



**Conferencia
de las Naciones Unidas
sobre Comercio
y Desarrollo**

Distr.
GENERAL

TD/B/C.4/ISL/58
19 de agosto de 1991

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

JUNTA DE COMERCIO Y DESARROLLO
Comisión del Transporte Marítimo
Grupo de Trabajo sobre Reglamentación
Internacional del Transporte Marítimo
13° período de sesiones
Ginebra, 11 de noviembre de 1991
Tema 3 del programa provisional

LA AVERIA GRUESA O COMUN

Estudio preliminar

Informe de la secretaria de la UNCTAD

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 11	1
Resumen y conclusiones	4 - 6	2
Actividades del Comité Marítimo Internacional (CMI) ..	7 - 11	3

Capítulo

Primera parte

I. ANTECEDENTES HISTORICOS	12 - 26	5
A. La génesis de la avería gruesa o común	12 - 15	5
B. Las Reglas de York y Amberes	16 - 26	5

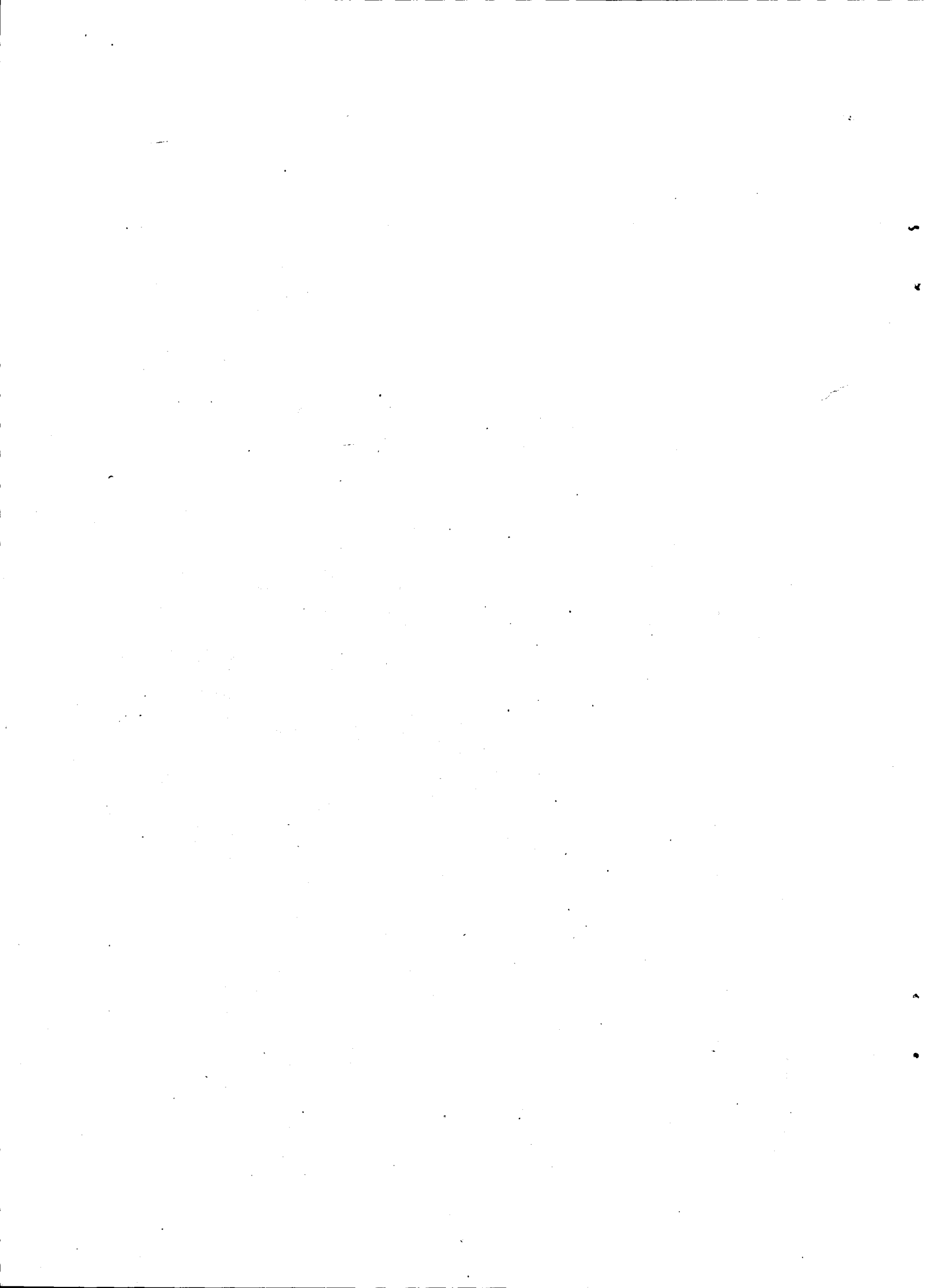
INDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
<u>Primera parte (continuación)</u>		
II. DEFINICION Y PRINCIPIOS GENERALES	27 - 39	8
A. Definición de la avería gruesa o común	27 - 31	8
B. Principios generales de la avería gruesa o común	32 - 39	9
1. Que el sacrificio o gasto sea extraordinario	33 - 34	9
2. Que el acto sea intencional y razonable .	35 - 36	9
3. Que la finalidad sea la seguridad común .	37 - 38	9
4. Que el propósito sea preservar de un peligro	39	10
III. EL ACTO DE AVERIA GRUESA	40 - 57	11
A. El sacrificio de avería gruesa	41 - 52	11
1. Sacrificio de la carga	41 - 44	11
2. Sacrificio del buque	45 - 46	11
3. Sacrificio del flete	47 - 52	12
B. El gasto de avería gruesa	53 - 57	13
IV. LA CONTRIBUCION Y LA LIQUIDACION	58 - 76	15
A. La contribución a la avería gruesa	58 - 68	15
B. La liquidación de la avería gruesa	69 - 76	17
V. LA ACCION DE AVERIA	77 - 89	19
A. El compromiso de resarcimiento de la avería gruesa	80 - 83	19
B. La fianza de los aseguradores	84 - 85	20
C. El aval bancario	86	20
D. El depósito en metálico	87 - 89	20

INDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>		<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
<u>Segunda parte</u>			
VI.	LAS CRITICAS A LA INSTITUCION DE LA AVERIA GRUESA	90 - 129	22
A.	El principio de equidad	103 - 107	27
B.	Garantía de actuación imparcial del capitán en caso de peligro	108 - 118	28
C.	Dilación y gastos	119 - 125	32
D.	Las relaciones entre las partes interesadas .	126 - 129	35
VII.	OTROS SISTEMAS DE REGLAMENTACION JURIDICA DE LA AVERIA	130 - 167	37
A.	Las soluciones posibles	130 - 144	37
B.	Los intereses no asegurados	145 - 149	41
C.	Consideraciones jurídicas	150 - 157	42
	1. La anotación de reservas en los conocimientos de embarque	150 - 154	42
	2. Las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo ..	155 - 157	44
D.	Efectos de la supresión de la institución sobre las partes interesadas	158 - 167	45
<u>Tercera parte</u>			
VIII.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	168 -177	48

Anexo: The York-Antwerp Rules 1974, as amended 1990



**ENCUESTA SOBRE LA CALIDAD Y LA UTILIDAD DE LAS PUBLICACIONES
DE LA UNCTAD Y SOBRE SUS USUARIOS FINALES**

La secretaría de la UNCTAD desea obtener, en el contexto de sus actividades de evaluación de los programas y en respuesta a peticiones intergubernamentales, las opiniones de los usuarios finales, a fin de disponer de información básica que le permita evaluar la calidad, la utilidad y la eficacia de sus informes sobre investigaciones y sus publicaciones, entre otras cosas. Para poder realizar como es debido esa encuesta es de importancia capital que el número de respuestas sea suficiente y por ello le agradeceríamos que se tomara la molestia de responder a las preguntas que figuran a continuación, añadiendo todas las observaciones que desee formular acerca del presente documento.

1. **Título o signatura del documento**
2. **¿Cuándo recibió usted el documento?**
3. **¿Cómo obtuvo usted el documento? (marque la(s) casilla(s) correspondiente(s))**

A través de una misión permanente ante las Naciones Unidas ()	En una librería de las Naciones Unidas ()
En un ministerio o servicio del gobierno ()	En una biblioteca universitaria ()
Directamente de la secretaría de la UNCTAD ()	A petición propia ()
Por haber participado en una reunión intergubernamental de las Naciones Unidas/UNCTAD ()	Por iniciativa de la UNCTAD ()
Por haber participado en un curso o seminario de formación patrocinado por las Naciones Unidas/UNCTAD	De otra manera (indíquela, por favor)
4. **¿Con qué objeto utiliza usted principalmente el documento? (marque la(s) casilla(s) correspondiente(s))**

Formulación de políticas ()	Enseñanza y capacitación ()
Análisis e investigaciones ()	Gestión ()
Legislación ()	Otros (indíquelos, por favor)
Información general ()
5. **¿Cómo valora usted el documento, por lo que se refiere a:**
Su utilidad para su trabajo (marque una casilla)
 Excepcionalmente útil (); Muy útil (); Util (); De utilidad marginal (); Sin utilidad ()
Presentación
Su calidad, en los siguientes aspectos (marque una casilla en cada caso)

	<i>Excepcional</i>	<i>Excelente</i>	<i>Buena</i>	<i>Suficiente</i>	<i>Deficiente</i>
Presentación y legibilidad	()	()	()	()	()
Originalidad de las ideas	()	()	()	()	()
Abundancia de la información	()	()	()	()	()
Actualidad de la información	()	()	()	()	()
Precisión técnica	()	()	()	()	()
Calidad del análisis, incluida su objetividad	()	()	()	()	()
Validez de las conclusiones	()	()	()	()	()
Claridad de las recomendaciones	()	()	()	()	()
Exhaustividad	()	()	()	()	()
6. **Otras observaciones (en caso de haberlas)**

Por último, le agradeceríamos que nos proporcionara la siguiente información :

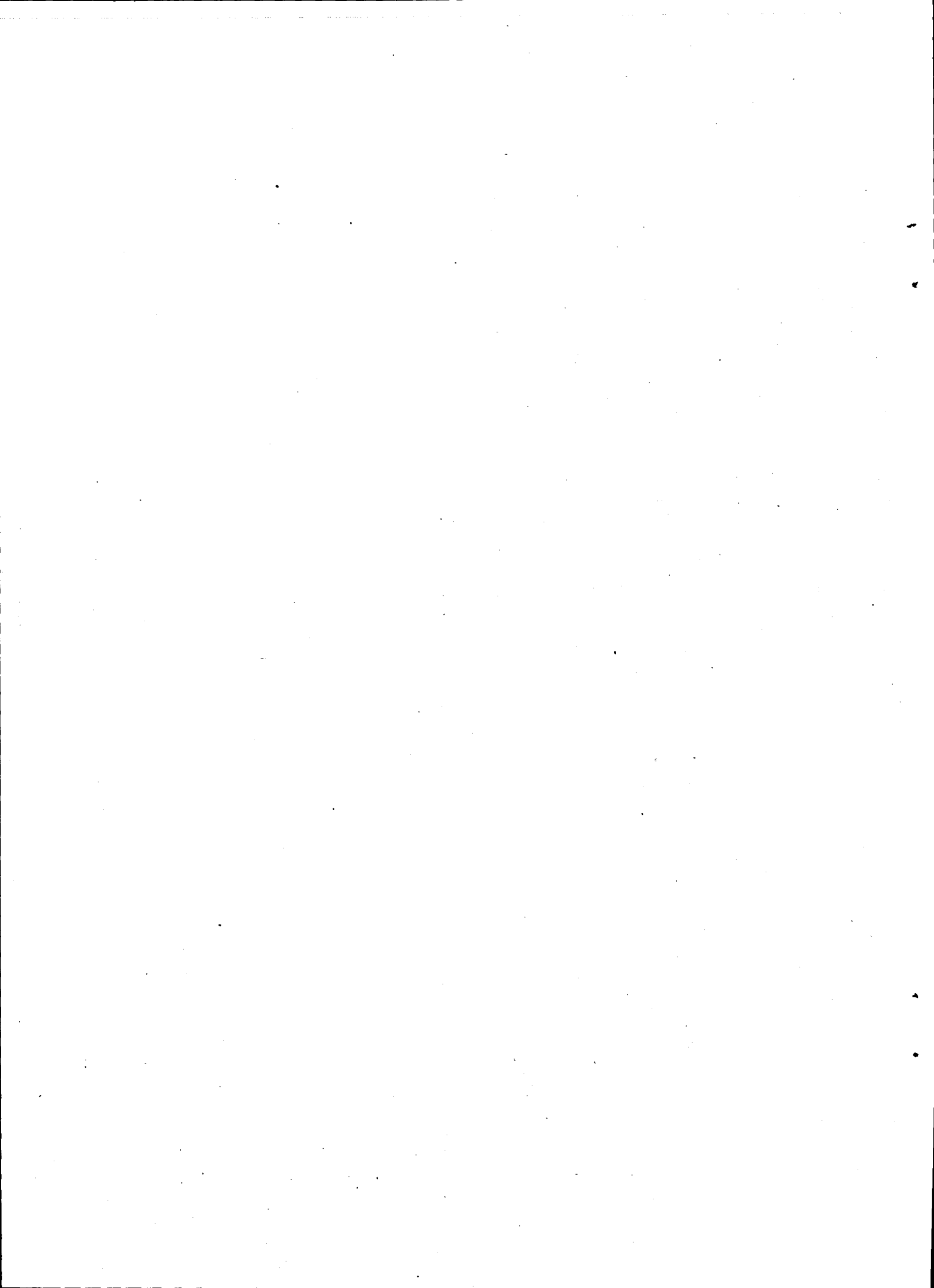
Nombre Lugar de trabajo/Denominación de su función

Dirección

Sus respuestas se destinan al uso interno y se considerarán confidenciales. Le agradecemos su cooperación.

Por favor, envíe el cuestionario a : **DEPENDENCIA DE EVALUACION Y COORDINACION DE LOS PROGRAMAS
DIRECCION EJECUTIVA Y GESTION
CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO
PALAIS DES NATIONS
CH-1211 GINEBRA 10**





INTRODUCCION

1. La Comisión del Transporte Marítimo, en cumplimiento de lo dispuesto en la resolución 14 (II) de la Conferencia, creó en su tercer período de sesiones, por su resolución 7 (III) el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo y recomendó que éste incluyese en su programa de trabajo, entre otros temas, la avería común o gruesa 1/.

2. El Grupo de Trabajo aprobó en su primer período de sesiones, celebrado en 1969, un programa de trabajo en el que figuraba la avería gruesa. Al elaborar su programa de trabajo, el Grupo tuvo a su disposición un informe preparado por la secretaría de la UNCTAD en el que se decía lo siguiente:

"En lo referente a la avería gruesa, el Grupo de Trabajo podría examinar la posibilidad de simplificar los correspondientes trámites, así como las Reglas de York y Amberes, que son difíciles de comprender y más aún de aplicar. La liquidación de averías es un proceso singularmente complicado y prolijo, que repercute en definitiva sobre los aseguradores marítimos que representan los diferentes intereses. Estos aseguradores pertenecen a menudo a diferentes departamentos o filiales de la misma compañía o grupo de seguros. La labor de liquidación es tan difícil que ha pasado a considerarse una función esotérica y para poder realizarla debidamente se emplea un cuerpo especializado de "liquidadores de averías" profesionales altamente calificados. Todo esto resulta costoso y, en definitiva, repercute en los fletes. Otra cuestión que el Grupo de Trabajo quizá considere merecedora de ser estudiada detenidamente es la de si sería ventajoso suprimir totalmente la avería gruesa y dejar que la pérdida recaiga en el que la experimente, es decir, que sea el asegurador del interés correspondiente el que soporte la carga... El Grupo de Trabajo podría llegar a la conclusión de que en vista de la extremada complejidad de las cuestiones estudiadas y en consonancia con la práctica reciente del mercado de los seguros, podría ser aconsejable considerar primeramente la posibilidad de simplificar el trámite de la avería gruesa, para estudiar más adelante la reducción o supresión de las contribuciones en aquellos casos en que se considere que tenga menos valor el principio equitativo de que los beneficiarios se repartan proporcionalmente los gastos hechos en interés común. Es posible que el Grupo de Trabajo desee ocuparse luego de los efectos económicos de situaciones particularmente litigiosas que casi siempre originan dificultades en casos de avería gruesa y en que las prácticas de los diversos Estados difieren entre sí, tal como por ejemplo cuando interviene un "puerto de refugio o de escala." 2/

3. La resolución 49 (X) de la Comisión del Transporte Marítimo, por la que se modificó el programa de trabajo del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo, incluía también la avería gruesa 3/. El Grupo de Trabajo acordó en su 12° período de sesiones celebrado en octubre de 1990, incluir la avería gruesa o común en el programa de su 13° período de sesiones 4/.

Resumen y conclusiones

4. El presente informe preliminar, que ha sido preparado por la secretaría para facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo, no tiene por objeto proporcionar un análisis completo de las leyes o los usos en materia de avería común o gruesa. El informe se divide en dos partes. La primera parte, que se compone de cinco capítulos, contiene un análisis de la institución de la avería gruesa. El capítulo I versa sobre los antecedentes históricos, en particular la génesis de la avería gruesa y los intentos por lograr la uniformidad internacional en esta materia mediante la aprobación de las Reglas de York y Amberes. En el capítulo II se examinan la definición y los principios generales de la avería gruesa, en particular los requisitos que han de cumplirse para realizar el acto de avería gruesa. El capítulo III se refiere a los actos de avería gruesa, que comprenden el sacrificio por avería gruesa de la carga, el buque y el flete, y los gastos de avería gruesa. El capítulo IV versa sobre la contribución a la avería gruesa y la liquidación de la avería gruesa. El capítulo V trata de la acción de avería y la cuestión de la garantía, es decir, el compromiso de resarcimiento o compromiso de averías, la fianza de los aseguradores, el aval bancario y el depósito en metálico. En toda la primera parte del informe se hace remisión, a modo de ejemplo, a las disposiciones de las Reglas de York y Amberes.

5. La segunda parte del informe versa sobre las críticas y justificaciones de la institución de la avería gruesa y sobre los sistemas que alguna que otra vez se han propuesto para sustituirla. Así pues, en el capítulo VI se examinan las críticas que se han dirigido a la institución de la avería gruesa en los últimos cien años, así como los argumentos aducidos a favor del sistema. El capítulo VII trata de los otros sistemas de reglamentación jurídica de la avería que se han propuesto con objeto de eliminar los inconvenientes y problemas de la institución de la avería gruesa o común.

6. La tercera parte contiene las conclusiones y recomendaciones. El informe se refiere, en particular, al estudio de la avería gruesa realizado por el Grupo de Trabajo del Comité Marítimo Internacional (CMI) en 1982, en el que se llegó a la conclusión de que no existía ningún entusiasmo por la reforma de la avería gruesa y que debían buscarse nuevas soluciones en materia de seguros para eliminar los inconvenientes del sistema existente. La conclusión del informe es que sería prematuro que el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo examinara las cuestiones de la simplificación o reforma de la avería gruesa mientras que, como había indicado el Grupo de Trabajo del CMI, los problemas "técnicos y de servicio" no hubieran sido analizados minuciosamente por las empresas de seguros interesadas. Por consiguiente, se recomienda que la secretaría de la UNCTAD, en consulta con el Comité Marítimo Internacional (CMI), se ponga en relación con el sector de los seguros para organizar encuestas entre las empresas de seguros con objeto de determinar si sería posible encontrar nuevas soluciones en el ramo de seguros que permitieran la abolición de la institución de la avería gruesa o común. Si nuevas disposiciones de seguros pudieran, en la práctica proporcionar un sustitutivo más eficiente y menos costoso de la institución de la avería gruesa, habría que estudiar después la mejor forma de proceder a su supresión. Si, por el contrario, las empresas de seguros llegasen a la conclusión, tras un estudio a fondo, de que no hay una solución

de seguros viable, sería apropiado entonces examinar, en una segunda fase, la mejor manera de simplificar, reformar o poner al día la institución de la avería gruesa o común y las Reglas de York y Amberes.

Actividades del Comité Marítimo Internacional (CMI)

7. El interés del CMI por la avería gruesa se remonta a los años anteriores a 1950, cuando inició la revisión de las Reglas de York y Amberes, 1924. Las Reglas revisadas, denominadas "Reglas de York y Amberes, 1950", fueron enmendadas nuevamente por el CMI en 1974.

8. Después de la adopción del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo), el CMI constituyó un Grupo de Trabajo sobre Avería Gruesa encargado de estudiar la "avería gruesa a la luz de las Reglas de Hamburgo". Más tarde se amplió el mandato de ese Grupo de Trabajo para incluir el estudio de la avería gruesa o común sin ninguna restricción. El Grupo de Trabajo preparó en octubre de 1982 un informe en el que se examinaban los usos actuales, sus inconvenientes y problemas, y otras soluciones posibles, en particular su abolición y su sustitución por un sistema de seguros. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que había más posibilidades de resolver los problemas que se planteaban mediante nuevas disposiciones de seguros que mediante otras reformas posibles, bien de los principios en que se basaba la avería gruesa, bien de la normativa legal. Así pues, estimó que, como las posibilidades de reforma jurídica eran escasas, la mejor manera de estudiar el tema sería como problema técnico y de servicio entre empresas de seguros y no por juristas.

9. El Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, 1989, introdujo un nuevo concepto de "compensación especial" pagadera por el propietario del buque al salvador que hubiere efectuado operaciones de salvamento en relación con un buque que directamente o por la naturaleza de su carga constituyese una amenaza de daños al medio ambiente 5/. El Convenio incluye un documento adjunto 6/ en el que se pide al Secretario General de la Organización Marítima Internacional (OMI) que tome las medidas adecuadas para que se enmienden cuanto antes las Reglas de York y Amberes, 1974, con objeto de garantizar que la compensación especial pagadera con arreglo al artículo 14 quede excluida de la avería gruesa. El Secretario General de la OMI, sin embargo, pidió al CMI que tomara las medidas necesarias para modificar las Reglas de York y Amberes, 1974.

