo estén en su totalidad, hace nula la acción de Avería, que se reduce a los daños y a los gastos, no sólo extraordinarios, sino que, no pasen de cierto límite, pues se entiende que aquellos están perdidos cuando disminuyen en tres cuartas partes del valor asegurado(27).

Ahora bien, para poder conceptualizar lo que es una "avería", hay que observar que tres son los elementos que intervienen en una expedición marítima y que se encuentran amenazados por el mismo peligro: Buque, Carga y Flete; el conjunto de estos elementos por un lado, y el de los riesgos y peligros que los amenaza, por el otro, constituyen lo que se llama la aventura. La aventura comienza para cada elemento cuando éste se incorpora al conjunto y termina cuando se separa de él.

(27) CODIGO DE COMERCIO ESPAÑOL. Artículo 789, párrafo 4.

Respecto a lo expresado anteriormente se observa en forma concreta cual es el momento en que inicia la aventura marítima; el artículo 881 de nuestro Código de Comercio en la fracción II nos decía al respecto: " Que averías serán todo daño o desperfecto que sufiere el buque desde que se hiciere a la mar en el puerto de salida hasta dar fondo y anclar en el de su destino, y los que sufran las mercaderías desde que se cargaren en el puerto de expedición hasta descargarlos en el de su consignación".(28)

Una vez analizada la noción que tienen algunos tratadistas y leyes respecto a la figura jurídica denominada avería, estructuré una, por considerar que reúne los elementos para considerarla como tal, la misma dice: La avería es todo perjuicio causado al buque o a las mercancías o gastos originados por acontecimientos extraordinarios e inesperados de la navegación.

En principio no se podrán considerar como averías las siguientes:

- a) Todo acontecimiento ocasionado por vicisitudes náuticas normales
- b) La depreciación del cargamento o del buque, por causas económicas
- c) Las mermas naturales que disminuyen ciertas mercancías
- d) El desgaste del buque o sus accesorios por causa del uso y del tiempo
- e) Diferencia de nuevo o viejo
- f) Y los gastos ordinarios de la navegación

(28) CODIGO DE COMERCIO, México, ed. Porrúa, 1992, página 57. Este instrumento jurídico fue derogado por el artículo 2o transitorio de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos del 10 de Enero de 1963, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el día 21 de Noviembre del mismo año.

Sin embargo, nos señala Enouter; " en nada impide a que se estipule en los contratos, que es indemnizable el desgaste natural de la cosa, la merma y rotura naturales vicio propio y daños semejantes"(29)

El concepto de la avería se considera desde dos puntos de vista, el subjetivo y el objetivo. Desde el punto de vista puramente subjetivo, el perjuicio, para que constituya avería, debe haberse producido sin culpa de la víctima. Este concepto de la avería, que puede parecer restringido, es la que conforma en sus relaciones con el Seguro y el Fletamento.

La noción objetiva de avería, en cambio, hace abstracción de la imputabilidad o causa del perjuicio de las relaciones contractuales que vinculan al fletante, fletador y aseguradores, y de las excontractuales que las relaciona con terceros. Desde este amplio punto de vista son averías aquellas que provienen de causas externas (fortuitas o culpables) y también, de una causa interna (vicio propio o intrínseco de la cosa).

2.2. CLASIFICACION DE LA AVERIA.

Atendiendo a su origen y a sus consecuencias las averías pueden ser simples o particulares y gruesas o comunes; la Legislación Inglesa ha denominado a esta figura " General Average ", debido a la influencia tanto del idioma así como de sus costumbres.

29) DIEZ MIEREZ, Alberto. Derecho de la Navegación, Tomo II, ED. Librería Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1954, pag.91

Independientemente de su denominación ya sea en simples o comunes, en ambos casos nos encontramos frente a daños o gastos de carácter extraordinario, y no depende su distinción de la magnitud de los daños o gastos que pudiera sufrir el buque y la carga ó ambos en forma conjunta.

En cuanto a su origen, las averías particulares pueden ser causadas como consecuencia de un hecho voluntario o involuntario, pero realizado en beneficio del buque o de la carga exclusivamente. En cambio, en las averías comunes, los daños o gastos de que se traten, deberán ser causados previa deliberación y realizados en beneficio de todos los participantes de la aventura marítima.

Un autor, nos dice que son averías gruesas los daños y gastos deliberadamente causados para salvar al buque, el cargamento o ambas cosas a la vez de un riesgo conocido y efectivo, y considera que la avería gruesa implica la existencia de un estado de comunidad cuyos efectos potenciales se actualizan una vez consumado el acto de realización del sacrificio ó de contracción del gasto en el que de avería ha de contribuir.(30)

En relación a sus consecuencias o efectos, también hay diferencias entre la avería particular y la común; en el caso de la primera, quien sufrirá las consecuencias del daño erogado o el gasto extraordinario será el titular del interés afectado.

Lo expresado anteriormente será independientemente de que una de las partes ejercite una acción en contra del responsable de tales daños o del hecho que haya originado el gasto.

(30) HERNANDEZ YZAL, Santiago, Derecho Marítimo, Tomo II, Ed. Cadi, Barcelona España, 1969, pag. 144. Mismo que es tomado del Artículo 811 del Código de Comercio Español.

A diferencia de lo que acontece en la averfa particular, en la averfa comùn, el monto de los daños o gastos se distribuirán de manera proporcional entre los intereses que intervienen en la navegaci3n: El Buque, la carga y el flete; lo anteriormente expresado se ve reflejado en el siguiente principio que dice: " de acuerdo el principio tradicional y b3sico de que todo aquello que es sacrificado o invertido en momentos de peligro para el beneficio de todos, debe ser repuesto mediante la contribuci3n de todos ".(31)

Nuestra Ley de Navegaci3n y Comercio Marítimo no define a la averfa particular. Sin embargo,el artícuo 884 de nuestro C3digo de Comercio definía a la averfa particular en los siguientes t3rminos:" Serán averfas simples o particulares, por regla general todos los gastos y perjuicios causados en el buque o en su cargamento que no haya redundado en beneficio y utilidad comùn de todos los interesados.(32)

a) SIMPLES O PARTICULARES.

Por lo que se refiere a las averfas simples o particulares, los tratadistas han dado algunas definiciones, pero hasta el momento nadie se ha ocupado de reglamentarla, asimismo, el cuerpo normativo de carácter Internacional,es decir,las Reglas de York y Amberes, no hacen referencia a las mismas y por lo tanto existe una marcada diferencia en cuanto a su tratamiento en relaci3n con las averfas gruesas, debido según distintas opiniones,a que la averfa simple o particular no presenta problema jurídicoo específico " el daño o el gasto se regularán por las normas ordinarias; y las consecuencias serán reportadas por quien haya sufrido el daño o erogado el gasto, independientemente de la acci3n de repetic3n contra quien resulte responsable del daño o de la situaci3n que haya originado el gasto"(33).

(31) GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A., Manual de Derecho de la Navegaci3n, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1972 pag. 340.

(32) CODIGO DE COMERCIO. Oh Cit. página 57.

(33) CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Marítimo, Ed. Herrero, México D:F:, 1970, pag.933

Tomando en cuenta el punto de vista de los tratadistas ingleses, es preciso señalar que los mismos, definen a la avería particular tomando en consideración las disposiciones de la Marina Insurance Act como: " un daño parcial del ente asegurado, producido por un riesgo cubierto en la póliza y no incluido dentro de los postulados de la avería común " (34).

Ahora bien las averías simples pueden resumirse en los siguientes casos:

- 1.- Incendio
- 2.- Varadura
- 3.- Negligencia
- 4.- Abordaje.

De los casos enunciados anteriormente describiré sólo algunos para efectos de tener un conocimiento más amplio acerca de este tipo de averías.

Incendio, no se hace una descripción muy amplia toda vez que la misma palabra expresa sus consecuencias.

Varadura es la varada involuntaria producida por un imprevisto que obliga al buque a permanecer inmovilizado un largo tiempo.

La negligencia considerada como avería particular, puede darse en el Capitán o cualquier otro miembro de la tripulación.

(34) GARIBI UNDABARRENA, José María. Derecho Marítimo Práctico, editada por la Oficina Central Marítima, Madrid, 1958, pag.457

Abordaje contra objetos fijos o flotantes, puede producirse en relación a muelles, boyas, grúas, etcétera.

El defecto latente puede existir en alguna de las piezas del buque o de sus maquinarias, y traer como consecuencia el desperfecto en otras más.

La explosión de calderas y rotura de ejes, es avería que se describe por su sola mención, e igual puede decirse respecto a las averías causadas por accidentes surgidos en cualquier maniobra de carga, descarga o remoción de combustible.

Así, de acuerdo a la descripción de alguna de las formas de avería simple, se puede decir que la misma son los gastos y perjuicios ocasionados al buque ó a su cargamento, es condición indispensable que no se hayan realizado en beneficio y utilidad común; es decir, que los gastos o perjuicios irrogados al buque o a la carga lo deberá soportar el dueño de la cosa ya se trate del naviero, cargador, etc. De la misma forma la Marina Insurance Act define la avería particular señalando que para la existencia de la misma es condición indispensable que "la misma se haya producido accidental y fortuitamente, sin intervención de la voluntad humana: de existir voluntariamente, automáticamente nos trasladamos a otro campo del Derecho Marítimo.(35)

Si un buque sufre un accidente, y este puede ubicarse en alguno de los principios de avería simple, su armador deberá ser indemnizado por la compañía aseguradora de acuerdo a una proporción, como ejemplo de la forma en que puede ser indemnizado citare el siguiente:

(35) Ibidem, pag. 458

a) Si el buque ha sido reparado, el asegurador tiene derecho a percibir el razonable costo de las reparaciones, siempre que no excedan del valor de lo asegurado.

b) En el supuesto de que el buque haya sido parcialmente reparado, el asegurador tendrá, asimismo, derecho a percibir el razonable costo de estas reparaciones, haciéndose acreedor a una suma en concepto de depreciación por la avería no reparada, siempre que ambas sumas no excedan del valor asegurado.

c) No habiéndose efectuado reparación alguna y siguiendo el buque bajo el mismo armador, el asegurado tendrá el derecho a percibir una suma en concepto de depreciación; esta suma no podrá exceder del costo de las reparaciones, en el supuesto de que se hubieran llevado a efecto.

A fin de observar que tratamiento le dan algunas legislaciones a la avería particular se han considerado las siguientes:

El Código de Comercio Francés, indica que: " son averías particulares... los gastos hechos y los daños causados únicamente al buque o únicamente a las mercancías desde que éstas se cargan y aquel se hizo a la mar en el puerto de salida hasta verificar la descarga de las mismas, después de fondear el buque en el puerto de destino ".

De manera muy simplificada los códigos Alemán y Belga señalan de manera expresa que "serán averías particulares todas aquellas que no constituyen averías comunes".

O bien, considerar que " la clasificación de las averías constituye, una materia sumamente fecunda en controversia ". (36)

Considero pertinente que en nuestro Código de Comercio debiera de hacerse referencia a la avería particular, ya que si bien, no crea obligaciones entre los intereses que intervienen en la aventura marítima, si se considera como una "avería" en todo su sentido, y por lo tanto, es necesaria su inclusión para conocer los rasgos que distinguen las unas de las otras, sin tratar de definir porque como ya vimos anteriormente esta situación genera controversias.

A modo de tratar de ser un poco más explicativo respecto a este tipo de avería, enunciaré otra expresión que sobre la misma nos señala Ripert, y nos dice; " se llama avería particular a la pérdida ó el gasto sufrido por aquel que la experimentó o soportó y que no da lugar a ningún recurso, y también a la que proviene de la falta de un tercero, siendo entonces el recurso de responsabilidad civil ".(37)

Viendo las circunstancias y elementos que se toman en cuenta para determinar si la avería es particular, la pérdida o daño que sufre la mercancía ó el buque será soportado únicamente por quien la experimentó.

(36) DANJON, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo (Traducción de Luis de Aguirre Fanaique), Tomo II, 1ª ed., Ed. REUS, Madrid, 1936, pag.300

(37) RIPERT, Georges. Ob cit, pag 341

b) GRUESA O COMUN.

La avería común es una de las instituciones del Derecho Marítimo que cuenta con características particulares, y que a través de los tiempos ha ofrecido una interesante complejidad, misma que ha dado origen a una vasta literatura jurídica y que en los tiempos actuales, su discusión se ha sostenido y actualizado a través de un comité internacional llamado Comité Marítimo Internacional.

La avería común tiene existencia desde el momento en que surge un acontecimiento de carácter extraordinario realizado en su generalidad por quien tiene a su buen cuidado la aventura marítima y que da lugar a una contribución por parte de los elementos participantes en la misma.

Los términos más comunes que se utilizan para designar a la avería son tres:

- a) El acto de realizar un sacrificio en interés común de una expedición marítima.
- b) La pérdida o daño ocasionado por dicho acto.
- c) La contribución impuesta a la expedición para el resarcimiento de los perjuicios causados.

Es preciso distinguir estos tres conceptos, que se diferencian de la siguiente forma:

El primero de ellos nos señala que; "Una pérdida por avería común es una pérdida causada u originada directamente por un acto de avería común. Comprende tanto un gasto por avería común como un sacrificio por el mismo concepto".(38)

(38) FARIÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, Tomo III, 2a ed., Ed. Bosch, Barcelona, 1956, página 474

El segundo determina que: "Hay un acto de averfa común cuando se ha hecho o sufrido voluntaria y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto en caso de peligro, a fin de preservar los bienes arriesgados en la expedición común".(39)

El último indica que: "En caso de una pérdida por averfa común, la parte que la sufre tiene derecho, con sujeción a las condiciones impuestas por el Derecho Marítimo, a una contribución a prorrata de los interesados, reparto que se denomina contribución de averfa común"(40).

Existe una expresión muy antigua, pero que todavía se emplea a veces, es la de averfas gruesas. No es que la averfa sea más importante que las otras, sino que es soportada en conjunto (par le gross), y se indicaba así el conjunto de los intereses de la expedición marítima (41).

Actualmente la institución de la averfa común cuenta con todo un sistema de normas dispuestas a enfrentar los más diversos problemas que al respecto se susciten; en comparación con el contenido que forma antiguamente esta institución considerándola como una forma de mutualidad de riesgos a paliar las pérdidas o daños que en una común expedición comercial marítima podían experimentar los propietarios de buques y los comerciantes que confiaban al barco sus mercancías.

La referida institución ha sido absorbida por el seguro marítimo, misma que es incluida como una cláusula más, siendo que como ya hemos visto, su contenido y naturaleza, revista importancia tal, que debería constituirse independientemente del contrato de seguro, respecto a lo que es la averfa común y la importancia de su configuración dentro de un cuerpo normativo, haré mención más detallada en capítulo siguiente.

(39) IDEM

(40) IDEM

(41) Véase RODIERE, René, Droit Maritime, 7a ed.: Ed. Dalloz, París, 1974, página 401

Las liquidaciones de averías comunes interesa actualmente tan solo a los aseguradores. Para el armador y el cargador no tiene consecuencia la liquidación. Los litigios afectan de manera particular a los aseguradores de la carga y el buque.

De aquí se suscita el planteamiento de querer suprimir la distinción entre averías comunes y averías particulares, aunque esto sería tanto como el dejar en estado de indefensión a quien ha sufrido un detrimento parcial ó total en su patrimonio a causa de un daño o gasto irrogado a las mercancías o al buque durante la navegación, cuestión que ha sido objeto de polémica durante los últimos años, ya que las partes integrantes de la aventura marítima, verían afectados sus intereses al negar todo recurso para la contribución; ésta situación se presenta debido a que no todos los que intervienen en la aventura se encuentran asegurados, y que sin lugar a dudas ofrecería grandes inconvenientes el permitir un sacrificio al arbitrio de quien representa la aventura.

Por su parte Hernández Yzal, nos dice que son averías gruesas ,los daños y gastos deliberadamente causados para salvar al buque, el cargamento o ambas cosas a la vez de un riesgo conocido y efectivo; considera que la avería gruesa implica la existencia de un estado de comunidad cuyos efectos potenciales se actualizan una sola vez consumado el acto de realización del sacrificio o de contracción del gasto en que el de avería ha de contribuir.(42)

" La avería gruesa implica un sacrificio voluntario y razonable de la propiedad o un extraordinario gasto incurrido en tiempo de peligro, para salvar la aventura común de los efectos de dicho peligro ". (43)

(42) HERNANDEZ YZAL, Santiago. Ob.cit, pag 144

(43) GARIBI UNDA BARRENA, José María. Ob.cit, pag 475

Esta institución tiene existencia independiente y absoluta de cualquier contrato pactado entre armador y propietario del cargamento; no implicando que los derechos y responsabilidades se dejen al libre albedrío de las partes, ya que las consecuencias que se lleguen a originar durante y a través de la aventura, podrán regularse con la existencia propia de un contrato.

Consecuencias que si bien pueden ser provocadas por una sola de las partes, beneficiará al común; ya que al estarse llevando a cabo ciertos actos para salvar las mercancías o el buque de un riesgo o peligro, será a partir de la realización de estos actos cuando surga el beneficio para las partes que integran el común acuerdo de una aventura.

Para no dejar el presente apartado sin antes hacer la mención de las características que distinguen a la avería común de la avería particular, haré una breve alusión al respecto; y estas son en principio que en la avería gruesa, deben contribuir al resarcimiento todos los interesados tanto en la nave y flete como en los objetos que transporta, ya que esta situación sin lugar a dudas es una regla de equidad, la que en principio, prohíbe enriquecerse en perjuicio de terceros, "nemo cum damno alterius" etc; y, en cambio, las simples van exclusivamente a cargo del dueño de la cosa que dió lugar al gasto extraordinario o recibió el daño.*

Una expresión antigua que sobre la misma existe y que todavía se emplea es la de averías gruesas y es que se soporta en conjunto (par le gross), y se indicaba así el conjunto de los intereses de la expedición marítima.

* Ricardo Haroude define a la avería particular por exclusión de la siguiente manera "El daño causado a un navío y a sus dependencias por el empleo de todas las fuerzas del barco en su ejercicio regular, no constituye una avería común. Existe tan solo en el caso de que las fuerzas se empleen con un fin y objeto distinto de aquel a que estén destinadas".

2.3 TERMINOLOGIA DE LA AVERIA

Al hablar sobre la institución de la avería hay que referirse a si es común o gruesa.

En nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos a esta figura jurídica se le denomina indistintamente, y esta situación la podemos apreciar en el artículo 256 del referido cuerpo normativo que a la letra nos señala: "Es avería gruesa o común todo daño o gasto extraordinario...".(44).

Lo anteriormente expuesto es de gran ventaja ya que no tiene un carácter re restrictivo la definición, y por lo tanto, su inserción en cualquier tipo de contrato sería entendible hasta para aquellos seres que no tuvieran relación con los barcos y con el mar.

Ahora bien, entrando a lo que es el contexto internacional existe un cuerpo normativo llamado Reglas de York y Amberes; el mismo señala en su regla A (Regla de Interpretación), "Existe un acto de avería común solamente cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común...", condición necesaria para encuadrarla como un acto es la determinante "común".(45)

(44) CODIGO DE COMERCIO, Oh cit, página 539.

(45) CASTRO ESTRADA, Alvaro, Oh cit, página 213

Pasando a la generalidad de la terminología; la avería gruesa es tan antigua como la vida comercial por mar, y es una ley natural basada en la equidad. La palabra AVERÍA en el contexto marítimo y de seguros, significa una pérdida, por tanto, avería gruesa es una pérdida general sustentada por todas las partes involucradas en una aventura marítima. En la práctica una avería gruesa se presenta cuando se realiza un sacrificio o se incurre en un gasto de manera intencional en un momento de peligro por una de las partes de la aventura (usualmente el propietario del barco) -no sólo por su propio beneficio, sino para beneficio de todos los interesados en la empresa, esto es, el barco, la carga y el flete.(46)

Ejemplo de lo anterior podría ser que si a consecuencia de un accidente, que una embarcación hiciera escala en un puerto de refugio fuera de su viaje programado a fin de efectuar reparaciones que el capitán considere necesarias para permitir seguir el viaje con seguridad. Si las reparaciones resultan ser extensas, el propietario del barco se ve enfrentado a un gasto incidental considerable incluyendo los sueldos y la manutención de la tripulación durante el retraso. Como este gasto se ha incurrido no solo para garantizar la seguridad del barco sino para garantizar la entrega segura de la carga.

"La ley de avería gruesa...ha sido desarrollada sobre la simple base de que en tales circunstancias todas las partes comprometidas en una aventura marítima deben contribuir al valor de su propiedad entregada sin contratiempos".(47)

He de hacer énfasis que la avería gruesa es una obligación que nace desde el momento en que las mercancías son embarcadas al buque y se encuentran dispuestas a una travesía por mar hasta que estas son entregadas a sus respectivos consignatarios.

(46) J. BUGLAS, Leslie. Avería Gruesa y Reglas de York-Amberes, 1974; legislación americana práctica, editada por Cornell Maritime Press INC, Cambridge, Maryland, 1974, pag. 1

(47) Ibidem, página 2.

Independientemente del término que se le de a la contribución realizada por un acto de avería, esta se encuentra sobre la base de un principio de equidad, aún más tiene su origen como observamos en el capítulo respectivo, en dictados de la ley natural.

No obstante la preferencia se inclina a llamarla común y no gruesa y esto se puede considerar por razones de idioma; ya que es un hecho que el calificativo de "Gruesa" confunde a quien no está familiarizado con los términos establecidos para el Derecho del Mar y en especial a aquellos que intervienen en la travesía marítima.

La calificación de "gruesa" dice Francisco Fariña -añadida al término avería se presta a una lamentable confusión con la idea de magnitud entendiendo que la palabra "gruesa" adjetiva la gran importancia de las averías".(48)

Ahora bien la terminología de lo que es avería gruesa es de origen alemán: Grosse Haverei; ésta denominación indica que los daños o gastos que se originen con el propósito de poner a salvo la aventura marítima deberán ser soportadas por el grueso de los interesados que deseen que la expedición llegue a buen fin. Vista parte de la terminología de ambos términos, se puede apreciar que ambas tienen los mismos caracteres, lo único que podría determinar la única diferencia sería el denominativo de común o gruesas. Ya vimos que la inquietud en la denominación ya viene también de años atrás; anteriormente la confusión alcanzaba también a jueces. Así, G Marais, con motivo de una sentencia de fecha 16 de julio de 1881 se vio obligado a censurar lo incorrecto de la fórmula señalando así la expresión siguiente: "la avería particular difiere en sus efectos y consecuencias de la avería común, según que ha adquirido proporciones más ó menos considerables".(49)

48) FARÍÑA, Francisco. Las averías comunes y su liquidación. Oficina Central Marítima, Madrid 1965, pag 9.

(49) FARÍÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, pag 473

Conociendo Ripert y Rodiere la posibilidad de confusión en cuanto al uso de la terminología de avería gruesa, aún cuando en la legislación francesa se habla de avería común (*averie comune*), Rodiere dice: "No es que la avería sea más importante que las otras, sino que es soportada en conjunto, (*le gross*), y se indicaba así el conjunto de los intereses de la expedición marítima". (50)

2.4 DEFINICION GENERAL DE LA AVERIA.

La realización de actos o actividades realizados o ejecutados durante y a través de la aventura marítima, que pueden traer consigo consecuencia para quien participa en ella, a motivado a grandes conocedores del Derecho Marítimo a tratar de definir y regular lo que constituyen las averías marítimas.

Como ya hemos señalado anteriormente, la avería gruesa es una institución de larga tradición histórica, que nace a la vida marítima por usos y costumbres adoptados durante los primeros tiempos y que ha perdurado hasta épocas actuales debido a las características *suigeneris* que la constituyen, y que es de indiscutible interés en cuanto se relaciona con el tráfico marítimo, ya que ello constituye el gran propulsor del comercio internacional.

En sus orígenes nadie se ocupó de definir a la avería común y como expresa Campmany: "Por esto las primeras leyes marítimas fueron consuetudinarias; como si dijéramos las cosas iban dictando las decisiones la necesidad recíproca las hacía sentir y el derecho natural las consagraba ".(51)

(50) RIPERT, Georges, *ob. cit.* pag 341-342

(51) HORS Y BAUS, Pedro, Tratado de los Seguros de Transportes Marítimos, Terrestres, de Valores y Aéreos. Editorial Gustavo Gil, Barcelona 1944, pag. 376

Al respecto Pedro Hors y Baus afirma que: "efectivamente esto es una acción jurídica más fácil de sentir que de definir y fundamentar; seguramente un caso de instinto de conservación la hizo aparecer, un pensamiento y una doctrina dieron vida a la contribución".(52)

La contribución ha constituido a través de los años el elemento principal para poder determinar si una avería es común o particular.

A razón de lo anterior es de fácil comprensión; del porque la mayoría de los autores que han tratado el tema se abstienen de proporcionar definiciones propias; la respuesta podría ser que dada la versatilidad de la institución y los cambios continuos que se realizan a nivel científico, tecnológico y sobre todo a los avanzados procesos y cambios jurídicos que a nivel mundial está experimentando el Derecho Marítimo.

Tenemos que, aunque la mayoría de los países jusmaritimistas adoptan de manera general la definición que nos da las Reglas de York y Amberes en su Regla "A" (de interpretación), algunos países cuentan con una definición , a modo de ejemplo mencionaré algunas.

Los tratadistas ingleses ajustándose a las disposiciones de la Marina Insurance Act, definen a la avería gruesa como: "aquella que implica un sacrificio voluntario y razonable de la propiedad o un extraordinario gasto incurrido en tiempo de peligro, para salvar la aventura común de los efectos de dicho peligro".(53)

(52) IDEM

(53) GARIBI UNDA BARRENA, José María. Ob. cit. pag. 475

Habiendo hecho mención de que algunas legislaciones se ajustan a lo que dispone la Marina Insurance Act al respecto, la misma en 1906 la definió en los siguientes términos: "Se produce el acto de avería común, cuando voluntaria y razonablemente se ejecuta un sacrificio o se incurre en un gasto, en caso de peligro, con el propósito de preservar la propiedad en riesgo en la aventura común".(54)

De la misma definición se advierte que los ingleses tomaron casi en los mismos términos el citado precepto, señalando que solamente existirá la avería gruesa cuando en esta se den los supuestos de realización voluntaria y la existencia de peligro.

El diccionario internacional de seguros la define así: "Avería común o gruesa; daño material causado voluntariamente, a un buque o a mercancía, gastos extraordinarios hechos voluntaria y razonablemente por un buque en el transcurso de un viaje, para el bien y la salvación comunes, que deba ser soportado mancomunadamente por el propietario de las mercancías.... en proporción con el valor neto de lo salvado".(55)

José Alguer Mico dice: "El acto náutico jurídico de avería común consiste en un sacrificio sea expensa, daño o arriesgamiento extraordinarios ejecutados oportunamente con la finalidad de lograr la seguridad de la expedición marítima ante un peligro de pérdida común a todos los intereses comprometidos en la misma".(56)

(54) FARÍÑA, Francisco. Oh cit, página 474.

(55) ZERECERO ACOSTA, José Luis. El Seguro de Transportes y Mercancías. Editada por Promoción Personal Profesional, S.A. México 1977, pag. 39-40

(56) Hors y Baus, Pedro. Oh cit. página 375

Una de las resoluciones inglesas mejor estructuradas, es la que nos dice: "Siempre que bajo cualquier circunstancia extraordinaria de peligro al buque y carga se realice un sacrificio voluntario de dinero...con el objeto de salvarlos, la persona que voluntariamente ha realizado el sacrificio tendrá el derecho de pedirle a los otros, cuya propiedad ha sido salvada, por el sacrificio voluntario realizado en su beneficio, así como los propios, contribuir a la avería general".(57)

Tomadas a modo de ejemplo las anteriores definiciones, es notable que en cada una de ellas se contiene los elementos esenciales, con los cuales se podría encuadrar la existencia jurídica de un acto de avería gruesa o común.

Sin embargo, existe una definición cuyo carácter internacional ha sido objeto de constantes estudios y modificaciones por parte de reconocidas personalidades en la materia, la definición a la que hago alusión es sin duda las Reglas de York y Amberes, la misma ha sido tomada por países con tradición marítima para efectos de resolver los problemas que se pudieran presentar en caso de existir conflicto para la debida tipificación de actos de averías. La misma dispone en la Regla "A". Existe un acto de avería común solamente cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un común riesgo marítimo.(58)

(57) Rudolf and Lowndes. General Average and York Antwerp rules , volumen 7, Stevens and sons, 10ª edición, Londres 1975, pag. 32

(58) CASTRO ESTRADA, Alvaro. Op.cit., página 212

2.5 CLASIFICACION DE LAS AVERIAS.

Para comprender las consecuencias que trae consigo la realización de un acto de avería, es preciso mencionar que en toda expedición por mar, tanto el buque como las mercancías sufren o incurren en gastos y/o daños.

Aquí veremos que tipo de gastos y/o daños surgen de manera inevitable e impredecible a raíz de la decisión de llevar a cabo una aventura marítima.

Averías Daño.

Las averías daño constituyen toda pérdida o deterioros materiales realizados de manera voluntaria en interés común del buque y de la carga para librarlos de un peligro, sacrificando para ese objeto parte de los valores integrantes de la expedición marítima. Las pérdidas o deterioros pueden recaer sobre el buque directamente, o sobre el cargamento pero en cualquier caso debe producir un beneficio común.

