UNIVERSIDAD DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL PIRHUA

LAS AVERÍAS MARÍTIMAS Y LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 861 DEL CÓDIGO DE COMERCIO PERUANO

David Pacheco-Rázuri

Lima, junio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Pacheco, D. (2018). *Las averías marítimas y la aplicación del artículo 861 del Código de Comercio Peruano* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho, Lima, Perú.

Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

"Las Averías Marítimas y la Aplicación del Artículo 861 del Código de Comercio Peruano"

Tesis que presenta el bachiller:

DAVID ALONSO PACHECO RÁZURI

Para optar por el título de:

ABOGADO

Lima - Perú

Junio, 2018

A mi familia por su apoyo incondicional.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I: La Avería Marítima 5
1. Antecedentes Históricos y Origen de la Institución. 5
2. Noción y Naturaleza Jurídica. 11
2.1. Noción de Avería Marítima y la Problemática de su Definición. 11
2.2. Naturaleza Jurídica de la Avería Marítima. 13
2.2.1. Casos Relevantes 14
2.2.2. Teorías sobre el Fundamento Jurídico de la Avería 21
2.2.2.1. Teoría de la Equidad. 21
2.2.2.2. Teoría de la Comunidad de Intereses. 22
2.2.2.3. Teoría de la Voluntad Legal. 24
2.2.2.4. Teoría del Enriquecimiento sin Causa. 24
3. Finalidad y Vigencia de la Institución. 25
4. Clasificación. 26
4.1. Avería Simple o Particular. 27
4.1.1. Definición. 27
4.1.2. Requisitos para Constituir una Avería Simple. 27
4.1.2.1. El Daño o Gasto. 27
4.1.2.2. La No Voluntariedad del Daño 32
4.1.2.3. El Beneficiario y el Sujeto que asume el Daño o Gasto .. 32

4.2. Avería Gruesa o Común. 33
4.2.1. Definición. 33
4.2.2. Elementos Constitutivos de una Avería Gruesa. 33
4.2.2.1. El Peligro o Riesgo. 33
4.2.2.2. El Sacrificio 34
4.2.2.3. El Éxito 35
4.2.3. Requisitos Introducidos por las Reglas de York – Amberes ..36
4.2.3.1. Extraordinario 37
4.2.3.2. Voluntario 37
4.2.3.3. Razonable 38
4.2.3.4. Concurrencia de un Peligro Común 39
4.2.3.5. Resultado Útil 40
4.3. La Relación Jurídica Nacida de la Producción de un Acto de Avería. 40

CAPÍTULO II: La Avería Marítima y La Franquicia del Artículo 861° del Código de Comercio 43
1. Introducción. 43
2. Vigencia de la Institución de la Avería Marítima. 44
3. ¿Es la Avería Común semejante o susceptible de ser reemplazada por un seguro marítimo? 47
3.1. Los Seguros Marítimos 49
3.2. Los Seguros Mutuales. 50
3.3. Comparativo con la Avería Marítima. 54
4. Marco contractual en el cual se produce la avería marítima. 58
4.1. El Contrato de Arrendamiento de Buque o Fletamento a Casco Desnudo 58
4.2. El Contrato de Fletamento 59
4.3. El Contrato de Transporte de Mercaderías por Mar en Régimen de Conocimiento de Embarque. 62
4.4. Distinción entre los contratos descritos. 63
4.5. ¿En el marco de cuál de los contratos podrá existir una avería marítima? 67
5. La llamada Franquicia del artículo 861° del Código de Comercio. ...69
5.1. Antecedentes 69

5.2. La Franquicia. 71
6. Discusión Sobre la Aplicabilidad de la Franquicia a la Relación Derivada del Contrato de Seguros. 72
6.1. Argumento Histórico. 73
6.2. Argumento Teleológico. 75
6.3. Argumento Sistemático y de Interpretación literal de la norma. 76