10. Así pues, el CMI constituyó un Subcomité Internacional que reformó la Regla VI de las Reglas de York y Amberes, relativa a la asistencia o salvamento. Seguidamente, el proyecto de Regla VI fue aprobado por la Conferencia del CMI celebrada en junio de 1990.

11. Después de la Conferencia, la Asamblea del CMI acordó que el Consejo Ejecutivo estudiase la posibilidad de una revisión más amplia de las Reglas de York y Amberes. El Consejo Ejecutivo del CMI, tras examinar un informe preliminar presentado por el Presidente del Subcomité Internacional encargado de la modificación de la Regla VI de las Reglas de York y Amberes, decidió encomendar a un Subcomité Internacional la tarea de estudiar las leyes sobre

la avería gruesa o común y las Reglas de York y Amberes, y presentar las recomendaciones que juzgase apropiadas sobre la situación de esa normativa legal y la posible necesidad de poner al día o revisar las Reglas de York y Amberes. La secretaria de la UNCTAD ha sido invitada a participar en los trabajos del Subcomité Internacional y se ha previsto establecer entre ambas organizaciones una relación de cooperación con respecto a la labor futura sobre el tema.

Primera parte

Capítulo I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A. La génesis de la avería gruesa o común

12. Salvo prueba en contrario, todas los daños sobrevenidos durante la navegación, o en relación con ella, son soportados por el dueño de la cosa que las ha recibido. La doctrina de la avería gruesa constituye una excepción a ese principio, según la cual cualquier daño causado deliberada y voluntariamente, o cualquier gasto hecho razonablemente, para impedir una pérdida total o más grande está sujeto a contribución por avería gruesa y se distribuye a prorrata entre los propietarios del buque, el flete y la carga de forma que la pérdida se reparta equitativamente entre todos 7/.

13. La aplicación de esta antigua regla de derecho marítimo era conocida de los rodios, cuyas disposiciones sobre la materia (Lex Rhodia de jactu) fueron incluidas en el derecho civil romano e incorporadas así al Digesto de Justiniano, que dice:

"Dispone la Ley Rodia que si para aligerar la nave se hubiesen arrojado al mar unas mercancías, se resarcirá con la contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causó." 8/

14. Este principio, formulado en el derecho romano, pasó a ser parte de muchos sistemas de derecho marítimo en la Edad Media 9/ y fue ampliado e incorporado a la mayoría de los códigos marítimos europeos, llegando hasta el common law de Inglaterra.

15. Aunque la disposición de la Ley Rodia se refiere sólo a la echazón, el principio en ella enunciado se ha considerado suficientemente amplio para ser aplicado a todos los demás casos de daños y gastos causados voluntariamente en beneficio y utilidad común.

B. Las Reglas de York y Amberes

16. El principio de la avería gruesa, cuyo origen se encuentra en la Ley Rodia, fue adoptado en todos los países marítimos y aplicado por sus tribunales, pero en su aplicación los distintos países adoptaron reglas diferentes 10/. Así pues, lo que constituía pérdida de avería gruesa o método de cálculo, o contribución a la pérdida, variaba según los países, cosa que perjudicaba considerablemente a las partes en el comercio marítimo.

17. Hubo intentos por llegar a la uniformidad internacional mediante el establecimiento de algunas normas internacionales sobre la materia. La primera iniciativa en tal sentido, adoptada en 1860 bajo los auspicios de la Asociación Nacional para el Fomento de las Ciencias Sociales, dio lugar a una serie de conferencias internacionales, la primera de las cuales se celebró en Glasgow en septiembre de 1860 11/.

18. La Conferencia de Glasgow aprobó varias resoluciones tendientes a establecer una codificación uniforme del derecho de la avería gruesa para su inclusión en las leyes de todos los países marítimos. A continuación se redactó un proyecto para que fuera examinado en el Tercer Congreso Internacional sobre la Avería Gruesa celebrado en Nueva York en 1864. El Congreso aprobó 11 reglas denominadas "las Reglas de York". Recomendó asimismo que los órganos legislativos de los países interesados estudiaran la posibilidad de promulgarlas como parte del ordenamiento jurídico interno y que, hasta que se aprobasen las disposiciones legales correspondientes, se incluyeran cláusulas en las pólizas de fletamento y los conocimientos de embarque que incorporasen las Reglas.

19. Las Reglas de York fueron enmendadas en una conferencia celebrada en Amberes en 1877, en la que se agregó una duodécima regla. A partir de ese momento fueron conocidas con el nombre de "las Reglas de York y Amberes" 12/. Las Reglas se incorporaron a un gran número de pólizas de fletamento, conocimientos de embarque y pólizas de seguro marítimo y fueron ampliamente utilizadas. Por consiguiente, se abandonó la idea de darles fuerza de ley.

20. Las Reglas, que llevaban varios años aplicándose, fueron nuevamente modificadas y ampliadas en una conferencia de la Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes, celebrada en Liverpool en 1890. Las Reglas revisadas, cuyo número había sido ampliado a 18, fueron llamadas "Reglas de York y Amberes, 1890".

21. La evolución de las condiciones en que se efectuaba el comercio dio lugar a que las Reglas de 1890 dejaran de ser adecuadas. Dichas Reglas "no abarcaban en absoluto todos los puntos en litigio sino que consistían en una serie de normas reguladoras de ciertas cuestiones concretas -respecto de las cuales era sabido que existían diferencias entre las leyes o los usos al celebrarse las primeras conferencias sobre el tema-, completadas o modificadas en conferencias sucesivas a la luz de un mejor conocimiento de su funcionamiento o la evolución de las necesidades del comercio. Las Reglas no estaban basadas en principios coherentes y lógicos" 13/. Por eso surgieron nuevas iniciativas, impulsadas por un juez inglés (Dowdall), concernientes a la preparación de un código completo de la avería común destinado a ser aprobado en el ámbito internacional. La labor fue interrumpida por la primera guerra mundial, y al reanudarse los trabajos había desaparecido el entusiasmo por la creación de un código internacional sobre la avería común o gruesa. Subsistía, sin embargo, la voluntad de revisar las Reglas de 1890 y de incluir el enunciado de unos principios generales.

22. En 1924, la Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional (antes denominada Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes), celebrada en Estocolmo, revisó las Reglas de 1890 y aprobó también una declaración general de los principios de la avería gruesa que debían aplicarse en los supuestos no regidos por las reglas numeradas. Estos principios se enunciaron en siete reglas designadas con letras (Reglas A a G). Los principios generales y las reglas particulares "se pusieron así unos junto a otras sin verdadera coherencia. A pesar de que las Reglas fueron recibidas en los medios de seguros "con una aprobación casi general", era evidente que planteaban grandes problemas de interpretación" 14/. En el asunto Vlassopoulos c. British & Foreign Marine Insurance Co. (The Makis) 15/ surgió

un problema de ese género. En dicho asunto, un juez inglés falló que las reglas precedidas de letras constituían las normas generales y que las reglas numeradas debían aplicarse a los casos particulares. En consecuencia, no podía haber un caso de avería gruesa a tenor de lo dispuesto en las reglas particulares que no estuviera regido también por las disposiciones de las reglas generales. Esta interpretación era claramente contraria a la intención de los redactores de las Reglas de 1924. Por consiguiente, para contrarrestar el fallo del tribunal, se elaboró un acuerdo conocido con el nombre de "Pacto del Makis".

23. Las Reglas de 1924 no obtuvieron el apoyo y la aprobación de los Estados Unidos por varias razones, entre otras la de que la definición del acto de avería gruesa de la Regla A limitaba la avería gruesa a los sacrificios hechos o los gastos realizados para el salvamento común y no abarcaba los gastos efectuados para la "continuación del viaje", que de conformidad con el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos eran imputados en la avería gruesa 16/. Por eso, muchas cláusulas de avería gruesa establecían expresamente la incorporación parcial de las Reglas, con omisión de todas las que iban precedidas de letras excepto la Regla F, relativa a los gastos realizados en sustitución de otros 17/.

24. La revisión de las Reglas de 1950, que llevó a cabo el Comité Marítimo Internacional (CMI), incluyó una nueva "Regla de Interpretación", por la que se incorporaba a las Reglas el "Pacto del Makis". Dicha regla decía:

"En la liquidación de la avería gruesa, las siguientes Reglas precedidas de letras y números se aplicarán con exclusión de cualquier ley y práctica incompatibles con ellas.

Excepto en lo previsto en las Reglas numeradas, la avería gruesa será liquidada de acuerdo con las Reglas alfabetizadas."

25. Las Reglas de 1950 fueron modificadas nuevamente en 1974 por el CMI en una conferencia celebrada en Hamburgo. La última revisión fue la efectuada otra vez por el CMI en junio de 1990 en una conferencia celebrada en París, en la que se modificó la Regla VI. Esa modificación se hizo a petición de la OMI para poner el texto de la Regla en consonancia con el Convenio sobre Salvamento Marítimo, de 1989. El nuevo texto se denomina Reglas de York y Amberes, 1974, en su forma enmendada en 1990 18/.

26. Así pues, las Reglas de York y Amberes comprenden una Regla de Interpretación, siete Reglas Generales precedidas de letras (A a G) y 22 Reglas numeradas (I a 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 países, las Reglas no tienen fuerza jurídica de por sí, sino sólo en virtud de convenio o pacto 19/. Las partes pueden convenir en que el ajuste de la avería común o gruesa se efectúe de conformidad con las Reglas de York y Amberes. Pueden pactar asimismo su adopción sujeta a modificación expresa o tácita 20/.

Capítulo II

DEFINICION Y PRINCIPIOS GENERALES

A. Definición de la avería gruesa o común

27. En el asunto Birkley c. Presgrave 21/, en 1801, un destacado juez inglés definió la avería gruesa 22/ de la manera siguiente:

"Toda pérdida que sobreviene a consecuencia de los sacrificios o gastos extraordinarios realizados para conservar el buque y el cargamento constituye avería gruesa y su importe debe distribuirse a prorrata entre todos los interesados."

28. Esta definición fue adoptada por la jurisprudencia posterior 23/. Los principios establecidos en esos asuntos fueron codificados después en la Marine Insurance Act, 1906, (Ley del Seguro Marítimo), del Reino Unido, que en su artículo 66 define la "pérdida de avería gruesa" y el "acto de avería gruesa" del modo siguiente:

"1) La pérdida de avería gruesa es una pérdida que ha sido causada por un acto de avería gruesa o es consecuencia directa de éste, y comprende tanto el gasto de avería gruesa como el sacrificio de avería gruesa.

2) Existe acto de avería gruesa cuando voluntaria y razonablemente se realizan en tiempo de peligro un sacrificio o un gasto extraordinarios con el fin de conservar los bienes comprometidos en la aventura común."

29. La definición enunciada en la Regla A de las Reglas de York y Amberes, 1974, que es fundamentalmente la misma que la de la Ley de Seguro Marítimo del Reino Unido, dice así:

"Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha hecho 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 una aventura marítima común."

30. Mientras que el derecho inglés y las Reglas de York y Amberes (Regla A) limitan la avería gruesa a los sacrificios y los gastos realizados para la seguridad común, los tribunales de los Estados Unidos han adoptado también el principio del beneficio y utilidad común y el resultado útil o salvamento de la aventura. Así, los gastos realizados en utilidad del buque y el cargamento, una vez puestos éstos a salvo, para poder concluir el viaje (como las reparaciones provisionales en un puerto de refugio) son abonados como avería gruesa 24/.

31. Conviene señalar, sin embargo, que la expresión "avería gruesa" se utiliza para designar: i) el acto de avería gruesa, o sea, el sacrificio o gasto realizados con el fin de preservar de un peligro común el buque, el cargamento y el flete; ii) la pérdida de avería gruesa, que sobreviene como resultado del acto de avería gruesa; y iii) la contribución a la avería gruesa, que es la distribución de la pérdida entre los beneficiados.

B. Principios generales de la avería gruesa o común

32. Para que un sacrificio o gasto esté sujeto a contribución en avería gruesa es preciso que se cumplan los requisitos siguientes:

1. Que el sacrificio o gasto sea extraordinario

33. El sacrificio o gasto de avería gruesa debe ser de carácter extraordinario para poder ser admitido en avería gruesa. O dicho de otro modo: si resulta de las medidas ordinarias adoptadas en cumplimiento de las obligaciones que incumben al porteador en virtud del contrato de transporte no puede reclamarse la contribución a la avería gruesa 25/.

34. La Regla A de las Reglas de York y Amberes limita explícitamente el alcance del acto de avería gruesa a cualquier sacrificio o gasto extraordinarios realizados para la seguridad común. La Regla VII versa sobre el ejemplo clásico de los daños causados a las máquinas y calderas de un buque que se encuentre encallado y en situación de peligro con el fin de reflotarlo. Esos daños se admitirán en avería gruesa siempre que se demuestre que provienen de un acto realmente intencionado de reflotar el buque para la seguridad común, a riesgo de tal daño. Por el contrario, cuando un buque está a flote ninguna pérdida o daño causado por el funcionamiento de los elementos de propulsión y calderas será admitido en avería gruesa, bajo ningún concepto 26/.

2. Que el acto sea intencional y razonable

35. Para que constituya un acto de avería gruesa, el sacrificio o gasto debe haberse hecho o contraído intencionada y razonablemente para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima común (Regla A). La varada voluntaria del buque para la seguridad común y el hundimiento deliberado del buque para extinguir un fuego a bordo y salvar el buque y su cargamento son ejemplos de sacrificio voluntario realizado intencionada y razonablemente para la seguridad común 27/.

36. Si la cosa ya se hubiera perdido por accidente no podrá considerarse sacrificada. Así, a tenor de lo dispuesto en la Regla IV de las Reglas de York y Amberes, la pérdida o el daño causados por cortar los restos o partes del buque que previamente hayan sido arrancados o que se hayan perdido por accidente no serán admitidos en avería gruesa.

3. Que la finalidad sea la seguridad común

37. A tenor de la Regla A de las Reglas de York y Amberes, el acto de avería gruesa ha de haberse realizado con el objeto de preservar de un peligro todos los intereses comprometidos en una aventura marítima común. Así, el sacrificio o gasto realizados para la seguridad de una parte de los bienes comprometidos en la aventura no da derecho a exigir la contribución por avería gruesa sino que son de cuenta del propietario de la cosa concreta salvada mediante ese sacrificio o gasto 28/.

38. Aunque la Regla A adopta el punto de vista inglés de limitar el alcance del acto de la avería gruesa al logro del salvamento común y, a diferencia del derecho de los Estados Unidos, no amplía el principio para incluir el beneficio común y la continuación del viaje con seguridad, determinadas reglas numeradas de las Reglas de York y Amberes, como el apartado b) de la Regla X y el apartado b) de la Regla XI, admiten en avería gruesa ciertos gastos de ese género. Como en virtud de la Regla de Interpretación las Reglas numeradas prevalecen sobre las Reglas precedidas de letras, los gastos realizados en beneficio común de toda la aventura y para proseguir el viaje con seguridad serán abonados de conformidad con las Reglas de York y Amberes 29/. De ese modo, los gastos admitidos en avería gruesa no se limitan a los realizados para lograr el salvamento sino que comprenden también los efectuados en beneficio y utilidad común del buque y la carga a fin de que el viaje pueda terminar felizmente, como las reparaciones provisionales y otros gastos realizados en un puerto de refugio.

4. Que el propósito sea preservar de un peligro

39. La Regla A de las Reglas de York y Amberes dispone además que el sacrificio o gasto, para constituir un acto de avería gruesa, debe haberse hecho o contraído con el objeto de preservar de un peligro los bienes comprometidos en una aventura marítima común. Ahora bien, no es necesario que el peligro sea inminente sino que "debe ser real y no imaginario... sustancial y no sólo leve o insignificante. En resumen, debe ser un peligro cierto" 30/.

Capítulo III

EL ACTO DE AVERIA GRUESA

40. Las pérdidas de avería gruesa provienen: a) del sacrificio de la carga o de parte del buque para el salvamento común; b) de los gastos realizados con la misma finalidad.

A. El sacrificio de avería gruesa

1. Sacrificio de la carga

41. El ejemplo clásico de sacrificio de la carga en avería gruesa es la echazón. La echazón se define en la Ley Rodia como el acto de arrojar al mar efectos para aligerar el buque 31/ y, si se realiza deliberadamente y con objeto de salvar los otros intereses de un riesgo cierto, da derecho a exigir contribución por avería gruesa.

42. Una excepción a esa regla es el caso de echazón de efectos cargados en cubierta. Esto es así porque los efectos arrojados al mar, para dar lugar a contribución por avería gruesa, deben haber sido cargados en un lugar apropiado. Como la cubierta no es ordinariamente un lugar adecuado de estiba del cargamento, la echazón de los efectos cargados en el combés no dan a su propietario derecho a exigir contribución. Sin embargo, la excepción no se aplica en los casos en que los efectos hayan sido transportados sobre cubierta de acuerdo con los usos reconocidos del comercio 32/, ni en los que otros interesados en la aventura hubieren consentido en que los efectos arrojados al mar se transportaran sobre cubierta 33/.

43. Otro ejemplo de sacrificio de la carga en avería gruesa es el daño causado para extinguir un incendio a bordo de un buque. Así, si se echa agua a la bodega del buque o si se hunde éste para cortar un incendio, el daño causado de ese modo al cargamento será admitido en avería gruesa 34/. Sin embargo no se efectuará abono alguno por el daño ocasionado por humo o calor. Este principio, que se aplica también en caso de daño ocasionado al buque, es objeto de la Regla III de las Reglas de York y Amberes 35/.

44. Las pérdidas o daños sufridos por el cargamento durante la descarga son abonados asimismo como sacrificio de avería gruesa siempre que la operación de descarga se considere un acto de avería gruesa 36/.

2. Sacrificio del buque

45. Unos principios semejantes a los que se aplican en caso de sacrificio de la carga son aplicables también al sacrificio de cualquier pertenencia del buque. Así, las partes del buque, sus pertrechos o aparejos, si se sacrifican para evitar un peligro común, darán lugar a contribución por avería gruesa. Las pérdidas ordinarias sufridas por el buque en cumplimiento del contrato de transporte son de cuenta del naviero y sólo se abonan como avería gruesa los sacrificios hechos para el salvamento común.

46. Así pues, el daño causado a un buque para extinguir un incendio a bordo es admitido en avería gruesa 37/. Análogamente, si un buque es varado voluntariamente para el salvamento común, las pérdidas o daños que de ello procedan serán abonados como avería gruesa 38/. Además, los efectos y provisiones del buque quemados como combustible, para el salvamento común en caso de peligro, serán admitidos en avería gruesa si el buque hubiere sido debidamente provisto de combustible al comienzo del viaje 39/. El sacrificio de partes del buque, como el corte de cables y el abandono de anclas con el propósito de evitar un peligro común, también está permitido. No obstante, las pérdidas o daños causados por el corte de los restos o partes del buque que previamente hubieren sido arrancados o que se hubieren perdido por accidente no son abonados como avería gruesa 40/.

3. Sacrificio del flete

Pérdida de flete resultante del sacrificio de la carga o del buque

47. El sacrificio de la carga o del buque puede dar lugar también a la pérdida del flete. Si, en virtud de la póliza de fletamento o el conocimiento de embarque, el flete es pagadero a la entrega del cargamento, el sacrificio de la carga que dé lugar a su pérdida total, o a la pérdida de su calidad de mercadería, también ocasionará la pérdida del flete. No son sólo los propietarios del cargamento quienes sufren una pérdida por el sacrificio hecho, sino también el propietario del buque o su fletador, cuando el buque haya sido fletado a casco desnudo o con cesión de la gestión náutica, a los que de otro modo se habría abonado el flete por el transporte de las mercancías hasta el puerto de destino. Por consiguiente, no sólo se abona como avería gruesa la pérdida del cargamento, sino también la pérdida de flete así causada.

48. Si las mercancías se arrojan al mar para el salvamento común, o si se venden en un puerto de refugio a fin de obtener fondos para sufragar los gastos de avería gruesa, o si son destruidas por agua al cortar un incendio, y por lo tanto no devengan el flete correspondiente, el flete así perdido constituye una pérdida de avería gruesa y se abona como tal 41/.

49. Análogamente, el sacrificio del buque puede, en algunos casos, entrañar el sacrificio del flete. Si, por ejemplo, un buque encalla o se pierde en circunstancias que den lugar a indemnización de avería gruesa, y si de ello resulta la pérdida del flete que hubiera devengado el buque, el flete así perdido se considera sacrificio de avería gruesa 42/.

50. El sacrificio de la carga o del buque sólo ocasionará la pérdida del flete si el flete estaba en riesgo, es decir, si se estaba devengando en el momento en que se produjo el acto de avería gruesa y si su devengo dependía del salvamento del buque y el cargamento. Así, el sacrificio del buque o la carga por él transportada no entrañará la pérdida del flete si, por ejemplo, el flete se paga por adelantado "a todo evento".

51. La Regla XV de las Reglas de York y Amberes sólo se refiere a la pérdida de flete resultante de una pérdida o daño del cargamento. La pérdida de flete causada por el daño o la pérdida del buque no se abona de conformidad con la Regla XV aunque quizás, en nuestra opinión, pueda abonarse en virtud de las Reglas precedidas de letras 43/.

52. El importe del flete perdido por el sacrificio de la carga o del buque, y a cuya indemnización deben contribuir los otros intereses salvados, se fija deduciendo del importe del flete bruto perdido los gastos en que el propietario del buque hubiese incurrido para devengar el flete pero que no ha efectuado a causa del sacrificio 44/.

B. El gasto de avería gruesa

53. Todo gasto extraordinario realizado con objeto de evitar un peligro que comprometa toda la aventura dará lugar a contribución por avería gruesa de los demás intereses implicados. El gasto de avería gruesa puede definirse como un sacrificio dinerario hecho para evitar un peligro común en contraposición a la pérdida o daño materiales de los bienes comprometidos en la aventura 45/.