Dentro de lo que se consideran averías daños tenemos lo que son: Daños al Buque y Daños a la Mercancía.

Los primeros.- que son las averías daños al buque pueden adoptar varias modalidades. La más frecuente es la de encalladura o varada voluntaria. El hecho que origina la decisión voluntaria de los daños representados por la encalladura es generalmente irrelevante, salvo en un caso: que al adoptarse este sacrificio pueda considerarse que el buque irremisiblemente tendría que ir a la deriva sobre la costa o las rocas; entre otros podemos mencionar; daños sufridos al alcanzar un puerto de

refugio, daños al buque por extinguir un incendio, sacrificio de palos, aparejos , anclas , cadenas, daños a maquinas y calderas. Los daños ocasionados en máquinas y calderas por forzar la presión son admitidas con más tolerancia.(59)*

Forzamiento de Máquinas.- Cuando el forzamiento de máquinas o de vapor es motivado por la necesidad perentoria de salvar al buque de un peligro que lo acecha: de un tempano, de un violento accidente meteorológico, tromba marina tempestad; o se efectua para sacarlo de una varadura; deben admitirse los daños resultantes como avería común, siempre y cuando cumplan con los requisitos legales exigibles. La mayoría de las legislaciones asi lo considera.

La Regla VII de York y Amberes considera avería gruesa, las que sufren máquinas y calderas forzadas en los canales realizados para poner a flote el buque que se encuentra en posición peligrosa.

Los segundos.- Son lo que constituyen averías daños al cargamento y requieren tener las mismas características generales de las averías comunes. La echazón es el tipo tradicional de la avería común, independientemente de que en casi todas las legislaciones marítimas se ha conservado hasta la época actual, la importancia de este caso de avería común ya no es tan frecuente, siendo averías más usuales los daños ocasionados al buque por someterlo a esfuerzos extraordinarios de la navegación.

La echazón como causa de averías daños a las mercancías es: "El sacrificio de mercancías, consistentes en arrojarlos por encima de la borda, para aligerar al buque a fin de salvarlo de un peligro".(60)

(59) RIPERT, Georges. ob. cit. pag 290

* En la regla VII de York y Amberes solamente se admite el caso de tratar de reflotar el buque, pero no cuando éste se encuentre a flote.

(60) DIEZ MIERES, Alberto. ob. cit. pag 149

Entre otros daños al cargamento tenemos: mercancías sacrificadas, pérdida o deterioro al descargar mercancías o reembarcarlas, daños a la mercancía para extinguir un incendio, deterioro de las mercancías por la prolongación del viaje del buque, la pérdida del flete, y mercancías empleadas como combustible.

Averías Gastos.

Las averías gastos suponen un desembolso o débito de cantidades, ocasionando en beneficio común del buque y la carga ante un peligro surgido en la expedición marítima.(61)

Los gastos realizados como consecuencia de un acto de avería común pueden ser generados por diversas causas: unas, ocasionadas directamente, como; las de asistencia o de remolque para reflotar un buque encallado, los gastos de entrada y salida de un puerto de refugio, de almacenaje y descarga y reembarque de mercancías, salarios y manutención de tripulantes; otros son considerados como secundarios y son: diversas remuneraciones por servicios con motivo de la avería común gastos de peritajes, etc.(62)

Como un claro ejemplo de los gastos en que se incurre, se tiene que pagar las primas del seguro de casco y de responsabilidad civil o de protección e indemnización.(PANDI).(*)

(61) FARÍÑA, Francisco. ob. cit., pag 583

(62) IDEM

* Clubes o Asociaciones Mutuas de Protección e Indemnización comúnmente llamadas clubes P&I son asociaciones de armadores que se constituyen con el fin de cubrir riesgos que las pólizas ordinarias no incluyen . En los clubes de P&I los armadores son a su vez aseguradores y asegurados, para determinados riesgos inherentes a la navegación. Su mecanismo interno es el mismo que en cualquier otra asociación mutualista. Existe una cuota fija que cada armador miembro del club debe pagar periódicamente en base al tonelaje bruto registrado de los buques inscritos, la suma de las cuotas forma una bolsa de dinero que armadores representantes de todos los demás armadores miembros del club, administran para poder hacer frente a los riesgos objeto del seguro mutuo. Véase Flavio Enciso "Vulgarización del Seguro Marítimo" Institute Time Clases. Editorial Vizcaina, 3a edición, Bilbao 1963

Respecto a daños, tenemos que el buque, por efecto de condiciones mismas de la navegación sufre un desgaste, un daño normal por uso los ingleses la llaman "wear and tear".(*)

Averías gastos; los gastos deben ser siempre extraordinarios para que se constituyan averías gruesas. La dificultad sería al establecer cuando deben considerarse extraordinarias; resulta más fácil determinar cuando una avería daño es avería gruesa ya que el daño realizado voluntariamente a las mercancías para la salvación común es objetivamente señalando como un sacrificio extraordinario, y, por lo tanto es fácilmente determinable su carácter de avería común.

Pero si las dificultades son mayores para determinar cuando un gasto extraordinario debe considerarse avería gruesa, resulta más sencillo el cálculo de las averías gastos que el de las averías daños. El liquidador no necesita conocimientos técnicos para fijar su monto, en cambio para reglar el monto de los daños se requiere la intervención de peritos especializados unos como evaluadores de mercancías, los llamados en Francia "Sapiteurs", y otros los expertos estimadores de buques, "Estimateurs" en Francia o "adjusters" en Inglaterra. El cómputo de los gastos puede ser hecho, entonces, por el mismo liquidador.

Un claro ejemplo de lo que podría ser un gasto son; los gastos de asistencia y salvamento.

Los gastos de asistencia son extraordinarios. Se admiten como averías gruesas porque suponen la existencia de un peligro que amenaza a la aventura, y se realizan para la salvación de la misma, como caso práctico tenemos los siguientes:

(*) Esta expresión significa uso y desgaste.

Los gastos de asistencia prestados a una embarcación que por un accidente ha perdido el gobierno de su dirección y navega al gareté con un peligro de zozobrar. Lo mismo han sido considerados los gastos e indemnizaciones de salvamento.

De lo analizado hasta el momento se puede decir, que todo acto u hecho realizado para llevar a cabo el objeto de la aventura marítima, tomando en cuenta desde el inicio de esta, puede generar gastos o daños, que de manera indubitable pueden tener repercusión para quien otorga en uso y goce el buque para el transporte de mercancías, como para las mercancías mismas; pero el que surjan este tipo de eventualidades no necesariamente le podíamos dar el tratamiento de una avería, ya que, para poder encuadrar las diversas situaciones generadoras de gastos o daños, que en un acto de avería gruesa es condición necesaria que esas situaciones lleven consigo la modalidad de "extraordinariedad". Esto es para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de fletamento.

"Es precisamente este carácter de extraordinario, el que da la subsistencia jurídica de la avería gruesa".(63)

No ha de excluirse la posibilidad de que en una expedición marítima nos podamos encontrar con daños y gastos en forma conjunta y los cuales son imprevisibles, anormales o ajenos a la rutina de la expedición, es decir que escapan al cálculo que todo armador realiza al operar buques.

Ahora bien el daño ocasionado a la propiedad y el gasto incurrido deben ser razonables. si se trata de sacrificio debe hacerse prudentemente; si de gasto, debe ser justo y razonable, ya que serán admitidas las partidas en la avería gruesa, en tanto cumpla con estos requisitos.

(63) SCHULDREICH TALLEDA, Héctor A. Derecho de la navegación. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 4a. Edición, Buenos Aires 1963, pag. 531

Al presentar los caracteres o requisitos que deben de cumplir los gastos y/o daños en un acto de averfa gruesa no hay que olvidar que las mismas solo se tomarán en cuenta si se realizan en un beneficio común.

CAPITULO III

FUNDAMENTO DE LA AVERIA GRUESA

CAPITULO III

FUNDAMENTO DE LA AVERIA GRUESA

3.1 DEFINICION LEGAL

A fin de apreciar de manera más generalizada que tratamiento le dan en sus textos legales algunos países maritimistas a la figura de la avería común en relación con nuestro contexto jurídico, he tomado algunas definiciones, destacando con ello, que entre ellas existe una similitud en sus conceptos.

Las definiciones que he tomado en consideración son las siguientes:

El código de comercio francés, hace una enumeración de las principales clases de averías comunes, pero como norma genérica, la define de la siguiente manera, "Averías gruesas son en general, todos los daños sufridos voluntariamente y los gastos incurridos conforme a motivados acuerdos para el bien y salvamento común del buque y de las mercancías desde su embarque y salida hasta su retorno y descarga"(art 400).(64)

En Italia se consideran:"Averías comunes, los gastos extraordinarios incurridos y daños sufridos voluntariamente por el bien y salvamento común del buque y la carga".(65)

(64) FARIÑA, Francisco. ob.cit., pags.474 y 475

(65) IDEM

El Código de Comercio Español da una definición en el Artículo 811 y la misma dice, "Son averías gruesas o comunes todos los daños y gastos que se causen deliberadamente para salvar el buque, su carga, o ambas cosas a la vez de un riesgo conocido y efectivo", la doctrina relativa a esta figura jurídica coincide en la necesidad del sacrificio de los intereses comunes del buque y la carga; de igual forma de una enumeración de causas de averías.(66)

El Código Bélgica señala que las averías comunes son aquellos, "gastos extraordinarios y daños sufridos voluntariamente para el bien y la salvación común del buque y las mercancías.(67)

Inglaterra.- Ya nos determina en la sección 66 de la Marine Insurance Act lo siguiente: "Existe un acto de avería gruesa cuando un extraordinario sacrificio o gasto es voluntario y razonablemente realizado o incurrido en momentos de peligro, al objeto de preservar la propiedad comprometida en una común aventura".(68)

Uno de los textos legales que otorga una mas amplia definición que las anteriormente expuestas es el Código de Holanda; en su Artículo 699 párrafo 23 señala, "Son averías gruesas en general, todas las pérdidas en que se incurre intencionalmente en caso de peligro y sus inmediatas consecuencias así como también los gastos que en tales circunstancias después de razonable deliberación, se incurra para preservar y por el bien común del buque y cargamento"(69)

(66) IDEM

(67) IDEM

(68) IDEM

(69) Véase CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob. cit., pag.86

Sobre las definiciones hasta aquí mencionadas y las siguientes haré un breve comentario al final, ya que es de interés relevante, el observar como todos y cada uno de los cuerpos normativos expresan las condiciones que debe reunir un acto de avería común.

El Código de Comercio Alemán (Artículo 700).- define a las averías gruesas como "todos los daños intencionales del buque, del cargamento o de ambos, realizados por el capitán o bajo sus ordenes formales, con el fin de salvarlos conjuntamente de un peligro común, así como todos los demás perjuicios resultantes de dichas medidas, y los gastos incurridos con el mismo objeto".(70)

La ley de la Navegación Argentina para efectos de determinar las normas aplicables al acto de avería gruesa se remite a las Reglas de York y Amberes, texto de 1950, Artículo 403.(71)

El código de Brasil considera: "Averías comunes son todos los daños causados voluntariamente en caso de peligro o de desastre imprevisto o sufrido como consecuencia inmediata de tales acontecimientos, así como los gastos hechos en circunstancias semejantes, después de deliberaciones motivadas" (art. 764).(72)

(70) CODE DE COMMERCE ALLEMAND, ET AUTRICHIEN, Traduction Francaise par Michel DOUCET, Paris, EDITION A. PEDONE, 1949, página 144.

(71) LEY DE LA NAVEGACION ARGENTINA, Buenos Aires, Ed. ABELEDO-PERROT, 1981, página 291

(72) FARÍÑA, Francisco, ob.cit página 86.

El código Portugués define: "averías gruesas o comunes son todos los gastos extraordinarios y sacrificios hechos voluntariamente por el capitán, o bajo sus ordenes, con el fin de evitar un peligro para la seguridad común del buque y el cargamento desde el embarque y salida hasta el retorno y descarga".(73)

El código Chileno, reformado en su libro III de la Navegación y del Comercio Marítimo el 11 de Enero de 1988, nos dice: "Que constituyen avería gruesa o común los sacrificios o gastos extraordinarios e imprevistos efectuados o contraídos intencional y razonablemente, con el objeto de preservar de un peligro común a los intereses comprometidos en la expedición marítima", artículo 1095. (74)

Por último la que tiene mayor importancia para efecto del presente trabajo, toda vez que se ubica en el tiempo y espacio considerados, es el que define México en su Artículo 256 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo que a la letra dice: Es avería gruesa o común todo daño o gasto extraordinario ocasionado deliberadamente y directamente por actos del capitán al buque o a su cargamento, para salvarlos de un riesgo conocido y real".(75)

Partiendo de esta base podré considerar las diferencias, que resaltan de las demás legislaciones, diferencias que a su vez, serán de gran valor, ya que además de enriquecer una definición, permitirán que ciertas conductas o situaciones que no han sido tomadas en consideración, puedan adecuarse al precepto normativo.

A fin de no caer en repeticiones, la descripción de cada uno de los elementos que contiene la definición, se detallará en cada uno de los siguientes apartados:

(73) IDEM

(74) CORNEJO FULLER, Eugenio et al. Código de Comercio, libro III de la Navegación y Comercio Marítimos. Santiago Valparaíso, Chile, Ansieto Cornejo y Guzmán abogados y liquidadores de averías, 1988.

(75) Código de Comercio. México, ob cit, página 539.

a) En cuanto al primer elemento de la definición, se puede decir que el nombre de avería gruesa o común la manejan indistintamente las diferentes legislaciones.

b) Respecto a gastos o daños causados, todas las legislaciones los toman en consideración sólo que algunos códigos como el de Inglaterra y Alemania mencionan que éstos deben ocurrir en momentos de peligro.

Nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos determina , así como el Código de Comercio español y el de Chile determinan que los gastos y/o daños ó ambos deben ser consecuencias de un riesgo conocido y real o verdadero.

Asimismo, señalan que los mismos, se pueden realizar en forma separada o conjunta , o que se pueden dar ambas a la vez, quién toma en cuenta esta última circunstancia son los códigos Español y Alemán.

Algo muy importante nos lo hacen notar algunos códigos, al poner la preposición "Y", ya que significa, que ante un acontecimiento incierto estos dos tipos de eventos se pueden realizar, no estableciendo un orden al respecto, este tipo de situaciones es lo que en la práctica marítima se presenta con mas frecuencia. Dentro de los que destacan al respecto se encuentran los códigos Francés, Italiano, Bélgica, el código Portugués viene casi en los mismos términos sólo que al "daño" lo describe como un sacrificio".

El único texto jurídico que nos señala la disyuntiva "o" es nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos.

c) Consideran requisito indispensable para ubicarlo en lo que es un acto de avería el que tenga el carácter de extraordinariedad, los siguientes países: Inglaterra, Italia, Bélgica y Portugal.

d) Una condición de carácter esencial en la definición es la voluntariedad.

La deliberación del acto de Avería Común entre los integrantes de la tripulación y el Capitán, solamente lo acusan, los códigos y leyes Español, Chileno y el Mexicano.

El código de Holanda y Alemania califican la intencionalidad como requisito indispensable.

e) De las legislaciones analizadas, sólo tres de ellas hacen mención sobre quién será la única persona que puede dar la orden para que se lleve a cabo el acto de avería y ellas son, México, Alemania y Portugal; de estas Alemania y Portugal conceden esta facultad a quienes actúan bajo sus órdenes.

f) En cuanto a su finalidad "Se habla de bien común , de seguridad común, beneficio común y salvamento común, preservación de propiedades; de lo anterior resalta que tales connotaciones no significan lo mismo".(76)

Es por esta situación que cuando lleguemos a la descripción de cada uno de los elementos de la avería común, se hará un análisis de las mismas y se tomará en consideración la que se adecue más a la realidad imperante.

De los códigos que han tomado algunas circunstancias adicionales y no por eso menos importantes son: Holanda y Alemania ; esto es al mencionar que el acto de avería gruesa no solo se suscribirá al momento de realizarse o llevarse a cabo, sino que ya están tomando en consideración sus "inmediatas consecuencias".

(76) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob.cit., pag 91

Otro ejemplo, es en cuanto al lapso en que se tiene que realizar; y se dice que el acto de averfa gruesa se tiene que dar desde su carga y partida hasta su vuelta y descarga, Francia y Portugal, son de los que hacen alusión a la misma.

Por último de las definiciones ya analizadas, se deduce que todas y cada una de ellas están lejos de poder encontrar una forma única para conceptualizarla, ya que son tantas las circunstancias que rodean el acto de averfa, que bien podrían ser consideradas como elemento del mismo. Sólo que tal situación surgió de una amplia necesidad de reglamentarla a nivel internacional; este organismo es la "International Law Association" (ILA), misma que a través de largos años se ha dedicado a ese estudio logrando una definición que reúne los elementos esenciales de la averfa común.

Este trabajo, recibió el nombre de Reglas de York y Amberes, a fin de no pasar por alto la forma en que la definen tales reglas la señalaré a continuación.

La regla "A" dice: Existe un acto de averfa común solamente cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente cualquier sacrificio o gasto extraordinario por la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un riesgo de mar.

3.2 FUNDAMENTO JURIDICO

De la figura de la avería común, se han desprendido diversas y numerosas teorías para explicar su fundamento jurídico, muchos de ellos no ofrecen una justificación jurídica básica de la institución; para ello se requiere de asociar el conjunto de ideas, que existe en cada una de ellas, las mismas "pretenden reducir a un fundamento equitativo único lo que en realidad es una creación del derecho, para llegar a una ordenación útil del equilibrio de intereses, ante un caso apremiante de medidas por utilidad general de los intereses afectados.(77)

Para determinar la existencia de la avería común es necesario que existan diversos elementos, para su real configuración; por ejemplo la necesidad de un sacrificio útil en bien del interés preferente y el imperativo de un proceso "económico", para el reparto equitativo de los daños, es decir, liquidar pérdidas y gastos en proporción a lo salvado.

La avería común produce el efecto crear un derecho y una obligación de contribuir para el beneficio y por supuesto también a cargo de toda persona que esta interesada en la expedición marítima; ya en la historia del derecho marítimo y para ser más precisos ya los romanos admittan la acción de los cargadores contra el capitán y de este contra los cargadores, pero en la avería común existe la acción del cargador contra los demás cargadores. "Estas personas que no están ligadas entre si por ningún contrato, dependen, sin embargo, unas de otras por una contribución común a las averías".(78)

La idea y el fundamento que ha presidido la evolución de la práctica de la contribución a la avería común, ha sido siempre la mancomunidad de intereses, la unidad que se crea entre el naviero y los cargadores al realizarse una expedición marítima, unidad que implica, el compartir los prósperos y los adversos sucesos.

(77) FARIÑA, Francisco. ob cit, pag. 476

(78) RIPERT, Georges. ob cit, pag. 343

Las diversas teorías sobre la avería común se apoyan y derivan de las disposiciones de ley, ya que la institución jurídica, tiene antelación histórica respecto a la doctrina que lo explica y justifica, remontándose sus orígenes a los orígenes mismos del derecho de la navegación.

No obstante, el que las averías gruesas tengan características peculiares, y una fisonomía propia, y cuya base jurídica tenga existencia tanto en la ley como en ordenamientos de carácter internacional como lo son las Reglas de York y Amberes; aparece en los contratos de seguros como una cláusula que a la vista de los que no son conocedores, pasa sin más, como desapercibida, teniendo como ya lo hemos hecho notar la trascendencia jurídica e internacional que se merece.

Algunos autores, han buscado el fundamento de la contribución en las acciones que derivan del contrato de fletamento. Pero esto no explica, porque la ley autoriza hoy al cargador a demandar directamente, ni explica donde radica la relación contractual entre los cargadores. (79)

La doctrina más reciente, tiende a considerar que el fundamento de la obligación de contribuir a la avería gruesa o común, estriba en la legalidad o en la consensualidad, habida cuenta que, cuando se produce un acto de avería gruesa, o bien es esta líquida con sujeción a las Reglas de York y Amberes por pacto o consentimiento de las partes, al momento de concertar aquellos contratos de los cuales dimana el estado de comunidad a bordo, o bien lo es con sujeción a la ley positiva en ausencia de otro pacto. (80)

(79) Golschmidt, Lex Rhodia and Agermanent (Zeitschrift Für das gesamte Handelsrecht, 1899, pags. 41 y siguientes).

El mismo autor, critica la teoría que hace derivar la avería gruesa del fletamento considerado un "locatio operis", y sostiene acertadamente que el fundamento jurídico de la obligación de contribuir a la avería gruesa debe buscarse en la comunión del peligro.

(80) HERNANDEZ YZAL. Santiago. Derecho Marítimo. Tomo II, Editorial Cadi, Barcelona, 1969, pag. 143.

Al inicio de este apartado, hice mención, de la existencia de varias teorías que hablan acerca del fundamento de la avería común, y ellas son: la Responsabilidad objetiva, es una aplicación específica del concepto de la función social de la propiedad; la conservación de bienes de la aventura en interés colectivo y por imperio de la ley, pero para efectos del presente trabajo, he tomado tres teorías, mismas que en el siguiente apartado analizaré, y ellas son; la de la idea del enriquecimiento sin causa, la de la equidad, y por último la de la comunidad de intereses.

3.2.1 TEORIA DE LA IDEA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.

La teoría del enriquecimiento sin causa, parte de la idea de que en la avería común, hay un acto voluntario del capitán, que realiza un sacrificio, y en razón de este sacrificio el resto de los bienes han sido salvados; hay enriquecimiento; el o los sujetos que se empobrecieron sin causa, pueden reclamar hasta el monto de su empobrecimiento por la acción de "in rem verso".

En el Derecho Marítimo, en el régimen de las averías, el hablar de enriquecimiento sin causa, sería considerar a los gastos o daños realizados, como situaciones incongruentes con el acto efectuado (avería común), ya que si la idea parte de un principio de equidad, implica por consiguiente una regla de orden público; tratamiento muy diferente, serían las disposiciones legales referentes a las averías comunes, que pueden derogarse por el acuerdo de las partes y que hasta puede descartarse todo recurso de contribución.

Si bien es cierto que la teoría parte de ideas y explicaciones modernas, no puede considerarse que al realizarse el acto, alguna parte integrante pueda enriquecerse por el simple hecho de que sus bienes no han sufrido menoscabo, y él o las otras partes hayan sufrido un empobrecimiento, por la consecuencia de que sus bienes sean objeto de evitar un perjuicio mayor al todo.

Algunos autores han encontrado en la avería gruesa matíces justificativos de la teoría; esto es la situación de quién viera salvada su propiedad o su derecho con el sacrificio ajeno.

En el Derecho Civil el enriquecimiento sin causa se reconoce como un cuasi-contrato.(81)

Para explicar la obligación que tienen todos los interesados de contribuir en el pago de la avería gruesa, es el expresado en el axioma de derecho común, consagrado ya en el digesto, según el cual, "nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro". "Quienes sostienen este fundamento consideran que la teoría de las averías comunes es susceptible de otras aplicaciones fuera del escenario de la navegación marítima".(82)

El área donde tiene bien aplicación esta teoría del enriquecimiento sin causa, se encuentra en el campo del Derecho Civil, ya que es ahí donde esta teoría encuentra su fundamento legal. Para poder marcar la diferencia de concepciones que existe entre ambos campos del derecho, es necesario plasmar lo que dispone el Artículo 1882 del Código Civil; mismo que dice, "El que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que el se ha enriquecido".(83)

De la definición descrita anteriormente, se desprenden elementos que contienen una diferencia con respecto a la avería común, las siguientes son:

(81) DIEZ MIEREZ, Alberto. dh. cij., pag. 106

(82) IDEM

(83) Código Civil. México, Ed. Porrúa, 1990, página 338

PRIMERO.- Se considera, que los dueños de los bienes que se salven, se enriquecen a costa de aquellos cuyos bienes han sido sacrificados.

En la avería común esto no es así, ya que el o los sujetos que mantienen sus bienes después de un acto de avería, si bien es cierto no sufren un menoscabo, tampoco acrecentan sus bienes y por lo tanto no existe ese principio de enriquecimiento al que hacen alusión algunos autores como Daniel Danjon.(84)

SEGUNDO.- La relación entre enriquecimiento y empobrecimiento, surge de la realización de actos y actividades ilegítimas que lleva a cabo una persona en perjuicio de otra u otras. En el caso de la avería, la pérdida que sufra alguna carga, no afecta mayormente al propietario de la misma, ya que todos y cada uno de los propietarios obtendrá una retribución en forma proporcional.

Como consecuencia de lo anterior, no podría decirse que la avería común contiene elemento alguno, con el que se pueda identificar la teoría del enriquecimiento sin causa, ya que de las diferencias planteadas anteriormente, se desprende que el beneficio indirecto conseguido por los demás miembros de la aventura marítima como consecuencia de actos o hechos jurídicos efectuados por un tercero, no implica transferencia alguna de bienes, sino, únicamente el beneficio de la conservación de los bienes propios.

Para que surja como fuente de obligaciones entre la nave y cargadores el enriquecimiento indebido, deben de existir ciertos presupuestos:

(84) DANJON, Daniel. ib. cit., pag.295

1.-) El beneficio indirecto, conseguido por una persona como consecuencia de actos jurídicos efectuados por un tercero.

2.-) Que este exento de justa causa.

De los presupuestos antes descritos, se puede considerar que la idea del enriquecimiento indebido, reposa sobre un principio jurídico básico "La Equidad"; implicando por consiguiente, que constituya para el Derecho Civil, una regla que implica la no derogación por consentimiento entre las partes, situación que no acontece en las averfás comúnes.

La relación jurídica entre los interésados en una aventura marítima, armador y cargadores forman un consorcio que se da libremente sus leyes y que subsiste la posibilidad de descartar por completo todo recurso por contribución, lo que resultaría inadmisibile si el fundamento de la averfá gruesa fuera el enriquecimiento sin causa.(85)

La generalización de la averfá gruesa a situaciones de Derecho Común donde ocurran circunstancias similares a las condiciones requeridas en el transporte marítimo, puede dar origen a una desnaturalización de la averfá común.(86)

(85) DIEZ MIERES, Alberto. ob cit, pag. 106

(86) IDEM pag. 108

3.2.2 TEORIA DE LA EQUIDAD

Varios son los tratadistas, que justifican la contribución en la avería gruesa, fundandola en "un principio natural de equidad", o como sostiene Lowndes, en el principio de justicia natural, más estos principios son inmanentes en todas las instituciones jurídicas. (87)

Al respecto Fariña dice: " En el fondo de la institución están la necesidad del sacrificio utilitario en bien del interés preferente y el imperativo de la equidad con la contribución del mismo, es decir, un proceso económico para reparto equitativo de los daños y liquidar pérdidas y gastos en proporción a lo salvado. (88)

Dice Schuldreich: "La teoría más justa es la que se fundamenta en la equidad. No es justo ni equitativo que los interesados con el daño se beneficien por los sacrificios de los otros, lo equitativo y lo justo es que contribuyan a indemnizar. El fundamento de esta institución esta en la justicia. (89)

En la esencia de las teorías analizadas en el presente apartado, se mantiene latente la idea de la equidad como principio perenne de justicia.

La crítica que se le imputa a la equidad como fundamento jurídico de la avería común, es el de ser un basamento demasiado vago, y que, en el fondo todas las instituciones jurídicas, tienen en última instancia, igual fundamento. (90)

(87) Rudolf and Lowndes, ob cit, páginas 52 y siguientes.

(88) FARIÑA, Francisco. ob cit, pag. 535

(89) BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I, Librería de Porrúa Hermanos y Cia., México, 1939

(90) GARRIGUEZ, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, Ed. Porrúa, S.A., 7a edición, México, 1979, pag. 770

La Corte Internacional de justicia señala que además de aplicar los tratados, costumbres, "jus cogens", doctrina y jurisprudencia puede aplicar para resolver la equidad "ex aequo et bono".

3.2.3 TEORIA DE LA COMUNIDAD DE INTERESES

La teoría de la comunidad de intereses tiene como fundamento, esa relación entre el armador y los cargadores. "En la navegación Marítima... se consideró que con ciertas medidas útiles, pero costosas, se podía a veces salvar el buque y las mercancías, y para inducir al capitán a adoptarlas, se admitió que lo hacía en interés de todos, ya que el capitán representa tanto a los cargadores como al armador."(91)

La asociación se formaba en el momento de peligro, el "señor de la nave", según frases del Consulado del Mar, proponía la asociación en vista del peligro común. Más tarde, los mercaderes dejaron de viajar y confiaron sus mercaderías al capitán. Se consideró entonces que dado que la asociación no podía ser concertada en el último momento, esta debía realizarse desde su salida. El capitán representante de los intereses comunes, decidía sobre las medidas que habría de tomar.

" Hoy la asociación es una Asociación Legal, se forma desde el momento en que las mercancías son cargadas; nace de la unión de intereses que existe de hecho de la comunidad de peligro y de la utilidad de la medida tomada".(92)

(91) RIPERT, Georges. ob cit. pags. 344 y 345

(92) IDEM

La asociación o comunidad de intereses, consiste en la razón de ser de toda aventura marítima, ya que quién interviene en ella tiene como objeto principal, que la travesía llegue a buen fin, obteniendo por ello grandes satisfacciones, principalmente de carácter económico.