CAPÍTULO III: Aplicabilidad de la Franquicia a los "Cargo Claims"... 79
1. Descripción del Problema. 79
2. Postura de la Corte Suprema Peruana: 81
2.1. Los faltantes de mercadería no son averías marítimas. 81
2.2. La aplicación de la franquicia podría promover el abuso del derecho. 85
3. ¿Los Faltantes son Averías Marítimas o un Incumplimiento Contractual?……. 87
4. La Responsabilidad del Armador – Naviero. 91
4.1. La Responsabilidad del Fletante-Naviero. 96
4.2. La Responsabilidad del Porteador..... 98
4.3. El sistema de responsabilidad aplicado por la Corte Suprema. 104
5. ¿Es aplicable la Franquicia del artículo 861° del Código de Comercio a los faltantes? 106
5.1. Los Faltantes de Mercadería y el Concepto de Daño..... 107
5.2. La Avería Marítima y El Incumplimiento Contractual. 109
5.3. La supuesta indefensión del propietario de la carga. 111
5.4. Análisis de Responsabilidad del Porteador. 112

CONCLUSIONES 115

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 119

INTRODUCCIÓN

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en los tres primeros trimestres del año 2016 las importaciones en el Perú ascendieron a la suma de 107,215 millones de soles. Siendo así el comercio exterior uno de los sectores más importantes de la economía peruana.

Asimismo, entre el 90 y el 95% del comercio exterior peruano, es transportado vía marítima; y el mercado de fletes se calcula que fluctúa entre los 1000 y 1200 millones de dólares anuales.

A pesar que en el año 2015, nuestro comercio exterior disminuyó en un 12%, el volumen de carga total movilizada por nuestros terminales fue de 42.4 millones de toneladas, de las cuales el 51.5% correspondió a carga no contenedorizada (granel sólido, granel liquido o carga rodante), lo cual demuestra la gran importancia de nuestros puertos a nivel regional.

En el Perú, el principal puerto es el Callao, que moviliza el 48.2% del total nacional, el cual es además el puerto más importante del Pacífico Sudamericano, aun cuando tiene una calidad portuaria inferior a otros puertos sudamericanos y es uno de los más caros a nivel regional. Esto se debe a que es el único que cuenta con el calado de profundidad suficiente para recibir buques con capacidad entre 5000 y 8000 TEU, que son los buques existentes con mayor capacidad de carga.

Es por las condiciones geográficas antes mencionadas y por la estratégica ubicación del Perú, que nuestro país y en especial el Callao, está llamado a ser un "Hub" en Sudamérica, a partir del cual se podría distribuir la mayor parte de la mercadería transportada por mar en este lado del océano Pacífico.

De lo expuesto en párrafos anteriores se desprende la gran importancia del transporte marítimo de carga en nuestro país, y en consecuencia, la importancia del desarrollo del Derecho Marítimo en el Perú.

En los últimos años, ya varios autores han resaltado la importancia de este sector en nuestro país y se ha expuesto en reiteradas ocasiones la necesidad de modernizar nuestra antigua y escasa legislación y promover esta especialidad.

Esta necesidad de modernizar el Derecho Marítimo pone en tela de juicio la vigencia y aplicación actual de diversas instituciones marítimas que han sido utilizadas desde los inicios de la navegación, entre ellas, la avería marítima.

Según nuestro Código de Comercio, la avería marítima es: i) todo gasto extraordinario o eventual que ocurriese durante a navegación con el objetivo de conservar el buque y su cargamento; y ii) todo daño o desperfecto sufrido por el buque o su mercadería durante la travesía marítima.

Así, nuestra legislación acoge un concepto amplio de la avería, señalando que es tanto un gasto como un daño o perjuicio, causado o sufrido por el buque o el cargamento.

De igual manera, esta institución puede ser clasificada en: i) avería simple o particular, y ii) avería gruesa o común.

La avería simple o particular consiste en todos los gastos y perjuicios causados en el buque o su cargamento, que no hayan redundado en beneficio o utilidad de todos los interesados en la aventura marítima; y de manera especial los casos comprendidos en el Artículo 822° de nuestro Código de Comercio.