54. Conviene señalar que el naviero, en cumplimiento de su contrato de transporte, está obligado a realizar los gastos que sean necesarios para llevar a buen término el viaje. Puede ser difícil, pues, distinguir entre los gastos que dan lugar a contribución por avería gruesa y los gastos irrogados al naviero en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

55. Son ejemplos corrientes de gastos de avería gruesa la asistencia o salvamento, con o sin contrato 46/, los gastos en puerto de refugio 47/ y los gastos en sustitución, es decir, los gastos realizados en lugar de los que, de haberse realizado, hubieran sido admisibles en avería gruesa 48/.

56. Las Reglas X y XI de las Reglas de York y Amberes enumeran los gastos en puerto de refugio y los salarios y manutención de la tripulación que son abonados como avería gruesa. Según la Regla X de las Reglas de York y Amberes, los gastos de entrada en un puerto de refugio o de retorno a un puerto o lugar de carga son admitidos en avería gruesa cuando se haya entrado en el puerto a causa de "accidente, sacrificio u otras circunstancias extraordinarias que exijan esta determinación para la seguridad común" 49/. Análogamente: "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 gruesa, cuando la manipulación o descarga fuesen necesarias o 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" 50/. Y: "Siempre que los gastos de manipulación o descarga del cargamento, combustible o provisiones se admitan en avería gruesa, los gastos de almacenaje, incluyendo los de seguro contraídos razonablemente, el reembarque y la estiba de dicha carga, combustible o provisiones serán igualmente admitidos en avería gruesa" 51/.

57. Asimismo: "Los salarios y manutención devengados razonablemente por el capitán, oficiales y demás tripulantes y el combustible y aprovisionamientos consumidos durante la prolongación del viaje ocasionado por la entrada del buque en un puerto o lugar de refugio o por su retorno al puerto o lugar de carga, serán admitidos en avería gruesa, cuando los gastos de entrada en dicho puerto o lugar se admitan con el mismo carácter..." 52/. Por otra parte, cuando un buque haya entrado o haya 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 esté o hubiera debido estar listo para continuar su viaje, serán admitidos en avería gruesa" 53/.

Capítulo IV

LA CONTRIBUCION Y LA LIQUIDACION

A. La contribución a la avería gruesa

58. El objeto de la avería gruesa es distribuir la pérdida a prorrata entre los intereses llamados a costearla a fin de que el perjudicado no sea sólo quien ha soportado la pérdida. La parte que ha sufrido la pérdida tiene derecho a ser indemnizada mediante la contribución común de todos los que se han beneficiado, proporcionalmente al valor de los bienes salvados 54/. De ese modo, está obligado a contribuir cada uno de los grupos de intereses (el buque, la carga o el flete) que se ha beneficiado del acto de avería gruesa.

59. La parte que ha sufrido una pérdida también contribuye. En otras palabras, la contribución se reparte entre los bienes salvados y los bienes sacrificados en forma de gasto o de daño a fin de equiparar a quien sufre la pérdida y los otros grupos de intereses. Si el dueño de los bienes sacrificados, o la persona a la que se han irrogado gastos, quedase excluido de la contribución y fuese indemnizado por el valor total se hallaría en posición más ventajosa que los otros grupos de intereses comprometidos en la aventura 55/. Así pues, no se abona como avería gruesa el valor total de la pérdida o el gasto porque la persona que ha sufrido la pérdida aporta también su cuota contributiva.

60. Sin embargo, la persona que ha sufrido una pérdida no puede exigir contribución por sacrificio o gasto de avería gruesa si el riesgo que causó el sacrificio o el gasto fue debido a su propia culpa o negligencia. De ese modo, si se sacrifica para el salvamento común una parte del buque mismo, o sus "provisiones o aparejo", el naviero no puede exigir contribución por avería gruesa a los propietarios de las mercaderías salvadas si el riesgo que causó la pérdida fue creado por su propio incumplimiento del contrato de transporte. Por ejemplo, el naviero, si en violación de su contrato de transporte no pone a disposición el buque en estado de navegar al comienzo del viaje y esa innavegabilidad es causa del siniestro que da lugar al acto de avería gruesa, no puede exigir contribución por avería gruesa.

61. Ahora bien, el hecho de que el acto de avería gruesa haya sido provocado por culpa de una de las partes en la aventura no afecta a su carácter de avería gruesa y la contribución es exigible entre las demás partes en ella, aunque la parte culpable no tiene derecho a exigir contribución por avería gruesa. Ello es así, no sólo por una utilidad de economía procesal, sino también para impedir que una persona se beneficie de su propio hecho ilícito 56/.

62. Para privar a una persona del derecho a exigir contribución, la "falta" debe consistir, según el derecho inglés en "en un hecho que la ley considere lesivo de un derecho ajeno, es decir, un hecho constitutivo de cuasidelito" 57/. De ese modo, si el naviero está exonerado en virtud del contrato de transporte de toda responsabilidad por la innavegabilidad del buque, su derecho a la contribución no resultará afectado si tal innavegabilidad dio lugar a un sacrificio o gasto de avería gruesa, puesto que, en ese caso, la falta no constituye cuasidelito 58/.

63. Los tribunales de los Estados Unidos, sin embargo, no aceptan esa opinión. Antes de la Ley Harter, toda cláusula que confiriese al naviero derecho a contribución por avería gruesa en tales supuestos se consideraba nula por ser contraria al orden público. En el asunto The Irrawaddy 59/, se planteó la cuestión de si la Ley Harter (art. 3), que exoneraba al naviero de responsabilidad por los "daños o pérdidas ocasionados por faltas o errores cometidos en la navegación y manejo del buque" (faltas náuticas), tenía por efecto que éste pudiera exigir contribución por el gasto de avería gruesa a que hubiera dado lugar la negligencia en la navegación y manejo del buque. El Tribunal Supremo falló que la ley lo liberaba de responsabilidad por el pago de daños y perjuicios, pero que no afectaba a las demandas sobre avería gruesa. El mismo razonamiento sería aplicable en los Estados Unidos en virtud de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby si se hubieran incorporado expresamente al contrato de transporte.

64. Para eludir los efectos de las resoluciones judiciales se incluyeron en los contratos de transporte cláusulas por las que se daba a los navieros derecho a exigir en tales supuestos la contribución por avería gruesa. En el asunto The Jason 60/, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos aceptó finalmente la validez de tales cláusulas. Por eso ahora se incluye casi siempre en los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento la llamada "Nueva cláusula Jason" en virtud de la cual, cuando se practique la liquidación de acuerdo con la legislación de los Estados Unidos o cualquier otro ordenamiento jurídico análogo, el naviero sólo perderá su derecho a exigir de los cargadores que contribuyan a la indemnización de la avería gruesa en caso de actos u omisiones de su parte en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley 61/.

65. Las Reglas de York y Amberes regulan esta cuestión en la Regla D, que dice:

"Cuando el acontecimiento que motivó el sacrificio o gasto haya sido consecuencia de una falta cometida por una de las partes comprometidas en la aventura, subsistirá la obligación de contribuir; pero ello sin perjuicio de las acciones o medios de defensa que puedan afectar a dicha parte por tal falta."

66. Esta Regla ha sido considerada "causa de desorientación y también de los intentos de los porteadores de obtener contribución por avería gruesa aun siendo responsables en virtud de las Reglas de La Haya por pérdida o daño de las mercancías" 62/.

67. La Regla D ha sido interpretada en el orden jurisdiccional inglés en el asunto Goulandris c. Goldman 63/ por el juez J. Pearson, quien estimó:

"La finalidad de la Regla D es manifiestamente mantener todas las cuestiones de supuesta falta al margen de la liquidación de la avería y salvaguardar intacta la posición jurídica en la fase de ejecución. El efecto de la primera parte de la Regla es que se proceda a la liquidación de la avería partiendo del supuesto de que el accidente no ha sido causado por la falta de ninguna persona... Pero la segunda parte de la Regla dispone que la primera parte se entiende sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse por las faltas cometidas."

68. Las Reglas de York y Amberes no definen el término "falta". Como se ha indicado anteriormente, por ese término se entiende en derecho inglés un hecho antijurídico del que nace en las relaciones entre las partes un derecho de acción para exigir la responsabilidad que proceda de culpa o negligencia no penadas por la ley en el momento en que se hizo el sacrificio o se realizó el gasto 64/. Tampoco se define el término "acciones", que en derecho inglés abarca tanto las excepciones como las reconvenções 65/.

B. La liquidación de la avería gruesa

69. Salvo si se ha pactado expresamente otra cosa, la liquidación de la avería gruesa se practica al término del viaje y según las leyes del puerto en que éste haya terminado. Por eso, si después del sacrificio o gasto de avería gruesa se pierde toda la aventura, no ha lugar a contribución 66/. Pero si el viaje termina en un puerto de arribada, la liquidación de la avería gruesa se hace en el lugar en que termina el viaje 67/.

70. En la liquidación de la avería gruesa es necesario determinar el valor de las pérdidas de avería gruesa que han de abonarse (masa de averías o masa acreedora) y el valor de cada interés contribuyente (masa imponible o masa deudora). Todos los intereses que estaban en riesgo en el momento del acto de avería gruesa (normalmente el buque, la carga y el flete) contribuirán según su valor a su llegada a puerto. Este principio viene a ser confirmado por la Regla G de las Reglas de York y Amberes, que dispone: "La liquidación de avería gruesa se establecerá tanto con respecto a la pérdida como para la contribución sobre la base de los valores en el momento y lugar en que termina la aventura" 68/.

71. Surge una dificultad, sin embargo, cuando el buque transporta mercancías a más de un punto de destino y sobreviene una pérdida de avería gruesa antes de su llegada al primer puerto de descarga. La Regla G no parece aportar ninguna respuesta a la cuestión de dónde y según qué valores ha de practicarse la liquidación en tal caso.

72. La Regla XVII de las Reglas de York y Amberes regula más particularmente la cuestión de los valores contribuyentes. La revisión de 1974 de esta Regla introdujo un cambio fundamental en la base de determinación del valor contribuyente de la carga, al disponer que: "... el valor del cargamento acreditado [será] el del momento de la descarga, éste mediante la factura comercial entregada al receptor o, a falta de tal factura, mediante el valor del embarque". De ese modo, en vez del valor de mercado vigente el último día de la descarga, el valor contribuyente del cargamento se basa en el precio que figure en la factura del receptor, con inclusión del costo del seguro y el flete salvo que el flete esté en riesgo para el porteador.

73. Por otra parte, el valor contribuyente del buque se basa, a tenor de esta Regla, en su valor de mercado, independientemente del efecto beneficioso o perjudicial que pueda representar cualquier póliza de fletamento o con cesión de la gestión náutica a que esté sujeto el buque.

74. El flete, para constituir un interés contribuyente, debe estar en riesgo en el momento en que se ejecuta el acto de avería gruesa. El flete debido o que se esté devengando en el momento del acto de avería gruesa es el flete en

riesgo, y contribuye a la pérdida con arreglo al importe eventualmente devengado. De ese modo, si el pago del flete, en virtud de un conocimiento de embarque o una póliza de fletamento, es exigible a la entrega de las mercancías en el puerto de destino, el flete está en riesgo para el porteador y si es salvado por el rescate del buque o el cargamento contribuye a la pérdida de avería gruesa 69/. Por otra parte, si el flete se paga por anticipado o si es pagadero en un momento determinado, tanto si el buque o la mercancía llegan a buen puerto como si se pierden en el viaje ("flete devengado a todo evento"), ese flete no está en riesgo para el porteador sino en riesgo para el propietario de la carga y como tal pasa a integrar el valor del cargamento y no se considera como capital contribuyente separado.

75. Al estimarse el valor contribuyente del flete, los gastos realizados para adquirirlo, desde el momento en que se ejecuta el acto de avería gruesa hasta la terminación del desembarque del cargamento en el puerto final de destino, se deducen del importe del flete bruto abonado.

76. La Regla XVII de las Reglas de York y Amberes se limita a regular el valor contribuyente del flete, sin describir los supuestos en que el flete contribuye a la avería gruesa 70/.

Capítulo V

LA ACCION DE AVERIA

77. La persona que ha sufrido una pérdida puede hacer valer su derecho a que se pague la contribución debida bien mediante una acción ejercitada contra los intereses que se hayan beneficiado del acto de avería gruesa, o bien, si es el naviero o fletador con cesión, mediante el ejercicio de su derecho de retención (privilegio) contra los propietarios del cargamento.

78. En algunos ordenamientos jurídicos, los navieros son titulares de un crédito privilegiado sobre la carga por la contribución de avería gruesa y pueden retener las mercancías hasta que se haya pagado el crédito o hasta que sus propietarios presten otra garantía. En otros países, en cambio, no se reconoce ningún crédito marítimo privilegiado por la contribución a la avería gruesa. Por eso, las pólizas de fletamento y los conocimientos de embarque suelen incluir una cláusula por la que se confiere al naviero un derecho de retención sobre la carga.

79. Como la ejecución de un crédito privilegiado no es cómoda en la práctica, el capitán suele autorizar la descarga de las mercancías tras aceptar algún tipo de garantía del pago de la contribución por avería gruesa una vez hecha la liquidación 71/. Por lo general, la garantía se presta en forma de un compromiso de resarcimiento o compromiso de averías, acompañado de un depósito en metálico o de una fianza suficiente de los aseguradores de las mercancías o de un banco.

A. El compromiso de resarcimiento de la avería gruesa

80. El compromiso de averías, otorgado para obtener la entrega de las mercancías, es un contrato concertado con los consignatarios en virtud del cual éstos, en contraprestación a la autorización por el capitán de la descarga de las mercancías sin ejercitar su derecho de retención, convienen en abonar la contribución por avería gruesa que resulte imputable al cargamento 72/. Es un nuevo contrato separado por el que la parte que lo suscribe acepta abonar la contribución a la avería gruesa, cualquiera que sea ésta 73/.

81. Siendo, pues, un nuevo contrato, es jurídicamente exigible contra la persona que lo ha firmado independientemente de que la acción haya prescrito en virtud del contrato de transporte 74/, de la resolución por cualquier causa del contrato de transporte o del hecho de que la persona que haya suscrito éste no sea el propietario de las mercancías al tiempo de ocurrir el siniestro.

82. En Inglaterra, en el asunto Hain SS Co c. Tate & Lyle 75/, los endosatarios del conocimiento de embarque, que habían adquirido las mercancías después del acto de avería gruesa, para obtener la entrega del cargamento depositaron una suma de dinero y firmaron un compromiso de averías del Lloyd's por el que se obligaban a abonar al naviero la contribución debida por avería gruesa que "el cargador o los propietarios" del cargamento estuvieran obligados a pagar. Más tarde, al descubrir que había habido desviación durante el viaje, ejercitaron una acción de reembolso de la suma que habían depositado.

La Cámara de los Lores falló que los endosatarios del conocimiento de embarque, no habiendo renunciado a sus derechos en caso de desviación, tenían derecho a resolver el contrato de transporte amparado por el conocimiento de embarque y no hubieran estado obligados a contribuir a la avería gruesa, pero como habían firmado el compromiso de averías por el que se obligaban expresamente a abonar tal contribución si se determinaba que era debida, los navieros tenían derecho a deducir de la suma depositada la correspondiente cuota contributiva por avería gruesa.

83. El formulario tipo de compromiso de averías del Lloyd's, frecuentemente utilizado en la práctica, establece que el signatario del compromiso, en contraprestación a la entrega de las mercancías, conviene en pagar la correspondiente proporción de cualquier salvamento o avería gruesa, o ambas cosas, y de los gastos particulares que puedan imputarse a las mercancías, o al cargador o los propietarios de éstas, y conviene asimismo en aportar los datos relativos al valor de las mercancías necesarios para la liquidación de la avería gruesa.

B. La fianza de los aseguradores

84. La garantía del pago de la contribución a la avería gruesa por los interesados en la carga es prestada normalmente por medio de una fianza de los aseguradores en vez de un depósito en metálico. Se exige no sólo la firma de un compromiso de averías por los interesados en la carga sino también la prestación de una fianza, y por lo tanto hay que presentar uno y otra para obtener la entrega del cargamento.

85. Las compañías de seguros y la mayoría de los liquidadores de averías tienen su propio formulario de fianza de los aseguradores, pues no existe un formulario tipo. El formulario expedido por la Corporation of Lloyd's "garantiza el pago debido al naviero de cualquier contribución por avería gruesa o salvamento, o ambas cosas, y otros gastos que puedan imputarse debidamente" a las mercancías 76/.

C. El aval bancario

86. Generalmente se exige un aval bancario cuando las mercancías no están aseguradas o si la reputación de los aseguradores del cargamento es dudosa. Los avales prestados por los bancos están sujetos a un régimen análogo al de los préstamos y, de ese modo, son limitados en cuanto a su cuantía y duración. El plazo de aval bancario suele estar limitado a un año, aunque puede ser renovable de año en año.

D. El depósito en metálico

87. El naviero también puede exigir a los interesados en la carga que depositen una cantidad en efectivo como garantía subsidiaria del pago de la contribución por avería gruesa que pueda imputarse finalmente a las mercancías, si las mercancías no están aseguradas, o si están aseguradas con una compañía de seguros de mala reputación. Normalmente, el formulario de resguardo de depósito de Lloyd's se extiende al depositante, que puede endosarlo a su asegurador y exigir el importe del depósito 77/. El resguardo de depósito es un título negociable que confiere al tenedor el derecho a presentarlo al liquidador de averías y reclamar cualquier saldo debido.

88. La Regla XXII de las Reglas de York y Amberes establece el siguiente régimen de los depósitos en metálico:

"Cuando se hayan constituido depósitos en metálico en garantía de la contribución del cargamento a la avería gruesa, a los gastos de salvamentos o gastos especiales, estos depósitos deberán ser ingresados 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 así depositada, juntamente con los intereses acumulados, si los hubiere, se conservará como garantía para el pago a las partes acreedoras en razón de la avería gruesa, de los gastos de salvamento o especiales, pagaderos por la carga y en atención a los cuales se han constituido los depósitos. Los pagos a cuenta o los reembolsos de depósitos podrán ser hechos con la autorización escrita del Liquidador. Estos depósitos, pagos o reembolsos serán efectuados sin perjuicio de las obligaciones definitivas de las partes."

89. Esta Regla no impone a los interesados en la carga la obligación de constituir un depósito de numerario para garantizar el pago de la contribución a la avería gruesa que finalmente pueda imputarse al cargamento, sino que sólo establece el procedimiento que ha de seguirse si se constituye en realidad un depósito y trata de velar por que los intereses del propietario de la carga estén protegidos.

Segunda parte

Capítulo VI

LAS CRITICAS A LA INSTITUCION DE LA AVERIA GRUESA

90. Uno de los más destacados especialistas en derecho marítimo de los Estados Unidos ha valorado el concepto de la avería gruesa de la manera siguiente 78/:

"Son raros los aspectos de la legislación marítima cuyo derecho fundamental a existir pueda ponerse con algún realismo en tela de juicio. Cabe proponer cambios, y que éstos se hagan, pero debe haber (mientras el comercio moderno siga siendo de forma reconocible el mismo) una normativa legal sobre el abordaje, los daños a las mercancías, los daños personales, etc.

La avería gruesa, en cambio, no es de ningún modo una institución manifiestamente necesaria o útil en general. Su abolición sería concebible, fuera o no deseable. De ser abolida, no se crearía ningún vacío que hubiera de llenarse ineludiblemente. Por eso se habla constantemente de la posibilidad de prescindir totalmente de la avería gruesa, introduciendo las modificaciones adecuadas en la cobertura del seguro de cascos, el seguro de la carga y el seguro de responsabilidad, y en las normas correspondientes relativas a la responsabilidad del porteador."

91. Los actuales encargados de la publicación de la obra de Lowndes y Rudolf relativa a la normativa legal sobre la avería gruesa y las Reglas de York y Amberes (The Law of General Average and The York-Antwerp Rules, denominada en adelante "Lowndes") planteaban en la última edición de 1990, al examinar el futuro de la avería gruesa, la cuestión siguiente:

"Cabe preguntarse si la avería gruesa sigue siendo necesaria y tiene algún futuro, o si, como a veces se aduce, se ha apartado quizás de su finalidad original y, especialmente en el tráfico de línea regular, se ha convertido en un sistema demasiado incómodo, engorroso y costoso comparativamente a las ventajas que ofrece. ¿Podría la colectividad mercantil arreglárselas sin ella? ¿O es posible encontrar otro sistema más sencillo y más eficiente?" 79/.

92. En 1958, el profesor Knut Selmer formuló en "The Survival of General Average - a Necessity or an Anachronism?" 80/ la crítica más completa y general de la avería gruesa nunca escrita. Sus conclusiones eran las siguientes:

"El estudio de los aspectos económicos de la distribución de la avería gruesa lleva a apoyar la supresión de la institución en su integridad, salvo en lo que concierne al reparto de la remuneración por asistencia o salvamento propiamente dicha.

La distribución de los daños y gastos no es necesaria en absoluto para la protección de los navieros y comerciantes contra las pérdidas imprevistas, porque éstos siempre pueden suscribir una cobertura de seguro. Ciertamente, las pólizas actuales no proporcionarían una cobertura completa el día en que se prescindiera de la avería gruesa, puesto que el asegurador raramente asume la plena responsabilidad por los gastos que también benefician a los demás participantes en la aventura. De lo que se trata en este caso, sin embargo, es de modificar las condiciones del seguro. No hay ninguna objeción técnica, por ejemplo, a que se impute al asegurador del casco el riesgo de todos los gastos extraordinarios realizados por el naviero para rescatar el buque y el cargamento. Tampoco sería difícil que el asegurador de la carga pagase íntegramente la pérdida de las mercancías sacrificadas para el salvamento común. Se trata fundamentalmente de una adaptación de las primas y de contratar una cobertura de reaseguro suficiente 81/."