Dice Brunetti: "La comunión de intereses es una simple expresión metafórica, pero significa la suma de los elementos patrimoniales a lo cual se adscribe los derechos y obligaciones respectivos". "La obligación de contribuir en resumen, es solamente el efecto reflejo de la relación ocasional que el sacrificio produce entre los titulares de los distintos derechos de propiedad".(93)

La averfa común fué popularizándose de una parte, en torno a la idea de un vínculo asociativo, que a la vez une a todos que participan con interés al buen éxito de la expedición, y de otro, sobre la necesidad de un acuerdo entre estos interesados que aprobase el acuerdo del sacrificio hecho para el bien común.

Respecto a lo anterior, se señala que para el acto de averfa, debe existir previo acuerdo entre los interesados para la realización de el sacrificio; existe dentro de los casos de averfa común, uno que ya no es muy común en la actualidad, sin duda me refiero a la echazón; en la antigüedad y para ser mas precisos en el Derecho Romano, para que este acto diese lugar a la contribución, no se requería el consentimiento de los interesados, bastaba el simple arbitrio del "magister navis".

(93) BRUNETTI, Antonio. Derecho Marítimo Privado Italiano (Versión española anotada por R. Gay de Montella) Tomo III, 2a parte, Ed. BOSCH, Barcelona, 1951, pag. 22

Cuando se habla de comunidad de intereses, se cree que el capitán está autorizado para actuar por cuenta y en nombre de la generalidad de los partícipes, en virtud de un cuasi-contrato de gestión de negocios según el cual, el sacrificio útil a todos debe entenderse efectuado bajo presunto mandato de todos (94)

La gestión de negocios no encuadra dentro de la comunidad de intereses, ya que en la aventura marítima, los que intervienen en ella, tienen un derecho absoluto sobre los bienes o mercancías que son objeto de transporte.

Independientemente que la gestión de cosa común no presenta los mismos efectos que la comunidad de intereses, en ambas debe existir una consecuencia inmediata, esto es, el sacrificio útil.

En la gestión de negocios, la prestación del gestor debe ser voluntaria, cosa que no sucede en la averfa común, donde el Capitán en cumplimiento de un cargo se halla obligado a realizar el sacrificio, incluso cuando este es voluntario, pero en la práctica se observa que "el acuerdo de llevarlo a efecto, se sustrae a la voluntariedad, por la razón de ser solamente dictada bajo la presión del peligro inminente".(95)

Definición de comunidad de intereses que nos da Brunetti y dice: "concurso de intereses económicos de sujetos diversos, sobre el mismo objeto".(96)

(94) Esta teoría se remonta a la glosa de ACCURSIO y , entre los modernos ha sido admitida por GOVARE, *Traité des avaries*, París, 1882, pag.8 y siguientes. De cuasi contrato de naturaleza especial que se acerca al mandato y constituye una operación análoga a la sociedad, habla DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, III, París, 1923, No.71, pag.113

(95) BRUNETTI, Antonio, *ob.cit*, página 25.

(96) *Ibidem*. pag. 23

La ley regula tal concurso en la avería común, invocando el principio, de elemental justicia distributiva, según el cual, las cosas salvadas deben compensar las sacrificadas.(97)

3.3 PROPORCIONALIDAD DE LA AVERIA.

La proporcionalidad es una regla que se practica en el Derecho Marítimo y específicamente en materia de contribución a la avería común y es aplicable lo mismo al seguro de cascos que al de mercancías. La técnica jurídica la considera cómo: La proporción del valor asegurado al valor contribuyente no es otra cosa que la proporción del valor en riesgo de la cosa para el asegurado en relación con el valor total de la cosa en riesgo.

La proporcionalidad tiene como causa que frecuentemente se da en el caso en que el valor contribuyente supere el valor estipulado en el seguro. Este valor contribuyente de los objetos asegurados constituye la base de la indemnización para el asegurador, y se fija al salir las mercancías; Para el asegurado el valor de éste se calcula en el puerto de descarga.

(97) IDEM

Surge entonces la regla proporcional, que consiste en el reembolso al asegurado de la contribución de avería común en el caso de que el valor contribuyente sea superior al asegurado. El sistema proporcional es seguido en la práctica por Inglaterra, Estados Unidos, Francia, Alemania, Holanda y Japón. El cálculo de la indemnización que el asegurador debe reembolsar al asegurado se establece mediante una proporción de valores; los términos de esta proporción son:

- a) Valor del seguro.
- b) Valor contribuyente del objeto asegurado
- c) Total de los valores contribuyentes.
- d) Pérdida por avería común.

Cuando el valor contribuyente es inferior al valor asegurado, no se aplica la regla proporcional y la contribución de averías comunes, según resulta de la liquidación, ya se trate de un seguro de cascos o de mercancías es lo que corresponde abonar al asegurador.

La contribución del flete no suele considerarse a cargo de los aseguradores del buque. Si el flete ha sido asegurado, corresponde al asegurador del flete el reembolso de la contribución por avería común, pudiendo aplicar la regla proporcional en el caso en que el capital con el que contribuya sea superior al asegurado.

El asegurador puede renunciar a la aplicación de la regla proporcional, generalmente mediante una sobreprima, pero la renuncia tiene que ser expresamente establecida en una cláusula inequívoca y no puede deducirse de otras cláusulas de la póliza (98).

Como el cálculo para aplicar la regla proporcional compete a personas con conocimientos técnico-prácticos en la materia; solo se explica en que consiste la regla proporcional para tener una noción general de misma.

3.4 CONDICIONES DE LA AVERÍA GRUESA.

Al iniciar el presente inciso, correspondiente a los caracteres esenciales de la avería gruesa, se trata de analizar todas y cada una de las condiciones inherentes a la misma; condiciones que en la actualidad han sido objeto de constante discusión, ya que algunos tratadistas consideran que algunas de ellas no tienen razón de existencia, ya que no van de acorde a las circunstancias en la que se presentan los hechos, y por lo tanto resultan un tanto inoperantes.

Asimismo, se pretende saber " que condiciones debe reunir el daño causado al buque o a las mercaderías o el gasto realizado en favor del buque... para que su monto sea soportado proporcionalmente por el buque, el flete y la carga, es decir, cuales son los requisitos para que exista avería gruesa ". (99)

(98) FARIÑA, Francisco. ob.cit., pags. 639 a 641.

(99) DIEZ MIERES, Alberto. ob.cit., pag. 115

Antes de entrar a un análisis profundo de las condiciones de la avería gruesa, no quiero pasar por inadvertido un criterio que es de gran actualidad e importancia para el desarrollo del presente tema; mismo que toma como base, la reunión del grupo de trabajo intergubernamental sobre reglamentación internacional del transporte marítimo de la conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD); criterio que es emitido por un gran conocedor del Derecho Marítimo, José Eusebio Salgado y Salgado, el criterio se refiere a lo siguiente:

No considerará que las averías gruesas requieran hoy por hoy de alguna revisión, análisis o estudio, pues considera , están debidamente reguladas a través de las Reglas de York y Amberes, versión Hamburgo 1974.

Además de que el Comité Marítimo Internacional (C.M.I.), los acaba de realizar y poner al día, en el caso de la Regla VI, para incluir las nuevas disposiciones relativas al Comercio Internacional de salvamento marítimo del 28 de Abril de 1989 (SALVAGE/89).

Dentro de sus conclusiones nos señala, que si bien es cierto que las reglas de York y Amberes, resuelven hoy en día la problemática de las averías gruesas en el Derecho Marítimo, se requiere de su adecuación a la realidad imperante en el Transporte Marítimo; por otra parte hace mención de que no se puede aceptar por ahora la solución propuesta de acudir al sistema del Seguro Marítimo, para que en él se asuma la solución para dicho problema.

Que en el estudio del documento denominado " Avería Gruesa ", informe de la Secretaria de la UNCTAD, del 19 de agosto de 1991, no se examinan "in extenso" los elementos constitutivos de la avería gruesa como son:

- a) El objeto de la avería.

b) El sacrificio, es decir, la referencia al daño o al gasto extraordinario.

c) El peligro común a que están expuestos los elementos de la aventura marítima.

d) Necesidad de que haya un resultado útil, derivado del sacrificio realizado.

e) La obligación de contribuir.

Por último menciona, que la idea de eliminación o abolición de averías gruesas, se basa en consideraciones de oportunidad y conveniencia, dejando de lado las razones jurídicas.

A continuación he formulado una definición de la avería común , escrita en los términos mas comprensibles, con el objeto de analizar en forma ordenada las condiciones esenciales pretendidas.

La avería común, es todo sacrificio o gasto extraordinario, ocasionado en beneficio de la comunidad de intereses, a iniciativa del capitán de manera voluntaria y previa deliberación, realizado para conjurar un peligro y del cual se espera un resultado útil.

Ahora bien, de la definición antes estructurada se hará un desglose de las condiciones que en la mayoría de las legislaciones se consideran, para poder encuadrar el acto de avería común.

De los cuerpos normativos que se han tomado como base para el desarrollo de los mismos son: la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, Artículo 256, por una parte, y las Reglas de York y Amberes por el otro.

De la definición se consideran cinco condiciones esenciales:

A.-) Sacrificio o Gasto extraordinario.

B.-) Comunidad de Intereses.

C.-) Iniciativa del Capitán

C1.- Voluntariedad

C2.- Deliberación.

D.-) Peligro.

E.-) Resultado útil.

A. SACRIFICIO O GASTO EXTRAORDINARIO

Respecto de la primera condición, se trata de saber que requisitos debe reunir el sacrificio causado al buque o a las mercancías, o el gasto realizado en favor del buque o de las mercancías para saber en que proporción los integrantes de la aventura marítima participarán; se destaca, sin embargo, el dato de extraordinariedad que le es esencial a las averías, ya que si no se presentare la situación, no habría avería común sino que sería particular o simple.

" No es avería en principio, todo detrimento realizado por vicisitudes náuticas normales; tampoco lo son la depreciación del cargamento o del buque, por causas económicas, ni las mermas naturales que disminuyen ciertas mercancías; ni el desgaste del buque y sus accesorios por causa del uso y del tiempo. Ni tampoco son averías los gastos ordinarios de la navegación ".(100)

Un cuerpo normativo que señala en forma expresa tal situación, es sin duda el Artículo 256 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo que dice:

" Es avería gruesa o común todo daño o gasto extraordinario... ".

Por otro lado la Regla A de las Reglas de York y Amberes de 1974 dispone: "Existe un acto de avería gruesa cuando y solamente cuando, se ha hecho o se ha contraído... cualquier sacrificio o gasto extraordinario... ".

Para expresar con mas precisión lo que señalan los párrafos anteriores, he de decir que el sacrificio de avería común se constituye tanto en un hecho como en un acto jurídico; mismos que se consideran por la Teoría General del Derecho de la siguiente manera:

I.- **Hechos jurídicos.** Son los producidos por el hombre o por la naturaleza de los cuales la regulación jurídica hace depender ciertas consecuencias del derecho. Pero factor muy importante en la avería común, es que los efectos de ésta no se producen solamente sobre las cosas, sino que también crean entre las personas obligaciones reguladas por el derecho.

(100) Ibidem pag. 91

II.- Acto jurídico. Considerando como tal todo comportamiento exterior del hombre, determinado por un acto consciente de la voluntad y del cual se desprenden consecuencias importantes para la ordenación jurídica.

Puse cierto énfasis en ambas consecuencias, ya que de las mismas parte tanto el efecto como la consecuencia de todo el desarrollo del acto de averfa gruesa o común, es decir consecuencias jurídicas que tienen valor sobre todo para el campo del Derecho Marítimo, que es donde se ubica la figura objeto del presente trabajo.

B. COMUNIDAD DE INTERESES

La necesidad de la existencia de una comunidad de intereses, constituye otra condición necesaria, y diría yo, la más indispensable para que se de el acto de averfa común.

Ya me he referido al tema en el capítulo anterior, desde la perspectiva de como consideran los tratadistas al interés común, es decir la expresión de sus teorías, y consideran a este acto, como una circunstancia preponderante respecto a los demás elementos.

Constituyendo una unidad la establecida entre el buque y la carga la misma integra un auténtico "consortium", durante todo el viaje; es por esto que no es condición determinante que los daños y gastos se produzcan en forma simultánea, lo unico imprescindible es que el daño, gasto o sacrificio, se decida en interés de todos los elementos que integran la aventura marítima.

Al tocar el concepto de "consortium", es de vital importancia mencionar, cuando inicia y cuando termina el mismo, me refiero al tiempo de duración de la comunidad; algunas legislaciones consideran que la fijación del momento hasta que se puede considerar indivisa esa comunidad refiriéndose al buque y a las mercancías es, "desde su carga y salida hasta su retorno y descarga ",es decir que los daños y gastos ocasionados por el buque y la carga deben tener lugar mientras dura la aventura marítima.

Sobre esta situación, en algunos tratadistas prevalece la idea de que en caso de que existieran situaciones que pusieran en peligro la nave y la mercancía y se separaran ambas, se modificaría la obligación de contribuir en caso de que llegara a ocurrir el acto de avería; "En términos generales, la precisión del momento y del lugar en que ha de producirse el hecho generador de una avería común, sólo puede referirse al tiempo en que el buque y su cargamento están expuestos a un peligro común marítimo".(101)

A decir de lo anterior con el siguiente ejemplo se desprenderán varias situaciones:

" Si seguidamente a un incendio declarado a bordo durante el estacionamiento en puerto, la mercancía ha sido depositada en el muelle durante la permanencia en el mismo, para sustraerla al daño de la mojaduría y terminado el incendio se reembarca de nuevo ".(102)

(101) FARÍÑA, Francisco. ob cit, pag. 544

(102) BRUNETTI, Antonio, ob cit, pag. 50

Primera situación.- "Si la relación de comunión entre varios titulares de los intereses expuestos al mismo peligro, es un supuesto para la aplicabilidad de la regulación de la avería común; la descarga temporal no conduce a la disolución de la comunidad, no constituyendo ruptura ni fin de viaje".(103)

Segunda situación.- Si se presentase el anterior caso, entonces se constituiría una disolución parcial, respecto a la mercancía descargada temporalmente, pero continuaría viva para las restantes hasta el fin o cumplimiento del viaje.

El interés al que se hace alusión en la primera situación, son los del buque y los de la carga que se encuentran unidos en relación a la misma aventura marítima y por lo tanto recae en ambos los sacrificios o gastos realizados; si bien es cierto, estas situaciones a simple vista provocan menoscabos o pérdidas económicas a sus titulares constituye también un beneficio real para todos ellos, ya que quién ha visto afectados total o parcialmente sus bienes, tiene derecho a solicitar de los que integran la aventura, participen en la proporción en que se han salvado sus bienes.

Fariña dice al respecto: "la comunidad de intereses subsiste mientras el consorcio formado por el buque y el cargamento no se rompe jurídicamente".(104)

Al existir la comunidad de intereses, ésta trae consigo la comunidad de riesgos que es incierta desde el inicio de la aventura; por comunidad de riesgos Brunetti dice: "Comunión de riesgos, quiere decir mutualidad en la soportación del sacrificio hecho en interés de todos, o sea organización de todos los elementos patrimoniales participantes en el viaje, cuando el sacrificio recae sobre la comunión".(105)

(103) **IDEM**

(104) FARIÑA, Francisco. *ob.cit*, pag 543

(105) BRUNETTI, Antonio. *ob.cit*, pag. 51

Puede darse como un caso en la comunidad de intereses que ante la inminencia de peligro en las mercancías, estas son salvadas y transportadas a su destino por medio de la utilización de otros buques, distintos al que los transportaba, los gastos posteriores al buque que no benefician a la carga pierden el carácter necesario para su inclusión en avería común; aquí se tiene que dar la circunstancia de descarga total de las mercancías y reexpedidas en otro buque.

De lo anterior se pueden presentar casos en que las operaciones realizadas posteriormente al acto de avería común, constituyen gastos que deben incluirse y admitírseles el carácter de averías, siempre que concurren las demás circunstancias generadas de la avería común; ejemplo del mismo es el siguiente:

Tratándose de cargamentos parcialmente salvados al comenzar las operaciones de salvamento, reflotándose el buque, reembarcando las mercancías y terminando su viaje con el mismo flete.

Aquí me es pertinente hacer una aclaración, con el objeto de que en lo posterior no surjan confusiones, ya que se cree que la avería común grava a la vez sobre el buque y sobre las mercancías y tiene este carácter solamente cuando alcanza a todos los elementos unidos en la expedición marítima, "no es avería lo que es común sino la contribución".

Ya la Ley de Navegación Argentina de 1973, regula la institución de la avería gruesa a través de las Reglas de York y Amberes de 1950, considerando que todo sacrificio o gasto extraordinario debe realizarse para la seguridad común.

La expresión avería común se utiliza para precisar, que si se realizan ciertos gastos o daños, estos deben tener como resultado un beneficio en interés común del buque y cargamento. Existe por otro lado un inconveniente de orden práctico respecto al beneficio común. "Nos referimos a la invocación indiscriminada o abusiva de este beneficio común por parte principalmente del armador, quién cuenta con el máximo de elementos para hayar justificación a las medidas que adopte su capitán. Sin lugar a dudas, una asociación de usuarios del transporte marítimo, participante, dinámico y bien asesorado, en mucho abatiría éste muy posible inconveniente".(106)*

Dicho en palabras de Francisco Fariña: "los intereses particulares del buque y la carga que se tratan de salvar de un peligro, obligando a un sacrificio, deben encontrarse unidos por el nexo de la misma aventura marítima y por la circunstancia de reportar los sacrificios de unos o de otros un beneficio real a todos ellos"(107)

La ley y práctica Americana, respecto al beneficio común al que se hace alusión señala que no necesariamente tiene su origen en un peligro y por tales circunstancias, los gastos efectuados por tal motivo deben clasificarse como avería común. Tal afirmación se hace tomando la consideración de que el capitán puede ordenar la erogación de ciertos gastos, no destinados necesariamente a la salvación común, y teniendo latente o inminente un peligro, sino que, mediante ellos quizás se consiguio evitar a los interesados, pérdidas considerables.

Disposición contraria atentaría contra el principio de razón y equidad, característico en la avería común.(108)

(106) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob.cit. pag. 140

* México cuenta con su propia Asociación Mexicana de usuarios del transporte marítimo A. C., quizá no lo suficientemente fortalecida por razón de muy extendida falta de interés, y por ende, de información de muchos de los exportadores e importadores mexicanos.

(107) FARIÑA, Francisco. ob.cit. pag. 543

(108) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob.cit. pag. 19

Siendo el interés común, figura Jurídico-Marítima alrededor del cual gira toda actividad desarrollada en el mar, es de vital importancia distinguir y hacer notar el alcance entre la expresión "interés común" y el de "seguridad común".

En las reuniones celebradas para elaborar las normas de York y Amberes se han debatido las distintas fórmulas; rechazándose en la de Estocolmo de 1924, el clásico concepto de interés común y adoptándose el de seguridad común que es la que integra la definición de la Regla "A" de citado ordenamiento.(109)*

La Regla "A" dice: "Existe un acto de averfa gruesa cuando, y sólo cuando cualquier sacrificio o gasto extraordinario es hecho o incurrido para la seguridad común..."(110)

La definición restringe la averfa gruesa a sacrificios o gastos hechos o incurridos para la seguridad común. Esta concepción limita las bonificaciones de la averfa gruesa al hecho o condición de que sea para el logro de la seguridad común; situación que no ocurre con la ley y práctica Americana, ya que ésta incorpora el "beneficio común" y la preservación de la aventura. En la práctica se observa que el "interés común" puede motivar sacrificios sin que realmente exista un peligro inmediato o eventual, solamente podría considerarse la necesidad de la realización del acontecimiento para que llegase a buen término la aventura marítima con la implícita del beneficio común para cada uno de los integrantes, (Mercancías, Buque y Armador).

(109) DIEZ MIERES, Alberto. *ob cit*, pag 132

* El término "para el interés común" es mucho más amplio. Supóngase que un buque sufre deterioraciones en sus máquinas, y el mar no ofrece peligro y puede seguir navegando con sus propios medios de propulsión, pero en condiciones desventajosas que demorarían su llegada perjudicando a los distintos interesados.

El "interés común" aconseja que el buque sea atado por un remolcador para evitar la demora lo que origina gastos. Estos gastos de remolque son averfa gruesa si se admite como suficiente condición que hayan sido hechos "para el interés común", porque efectivamente han consultado ese interés. Pero no son si se exige como condición de la averfa gruesa que se haya efectuado "para la salvación común", porque ni siquiera lo han sido para la "seguridad común", pues la aventura no ha estado a merced de ningún peligro.

(110) CASTRO ESTRADA, Alvaro. *ob cit*, página 213

Los ingleses por su parte, hablan únicamente de la "seguridad común", (common safety), como móvil del capitán para poder considerar el caso como avería común.

Nuestra legislación marítima específicamente el Artículo 256 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo señala que: Todo daño o gasto extraordinario se considerará avería común solamente cuando se realice con el propósito de salvar al buque o a su cargamento, de un riesgo conocido y real.

Una de la interrogantes importantes respecto a cuando existe propiamente la "comunidad de intereses"; la mayoría de los autores marítimistas han dado diferentes puntos de vista, sin embargo, Francisco Fariña da respuesta a la misma señalando, "... cuando se trata de salvar en su conjunto las mercancías con objeto de que salvando esta parte de la asociación, pueda salvarse todo".(111)

Importante es el punto de vista de este autor, al tomar como uno de sus principales objetivos, el que la mercancía llegue a buen fin, pero como ya observamos del análisis del capítulo, no es condición determinante que la salvación de las mercancías ocasione la salvación del todo, ya que dentro del concepto de comunidad de intereses intervienen otros elementos cuya naturaleza no puede pasar desapercibida, y otro de ellos es el "buque", que es el medio a través del cual se realiza el transporte de las mercancías y sin el cual no se integraría la aventura marítima y por lo tanto la comunidad de intereses.

(111) FARIÑA, Francisco. ob.cit., pag. 544

Dentro de la doctrina y práctica para efectos de poder encuadrar los actos o hechos generadores de daños o gastos al buque o las mercancías, se ha cuestionado si se debe o no considerarse como causa interruptora de la comunidad de intereses; por ejemplo, la desembarcación temporal de la carga a fin de desencallar un buque, algunos autores coinciden en considerar como interrumpida la comunidad de intereses en el ejemplo ya citado.

La acción realizada para el desencallamiento, cumple con los requisitos de salvación de los intereses participantes (buque y mercancías). A partir de este momento el acto de avería toma relevancia ya que su carácter "... se ha comunicado, indistinta e indivisiblemente, a todas las operaciones que ha habido de efectuar, cualquiera que haya sido su efecto directo -mercancías o buque- y cualquiera que haya sido el momento de su realización, -antes o después de la descarga de las mercancías".(112)

Este es otro de los problemas que en la práctica se refleja constantemente, y es el que se refiere a la transportación de la mercancía en buque o buques distintos al que originalmente se realizó la expedición.

Dentro de lo que podría ocurrir si se diese esa circunstancia, es que podría ocurrir una decisión total o parcial de las mercancías, y como consecuencia el de la comunidad de intereses, en virtud de haberse separado los elementos configurativos - buque y carga-; Fariña adopta esta posición argumentando en su obra que "si el cargamento es descargado en su totalidad y reexpedido en otro buque se interrumpe la comunidad de intereses.(113)

(112) DANJON, Daniel. ob.cit., pag. 321

(113) FARIÑA, Francisco. Las Averías Comunes y sus Liquidaciones, pag. 44

Por conveniencia del presente tema, es preciso detallar que dichas argumentaciones que se refieren principalmente a que la comunidad de intereses no se interrumpe por la reexpedición de carga en diverso buque. Dos de estos argumentos son tomados de resoluciones emitidas tanto por el Tribunal de Amberes como el Tribunal de Marsella.

El Tribunal de Amberes se expresa de la siguiente forma: "... este hecho tampoco puede privar del carácter de avería común a tales disposiciones: porque la oficialidad del buque tenía la facultad de desembarcar todo su cargamento, de almacenarlo mientras durasen las operaciones de desencallamiento y las reparaciones provisionales o definitivas, de volverlo a embarcar después para conducirlo a su destino, en cuyo caso nadie hubiera intentado discutir el carácter de avería común a los gastos invertidos en el desencallamiento del buque; luego si la oficialidad en interés de los destinatarios y sin ninguna reserva de su parte, prefirió conducir las mercancías hasta el puerto de destino sin que el buque haya sido declarado inútil, para declarar esta medida, no podría privar a aquella de su derecho a reglamentar las averías comunes ni hacer que los destinatarios, que en el primer caso hubiesen tenido que contribuir al salvamento del buque y de la carga, no tengan más que satisfacer el gasto del salvamento de sus propias mercancías".

Por su parte el Tribunal de Marsella expresó que: "no puede admitirse que el capitán, que tenía la facultad de desembarcar el cargamento, de almacenarlo durante el tiempo indeterminado que se invirtiese en las operaciones de desencallamiento y de las reparaciones provisionales o definitivas; de volverlo a embarcar para llevarlo a su destino, viese después los intereses de su armador gravemente comprometidos por haber adoptado debidamente... la medida, acertada, útil, más económica y mas conforme al interés de los cargadores, de reexpedir inmediatamente las mercancías hasta su destino valiéndose de otros buques y evitándoles así los riesgos y los gastos de una larga permanencia en tierra".

De las resoluciones antes mencionadas se desprende que la reexpedición de las mercancías en un buque distinto al que originalmente se dió inicio a la expedición tiene importancia respecto al beneficio común, y no a la durabilidad de la comunidad de intereses.

El común interés existente entre buque y carga, constituye uno de los objetivos principales de la aventura marítima, por lo tanto el capitán, que es el encargado de velar porque la aventura llegue a buen fin, debe realizar todos los actos tendientes a proteger de cualquier acontecimiento inesperado, tanto al buque como a las mercancías, esto es a partir del momento en que se embarcan las mercancías hasta que estas llegan a buen destino, entendiéndose, el momento en que los destinatarios de las mismas reciben sin daño alguno sus mercancías.

Por lo tanto la reexpedición de mercancías en buques distintos al que originalmente se realizó la expedición, en caso de que llegase a ocurrir daños o gastos en beneficio de la comunidad deben ser considerados como avería común; en razón de que se realizará una pronta consignación a su destino, evitando por tanto la demora que representaría esperar a que el buque dañado pudiera ser reparado

Caso práctico de la reexpedición de mercancías, es por ejemplo en el acto de reflotamiento de un buque, operado después de un mes de haberse depositado en tierra las mercancías y ser reexpedidas, cuando la operación intentada en conjunto había fracasado. No se puede prolongar indefinidamente el reflotamiento exclusivo del buque con la etiqueta del interés común.(114)*

(114) FARIÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, pag. 545

* Ya nos habla Francisco Fariña, que como principio general y sin que pueda concederse a ésta norma carácter absoluto, en los casos en que las mercancías son salvadas y reexpedidas a su destino por otros buques distintos del que los transportaba y sufrió un riesgo que pudiera ser clasificado en avería común, los gastos posteriores incurridos en el salvamento del buque, no beneficiando a la carga, pierden el carácter necesario para su inclusión en avería común. (Este principio es aplicable en el caso de descarga total de las mercancías)

La reexpedición se realiza en virtud de que el buque ha sufrido un accidente o daños que impiden la continuación de la travesía en el mismo; ejemplo podría ser el encallamiento, " la mercancía que se desembarca de un buque encallado para reexpedirse en otro, se beneficia del desencallamiento del buque original, y por lo tanto, los gastos que ocasione tal desencallamiento, no deberán ser de naturaleza de avería común, precisamente porque sólo le reporta utilidad al buque. En cambio, los gastos que produzca la descarga de la mercadería les reportara utilidad no solo a la misma carga sino también al buque, aún en los casos de reexpedición de la mercancía y, por lo tanto los susodichos gastos deberán ser admitidos en el ajuste de la avería común".(115)

Dos aspectos importantes le refleja un beneficio al consorcium y son:

a.-) Al buque le permiten su desencallamiento.

b.-) A la carga, el de su pronta consignación evitándole la demora que le representaría esperar a que se reflotara el buque encallado.

Un caso de avería gruesa es real y prácticamente muy complicado y costoso, ya que de acuerdo a las épocas actuales un buque tiene capacidad para transportar grandes volúmenes de mercancías y por lo tanto el recuento de mercancías que son objeto de daños, es un tanto difícil determinarlas en poco tiempo, aunándole a esta situación el cúmulo de trabajo de oficina que origina para todos los interesados, ha originado que se intente abolir la avería gruesa.

(115) CASTRO ESTRADA, Alvaro. gh sit, pags. 147 y 148

C.- INICIATIVA DEL CAPITAN

A la persona que interviene en el comercio marítimo como representante del buque, carga y flete se le denomina Capitán; el mismo será nombrado por el naviero o armador y deberá tener la capacidad legal para obligarse a cumplir con los fines que le han sido encomendados, es decir, llevar a buen término la aventura marítima.

Al capitán a través de la historia se le ha reconocido de distinta manera. En otros tiempos fué llamado "señor de la nave" porque en el capitán se concentraban las más destacadas funciones del negocio naviero, "... el era el propietario del navío, el dueño de la carga, el principal interesado en la aventura marítima ". (116)

Las funciones básicas del mismo, son administrativas técnicas y comerciales.

El capitán, a través de la historia, ha desempeñado funciones de vital importancia, ya que es en su persona, donde se concentran las más destacadas funciones del negocio naviero.