Por otro lado la avería gruesa o común está referida a todos los daños y gastos causados deliberadamente para salvar el buque, su cargamento o ambos, de un riesgo conocido y efectivo; y de manera especial los casos comprendidos en el Artículo 824 de nuestro Código de Comercio.

Ahora bien, en la actualidad y a nivel Judicial existe una discusión en torno a la aplicabilidad del artículo 861° del Código de Comercio, cuyo texto dice lo siguiente:

"Las demandas sobre averías no serán admisibles, si no excedieren del cinco por ciento del interés que el demandante tenga en el buque o el cargamento, siendo gruesas, y el uno por ciento del efecto averiado , si fueren simples, deduciéndose en ambos casos los gastos de tasación, salvo pacto en contrario."

En principio, la finalidad de este artículo es evitar que se produzcan demandas o acciones cuyos procesos serían más caros que la propia pérdida sufrida; y así evitar la carga excesiva en los juzgados. No obstante, la Corte Suprema en los últimos años ha optado por inaplicar dicho artículo bajo el argumento de que un faltante no es lo mismo que un daño o perjuicio y que, en consecuencia, los faltantes de carga no constituyen averías marítimas.

A consecuencia de esta tendencia, este tipo de casos, que no se ven en la mayoría de países del mundo, se han difundido en nuestro país ocasionando una excesiva carga en los Juzgados del Callao, elevando los costos de las navieras que arriban al Perú, generando una inseguridad jurídica que es percibida por las líneas marítimas alrededor del mundo y perjudicando así el propio negocio del transporte de mercaderías por mar.

Es por tal motivo, que consideramos imperativa la revisión de la institución jurídica de la avería marítima, con el objetivo de dar un estudio consciente sobre la vigencia del artículo en mención y dar una opinión sobre esta controversia en la que los operadores y participantes del transporte marítimo de mercancías se han enfrascado.

CAPÍTULO I: LA AVERÍA MARÍTIMA

1. Antecedentes Históricos y Origen de la Institución.

La avería marítima ha gozado de un lugar privilegiado dentro de las instituciones jurídicas del Derecho Marítimo por ser una de las instituciones más antiguas de esta rama y cuyo origen se remonta a épocas anteriores a los estados modernos y las legislaciones actuales.

El Derecho Marítimo no tiene una definición legal como tal, sino construcciones doctrinales que se aproximan a una definición[1]. Así, CORNEJO**,** señala que el Derecho Marítimo es aquella rama del Derecho que estudia el conjunto de normas que conciernen a la navegación y, en consecuencia, las que regulan las relaciones entre los Estados, el Estado y los particulares, y entre estos, por causa de la navegación[2].

De igual manera, GABALDÓN Y RUÍZ conciben el Derecho Marítimo como aquel conjunto de normas jurídicas reguladoras de las relaciones y situaciones nacidas con ocasión de la navegación por el mar[3].

---

1 FRANCISCO LÓPEZ, "Concepto y Caracteres del Derecho Marítimo"*, Revista Javeriana Vol. 52* (2003): 234.

2 LINO CORNEJO, *Derecho Marítimo Comercial (*Lima: Gil S.A., 1943), 3.

3 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 2.

Así también, ARROYO define el Derecho Marítimo como el conjunto de relaciones jurídicas que nacen o se desarrollan con el mar[4].

Si bien algunos autores definen el Derecho Marítimo con un carácter más amplio que otros, lo cierto es que todos coinciden en que lo esencial es que se produzca a raíz o en el contexto de la navegación marítima, lo cual se encuentra sustentado en su origen: las propias costumbres del mar y sus navegantes[5].

La navegación es una actividad que desde sus orígenes se distinguió del transporte terrestre; y que tiene intrínseca la circulación por los mares, sobre los cuales ningún Estado tiene Jurisdicción. Por tal motivo, desde sus inicios ha sido una actividad internacional que ha requerido que los comerciantes alcancen acuerdos relacionados a los buques, su tripulación y cargamentos en caso de alguna controversia[6].