93. A la misma conclusión llegó también el Comité Marítimo Internacional (CMI) en su análisis de la avería gruesa. El informe del Grupo de Trabajo sobre la Avería Gruesa del CMI, de 1982 82/, concluía así:

"De las observaciones recibidas se desprende claramente que la reforma de la avería gruesa no despierta ningún entusiasmo y cuenta con muy poco apoyo, pero que la reforma de las disposiciones de seguros encaminada a eliminar los inconvenientes del sistema actual obtiene en cambio un apoyo considerable. Es evidente asimismo que hay más posibilidades de resolver los problemas que se plantean mediante nuevas disposiciones de seguros que mediante otras reformas posibles, bien de los principios en que se basa la avería gruesa, o bien de la normativa legal. Así pues, tal vez no sea apropiado que el CMI estudie la cuestión más a fondo, al menos por ahora, ya que las posibilidades de reforma jurídica son escasas y la materia se presta mejor a ser discutida como problema técnico y de servicio entre empresas de seguros que por juristas."

94. Lowndes y el Grupo de Trabajo del CMI de 1982 parecen coincidir con el profesor Selmer en que la vía del progreso no está en modificar o reformar el sistema actual de distribución de la avería gruesa para responder a las críticas, sino en sustituir efectivamente ese sistema por nuevas disposiciones de seguros.

95. Las conclusiones del profesor Selmer a que las que se ha hecho referencia se basaban en un estudio de los aspectos económicos de la distribución de la avería gruesa. Esas conclusiones sobre el aspecto económico también estaban profundamente influidas por razones de costo. No obstante, en su obra Selmer examinó asimismo en detalle lo que llamaba las "consecuencias psicológicas" del sistema de distribución de la avería gruesa y, a este respecto, estudió por separado las reglas del "salvamento común" y las reglas del "beneficio común". En lo concerniente al aspecto del "salvamento común", llegó a esta conclusión:

"Se sostiene principalmente en teoría que las consecuencias psicológicas de la reforma (es decir, la abolición) hacen que ésta resulte muy peligrosa. Si los propietarios de la carga no dispusieran de

ninguna acción de resarcimiento contra el buque en caso de sacrificio de sus bienes, los navieros y capitanes se sentirían inclinados a sacrificar el cargamento a escala mucho mayor de lo que se hace actualmente.

Sin embargo, muchas personas con experiencia del transporte marítimo y los seguros consideran que ese temor es muy exagerado. En su opinión, hay tantas otras razones en contra de destruir deliberadamente la carga y, en la práctica, tan pocas posibilidades de salvar el buque de esa forma, que la supresión de la institución de la avería no tendría consecuencias tan desastrosas... Los efectos favorables del llamado repartimiento "para el salvamento común" son esencialmente imaginarios, aunque la extendida creencia en tales efectos ofrece un firme punto de apoyo a las reglas de distribución." 83/

96. En cuanto al argumento "psicológico" a favor del requisito del "beneficio común" consideró que era más convincente, y reconoció que la distribución equitativa de los gastos correspondientes al ámbito de ese concepto hacía más fácil llegar a acuerdos apropiados con respecto a las reparaciones y el transporte sucesivo. No obstante, estimó que la forma como se regulaban tales gastos en la avería gruesa era "muy irracional" y defendió una solución con arreglo a la cual cada parte aseguraba sus propios gastos y sus propios daños materiales. Opinaba que la supresión del requisito del "beneficio común" alentaría en realidad a los porteadores a cuidar mejor del cargamento 84/.

97. Este capítulo tiene por objeto examinar de más cerca el fundamento de esas conclusiones, los argumentos aducidos en apoyo del mantenimiento de la institución y los defectos que se le han achacado.

98. La mayoría de esas censuras o críticas figuran mencionadas en el informe del Comité sobre Avería Gruesa al Consejo de la Unión Internacional de Seguros de Transportes, de 1948. Las críticas eran las siguientes 85/:

- "a) El considerable aumento del tonelaje de los buques y otras novedades en la esfera del transporte marítimo y el comercio plantean dificultades demasiado arduas e intrincadas para la liquidación.
- b) La tendencia ha sido más bien ampliar que limitar el ámbito de la avería gruesa, intensificando así la complejidad de la materia en vez de buscar la racionalización y simplificación a que se aspira generalmente en el desarrollo moderno.
- c) En las circunstancias mencionadas en el apartado a) y según la tendencia señalada en el apartado b), con demasiada frecuencia se incurre en gastos superfluos y a veces excesivos. Estos gastos corresponden a la categoría de los servicios, por ejemplo, comisiones, gastos de puerto de refugio, reconocimientos, anticipos de fondos y derechos u honorarios de liquidación e imprenta.
- d) Los depósitos por avería gruesa ocasionan un excesivo trabajo administrativo a todos los interesados.

- e) Surgen complicados problemas de moneda cuando los depósitos se constituyen en monedas diferentes o cuando la liquidación de la avería gruesa se efectúa en una moneda diferente de la del país de expedición o destino de las mercancías o del puerto de matrícula del buque.
- f) Los retrasos ocurridos en la liquidación de la avería gruesa y la cuestión del modo de hacer efectivo su importe, etc., encierran un riesgo de variaciones del tipo de cambio contra el que difícilmente pueden defenderse quienes han financiado los depósitos.
- g) Los depositantes y otras personas pueden llegar a verse implicados en la insolvencia de los navieros o agentes marítimos...
- h) El importe del depósito que ha de constituirse por avería gruesa a veces está manifiestamente sobreestimado.
- i) Los retrasos que con frecuencia se producen en la justificación de las averías gruesas, la liquidación propiamente dicha y el establecimiento de las cuotas contributivas o la distribución de los reembolsos. Estos retrasos obligan a mantener abiertas indefinidamente las cuentas de seguros, ocultando así a menudo la verdadera situación de tales cuentas o de las estadísticas individuales del seguro de cascos o de la carga.
- j) El elevado costo de comisiones e intereses. Los retrasos antes mencionados se atribuyen a las presentes reglas que inducen a aplazar el cierre de las averías gruesas.
- k) Las dificultades con que se tropieza para llegar a la determinación de los valores contribuyentes apropiados del buque y el cargamento y las cantidades que deben abonarse como avería gruesa. Estas dificultades aumentan cuando los tasadores de buques, los navieros y otros peritos mantienen criterios diferentes acerca de los valores a efectos de la avería gruesa, en los casos en que las mercancías transportadas son de propiedad estatal o en que, por decisión de los poderes públicos, su valor se mantiene a niveles artificiales en el puerto de destino.
- l) El hecho de que no se haya logrado la unificación de las reglas sobre avería gruesa crea cada vez más dificultades puesto que, en la actualidad, cargamentos pertenecientes a la misma avería gruesa a menudo se envían a puertos de descarga en distintos países donde se aplican leyes diferentes.
- m) Que las Reglas de York y Amberes, aunque aceptadas por la mayoría, no siempre son interpretadas del mismo modo por los juristas y liquidadores de averías de los distintos países. Las diversas interpretaciones nacionales han contribuido con los años a intensificar las divergencias existentes en los usos y en la interpretación jurídica."

99. Habiendo enumerado esas críticas en su informe, el Comité de la Unión Internacional de Seguros de Transportes las analizó y dedujo algunas conclusiones preliminares. El Comité estimó que el principio fundamental de la equidad, inherente a la avería gruesa, no había sido tratado y que las críticas pasaban por alto el hecho de que la avería gruesa era esencialmente un principio de salvamento. Los miembros del Comité subrayaron que en el campo de la avería gruesa el "sacrificio" no era más que un medio de salvamento. Además, el Comité consideró que las críticas se referían a aspectos de las averías que eran "accidentales" y que seguirían existiendo aunque se suprimiese la avería gruesa. Por otra parte, las críticas estaban dirigidas principalmente contra defectos que habían aparecido con la evolución moderna del transporte marítimo y el comercio, defectos que quizás fuera posible eliminar o corregir. Opinó asimismo que las críticas eran en gran medida una manifestación del fracaso de los intentos por lograr la uniformidad internacional en lo referente a las reglas que regían la avería gruesa y a la aplicación de esas reglas. El Comité profundizó después esas conclusiones preliminares y su conclusión definitiva fue que "la institución de la avería gruesa no puede ser abolida y... [que] no hay motivos suficientes para prescindir de la aplicación del sistema...". Cualquier otro sistema, concluía el Comité, crearía "inseguridad, confusión y más litigios". No obstante, consideró que las críticas tenían suficientemente fundamento para justificar el estudio de los medios de simplificación y reforma de la institución.

100. Veinte años más tarde, un asegurador señaló 86/, sin referirse concretamente al informe de la Unión Internacional de Seguros de Transportes sino como observación general, que el debate sobre la supresión de la avería gruesa había sido casi siempre un debate teórico, y que la avería gruesa "se ha considerado como una parte inmovible del derecho marítimo". Así pues, las tendencias reformistas han solido concentrarse exclusivamente en la eliminación de las anomalías. Como han señalado otros autores 87/, las conferencias internacionales que han aprobado y revisado las Reglas de York y Amberes "no han profundizado nunca en el debate de la conveniencia de la institución. Por el contrario, su labor estaba impulsada por el deseo de desarrollar la institución de forma que resultase lo más armoniosa y coherente posible, a pesar de que esto ha llevado a complicar cada vez más la regulación de las averías" 88/.

101. Algunos lo han atribuido a "intereses creados" 89/, y otros a "prejuicios" 90/. Un asegurador escribió 91/ en 1925 que había que "superar una gran inercia para persuadir a los medios navieros y de seguros que desaten las ligaduras de usos estériles pero consagrados tan opuestos a los modernos ideales de economía y tiempo, trabajo y dinero". Otro asegurador muy anterior fue incluso más duro al escribir 92/:

"La grotesca y descomunal bola de nieve de los abusos sigue rodando y engrosando y los irresponsables que la hacen rodar, pero a quienes no arrolla, siguen exclamando entusiásticamente que debe hacerse más gruesa todavía... Liquidadores de averías y leguleyos rivalizan en hacer rodar la bola de nieve, y feliz y distinguido aquel que consigue aplicarle una nueva pellada."

102. No todos los ataques dirigidos contra el sistema de distribución de la avería gruesa se han expresado tan crudamente. El Grupo de Trabajo del CMI, de 1982, concluyó con más tacto que "la reforma de la avería gruesa no despierta ningún entusiasmo y cuenta con muy poco apoyo", aunque la edición de 1990 del Lowndes señala 93/ que "desde hace cien años o más se vienen haciendo periódicamente llamamientos en favor de la abolición de la institución por diversas causas". Ante tanta persistencia en la crítica es evidente que debe analizarse con especial cuidado el asunto del mantenimiento del sistema de distribución de la avería gruesa.

A. El principio de equidad

103. El Comité de la Unión Internacional de Seguros de Transportes de 1948 consideró sin duda que el principio de equidad y el fundamento histórico de la institución de la avería gruesa eran las razones más sólidas a favor de su mantenimiento. El Comité se refirió a la equidad como "el principio fundamental inherente a la avería gruesa" y al demostrado valor de la institución "desde los albores del comercio marítimo" 94/. Son pocos, si es que hay alguno, los autores que han puesto en tela de juicio el principio de la equidad. Selmer ha reconocido que una de las principales causas de la "notable pervivencia" de la avería gruesa a través de las épocas "es sin duda el atractivo que encierra la distribución de los costos de salvamento". Y prosigue diciendo: "Lo que se ha sacrificado para el bien común en un momento de peligro debe ser reparado también mediante contribución común. La justicia y equidad de esa idea resulta inmediatamente patente. En realidad, apenas cabe atacar la avería gruesa por cuestiones de principio. La distribución es tan atrayente para el sentido inmanente de justicia que todo el mundo debe convenir en que no se puede inventar un sistema más justo" 95/. Pero no todos aceptan que una larga historia sea necesariamente la garantía de un futuro asegurado. Como observa Lowndes:

"Los antiguos principios de la avería gruesa eran tan eminentemente justos y razonables que no prestan el flanco a ningún ataque ni necesitan defensa, si los abonos por avería gruesa hubieran seguido siendo tan pocos y limitados como en el derecho civil romano (echazón de la carga y corte de palos, etc.) es poco probable que el sistema de distribución hubiese despertado ninguna hostilidad. Con los buques modernos, las hipótesis de avería gruesa habrían sido hechos poco frecuentes (probablemente menos del 10% del número actual), y el desmantelamiento del sistema, de haberse querido llevar a cabo, no habría causado ningún problema insuperable, aunque sólo fuera por razón de su aplicación limitada. Lo que ha suscitado objeciones en los últimos 125 años es el constante aumento del número de supuestos que puede considerarse que constituyen avería gruesa y de los abonos por tal concepto. Este proceso puede compararse con el de la edificación de una pared, en el que cada hilera de ladrillos constituye el cimiento de la hilera siguiente. Cada nuevo abono por avería gruesa puede lógicamente y jurídicamente considerarse como un precedente válido de aún más abonos." 96/

104. Lowndes reconoce así que el sistema de distribución de la avería gruesa, fruto de la necesidad, era eminentemente equitativo y razonable en aquellos primeros tiempos y que sería difícil criticarlo por razones teóricas.

De acuerdo con Selmer, ha señalado también que ninguno de los ataques contra el sistema de la avería gruesa tratan de poner en tela de juicio el principio de equidad. Mas prosigue diciendo:

"El eje del argumento de los abolicionistas es que lo que antaño era una necesidad comercial vital ha dejado de serlo para convertirse en un anacronismo costoso y superfluo, que a veces lleva varios años ajustar y liquidar, cuando sólo sería necesario el mismo número de meses para resolver la cuestión si se dejase que el perjudicado fuera quien soportase todos los daños y gastos y quien desplazase los riesgos a las anchas espaldas de un mercado de seguro marítimo más que suficiente." 97/

105. Así pues, cabe decir en favor del mantenimiento de la institución que nadie pone en tela de juicio la justicia inmanente del sistema, aunque se discuta la medida en que el peso de la historia constituye una consideración pertinente. De lo que se trata es de saber si la justicia inmanente del sistema justifica de por sí su pervivencia. O dicho de otro modo, si las ventajas son proporcionadas al tiempo y los gastos que entraña su aplicación.

106. Un aspecto que ha sido examinado en relación con este punto es el de si el principio de equidad de la avería gruesa se ha aplicado en alguna otra circunstancia. Se ha mencionado 98/ el caso del seguro contra incendios en que, para cortar o extinguir el incendio, quizás sea necesario destruir parte de los bienes y edificios adyacentes. Se ha señalado que en este caso cabría esperar un arreglo en virtud del cual los titulares de los bienes salvados contribuyesen a las pérdidas sufridas por los titulares de los bienes destruidos, pero no parece que ningún autor haya descubierto un ordenamiento jurídico que prevea ese derecho de contribución. Selmer sugiere que la razón por la que la avería gruesa se ha circunscrito al derecho marítimo es la existencia de la comunidad de riesgos que se crea al embarcar en un buque mercancías no pertenecientes al naviero. Y añade 99/:

"Difícilmente se encontrará otra situación en que se dé con tanta frecuencia un riesgo común. En el transporte por carretera o por ferrocarril, el peligro es menos acusado, y generalmente amenaza sólo las mercancías o el medio de transporte. En la época moderna, el transporte aéreo presenta casi la misma situación que el transporte marítimo. Pero el derecho aéreo se ha desarrollado sin recurrir al sistema de la contribución."

107. Sin embargo, en todas esas otras situaciones, aunque el hecho del riesgo común quizás sea menos frecuente, también se dan circunstancias en las que sería justo y equitativo distribuir los daños y gastos entre los diversos intereses implicados, pero no se ha elaborado un sistema de distribución como la avería gruesa y evidentemente los intereses mercantiles no han presionado a favor de la creación de tal sistema.

B. Garantía de actuación imparcial del capitán en caso de peligro

108. En uno de los más enérgicos alegatos en favor de la institución de la avería gruesa se afirmó que la mayor dificultad para su supresión era que "cualquier injerencia en el arbitrio del capitán en caso de peligro no es aconsejable por razones de orden público" 100/. Tal fue asimismo uno de los

elementos más importantes que indujeron al Comité de la Unión Internacional de Seguros de Transportes de 1948 a concluir que la avería gruesa no podía ni debía ser suprimida. Según el Comité:

"El principio de la avería gruesa ha servido de protección al capitán del buque y la tripulación contra toda acusación de fraude o maquinación dolosa. También dejaba al arbitrio del capitán la determinación de las medidas que había que adoptar para salvar el buque y el cargamento. El capitán no habría gozado de tal discrecionalidad si hubiera debido tomar tales medidas a sabiendas de que a causa de su decisión de realizar determinado sacrificio podría ser acusado de actuación culposa por la parte o las partes que hubieran sufrido una pérdida exclusiva.

Esta segunda consideración tiene actualmente tanta importancia como antes. Con los buques modernos de mucho valor que transportan grandes cantidades de mercancías, que representan a veces sumas cuantiosas, los actos de sacrificio acarrear consecuencias económicas graves. El peso de la responsabilidad del capitán del buque es a este respecto tan grande como siempre... Parece obvio que el requisito fundamental para hacer frente con éxito a la situación de peligro es que no venga a turbar el espíritu del capitán ninguna preocupación por las consideraciones económicas que inevitablemente surgirían si se suprimiese la avería gruesa, ni por el conocimiento o temor de que su actuación cause desagrado en el naviero, del que es empleado a sueldo, o sea censurada por los propietarios de la carga, exponiéndolo al riesgo de una acción de indemnización de daños y perjuicios por actos de echazón supuestamente realizados dolosa o innecesariamente, o por recurrir sin necesidad a asistencia ajena u otras acusaciones." 101/

109. Selmer, que ha examinado estos argumentos con gran detalle 102/, afirma que descansan en una serie de hipótesis dudosas. En primer lugar, pone en tela de juicio que sea cierto que la mayoría de los capitanes conozcan las reglas de la avería gruesa. Pone en duda también la hipótesis de que la repartición del sacrificio con arreglo a las reglas vigentes haga que sea indiferente, desde el punto de vista económico, saber dónde recae el sacrificio. Pone además en tela de juicio que en la mayoría de los casos de avería gruesa exista en realidad una verdadera posibilidad de elección entre varios medios para salir de la situación de peligro; y, por último, expresa muchas dudas acerca de si los capitanes, aunque conozcan las consecuencias económicas de sus decisiones en virtud del sistema de distribución de la avería gruesa, adopten realmente tales decisiones basándose en esas consideraciones económicas.

110. El Presidente de una asociación nacional de liquidadores de averías ha afirmado 103/ que los que han discutido el mérito a este respecto de la institución de la avería gruesa eran por fuerza incapaces de aportar ninguna prueba real de su afirmación. Sus palabras fueron:

"Quizás sea cierto, como han señalado algunos, que en caso de peligro los responsables de los buques, aunque no existiera el principio de la contribución por avería gruesa, seguirían actuando como lo han hecho hasta ahora, sin tener en cuenta los conflictos de intereses entre

los propietarios de los bienes a su cargo. Sin embargo, esto no puede demostrarse mediante la experiencia, ya que la tradición de la avería gruesa ha servido siempre hasta ahora de fundamento y apoyo al carácter discrecional de su actuación. A mi modo de ver, cabe afirmar por lo menos que la probabilidad de que la decisión de arrojar al mar una gran cantidad de mercancías valiosas desde un buque encallado en vez de desencallararlo, por ejemplo, fuera discutida por los interesados en la carga sería mayor si éstos tuvieran que sufrir la totalidad de esa pérdida por echazón y ninguna parte del costo de otras medidas." 104/

111. Selmer reconoce que se trata de una cuestión difícil de demostrar, en un sentido u otro, por remisión a los hechos. Sin embargo, considera lícito adoptar un planteamiento basado en el sentido común. Opina que, teniendo en cuenta su formación profesional, es probable que los oficiales de los buques tengan un conocimiento general de los principios fundamentales de la avería gruesa, aunque probablemente desconozcan los detalles. Y prosigue diciendo:

"A este respecto, hay que tener presente que los oficiales de los buques muy raramente se verán directamente en la tesitura de aplicar las reglas de la avería gruesa. Su cometido es conducir a puerto el buque sin contratiempo. El ajuste propiamente dicho de la avería gruesa se efectuará mucho más tarde, cuando el naviero haya pagado todas las facturas. Los oficiales de los buques raras veces pueden poner en práctica los conocimientos teóricos que han adquirido en la escuela naval. No es muy probable, por consiguiente, que tengan que aplicar en alguna medida apreciable sus conocimientos." 105/

112. Señala, por otra parte, que en los tiempos actuales lo más normal es que navieros y aseguradores se mantengan en relación con el capitán a raíz de un siniestro, y que a menudo se envíen desde el principio peritos al lugar en que éste se ha producido. En tales casos, por consiguiente, reconoce que quienes adoptan efectivamente las decisiones tendrán un conocimiento detallado de la institución de la avería gruesa. Probablemente estarán representados los diferentes grupos de intereses, de suerte que no será el capitán quien tome las decisiones sino los peritos del grupo de intereses de que se trate.

113. En cuanto a si la repartición de la avería gruesa hace realmente que sea indiferente, desde el punto de vista económico, dónde recae el sacrificio, Selmer sostiene firmemente que el sistema vigente de distribución de la avería gruesa no significa que sea indiferente dónde recae la pérdida ante todo. Mantiene que en un caso de avería gruesa el naviero casi siempre saldrá más beneficiado de resultas de un sacrificio que afecte la carga que de un sacrificio que afecte el buque. A este respecto, dice así:

"Sea cual fuere el repartimiento, el daño de avería gruesa causado al buque perjudicará al naviero mucho más que un daño equivalente al cargamento. Esto se debe a que ni las Reglas de York y Amberes ni ninguna ley nacional sobre avería gruesa otorga al naviero el resarcimiento íntegro de la pérdida económica que invariablemente sufre cuando se causa un daño al buque." 106/

114. Afirma que el naviero nunca será indemnizado por la pérdida de tiempo sufrida durante las reparaciones, salvo en condiciones de mercado poco favorables, ya que la pérdida por retraso nunca será indemnizada por los gastos corrientes exigibles en la avería gruesa. Los daños sufridos por el cargamento durante la operación de salvamento, en cambio, pocas veces repercutirán en el naviero. Así pues, Selmer concluye que, incluso con arreglo al sistema de distribución de la avería gruesa y la llamada igualdad de sacrificio, habrá poderosos motivos para dejar que la carga sufra el daño, de haber elección, y si los motivos económicos influyen realmente en las decisiones que se toman. Sin embargo, Selmer pone en tela de juicio la opinión de que haya en muchos casos una verdadera posibilidad de elegir entre las medidas que han de adoptarse 107/. Reconoce que los casos en que es más probable que exista la posibilidad de elegir son los de varada o encalladura, pero que incluso en ellos, si se solicitan los servicios de salvadores independientes en condiciones de "si no se salva no se paga" ("no cure, no pay"), como se da a menudo el caso, la elección de las medidas de salvamento que hayan de adoptarse rara vez incumbirá al capitán del buque salvado sino que corresponderá al capitán del buque salvador. En otros casos, como los de incendio o abordaje, lo que Selmer llama "merma espontánea", avería mecánica o problemas de carga sobre cubierta (cuando no hay cerca un claro puerto de refugio), afirma que la posibilidad de verdadera elección entre sacrificar el buque y sacrificar la carga existirá pocas veces.