Un autor nos señala que: "Hoy los adelantos técnicos y la división del trabajo propia de empresas tan complejas como la naviera ha mermado en gran medida la autonomía e inclusive la autoridad del capitán. (117)*"

(116) CERVANTES AHUMADA, Raúl. ob cit pag. 583

(117) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob cit pag. 104

* Las reglas no exigen que el acto de avería se precisamente acto del capitán, como sí lo indica nuestra ley; pero todas las atribuciones del capitán solo él o la persona autorizada tienen facultad de ordenar el acto generador de la avería gruesa.

Una vez explicado de manera general lo que es el Capitán, ahondaré de manera más específica, lo que determinan nuestras leyes al respecto:

Por su parte el Código de Comercio nos señala en su Artículo 147 que: "El capitán de un buque será nombrado por el naviero o armador...", en relación con esta disposición se encuentra el Artículo 294 de la Ley de Vías de Comunicación que dice: "El Capitán de la embarcación debe ser nombrado por el naviero, en los términos del código de comercio...".

Asimismo, el Artículo 20 de la Ley de Navegación dispone que: "El capitán del buque será a bordo la primera autoridad...". En relación con éste Artículo se encuentra el Artículo 147 que señala: " El capitán de un buque será nombrado por el naviero o armador..." en concordancia con el Artículo 294 de la Ley de Vías de Comunicación que señala en su parte primera: " El capitán de la embarcación debe ser nombrado por el naviero, en los términos del Código de Comercio..."

La Ley de Navegación y Comercio Marítimos, Artículo 256 , define la avería común como: "todo daño o gasto extraordinario ocasionado deliberada y directamente por actos del capitán..."(118). Este concepto coincide con el que señala en la Regla "A" Las Reglas de York y Amberes y de ello se deduce que el acto generador de la avería debe ser un acto del Capitán.

En la actualidad las funciones del capitán se encuentran muy limitadas y Joaquín Garriguez, acertadamente señala en que forma se está sucediendo ésta situación y dice: " En lugar de naviero-capitán tenemos hoy capitán-empleado; en lugar de obtener una lucrativa ganancia ha de contentarse hoy con un modesto salario; en lugar de una gran variedad en la gestión administrativa se encuentra ahora con una estricta limitación a los servicios técnicos de la nave..."(119)

(118) Código de Comercio. oh.cit. página 493

(119) GARRIGUEZ, Joaquín. oh.cit pag 598

Habiendo examinado las definiciones que se dan sobre el capitán, se determina que es él, quién tiene la autoridad para ordenar un acto de avería gruesa, ya que sólo él, es el agente tanto del barco como de la carga.

El daño o el gasto que constituya la avería debe, para considerarlo como avería común, ser obra del capitán... lo que le proporciona este carácter es que el daño haya sido causado o el gasto hecho por las necesidades de la expedición, en interés colectivo de todas las personas que toman parte en la misma; y siendo el capitán el que dirige la expedición, es a él, a quién han sido confiadas, a la vez, el buque del armador y las mercancías de los cargadores; es él la única persona calificada para representar a todos los interesados y es él, por tanto el único que puede actuar obligando a todos; el único que tiene facultades para adoptar medidas a cuyas consecuencias deberán contribuir.(120)

Dicho de manera mas sencilla, siendo el capitán el que cuenta con todas las atribuciones necesarias para salvaguardar los diversos intereses, comprendiendose por estos al buque y la carga, la iniciativa que adopte al realizar ciertos hechos o actos tendientes a evitar ciertos peligros, serán considerados como avería común, siempre y cuando que cumpla con el requisito de ocasionar un beneficio común, a todos o a parte de los bienes tutelados.

" Si la iniciativa de las averías comunes esta reservada al capitán, hay que tener en cuenta, además, que no debe tomar esta iniciativa mas que a sabiendas de que se trata de un caso de verdadera necesidad, a causa de la gravedad de sus consecuencias".

(120) DANJON, Daniel. ob cit pag. 308

Los actos de autoridad pública, aún cuando beneficien a todos los interesados, no podrán constituir averías comunes, ni podrán dar lugar a que contribuyan a la misma el fletante y los cargadores... los actos de los marineros o los pasajeros, tampoco podrán dar, motivo a que se produzcan averías comunes. Ni los hombres de mar ni los pasajeros, tienen facultad para representar ni obligar al armador ni a los cargadores, debiéndose abstener, en consecuencia, de provocar daños o gastos... A lo más que puede llegarse en este aspecto, lo mismo que en los demás, es a que el capitán, en caso de imposibilidad, se vea reemplazado por el segundo de a bordo, pudiendo también encargar el cumplimiento de una orden a cualquiera de las personas que se encuentren en el buque, acto que una vez realizado, podrá hacerlo suyo aprobándolo, cosa que seguramente no dejará de hacer si el acto ha sido útil. (121)

También dentro de la propia aventura y con la tripulación que interviene en la travesía, la dificultad que pudiera surgir al respecto hubiera podido solventarse a través de una disposición que se contempla en forma expresa en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, misma que señala en su Artículo 20 lo siguiente: "Tendrá el carácter de capitán del buque la persona designada como tal por el armador o el naviero y a falta de él, asumirá sus atribuciones y responsabilidades la persona legalmente capacitada...", en relación con éste Artículo encontramos el Artículo 296 de la Ley de Vías Generales de Comunicación y contempla la situación sobre quién tendrá la facultad de poder actuar a falta del capitán durante la navegación, en orden de jerarquía señalando: "En caso que durante la navegación falleciera el capitán, o de que, por caso fortuito o de fuerza mayor, hubiese dejado el mando tomará éste el que ocupa el cargo, y así sucesivamente hasta el contra maestre o timonel, salvo que viajara a bordo alguna persona mejor capacitada..."

(121) *Ibidem*, pags. 308 y 309

Puede también presentarse el caso de que el Capitán en un momento de peligro, pueda verse obligado a actuar a instigación de la tripulación o de los pasajeros, adoptando medidas que, en cierto modo, le hayan sido impuestas por los mismos; esta circunstancia no impedirá que exista avería común, siempre que el sacrificio, en tal forma dictado al Capitán, presente los demás caracteres para ella requeridos.(122)

Si la iniciativa de las averías comunes esta reservado al Capitán, hay que tener en cuenta además, que no debe tomar esta iniciativa más que a sabiendas de que se trata de un caso de verdadera necesidad, a causa de la gravedad de sus consecuencias. No parece, sin embargo, que la Ley Rodhia, ni el Derecho Romano, establecieron disposición alguna para limitar la iniciativa del Capitán. Pero el Derecho Consuetudinario, en cambio, si estableció una restricción, pues imponía al capitán el deber de no adoptar decisión alguna sin oír el parecer de la tripulación.(123)

Todo lo que antecede está muy bien dispuesto pero... La inminencia del peligro a vencer, la urgencia de la medida a adoptar no pueden, en efecto, dejar tiempo al capitán para deliberar con los interesados o con la tripulación; en tales situaciones, los momentos tienen demasiada importancia para emplearlos en conciliábulos, y conforme hizo observar el Tribunal de Caen en los trabajos preparatorios del Código de Comercio, vale más hacer que deliberar.(124)

<< Dificilmente puede concebirse- dice de Courcy- que los interesados se sienten para deliberar, alrededor de una mesa, bajo la presidencia del capitán, formulando éste sus proposiciones y sometiéndolas a votación, mientras que el huracán se desencadena, teniendo a la vista los escollos de la costa o estando el buque inclinado sobre una banda y en peligro de hundirse. A semejanza del hombre de la fábula, sería prudente aconsejar al Capitán que salvase primero al buque y pronunciase después su discurso.(125)

(122) IDEM

(123) IDEM

(124) Ibidem pag. 310

(125) IDEM

Los redactores de las ordenanzas y los del código de comercio han cometido pues, la equivocación de ocuparse de dicha deliberación en tales términos que dan la impresión de querer de hacer de ella una condición indispensable de la averfa común, sabiendo perfectamente que no siempre sería posible llevarla a cabo y que , incluso, lo sería muy raramente. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en concederle una importancia mucho menor y en no ver en ella más que una acertada precaución que el capitán debe tomar, excepto en caso de imposibilidad, en su propio y personal interés y en el de aquellos en detrimento de los cuales realiza un sacrificio para beneficiar a todos; el parecer de la tripulación hará presumir, salvo prueba en contrario, que la medida adoptada por el capitán era verdaderamente útil a todos, lo cual dejará a cubierto la responsabilidad del Capitán con respecto a aquel en cuyo perjuicio haya recaído dicha decisión, sirviendo de base, al mismo tiempo, para que el interesado pueda ejercitar la correspondiente acción contra los demás al liquidar la averfa.(126)

La deliberación previa en el cual toman parte los principales individuos de la tripulación, aprobando la decisión del capitán, no otorgará carácter de averfa común a una medida que no merezca serlo, si es que en realidad, no fue necesaria al bien común. No puede en efecto, reconocerse al capitán la facultad de poder desnaturalizar el carácter de sus actos, haciéndolos preceder de un simulacro inútil de deliberación por parte de la tripulación; la presunción de utilidad, resultante de esta deliberación, puede ser combatida por otras pruebas, quedando siempre a la apreciación del juez la conducta del capitán y la comprobación del carácter de las averfas. La Jurisprudencia Inglesa y la Angloamericana tampoco han concedido nunca importancia alguna a exigencia de que las averfas comunes sean precedidas de una deliberación de los individuos de la tripulación.(127)

(126) Ibidem, pags. 310 y 311

(127) Ibidem pag. 312

Hasta este momento se ha bien delimitado en que casos y bajo que circunstancias se pueden considerar ciertos gastos o daños dentro de lo que es la figura de la avería gruesa, se ha dicho que debe ser a iniciativa del capitán y previa deliberación, pero que sucedería en el caso en que terceras partes sin ninguna relación con la aventura común ha ordenado actos de avería gruesa a primera vista; en "Ralli v. Troop" (157 vs 386), las autoridades del puerto ordenaron que un barco, incendiado, fuera hundido y los gastos y el daño resultantes no se considerarán como de avería gruesa, ya que la voluntariedad del acto debía emanar del Capitán y no de otras personas.(128)

Para ilustrar el caso, supongamos que un buque sufre un incendio, el capitán aproxima el buque a un puerto cercano y su tripulación se considera incapacitada para sofocar el incendio.

Ante estas circunstancias y ante el peligro de que el suceso ocasionará perjuicios a las instalaciones portuarias, el capitán del puerto decide trasladarse al navío, y viendo que el capitán del mismo no dispone acción alguna, el capitán de puerto ordena (independientemente del problema de autoridad) provocar una vía de agua al buque.

Si bien en éste caso el capitán del puerto actuó voluntariamente ocasionado un daño extraordinario al buque, en beneficio de los intereses comúnmente comprometidos. Es claro también que el capitán de puerto es una autoridad administrativa y por tanto no puede actuar en representación del buque ni de la carga.

Existen precedentes jurisprudenciales en favor y en contra ante el problema planteado. En favor se encuentra al Reino Unido que adopta una posición flexible. Casos: " Price V. Noble" y "Papayanni V. Grampion S.S. Co."

(128) J. BUGLAS, Leslie. *oh cit* pag 22

En contra tenemos a los Estados Unidos de America, que sostiene un punto de vista estricto, como en el señalado caso "Ralli y Troop (157 U.S. 386) que "la voluntariedad del acto debfa de emanar del capitán y no de otras personas".(129)

Que sucederfa en el caso que cualquier miembro de la tripulación para hacer frente a una situación de peligro en beneficio común de buque y mercancías ocasiona un daño o gasto. Basta imaginar un caso práctico para considerar lo justo de tal proceder. Supongamos, pues, que durante la travesfa de un buque que transporta carga peligrosa (explosivos v.gr.) cualquier tripulante detecta fuego a bordo. Ante tal circunstancia, el tripulante decide tomar de inmediato una medida que conjure el peligro frente al cual se encuentra toda la expedición. Conforme a los principios de derecho no sería justo y razonable dejar de considerar como averfa común el anterior caso, únicamente por el hecho de que daño intencional no procede del capitán. Una idea contraria atentarfa contra la idea de justicia que inspira la averfa común.

C1.- VOLUNTARIEDAD

El único ser que puede externar su voluntad a través de la realización de determinados actos, hechos u omisiones es el ser humano; hechos que definitivamente deben ser libres, entendiendo por éstos, el poder de ejecutar o no ejecutar; esto es motivos que lo impelen a tomar una decisión; esta decisión en la práctica marítima conforma lo que se considera el hecho voluntario del capitán, que constituye la condición necesaria para que exista averfa gruesa, es decir el sacrificio o gasto extraordinario debe ser realizado previa existencia de una concreta volición del comandante, sin ella el evento dañoso entrarfa en el campo de la averfa simple no importa que la voluntad haya sido presionada por la amenaza de un mal evidente.

(129) Ibidem, pag. 124

La idea, sobre en que momento tiene lugar el hecho voluntario, nos lo da Alberto Diez Mieres al decir que: los daños causados fortuitamente por riesgos de la navegación en el buque o en el cargamento por el tiempo (violencia del viento y del mar) deberá ser soportado por quién lo sufre, cada cual se beneficia o perjudica con la consecuencia del caso... No así los causados por voluntad del capitán, porque si éste ha podido elegir a su arbitrio entre los distintos valores expuestos cual ha de ser sacrificado en utilidad común, no hay razón que justifique en este caso que la cosa perezca para su dueño.(130)

El acto de avería común, presenta precisamente la originalidad de ser el resultado de la violencia de factores naturales y al mismo tiempo la expresión de la resistencia de la energía humana contra aquellos y eventualmente contra la fuerza superior de los hombres.

El acto voluntario, es el acto del capitán; el Capitán es el representante de todos los intereses marítimos comprometidos en la expedición (Buque, Carga y flete),es el sujeto a quién corresponde hacer el sacrificio.(131)

Vinculando la idea de lo que es el acto voluntario y el de avería común podemos determinar que: "el carácter de sacrificio voluntario es la condición fundamental de las averías comunes.(132)

(130) DIEZ MIERES, Alberto. ob cit, pag. 116

(131) RIPERT ,Georges. ob cit pag. 349

(132) DANJON, Daniel. ob cit pag. 313

Luego para que exista avería común, se requiere la consecuencia de un acto impuesto por las circunstancias, pero que hubiera podido dejar de ejecutarse, el capitán haya expuesto a riesgos mayores a determinados objetos o personas de los que hayan efectivamente corrido, o en su defecto que haya hecho realizar a ciertos interesados, gastos mas considerables que los que se hubiesen hecho en el caso de haber dejado a los acontecimientos seguir su curso natural."En otros términos, es preciso que entre dos males, uno de los cuales se hubiese presentado por si mismo y el otro fuese ocasionado por el capitán, éste hubiese preferido el último por ser menor...".(133)

Pero la voluntad del capitán debe ir dirigido a la ejecución de un sacrificio considerado como razonablemente necesario, para el salvamento común; por tanto se exige la intencionalidad y la apreciación de la necesidad.

Esta situación se puede apreciar en forma concreta a través de las Reglas de York y Amberes que en su Regla "A", al dar la definición de avería común determina: hay acto de avería común, cuando y solamente cuando, intencionalmente y razonablemente, es realizado un sacrificio extraordinario...", en consecuencia agrega dos calificativos que el acto sea intencional y razonable.(134)

Ya hemos visto que aquellos daños o gastos ocasionados por acontecimientos ajenos a la voluntad del hombre, como tempestades, incendios, son casos fortuitos que no generan una avería común, no obstante, influyen en el ánimo del capitán, y pueden dar motivo para que se ejercite su voluntad.

(133) IDEM

(134) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ob.cit. página 213.

Caso práctico de lo anterior es el supuesto en el cual los elementos de la naturaleza se anticipan en su acción al sujeto que tiene a su mando la aventura; aquí se observa claramente que los daños o gastos ocasionados no vienen precedidos de un acto voluntario de ser humano alguno, sino de acontecimiento de la naturaleza.

Ejemplo:

Se puede considerar el caso de echazón de mercancías en el cual, el buque se enfrenta, ante una tempestad y con el objeto de hacer menos gravosos los daños que se puedan ocasionar al grueso de los intereses participantes en la aventura, decide aligerar el buque arrojando la carga que tiene en cubierta al mar, pero antes de llevar a cabo sus pretensiones las olas se llevan la carga; en este caso podría decir que ciertamente hubo un sacrificio pero no voluntario y por consiguiente no se podía clasificar la echazón como un caso de avería común.

De lo anterior se desprenden varias consecuencias que no constituyen averías comunes mismas que se resumen en lo siguiente:

- 1.-) Los daños o gastos causados directamente por un accidente fortuito.
- 2.-) Los daños o gastos inevitables que solamente han sido anticipados por un acto del capitán.
- 3.-) Dentro de esta clasificación no podría considerarse como sacrificio, el empleo de una cosa para su uso ordinario, aún cuando este uso implique la destrucción de la misma.

Tales circunstancias en el primer caso pueden dar lugar al "res perit domino", es decir << cada uno para sí >>; los daños causados fortuitamente al buque o a las mercancías por riesgos que se pueden suceder durante el curso de la navegación, serán soportados por quién los sufre o como dicen los tratadistas italianos "chi salva, salva; chi perde, perde".

Explicando un poco más la anterior situación, podría decir que cuando se trata de hablar de averías comunes o gruesas, ya envuelve a las definiciones o conceptos un cierto grado de complejidad, que solo para aquellas personas que hacen de su vida esta actividad les es permitido sujetarse a un diverso lenguaje.

Uno de los cuerpos normativos que niega el carácter de avería común a aquellos daños o gastos ocasionados por acontecimientos de la naturaleza (fortuitos), son los códigos Escandinavos.

No todo lo acontecido por hechos de la naturaleza puede excluirse de ser clasificado como averías; como en el caso de que las mercancías que se hayan decidido arrojar al mar para aligerar el buque, se encontraban al fondo de la bodega y que al momento de subirlos a cubierta por la borda, el mar los arrebató, en esta situación sí podría considerarse los daños como averías, ya que si ha habido un comienzo de ejecución por parte del capitán, que no se haya agotado por completo su actuación, no implica que no haya habido intención o voluntad de proteger los intereses participantes en la aventura expuestos a riesgos o pérdidas, en este caso las olas intervienen en la integración de una acción humana ya iniciada.

En el segundo caso; las Reglas de York y Amberes establecen a este respecto, que el encallamiento voluntario de un buque en peligro de hundirse o que se encuentra a la deriva o amenazado de ser lanzado contra las rocas, no es un sacrificio que pueda considerarse como avería común (Regla V).(135)

(135) CERVANTES AHUMADA, Raúl. ob cit, página 943.

Ejemplo:

Cuando un buque corre peligro de hundirse a la vista de tierra o por encontrarse a la deriva, el viento o las corrientes lo impulsan irresistiblemente contra la costa, suele ocurrir que el capitán favorezca el encallamiento para hacerlo en mejores condiciones en una playa de arena, en lugar de dejarlo hundirse o estrellarse contra las rocas.

La última situación la explicaré a través de un ejemplo:

Cuando el capitán durante una tempestad hace descolgar el bote del salvamento para que la tripulación pueda refugiarse en él como último recurso, y que antes de utilizarlo, este se rompe contra el costado de el buque o se lo llevan las olas; o que el capitán viéndose atacado por enemigos, utiliza para defenderse las armas que lleva a bordo, en ambos casos, la pérdida del buque de salvamento o el consumo de las municiones de guerra no constituyen sacrificios ni, por consiguiente averías comunes.

C2 DELIBERACION

La deliberación constituye aquella consulta que somete el capitán al parecer de los interesados... que se encuentran en el buque y de los principales individuos de la tripulación; en caso de diversidad de opiniones prevalecerá la del capitán y la de los oficiales de la nave; se encuentra constituida como condición expresa en la mayoría de las legislaciones la formalidad de que la deliberación previa solo puede ser ordenada por el capitán. (136)

(136) DANJON, Daniel. ob cit, página 310

Así en el proyecto sobre averías comunes elaborado por la "International Law Association", se exige que el acto fuera "ordenado por la persona que asume la responsabilidad del buque".

El Código de Comercio Alemán, Artículo 700 y el Código Portugués, Artículo 635, adoptan esta solución.

La deliberación es tomada en algunas legislaciones como una formalidad necesaria, siendo que debería considerarse contrariamente, en momentos de riesgo para cada uno de los intereses participantes en la aventura, en virtud de que ante una situación de caso fortuito (tempestad, lluvia, etc.) los acontecimientos de la naturaleza no esperan a que el ser humano se sienta a deliberar que medidas puede adoptar. Y lo mismo podría decirse de un acontecimiento por causas de fuerza mayor (incendio, etc.) la situación surge y el capitán tiene que tomar una decisión inmediata, apoyándose de aquellos elementos necesarios tendientes a evitar gastos o daños mayores.

Caso práctico de lo anterior lo constituye el siguiente ejemplo:

Habiéndose deliberado sobre si se hace o no varar el buque para impedir su hundimiento, y habiéndose tomado la determinación de provocar la varadura, antes de ejecutar tal decisión, el buque queda varado por un suceso imprevisto; en este caso el daño producido no podrá prorratearse como una avería gruesa ya que el daño no ha sido ocasionado por un hecho voluntario, aunque haya habido deliberación.

En este sentido debieran pronunciarse las legislaciones que incluyen en su normatividad a la deliberación como condición necesaria para que llegue a producirse la avería común, aunque por otro lado, ninguna disculpa o excusa podrá exonerar de responsabilidad al capitán en caso de omitir o no realizar la conducta que estaba obligado a seguir.

El Tribunal de Caen dice al respecto: "vale mas hacer que deliberar". (137)

El Código de Comercio Francés dispone: "El capitán esta obligado en cuanto pueda hacerlo o redactar por escrito el acuerdo adoptado, explicando los motivos que lo justifiquen y los objetos sacrificados en beneficio del buque ; figurarán en el acta las firmas de los que han intervenido en la adopción de el acuerdo o los motivos que aleguen para no firmar, y habrá que transcribirla en el libro de navegación (art 413)" (138).

Todo lo que antecede esta muy bien dispuesto, pero no se adecua a la realidad imperante, si en lugar de deliberar el capitán ordenará que se ejecutaran sus instrucciones para efectos de maniobrar el salvamento esta situación implicaría menos pérdida de tiempo y permitiría mayor oportunidad de acción, ó cuando ya la situación se mantuviera fuera de peligro, poder cumplir con la formalidad de imprimir en el Libro de Navegación los motivos que indujerón al capitán a realizar tal o cual determinación.

Ejemplo inverosímil, que se pudiera aplicar al caso concreto en caso de que se diera la situación sería el siguiente:

Difficilmente puede concebirse -dice de Courcy- que los interesados se sienten para deliberar alrededor de una mesa, bajo la presidencia del capitán, formulando este sus proposiciones y someténdolos a votación, mientras que el huracán se desencadena, teniendo a la vista los escollos, de la costa o estando el buque inclinado sobre una banda y en peligro de hundirse (139).

(137) IDEM

(138) IDEM

(139) IDEM

La doctrina y la jurisprudencia, están de acuerdo en concederle una importancia mucho menor a la deliberación es por eso que, la actuación del capitán al tomar una decisión sin el previo requisito de consultar las diversas opiniones determina en sentido positivo que. "el parecer de la tripulación hará presumir salvo prueba en contrario, que la medida adoptada por el capitán era verdaderamente útil a todos, la cual dejará a cubierto la responsabilidad del capitán con respecto a aquel en cuyo perjuicio ha recaído dicha decisión, sirviendo de base para que el interesado pueda ejercitar la correspondiente acción contra los demás al liquidar la avería.(140)

Habiéndose observado que en virtud del beneficio ocasionado al grueso de los intereses no impedirá que esta situación se clasifique como avería común.

La deliberación previa, ha sido definida, al decidir que la deliberación de la tripulación no es una condición de la avería común, sino que participa como un medio de prueba de peligro que corrieron el buque y el cargamento y de la necesidad del sacrificio o del gasto hecho para beneficio de todos, pudiendo ser sustituido por otro medio de prueba, como lo es lo consignado por el capitán en el Libro de la Navegación.(141)

La jurisprudencia Inglesa y la Anglo-Americana tampoco han concedido importancia alguna a la exigencia de que las averías comunes sean precedidas de una previa deliberación; las Reglas de York y Amberes, tampoco hacen acerca de ella la menor alusión.

Sin embargo el Código de Comercio Alemán, si bien adopta la posición de considerarla como una formalidad necesaria, establece que el daño que se produce debe hacerse deliberadamente, en el sentido de intencional, voluntariamente requiriendo solamente una orden verbal del capitán del buque

(140) *Ibidem*, pag. 311

(141) *Ibidem*, pag. 312

D. PELIGRO

La mayoría de las legislaciones consideran, que para que exista el acto de averfa común, debe tomarse en cuenta como elemento constitutivo de la misma al "Peligro" al que están expuestos el buque y el cargamento

Antes ya hemos señalado en un apartado anterior, la formulación de que la persona que deberá juzgar la existencia de riesgo o peligro, será el Capitán en primer orden

A partir del momento en que el Capitán, considere la situación o existencia de peligro deberá tomar las medidas precautorias tendientes a evitar o reducir al mínimo los daños o gastos que se puedan originar en perjuicio de los intereses participantes. Nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos señala en su Artículo 258: "No importa que la situación de peligro sea debida o no a una de las partes interesadas en la aventura marítima, basta con que la situación de peligro inminente exista..."(142)

En la doctrina no existen discrepancias acerca de la palabra "Peligro", como hecho fundamental de las averfas comunes, sin embargo, esta situación toma un giro distinto cuando revisamos las distintas legislaciones u ordenamientos y se observa que se le da una conotación distinta, considerándola también como un riesgo, pero que, sin embargo, en el fondo significan lo mismo; como ejemplo de lo anterior señalaré tres casos.

A) El Artículo 256 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo señala: "es averfa gruesa o común todo daño o gasto extraordinario, ocasionado deliberada y directamente por actos del Capitán al buque o a su cargamento para salvarlos de un riesgo conocido y real"(143)

(142) Código de Comercio México, ib. cit., página 340.

(143) Ibidem página 339.

B) El Código de Comercio Alemán, así como los Códigos Marítimos Escandinavos, se refieren genéricamente al fin de salvar el buque y la carga de un peligro común.(144)*

C) Las reglas de York y Amberes de 1974,establecen que el objeto de un acto de averfa gruesa es "preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un común riesgo marítimo" y con frecuencia incluye "para la seguridad común" (145).

Se ha dicho que el peligro debe de cubrir ciertos requisitos, mismos que a través de los diversos... ordenamientos se le da distintos calificativos, uno que aparece casi en todas las legislaciones, es el de se "inminentes", después aparecen otros como son el ser grave, actual, real y no imaginario, efectivo, substancial y no ligero,verdadero y no con con fundamento en un temor.

Respecto al requisito al que con mas frecuencia se hace mención se plantea la siguiente pregunta ¿Que tan inminente debe ser el peligro? Congdon se refiere aún peligro inminente o amenazante común al barco y a la carga, dice que aunque el peligro debe ser real, no es necesario que el barco se encuentre en las garras - o casi en las garras - del desgaste que puede emanar del peligro.(146)

Algunos tratadistas rechazan este requisito como Lyon-Caen que consideran puede existir el interés común de hacer el sacrificio sin la necesidad de la concurrencia de un peligro inminente para el buque o la carga. No basta el interés común sostiene otro autor, y no se concibe al peligro común si no existe el riesgo de perecer.(147)

(144) Journal of Maritime law and Commerce. Vol. 12, No. 13, Abril de 1981, página 365.

* Las Reglas de York y Amberes han sido incorporadas a la legislación de los Códigos Marítimos Escandinavos. Véase P. Johnson, Jr.; "A Comparison of General Average Law and the status of Average Adjusters in Sweden and the United States.

(145) CASTRO ESTRADA, Alvaro, *ob.cit.*, página 213

(146) J. BUGLAS, Leslie, *ob.cit* pag.20

(147) FARÍÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, pag. 528

La Reglas de York y Amberes de 1950 mencionan que: "se exigirá que el riesgo tenga probabilidades razonables de producirse... cuando el autor del mismo pueda fundadamente creer que se producirá en un futuro más o menos próximo.(148)

Por criterios que hasta el momento hemos analizado, el calificativo de inminencia, es considerado ya por la mayoría de los tratadistas, como un elemento que no tiene razón de ser, ya que el adoptarlo implicaría posibles y muy lamentables consecuencias para aquellos intereses que intervienen en una aventura marítima, consecuencias que podrían ser desde la pérdida total o parcial de sus respectivos bienes; y bajo estas circunstancias el Capitán no se puede esperar a la etapa final del peligro para poder actuar, ya que posiblemente se encontraría ante la imposibilidad de adoptar medidas tendientes a evitar lo inevitable.

Al respecto, comenta Berlingiere, una autoridad italiana, establece que un Capitán de Barco que se ve enfrentado a un peligro que amenase las propiedades que se le han conferido, "no puede y no debe titubear en realizar aquellos actos que considere necesarios para evitar dicho peligro, aún cuando éste no presione con el carácter de una inminencia real y verdadera. Solamente debe juzgar cual es el momento adecuado para hacer el sacrificio: es suficiente que se haya presentado una situación en la que proseguir el viaje pueda significar un peligro verdadero para el barco y la carga".(149)

Agregaría a lo anterior, que siendo exactamente uno de los objetivos de la aventura marítima, que el buque y mercancías lleguen a buen destino, no hay que olvidar que por encima de estos valores materiales existe otro valor y que sin el cual no podría llevarse a cabo la aventura es sin duda el elemento humano.