Estos acuerdos, sumados con las particularidades técnicas de la navegación, dieron origen a las costumbres, las cuales, en su mayoría nacieron para mitigar la magnitud de los riesgos propios de la actividad y consistieron en soluciones prácticas a problemas corrientes, que tras años de desarrollo dejaron de ser acuerdos tácitos entre comerciantes y se convirtieron en instituciones jurídicas, tales como la limitación de responsabilidad, el préstamo a la gruesa, las reglas del abordaje, la avería marítima, entre otras[7].

Es claro que el Derecho Marítimo, al igual que el Derecho Mercantil, es una rama del derecho que nació a partir del desarrollo de las costumbres de los comerciantes, no obstante, la razón de su especialidad no es la misma, pues la mayor parte de instituciones y soluciones especiales del Derecho Marítimo no están teleológicamente

---

4 IGNACIO ARROYO, *Compendio de Derecho Marítimo* (Madrid: Tecnos, 2009), 25.

5 JUAN RODRÍGUEZ, "El Derecho Marítimo se hace Mayor: La Avanzada Autonomía del Derecho Marítimo tras la Aprobación de la Ley de Navegación Marítima" *Anuario de Derecho Marítimo Vol. XXXII* (2015), 135.

6 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 4.

7 Ibid.,7

vinculadas al comercio, sino a las características técnicas de la navegación[8]; así, la índole especial del Derecho Marítimo se debe principalmente al hecho de que un buque y su carga están expuestos a riesgos particularmente grandes y viaja a puntos lejanos[9]. A pesar de ello, por razones coyunturales fueron codificados de manera conjunta (el Derecho Marítimo y el Derecho Mercantil) en muchos países del mundo, incluido el Perú.

Así, el artículo 2° del Código de Comercio establece una prelación en la aplicación de fuentes del Derecho Comercial, prevaleciendo la costumbre incluso sobre las normas positivas de carácter general (el Código Civil). Si bien, esta disposición está referida al Derecho Mercantil, la costumbre constituye fuente primera del Derecho Marítimo y origen de gran parte de sus instituciones[10], motivo por el cual podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la costumbre, cuando menos, goza de un lugar privilegiado en las fuentes del Derecho Marítimo.

Este carácter consuetudinario del Derecho Marítimo nos permite rastrear la institución de la avería marítima hasta un primer vestigio de esta institución en la legislación de la Isla de Rodas, la cual constituye una norma de gran importancia en la antigüedad llamada la *"Lex Rhodia"* o Ley de Rodas.

La Ley de Rodas es la primera recopilación conocida de Derecho Marítimo Consuetudinario[11], la cual data del Siglo IV a.c., y que fuera recogida más tarde por el Derecho Romano hasta ser incluida en el Libro XIV del Digesto (Siglo IV d.c.)[12]. De esta manera, la Ley de Rodas,

---

8 JUAN RODRÍGUEZ, "El Derecho Marítimo se hace Mayor: La Avanzada Autonomía del Derecho Marítimo tras la Aprobación de la Ley de Navegación Marítima" *Anuario de Derecho Marítimo Vol. XXXII* (2015), 137.

9 JULIUS VON GIERKE, *Derecho Comercial y de la Navegación (*Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957), 216.

10 FRANCISCO LÓPEZ, "Concepto y Caracteres del Derecho Marítimo", *Revista Javeriana Vol. 52* (2003): 246.

11 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 5.

12 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 126.

recogida en el Digesto, contiene evidencia de la institución consuetudinaria de la avería, entendida como *"Echazón"* cuando señala:

"Dispónese en la Ley Rodia, que si para aliviar una nave se hizo alijo de mercancías, se resarza a contribución de todos el daño que en beneficio de todos se causó."

En el Imperio Bizantino tardío entre finales del siglo VIII y el siglo IX surge una compilación de leyes y jurisprudencia marítimas procedente del Corpus Iuris (Leyes Pseudorodias)[13]. Así, durante gran parte de la Edad Media se siguió aplicando la Ley de Rodas por ser costumbre aceptada entre los navieros.