115. Por último, Selmer aduce en relación con este punto que, en una situación en que amenace peligro y sea necesario actuar rápidamente, es probable que las reacciones instintivas del capitán, primero salvar las vidas humanas y después hacer lo que exige el "buen gobierno del buque" en su sentido más amplio, prevalezcan sobre cualquier otra consideración y, en especial, las consideraciones económicas, aun cuando no haya un sistema de distribución de la avería gruesa 108/.

116. Lowndes parece suscribir esas conclusiones. En un análisis del argumento del "orden público" y de la teoría, implícita en el argumento de que la institución de la avería gruesa sirve de perro guardián o "angel de la guarda" para la protección de los interesados en la carga, Lowndes dice:

"Si se produce la varada del buque durante la navegación, y si los fondos son de fango o arena, la reacción casi instintiva será dar marcha atrás a toda máquina y maniobrar diversamente en un esfuerzo por volver a poner a flote la nave. Incluso en los casos en que los fondos sean de roca, tras examinar las bodegas y tanques de doble fondo para comprobar que no se ha abierto una vía de agua, también se utilizarán las máquinas en los primeros esfuerzos para poner a flote el buque como método normal según las reglas de la náutica, y por lo tanto parece que los primeros gastos de desencalladura son de cuenta del naviero.

Si el buque hace más agua de la que puede achicar con sus bombas, sería mejor dejarlo donde está hasta obtener asistencia y un buzo para cegar la vía de agua. En cualquier caso, la echazón apresurada rara vez logrará algún resultado, pues a menos que se puedan sacar a popa anclas o cadenas pesadas, es probable que la nave simplemente derive más hacia tierra a medida que sea aligerada. O bien incluso puede resultar vencida por la vía de agua y zozobrar en aguas profundas." 109/

117. Tras examinar la improbabilidad de que haya habido ningún aumento de las echazones de carga sobre cubierta después de la modificación de las Reglas de York y Amberes en 1924, Lowndes continúa:

"En conjunto, cabe poner seriamente en duda que la teoría del orden público y del ángel de la guarda tenga mucha fuerza, pero si sobrevinieran (de resultas de la abolición) sacrificios innecesarios del cargamento, algunas demandas judiciales ampliamente divulgadas contra los infractores contribuiría indudablemente en mucho a desalentar ese tipo de actuación. Hay que señalar también que en muchos tipos de accidente de mar el sacrificio del cargamento no cumpliría ningún fin útil ni produciría ningún beneficio." 110/

118. Por consiguiente, parece haber bastantes motivos para poner en tela de juicio la principal premisa en que tanto el Comité de 1948 de la Unión Internacional de Seguros de Transportes como otros defensores de la institución de la avería gruesa han basado sus argumentos contra su supresión.

C. Dilación y gastos

119. Como se desprende claramente de lo que antecede, muchas de las críticas de la avería gruesa estriban en la queja de que el procedimiento entraña excesivo retardo y gastos superfluos. Los partidarios del mantenimiento de la institución aducen que tales retrasos y gastos serían prácticamente los mismos en el caso de la mayoría de los siniestros marítimos que dan origen a la avería gruesa, se aboliera o no esta institución. El Comité de 1948 de la Unión Internacional de Seguros de Transportes, por ejemplo, dijo:

"... las críticas dirigidas contra la institución de la avería común han sido hechas en gran parte por inconvenientes que son aspectos inevitables. Con cualquiera de los sustitutivos propuestos de la avería común o gruesa sería necesario adoptar, a menudo en los tipos más corrientes de averías consideradas actualmente como avería gruesa, a saber, encalladuras, daños por abordaje, incendio o arribada a un puerto de refugio, las mismas medidas que han sido tan duramente criticadas por algunos de los que propugnan la supresión de la institución. Las formalidades tendrían que ser, en general, las mismas que establecen las distintas legislaciones nacionales y que son de orden público. Para que la asistencia o salvamento y sus costos y gastos conexos puedan ser repartidos debidamente, habrá que valorar el buque y la carga y habrá que obtener también depósitos o compromisos de averías previamente a la entrega de las mercancías. Ni los siniestros sobrevenidos en la explotación de buques o en el transporte de mercancías, ni la naturaleza de los accidentes o de los daños a los buques y cargamentos, han experimentado ningún cambio fundamental. Las medidas para evitar, aminorar o determinar los valores del buque y el cargamento serán las mismas después de la abolición de la avería gruesa." 111/

120. Selmer reconoce que la afirmación de la Unión Internacional de Seguros de Transportes encierra una parte de verdad. Algunas de las peritaciones que se imputan en avería gruesa tendrán que seguir haciéndose aunque se apliquen otras reglas de liquidación. Conviene en que es posible también que tenga que

utilizarse hasta cierto punto un mecanismo algo semejante al ajuste de avería gruesa para determinar la acción que puede ejercitar el naviero contra los propietarios de la carga cuando el propietario del buque realiza gastos que benefician exclusivamente al cargamento. Además, algunas de las tareas que ahora realiza el liquidador de averías tendrían que ser ejecutadas probablemente por otros si se abandonase el vigente sistema de distribución. Selmer prosigue:

"No obstante, hay motivos para creer que estos gastos serán pequeños en comparación con los que se eviten. Como subrayó el Comité de la Unión Internacional de Seguros de Transportes, es cierto que la liquidación de averías complejas entraña y entrañará siempre un costo elevado. Pero sólo parte de esos costos aparecerán en los ajustes, y son sólo estos costos de liquidación aparentes que aquí tomamos en consideración. Los liquidadores ejercen un control relativamente estricto sobre los gastos admisibles. Cuando un importe reúne verdaderamente los requisitos para su distribución, lo más probable es que se trate de la indemnización de alguna tarea que sería superflua en el caso del sustitutivo propuesto." 112/

121. Por otra parte, Selmer afirma que, aunque la remuneración del salvamento propiamente dicha tendría que seguir siendo distribuida entre el buque y la carga, la distribución de la remuneración por asistencia o salvamento entrañaría un porcentaje mucho menor de los costos que un repartimiento en avería gruesa. Sostiene que el importe total que ha de distribuirse es conocido en caso de asistencia o salvamento y los valores contribuyentes pueden basarse en los valores utilizados para determinar la remuneración del salvamento. Así pues, la labor necesaria para efectuar la liquidación es menor que si hubiera que distribuir pérdidas de avería gruesa.

122. También se ha hecho hincapié en el trabajo suplementario que implica para los cargadores, consignatarios y aseguradores la distribución de los daños y gastos en avería gruesa. Así, se ha afirmado:

"El reconocimiento de las mercancías dañadas, la imputación de las cantidades que han de abonarse como avería gruesa, la constitución de depósitos o la prestación de garantías, el establecimiento de los valores sano y dañado de la carga y el buque y, finalmente, la gigantesca tarea de liquidación, que supone un volumen ingente de trabajo de detalle, repercute en los gastos que, a largo plazo, recaen en el asegurador, ya muy agobiado. Por otra parte, el naviero, el cargador y los consignatarios sufren muchas molestias e incomodidades en relación con el pago y cobro por las contribuciones de avería gruesa, etc., por las que no son indemnizados... Sólo la preparación de la liquidación, que implica un examen y análisis cuidadosos de las cuentas de reparaciones, los informes del reconocimiento, los desembolsos, los valores contribuyentes del buque, la carga y el flete, puede prolongarse durante varios años, e incluso en un caso de menor cuantía puede entrañar un retraso de muchos meses." 113/

123. Selmer ha afirmado que no era raro que transcurrieran entre cinco y diez años entre el momento de la avería y el cierre de la liquidación. El Presidente de la British Association of Average Adjusters declaró en mayo

de 1955, a raíz de una investigación de las demandas de indemnización de poca cuantía del seguro de cascos, que "el período que transcurría por término medio entre la fecha del siniestro y la presentación de la reclamación era de cuatro años y medio. Los veinte primeros meses de este período representaba el tiempo medio perdido por el aplazamiento de las reparaciones; a los once meses siguientes, empleados en esperar la conclusión del informe del inspector, seguían otros diez meses antes de que el primer documento relacionado con la reclamación se presentara a los liquidadores. El tiempo empleado por los liquidadores para reunir todos los demás documentos e información necesarios y concluir la liquidación era de 13 meses" 114/. Poco tiempo después, un estudio análogo llegó a la conclusión de que el tiempo empleado por los liquidadores había disminuido en siete meses. Selmer reconoce que si se habla del tiempo normalmente transcurrido entre el siniestro y el momento en que se liquida finalmente la pérdida para todos los intereses implicados, el retraso causado por la distribución de la avería gruesa es insignificante. Esto obedece a que, casi siempre, la liquidación de la demanda de indemnización del seguro de cascos sufre importantes retrasos por las causas mencionadas en el informe del Presidente de la British Association of Average Adjusters que se acaba de citar. Pero Selmer deja bien sentado que, de no existir la institución de la avería gruesa, muchos intereses no sufrirían ningún retraso. No todos los intereses tendrían que esperar tanto tiempo la liquidación final.

"Cuando un asegurado ha sufrido una pérdida indemnizable, la liquidación es un asunto que se plantea exclusivamente entre él y su asegurador. Si, por cualquier razón, la liquidación se alarga, quizás sea incómodo para las partes pero no concierne a terceros. La avería gruesa, en cambio, vincula entre sí varias liquidaciones de seguros. Hasta que se hayan fijado las contribuciones, los aseguradores que han cubierto el casco, el flete y la carga no pueden calcular definitivamente su responsabilidad. Esto puede resultar enojoso aun en el caso en que la avería gruesa se liquide sin particular tardanza. Pero si surge un litigio con respecto a una factura de reparaciones por daños de avería gruesa causados al buque, los aseguradores del flete o de la carga no pueden cerrar sus cuentas mientras no se haya resuelto definitivamente este típico conflicto del seguro de cascos. De ese modo, el retraso se extiende como anillos en el agua." 115/

124. En lo que concierne a los gastos de las liquidaciones de avería gruesa, Selmer compara los diversos estudios realizados. Un primer estudio efectuado por un asegurador arrojaba una cifra media del 12% del total de las demandas sobre avería gruesa 116/. Más tarde, en 1914, otro asegurador registró una cifra del 18,6% 117/. Aproximadamente en la misma época, un liquidador de averías de Nueva York consideró las cifras correspondientes a doce liquidaciones no seleccionadas y comprobó que el promedio era también del 18%, aproximadamente 118/. En 1925, un asegurador hizo un análisis de 50 liquidaciones elegidas al azar y comunicó una cifra media del 12,5% del total de las demandas sobre avería gruesa 119/. El propio Selmer, al analizar las liquidaciones correspondientes a los buques de la flota noruega en 1952, con una sola excepción que se refería a un caso que se salía totalmente de lo ordinario, llegó a una cifra que se situaba entre el 5,2 y el 8%, considerando que la cifra más realista sería la más próxima al extremo más alto de la escala. Señaló que algunas de las cifras medias más altas anteriores quizás

no fueran representativas. Sin embargo, observó que lo que figuraba en la liquidación como partidas de gastos, y que se mediría en los análisis estadísticos, era principalmente el trabajo realizado por los liquidadores, mientras que la labor de otros participantes en el procedimiento no se medía a pesar de que era considerable. Según Selmer:

"El naviero, el propietario de la carga o el asegurador que lleva a cabo un trabajo administrativo en relación con la liquidación no puede solicitar una deducción por el aumento de sus gastos generales." 120/

125. Por consiguiente, hay que tener en cuenta esos "costos ocultos", en los que, a juicio de Selmer, no se incurriría en absoluto si se suprimiese el sistema de distribución de la avería gruesa.

D. Las relaciones entre las partes interesadas

126. Se ha dicho que la institución de la avería gruesa surgió en una época en que los mercaderes solían viajar con sus mercancías, comprándolas, vendiéndolas y canjeándolas en el curso del viaje:

"Para los navieros de la Grecia antigua, que fueron los primeros en utilizarla en su tráfico mediterráneo, la liquidación de la avería gruesa era un asunto relativamente sencillo. Sus pequeñas naves probablemente transportaban sólo media docena de envíos en cada viaje y era habitual en esos tiempos que los mercaderes acompañasen sus mercancías. Es fácil imaginar, por consiguiente, que toda pérdida de avería gruesa sufrida por el naviero o por uno de los mercaderes se liquidase en la cámara del capitán al término del viaje. Si el naviero (que quizás fuera también el capitán de la nave) había sufrido la pérdida, cada uno de los mercaderes le cedería artículos apropiados de sus cargas, mientras que si el que había sufrido la pérdida (tal vez por echazón de sus mercancías) había sido uno de los mercaderes, los demás le reservarían el mismo trato y el capitán, en nombre de la nave, probablemente haría algún pago en dinero." 121/

127. En aquellos tiempos toda expedición marítima era una aventura verdaderamente arriesgada. "El reparto equitativo de la pérdida cumplía una función muy necesaria y útil, pues los mercaderes probablemente habían invertido la mayor parte de su fortuna en la aventura y no había ningún otro sistema de seguro mediante el cual pudieran protegerse contra las pérdidas. La institución de la avería gruesa, fruto de la necesidad, era eminentemente equitativa y razonable en esos tiempos remotos" 122/. Sin embargo:

"En la actualidad, la situación es mucho más compleja. Un carguero o un buque portacontenedores normalmente transporta varios centenares de cargas -a veces más de 1.000- pertenecientes a cargadores diferentes, ninguno de los cuales, por supuesto, acompaña sus mercancías. El importe total de los capitales comprometidos en la aventura asciende a varios millones de dólares y es evidente que, en el momento de la entrega de las mercancías en su punto de destino, no se conocen los importes exactos que han de contribuir a una avería gruesa. Para determinar la cantidad que cada una de las partes en la aventura está llamada a pagar, el naviero

recurre a los servicios de un liquidador de averías -un especialista en el derecho de la avería gruesa- cuyo cometido es preparar la liquidación de la avería gruesa." 123/

128. En una carta al director de Lloyd's List, en 1966, un comerciante destacaba las diferencias entre ayer y hoy. En su opinión, "la relación entre el naviero y el propietario de la carga ya no es la de copartícipes en una aventura arriesgada sino sólo la de proveedor y usuario de un servicio corriente" 124/. Y señalaba que, desde su punto de vista de comerciante, toda reforma que permitiese obviar el trabajo administrativo inherente a la avería gruesa sería acogida muy calurosamente.

129. Selmer estima que las desavenencias que causa la institución de la avería gruesa, especialmente en las relaciones entre el naviero y los propietarios de la carga, son un aspecto muy importante cuando se examinan los méritos de la institución. "El comerciante espera que sus mercancías, una vez arribadas y después de haber pagado el flete pactado, estarán a su disposición sin más trámites o exigencias. Así sucede en todas las demás formas de transporte terrestre o aéreo. Sin embargo, si un buque ha corrido un peligro, el consignatario debe firmar un compromiso de resarcimiento o prestar alguna fianza, y se le impone una liquidación con su asegurador aunque sus propias mercancías no hayan sufrido ningún daño... La liquidación de la avería gruesa viene a complicar el cumplimiento del contrato de transporte y es sin duda una causa de tirantez en las buenas relaciones entre las partes. En realidad, el naviero no está muy interesado en implicar a sus clientes, los fletadores y los propietarios de la carga, en las molestias y gastos inherentes al proceso de repartimiento. En ciertos casos especiales, el repartimiento puede tener una importancia decisiva para el naviero, por ejemplo, si lo que está en juego es la prima de su seguro de cascos, pero cuando no existe ese motivo, el naviero preferirá por regla general que no se proceda a ningún repartimiento, siempre que, por supuesto, pueda reintegrarse de sus propios daños y gastos" 125/.

Capítulo VII

OTROS SISTEMAS DE REGLAMENTACION JURIDICA DE LA AVERIA

A. Las soluciones posibles

130. Los partidarios de conservar el sistema de distribución de la avería gruesa mantienen que cualquiera de las soluciones que se han propuesto de cuando en cuando para sustituirlo son tan gravemente defectuosas como para resultar inaceptables. A continuación figura la enumeración de cinco de esos otros sistemas que han sido propuestos en sustitución del sistema de distribución de la avería gruesa 126/.
131. El primer sistema consiste en que el buque soporte todos los sacrificios y gastos de avería gruesa y que abone también todas las pérdidas o daños causados al cargamento.
132. En el contexto de los regímenes actuales de las Reglas de La Haya y las Reglas de La Haya-Visby 127/ ese sistema sería claramente del todo inaceptable para los interesados en el buque. Su discusión sólo estaría justificada en el contexto de las Reglas de Hamburgo 128/, si fueran adoptadas de una manera general. Las Reglas de Hamburgo no impiden la aplicación del sistema de distribución de la avería gruesa pero, en el párrafo 2 del artículo 24, establecen que las disposiciones del Convenio relativas a la responsabilidad del porteador por pérdida o daño de las mercancías determinarán también si el consignatario puede negarse a contribuir a la avería gruesa y también, en gran parte, si el porteador está obligado a resarcir al consignatario de su contribución a la avería gruesa o al salvamento. Como, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 de las Reglas de Hamburgo, el porteador es, salvo en el caso de incendio, responsable del resarcimiento de cualquier pérdida o daño de las mercancías a menos que pruebe que "él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias", serán comparativamente raros los casos en que el porteador pueda exigir una contribución del cargamento por avería gruesa.
133. Por consiguiente, si las Reglas de Hamburgo son adoptadas generalmente, no es inconcebible que pueda llegarse a una situación en que resulte aceptable tanto para los interesados en el buque como para los interesados en la carga que no se proceda a la liquidación de la avería gruesa salvo en los casos de incendio. Si no, puede llevar a la aceptación de otro sistema de la índole del que se expone más abajo en cuarto lugar.
134. El segundo sistema consiste en una vuelta a la teoría del "salvamento común". Este sistema tendría por efecto abolir todas las reglas que han venido a injertarse en el concepto original de la avería gruesa en virtud de la doctrina del "beneficio común".
135. Lowndes considera que esta solución no tendría una aceptación general. Sólo eliminaría muy pocos supuestos de avería gruesa y las indemnizaciones por avería gruesa, considerablemente reducidas, serían en gran parte de cuenta del naviero 129/. Selmer se adhiere a la misma opinión, calificando esa idea de romántica y poco práctica:

"Se puede estar a favor o en contra de la doctrina del "beneficio común", pero, sea como sea, es evidente que las reglas que se derivan de ella satisfacen necesidades prácticas en el marco de la avería gruesa. Mediante la supresión de la distribución por "beneficio común", sin duda se reduciría algo el número de liquidaciones de avería gruesa pero no se eliminaría ninguno de los otros inconvenientes. Por el contrario, se crearían nuevos problemas, como la distinción entre la arribada a un puerto de refugio exigida por un "riesgo efectivo", y la que es sólo necesaria "para la continuación del viaje con seguridad"." 130/

136. El tercer sistema es que los daños sean de cuenta de quien los hubiere sufrido pero que los gastos sigan distribuyéndose a prorrata. Esta era la solución que propugnaba por lo menos uno de los miembros del Grupo de Trabajo del CMI de 1982 131/. También era apoyada por los primitivos defensores de la supresión parcial:

"... los daños relativos al buque deben ser de cuenta del naviero o sus aseguradores, del mismo modo que los daños relativos a la carga deben corresponder a los propietarios de las mercancías o los aseguradores. En resumen, no incumbiría a las partes en la aventura ninguna obligación de contribuir a los sacrificios de otros intereses hechos por el bien común, pérdidas que serían de cuenta de los aseguradores correspondientes, o, en caso de que los bienes no estuvieren asegurados, de los propietarios. Los gastos hechos para el salvamento común representan un sacrificio semejante al sacrificio de bienes, pero no se propone que se suprima la contribución a los gastos de avería gruesa porque no se le oculta a nadie que, como esos gastos son casi siempre realizados por el naviero, se ocasionaría un quebranto a éste o a sus aseguradores." 132/

137. Se estimaba además que las liquidaciones, aunque con la de los gastos seguirían siendo necesarias, no serían tan abundantes ni intrincadas y, por consiguiente, podrían efectuarse con más celeridad y a menor costo. Ni Selmer ni Lowndes están de acuerdo en que esta solución reduciría en alguna medida el número de liquidaciones porque es probable que en casi cada caso se incurriese en gastos. No obstante, Lowndes considera que podría ser un primer paso hacia la supresión total. Su argumento es el siguiente:

"Los interesados en la carga y sus aseguradores soportarían las pérdidas causadas por echazón, por los medios utilizados para extinguir un incendio o por alijo forzoso -como ocurre en la actualidad- pero renunciarían a sus derechos de repetición por avería gruesa contra el naviero y los demás grupos de intereses de la carga. Por otra parte, los navieros y sus aseguradores soportarían el costo de las reparaciones de los daños causados al buque por los medios utilizados para ponerlo a flote o para extinguir un incendio, etc., también sin derecho de repetición contra el cargamento. Esta medida contribuiría considerablemente a la simplificación de los grandes tipos de liquidaciones por incendio, encalladura y echazón porque ya no habría ninguna necesidad de distinguir entre daños accidentales e intencionales causados al buque o al cargamento." 133/

138. El cuarto sistema consiste en que todos los daños y todos los gastos sean de cuenta de quien los hubiere sufrido, es decir, que se suprima completamente todo el sistema de distribución de la avería gruesa. Esta es la solución que propugnan Selmer, algunos de los miembros del Grupo de Trabajo sobre avería gruesa del CMI de 1982 e incluso, con algunas reservas, los presentes editores del Lowndes. Estos descartan como "infundado" el temor de que los capitanes de los buques decidan arrojar las mercancías al mar en vez de incurrir en gastos que recaerían en el naviero, pero estiman que la simple supresión de todo el sistema de distribución de la avería gruesa adolecería de un grave inconveniente. Tomando como ejemplo el caso de un buque con un valor residual o de rescate (valor dañado) de un millón que transporte un cargamento valorado en 5 millones, señalan:

"En caso de un siniestro muy grave, evidentemente valdría la pena gastar 2 millones o más para salvar la aventura en su conjunto, pero a tenor de los vigentes principios jurídicos el naviero tendría derecho a abandonar el viaje y renunciar si hubiere de soportar este gasto. Desde su punto de vista, ningún gasto de más de un millón estaría justificado financieramente.