(148) *Ibidem* pags. 530 y 531

(149) J. BUGLAS, Leslie. *ob.cit* pag.21

De acuerdo con las Reglas de York y Amberes, mientras exista un peligro, no sólo no necesita ser inminente sino que es permisible que sólo sea anticipado, y presumiblemente como en otros asuntos de avería gruesa; en la práctica es una cuestión de hecho, la situación de recelo razonable, este o no un barco en peligro.(150)

Siendo la Regla "A" de las Reglas de York y Amberes de carácter interpretativo, es permitible hasta donde la naturaleza de la propia institución lo permita, tomar en cuenta elementos de carácter subjetivos o de simple apreciación; que bien pueden en la práctica marítima rayar en abusos. "Pero será, el juicio que realice el juzgador, considerando los elementos objetivos concurrentes, el que determinará si en cada caso concreto el peligro manifestaba tal gravedad, que quedará justificado el sacrificio del bien jurídicamente protegido".(151)

"No se trata... de desvalorizar las circunstancias en que el sujeto actúa, para analizarlas frías y dehumanizadamente; por el contrario, la mente del juzgador debe funcionar en el sentido de valorar las condiciones de naturaleza objetiva y las subjetivas que concurren con el acontecimiento..."(152)

No obstante que existe dentro de la doctrina la controversia de hacer o no figurar al "Peligro" como elemento del acto de avería común o gruesa, existe en relación al mismo otro problema, y es el que se refiere a la "culpa" o "falta."

Culpa o Falta respecto al peligro en un acto de avería común.

(150) *Ibidem* pag. 22

(151) VELA TREVINO, Sergio. *Antijuricidad y Justificación*, Editorial Porrúa, S.A., 2a edición, México 1986 pag. 296

(152) *Ibidem* página 297

" Las causas que dan lugar a un peligro... puede tener un origen diverso. Generalmente será un caso fortuito o de fuerza mayor pero también podrá serlo una falta imputable al capitán, a la tripulación o a algun embarcador. Así mismo, el peligro puede ser producido ya sea por vicio propio del buque o de la carga".(153)

Para efectos de conocer los distintos criterios que existen al respecto ,señalaré algunos cuerpos normativos que hacen referencia al mismo y que sin duda son importantes para efectos del presente análisis, en virtud de que en la actualidad existe una importante aceptación, que permite considerar como avería común, aquellos sacrificios motivados por cualquier causa, siempre y cuando se hagan con el objetivo del beneficio común.

Iniciaré con lo que dispone nuestra Ley de Navegación y Comercio Marítimos, mismo que señala en su Artículo 258 "La obligación de contribuir a la avería gruesa subsistirá aunque el acontecimiento generador del riesgo sea imputable a alguna de las partes interesadas en la travesía; pero quedarán a salvo las acciones particulares contra dicha parte responsable".(154)

Desde mi particular punto de vista es acertada la redacción que aparece en nuestra Ley, ya que no limita las causas generadoras del acto de avería común a la fuerza mayor o caso fortuito, sino que deje abierta la posibilidad de que ésta se realice por " alguna de las partes interesadas en la travesía "; existe entonces la seguridad jurídica, de que buque o mercancías no serán manejadas al libre albedrío de persona alguna, en caso de que surgan circunstancias que motiven actos de avería.

(153) CASTRO ESTRADA, Alvaro. oh cit pag. 124

(154) Código de Comercio. oh cit, página 540.

Respecto a las Reglas de York y Amberes, la Regla D establece: "Los derechos a la contribución en avería común no serán afectados, aún cuando el acontecimiento que dio lugar al sacrificio pueda haber sido debido a la falta de una de las partes en la aventura; esto no perjudicará a cualesquiera acciones que puedan entablarse contra dicha parte en razón de tal falta".(155)

* La posición de la Gran Bretaña respecto de la culpa en casos de avería gruesa es la de permitirles a todos aquellos exentos de culpa la posibilidad de reclamar sus correspondientes contribuciones y, por el contrario, negársela al culposo. Ejemplo clásico de esta situación es el estado de innavigabilidad del navío al iniciarse el viaje, el cual impidió al armador solicitar la contribución a que en otras circunstancias tendría derecho, por parte de los propietarios de la carga".(156)

La jurisprudencia Norteamericana... acepta que el acto de avería común no debiera subordinarse a la causa que lo ha motivado. Sin embargo, existen casos en los cuales los juzgadores han impedido la bonificación en avería común al haber mediado culpa del capitán del buque.(157)

El Código de Comercio Alemán expresamente señala en su artículo 702: "La aplicación de las reglas de la avería común no está excluida por la circunstancia de que el peligro provenga de la culpa de un tercero de una parte interesada... sin embargo, si el daño proviene de una persona de la dotación el armador deberá soportar las consecuencias" (158).

(155) CASTRO ESTRADA, Alvaro. ib.cit, página 214.

(156) Ibidem página 125

(157) FARIÑA, Francisco. ib.cit pag 531 a 537

(158) Code de Commerce Allemand, et Autrichien. ib.cit, página 145

La jurisprudencia francesa y belga, rechazan como avería común los casos en que pueda ser imputada culpa a los interesados en la aventura.(159)

Luis Hermida Higuera, expresidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo comenta al respecto, "...el acto de avería gruesa no guarda una relación directa con la causa originaria del peligro, sino con la existencia real de este. Por ello es lógico que el perjudicado con el sacrificio tenga derecho a ser resarcido de sus daños sin tener en cuenta el hecho que dio lugar a incurrir en un peligro y consecuentemente exigió aquel...". El mismo autor señala que las consecuencias que traería distinta concepción serían injustas "si se pretendiera adoptar el sistema de que el perjudicado por un sacrificio de avería gruesa no tuviera mas recursos que el de proceder contra el responsable de la falta que dio lugar al mismo, se daría la circunstancia de que los demás interesados en la aventura se verían libres de contribución alguna a pesar del sacrificio realizado para la seguridad común aun cuando fuera en las especiales circunstancias apuntadas, ya que el acto de avería gruesa... nada tiene que ver con las causas que hayan podido crear la situación de peligro".(160)

E. RESULTADO UTIL.

Un resultado útil obtenido como consecuencia del sacrificio voluntario realizado por el Capitán en interés común, es una condición necesaria para que este sacrificio constituya una avería común; esto es evidente, porque si ninguna de las partes interesadas en la expedición ha sido puesta en una situación preferente a la de las demás, la pérdida afecta por igual a todos ellos, salvando cada una lo que pueda por sus propios medios y no teniendo que contribuir ninguna a la pérdida de las otras, sino cada cual a la suya.

(159) FARIÑA, Francisco, op.cit., página 531 a 537

(160) HERMIDA HIGUERAS, Luis, La Avería Común Según las Reglas de York y Amberes, Editorial Hucocogrado Arte, S.A., Bilbao, 1957, pag. 109

Pero al examinar más de cerca la cuestión aparecen algunos problemas.

En primer lugar, ¿basta verdaderamente que se obtenga un resultado útil << como consecuencia >> del sacrificio realizado por el capitán sin preocuparse de donde viene en realidad este resultado es decir, si fue debido a la medida tomada por el Capitán o provocado por circunstancias ajenas a tal medida ?.

La doctrina y práctica de los Tribunales ingleses y norteamericanos no exigen que el éxito del acto de avería en bien común sea requisito necesario para reconocer la existencia de aquella. "El objetivo de realizar el beneficio común es suficiente".(161)

Suponemos que, cuando el Capitán o la persona que va a realizar aquellos actos tendientes a evitar pérdidas o daños, en las mercancías o el buque, lo hacen con la finalidad de que todo, (en caso de que no sea posible por las circunstancias de la navegación) parte de las mercancías, lleguen con bien a su destino; y por lo tanto lo que se intenta es que aquellos actos realizados por el Capitán, produzca un beneficio para el común de los intereses participantes, no anteponiendo como una premisa, al concepto "Resultado útil", para considerar el acto de avería como común o gruesa.

Lo que caracteriza a la avería común, es más bien la finalidad del acto que el resultado mismo.(162)

(161) FARIÑA, Francisco. oh.cij pags. 479 y 480

(162) DANJON, Daniel. oh.cij pag 337

Ejemplo:

Supongamos que con ocasión de un encallamiento, el capitán ha arrojado mercancías al mar para poner el buque a flote, sin conseguirlo; pero la feliz coincidencia de un viento favorable, combinada con el efecto de la marea, consiguen poner el buque a flote. El propietario de los objetos arrojados al mar,, ¿ es que no podrá exigir de los demás interesados que contribuyan a la pérdida de las mercancías ?

Otro ejemplo que amplía todavía más nuestro panorama es el que nos da Georges Ripert y dice: " Un buque está encallado, el capitán efectúa la tentativa de salvamento alquilando un remolcador y no logra ningún resultado ; dos días después, siendo la marea mas fuerte, el navio reflota solo. ¿ Puede el Capitán hacer figurar estos gastos de remolque como avería común ?. Realizó en efecto, voluntariamente y bajo la influencia del peligro, un acto en el interés común. Sin duda este acto no tuvo resultados útiles por sí mismos, el resultado se logró más tarde y por casualidad pero se pregunta Ripert ¿ no es caso justo que buque y cargamento soporten en común este gasto que fue realizado en el interés de la expedición?".(163)

Pero como no considerar que existe resultado útil si desde el momento en que el capitán ejecutó ciertos actos considerados como razonablemente en sí mismos, y por las circunstancias en que se produjeron conducentes a salvar buque y mercancías, éstos hayan sido salvados; para que dudar más del beneficio producido por el acto y por que no considerar el acto del capitán como una avería común.

Sobre la finalidad del acto y no el resultado del mismo podría ejemplificarse de la siguiente manera: Supongamos que, con ocasión de un encallamiento, el capitán ha arrojado mercancías al mar para poner al buque a flote sin conseguirlo; pero la feliz coincidencia de un viento favorable, combinado con el efecto de la marea, consiguen poner el buque a flote.

(163) RIPERT, Georges. ob cit, página 356

Del anterior ejemplo se puede considerar que el ánimo del capitán en el momento de peligro era salvaguardar el interés común, provocando pérdidas en algunas mercancías, pero como los acontecimientos de la naturaleza son inciertos ¿Cómo predecir que por un hecho de la naturaleza el buque se ponga a flote?, entonces los actos realizados por el capitán, resultarían vanos e inútiles; no podría considerarse de ésta forma, porque sino se hubiese presentado el acontecimiento incierto y el capitán no hubiese actuado en esa forma, posiblemente toda la aventura hubiera resultado un fracaso.

Conforme a los principios de Derecho, la razón y la equidad lo exigen ya que aquel de los interesados cuyos bienes han sido sacrificados en aras del bien y de la seguridad comunes, no debe ser colocado en una situación de inferioridad con respecto a los demás, cuyos bienes, en definitiva han sido salvados, aún cuando este resultado no haya sido consecuencia del sacrificio, resultado que por otra parte, hubiera alcanzado probablemente a los objetos arrojados al mar, sino hubieren sido sacrificados en beneficio común, el propietario de los bienes sacrificados no ha participado pues, de ésta eventualidad de salvación por lo que debe ser indemnizado por los demás interesados.(164)

Sin embargo, hay quién sustenta que el resultado útil constituye una condición que rompe la igualdad que debe prevalecer en la aventura marítima colocando a alguna de las partes en situación de inferioridad con respecto a los otros.

En todas las legislaciones marítimas europeas constituye condición para que exista avería común, que se obtenga un resultado útil, parecido criterio rige en las legislaciones de Argentina y Brasil.

(164) DANJON, Daniel. *op.cit* pag. 538

El resultado útil conforme a los principios de las averías comunes, se aprecia según la naturaleza del acto o actos que le hayan dado origen, exigencia según la doctrina, sin embargo la Ley de Navegación y Comercio Marítimos no exige que el sacrificio tenga un resultado útil.

Conforme a lo que estipulan algunas legislaciones el contenido de la normatividad que de ellas emana no responde en modo alguno a los principios que en el Derecho tanto se argumentan; la razón y la equidad, en el sentido de que se aplica en forma demasiado restrictiva el concepto de resultado útil; no generalizo ya que algunas otras legislaciones si guardan conformidad con los principios establecidos como son Inglaterra y los Estados Unidos.

Se considera restrictiva en el sentido que para considerar el acto ó actos del capitán como resultado útil se exige que el sacrificio realizado haya "procurado la salvación del buque y cargamento" ya que si una u otra ó ambas perecieran en su totalidad no habría lugar a contribuir; en sentido contrario se pronuncia un autor eminente, quién señala que "basta con que el sacrificio realizado por el capitán haya producido un resultado útil para uno o varios de los interesados, bien haya beneficiado al buque, bien a las mercancías".(165)

Acerca del planteamiento de los principios generales del Derecho he de concluir conforme a los mismos que cualquier resultado útil proporcionado a cualquiera de los interesados mediante el sacrificio hecho en interés de todos, basta para que haya lugar a contribución entre los interesados.(166)

(165) Ibidem pag. 343

(166) Ibidem pag. 348

Es importante señalar que, aunque la Ley de Navegación y Comercio Marítimo y las Reglas de York y Amberes no exigen que el sacrificio tenga un resultado útil, en la doctrina si se observa un apoyo a ésta tendencia.

El Código de Comercio Alemán, da a esta controversia una solución. Se establece en su Artículo 703, que la distribución de las averías sólo tiene lugar "cuando el buque y el cargamento o uno de estos dos objetos, han sido efectivamente salvados en todo o en parte", es decir, que para que haya avería debe haberse salvado algo de la carga o del buque (167).

"El concepto de resultado útil no es concepto absoluto en el sentido de que sólo habrá acto de avería cuando el viaje se haya terminado después felizmente. Bastará conque los intereses amenazados hayan conseguido salvarse aunque sea parcialmente".(168)

(167) Code de Commerce Allemand et Autrichien, ob cit, página 145.

(168) GARRIGUEZ, Joaquín. ob cit, página 768.

CAPITULO IV

REGULACION Y DETERMINACION DE LA

AVERIA

CAPITULO IV

REGULACION Y DETERMINACION DE LA AVERIA

4.1 REGLAS DE YORK Y AMBERES

El principio de la avería gruesa, formulada por los romanos a través de la "Lex Rhodia de Jactu", fué adoptada por todos los países marítimos y aplicado por sus tribunales, y como se observó en el capítulo de Fuentes de la Avería Gruesa, ésta institución tuvo que pasar por varias y complejas fases hasta antes de llegar a tener el carácter de normas internacionales.

Las Reglas de York y Amberes constituyen entonces normas reguladoras de un principio cuya trascendencia jurídica permite la solución de controversias en caso de averías a las mercancías, al buque, o ambos a la vez, controversias que en ocasiones es difícil para algunos países marítimos darles viable solución, puesto que en sus cuerpos normativos no cuentan con una reglamentación tan completa y sobre todo actual como lo significan las Reglas de York y Amberes. Es por ello que algunas legislaciones han adoptado la decisión de incluir en sus cuerpos normativos el precepto que señala que los actos y contribuciones en concepto de avería se rigen, salvo convenio especial de las partes, por las Reglas de York y Amberes.

Al hablar de actualidad de las Reglas me refiero sin duda a que su contenido constantemente se encuentran bajo estudio y análisis. Contenido que para muchos países es difícil de comprender y aún más de aplicar, y cuya consecuencia repercute en los altos costos para el procedimiento de liquidación y de los fletes.

Ultimamente se habla de la supresión de la figura de la Avería Gruesa por considerar que ésta puede integrarse en un contrato de seguros en virtud de que se pueden encontrar nuevas soluciones en la rama de los seguros; en caso de que se pudiera encontrar una solución en materia de seguros, se considera que sería un sustituto más eficiente y menos costoso que la institución de la Avería Gruesa, por el contrario si no hubiera solución al considerado problema, se recomienda simplificar, reformar y actualizar la institución, acorde a los cambios que se van presentando día a día con la modernidad tecnológica, esto con el propósito de realzar el valor del principio equitativo y de que los beneficiados con el acto de avería contribuyan proporcionalmente a los gastos hechos en interés común en un corto plazo, es decir, que no tengan que esperar largos años para que se pueda definir lo que le corresponde a cada parte integrante de la aventura marítima ya sea en contribución o beneficio del acto de avería.

Para poder observar el texto completo de las Reglas de York y Amberes de 1974 me he permitido ponerlas en un anexo al final del presente trabajo.

Así pues, las Reglas de York y Amberes comprenden una Regla de Interpretación, siete Reglas Generales precedidas de letras, de la "A" a la "G" y 22 Reglas Numeradas, del "I" al "XXII". Dichas Reglas generalmente se incorporan a los conocimientos de embarque, las pólizas de fletamento y las pólizas de seguro marítimo. En la mayoría de los países, las reglas no tienen fuerza jurídica por sí mismas, sino sólo en virtud de un convenio ó pacto.

El observador del Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO), dijo que en sus negociaciones con los fletadores, los cargadores y los consignatarios, no conoció caso alguno en que se hubieren opuesto a la incorporación de una cláusula sobre la Avería Gruesa en un conocimiento de embarque, ó una póliza de fletamento, a su juicio no había interés en que se suprimiera éste sistema (169)

(169) Véase Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 13o. período de sesiones (TD/B/C.4/ISL/58), página 7.

4.2 COMPROMISO DE CONTRIBUCION

Para poder hacer exigible una obligación es requisito necesario que la misma, cumpla con ciertas formalidades, una de ellas y lo más importante es que se encuentre plasmada por escrito, dicha formalidad permitirá producir efectos jurídicos contra aquellas personas, cuyos bienes han sido salvados y que resultaron beneficiadas debido a la pérdida o daños que otros bienes sufrieron a consecuencia de un accidente marítimo.

En la práctica marítima se le conoce como "compromiso de contribución", suficiente a la masa de la avería que el capitán o la naviera exigen a los cargadores que hayan contribuido a la masa deudora, en el sentido de que se comprometen tanto.(170)

Para ser más fácil la comprensión de los términos iniciaré en ¿ Que se entiende por contribución?. La contribución consiste en la declaración de voluntad y en el subsiguiente conjunto de actos y, por los cuales la masa acreedora reclama en el expediente de liquidación de la avería, la suma que corresponda... a la masa deudora basada tal reclamación en la propia naturaleza de la avería y en función de que el sacrificio no haya resultado estéril.

El compromiso de contribución se integra de dos partes:

Propietario del buque y propietario de las mercancías; a las mismas cuando llega a producirse el acto de avería se les denomina, según la posición en la que se les ubique, masa acreedora y/o masa deudora.

(170) HERNANDEZ YZAL Santiago, op.cit., página 185

La masa acreedora se encuentra integrada por la suma de créditos de quienes han sufrido las consecuencias del sacrificio o del gasto que tiende a que sea restablecido el estado de aquellas cosas o de aquellos patrimonios afectados y una masa deudora integrada por la suma de valores salvados merced al sacrificio de los titulares de la masa acreedora.

A cerca del compromiso de contribución existe jurisprudencia misma que a continuación expongo en un extracto de la sentencia pronunciada en Génova, 31-7-1934 (Dor T. 32 Página 371) la misma señala: "En principio la estipulación de un compromiso de contribución no obliga a las partes interesadas a más de lo que les obligaría la designación hecha por la autoridad judicial de un experto, en el caso de que los interesados no se pusieren de acuerdo para el nombramiento. Por lo tanto, las partes quedan en libertad de discutir la liquidación, comprendiendo en ello aun la misma base de la averfa común, admitida por el perito liquidador. Es diferente, sin embargo, el caso en el que las partes se hayan obligado en el compromiso a arreglar pacíficamente, y sin entablar litigios judiciales, sus diferencias de apreciación, según el acuerdo del experto liquidador; si ocurre así, carece de competencia la autoridad judicial para entrar en el trabajo del liquidador, salvo los casos en que se invoque un vicio del consentimiento o la incapacidad de uno de los interesados, o bien por haber existido exceso de atribuciones por parte del mandatario, o por tener lugar una extinción de sus poderes" (171).

Es importante esta sentencia, puesto que se está otorgando a las partes, libertad contractual, menciona que solo en caso de que exista vicios de consentimiento, o no exista acuerdo en designación del perito liquidador, habrá intervención de autoridad judicial para someter sus diferencias. Es por eso que celebrado un compromiso en el que se conviene por las partes proceder en forma económica y expeditiva a la liquidación de averfas sin reclamación la liquidación así realizada no puede rechazarse después por ser obra de libre voluntad de las partes excepto como ya se mencionó anteriormente cuando exista en la formulación vicios en el consentimiento.

(171) FARIÑA Francisco, ob.cit., páginas 658 y 659.

Acerca, sobre en que momento se formaliza el consentimiento el compromiso de las partes para contribuir, surgen dos situaciones: una es que el compromiso de averías comunes pudo haberse suscrito en el conocimiento de embarque o en su defecto al iniciarse los trámites para la liquidación en forma amigable; aunque en mi particular punto de vista considero que debería realizarse en forma previa es decir antes de iniciarse la aventura marítima, puesto que esto ayudaría a evitarse más retrasos en la liquidación de averías y por tanto en el nombramiento de peritos liquidadores.

"El carácter de la decisión de los liquidadores depende en gran parte de las funciones que le hayan sido asignadas por las partes en el compromiso que han suscrito".(172)

La naturaleza del compromiso ha sido discutida, pero en general se reconoce que es una modalidad del mandato, y no un juicio arbitral lo que los liquidadores nombrados por las partes proponen.

En la doctrina civil relativa al compromiso, se le da el carácter de un mandato, en la que se encomienda a terceros la resolución de un conflicto pendiente con el fin de evitar la iniciación de un litigio. Esta situación provoca que el compromiso pueda ser de diferente naturaleza:

1.-) Instituyendo la obligación de someter diferencias emanada de un contrato a juicio de árbitros, o de amigables compondores en cuyo caso la designación entraña propiamente la existencia del compromiso con eficacia procesal.

(172) ibidem, página 611

2.-) O bien puede revestir una simple forma de mandato específico; para una función determinada, como es la de realizar las operaciones de liquidación de averías.

Para el derecho marítimo y en especial para la figura jurídica de la avería, existe una sentencia italiana que nos dice que para definir la naturaleza y apreciar la validez de los compromisos de averías, es necesario distinguir dos situaciones diferentes.

La primera consiste en que las partes integrantes de la aventura encargan a mandatarios (Peritos liquidadores) de decidir conforme a su criterio, un arreglo de carácter patrimonial, comprometiéndose previamente a ejecutar la desición de sus mandantes, en este caso su misión comprende una simple peritación en el ámbito económico, por lo que pueden entonces ser dispensados de todo arreglo a procesar (En particular pueden ser designados en número par) y la diferencia de opiniones, implicaría considerar su labor irrealizable o exigiría nuevas instrucciones de sus mandantes), en concreto sus resoluciones caracterían de fuerza ejecutoria.

La segunda, sería la de investir a los liquidadores el carácter de árbitros con todas las consecuencias jurídicas que ésta situación acarrea, y por tanto la desición de los árbitros tendría fuerza ejecutoria, pues los árbitros ejercen una función jurisdiccional y tienen que subordinar su función ya no a sus mandantes o a quien los haya designado sino a la observación rigurosa de las formas rituales exigidas por la ley.

En el proyecto de ley de navegación se decía que el capitán debería invitar a los interesados a un acuerdo sobre la liquidación de las averías y de no lograrse dicho acuerdo pediría al juez que designase un liquidador, cuyo proyecto de liquidación debía ser homologado por el juez.

Esta posición que se señalaba en el proyecto, la considero justa, puesto que no se puede dejar en estado de indefensión a las partes, puesto que de una u otra forma deben repartirse los daños sufridos por algunos de los interesados ya sea mediante el previo y debido compromiso de averías, realizado en forma extrajudicial o mediante la designación de peritos liquidadores designados con el carácter de árbitros.

En México, generalmente la liquidación es encargada a un liquidador de averías que es un profesionista independiente, y que en algunos países (casos de Francia e Inglaterra, entre otros) forma parte de poderosas asociaciones cuya gran autoridad es reconocida por todos los interesados en las cuestiones marítimas. (173)

Generalmente se suscribe un compromiso arbitral, hoy un machote de "Average Bond del Lloyd's", y conforme a él, el liquidador practica la liquidación correspondiente.

El llamado quirógrafo o compromiso de avería, (Average Bond, General Average, Adjustment, Dispatch, Expediente de avería) es la forma consuetudinaria, por medio de la cual se efectúa la regulación de la avería común. "Es una forma convencional, que toma vida de los acuerdos entre todos los interesados y por la cual se difiere a la actuación de una o mas personas la comprobación de las circunstancias esenciales para la determinación de la contribución..."(174)

Es lo que el Artículo 476 del Código de la Navegación Italiana califica de "descripción, estimación y reparto de las pérdidas y los daños" (175).

(173) CERVANTES AHUMADA Raúl, ob.cit., página 939

(174) BRUNETTI Antonio, ob.cit., página 185

(175) CODE DE LA NAVIGATION DE L'ITALIE, Paris, Traduit de l'italien sous la direction avec un avant-propos et une introduction de RENE RODIÈRE, página 228.

Concluyendo. El compromiso de averías es una manifestación formal de la voluntad de las partes que prevalece en principio sobre otros acuerdos anteriores y principalmente sobre las cláusulas del conocimiento de embarque, por lo cual, la regulación se convierte en obligatoria para todos al emanar de la unívoca voluntad de todos.

Naturalmente que no existe la obligación en los interesados para la formalización de una escritura privada de averías, ni las referencias del contrato de fletamiento o de las pólizas para la aplicación de las reglas de York y Amberes. La escritura privada de avería, tiene substancialmente el alcance de un compromiso que vincula a los compromitentes a la aceptación del laudo; la situación más interesante es la creada por la llamada amigable composición, no jurisdiccional, según la cual los liquidadores, mediante escritura privada, quirógrafa, sin solemnidad de formas, se hallen investidos de poder definir la contribución con efectos obligatorios para todos los interesados.(176)

4.3 GARANTIA DE CONTRIBUCION DE LA AVERIA COMUN.

La garantía surge como aquella necesidad por parte de quien hubiese sufrido menoscabo o pérdidas, para hacer frente a situaciones de carácter riesgoso en el sentido de tener un derecho de retención sobre las mercancías salvadas, para efectos de que los dueños de éstas contribuyan o garanticen su contribución.

(176) BRUNETTI Antonio, oh cit, página 185

La garantía de contribución se da de manera recíproca: El propietario de la mercancía acreedor por concepto de la avería gruesa sufrida por este, tiene un privilegio sobre el buque y sobre el flete y también sobre la mercadería de los demás cargadores para garantizarse, por la suma que se le adeuda por contribución en la misma. A su vez el propietario del buque tiene recíproco privilegio sobre las cosas cargadas, por los daños y los gastos extraordinarios que a costa del buque fueron realizados como avería gruesa.(177)

Es por esta situación que constituye un privilegio, la efectividad de la liquidación entre el fletante o los cargadores, privilegio que esta basado sobre la idea de conservación de los objetos que pusieron en riesgo los interesados, pero no hay que olvidar que ese privilegio debe alcanzarse o revisarse entre los mismos cargadores.

Pero sobre esta última situación es decir el privilegio entre los propios cargadores se deriva, sobre todo de la igualdad de condiciones que debe existir desde el punto de vista de las averías comunes, entre todos los interesados en la misma expedición, "ofreciéndose la acción, para obligar a contribuir a los diferentes cargadores entre si, lo mismo que pueden utilizarla contra el fletante y el fletante contra ellos, no puede admitirse que esta acción sea un privilegio del fletante a cargador y de cargador a fletante sino que también lo sea de cargador a cargador" (178).

(177) DIEZ MIERES Alberto, ob.cit páginas 205 y 206

(178) DANJON Daniel, ob.cit, página 547

Para asegurar la efectividad de la liquidación de averías e impedir la extinción de un privilegio es admitido en todos los países que el capitán reclame fianza al destinatario a quien le entrega las mercancías; y los cargadores o reclamantes de las mercancías podrían por su parte reclamarle al capitán, si es que este quisiese reanudar el viaje con su buque antes de haber pagado la parte contributiva debida por el fletante, que prestase fianza en garantía del pago. Esta situación como ya había hecho mención en líneas anteriores es aceptada por algunos códigos, por ejemplo; Código Bélgica, Artículo 159; Alemán, Artículo 730; y Español, Artículo 868.

La garantía de contribución se traduce en un privilegio que tienen los interesados, representados por el capitán, representante natural de todos los interesados en el ajuste y liquidación de las averías, en un derecho de retención.

Se ha dicho que la legislación inglesa es el tipo representativo de los retenciones contenido en la "Merchant Shipping Act" de 1862 repetido en sus principios fundamentales en la "Merchant Shipping Act" de 1894.

El derecho de retención desde el punto de vista económico y por supuesto en cuanto a tiempo de planeación de arribo de mercancía, constituye un grado de peligro para los titulares de las mismas, en caso de que se trate de mercancía de carácter perecedero, por lo que la retención no puede ser benéfica para nadie.

Por lo que el derecho francés, no admite que el capitán retenga la mercancía a bordo como garantía del pago de la parte contributiva de los cargadores, con lo cual se lo niega también implícitamente para el pago de la parte correspondiente a las averías comunes.

El código portugués, niega expresamente al capitán el derecho de retener las mercancías.