Estas costumbres, fueron recogidas en distintas compilaciones de normas, entre las cuales se encuentran las "*Costums de la Mar"* del Siglo XII, las cuales, más adelante inspirarían el llamado "*Llibre del Consolat del Mar"* en el Siglo XIV[14]

En esta fuente se encuentra recogida nuevamente la avería gruesa bajo el concepto del echazón al señalar:

"Toda mercancía que se arroje de la nave por temporal o por bastimentos armados, deberá contribuir, por sueldo y libra o besante, y el buque pagará en la echazón por la mitad de lo que valga."

No obstante, en dicha recopilación de costumbres se puede observar que se amplió el concepto de la misma, incluyendo nuevos eventos como lo son el corte de anclas, el encallamiento voluntario y el rescate pagado por el buque o cargamento apresado.

Así, mientras en la zona del Mar Mediterráneo se aplicaba el ya mencionado *"Libro del Consulado del Mar"* (Barcelona), en la zona del

---

13 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 6.

14 Ibíd., 7

Atlántico Norte se aplicaban los *"Roles de Olerón"* (Francia)[15] el cual consiste en una colección de resoluciones judiciales de Derecho Marítimo[16] inspiradas también en las Leyes de Rodas y con un contenido similar al Libro antes descrito[17], por estar influenciados por el propio Derecho Romano[18].

Es así que toda la disciplina de averías gruesas recogida en estas normas proviene del Digesto[19], presentando un aspecto muy esquemático pero siempre relacionado con la tradición romanística.

Ahora bien, como hemos mencionado, la mayor parte de las instituciones jurídicas existentes en el Derecho Marítimo nacieron como costumbres que fueron positivizadas posteriormente. Por tal motivo, la creación de cada una de estas instituciones responde a una necesidad surgida de las propias características de la navegación. En otras palabras, cada una de estas instituciones tiene un elemento determinante que justificó su creación y que justifica su existencia hasta la actualidad.

De este modo, el elemento que motivó la aparición de la avería marítima en la antigüedad, y que motivó la creación de la gran mayoría de instituciones del Derecho Marítimo, fue el riesgo de daño[20], definido como aquella incertidumbre sobre la producción de un evento dañoso.

---

15 MARGARITA SERNA, "La Historiografía sobre los Roles de Olerón (Siglos XV a XX)". *Anuario de Historia del Derecho Español N° 70* (2000), 471-498.

16 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 8.

17 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 136.

18 PEDRO PORRAS, "El Derecho Marítimo en el Cantábrico durante la Baja Edad Media: Partidas y Roles de Olerón. Ciudades y villas portuarias del Atlántico en la Edad Media". (conferencia presentada en "encuentros Internacionales del Medievo", Nájera, 27-30 de julio de 2004).

19 Ibíd.

20 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 135.

Partiendo del hecho que la avería nació para mitigar aquellos riesgos extraordinarios de la navegación, LUQUE sostiene la existencia de dos grandes grupos de averías que existieron entre los siglos XVI y XVIII: Las averías recaudatorias con fines preventivos y las averías-gastos restitutorias de daños[21].

La diferencia entre ambas es clara y se desprende de su propio nombre, la primera estaba destinada a prevenir el daño, mientras que la segunda estaba destinada a repararlo una vez producido.

De este modo, dentro del primer tipo de averías preventivas, se encuentra la avería consular y la avería de disminución de riesgos[22]. Ambos tipos de averías eran pagadas por los comerciantes y recaudadas por el consulado, pero se diferenciaban en la finalidad para la que eran recaudadas. La avería consular era recaudada para el sostenimiento de los consulados, quienes a cambio protegían a sus comerciantes de distintos peligros; mientras que la avería de disminución de riesgos era recaudada con el objetivo de contratar una flota de barcas de defensa para prevenir el ataque de piratas, corsarios, etc.