Es impensable que se dejara que bienes valiosos tasados en 6 millones se estropearan o perdieran y, sin duda, se contratarían los servicios de salvadores profesionales con arreglo al modelo de acuerdo de salvamento de Lloyd's. Pero si esos salvadores se ven obligados a exigir fianza a cada uno de los interesados en los bienes salvados por separado, y a ejercitar asimismo contra cada uno de ellos sus acciones por el salvamento, volverán a surgir los mismos problemas (u otros peores) que se plantean con el actual sistema de distribución de la avería gruesa." 134/

139. Por consiguiente, Lowndes señala que, para suprimir el sistema de distribución de la avería gruesa, será indispensable velar por que tal supresión no resulte burlada por otro sistema de distribución como el del salvamento: el naviero también tendría que responder del pago de la remuneración por salvamento de las mercancías. Esto "no podrá lograrse plenamente con las actuales condiciones del seguro de cascos, ni dentro de los límites del valor asegurado normal de cualquier buque, por lo que será necesario que el naviero suscriba una póliza especial y complementaria de seguro para cubrir lo que según los usos vigentes se consideraría avería gruesa relativa al cargamento" 135/.

140. Por eso se propone, como primera medida, la supresión de la avería gruesa y el salvamento si la suma total de que se trata es inferior a una cantidad determinada y, de ese modo, una limitación de toda distribución por avería gruesa a los siniestros más importantes.

141. Como segunda medida, se prevé un acuerdo de seguro especial cuya prima sería pagadera por los navieros mismos o por los interesados en la carga como recargo del flete. En cuanto a la cifra posible por debajo de la cual no habría lugar a distribución de avería gruesa o salvamento, se opina que: "Sin las necesarias estadísticas, es imposible dar una idea de la cuantía de esa suma, pero en el caso de un carguero de altura corriente es posible

imaginar que se situaría en una escala entre los 250.000 dólares y los 500.000 dólares. De ser así, este sistema evitaría tener que distribuir la avería gruesa en un número considerable de los casos en que actualmente se abre expediente" 136/.

142. A Selmer no le preocupa tanto el que, con la supresión, se dejen perder cargamentos valiosos, aunque reconoce que las reglas del "beneficio común" contribuyen útilmente a que se termine el viaje después de un siniestro, sino que estima más bien que las obligaciones jurídicas de los navieros para con el cargamento y el alcance limitado de las circunstancias en que los navieros pueden legalmente abandonar un viaje constituyen un control suficiente 137/. A diferencia de Lowndes, Selmer aboga por que se conserven las responsabilidades respectivas del buque y el cargamento por asistencia o salvamento y que no se supriman con la abolición del sistema de distribución de la avería gruesa que propugna. Selmer estima que las ventajas prácticas de la conservación de las responsabilidades actuales del buque y el cargamento por asistencia o salvamento son mayores que los inconvenientes. En cuanto a esos inconvenientes, escribe:

"Sin embargo, los inconvenientes serán muchos menos que los que entraña el actual sistema de repartición completa (de la avería gruesa). En primer lugar, el importe siempre será conocido (la remuneración del salvamento más los intereses y gastos de las negociaciones o costas procesales). Como valores contribuyentes será suficiente por regla general utilizar los valores que sirvieron de base al juez o árbitro para fijar la remuneración del salvamento. De esa forma se evitará también la anomalía que a veces se produce actualmente, esto es, que la remuneración del salvamento se estipule basándose en una serie de valores, y que el repartimiento se efectúe basándose en valores totalmente diferentes. También es posible llevar a cabo rápidamente el repartimiento, con lo que el riesgo de fluctuación en el interin de los tipos de cambio será correspondientemente menor". 138/

143. El quinto sistema considerado es que el conocimiento de embarque sirva también de póliza de seguro de la carga para el pago de todos los daños causados a las mercancías, por accidente o por sacrificio voluntario, y toda contribución a la avería gruesa 139/.

144. Con este sistema también se evitaría totalmente la distribución de la avería gruesa, pero, como se ha dicho, a la idea del conocimiento de embarque asegurado se oponen vigorosamente las grandes empresas mercantiles con una estadística de siniestralidad favorable que prefieren tratar directamente con los aseguradores de su elección 140/. En los últimos años se ha debatido mucho la idea de un sistema de conocimiento de embarque asegurado, pero hay pocos motivos para poner en duda que la conclusión a que llegó el Comité sobre Avería Gruesa de la Unión Internacional de Seguros de Transportes en 1948 era correcta, a saber, que esta idea se "funda en un razonamiento que no toma en consideración una serie de circunstancias de hecho, ni tiene en cuenta las enseñanzas de la práctica relativas al mercado de fletes, el seguro marítimo, el transporte marítimo, el comercio y las finanzas, que ponen de manifiesto que es un sistema utópico" 141/.

B. Los intereses no asegurados

145. Quienes propugnan la supresión del sistema de distribución de la avería gruesa sostienen que unas nuevas disposiciones de seguros apropiadas serían mucho más eficientes y mucho menos costosas para la solución de los problemas que supuestamente resuelve la institución de la avería gruesa. Así, como dijo uno de los miembros del Grupo de Trabajo del CMI de 1982: "Las cantidades abonadas y el reparto del fondo de la avería gruesa no son actualmente sino poco más que un medio complicado de redistribuir los riesgos entre aseguradores. Cuando, como es habitual actualmente, todos los intereses están plenamente asegurados, la naturaleza de la avería gruesa y sus consecuencias financieras ya no son lo que eran cuando la cobertura de seguro era menor o inexistente" 142/. En sus conclusiones, el Grupo de Trabajo apoyó la "reforma de las disposiciones de seguros para eliminar los inconvenientes del sistema actual".

146. Sin embargo, el Comité de 1948 de la Unión Internacional de Seguros de Transportes estimó que la afirmación de que la carga y los buques se aseguraban en la actualidad con más frecuencia que cuando se redactaron las Reglas de York y Amberes no estaba suficientemente corroborada por los hechos, lo que debilitaba considerablemente los argumentos a favor de la supresión. El Comité puso en duda la hipótesis de que el elemento no asegurado era insignificante o que, si se suprimía la avería gruesa, los intereses que optaban por no asegurar sus mercancías aceptarían hacerlo o soportar directamente las pérdidas en caso de avería gruesa o salvamento 143/.

147. Un colaborador de Lloyd's List formuló en 1966 una observación análoga, por entender que una proporción considerable de buques y cargamentos no eran asegurados o lo eran sólo restrictivamente 144/. Otros, en cambio, no compartían este punto de vista 145/, y así, por ejemplo:

"Los adversarios de la abolición casi siempre introducen sus opiniones con el argumento siguiente: que el propietario no asegurado de un bien sacrificado, sea éste el buque, el flete o las mercancías, resultaría perjudicado si se le privara de sus derechos a exigir la contribución de las demás partes. Este argumento parece a primera vista sólido, pero el cargador que no asegura sus bienes comprometidos en una aventura marítima es muy poco corriente, especialmente en la actualidad, cuando las disposiciones bancarias han convertido el certificado o la póliza de seguro marítimo en uno de los documentos esenciales de negociación. Es una hipótesis muy plausible la de que el propietario que está dispuesto a hacer navegar su buque no asegurado, o el comerciante dispuesto a hacer frente de la misma forma a los riesgos de mar, estarían preparados para aceptar el riesgo suplementario de que sus bienes fueran sacrificados para el salvamento común que, como se ha visto, no es un riesgo muy grave. Además, este inconveniente viene a ser compensado en gran parte por el hecho de que no estaría obligado a contribuir al resarcimiento de las pérdidas por avería gruesa de otros." 146/

148. Selmer adopta un punto de vista muy semejante. Reconoce que se dan en una medida muy amplia valores no asegurados tanto del lado de los propietarios del buque como del lado de la carga. Señala que algunos navieros prefieren soportar una parte mayor del riesgo que las franquicias deducibles habituales,

pero mantiene que es muy raro que haya un propietario de buque que acepte soportar solo todo el riesgo del casco. Y prosigue:

"En el caso del naviero que es una persona física, las consideraciones puramente económicas serán decisivas cuando opte por este tipo de cobertura del casco. La supresión de la avería gruesa repercutirá sin duda en el riesgo inherente a las franquicias importantes. El naviero debe en ese caso soportar solo los costos de la asistencia o salvamento que no excedan de la suma acordada, pero que antes podía transferir al menos parcialmente a los propietarios de la carga. En cambio, evitará que los interesados en la carga le exijan contribución. El resultado de todo esto quizá sea que las personas físicas propietarias de buques reconsideren sus coberturas de seguro, pero quienes sigan prefiriendo que se les apliquen franquicias importantes no sufrirán ninguna injusticia por causa de la reforma." 147/

149. En lo que concierne a la carga, Selmer distingue entre los propietarios de mercancías que conscientemente toman la decisión de no asegurar y los que simplemente no lo hacen por cualquier motivo. Reconoce que, en el caso de estos últimos, la avería gruesa representa una verdadera protección, pero observa que esos propietarios de mercancías también deben contribuir y que, en conjunto, probablemente no salgan beneficiados porque, con arreglo a su estudio estadístico, en definitiva los interesados en el buque obtienen mayores ventajas del sistema de distribución de la avería gruesa que los interesados en la carga. Por lo que respecta a los primeros, Selmer escribe:

"En lo que se refiere al propietario de carga que deliberadamente se abstiene de contratar un seguro -sea en virtud de un cuidadoso cálculo de probabilidades, sea por el deseo de correr riesgos aventurados- la situación es exactamente la misma que para el naviero que utiliza el buque con importantes franquicias deducibles. No hay ningún motivo para mantener la avería gruesa en su beneficio." 148/

C. Consideraciones jurídicas

1. La anotación de reservas en los conocimientos de embarque

150. En ciertos órdenes jurisdiccionales, los derechos de avería gruesa se consideran derivados de las leyes mercantiles independientemente del contrato. No obstante, en la actualidad la mayoría de las demandas de contribución por avería gruesa se basan en el contrato en virtud de la inclusión en los conocimientos de embarque y otros contratos de transporte de cláusulas por las que se establece que la avería gruesa se liquidará de conformidad con las Reglas de York y Amberes. Quienes propugnan la supresión del sistema de distribución de la avería gruesa han indicado que la abolición de la institución podría efectuarse simplemente mediante la inserción de cláusulas en los conocimientos de embarque y otros contratos de transporte. Por ejemplo, uno de los miembros del Grupo de Trabajo sobre Avería Gruesa del CMI de 1982 propuso una cláusula redactada en los siguientes términos:

"Las partes en el presente contrato no exigirán contribución por avería gruesa ni contribuirán a ésta." 149/

151. Lowndes ha propuesto para la supresión parcial de la avería gruesa el siguiente proyecto de cláusula:

"La avería gruesa se liquidará según las Reglas de York y Amberes, 1974, salvo que:

- a) La pérdida o el daño, o ambas cosas, causados al buque, el cargamento u otros bienes por sacrificio de avería gruesa será de cuenta de la parte que haya sufrido la pérdida sin derecho a dirigirse contra los demás intereses contribuyentes.
- b) Los primeros ... \$/£ de todo gasto por avería gruesa o salvamento marítimo, o ambas cosas, serán de cuenta del naviero y sólo la cantidad que exceda de esa suma se distribuirá entre los intereses contribuyentes." 150/

152. Los adversarios de la supresión de la institución de la avería gruesa han puesto en tela de juicio que una cláusula de un contrato entre un cargador y un naviero incluida en el conocimiento de embarque surta efectos entre un cargador y otro cargador. El Comité de 1948 de la Unión Internacional de Seguros de Transportes señaló que el pacto voluntario entre un naviero y un cargador de renunciar a sus derechos en materia de avería gruesa no afectaría a su situación jurídica respecto de los demás cargadores, ya que no existía una relación contractual entre éstos 151/. Un asegurador, al comentar una crítica análoga en 1925, señaló la existencia de cláusulas de asunción de la avería gruesa (o su equivalente):

"Un aspecto que guarda cierta relación con el asunto es el de que, en la actualidad, no es raro que los conocimientos de embarque de los buques de línea regular estipulen que, a menos que las pérdidas de avería gruesa alcancen cierta suma, no se practicará la liquidación, basándose en que los gastos que ésta entraña no se justifican. Este es un buen ejemplo del supuesto en que quien soporta daño es el dueño de la cosa que lo ha recibido, puesto que el naviero, el cargador o sus aseguradores tienen que abonar tales pérdidas sin ningún derecho de resarcimiento contra las otras partes. Sólo se distingue en grado de la supresión total de la contribución a los sacrificios por avería gruesa." 152/

153. Si una cláusula de esta índole no fuera obligatoria entre un cargador y otro cargador, tampoco lo sería una cláusula por la que se estipulase que la avería gruesa habría de liquidarse según las Reglas de York y Amberes. Lowndes escribe a este respecto: "En caso de que dos cargadores hayan convenido con el naviero en la aplicación de las Reglas, si un cargador exige del otro cargador una contribución por avería gruesa, entendemos que las Reglas serán aplicables en virtud de un pacto tácito entre ellos." 153/.

154. En apoyo de esa opinión se cita la resolución dictada en el asunto Castle Insurance c. Hong Kong Shipping Co. 154/. Consideramos, pues, que la cláusula inserta en un conocimiento de embarque u otro contrato de transporte por la que se renuncie a los derechos en materia de contribución por avería gruesa sería obligatoria entre un cargador y otro cargador en virtud de los mismos principios.

2. Las Reglas de La Haya, las Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo

155. La mayoría de los contratos de transporte actuales estipulan que quedan sujetos a las Reglas de York y Amberes, cuya Regla D dispone:

"Cuando el acontecimiento que motivó el sacrificio o gasto haya sido consecuencia de una falta cometida por una de las partes comprometidas en la aventura, subsistirá la obligación de contribuir; pero ello sin perjuicio de las acciones o medios de defensa que puedan afectar a dicha parte por tal falta."

156. Como se ha señalado 155/, la primera oración de la Regla D autoriza a practicar la liquidación basándose en la presunción de que el siniestro ocurrió sin que mediara culpa de ninguna de las partes comprometidas en la aventura. Después, la segunda oración de la Regla surte el efecto de una reserva respecto de la primera, en virtud de la cual la presunción juris tantum de los derechos que la primera cláusula reconoce a las partes puede ser destinada por las acciones cuyo ejercicio deja a salvo la segunda cláusula. Cuando el contrato de transporte esté sujeto a las Reglas de La Haya o las Reglas de La Haya-Visby y el siniestro que dé lugar a la avería gruesa sea atribuible, por ejemplo, a que el naviero no ha ejercido la debida diligencia para poner el buque en estado de navegar, podrá practicarse la liquidación de la avería gruesa pero los interesados en la carga tendrán derecho a negarse a pagar cualquier contribución por avería gruesa que se les exija. Actualmente, en un número no despreciable de casos las demandas de contribución por avería gruesa dirigidas por los navieros a los interesados en la carga son rechazadas por éstos fundándose en que la avería gruesa sobrevino a causa del incumplimiento por el naviero del contrato de transporte.

157. Cuando las Reglas de Hamburgo entren en vigor y sean aplicables a los conocimientos de embarque, parece probable, como se ha indicado antes 156/, que serán pocos los casos en que un naviero pueda exigir contribución por avería gruesa en virtud de las Reglas de York y Amberes. Según lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 2 del artículo 24 de las Reglas de Hamburgo, la carga deberá contribuir por avería gruesa sólo si el porteador puede probar "que él, sus empleados o agentes adoptaron todas las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias". Un tratadista ha señalado a este respecto:

"Además de la regla de la carga de la prueba del párrafo 1 del artículo 5, los interesados en el cargamento pueden invocar también la presunción general de culpa o negligencia enunciada en... las Reglas de Hamburgo. Estas Reglas se aplican en todas las situaciones salvo cuando el acto de avería gruesa ha sido originado por un incendio. De conformidad con el párrafo 4 del artículo 5, los interesados en el cargamento deben demostrar que el incendio se produjo por culpa o negligencia del porteador, sus empleados o agentes. Así, a tenor de lo dispuesto en las Reglas de Hamburgo, el naviero ya no podrá refutar la prueba de innavegabilidad de los interesados en el cargamento mediante la prueba de que ha ejercido la diligencia debida para poner el buque en estado de navegar. Excepto en los casos de incendio, las Reglas de Hamburgo hacen que sea muy difícil que el naviero pueda obtener la

contribución por avería gruesa de los interesados en el cargamento. Este impedimento para hacer efectiva la declaración de averías podría dar lugar a una importante disminución de la utilización de la avería gruesa..." 157/

D. Efectos de la supresión de la institución sobre las partes interesadas

158. Se ha dicho que para que el sistema de distribución de la avería gruesa pueda suprimirse en todo o en parte habrán de cumplirse ciertos requisitos indispensables, a saber:

"1. La abolición o supresión de la avería gruesa no puede imponerse a la colectividad mercantil sino que sólo puede llegar si los interesados en el buque y en la carga lo desean positivamente o si pueden ser convencidos de los beneficios potenciales que tal abolición o supresión les aportaría personalmente;

2. Los interesados en el buque y en la carga sólo desearán la supresión del sistema de distribución de la avería gruesa si en virtud de cualquier otro sistema quedan en una posición financiera tan buena como la de que ahora gozan. En otras palabras, las partes esperarán obtener directamente de sus aseguradores todas las indemnizaciones o bonificaciones que actualmente reciben por avería gruesa (por ejemplo, el naviero seguirá esperando obtener el reembolso del salario y alimentos de su tripulación, etc.).

3. No deben aumentarse las primas de seguro ni los fletes (o todo aumento de los fletes debe ser compensado por una disminución equivalente de las primas del seguro de la carga)." 158/

159. Este comentario da pie a dos observaciones: primeramente, que la cuestión de si el sistema actual es equitativo entre el buque y la carga (cosa que Selmer discute) 159/ es una petición de principio y, en segundo lugar, que hace caso omiso de la situación de los aseguradores del casco, de la carga y de P & I. A este respecto, un asegurador ha expresado la siguiente opinión:

"No son siempre los aseguradores quienes marcan el compás pero normalmente corresponde a ellos pagar los vidrios rotos, por lo que cabe que un análisis exhaustivo de los pagos ponga de manifiesto que, al renunciar a los derechos de contribución de las otras partes, recae en ellos una ligera carga adicional. No obstante, a menos que sea considerable, resultará compensada por las ventajas que supone el que baste un solo pago para dar carpetazo al asunto, puesto que no incrementarán la demanda de indemnización los largos retrasos ni el mayor costo de la liquidación, y se harán mayores economías en los gastos de personal administrativo, etc." 160/

160. Otro asegurador manifestó asimismo la opinión, en una carta dirigida en 1966 al Director de Lloyd's List, de que las partes que más ganarían con la supresión de la institución de la avería gruesa y menos con su conservación eran los aseguradores mismos. Dijo así: "Las liquidaciones de la avería gruesa son costosas en tiempo (hasta siete años en algunos casos), en dinero,

en deformación de las estadísticas de los aseguradores y en la creación de una "cola", en el retardo del pronto pago de las demandas, y eso ¿para qué? En definitiva, todo sale del bolsillo de los aseguradores" 161/.

161. Selmer opina que la supresión del repartimiento de la avería gruesa no afectaría gravemente el actual equilibrio entre los diversos elementos del seguro marítimo, con tal que tal supresión no comprendiera la asistencia o salvamento propiamente dichos. Su estudio de las estadísticas escandinavas parece confirmar que los aseguradores del casco obtienen un módico beneficio de la distribución de la avería gruesa, de suerte que, si éste desapareciera, quizás aumentasen ligeramente las primas del seguro de cascos 162/.

162. Esto concuerda con la opinión expresada por un destacado tratadista del derecho de los Estados Unidos, quien señala que "la mayoría de los actos de avería gruesa son actos relativos al buque, que dan origen a un derecho de contribución a favor del buque y contra la carga; fuera cual fuese la situación en el comercio de vinos medieval, la avería gruesa actualmente es fundamentalmente una institución de los buques" 163/.

163. Selmer sostiene que el consiguiente aumento del nivel general de los fletes teóricamente vendría a ser compensado con creces por la disminución de las primas del seguro de la carga. Se haría también la economía en costo y tiempo de la liquidación de la avería gruesa, lo que redundaría en beneficio de toda la colectividad mercantil 164/.