Por regla general, el capitán al llegar al puerto está obligado a adoptar las medidas conducentes a la conservación de los derechos que se puedan ejercitar respecto a la contribución de los intereses sacrificados. Es por ello que antes de entregar el cargamento exigirá garantía, que asegure el abono de la parte correspondiente a las mercancías salvadas, en los daños o gastos incurridos, bien mediante una contribución provisional, bien mediante caución de pago; si el capitán incumple tal obligación, incurre en negligencia y deberá responder del importe de dicha contribución.

Es decir que si no cumple con la obligación de solicitar garantía, es razonable que sea condenado a título de indemnización de daños y perjuicios, puesto que ante un acto de averías comunes que ha sido debidamente considerado como tal se deben tomar todas las precauciones, antes de finalizar el viaje o la travesía, para que aquellas partes que hayan sido perjudicadas no queden en un estado de indefensión total.

Al salir el buque "Sardiman" de Liverpool con destino a Montreal se declaró un incendio a bordo, retornando al puerto de salida; el capitán entregó las mercancías que no habían sido dañadas por las medidas que se adoptaron para extinguir el fuego; se presentó reclamación contra el armador por los propietarios de las mercancías perjudicadas, se admitió su demanda declarando que el capitán tenía el deber de adoptar las medidas oportunas para el pago posterior de la contribución por los que debía considerar como obligados a ellos.

Por su parte el Código de Comercio Alemán dispone en su artículo 733 "El Capitán podrá reclamar una fianza a quien entrega las mercancías, destinatario; y los cargadores o reclamantes de las mercancías podrán pedir al Capitán, que quisiera reanudar el viaje con su buque, antes de haber pagado la parte contributiva debida por el fletante, que otorgue fianza en garantía del pago" (179).

(179) DANJON Daniel, ob.cit., página 549.

La garantía desde mi punto de vista constituye el medio mas eficaz para otorgar seguridad y confianza de quien ha visto sus intereses sacrificados puesto que de una u otra forma al garantizarse tendrá que cumplir con las obligaciones que se hayan contraído en el compromiso de contribución o en el contrato de fletamento.

Anteriormente se puso énfasis de que en algunas legislaciones aparece en forma expresa la prohibición de retener los bienes esto a consecuencia de que se puedan causar pérdidas por la prolongada permanencia de las mercancías a bordo, esta situación llevaría a fincar cierto tipo de responsabilidades:

A.-) Responsabilidad para el retenedor por pérdidas de mercancías a bordo, tiempo de permanencia.

B.-) Responsabilidad del destinatario al no disponer de las mercancías y por tanto no poder cumplir sus contratos por mucho tiempo.

Al señalar que antes de llegar al puerto de destino, el capitán debe exigir garantía y esta puede ser mediante pago provisional; en el caso de contribución provisional pecuniaria, se hace un cálculo de la parte correspondiente a cada receptor, la que se entrega transitoriamente a reserva de lo que resulte en la liquidación que procede como contribución definitiva.

La ventaja principal como señala Francisco Fariña recae en los receptores, pues les evita el cumplimiento de una obligación real de contribución; y es, que mientras el receptor mediante un módico interés a la banca dispone de sus mercancías, el armador que puede haber realizado gastos de importancia en interés común, tiene que quedar en descubierto de esas sumas durante algún tiempo.(180)

(180) FARIÑA Francisco, ob.cit página 599

Es importante la anterior situación ya que la Regla XXII de York y Amberes de 1924 le reconoce explícitamente el carácter exclusivo de garantía. El carácter de garantía presupone la estricta sumisión a las reglas del depósito; y de ella nos habla la misma Regla XXII, pero en este caso de trata de la de 1974, la que dispone:

Tratamiento del depósito de efectivo. "Cuando se hayan cobrado depósitos en efectivo para responder de las responsabilidades del cargamento por avería gruesa en gastos de salvamento u otras erogaciones especiales, se colocarán dichos depósitos, sin ninguna demora en una cuenta especial mancomunada, a nombre de dos depositarios; uno de ellos debe ser representante designado por el armador y el otro, designado por los depositantes, en un banco aceptado por ambos. Las cantidades así depositadas, aumentadas con los intereses que cuando existan devenguen, se conservarán como garantía para asegurar el pago a las partes que a ellas tenga derecho por avería gruesa..." (181)

Un aspecto muy importante es el de determinar en que momento se ha de efectuar ese depósito, es decir, cuando nace la obligación; la misma nace desde el mismo momento en que termina el viaje, bien sea en el puerto de destino o bien donde la expedición queda interrumpida.

Si bien la ley prohíbe retener a bordo los efectos de la carga para seguridad del flete, "tiene derecho el capitán a exigir de los dueños o consignatarios en el acto de la entrega de la carga, que depositen o afiancen el importe del flete, averías gruesas o gastos a su cargo; y en falta de pronto pago, depósito o fianza, podrá requerir embargo por los fletes averías, gastos, en los efectos del cargamento, mientras estos se hallaren en poder de los dueños o consignatarios... hasta podrá requerir la venta inmediata si los efectos fueren fácilmente deteriorables o de conservación difícil o dispendiosa".(182)

(181) CERVANTES AHUMADA Raúl, *ob cit*, página 951

(182) DIEZ MIERES Alberto, *ob cit*, página 206

El embargo que se hace a la carga se realiza en forma preventiva, y para levantar el embargo, y en garantía de contribución en la avería gruesa, el cargador entrega un depósito en efectivo.

Por último se habla de la insolvencia que se pudiera dar en uno de los contribuyentes; en la avería gruesa los distintos contributarios responde cada uno por su parte proporcional, ya que si bien es cierto que en materia comercial las obligaciones contractuales son en principio solidarias, pero en materia de averías gruesas, la obligación de contribuir no nace precisamente de un contrato común a los interesados, sino de la unión de intereses marítimos que forman la aventura, por lo tanto la insolvencia de uno de los partícipes y obligación a contribuir es simplemente mancomunada, y no se les puede demandar solidariamente.(183)

4.4. ACCION DE CONTRIBUCION.

La acción, es el acto jurídico procesal, a través de el cual se ejercita un derecho; este derecho en la figura de la avería gruesa se ejercita para obligar a contribuir no solamente al cargador contra el fletante y a éste a su vez contra el cargador, sino también a cargadores contra cargadores.

Aunque actualmente, la acción para obligar a contribuir puede ser ejercitada indistintamente, bien por el fletante contra los cargadores, bien por los cargadores contra el fletante, bien por unos cargadores contra los demás.

(183) Ibidem. página 208

La acción puede surgir como consecuencia y a causa de lo siguiente:

Se puede dar el caso que la liquidación de averías comunes que ha sido liquidada por peritos liquidadores y el cual es aceptada por todos los interesados o ratificada por la autoridad competente, se puede considerar como definitiva, procediendo cada uno de los interesados a solicitar su ejecución.

En este caso la acción por la cual se reclama el cumplimiento de una liquidación de averías que no puede tener efectividad de común acuerdo, se conoce con el nombre de "acción para obligar a contribuir".(184)

Existe en la mayor parte de la doctrina la discrepancia sobre si la naturaleza de la acción para obligar a contribuir es de carácter real o personal.

Esta situación se presenta en virtud de que en la legislación marítima, las cosas siempre se presentan como deudoras; ejemplo de lo anterior se observa a través de la liquidación francesa; por lo que el artículo de 29 del Código de Comercio señala: "Las averías serán soportadas por el buque, el flete y la carga" (185).

El artículo 31 señala: "Las mercancías salvadas o sacrificadas contribuyen en proporción a su valor... real o supuesto en el puerto de descarga"(186).

(184) DANJON Daniel, *op.cit.*, página 537

(185) CODE DE COMMERCE, JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ, París, Soixante-Quinzième édition, 1979-1980, página 271.

(186) *Ibidem*, página 272

Por lo que se refiere al Artículo 417 del Código de Comercio Francés*, nos señalaba lo siguiente: "si las cosas sujetas a contribución pereciesen fortuitamente, en todo o por parte, antes de la terminación del viaje, la acción para obligar a contribuir se desvanecería en la misma proporción"; por lo cual se observa que se subordina la existencia de la acción a la existencia de las cosas contribuyentes (187).

La base que tomaron, se hizo considerando que se presenta la obligación de contribuir, cuando se mencionan las cosas contribuyentes en virtud de que se realizó por considerarla una expresión de brevedad y por ser más directa, es decir, cuando se habla respecto al buque y flete, se refiere tanto al propietario y al armador como fletante y por otro cuando se mencionan las mercancías.

Esta expresión es criticable, desde el punto de vista jurídico, porque como hice mención en el capítulo anterior, si al hablar de la figura de la avería gruesa, esto es poco entendible por personas poco conocedoras de lo que es el aspecto marítimo, entonces el darle una conotación distinta a la acción que se ejerce para solicitar la indemnización por daños ó perjuicios implica mayores problemas; es por ello que en stricto sensu, debemos considerar las acciones tal y cual su naturaleza es, aún cuando unos autores consideran a la acción como real, esto constituye una perfrasis.

Es por ello que aplicando términos jurídicos, podríamos considerarla de la siguiente forma "No hay derechos reales que sancionan derechos reales; porque es evidente que las acciones no difieren de los derechos que constituyen el objeto de los mismos, no siendo en realidad, otra cosa que estos mismos derechos considerándolos en estado contencioso" (188)

* Fuéron abrogados los Artículos 397 a 429 y el Artículo 436 de la Ley del 29 de Abril de 1916 sobre la asistencia y el salvamento marítimos. En su lugar entraron en vigencia las disposiciones reglamentarias relativas a los acontecimientos del mar; Decreto, No.68-65 del 19 de Enero de 1968.

(187) DANJON Daniel, oh cit, página 540

(188) Ibidem, página 541

Esta situación crearía un peligro entre las partes interesadas, en virtud de que si las acciones son reales, esta recaerá sobre las mercancías, esto implicaría que los propietarios de las mismas, en razón de poner a salvo su patrimonio de tierra hicieran abandono de sus mercancías, facultad derivada de la propia ley.

Si hubo un tiempo en que se calificaba de real era únicamente para indicar que la acción se extinguía cuando las cosas, con las cuales se había de contribuir perecían antes de llegar a su destino.*

De aquí surgió una cuestión difícil a saber. La acción para obligar a contribuir ¿No deberá ejercitarse exclusivamente sobre las cosas contribuyentes pudiendo los interesados contra los cuales ejercita, eximirse totalmente de sus obligaciones mediante el abandono de las cosas por razón de las cuales se ven compelidos a contribuir?

Si la acción fuese real, los cargadores tendrían la facultad de abandonar sus mercancías con el objeto de que solo ellos fuesen objeto de contribución, de la misma forma competiría al dueño del navío abandonar este y sus fletes para limitar su responsabilidad personal.

El abandono implica por parte de los deudores proteger su fortuna de tierra, por un lado en el caso de abandono del buque, si había acción real de parte de los acreedores sobre el buque ya que mediante esta forma el deudor se libera de la obligación, ya que el abandono constituye una dación en pago, ésta situación la contemplan algunas legislaciones .

* Esta situación quedó claramente definida por Casaregis y Emérigon

De igual forma esta unánimemente admitido por la doctrina, que los cargadores que tiene la obligación de contribuir por el valor íntegro de sus mercancías pueden neutralizar la acción mediante el abandono de sus mercancías.

4.5. EXTENSION DE LA ACCION DE CONTRIBUCION.

La acción para obligar a contribuir, en un principio sólo podrá ejercitarse mas que hasta la concurrencia del valor real o ficticio que las cosas sujetas a contribución tuviesen en el momento de la descarga del buque; valor real para las cosas salvadas y valor ficticio para las cosas sacrificadas, esto es en cuanto a las mercancías objeto de transporte en la aventura marítima.

Por otro lado tenemos al buque, sin el cual no podría llevarse a cabo el anterior fin, en este caso la acción para obligar a contribuir no puede ejercitarse mas que hasta la concurrencia de la mitad del valor del buque y del flete. En algunas legislaciones se señala "El fletante tampoco puede estar obligado a contribuir por una suma mayor al valor del buque y flete" (189).

Anteriormente se señaló que en el caso del buque, el propietario del mismo, tenía la facultad de realizar el abandono del buque, considerando a éste como medio de pago, lo que implica la transferencia de la propiedad del mismo a los acreedores, cubriendo así la parte correspondiente. Esto en virtud de que los diversos interesados sean beneficiados del sacrificio realizado por le capitán, solamente en esa proporción, conforme al cual han sido incluidos en la masa pasiva.

· (189) DIEZ MIERES Alberto, ob cit., página 203

Vimos en el apartado anterior, que la doctrina admite que los cargadores pueden liberarse de su obligación abandonando sus mercancías.

En la actualidad se observa que algunas legislaciones hablan del abandono del buque como obligación de contribuir con todo, sin embargo en otros se señala que la acción para obligar a contribuir solo podía ejercitarse mas que hasta la mitad del buque y flete, de la mismas se desprende que el fletante no hará casi nunca de esta facultad, es decir de abandono total del buque, porque no debiendo contribuir a las averías comunes mas que por la mitad del buque y flete, no encontraría ventaja alguna a la acción para obligarle a contribuir, mediante el abandono de todo el buque y todo el flete.

La intención principal de ambas situaciones es la de excluir toda acción personal que pueda afectar la fortuna de tierra, de donde se deduce la facultad que éstas tienen de eximirse de toda obligación de contribuir.

Por último por lo que respecta a la contribución de las mercancías, como señala Daniel Danjon, aplicando el derecho estricto, que aún cuando la acción para obligar a contribuir no puede ejercitarse mas que por el valor que las mercancías tengan al llegar a su destino "puede recaer y dirigirse sobre todos los bienes de los cargadores, indistintamente así como todos los bienes de los reclamantes".(190)

En la práctica esta situación no puede resultar sino desventajosa es por ello que es de apreciarse, el que se puedan limitar las exigencias respecto a las mercancías, ya que con esto se está protegiendo el resto de su capital (fortuna de tierra).

(190) DANJON Daniel, ob cit, página 544

Algunas legislaciones se inclinan y reglamentan esta situación, entre ellas tenemos, el Código de Comercio Finlandés el cual formula el principio de que "nadie esta obligado a contribuir a las averías comunes con mas bienes que los que le queden, de aquellos que tenía abordo, después de efectuar la descarga" , Artículo 148; y el Código de Comercio Alemán, mas explícito decide, "la avería gruesa no engendra obligación personal alguna para el pago de la contribución; pero el destinatario de las mercancías sujetas a contribución, el cual sabía, al recibirlos, que estaban afectos a la obligación de contribuir, tendrá que responder personalmente de esta obligación hasta la concurrencia del valor de los efectos en el momento de su entrega", Artículo 726 (191)

4.6 DETERMINACION DE LA LEY APLICABLE EN LA LIQUIDACION DE LAS AVERIAS.

La determinación de la ley aplicable en el caso de la liquidación de la averías, constituye un estudio amplio y minucioso, ya que en la mayoría de las legislaciones existen lagunas, sobre todo por la diversidad de criterios técnicos que se emiten al rededor de los mismos.

Para efectos de este estudio, constituye obligación el distinguir entre regulación convencional y legal, para ubicar a la liquidación de averías en alguno de los dos marcos.

(191) CODE DE COMMERCE ALLEMAND ET AUTRICHIEN, *ob.cit.*, página 151.

Regulación convencional.- El acuerdo entre armador y cargador puede referirse a la aplicación de una determinada ley nacional, o de las reglas de York y Amberes, o también al lugar en el cual debe efectuarse la regulación o a una y otra cosa.

Respecto a la facultad de poder optar, para que se efectue la liquidación conforme a las reglas de York y Amberes, las mismas han dejado libertad a las partes para fijar, según su conveniencia el lugar donde debe procederse a la liquidación.

En este sistema no existen dificultades cuando la cláusula aplicable figura en todas las pólizas de carga.

Relativas a la expedición, o bien cuando el contrato de fletamento han sido emitidas, pero el conflicto inicia cuando esta cita falte en cualquier póliza.

Regulación legal.- Va orientada a la eventualidad de un conflicto mas general, debiéndose decidir que ley sea la aplicable, si la de la bandera de la nave o la de lugar de destino del viaje, o la del lugar de descarga de la mercancía.

Una vez establecidas las diferencias entre regulación convencional y legal, se podría determinar que en un principio los interesados, refiriéndose a - fletante y cargadores o reclamantes - pueden proceder por sí mismos a la liquidación de las averías comunes o a que la efectue otra persona en la forma y lugar que se crea conveniente ya que la ley no reglamenta la materia de las averías mas que falta de convenio entre los interesados.

En nuestro contexto nacional, "en el proyecto de ley de navegación se decía que el capitán debería invitar a los interesados a un acuerdo sobre la liquidación de averías, regulación convencional, y, de no lograrse dicho acuerdo pediría al juez que designase un liquidador, cuyo proyecto de liquidación debería ser homologado por el juez".(192)

Siendo un acontecimiento de naturaleza incierta el acto de avería, la fijación de lugar en que ha de liquidarse y por tanto la ley aplicable debería de formalizarse mediante un acuerdo previo entre los interesados, con el fin de evitar futuros conflictos de ley. Conflictos considerados desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, por la diversidad de leyes que gobiernan la nacionalidad de la nave y de los cargadores.

Debido a la falta de una ley que reglamente esta situación en el derecho marítimo mexicano, es de urgente necesidad, regular los actos y actividades derivados del acto de avería, pues aunque la figura no es muy frecuente su realización tampoco puede considerarse exenta. Necesidad que surge, bajo el amparo de las múltiples importaciones y exportaciones que se realizan por vía marítima y que constituye una de las mayores fuentes de ingreso del país*; y el retraso en el acuerdo de las liquidaciones constituyen retrasos en el pago de contribución de averías, y por lo tanto, en nuevos proyectos de navegación y comercio por esta vía.

La ley de navegación dispone "que la liquidación se hará en el puerto de destino" Artículo 271.

(192) CERVANTES AHUMADA Raúl, ob.cit., página 939

* PETROLEO

Aún habiendo tomado en cuenta el lugar donde habría de efectuarse la liquidación, el dato se consideraba impreciso por dos motivos:

Debía distinguirse si la mercancía tenía un mismo destino o varios destinos.

En el primer caso la liquidación deberá practicarse en el puerto de destino único.

En el segundo caso en el puerto primero de destino, o sea a donde debe desembarcarse la primera carga; pero para determinar los valores, deberá tomarse en consideración, el destino de cada parte del cargamento y la fecha en que el buque debió de llegar a cada uno de los puertos.

Siendo imprecisa su especificación, y hoy por hoy derogada su reglamentación, nos queda como recurso el texto de carácter internacional y unánimemente admitido, las reglas de York y Amberes, y la doctrina y legislación de varios países de abolengo maritimista.

En la mayoría de las legislaciones se admite que el lugar donde han de liquidarse las mercancías ha de ser el lugar de destino o lugar de descarga del buque, entre ellas tenemos:

El Artículo 33 del Código de Comercio Francés señala: "en el lugar de descarga del buque", el argumento señalado es que en el puerto de descarga es donde pueden tenerse a mano todos los elementos necesarios para poder practicar la liquidación.(193)

(193) CODE DE COMMERCE, JURISPRUDENCE GÉNÉRALE DALLOZ, ob.cit. 4gina 272

Por último el Código de Comercio Francés, señala como lugar de liquidación, el puerto de destino. En el mismo de señala que no es necesario que se aplique la legislación de ese puerto, salvo pacto entre las partes, o la sumisión a otra legislación determinada.(194)*

Esta situación se presenta en virtud de que en las averías comunes rige ante todo el derecho convencional de las partes.

Sin embargo, de conformidad con los mismo motivos que indujeron a la ley a elegir el puerto de descarga como lugar para practicar la liquidación de las averías, dicha regla cesaría de ser aplicable sin el referido lugar no fuese posible reunir los elementos necesarios para la comprobación de las averías y para practicar la liquidación.(195)

¿Que sucede cuando se presenta el caso, de que algunos concerten un régimen distinto al del código?, al hablar del régimen distinto al del código me refiero al contractual, en este caso al decidir por cual régimen inclinarse o aplicar; como la aplicación debe ser uniforme para todos los interesados, es indiscutible adoptar la posición de someter a todos los interesados al régimen legal. Las razones se basan en dos principios fundamentalmente; primero, porque las normas de código van de acuerdo con la práctica general admitida; segundo, la razon de extender a todos, el ámbito de aplicación de la ley "pro omnibus".

(194) Ibidem, página 274

* En cualquier caso, ya sea de aplicar la ley del puerto donde se practicó la liquidación o la sumisión a otra legislación fuera del puerto de destino, se deben de adoptar las reglas de York y Amberes, esto es con el fin de acompletar con el derecho del lugar donde se realiza la liquidación, sobre todo para decidir la cuestión relativa a haber existido o no un peligro común para el buque y la carga.

(195) DANJON Daniel, op.cit., página 477

Una vez que se ha establecido el puerto de destino de acuerdo a la voluntad de las partes deberá determinarse la masa deudora y acreedora, el reparto de averías y el cálculo de la contribución según las leyes del lugar con carácter principal o subsidiario de las Reglas de York y Amberes. Aunque esta precisa como antecedente el análisis concreto del acto generador de la avería; es decir ver si cumple con las condiciones que se han considerado para poder configurar el acto como sacrificio o gasto extraordinario: comunidad de intereses, iniciativa del capital, voluntariedad, deliberación, peligro, resultado útil.

Si bien se ha establecido la situación que se puede presentar en el caso de que exista un consenso entre las partes, de que la liquidación se haga en el puerto de destino, y su contrario, cuando no hay uniformidad de criterios y que ante esta problemática, se tiene que optar por el régimen legal, en primer lugar para determinar en que lugar se ha de practicar la liquidación y en segundo lugar la ley aplicable. Pero no hay que olvidar que se pueden presentar acontecimientos de carácter incierto.

Puede sucederse el caso de que el buque no llege al lugar de destino como se había previsto, como es el supuesto de que el buque naufrage o quede inabordable y que la mercancía tenga que ser transportada a otro buque para su reexpedición al punto de destino(196). En estos casos, la práctica ha establecido como lugar de la liquidación el puerto de transbordo, pues en este la comunidad de intereses se ha interrumpido.(197)**

Otro ejemplo es el siguiente: si el viaje se revoca en la República, si después de la salida, se viese el buque obligado a volver al puerto de la carga, o si encallare o naufragare dentro de la república la liquidación de la averías se verificará en el puerto en el que el buque salió o debió salir.

(196) Lowndes: Octava edición (1955) páginas 191 y siguientes.

(197) FARIÑA Francisco, *ob.cit*, página 648

** En el derecho francés, en el caso de transbordo de mercancías, la liquidación debe practicarse en el puerto de descarga de las últimas mercancías.

Si el viaje se revocare estando el buque fuera de la República, o se vendiera la carga en el puerto de arribada forzosa, la avería se liquidará y prorrateará en el lugar de la revocación del viaje, o de la venta del cargamento.(198)

En el derecho francés, a la liquidación que se haga en puerto diferente al de destino, se le da el carácter de provisional y por tanto la liquidación o la acción para obligar a contribuir no podría ejercitarse contra aquellos que no hubiesen participado en la aventura marítima hasta el momento en que se hubiere llevado a cabo el acto de avería común.

Como ejemplo de lo anterior, es el que nos cita Daniel Danjón: una liquidación que se hiciese en un puerto de escala o en un puerto de arribada no tendría más que un carácter provisional, "es evidente que, si en cualquiera de estos puertos se desembarcan mercancías por que deben dejarse en el mismo o por que su propietario las retire durante el viaje, lo mismo que en el caso de que se hubiesen producido ya averías comunes, es preciso que el capitán determine la proporción en que deberá contribuir el reclamante de dichas mercancías con el fin de que pueda pagarla al mismo tiempo que el flete o de que pueda prestar caución por su parte contributiva; pero los demás interesados podrán reclamar contra dicha medida y exigir que se practique otra liquidación al final del viaje".(199)

La liquidación de averías comprende la fase a través de la cual se determinara la masa acreedora y la masa deudora.

(198) DIEZ MIERES Alberto, ob cit, página 209

(199) DANJON Daniel, ob cit, página 477

Habiéndose determinado el lugar donde ha de practicarse la liquidación, queda impreciso si será aplicable también la ley del lugar, por lo que los juristas se manifiestan en el sentido de que a falta de convenios especiales la ley aplicable al acto de avería común, no será la del lugar donde se haya formalizado el contrato de fletamento o el contrato de transporte sino la ley del pabellón.(200)*

Por consiguiente la ley del pabellón determinará:

A.-) El lugar en el cual se deberá efectuar la regulación de la avería común. Generalmente las legislaciones admiten que la regulación debe hacerse en el lugar de destino del viaje.

B.-) Los supuestos a los cuales el capitán debe uniformarse al acordar el sacrificio, daños ó gastos, o sea las condiciones por las cuales el acto debe considerarse como avería común.

Se deberá recurrir, en cuanto a la designación o elección de los liquidadores de avería.

C.-) Las formalidades y las normas procesales que deberán observarse en el reglamento y sus efectos jurídicos.

(200) BRUNETTI Antonio, *ob.cit.*, página 42

* Tal situación se justifica en el sentido de que la obligación de contribuir tiene el carácter legal, y que arranca de un acto (sacrificio) deliberado del capitán que lleva a bordo. Es por consiguiente exacto el argumento admitido por el mismo DIENA de que "Tratándose de un acto ejecutado a bordo de una nave conviene aplicar la ley del pabellón aunque el acto del cual hubiese derivado la avería común, hubiese ocurrido mientras la nave se hallase en aguas del litoral de un Estado deversor del propio".DIENA, Trattato di dir. comm. internaz. III, Florencia, 1903, No 279 pag.410

D.-) Modo de procesar daños y gastos que deben incluirse en la averfa común.

E.-) El modo de repartir los daños y los gastos, y de formar la masa acreedora. (201)

4.7 CARGA DE LA PRUEBA.

La carga de la prueba consiste en la necesidad en que se encuentran las partes de probar determinados hechos.

La carga de la prueba entra en el marco de las averfas gruesas, una vez que se ha procedido a la liquidación de las averfas. Siendo el principio general de que las cosas perecen para su dueño, es regla general desde el punto de vista de las averfas que las mercancías que se han visto dañadas o pérdidas por un acontecimiento de la naturaleza o por acto del capitán o en su defecto de cualquier persona ajena a la aventura marítima, se consideran averfas particulares a cargo de su dueño. La excepción en el derecho marítimo es la averfa gruesa. Ahora bien, las excepciones no se presumen, deben probarse.

Por tanto para determinar los hechos que han de probar los interesados rige el siguiente principio: Son los hechos que aparecen como presupuesto de la norma jurídica, en que el actor funda su demanda y el o los demandados sus excepciones. En este caso se tratará de la parte interesada, tendrá que demostrar que las pérdidas o daños sufridos en sus mercancías constituyen no una averfa particular en virtud de haberse realizado en beneficio de la comunidad, sino una averfa común, por colocarse en los supuestos que establece la norma, vgr. Legislación Nacional o Reglas de York y Amberes.

(201) *Ibidem*, página 43

En la aventura marítima, intervienen como elementos participantes de la misma, cargadores y propietario del buque, la carga de la prueba no es exclusiva de alguno de ellos si no que se puede ejercitar por quién tiene interés de que se le respete un derecho.

En el caso del cargador o armador no pueden reclamar la contribución de los demás consortes de la expedición para que compartan una pérdida o un menoscabo sufrido por sus propias cosas sino demuestran que esa pérdida constituye un sacrificio hecho para la salvación común, con los caracteres de una averfa gruesa. Aquí la carga de la prueba adquiere un carácter objetivo pues lo que se trata de establecer una vez identificado al sujeto que promueve es, ¿que hechos deben probarse?. El carácter subjetivo lo constituiría, ¿quien debe probar los hechos?.

En el caso de los derechos subjetivos, como entidades jurídicas abstractas que son, nunca caen dentro de la carga de la prueba, lo único que ha de probarse son los hechos generadores en los que la parte funda su derecho.(202)

En este caso no implica que el "onus probandi" este a cargo siempre, de los propietarios de los bienes sacrificados. Si el daño lo sufre el buque, se presume que es una averfa simple o particular a cargo de su propietario, entonces corresponderá demostrar a éste que tal daño o gasto extraordinario haya correspondido a vicisitudes náuticas que redundaron en su perjuicio, y por el cual se procuró el beneficio de la comunidad y por tanto que se considere para efectos de la liquidación como averfas gruesas, es decir, que el perjuicio sea compartido con la comunidad.

"Al que alega que la averfa de la carga se debe al vicio propio, le corresponde probarlo." (203)

(202) PALLARES Eduardo, Derecho procesal civil, Décimosegunda edición, Editorial Porrúa, México, 1986, página 369

(203) DIEZ MIERES Alberto, ibid, página 213

O sea que corresponde al armador probar por vía de excepción, en caso fortuito, o bien que constituya averfa particular imputable; por culpa del cargador o por vicio propio de la mercancía.

Cualquiera de los interesados cuya pretensión sea la de conseguir que se admitan en averfa común los daños o gastos sufridos por ellos tienen que probarlos, bien según los principios, o bien con fundamento en la ley, es decir que tiene que justificar su demanda y si no consigue llevar a cabo sus pretensiones el daño o gasto quedarán a cargo del mismo como averfa particular; en este caso tratándose de comprobar hechos, la prueba podrá hacerse por todos los medios.