164. Como se recordará, la solución de Selmer consiste en la supresión completa del sistema de distribución de la avería gruesa y el mantenimiento exclusivo de la distribución de la asistencia o salvamento 165/. En cuanto al principio del "salvamento común", todo sacrificio, incluido el costo de buscar un puerto de refugio y permanecer en él, sería soportado, después de la supresión, por la parte que sufriera la pérdida o realizara el gasto. Sólo cuando mediara asistencia o salvamento se efectuaría una distribución proporcional. Pero su recomendación es que el naviero (o, mejor dicho, el asegurador del casco) por razones prácticas pague íntegramente todas las remuneraciones de menor cuantía debidas por asistencia o salvamento que no excedan de un porcentaje acordado del valor del casco. Esto, evidentemente, requeriría la modificación de las pólizas actuales del seguro de cascos, del flete y de la carga, así como una renuncia a la acción de repetición por gastos de salvamento.

165. En lo que concierne al principio del "beneficio común", la supresión requeriría que el naviero pudiera asegurar los gastos extra que tuviese que realizar. Selmer reconoce que la supresión de la distribución de la avería gruesa podría dar lugar a la inserción de nuevas cláusulas en los conocimientos de embarque y las pólizas de fletamento, que reconocieran al porteador el derecho a exigir de los interesados en la carga la indemnización de los gastos extraordinarios, pero estima que ello no sería un inconveniente mayor de la supresión. A su juicio, mucho dependería de la amplitud de la cobertura de seguros de que dispusiera el naviero 166/.

166. El Comité de 1948 de la Unión Internacional de Seguros de Transportes se mostró escéptico. Estimó que, si se suprimía la distribución de los gastos de avería gruesa, surgiría primero una tendencia, que pronto se convertiría en práctica, de que los navieros prestasen poca o ninguna atención a la carga y se concentrasen en el buque. Los miembros del Comité también preveían que los navieros incluirían en sus conocimientos de embarque disposiciones para exigir de los interesados en el cargamento el pago de los gastos extra y se preguntaban cómo los propietarios podrían cobrar tales gastos y cómo los distribuirían. Estas posibles dificultades constituían para ellos un motivo adicional para conservar el sistema vigente 167/.

167. Selmer estima que ese punto de vista atribuye demasiado poco valor al control impuesto por las obligaciones jurídicas contraídas en virtud de los contratos de transporte y a las responsabilidades resultantes de la falta de vigilancia respecto de las mercancías. Desde luego, algunos miembros del Grupo de Trabajo del CMI de 1982 con toda evidencia estimaban que la cuestión podía regularse satisfactoriamente mediante disposiciones de seguros apropiadas. Un miembro consideró que la cuestión podría resolverse así:

"Si por acuerdo mutuo se insertaran en los documentos de transporte cláusulas de no contribución, éstas tendrían por efecto la abolición de la avería gruesa, y las pérdidas y gastos que normalmente constituyen avería gruesa, por haber sido causados deliberada y no fortuitamente, no serían indemnizables en virtud de las pólizas de seguro. Sin embargo, si se modificaran las pólizas del seguro de cascos y del seguro de la carga para tener en cuenta esa situación, la pérdida o el daño materiales de las mercancías caerían naturalmente dentro del ámbito de la póliza del seguro de la carga tradicional y, del mismo modo, la pérdida o el daño materiales del casco quedarían incluidos en la póliza del seguro de cascos. Los gastos extra del naviero no se ajustan fácilmente a ese modelo, pero una póliza ampliada del seguro de flete o de desembolsos permitiría tenerlos en cuenta." 168/

Tercera parte

Capítulo VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

168. Como se ha indicado anteriormente 169/, el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo dispuso, para elaborar su programa de trabajo, de un informe preparado por la secretaría en el que se planteaban las cuestiones siguientes:

- a) Si sería ventajoso "suprimir totalmente la avería gruesa y dejar que la pérdida recaiga en el que la experimente, es decir, que sea el asegurador del interés correspondiente el que soporte la carga";
- b) Si sería aconsejable estudiar "la posibilidad de simplificar el trámite de la avería gruesa"; y
- c) Si sería aconsejable estudiar "la reducción o supresión de las contribuciones en aquellos casos en que se considere que tenga menos valor el principio equitativo de que los beneficiarios se repartan proporcionalmente los gastos hechos en interés común".

169. Cabe estimar que las opiniones de la doctrina analizadas en la segunda parte de este informe no demuestran convincentemente la necesidad de conservar el sistema de distribución de la avería gruesa. Pero los partidarios de conservarlo señalan, cuando se plantea la cuestión de su supresión, que no hay nada aparentemente que exija suprimirlo. El Presidente de la British Association of Average Adjusters, al abordar este tema en 1969, dijo:

"Hay pocos indicios actualmente de que el empresario mercantil en general tienda a esa solución extrema... Si tal solución reuniera suficientes votos entre los navieros en general, éstos podrían insistir en que se modificasen en consecuencia los contratos de fletamento. Asimismo, si hubiera un número suficiente de comerciantes o de sus aseguradores a favor de ella, estos podrían insistir en que se introdujeran modificaciones análogas." 170/

170. Anteriormente, en un firme alegato en favor de la avería gruesa, se había señalado también que en la Conferencia de Estocolmo, en la que se aprobaron finalmente las Reglas de York y Amberes, 1924, "Ni un solo representante de las compañías navieras o de seguros presentes propuso, y menos aún propugnó, la supresión de la avería gruesa, lo que parecería constituir un claro testimonio de que los más directamente interesados reconocían el mérito de no tocar los principios equitativos de la avería gruesa" 171/.

171. Sin embargo, el año siguiente un crítico acérrimo del sistema declaraba:

"El Secretario Honorario de la Sección Marítima de la Conferencia de Estocolmo (Sanford D. Cole), aun reconociendo que el método lógico de reformar la avería gruesa era su supresión, indicó que el verdadero obstáculo a esa medida eran los "intereses creados"." 172/

172. Quizás algunos piensen que esta opinión viene a ser corroborada por el siguiente pasaje de una conocida obra de un miembro preeminente de la Association of Average Adjusters de los Estados Unidos:

"A los cargadores y consignatarios de las mercancías, la avería gruesa se les aparece a menudo como un completo engorro, mientras que los navieros no acogen precisamente con satisfacción el trabajo y las responsabilidades suplementarias que les incumben cuando hay que hacer una declaración de avería gruesa. En cambio, los liquidadores de averías (especialistas en seguro marítimo) consideran la avería gruesa con el respeto que les merece esta importante fuente de su sustento." 173/

173. Como se desprende del presente informe, los llamamientos en favor de la supresión del sistema de distribución de la avería gruesa se remontan a 1877. En el análisis más completo de la institución de la avería gruesa que se haya realizado hasta ahora, el profesor Knut Selmer, cuya obra ha sido citada frecuentemente en este informe, concluyó que el mejor camino era la supresión de la institución. El informe del Grupo de Trabajo sobre Avería Gruesa del CMI de 1982 parece inclinarse por la elaboración de nuevas disposiciones de seguros que eliminen en efecto la necesidad del presente sistema de distribución de la avería gruesa; y los directores de la edición de 1990 de la obra de Lowndes y Rudolf relativa a la normativa legal sobre la avería gruesa y las Reglas de York y Amberes son claramente partidarios de una supresión casi total de la avería gruesa y del sistema de distribución de los gastos de asistencia o salvamento y, además, de la adopción de una nueva cobertura de seguros que abarque las pérdidas y gastos resultantes de los siniestros que puedan calificarse de avería gruesa o de asistencia o salvamento. Tras analizar el costo probable del seguro de los gastos de avería gruesa y de asistencia o salvamento en un caso típico llegan a la siguiente conclusión:

"¿No sería éste un bajo precio que pagar para evitar todas las molestias, gastos y retrasos suplementarios que ocasionaría tanto a los interesados en el buque como a los interesados en la carga un supuesto de avería gruesa en el que hubiera muchos conocimientos de embarque?"

El transporte marítimo de mercancías dejaría estar sujeto a los anacrónicos aderezos de una época pretérita; sería posible prescindir de la costosa distribución de las pérdidas y de los gastos de "salvamento" y actualizar el sistema en el mismo sentido que el transporte por carretera, por ferrocarril o aéreo, de índole análoga, en los que las pérdidas son de cuenta de quienes las han sufrido y el porteador se compromete a terminar el viaje sin necesidad de "pasar la gorra". 174/

174. No ha habido todavía, o por lo menos la secretaria no tiene noticia de ello, ningún debate organizado sobre el tema entre las compañías de seguros, como propugnaba el Grupo de Trabajo del CMI de 1982. Por eso, parece prematuro que el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo examine las cuestiones de la simplificación o reforma de la avería gruesa mientras que, como propuso el Comité del CMI de 1982, los problemas "técnicos y de servicio" no hayan sido analizados minuciosamente por las empresas de seguros interesadas.

175. Así pues, se recomienda que la secretaria de la UNCTAD, en consulta con el CMI, se ponga en relación con las empresas de seguros para proyectar y organizar encuestas y debates entre las empresas de seguros interesadas, con objeto de determinar si sería posible establecer nuevas disposiciones de seguros que permitiesen la supresión del actual sistema de la avería gruesa.

176. Si nuevas disposiciones de seguros pudieran, en la práctica, proporcionar un sustitutivo más eficiente y menos costoso de la institución de la avería gruesa, habría que estudiar después la mejor forma de proceder a la supresión del sistema actual.

177. Si, por el contrario, las empresas de seguros llegasen a la conclusión, tras un estudio y debate a fondo, de que no hay una solución de seguros viable, sería apropiado entonces examinar, en una segunda fase, la mejor manera de simplificar, reformar (mediante su supresión parcial o de otro modo) o poner al día el sistema actual de la avería gruesa o común y las Reglas de York y Amberes.

Notas

1/ Véase Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, noveno período de sesiones (TD/B/240 - TD/B/C.4/55, anexo 1).

2/ "Documento de trabajo sobre reglamentación internacional del transporte marítimo" (TD/B/C.4/ISL/2), párr. 43.

3/ Véase Documentos Oficiales de la Junta de Comercio y Desarrollo, 24° período de sesiones (TD/B/921 -TD/B/C.4/254), anexo I, pág. 54.

4/ Véase el informe del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo acerca de su 12° período de sesiones, documento TD/B/C.4/338-TD/B/C.4/ISL/56, anexo II, pág. 28.

5/ Artículo 14.

6/ Véase el Documento adjunto 2.

7/ Véase Fletcher c. Alexander (1863), L.R.3C, págs. 375 a 381.

8/ Digesto XIV.2.1.

9/ Véanse las Reglas (o Sentencias) de Olerón, arts. 8, 9 y 35, y las Leyes de Wisbuy, arts. 20 y 21: Black Book of Admiralty, Sir Trevor Twiss (1876), vol. IV, pág. 271. En cuanto a otras antiguas leyes marítimas de Europa, véase Lowndes (R), The Law of General Average (1873), primera edición, apéndice A, pág. 301.

10/ Véase Fletcher c. Alexander (1868), L.R.3C, págs. 375 a 381.

11/ Véase Lowndes & Rudolf, The Law of General Average & The York-Antwerp Rules (London, Sweet & Maxwell) 1990, 11a. edición, párr. 00.64.

12/ Hubo, sin embargo, una fuerte oposición por parte de Lloyds' a que se adoptasen las Reglas de York como base de discusión, alegando que "la mejor manera de lograr la uniformidad sería mediante la supresión de la avería gruesa". Véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 00.75.

13/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 00.81.

14/ K. S. Selmer, The Survival of General Average - A Necessity or an Anachronism? (Oslo University Press) 1958, pág. 56.

15/ (1929) 1 K.B. 187, (1928) 31 Ll.L. Rep 313.

16/ Véase A. L. Parks, The Law and Practice of Marine Insurance and Average (Stevens & Sons, Londres) 1988, vol. 1, pág. 493, nota 40.

17/ Por ejemplo, la cláusula 19 de la New York Produce Exchange Charter Party (revisión de 1946) dice: "... la justificación y liquidación de la

avería gruesa y el pago de su importe se efectuarán de conformidad con las Reglas 1 a 15, ambas inclusive, y 17 a 22, ambas inclusive, así como la Regla F, de las Reglas de York y Amberes, 1924..."

18/ Los antecedentes y la evolución de las Reglas se reseñan detalladamente en Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 00.63 a 00.106.

19/ Las Reglas de York y Amberes han sido incorporadas a la legislación nacional de ciertos países. Forman parte, por ejemplo, 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", Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 12, N° 3, abril de 1981, pág. 365.

20/ Véase Goulandris Brothers c. Goldman (1958) 1Q.B.77, págs. 90 y 91.

21/ (1801) 1 East 220, según J. Lawrence, pág. 228.

22/ En cuanto al origen y antecedentes del término "avería", véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 00.12; Machlachlan, The Law of Merchant Shipping (1923), 6a. edición, pág. 561.

23/ Véase Covington c. Roberts (1806) 2B. & P.N.R., 378; Job c. Langton (1856) 6 E. & B., 779 a 790; Svendsen c. Wallace (1884) 13 Q.B.D., 69 a 73.

24/ Véase A. Parks, The Law and Practice of Marine Insurance and Average, op. cit., págs. 485 a 493.

25/ Véase Arnould, Law of Marine Insurance and Average (Stevens & Sons, Londres), 16a. edición, 1981, párrs. 920 y 921; Parks, The Law and Practice of Marine Insurance and Average, op. cit., págs. 493 a 496. Véase asimismo Robinson c. Price (1876) 2Q.B.D.295; Wilson c. Bank of Victoria (1867) L.R.2Q.B.203; Harrison c. Bank of Australia (1872) L.R.77Ex.39.

26/ Véase la interpretación de la Regla VII en Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 7.01 a 7.13.

27/ Véase Austin Friars SS Co c. Spillers and Bakers Ltd (1951) 3 K.B.586; Lee c. Grinnell 12 N.Y. Super Ct.400 (N.Y., 1856).

28/ Véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. A.105; Arnould, op. cit., párr. 918.

29/ Véase A. Park The Law and Practice of Marine Insurance and Average, op. cit., pág. 499; Leslie J. Buglass, General Average and The York-Antwerp Rules 1974, American Law and Practice, Cornell Maritime Press, Cambridge, Maryland, 1974, págs. 13 y 14.

30/ Según J. Roche, en Vlassopoulos c. British and Foreign Marine Insurance Co Ltd (The Makis) (1929) 1K.B. 187 a 200.

31/ Véase Digesto, Lib. XIV, Tit. 2, Fol. 1.

32/ La Regla I de las Reglas de York y Amberes dispone: "Ninguna echazón de cargamento será admitida como avería gruesa a menos que tal cargamento se transporte de acuerdo con los usos reconocidos del comercio". El daño causado por un sacrificio hecho para el salvamento común, o a consecuencia de éste, o por el agua que penetre por una abertura practicada con el objeto de efectuar una echazón para el salvamento común, también se admite en avería gruesa a tenor de lo dispuesto en la Regla II. Véase la interpretación de las Reglas I y II en Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 1.01 a 2.10.

33/ Véase Strong c. Scott (1889) 14 APP.Cas.601-609; The Freda 266F, 551 (S.D.N.Y. 1918).

34/ Véase Whitecross Wire Co c. Savill (1881) 8Q.B.D.653; Pirie c. Middle Dock Co (1881) 44L.T.426.

35/ La Regla III dispone: "El daño causado a un buque y a su cargamento, o a cualquiera de ellos, por agua o de otro modo, incluso el que se produzca al varar o hundir el buque, para extinguir un fuego a bordo, será admitido en avería gruesa. Sin embargo, no se efectuará abono alguno por el daño ocasionado por humo o calor, cualquiera que fuese su causa".

36/ Véase la Regla XII de las Reglas de York y Amberes.

37/ Regla III de las Reglas de York y Amberes.

38/ Regla V de las Reglas de York y Amberes.

39/ Regla IX de las Reglas de York y Amberes.

40/ Regla IV de las Reglas de York y Amberes.

41/ Véase Pirie c. Middle Dock Co (1881) 44L.T.426.

42/ Véase The Columbian Ins Co c. Ashby (1839) 13 Peters.331.

43/ Véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 15.17.

44/ Véase el segundo párrafo de la Regla XV de las Reglas de York y Amberes.

45/ Véase Ocean SS Co c. Anderson (1883) 13Q.B.651-662; Kemp c. Halliday (1865) 34L.J.Q.B.233-242, Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. A.103.

46/ Véase la Regla VI de las Reglas de York y Amberes. Por lo que respecta a la interpretación, véase la Regla VI en Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 6.12 a 6.27.

47/ Ibid., Reglas X y XI. Por lo que respecta a la interpretación de estas Reglas, véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 10.32 a 11.37.

48/ Ibid., Regla F. Por lo que respecta a la interpretación de la Regla F, véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. F.1 a F.39.

49/ Regla X, apartado a).

50/ Ibid., apartado b).

51/ Ibid., apartado c).

52/ Regla XI, apartado a).

53/ Ibid., apartado b).

54/ Existen diferencias de opinión acerca de si el derecho a la contribución se funda en un convenio tácito o en la antigua ley marítima. El punto de vista sostenido principalmente por los órganos jurisdiccionales británicos es que su fundamento no hay que buscarlo en absoluto en un convenio sino en la antigua Ley Rodia, que ha sido incorporada al derecho de las naciones marítimas. Véase Burton c. English (1883) 12Q.B.D.218, según M. R. Brett, págs. 220 y 221; Strang Steel & Co c. Scott (1899) 14A.C.601, págs. 607 y 608.

55/ Véase Arnould, Law of Marine Insurance and Average, decimosexta edición, 1981, párr. 974.

56/ Véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. D.02; véase asimismo Stang c. Scott (1889) 14A.C.501; Schloss c. Heriot (1863 14C.B. (N.S.) 59; The Ettrick (1881) 6P.D. 127 a 135.

57/ Según L. J. Kennedy, en Greenshields, Cowrie c. Stephens (1908) 1K.B., pág. 61.

58/ The Carron Park (1890) 15P.D. 203; Milburn c. Jamaica Fruit Co (1900) 2Q.B.540.

59/ (1897) 171U.S.187.

60/ (1911) 225 U.S.32.

61/ Para más detalles, véase Buglass, Marine Insurance and General Average in the United States, 2a. edición, 1981, págs. 290 a 294; Carver, op. cit., párrs. 1363 a 1374; Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. D.01 a D.019.

62/ W. Tetley, Marine Cargo Claims, 2a. edición, 1978, pág. 369.

63/ (1958) 1 Q.B.74.

64/ Ibid., pág. 104; véase asimismo Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. D.27.

65/ Ibid., págs. 93 a 100.

66/ Fletcher c. Alexander (1868) L.R.3C.P. 375 a 382.

67/ Mavro c. Ocean Mar. Ins. (1874) L.R.9C.P. 595, (1875) 10 C.P. 414; Hill c. Willson (1879) 4P.C. 329.

68/ Por lo que respecta a la interpretación de la Regla G, véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. G.01 a G.63.

69/ The Dorothy Foster (1805) 6C.Rob. 88 a 91.

70/ Esta Regla dispone: "Del flete y del precio del pasaje en riesgo serán deducidos los gastos y remuneración de la tripulación que no se hubieren devengado para ganar el flete si el buque y la carga se hubiesen perdido totalmente en el momento del acto de avería gruesa y hayan sido admitidos en avería gruesa".

71/ E. B. Aaby's Rederi A/S c. The Union of India, The "Evje" (1973) Lloyd's Rep 509.

72/ Diestelkamp c. Baynes (Reading) Ltd, The "Aga" (1968) Lloyd's Rep 431, según J. Donaldson pág. 434.

73/ E. B. Aaby's Rederi A/S c. The Union of India, The "Evje" (1973) Lloyd's Rep 509 a 514.

74/ The "Evje" (1973) Lloyd's Rep 509, (1974) 3W.L.R. 269.

75/ (1936) 41 Com.Cas. 350.

76/ El formulario de la fianza de Lloyd's figura reproducido en Lowndes & Rudolf, op. cit., apéndice 4, párr. 80.04.

77/ Véase Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 30.17 y 30.18.

78/ Gilmore y Black en "The Law of Admiralty", segunda edición, The Fountain Press Inc., Nueva York, 1975, pág. 270.

79/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.01.

80/ Op. cit.

81/ Ibid., pág. 289.

82/ Publicado en el Boletín del CMI de junio de 1983.

83/ Op. cit., pág. 291.

84/ Ibid., pág. 292.

85/ Informe del Comité de la Unión Internacional de Seguros de Transportes, 1948, págs. 1 y 2.

86/ Artículo de V. E. Robertson, agente de seguros de la Motor Union Insurance Company, publicado en Lloyd's List, Londres, de 7 de octubre de 1966.

87/ Selmer, op. cit., pág. 134; G. R. Rudolf, The York-Antwerp Rules, 1926, reproducido en el apéndice 4 de la novena edición de Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 1107.

88/ Selmer, op. cit., pág. 134.

89/ C. H. Johnson, General Average: Abolition, International Codification or Reform, ponencia leída el 11 de febrero de 1925 ante el Instituto de Seguros de Liverpool, 28 J. Chartered Ins. Inst. 303, en la que citaba una declaración del Secretario de la Sección Marítima de la Conferencia de Estocolmo (Sanford D. Cole), 1924.

90/ V. E. Robertson, agente de seguros de la Motor Union Insurance Company, en una carta al Director de Lloyd's List, Londres, de 14 de julio de 1966.

91/ C. H. Johnson, de la Thames and Mersey Marine Insurance Company, en una ponencia leída ante el Instituto de Seguros de Liverpool, op. cit., pág. 303.

92/ Douglas Owen, Secretario de la Alliance Insurance Company, en una ponencia leída en Lloyd's el 9 de mayo de 1894.

93/ Op. cit., apéndice 5, The Future of General Average, párr. 90.02.

94/ Op. cit., pág. 7.

95/ Op. cit., pág. 121.

96/ Op. cit., párr. 90.05.

97/ Ibid., párr. 90.04.

98/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 305.

99/ Op. cit., pág. 126.

100/ G. R. Rudolf, op. cit., párr. 1106, pág. 485.

101/ Op. cit., pág. 4.

102/ Op. cit., págs. 210 a 225.

103/ John Crump, en una alocución dirigida en 1969 a los miembros de la British Association of Average Adjusters sobre el tema de la simplificación de la avería gruesa, publicada en From the Chair - Addresses by Chairmen of the Association of Average Adjusters, 1873-1976, The Association of Average Adjusters and Lloyd's of London Press Limited, Londres, 1978, pág. 83.