La Regla de "E" de York y Amberes de 1974 indica al respecto: "la prueba de que una pérdida o un gasto reclamado debe ser admitido en averfa común incumbe a la parte que reclama tal admisión en averfa común.

Es interesante señalar que en la práctica se puede presentar una situación diferente. Es verdad que en la averfa común el fin que se persigue, es que cada una de las partes que intervinieron en la aventura marítima contribuyan a resarcir en forma proporcional y equitativa de los daños o gastos sufridos por otros; pero precisamente dentro de esta forma el mismo perjudicado tiene que contribuir con la parte que le corresponde.

Ante esta situación, el cargador que ha perdido sus mercancías prefiere en el mejor de los casos, demandar al capitán armador o dueño del buque de la pérdida de la misma cosa como averfa simple, antes de pedir la contribución como averfa gruesa.

Las ventajas e inconvenientes de demandar la averfa simple son las siguientes:

1.-) Si demanda la avería gruesa deberá soportar la pérdida de la cuota o parte proporcional que como contribuyente le corresponde; sin embargo como avería simple reclama la totalidad de su valor.

2.-) Además en la reclamación de contribución a la avería gruesa debe de entablarse contra un número de interesados difícil de precisar; en tanto que el reclamo en avería simple, la acción la dirige contra una sola parte y generalmente con responsabilidad aparente.

4.8 SUCESION DE AVERIAS.

Durante el curso de una travesía puede presentarse el caso que se sucedan cierto tipos de averías y frecuentemente acontece que los daños o gastos ocasionados por acontecimientos de carácter extraordinario sobrevenidos a un buque u ocasionado por mercancías, originan otros daños u otros gastos; es decir, se producen sacrificios en forma separada y sucesivamente realizados para la salvación.

La razón dicta que las consecuencias de un hecho deben ser considerados en idéntica forma que el hecho mismo, a condición de que necesariamente se deriven de éste y de que << las consecuencias directas y necesarias del hecho se incorporen al mismo >>.(204)

(204) DANJON Daniel, *ob.cit*, página 377

Conforme a esta situación se puede decir como regla general que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y si el acto principal es objeto de avería gruesa por las circunstancias en las que se presentó, lo justo es que sus consecuencias inmediatas y directas constituyan también averías gruesas, aún cuando estos sean considerados aisladamente pero llevados a cabo dentro de la misma aventura marítima.

Una vez fijado el carácter de la avería común este se considerará como irrevocable ya que este acto ordenado por el capitán debe haberse realizado voluntariamente para el bien y seguridad común y esos daños o gastos ocasionados se comunican a todos los demás que se realicen como consecuencia del mismo.

La doctrina de la irrevocabilidad del carácter originario de las averías ha sido aplicado casi sin variación, tanto por la Corte de la Casación, como por los tribunales franceses, pero esta situación ha originado planteamientos exagerados, provocando que su adopción se extienda en forma abusiva.(205)

Esta corriente es adoptada por alguna legislaciones como la "Marine Insurance Act" de Gran Bretaña, Artículo 66 paragrafo 1, el Código de Brasil Artículo 764 paragrafo 21, asimismo la práctica consagra igual solución en Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, Italia y Holanda.

La reglamentación de este supuesto tiende a asegurar, los derechos que pudieran verse afectados, por si se llegasen a presentar este tipo de situaciones.

(205) DIEZ MIERES Alberto, ob.cit., página 158

Supongamos por ejemplo, que el buque se encuentra en peligro de hundirse, y que, para evitarlo, el capitán se decide a aligerarlo arrojando al mar ciertas mercancías pesadas. Ahora bien para llevar a cabo la echazón hay que cambiar de sitio a otras mercancías deterioradas ya, o se deterioran otras a consecuencia de los choques recibidos por aquellas cuya echazón se prepara; estos deterioros son en sí mismos averías particulares, ya que no son sacrificios hechos voluntariamente para la seguridad común; pero como son, en realidad consecuencias directas de la echazón toman lo mismo que ella, el carácter de averías comunes.

Del ejemplo mismo desprende que no se requiere que el acto aislado de avería sea común en principio, ya que se sustenta sobre la base que habiendo precedido de un acto que se realizó para la salvación común, tendrá el mismo carácter del acto principal, aunque se haya considerado avería particular en un inicio.

Del análisis efectuado desprendemos que podríamos sacar una clasificación de las averías gruesas, en principales y accesorias.

Las principales, llamadas también averías madres, lo son por su propia naturaleza y las otras son averías comunes como consecuencia directa o necesaria de las averías comunes originarias. Estas segundas en ciertos casos pudieran clasificarse como averías particulares, pero en virtud de la regla, de que lo accesorio siga la suerte de lo principal, se consideran como comunes. Estas averías ya son consideradas como gruesas sin entrar al estudio del acto que lo provocó, actitud indispensable es que tengan un nexo con la avería principal.

La libertad de poder hacer la clasificación fue con base en un ordenamiento de carácter internacional, las Reglas de York y Amberes las que a través de su Regla de Interpretación "C" nos señala "sólo se considerará como avería común los daños o pérdidas o gastos que sean consecuencia directa del acto de avería común". Es decir que reconoce un origen y preve sus posibles consecuencias considerando a estas como accesorio de lo principal.(206)

Como ejemplo de principio de la aplicación de la Regla "C", tenemos a las Reglas II, X a) y c), y XII y muchas otras disposiciones de las Reglas de York y Amberes.

Como ejemplo citamos el caso de un navío que varó a la entrada del puerto y se hallaba en peligro eminente de zozobrar. Se consideró imprescindible ponerlo a flote y aunque la medida era prudente y razonable, la fuerte marejada hacia presentir desfavorables perspectivas para la tarea. a pesar de esto, se emprendió el trabajo necesario para desencallararlo, y cuya maniobra fue a golpear violentamente contra el muelle. Se consideró que la tarea de poner a flote el buque era un acto de avería común y que, por lo tanto igualmente debían considerarse como averías comunes los daños ocasionados con el choque al muelle y al buque porque eran una consecuencia directa de aquel acto y como tales, debían de reembolsarse con la contribución de todos.

Si bien las averías realizadas en beneficio común constituyen averías comunes y por tanto las consecuencias que de ella misma se deriven son consideradas como comunes, tenemos por otro lado a aquellos daños o gastos que son consecuencia directa de una avería particular y que constituyen por ello, averías particulares, el que esto sean particulares puede ser evidente ya que por lo general tales daños o gastos son realizados en interés del propietario de los objetos averiados.

(206) CERVANTES AHUMADA Raúl, ob.cit, página 941

Por regla general se señala que el carácter de una avería se comunica las consecuencias de la misma. En otras palabras "una avería común en su origen, no puede por actos subsiguientes transformarse en avería particular, así como ésta tampoco podrá resolverse en avería común".(207)

Pero como toda regla general tiene su excepción, la sucesión de averías no podía dejar de tenerla, aún cuando se haya fijado de manera irrevocable un acto de avería particular ¿no existe la posibilidad de que ésta se transforme en avería común? puede darse según la gravedad del mismo.

En el caso de que en principio un acto de avería se haya considerado particular, pueden surgir las condiciones o situaciones que pueden variar la naturaleza de sus consecuencias por ejemplo, que la avería particular originaria haya comprometido la seguridad común, en interés común, y cuando el capitán voluntariamente haya ocasionado daños o realizado gastos para atender a la seguridad común; en este supuesto la avería particular deja paso a una avería común.

Hay que recordar, que aún cuando esta situación no se encuentre debidamente reglamentada, es válido desde el punto de vista jurídico, argumentar este principio, toda vez que esta visto que en toda la teoría de las averías domina un principio muy proclamado y que es: "Son averías comunes los daños sufridos voluntariamente y los gastos realizados para el bien y la salvación común del buque y mercancías", la cual si esta debidamente reglamentada ya sea en forma interna en la legislación de cada país o a nivel internacional en las Reglas de York y Amberes (208).

(207) TRIBUNAL DE CASACION, véase DANJON Daniel, ob.cit, página 385

(208) Ibidem, página 386

Mas exactos y jurídicos son los términos en que se expresa el Tribunal de Rouen: << cuando la avería adquiere propulsiones tan considerables que llega a poner en peligro al buque y al cargamento, se produce entonces una situación nueva, generadora de una nueva avería que aun cuando se relacione con aquel hecho debe ser apreciada según las reglas que le son propias >>; y como esta avería consiste en medidas de salvación común, será una avería común. (209)*

Así, hasta el momento he analizado si los actos que se realizan posteriormente a un acto de avería común constituyen también averías gruesas o son solamente averías simples o particulares. Bien al tomar como base las Reglas de York y Amberes, existe la posibilidad de considerarlas de la misma naturaleza, que al acto que les dió origen y como ya mencione, con fundamento en un cuerpo normativo de carácter internacional y generalmente adoptado por la mayoría de los países marítimistas.

Al aceptar que ciertos actos sean considerados como averías gruesas y por lo tanto sea admisible de igual forma que los actos realizados posteriormente sigan la suerte de su principal, es decir sean considerados también como comunes, se procederá a su liquidación; la interrogante sería ¿ en que forma ha de liquidarse cuando se presente este tipo de situaciones?.

Este principio fue formulado por el congreso de Bruselas, que dispuso que todas las averías gruesas sucesivamente producidas serían objeto de una liquidación simultánea a la terminación del viaje, como si compusiesen una sola avería. (210)**

(209) *Ibidem*, página 387

* Rouen. 15 de Julio de 1889. 24 de Diciembre de 1891 y 7 de Febrero de 1899

(210) DIEZ MIERES Alberto, *ob. cit.*, página 178

** Esto es con respecto a las averías gruesas solamente, porque las averías simples no se liquidan.

Existe un límite para la unificación de la liquidaciones; solamente se comprenderán aquellas ocurridas en la misma etapa del viaje durante la cual no se han modificado los valores de la aventura. Si la masa contribuyente ha cambiado por haberse realizado cargas nuevas o descargas en el buque, en los puertos de escala, la avería no puede liquidarse mediante una sola operación y deben practicarse tantas como corresponda a cada distinta masa contribuyente, no a cada distinta avería gruesa. (211)*

No siendo el tema de las liquidaciones objeto de estudio en el presente apartado ni del trabajo en si, se hizo mención por considerarse necesario y por no dejar inconcluso el tema tratado.

4.9 PREESCRIPCION DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LA REGULACION DE LA AVERIA COMUN.

La prescripción, jurídicamente significa la pérdida o adquisición de un derecho por el transcurso del tiempo.

(211) IDEM

* Jacobs enseña que en un viaje dividido en varias escalas debe, desde el punto de vista de las averías, considerarse cómo descomponiéndose en otros tantos viajes distintos que motivan diversas liquidaciones de averías, si después del puerto precedente se originan nuevas averías comunes. Smeesters, más absoluto sostiene el principio de la unidad de la liquidación, que considera indispensable para evitar los conflictos de leyes. La liquidación de la avería gruesa es indivisible, no pueden practicarse liquidaciones sucesivas a cada desembarque de mercaderías. La liquidación no se realizará de una manera completa, sino cuando toda la carga se ha desembarcado y pueda constatarse el estado total del cargamento.

Es de observarse que la figura de la prescripción en la avería común, carece de reglamentación no solo a nivel nacional sino también a nivel internacional, es por ello que en la mayoría de las legislaciones existe incertidumbre por su aplicación.

La prescripción en materia de averías comunes tiene relación directa con la pérdida o recepción de mercancías. En el supuesto de que las mercancías llegaren a perecer, no había lugar a solicitar la prescripción, ya que la mayoría de las legislaciones consideran que, el período para solicitarlo se fija, contando a partir de que las mercancías han sido entregadas a sus receptores.

Sobre el tiempo para exigir la contribución a las averías comunes, existe una diversidad de criterios; por ejemplo en España se señala que prescribe la acción a los seis meses de entregar los efectos a los receptores.

Se habla que este mismo sistema rige en Francia, aunque la jurisprudencia, mediante una interpretación de algunos otros preceptos legales, tiende a establecer prescripción de un año, se señala que esta empieza a transcurrir a partir del día de la llegada del buque al puerto de descarga de la mercancía.

El fundamento que da la jurisprudencia francesa se realiza a través de la Corte de Apelación de París, 10 de enero de 1929, ocasión en la que se admitió la prescripción de un año ya que todas las acciones surgidas del transporte marítimo prescriben al año y por consiguiente la acción de liquidación de avería común.

Resulta ilógico, el que a una figura de carácter trascendental, para aquellos que tienen interés en aplicarla en un momento determinado, se le regule por analogía, y no se toma en cuenta que las averías gruesas existen y se presentan en forma diferente, es decir, que cuenta con características propias, y que su regulación debe ser muy específica de acuerdo a las situaciones en que se presenta en la práctica marítima.

El período de un año ha sido debatido por la misma jurisprudencia francesa, a través de la Corte de Casación, que señala que existen impedimentos para adoptar la anterior solución y ello lo explica a través de dos razones:

La primera es una razón jurídica. "Las prescripciones breves son de derecho estricto. No hay ningún texto que prevea especialmente la acción de contribución de avería común".

La segunda razón es de carácter práctico; "Si la prescripción es de un año, habrá que establecer la liquidación de avería en el año; ello no se logrará casi nunca. Habrá que interrumpir entonces la prescripción por una demanda judicial. Eso parece fácil, pero si se considera que en algunas liquidaciones de averías comunes hay centenares de interesados, serían necesarias centenares de citaciones en justicia, para interrumpir la prescripción".(212)

En Alemania el plazo fijado es de un año; así como en el Codice della Navigazione de 1942.

Holanda, Artículo 744 del Código de Comercio, fija dos años.

Como todas las prescripciones, si admite que esta pueda ser interrumpida por cualquier acción en justicia*. Se ha reconocido el acto de abandono a las aseguradoras.(213)

(212) RIPERT Georges, op.cit., página 370

* Los contratantes pueden derogar las disposiciones legales sobre la prescripción; pueden alargar o acortar los plazos. En todo caso, la prescripción se interrumpe por un procedimiento o un arbitraje planteado en el extranjero. Un compromiso interrumpe la prescripción según la ley Bélgica como la Holandesa: S. T. Apel, Bruselas, 27-6-1930 (Dor T. 24, pag. 158)

(213) FARIÑA Francisco, op.cit., página 568

Tendrá eficacia de interrupción de la prescripción, la suscripción por parte de todos los interesados en el quirógrafo o compromiso de contribución, porque esto implica un reconocimiento expreso del derecho a la contribución, para quien resulte acreedor por virtud de la regulación; suspende el curso de la prescripción hasta en tanto los peritos hayan depositado la relación, porque antes de que estas no se depositen constituye un obstáculo a la formalización de la acción de averfa. (214)

(214) BRUNETTI Antonio, ob.cit., páginas 196 y 197

CAPITULO V

CONSIDERACIONES GENERALES

CAPITULO V

CONSIDERACIONES GENERALES

5.1 VALOR JURIDICO DE LA INSTITUCION

El valor jurídico de la avería común, lo constituyen aquellos principios de derecho sobre el cual se encuentra fundamentada la institución y que sirven de apoyo para invocarlos en caso de conflicto entre las partes, en la determinación del acto de avería.

Su carácter técnico-jurídico ha sido acogido por la mayoría de los países maritimistas ya que constituye una fórmula imperativa del Derecho Marítimo.

En la aventura marítima existe una relación objetiva entre personas, acciones y bienes cuya coordinación de movimientos tiene como fin, el bien común. Desde el momento en que surge la necesidad de transportar determinadas mercancías, mediante la travesía marítima, surge la necesidad de coordinar acciones, de acuerdo al interés general y conforme a un criterio racional.

Esta coordinación se da conforme a la preexistencia necesaria e indispensable de una relación jurídica, relación jurídica que se da no entre personas, sino a través de un objeto que sirve como medida de la relación. Así cuando se afirma tener el dominio de ciertas cosas, estas propiedades constituye el objeto de la relación jurídica.

En la aventura marítima, esa relación jurídica adquiere representación objetiva, y ésta se da a través de las mercancías que son objeto de transporte, pero para que se de esa relación es de suma importancia que exista entre los intereses participantes un acuerdo de voluntades, acuerdo que debe estar debidamente plasmado en un documento, para que al final de la aventura, no existan choques o diferencias que los conduzca a un conflicto de todos contra todos, y mientras no exista consentimiento entre las partes no será posible hablar de relación jurídica.

La relación implica, la sujeción a un determinado orden normativo, mismo que debe aplicarse conforme a derecho, y he de señalar que el derecho en cualquier ámbito que se aplique, persigue la realización del bien común.

El bien común constituye en el acto de avería, uno de los valores jurídicos más importantes.

Y es que del acto de avería común surge una acción que es el punto de partida de la valoración jurídica, la que puede remontarse hasta lo más íntimo del individuo, y es claro que aún cuando la acción sea la exteriorización del acto, no es posible separarla de éste.

Los principios de derecho a los que me he referido, los constituyen en la avería gruesa fundamentalmente, la seguridad y bien común, ya que estas comprenden en esencia a objetos materiales o corpóreos, y siendo el objeto de la travesía marítima el transporte de mercancías, resulta debidamente fundada su valoración.

Se expresa el término valor jurídico de la institución, en cuanto que los principios ya antes mencionados forman parte de los fines propios del derecho.

" En cuanto a principios implicados en los criterios fundamentales o fines propios del derecho o que se deducen de ellos inmediata y lógicamente enunciaré los siguientes ". (215)

- Dar y reconocer a otro lo que es debido en justicia.

- No causar al prójimo un daño injusto.

- Cumplir las obligaciones, pagar las deudas que no es sino consecuencia inmediata del deber de justicia que nos exige dar a cada quien lo suyo.

- No enriquecerse a costa de otro sin justa causa.

5.2 VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA INSTITUCION.

El tratar el tema de ventajas e inconvenientes de la avería gruesa parte de la discusión que se ha sostenido sobre la idea de suprimir la institución; ha sido atacada en un sinúmero de foros internacionales. Por ejemplo el Comité de la Lloyd's así lo propuso a la Quinta Conferencia de la "Association for the reform and codification of the Law of Nations", celebrada en 1877.

(215) PRECIADO HERNANDEZ, Rafael. Lecciones de filosofía del derecho. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, página 237

Los razonamientos, principalmente consisten, en que si la institución responde verdaderamente a las exigencias del comercio marítimo.

La información con que se cuenta actualmente sobre el análisis de abolición, simplificación o reforma de la institución la encontramos a través del Informe del Grupo de Trabajo Sobre Reglamentación Internacional de Transporte Marítimo, acerca de su 13o período de sesiones.(216).

La secretaría de la UNCTAC consideró que sería prematuro que el Grupo de Trabajo considerara la cuestión de la simplificación o reforma de la Avería gruesa hasta que la industria aseguradora hubiese examinado detenidamente los problemas técnicos con el fin de determinar si era posible establecer nuevas disposiciones en materia de seguros para sustituir el sistema de la Avería Gruesa existente. Si en esas investigaciones se demostrase que unas nuevas disposiciones en materia de seguros podrían sustituir a la Avería Gruesa de manera más eficaz y menos costosa, entonces habría que iniciar el estudio de la mejor manera de llevar a cabo su abolición. En cambio, si las compañías aseguradoras llegasen, a la conclusión de que no existía ninguna solución viable en la esfera de los seguros, entonces sería conveniente que el Grupo de Trabajo considerase la cuestión de la simplificación, reforma o revisión del sistema de la Avería Gruesa o común y de las Reglas de York y Amberes.(217)

En el mismo informe el Grupo "B" consideraba que "cualquier propuesta de abolición de la avería gruesa tendría que proceder de las partes comerciales interesadas, y contar con su asentimiento, pues eran ellas las que tendrían que soportar las consecuencias financieras de tal desición".(218)

(216) Véase Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 13o período de sesiones (TD/C.4/ISL/59), página 3.

(217) IDEM

(218) Ibidem, página 4

Se consideró que cualquier sistema modificado de Avería Gruesa tendría que reunir los siguientes requisitos:

a) Tendría que mantener el actual equilibrio equitativo entre los intereses comerciales.

b) Sólo podría hacerse una modificación si los armadores y cargadores manifiestamente lo desearan.

c) Los armadores y cargadores sólo desearían la abolición si el nuevo sistema les colocase en una posición financiera por lo menos equivalente a la que disfrutaban en la actualidad.

d) Los seguros y los fletes no tendrían que aumentar.

Desde mi punto de vista no creo justo el que se ponga en duda, la existencia y eficacia de la institución, creo que la tradición y el abolengo del que se encuentra investida la institución constituye el argumento más firme para considerarla de gran utilidad.

En la actualidad no sería posible admitir que esta idea siga persistiendo, esto se fundamenta a través de los constantes estudios y análisis que se hacen sobre la institución para ir la adecuando a los constantes cambios que van surgiendo de acuerdo a las necesidades imperantes. Sin embargo, es preciso puntualizar, sobre que aspectos se funda la idea de supresión de la institución de las averías; y estas giran principalmente en torno a aspectos económicos y técnicos.

INCONVENIENTES

Desde el punto de vista técnico:

A) Se piensa que los grandes avances tecnológicos constituye un factor para suprimir la figura de la avería gruesa, debido a "que los progresos en equipos y construcción de buques, mejoras en las técnicas de embalamiento y estiba, en la capacitación del personal mercante y de puertos además de los potentísimos equipos de comunicación, debieran disminuir en mucho los casos de avería común" (219). A mi juicio no es posible eliminar de plano la figura de la avería común, ya que si bien es cierto que han disminuido notablemente los daños o gastos que lleguen a sufrir el buque o las mercancías, los riesgos no por eso han desaparecido totalmente ya que en la práctica se observa que a pesar de las dificultades que existen para su liquidación, se siguen presentando con cierta frecuencia.

Podría decirse que han cambiado notablemente las circunstancias en cuanto a tráfico marítimo, ya que actualmente un mayor número de países tienden a transportar sus mercancías por vía marítima, y ante esta situación, la flota mundial se ha incrementado y por ende el tráfico marítimo hoy es mucho más intenso.

En cuanto a la carga, actualmente ésta es todavía más diversificada y algunas con mayor grado de peligrosidad o riesgo como son, los derivados del petróleo; con esto quiero decir que de acuerdo a las circunstancias imperantes el tipo de averías ha ido cambiando y conforme exista desarrollo y avance tecnológico las averías también se irán transformando.

(219) CASTRO ESTRADA Alvaro, *ob.cit.*, página 186

B) Por otro lado, en materia de seguros, se habla que el desarrollo de las mismas constituye causa para suprimir a la figura en virtud de que en el contrato de seguro se incluye cláusula al respecto, teniendo con esto una relación entre aseguradores del buque, y de la carga; ciertamente constituye una relación a través de la cual se pueden crear obligaciones, pero hay que tomar en cuenta de que no existe disposición legal, que obligue a las partes integrantes de la aventura, a asegurar los bienes que han de constituir objeto de la travesía, por lo tanto "es sorprendente constatar que un número no reducido de embarcadores no asegura su carga. Luego entonces la avería común no podría constreñirse a una relación estricta de aseguradores entre sí".(220)

Por otro lado, el seguro no es la base fundamental de las averías, puesto que estas pueden tener existencia a través de una regulación propia, por tanto el seguro supone a la avería pero no la sustituye "...el seguro no es ni será nunca más una institución de superposición -valga la palabra- , que, lejos de hacer inútiles las demás instituciones jurídicas, implica, por el contrario, su existencia". (221)

C) Como señala Alvarez del Castillo, uno de los argumentos más fuertes en favor de la supresión de la avería común, lo constituye aquel que se basa en los inconvenientes que el ajuste de los mismos trae consigo.(222)

Quienes esto postulan se quejan de que el ajuste es un proceso contable de gran complejidad, largo y costoso.

(220) Ibidem, página 187

(221) DANJON Daniel, ob.cit., página 292

(222) CASTRO ESTRADA Alvaro, ob.cit., página 188.

Teniendo en la práctica un carácter tan complejo, es de tomarse en cuenta, que deben realizarse estudios para simplificar su procedimiento, y no mantenerse en la idea de suprimir la institución.

D) En la actualidad la liquidación de la Averfa Gruesa podría durar varios años y en los casos que afectaban a miles de propietarios de la carga diferentes podría requerir hasta diez años y gastos exorbitantes. Las demoras y los costos del proceso son causa de muchas quejas de las partes interesadas. (223)

E) A los países en desarrollo se les presentaban problemas adicionales que podían ocasionar más complicaciones y demoras: El ofrecimiento de garantías y la recaudación de las contribuciones a la Averfa Gruesa. (224).

F) Falta de uniformidad en la interpretación de las Reglas de York y Amberes.

G) Otro factor importante, es la carencia en los conocimientos técnicos correspondientes: En la mayoría de los países en desarrollo no existe la profesión de liquidador de averfías.

Las razones que provocan la crítica a la supresión son muy diversas:

1.-) Los capitanes no siempre declaran la averfa común a tiempo.

(223) Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 13o período de sesiones, ob cit, página 5.

(224) IDEM

2.-) Los armadores no siempre dan aviso inmediato a la existencia de una avería común a sus agentes en puerto y, lo que es peor, a los embarcadores.

3.-) Generalizado desconocimiento de lo que la avería común significa.

4.-) Retraso en la designación de ajustadores e inspectores que deban conocer el hecho.

5.-) Demoras en la recopilación de documentación de seguridad.

6.-) Envío moratorio de documentación del buque a los ajustadores, como son entre otros: bitácora, diario de navegación, pólizas de seguro, conocimientos de embarque, manifiestos de carga, plano de estiba, certificado de navegación, etc.

VENTAJAS

La idea fundamental consiste en intentar realzar el valor jurídico que encierra la institución a través de la descripción o señalamiento de aquellos principios sobre los cuales se sustenta. Principios basados en normas jurídicas, cuyos orígenes se remontan a cientos de años, entendiéndose por ello, desde que surgió el comercio por mar, y ante la necesidad de regular aquellos posibles pérdidas, daños o gastos que se llegaren a realizar durante una travesía marítima. Es por ello que se otorgan méritos a las Reglas de York y Amberes, por ser la primera legislación de carácter internacional a la cual se acogen la mayoría de los países maritimistas; y cuya

tendencia observamos en su evolución ha sido la no supresión de la institución sino a armonizarla con los adelantos técnicos de la navegación.

El uso internacional, es tal vez el argumento más importante para la defensa de la avería común y su práctica en el tráfico transoceánico, ya que sin ella existirían siempre litigios sobre la fijación de responsabilidades en los casos de pérdidas y sacrificios, más aún que los derivados de los siniestros marítimos. (225)

(225) FARÍÑA Francisco, ob.cit., página 489

APENDICE

REGLAS DE YORK Y AMBERES DE 1974

APENDICE

REGLAS DE YORK Y AMBERES DE 1974

En la liquidación de avería gruesa o común, las siguientes Reglas señaladas con letras y números se aplicarán con exclusión de cualquier ley o práctica incompatibles con ellas.

Excepto en lo estipulado en las Reglas numeradas, la avería común será liquidada de acuerdo con las reglas señaladas con letras.

Regla A. Existe un acto de avería común solamente cuando se ha realizado o contraído, intencionada y razonablemente cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en un común riesgo marítimo.

Regla B. Los sacrificios y gastos de avería común serán soportados por los diversos intereses contribuyentes, sobre las bases determinadas a continuación.

Regla C. Solamente aquellos daños, pérdidas o gastos que sean consecuencia directa del acto de avería común, serán admitidos como avería común.

Las pérdidas o daños sufridos por el buque o por la carga a consecuencia de retrasos, ya sea en el viaje o posteriormente, tales como demoras y cualesquiera pérdida indirecta, así como las diferencias de cotizaciones, no serán admitidas en avería común.

Regla D. Los derechos a la contribución en avería común no serán afectados, aun cuando el acontecimiento que dio lugar al sacrificio o gasto pueda haber sido debido a la falta de una de las partes en la aventura; esto no perjudicará a cualesquiera acciones que puedan entablarse contra dicha parte en razón de tal falta.

Regla E. La prueba de que una pérdida o un gasto reclamado debe ser admitido en avería común, incumbe a la parte que reclama tal admisión en avería común.

Regla F. Cualquier gasto extraordinario producido en sustitución de cualquier otro que hubiera sido aceptado en avería común, será considerado como avería común y así admitido sin tener en cuenta lo ahorrado a otros intereses, si los hubiera, pero solamente hasta el importe del gasto de avería común evitado.

Regla G. La liquidación de avería común se establecerá, tanto para la estimación de la pérdidas como para la contribución, con arreglo a los valores en el momento y lugar donde y cuándo termina la aventura.

Esta regla no afecta a la determinación del lugar donde deba practicarse la liquidación de la avería común.

Regla I Echazón de mercancías. Ninguna echazón de cargamento sea aceptada como avería común, a no ser que tal cargamento se transporte de acuerdo con las reconocidas prácticas comerciales.

Regla II Daño causado por echazón y sacrificio para la seguridad común. Será admitida como avería común el daño causado a un buque y a la carga, o a cualquiera de ambos, a consecuencia de un sacrificio hecho por la seguridad común o por el agua que penetra por las escotillas abierta o cualquier otra abertura practicada con el objeto de efectuar una echazón para la seguridad común.

Regla III Extinción de fuego a bordo. El daño causado a un buque y a su cargamento, o a cualquiera de ellos, por agua o por otra causa incluso la que se produzca al varar o hundirse un buque, será admitido en avería común cuando tenga por finalidad extinguir un fuego a bordo; sin embargo, no se afectará abono alguno por el daño ocasionado por hundo o calor, cualquiera que fuese su causa.

Regla IV Corte de restos. La pérdida o daño causado por cortar los restos o partes del buque que previamente hayan sido arrancados, o que se hayan perdido por accidente no será admitidos en avería común.

Regla V Varadura voluntaria. Cuando un buque es varado intencionalmente para la seguridad común, con independencia de si hubiese o no encallado forzosamente, la pérdida o daño que de ello se derive será admitido en avería común.

Regla VI Remuneraciones por asistencia o salvamento. Los gastos en que hayan incurrido las partes comprometidas en la aventura a causa de una asistencia o salvamento que se realicen mediante contrato o de otra forma, serán admitidos en avería común en la medida en que dichas operaciones tengan por objeto preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima común.

Regla VII Daños causados a las máquinas y calderas. El daño que se cause a toda máquina y calderas de un buque que se encuentre encallado y en situación de peligro, siempre y cuando sea con la finalidad de ponerlo a flote, se admitirá en avería común. Deberá demostrarse que el daño proviene de un acto realmente intencionado de poner a flote el buque para la seguridad común; cuando un buque este a flote, ninguna pérdida o daño causado por el funcionamiento de los elementos de propulsión y calderas será admitido en avería común bajo ningún concepto.

Regla VIII Gastos de alijo de un buque varado y daños consiguientes.

Cuando un buque esta varado y se procede a la descarga del cargamento, provisiones y combustible del mismo, o de cualquiera de ellos, en circunstancias tales que esa medida constituya un acto de avería común, los gastos extraordinarios de alijo, alquiler de gabarras y reembarque, así como las pérdidas o daños que resulten por tal motivo, serán admitidos en avería común.

Regla IX Objeto del buque y provisiones quemadas como combustible. Los efectos y provisiones del buque, o cualquiera de ellos, que en caso de peligro haya sido preciso quemar como combustible para la seguridad común, serán admitidos en avería común cuando, y solamente cuando, el buque se hubiera aprovisionado suficientemente de combustible para el viaje que realiza, pero el importe del mismo que hubiera sido consumido, calculado al precio corriente en el último puerto de salida del buque y en la fecha de la partida, será acreditado a la avería común.

Regla X Gastos en puerto de refugio, etc.

a. Cuando un buque haya entrado en puerto o lugar de arribada forzosa, o haya vuelto a su puerto de origen o lugar de carga a causa de accidente, sacrificio u otras circunstancias extraordinarias que exijan esa determinación para la seguridad común, los gastos de entrada en tal puerto o paraje serán admitidos como avería común; y cuando el buque vuelva a salir nuevamente, con todo o parte del cargamento primitivo, los gastos correspondientes de salida de tal puerto o lugar, que sean consecuencia de la entrada o retorno, serán asimismo admitidos en avería común.

Cuando un buque se encuentre en un puerto o lugar de refugio y haya de ser trasladado necesariamente a otro puerto o lugar, debido a que las reparaciones no pueden efectuarse en el primer puerto o lugar, las estipulaciones de esta Regla serán de aplicación al segundo puerto o lugar, como si se tratara de un puerto o lugar de refugio, y los gastos de tal traslado, incluyendo las reparaciones provisionales y el remolque, se admitirán en avería común. Las estipulaciones de la Regla XI se aplican a la prolongación del viaje producida por aquel traslado.

b. Los gastos de manipulación a bordo o descarga del cargamento, combustible o provisiones, ya sean en un puerto o lugar de carga, de escala o refugio, se admitirán en avería común cuando la manipulación o descarga fuéren necesarias para la seguridad común, o para permitir reparar las averías causadas al buque por sacrificio o accidente, si tales reparaciones fueran necesarias para proseguir el viaje con seguridad; serán una excepción aquellos casos en que la avería del buque se descubre en un puerto o lugar de carga o de escala, sin que haya ocurrido ningún accidente o circunstancia extraordinaria durante el viaje en relación con tal avería. Los gastos de manipulación del cargamento a bordo o la descarga del cargamento, combustible o provisiones no se admitirán en avería común cuando se haya incurrido en ellos únicamente con el fin de reestibarlos a consecuencia de cualquier alteración en la estiba sobrevenida durante el viaje, a menos que tal medida sea necesaria para la seguridad común.

c. Siempre que los gastos de manipuleo o descarga del cargamento, combustible o provisiones se admitan en avería común, los gastos de almacenaje, incluyendo los del seguro, contraídos razonablemente, el reembarque y la estiba de dicha carga, combustible o provisiones, serán igualmente admitidos en avería común. Pero si el buque es condenado o no prosigue su viaje original, los gastos de almacenaje serán admitidos en avería común solamente hasta la fecha de la condena del buque, o la del abandono del viaje, o bien, hasta que fecha de la terminación de la descarga, si la declaración de la condena o abandono del viaje se produce antes de dicha fecha.

Regla XI Salarios y manutención de la tripulación y otros gastos ocasionados para llegar a un puerto de refugio, etc.

a. Los salarios y manutención devengados razonablemente por el capitán, oficiales y tripulantes, así como el combustible y los aprovisionamientos consumidos durante la prolongación del viaje, ocasionados por la entrada de un buque en un puerto o lugar de refugio, o por su retorno al lugar de carga, serán admitidos en avería común, siempre y cuando los gastos de entrada de dicho puerto o lugar se admitan en la misma forma, de conformidad con la Regla Xa).

b. Cuando un buque haya entrado o sido detenido en un puerto o lugar, a consecuencia de accidente, sacrificio u otras circunstancias extraordinarias que hagan esto necesario para la seguridad común, o para permitir que se repare el daño causado al buque por sacrificio o accidente, si las reparaciones fuesen necesarias para proseguir el viaje con seguridad, los salarios y manutención del capitán, oficiales y tripulantes, abonados razonablemente durante el período extraordinario de detención en tal puerto o lugar, hasta que el buque este o hubiera debido estar listo para continuar su viaje, serán admitidos en averfa común.

Sin embargo, cuando las averfias del buque se descubran en un puerto o lugar de carga o de escala, sin que ningún accidente u otra circunstancia extraordinaria en relación con estas averfias se haya producido durante el viaje, entonces los salarios y manutención del capitán, oficiales y tripulación, así como el combustible y provisiones consumidos durante el período extra de detención con motivo de las reparaciones de las averfias así descubiertas, no serán admitidas en averfa común, aun en el caso de que las reparaciones sean necesarias para continuar con seguridad el viaje.

Cuando el buque sea condenado o no continúe con su viaje original, los salarios y manutención del capitán, oficiales y tripulación y el combustible y provisiones consumidos, se admitirán en averfa común solamente hasta la fecha en que el buque haya sido condenado, o la del abandono del viaje, o hasta la fecha de terminación de la descarga del cargamento, en el caso de condena del buque o abandono del viaje antes de esa fecha.

El combustible y aprovisionamientos consumidos durante el período extraordinario de detención, se admitirán como averfa común, a excepción del combustible y provisiones que se hayan consumido en la ejecución de las reparaciones no admisibles en averfa común. Los gastos de puerto devengados durante el período extraordinario de detención serán igualmente admitidos como averfa común, excepto los gastos que se hayan devengado únicamente por razón de reparaciones no admisibles en averfa común.

c. Para los efectos de ésta y de las demás Reglas, los salarios incluirán todos los pagos hechos al capitán, oficiales y tripulantes, o en su beneficio, tanto si tales pagos son impuestos por la ley a los armadores, como si resultan de las condiciones o cláusulas de los contratos de trabajo.

d. Cuando se paguen horas extraordinarias el capitán, oficiales y tripulantes, a causa del entretenimiento del buque o para reparaciones cuyo costo no sea admisible en avería común, tales horas extraordinarias se admitirán en avería común solo hasta el límite de la economía realizada en los gastos que se habrían efectuado y admitido como avería común si no hubiera sido por dichas horas extraordinarias.

Regla XII Daño causado al cargamento en la descarga, etc. Las pérdidas o daños sufridos por el cargamento, el combustible o las provisiones, al trasladarlos, almacenarlos, reembarcarlos o estibarlos, serán abonados en avería común cuando, y solamente cuando, el costo de las respectivas operaciones sea admitido como avería común.

Regla XIII Deducciones del costo de las reparaciones. Las reparaciones que se admitan en avería común no estarán sujetas a deducciones por diferencias de "nuevo a viejo", cuando el material viejo se sustituya por el nuevo en su totalidad o en parte, a menos que el buque tenga mas de 15 años, en cuyo caso la deducción será de un tercio. Las deducciones se regularán por la edad del buque, a contar desde el 31 de diciembre del año en que se terminó su construcción, hasta la fecha en que se produjo el acto de avería común excepto por lo que respecta a aislamientos, botes salvavidas y similares, aparatos y equipo de comunicación y navegación, máquinas y calderas, para los cuales las deducciones se regularán según la edad de las partes particulares a que se apliquen.

Las deducciones se efectuarán solamente sobre costo del nuevo material o de sus partes, una vez terminados y listos para ser instalados a bordo.

Ninguna deducción se hará respecto a provisiones, pertrechos, anclas y cadenas.

Los gastos de dique, de varadero y de movimiento del buque, se abonarán en su totalidad.

Los gastos de limpieza, pintura o carenado no se admitirán en avería común, a menos de que los fondos hayan sido pintados o carenados dentro de los doce meses anteriores al acto de avería común, en cuyo caso dichos gastos se admitirán por mitad.

Regla XIV Reparaciones provisionales. Cuando a un buque se le efectuen reparaciones provisionales para la seguridad común o por daño causado en sacrificio de avería común, ya sea en un puerto de carga, de escala o de refugio, el costo de tales reparaciones será admitido en avería común.

Cuando se efectuen reparaciones provisionales de un daño por accidente fortuito, únicamente con el fin de poder terminar el viaje, el costo de estas reparaciones será admitido como avería común sin tener en cuenta la economía para otros intereses, si la hubiese, pero solamente hasta alcanzar la suma economizada de gastos que se hubieren devengado y abonado en avería común, si tales reparaciones no se hubieran efectuado en aquel lugar.

No se hará deducción alguna por diferencia de "nuevo a viejo" en el costo de las reparaciones provisionales que se abonen en avería común.

Regla XV Pérdidas de flete. La pérdida de flete resultante de una pérdida o daño del cargamento, será bonificada en avería común, tanto si es causada por acto de avería gruesas como si la pérdida de daño del cargamento se abonara en tal forma.

Del importe del flete bruto perdido, se deducirán los gastos en que el propietario del mismo hubiese incurrido para percibirlo, pero que no ha devengado por causa del sacrificio.

Regla XVI Valor que debe admitirse para la carga pérdida o avería por sacrificio. El valor que debe admitirse en avería común por daño o pérdida de carga sacrificada por este hecho, será el importe de la pérdida sufrida basado en el precio en el momento de la descarga, establecido mediante la factura comercial entregada al receptor; a falta de tal factura, en base al valor del embarque. El precio en el momento de la descarga incluirá el costo del seguro y flete, salvo que este flete no este en riesgo para la carga.

Cuando una mercancía así averiada sea vendida y el importe del daño no se haya convenido de otra forma, la pérdida que se admitirá en avería común será la diferencia entre el producto neto de la venta, y el valor neto de las mercancías en estado sano, computándose este en la forma establecida en el párrafo primero de esta Regla.

Regla XVII Valores contribuyentes. La contribución a la avería común se establecerá sobre los valores netos reales de las propiedades a la determinación de la aventura, salvo que el valor del cargamento acreditado sea el del momento de la descarga, este mediante la factura comercial entregada al receptor; a falta de tal factura, mediante el valor del embarque. El valor de la mercancía incluirá el costo del seguro y el flete, salvo que el flete no este en riesgo para la carga y previa deducción de las pérdidas o averías sufridas por la mercancía antes o durante la descarga. El valor del buque será estimado sin tomar en consideración el beneficio o detrimento que pueda representar cualquier contrato del fletamento por tiempo o casco desnudo al que este sujeto el buque.

A estos valores se añadirá el importe de las propiedades sacrificadas admitido en avería común, si no esta ya incluido. Del flete y del precio del pasaje en riesgo serán deducidos los gastos y remuneración de la tripulación que no se hubieran devengado para ganar el flete, si el buque y la carga se hubieran perdido totalmente en el momento del acto de avería común y hayan sido admitidos en avería común. Igualmente se deducirán del valor de las propiedades todos los gastos extras relativos a ellas, incurridos con posterioridad al acaecimiento que da lugar a la avería común, excepto cuando los mismos se admitan en avería común.

Cuando un cargamento es vendido en el curso del viaje, contribuirá con el producto neto de la de la venta en avería común.

Los equipajes de los pasajeros y los efectos personales que no hayan sido embarcados bajo conocimiento de embarque, no contribuirán a la avería común.

Regla XVIII Averías al buque. El importe que se admitirá en avería común por daño o pérdida sufridos por el buque, sus máquinas y/o aparejos, cuando sean consecuencia de un acto de avería común, será el siguiente:

a) En caso de reparación o renovación, el costo real y razonable de reparar o renovar el daño o pérdida que procedieren, de acuerdo con la Regla XIII; y

b) Cuando no se repare o renueve, la depreciación razonable derivada de tal daño o pérdida, pero que no exceda del costo de las reparaciones.

No obstante, cuando el buque se pierde totalmente o el costo de las reparaciones del daño excediera el valor del buque una vez reparado, el importe que se admitiera en avería común será la diferencia entre el valor estimado del buque en estado sano, despues de deducir el costo estimado de las reparaciones que no sean admisibles en avería común y el valor del buque en estado sano de avería; este valor puede ser determinado por el producto neto de su venta, si la hubiere.

Regla XIX Mercancías no declaradas o falsamente declaradas. Los daños o pérdidas sufridos por las mercancías cargadas sin reconocimiento del armador o de su agente, o por las que intencionalmente hubiesen sido objeto de una falsa declaración en el momento del embarque, no se abandonaran en avería común, pero tales mercancías estarán sujetas a la correspondiente contribución si se salvaren.

Las pérdidas y daños causados a las mercancías que hayan sido falsamente declaradas con un valor mas bajo que efectivo, se abandonarán sobre la base del valor declarado, pero contribuirán con su valor real.

Regla XX Adelanto de fondos. Se admitirá en avería común una comisión del 2% sobre el importe de los desembolsos de avería común, distintos de los salarios y manutención del capitán, oficiales y tripulantes, y del combustible y provisiones que no hayan sido reemplazados durante el viaje; pero cuando algunos de los contribuyentes interesados no haya suministrado su parte, los gastos en que se incurra para obtener los fondos necesarios, por medio de un préstamo a la gruesa o de otra manera, o la pérdida sufrida por los propietarios de la mercancía vendida a tal fin, serán admitidos en avería común.

El costo del seguro de las cantidades adelantadas para pagar los gastos de avería común serán igualmente admitidos en tal forma.

Regla XXI Interés sobre las pérdidas abonadas en avería común. Sobre el importe de los gastos, sacrificios y bonificaciones admitidos en avería común, se abonará un interés al tipo del 7% anual hasta la fecha de la liquidación de avería común, debiendo tener en cuenta los reembolsos que hayan sido hechos en ese intervalo por los contribuyentes interesados, o suministrados por el fondo de depósitos de avería común.

Regla XXII Inversión de los depósitos en efectivo. Cuando sean aceptados depósitos en efectivo para garantía de la contribución que corresponda a la carga en el reparto de avería común, gastos de salvamento y otros gastos especiales, estos depósitos deberán ser depositados sin dilación alguna en una cuenta especial, abierta conjuntamente a nombre de un representante designado por el armador, y de un representante designado por los depositantes, en un banco convenido por ambas partes. La suma depositada, juntamente con los intereses acumulados, si los hay, se conservarán como garantía para el pago de las partes acreedoras al efecto, de los gastos de avería común, salvamentos especiales, pagaderos por la carga y en atención a los cuales se han constituido los depósitos. Estos depósitos y pagos o devoluciones serán sin perjuicio de la responsabilidad definitiva de las partes.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- Considero que si la avería común es una institución concebida y conceptualizada dentro del marco del Derecho Marítimo como una figura de carácter trascendental e internacional, es de vital importancia para la Legislación Mexicana, que se consigne en forma expresa la definición de la avería particular en la Ley, con el objeto de poder concebir la diferencia que existe entre ésta y la definición de la Avería Común: importancia en virtud de que ante una situación que surja como consecuencia de un acto de avería, las autoridades marítimas con fundamento en la Ley, podrán determinar en que supuesto se colocan los actos realizados.

2.- La avería gruesa, son los daños o menoscabo que sufre el buque o las mercancías, así como todo gasto extraordinario que se verifique durante la navegación, con el propósito de conservar las propiedades de la aventura marítima en forma conjunta o separada, comprometidas en un común riesgo marítimo. La avería común o gruesa refleja, acertadamente los principios jurídicos básicos como son la justicia y la equidad, la equidad constituye un imperativo, al momento de contribuir, ya que se requiere que los que han sufrido daños o pérdidas no resientan gravemente de los actos realizados en momentos de peligro, puesto que los que han visto salvadas sus propiedades participarán equitativamente conforme al beneficio obtenido en el proceso de liquidación de averías; lo justo del acto de avería común consiste en que los beneficiados con las medidas tomadas contribuyan en proporción al beneficio recibido.

3.- Corresponde al capitán, única y exclusivamente, decidir la realización de los sacrificios o gastos de naturaleza extraordinaria, que se susciten durante la expedición marítima, entendiéndose por ella desde su carga y salida del buque, hasta el momento en que buque y cargamento están expuestos a un peligro común marítimo; ya que es el capitán a quien le corresponde invocar la existencia de un beneficio común.

4.- Debe ser clasificado como avería común la reexpedición de mercancías en buques distintos al que se realizó la expedición, ya que el objeto de toda travesía es que el buque y el cargamento lleguen a buen fin, no importando en su caso la utilización de otros medios ya que lo que debe observarse es el resultado de un beneficio común.

5.- Como se encuentra asentada la definición de avería común en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, la misma considera el elemento de deliberación previa como necesario, siendo que en momentos de peligro constituye un elemento innecesario, ya que no es posible considerar que el capitán, piloto y demás oficiales se reúnan a discutir la ejecución de determinados actos, ante la presencia de graves peligros que pueden verse repercutidos en el buque, flete o mercancías. Es por ello que el elemento anteriormente mencionado no se encuentra acorde con la realidad, por lo que debiera suprimirse de la definición, por no constituir condición necesaria para que llegue a producirse la avería común.

6.- Para evitar la intrascendente situación de deliberación previa, el capitán está obligado en cuanto pueda, una vez realizado el acto de avería común, a asentar en el libro oficial de navegación, la fecha, hora y lugar del suceso, las razones y motivos de sus decisiones, así como las medidas tomadas sobre estos hechos. Esto constituirá un medio de prueba más eficaz que la condición de deliberación previa, para considerar el acto como avería común.

7.- De los calificativos que se le dan a la palabra peligro, la más acertada, es la que se refiere a la de ser un peligro conocido y real, ya que no se puede causar daños o gastos al buque o a las mercancías con fundamento en un temor, ya que la salvación de las propiedades comprometidas en una aventura marítima, implica necesariamente la existencia de un peligro, y no sería posible considerar que el peligro fuese inminente, ya que ante la inminencia o gravedad del peligro, podrían resultar más gravosos los daños o gastos, puesto que no permitiría la actuación planeada para evitar el menor número de daños posibles, es por ello que desde que se tiene conocimiento del peligro existen mayores opciones para la realización de estrategias de salvamento que permitirán que se ocasione el menor número de daños o gastos posibles.

8.- No es condición indispensable considerar como requisito para poder encuadrar un acto de avería común, el que su resultado sea útil, porque podría darse el caso de que la acción ejecutada no diera los resultados deseados, pero en el proceso de salvamento de las propiedades comprometidas, se pusiera en práctica la realización del beneficio común al considerar que el ánimo del capitán es salvaguardar el interés común; es decir, de realizar actos considerados como razonables por sí mismos y por las circunstancias en que se realicen para salvar buque y mercancías, por lo tanto, deben considerarse como avería común ya que así lo exige la razón y equidad.

9.- De los distintos ordenamientos jurídicos y en análisis del derecho comparado, se tomaron ciertos elementos, cuya trascendencia jurídica consiste en darle el valor que se merece la institución a través de la aportación de elementos que no se contemplan en nuestra legislación y que servirán como base para esquematizar una definición legal más amplia y cuya inclusión en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, permitirá solucionar conflictos o lagunas sobre la figura existente. Se tomó en principio, aquella que se refiere al momento en que verifique el acto de avería; todo daño, menoscabo o gasto extraordinario "que se sucite desde su embarque y salida hasta su desembarque en el lugar de destino".

Otra expresión que es digna de tomarse en cuenta es aquella que aclara la situación sobre si el acto que se realice en beneficio de la comunidad de intereses recaerá solamente sobre buque o mercancías. A mi consideración, no debe tomarse una decisión tan enérgica puesto que en la práctica suele presentarse que los daños o gastos que se originen por un acto de avería pueden presentarse tanto en el buque como en las mercancías o en ambas cosas a la vez.

10.- Por lo que se refiere al fundamento jurídico, la comunidad de intereses constituye el objeto principal de la aventura marítima, ya que la relación jurídica creada por el transporte de mercancías, entre el naviero y los cargadores al llevarse a cabo una expedición marítima, persigue la realización del beneficio común, es decir, el compartir los prósperos y adversos sucesos. La anterior situación constituye el factor primordial para que el capitán ejecute aquellos actos tendientes a evitar el mayor número de pérdidas o gastos.

11.- La avería común o gruesa refleja acertadamente los principios jurídicos básicos como son la justicia y la equidad; la equidad constituye un imperativo al momento de contribuir, ya que se requiere que los que han sufrido daños o pérdidas no resentan gravemente de los actos realizados en momentos de peligro, puesto que los que han visto salvadas sus propiedades deberán contribuir en proporción al beneficio obtenido.

12.- La importancia y trascendencia jurídica de las averías gruesas exige que su regulación se realice a través de un cuerpo normativo de carácter internacional, cuyo contenido este en constante estudio y actualización; hablo sin duda de las Reglas de York y Amberes. Es por ello que invoco a que se incluya en la Ley de Navegación y Comercio Marítimos el precepto que señale lo siguiente: "Los actos y contribuciones que se realicen en relación a la avería común se rigen, salvo pacto en contrario, por las Leyes de York y Amberes que constituyen los usos y costumbres internacionales".

13.- Cuando se produzca un acto de avería común, constituye obligación entre las partes el firmar un compromiso de averías, antes de que la mercancía les sea entregada, esto es con el objeto de tener seguridad jurídica de que contribuirán al acto de avería común.

14.- En garantía del pago, las partes que han de contribuir pueden cumplir con su obligación a través de la entrega de una fianza, o de un depósito en efectivo, a falta de poder dar cumplimiento a este requisito, el capitán tiene un derecho de retención sobre las propiedades contribuyentes hasta que se de cumplimiento a la obligación.

15.- No debe descartarse la posibilidad de que después de realizado el acto de avería, se realicen posteriormente actos sucesivos y cuya fuente es el acto original, mismos que deben ser tomados en cuenta en relación al acto que les dió origen, es decir, ser considerados también como averías comunes.

16.- Las acciones derivadas de la avería común prescriben en un año, y éste empieza a transcurrir a partir del día de la llegada del buque al primer puerto de descarga de la mercancía, pero cuando ha sido firmado un compromiso de contribución, dicha prescripción se ampliará a cinco años.

17.- El valor jurídico de la institución de avería común lo constituye el bien a tutelar, que no es otro que el bien común y cuya naturaleza jurídica encierra principios jurídicos básicos cuya aplicación es necesaria e inherente, estos principios son la justicia y la equidad.

18.- La mayor ventaja que tiene la institución de las averías gruesas, es que su aplicación se puede basar en el uso internacional ya que sus principios basados en normas jurídicas se remontan hasta los orígenes mismos de la navegación.

19.- Para concluir sólo resta señalar, que actualmente nuestra legislación no regula ampliamente a la figura de la Avería Común, es por ello que prevalece el propósito, de que el presente trabajo sirva como medio y que provoque en el ánimo de los Legisladores, para que regulen sobre ésta materia.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ASOCIACION ARGENTINA DE DERECHO MARITIMO. Jornadas sobre derecho de la navegación, Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación de la Universidad de Buenos Aires, Ed. DEPALMA, Buenos Aires 1961.

AZUNI DOMINGO, Alberto. Sistema universal de los principios del Derecho Marítimo de la Europa (traducción por el Dr. Rafael de Rodas), Tomo I, Madrid 1803.

BENGOLEA ZAPATA, Jorge. Temas de derecho de la navegación, Ed. Librería jurídica Valerio Abeledo, Buenos Aires 1957.

BIANCHETTI G. B., Le averie común, stabilimento tipográfico s, Butulo, Génova, 1942.

BRUNETTI, Antonio. Derecho Marítimo privado italiano; (versión española anotada por R. Gay de Montella), Tomo III, 2a. parte, Ed. BOSCH, Barcelona, 1951.

BUGLAS LESLIE J., Avería gruesa y Reglas de York-Amberes 1974; legislación americana práctica, editada por Cornell Maritime Press, INC., Cambridge, Maryland, 1974.

CASTRESANA HERRERO, Amelia. El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca España, 1982.

CERVANTES AHUMADA, Ray. Derecho Marítimo, Ed. Herrero, México D.F., 1970.

CESPEDES DEL CASTILLO, Guillermo. La avería en el comercio de Indias, serie la, número 9, Ed. Escuela de Estudios Hispanoamericanos de la Universidad de Sevilla, 1945.

DANJON, Daniel. Traite de Droit Maritime , segunda edicion, Ed. Societé Anonyme du reveil Sirey, Tome Troisième, París, 1927.

DANJON, Daniel. Tratado de Derecho Marítimo; (Traducción de Luis de Aguirre Fanaique), Tomos III y IV, 1a. ed., Ed. REUS, Madrid, 1936.

DE AZCARRAGA, Jose Luis. Legislación Internacional Marítima, editada por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas-Ministerio de Marina, Madrid, 1955.

DIEZ MIERES, Alberto. Derecho de la navegación, Tomo II, Ed. Librería Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1954.

FARIÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, Tomo I, 2a. ed., Ed. BOSCH, Barcelona, 1955.

FARIÑA, Francisco. Derecho Comercial Marítimo, Tomo III, 2a ed., Ed. BOSCH, Barcelona 1956.

FARIÑA GUITAN, Francisco. El transporte marítimo y sus sistemas de responsabilidad, Madrid 1959.

GARIBI UNDABARRENA, José María. Derecho Marítimo Práctico, editada por la Oficina Central Marítima, Madrid 1958.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil Marítimo, Tomo II, 6a. ed., Ed. Porrúa, México, 1977.

GONZALEZ LEBRERO, Rodolfo A., Manual de derecho de la navegación, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1972.

H. POURTATE Carlos y A. GALARRAGA, Carlos. La avería gruesa en la legislación inglesa, sección de publicaciones del seminario de ciencias jurídicas y sociales, Buenos Aires, 1940.

HERMIDA HIGUERAS, Luis. La Avería Común Según las Reglas de York y Amberes, Ed. Hecograbado Arte, S.A; Bilbao, 1957.

HERNANEZ BARANDA, Francisco. Derecho Mercantil Marítimo. Madrid, 1933.

HERNANDEZ YZAL, Santiago. Derecho Marítimo, Tomo II, Ed. Cadi, Barcelona España, 1969.

MALVAGNI, Atlio. Curso de Derecho de la Navegación, 2a ed., Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1950.

OLVERA DE LUNA, Omar. Manual de Derecho Marítimo, Ed. Porrúa, México, 1981.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael; Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.

RIPERT, Georges. Compendio de Derecho Marítimo; (traducción Pedro G. Sn. Martin), Ed. TEA, Buenos Aires, 1954.

RIPERT, Georges. Derecho Marítimo, Tomo III, 4a ed., Ed. Rousseau, París, 1953.

VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuricidad y Justificación, Ed. Porrúa, S.A; 2a ed., México, 1986.

OTRAS FUENTES

CASTRO ESTRADA, Alvaro. Consideraciones en torno a la avería común, México 1981 238 hojas. Tesis (Lic. en Derecho) Escuela Libre de Derecho.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, Ed. ESPASA-CALPE, Madrid, 1970.

SALGADO Y SALGADO, José Eusebio. Apuntes de derecho marítimo, ENEP ACATLAN, México, 1990.

DOCUMENTOS

Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 13o Período de Sesiones (TD/B/C.4/JSL/58).

Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 13o Período de Sesiones (TD/C.4/ISL/59).

LEGISLACION

CODE DE COMMERCE ALLEMAND, ET AUTRICHIEN, Traduction Francaise par Michel DOUCET, París, EDITION A PEDONE, 1949.

CODE DE LA NAVIGATION DE L'ITALIE, París, Traduit de l'italien sous la direction avec un avant-propos et une introduction de RENE RODIÈRE.

CODIGO DE COMERCIO. México, Ed. Porrúa, 49 ed., 1987.

CORNEJO FULLER, Eugenio et al. CODIGO DE COMERCIO, Libro III, de la Navegación y Comercio Marítimos, Santiago Valparaíso, Chile, Anieto Cornejo y Guzmán abogados y liquidadores de averías, 1988.

LEY DE LA NAVEGACION ARGENTINA, Buenos Aires, Ed. ABELEDO-PERROT, 1981.