104/ Ibid., pág. 84.

105/ Selmer, op. cit., pág. 212.

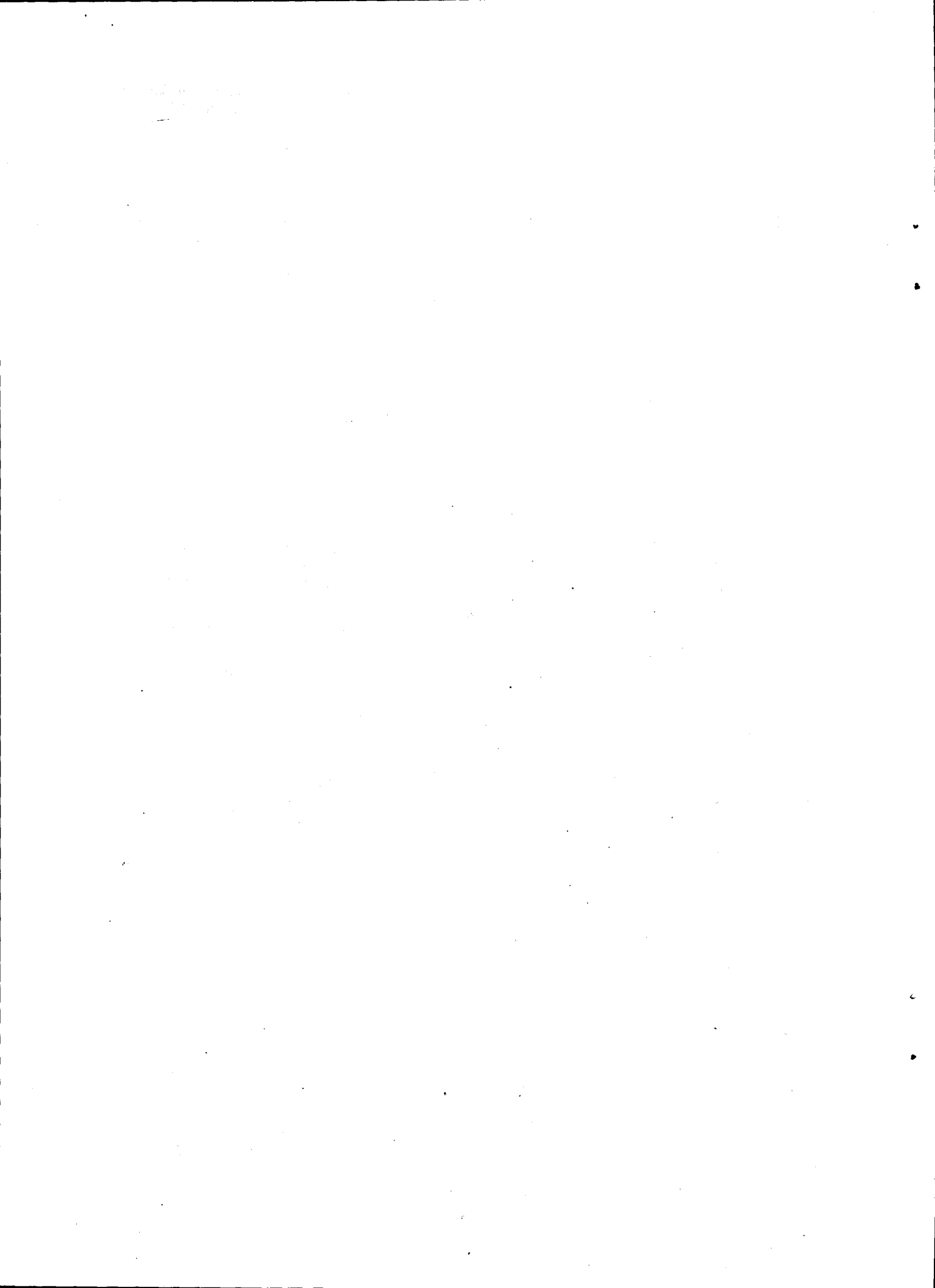
106/ Ibid., pág. 213.

107/ Ibid., pág. 214.

- 108/ Ibid., pág. 223.
- 109/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.08.
- 110/ Ibid., párr. 90.09
- 111/ Op. cit., pág. 14.
- 112/ Op. cit., pág. 161.
- 113/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 310.
- 114/ Association of Average Adjusters, Report of General Meeting, 12 de mayo de 1955, págs. 6 y 7.
- 115/ Selmer, op. cit., pág. 170.
- 116/ W. H. Jarrett, de la Commercial Union Assurance Company, Adelaida, en una ponencia leída ante el Insurance Institute of Victoria, en 1890.
- 117/ W. R. Ray, de la Insurance Society of Canton, Adelaida, en una ponencia leída ante el Insurance Institute of Victoria, el 16 de septiembre de 1914.
- 118/ H. K. Fowler, en una alocución pronunciada como Presidente de la Association of Average Adjusters de los Estados Unidos, en octubre de 1914.
- 119/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 312.
- 120/ Op. cit., págs. 155 y 158.
- 121/ L. J. Buglass, op. cit., pág. 2.
- 122/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 90.03 y 90.04.
- 123/ L. J. Buglass, op. cit., pág. 2.
- 124/ Carta de P. H. Pinner, de Gillespie Bros, al director de Lloyd's List, 30 de agosto de 1966.
- 125/ Op. cit., pág. 172.
- 126/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. 90.11 a 90.25.
- 127/ El Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento, de 1924 (Reglas de La Haya), y las Reglas de La Haya enmendadas por el Protocolo de Bruselas de 1968 (Reglas de La Haya-Visby).
- 128/ El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo).
- 129/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.13.

- 130/ Selmer, op. cit., pág. 148.
- 131/ Op. cit., párr. 4.7.
- 132/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 312. Véase asimismo Douglas Owen en una comunicación leída en Lloyd's el 9 de mayo de 1894.
- 133/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.22.
- 134/ Ibid., párrs. 90.15 y 90.16.
- 135/ Ibid., párr. 90.16.
- 136/ Ibid., párr. 90.24.
- 137/ Op. cit., págs. 239 a 241.
- 138/ Ibid., pág. 203.
- 139/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.17.
- 140/ Ibid.
- 141/ Op. cit., pág. 10.
- 142/ Op. cit., párr. 4.4.
- 143/ Op. cit., pág. 6.
- 144/ D. B. B. Johnson, en una carta al Director de Lloyd's List, de 6 de junio de 1966.
- 145/ G. R. Rudolf, op. cit., párr. 1102, pág. 483; C. H. Johnson, op. cit.
- 146/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 315.
- 147/ Op. cit., pág. 192.
- 148/ Ibid., pág. 193.
- 149/ Op. cit., párr. 4.4.
- 150/ Op. cit., párr. 90.26.
- 151/ Op. cit., pág. 13.
- 152/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 317.
- 153/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.11.
- 154/ (1984) A.C. 226 (P.C.).

- 155/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párrs. D.23 y 24.
- 156/ Véanse los párrafos 132 y 133 del presente informe.
- 157/ Patrick Johnson, Jr., "A Comparison of General Average Law and the Status of Average Adjusters in Sweden and the United States", Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 12, N° 3, abril de 1981, pág. 363, en la pág. 385.
- 158/ Lowndes & Rudolf, op. cit., párr. 90.11.
- 159/ Op. cit., pág. 122; pág.213.
- 160/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 318.
- 161/ Thomas Poole, en una carta al Director de Lloyd's List, de 31 de mayo de 1966.
- 162/ Selmer, op. cit., pág. 290.
- 163/ Gilmore and Black, op. cit., pág. 248.
- 164/ Op. cit., pág. 290.
- 165/ Ibid., pág. 294.
- 166/ Ibid.
- 167/ Op. cit., pág. 12.
- 168/ Op. cit., párr. 4.4.
- 169/ Véase el párrafo 2 del presente informe.
- 170/ John Crump, The Simplification of General Average, op. cit., pág. 84.
- 171/ G. R. Rudolf, op. cit., párr. 1107, pág. 486.
- 172/ C. H. Johnson, op. cit., pág. 317.
- 173/ L. J. Buglass, General Average and The York-Antwerp Rules 1974, American Law and Practice, op. cit., pág. 1.
- 174/ Op. cit., párr. 90.25.



THE YORK-ANTWERP RULES 1974,
AS AMENDED 1990

Rule of Interpretation

In the adjustment of general average the following lettered and numbered Rules shall apply to the exclusion of any Law and Practice inconsistent therewith.

Except as provided by the numbered Rules, general average shall be adjusted according to the lettered Rules.

Rule A

There is a general average when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure.

Rule B

General average sacrifices and expenses shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided.

Rule C

Only such losses, damages or expenses which are the direct consequence of the general average act shall be allowed as general average.

Loss or damage sustained by the ship or cargo through delay, whether on the voyage or subsequently, such as demurrage, and any indirect loss whatsoever, such as loss of market, shall not be admitted as general average.

Rule D

Rights to contribution in general average shall not be affected, though the event which gave rise to the sacrifice or expenditure may have been due to the fault of one of the parties to the adventure, but this shall not prejudice any remedies or defences which may be open against or to that party in respect of such fault.

Rule E

The onus of proof is upon the party claiming in general average to show that the loss or expense claimed is properly allowable as general average.

Rule F

Any extra expense incurred in place of another expense which would have been allowable as general average shall be deemed to be general average and so allowed without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the amount of the general average expense avoided.

Rule G

General average shall be adjusted as regards both loss and contribution upon the basis of values at the time and place when and where the adventure ends.

This rule shall not affect the determination of the place at which the average statement is to be made up.

Rule I - Jettison of Cargo

No jettison of cargo shall be made good as general average, unless such cargo is carried in accordance with the recognized custom of the trade.

Rule II - Damage by Jettison and Sacrifice for the Common Safety

Damage done to a ship and cargo, or either of them, by or in consequence of a sacrifice made for the common safety, and by water which goes down a ship's hatches opened or other opening made for the purpose of making a jettison for the common safety, shall be made good as general average.

Rule III - Extinguishing Fire on Shipboard

Damage done to a ship and cargo, or either of them, by water or otherwise, including damage by beaching or scuttling a burning ship, in extinguishing a fire on board the ship, shall be made good as general average; except that no compensation shall be made for damage by smoke or heat however caused.

Rule IV - Cutting away Wreck

Loss or damage sustained by cutting away wreck or parts of the ship which have been previously carried away or are effectively lost by accident shall not be made good as general average.

Rule V - Voluntary Stranding

When a ship is intentionally run on shore for the common safety, whether or not she might have been driven on shore, the consequent loss or damage shall be allowed in general average.

Rule VI - Salvage

(a) Expenditure incurred by the parties to the adventure in the nature of Salvage, whether under contract or otherwise, shall be allowed in general average provided that the salvage operations were carried out for the purpose of preserving from peril the property involved in the common maritime adventure.

Expenditure allowed in general average shall include any salvage remuneration in which the skill and efforts of the salvors in preventing or minimizing damage to the environment such as is referred to in Article 13 paragraph 1(b) of the International Convention on Salvage, 1989 have been taken into account.

(b) Special compensation payable to a salvor by the shipowner under Article 14 of the said Convention to the extent specified in paragraph 4 of that Article or under any other provision similar in substance shall not be allowed in general average.

Rule VII - Damage to Machinery and Boilers

Damage caused to any machinery and boilers of a ship which is ashore and in a position of peril, in endeavouring to refloat, shall be allowed in general average when shown to have arisen from an actual intention to float the ship for the common safety at the risk of such damage; but where a ship is afloat no loss or damage caused by working the propelling machinery and boilers shall in any circumstances be made good as general average.

Rule VIII - Expenses lightening a Ship when Ashore, and Consequent Damage

When a ship is ashore and cargo and ship's fuel and stores or any of them are discharged as a general average act, the extra cost of lightening, lighter hire and reshipping (if incurred), and the loss or damage sustained thereby, shall be admitted as general average.

Rule IX - Ship's Materials and Stores Burnt for Fuel

Ship's materials and stores, or any of them, necessarily burnt for fuel for the common safety at a time of peril, shall be admitted as general average, when and only when an ample supply of fuel had been provided; but the estimated quantity of fuel that would have been consumed, calculated at the price current at the ship's last port of departure at the date of her leaving, shall be credited to the general average.

Rule X - Expenses at Port of Refuge, etc

(a) When a ship shall have entered a port or place of refuge, or shall have returned to her port or place of loading in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances, which render that necessary for the common safety, the expenses of entering such port or place shall be admitted as general average; and when she shall have sailed thence with her original cargo, or a part of it, the corresponding expenses of leaving such port or place consequent upon such entry or return shall likewise be admitted as general average.

When a ship is at any port or place of refuge and is necessarily removed to another port or place because repairs cannot be carried out in the first port or place, the provisions of this Rule shall be applied to the second port or place as if it were a port or place of refuge and the cost of such removal including temporary repairs and towage shall be admitted as general average. The provisions of Rule XI shall be applied to the prolongation of the voyage occasioned by such removal.

(b) The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores whether at a port or place of loading, call or refuge, shall be admitted as general average, when the handling or discharge was necessary for the common safety or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, except in cases where the damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstances connected with such damage having taken place during the voyage.

The cost of handling on board or discharging cargo, fuel or stores shall not be admissible as general average when incurred solely for the purpose of restowage due to shifting during the voyage, unless such restowage is necessary for the common safety.

(c) Whenever the cost of handling or discharging cargo, fuel or stores is admissible as general average, the costs of storage, including insurance if reasonably incurred, reloading and stowing of such cargo, fuel or stores shall likewise be admitted as general average.

But when the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, storage expenses shall be admitted as general average only up to the date of the ship's condemnation or the abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge of cargo if the condemnation or abandonment takes place before that date.

Rule XI - Wages and Maintenance of Crew and other Expenses bearing up for and in a Port of Refuge, etc

(a) Wages and maintenance of master, officers and crew reasonably incurred and fuel and stores consumed during the prolongation of the voyage occasioned by a ship entering a port or place of refuge or returning to her port or place of loading shall be admitted as general average when the expenses of entering such port or place are allowable in general average in accordance with Rule X(a).

(b) When a ship shall have entered or been detained in any port or place in consequence of accident, sacrifice or other extraordinary circumstances which render that necessary for the common safety, or to enable damage to the ship caused by sacrifice or accident to be repaired, if the repairs were necessary for the safe prosecution of the voyage, the wages and maintenance of the master, officers and crew reasonably incurred during the extra period of detention in such port or place until the ship shall or should have been made ready to proceed upon her voyage, shall be admitted in general average.

Provided that when damage to the ship is discovered at a port or place of loading or call without any accident or other extraordinary circumstance connected with such damage having taken place during the voyage, then the wages and maintenance of master, officers and crew and fuel and stores consumed during the extra detention for repairs to damages so discovered shall not be admissible as general average, even if the repairs are necessary for the safe prosecution of the voyage.

When the ship is condemned or does not proceed on her original voyage, wages and maintenance of the master, officers and crew and fuel and stores consumed shall be admitted as general average only up to the date of the ship's condemnation or of the abandonment of the voyage or up to the date of completion of discharge of cargo if the condemnation or abandonment takes place before that date.

Fuel and stores consumed during the extra period of detention shall be admitted as general average, except such fuel and stores as are consumed in effecting repairs not allowable in general average.

Port charges incurred during the extra period of detention shall likewise be admitted as general average except such charges as are incurred solely by reason of repairs not allowable in general average.

(c) For the purpose of this and the other Rules wages shall include all payments made to or for the benefit of the master, officers and crew, whether such payments be imposed by law upon the shipowners or be made under the terms or articles of employment.

(d) When overtime is paid to the master, officers or crew for maintenance of the ship or repairs, the cost of which is not allowable in general average, such overtime shall be allowed in general average only up to the saving in expense which would have been incurred and admitted as general average, had such overtime not been incurred.

Rule XII - Damage to Cargo in Discharging, etc

Damage to or loss of cargo, fuel or stores caused in the act of handling, discharging storing, reloading and stowing shall be made good as general average, when and only when the cost of those measures respectively is admitted as general average.

Rule XIII - Deductions from Cost of Repairs

Repairs to be allowed in general average shall not be subject to deductions in respect of "new for old" where old material or parts are replaced by new unless the ship is over fifteen years old in which case there shall be a deduction of one third. The deductions shall be regulated by the age of the ship from the 31st December of the year of completion of construction to the date of the general average act, except for insulation, life and similar boats, communications and navigational apparatus and equipment, machinery and boilers for which the deductions shall be regulated by the age of the particular parts to which they apply.

The deductions shall be made only from the cost of the new material or parts when finished and ready to be installed in the ship.

No deduction shall be made in respect of provisions, stores, anchors and chain cables.

Drydock and slipway dues and costs of shifting the ship shall be allowed in full.

The costs of cleaning, painting or coating of bottom shall not be allowed in general average unless the bottom has been painted or coated within the twelve months preceding the date of the general average act in which case one half of such costs shall be allowed.

Rule XIV - Temporary Repairs

Where temporary repairs are effected to a ship at a port of loading, call or refuge, for the common safety, or of damage caused by general average sacrifice, the cost of such repairs shall be admitted as general average.

Where temporary repairs of accidental damage are effected in order to enable the adventure to be completed, the cost of such repairs shall be admitted as general average without regard to the saving, if any, to other interests, but only up to the saving in expense which would have been incurred and allowed in general average if such repairs had not been effected there.

No deductions "new for old" shall be made from the cost of temporary repairs allowable as general average.

Rule XV - Loss of Freight

Loss of freight arising from damage to or loss of cargo shall be made good as general average, either when caused by a general average act, or when the damage to or loss of cargo is so made good.

Deduction shall be made from the amount of gross freight lost, of the charges which the owner thereof would have incurred to earn such freight, but has, in consequence of the sacrifice, not incurred.

Rule XVI - Amount to be made good for Cargo Lost or Damaged by Sacrifice

The amount to be made good as general average for damage to or loss of cargo sacrificed shall be the loss which has been sustained thereby, based on the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. The value at the time of discharge shall include the cost of insurance and freight except insofar as such freight is at the risk of interests other than the cargo.

When cargo so damaged is sold and the amount of the damage has not been otherwise agreed, the loss to be made good in general average shall be the difference between the net proceeds of sale and the net sound value as computed in the first paragraph of this Rule.

Rule XVII - Contributory Values

The contribution to a general average shall be made upon the actual net values of the property at the termination of the adventure except that the value of cargo shall be the value at the time of discharge, ascertained from the commercial invoice rendered to the receiver or if there is no such invoice from the shipped value. The value of the cargo shall include the cost of insurance and freight unless and insofar as such freight is at the risk of interests other than the cargo, deducting therefrom any loss or damage suffered by the cargo prior to or at the time of discharge. The value of the ship shall be assessed without taking into account the beneficial or detrimental effect of any demise or time charter-party to which the ship may be committed.

To these values shall be added the amount made good as general average for property sacrificed, if not already included, deduction being made from the freight and passage money at risk of such charges and crew's wages as would not have been incurred in earning the freight had the ship and cargo been totally lost at the date of the general average act and have not been allowed as general average; deduction being also made from the value of the property of all extra charges incurred in respect thereof subsequently to the general average act, except such charges as are allowed in general average.

Where cargo is sold short of destination, however, it shall contribute upon the actual net proceeds of sale, with the addition of any amount made good as general average.

Passengers' luggage and personal effects not shipped under bill of lading shall not contribute in general average.

Rule XVIII - Damage to Ship

The amount to be allowed as general average for damage or loss to the ship, her machinery and/or gear caused by a general average act shall be as follows:

- (a) When repaired or replaced.

The actual reasonable cost of repairing or replacing such damage or loss, subject to deductions in accordance with Rule XIII;

- (b) When not repaired or replaced.

The reasonable depreciation arising from such damage or loss, but not exceeding the estimated cost of repairs. But where the ship is an actual total loss or when the cost of repairs of the damage would exceed the value of the ship when repaired, the amount to be allowed as general average shall be the difference between the estimated sound value of the ship after deducting therefrom the estimated cost of repairing damage which is not general average and the value of the ship in her damaged state which may be measured by the net proceeds of sale, if any.

Rule XIX - Undeclared or Wrongfully Declared Cargo

Damage or loss caused to goods loaded without the knowledge of the shipowner or his agent or to goods wilfully misdescribed at time of shipment shall not be allowed as general average, but such goods shall remain liable to contribute, if saved.

Damage or loss caused to goods which have been wrongfully declared on shipment at a value which is lower than their real value shall be contributed for at the declared value, but such goods shall contribute upon their actual value.

Rule XX - Provision of Funds

A commission of 2 per cent on general average disbursements, other than the wages and maintenance of master, officers and crew and fuel and stores not replaced during the voyage, shall be allowed in general average, but when the funds are not provided by any of the contributing interests, the necessary cost of obtaining the funds required by means of a bottomry bond or otherwise, or the loss sustained by owners of goods sold for the purpose, shall be allowed in general average.

The cost of insuring money advanced to pay for general average disbursements shall also be allowed in general average.

Rule XXI - Interest on Losses made good in General Average

Interest shall be allowed on expenditure, sacrifices and allowances charged to general average at the rate of 7 per cent per annum, until the date of the general average statement, due allowance being made for any interim reimbursement from the contributory interests or from the general average deposit fund.

Rule XXII - Treatment of Cash Deposits

Where cash deposits have been collected in respect of cargo's liability for general average, salvage or special charges, such deposits shall be paid without any delay into a special account in the joint names of a representative nominated on behalf of the shipowner and a representative nominated on behalf of the depositors in a bank to be approved by both. The sum so deposited together with accrued interest, if any, shall be held as security for payment to the parties entitled thereto of the general average, salvage or special charges payable by cargo in respect to which the deposits have been collected. Payments on account or refund of deposits may be made if certified to in writing by the average adjuster. Such deposits and payments or refunds shall be without prejudice to the ultimate liability of the parties.