Por otro lado, dentro de las averías restitutorias, podemos encontrar la avería ordinaria, que consistía en todos los gastos realizados por los capitanes durante la navegación; la avería simple, que consistía en aquellos daños causados a la mercancía o la nave y los perjuicios económicos derivados de ese daño; y la avería gruesa, que en un inicio se asemejaba a la echazón antes mencionada y que consistía en los daños causados por echar la mercancía transportada al mar con la finalidad de salvar la nave, y que posteriormente incluyó nuevos supuestos como el cortar el ancla de un barco o los gastos incurridos para reflotar la nave[23].

Como se puede apreciar de la clasificación realizada por LUQUE**,** si bien la avería podía ser considerada una contribución destinada a prevenir el riesgo de daño o una participación en la restitución de los efectos dañados; el fundamento de la institución fue siempre el mismo, el riesgo que implica la aventura marítima.

---

21 Ibíd.

22 Ibíd.

23 Ibíd.

En la actualidad, el transporte marítimo ha dejado de ser una ventaja competitiva de los comerciantes que podían alcanzar mercados más lejanos y ha pasado a ser un negocio en sí mismo[24], lo cual ha generado que el negocio evolucione y con él, las instituciones que lo regulan.

De este modo, podemos observar que han permanecido solo dos tipos de averías: la avería gruesa y la avería simple, las cuales serán objeto de estudio en el presente trabajo.

2. Noción y Naturaleza Jurídica.

2.1. Noción de Avería Marítima y la Problemática de su Definición.

En los muchos años de existencia de esta institución, muchos autores han intentado definir la avería, la mayoría de ellos sin mucha precisión.

Así, en el siglo XVI, FRAY TOMÁS DE MERCADO definió la avería como las costas de sostenimiento de la armada de defensa de las naves indianas (De Mercado 1569). Para HEVIA BOLAÑOS[25], la avería era una contribución al estado, como los derechos que se le pagaban al rey. Según JOSEP DE VEITIA LINAGE[26], la avería era un método de disminución de riesgos.

Si bien todas esas definiciones respondían a realidades de la época en que fueron planteadas, lo cierto es que ninguna de ellas se acerca al concepto actual de avería marítima y que está recogido en el artículo 819° del Código de Comercio Peruano, el cual establece la definición legal de avería marítima de la siguiente manera:

---

24 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 4.

25 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 117.

26 Ibíd.

"Para los efectos de este Código serán averías:

1. Todo gasto extraordinario o eventual que, para conservar el buque, el cargamento o ambas cosas, ocurriese durante la navegación.

2. Todo daño o desperfecto que sufriere el buque, desde que se hiciere a la mar en un puerto de salida, hasta dar fondo y anclar en el de su destino; y los que sufran las mercaderías desde que se carguen en el puesto de expedición, hasta descargarlas en el de su consignación"

Como se puede apreciar de la norma citada, nuestro Código de Comercio establece una definición muy amplia de averías, estableciéndola como el nombre genérico para los daños o gastos del buque o la carga.

De este modo, según nuestra legislación, será una avería marítima i) todo daño sufrido por el buque, su cargamento o ambos; y ii) todo gasto extraordinario realizado para salvaguardar el buque, el cargamento o ambos; iii) que ocurrieran desde que el buque zarpara en el puerto de partida hasta que anclara en el puerto de llegada, y desde que la mercadería fuera cargada a bordo de la nave hasta que fuera descargada en el puerto de llegada.

Es claro que esta norma establece una definición amplia con el objetivo de abarcar todo hecho extraordinario que genere un perjuicio y así mitigar los riesgos extraordinarios de la navegación. No obstante, esta definición, debido a su simpleza y amplitud, presenta ciertas dificultades al momento de determinar su aplicación al caso concreto.

Respecto del primer punto de esta definición, podría pensarse que no existe mayor controversia, pues el Código es claro al establecer que la avería es todo daño al buque, el cargamento o ambos. No obstante, como es el caso de muchas otras palabras usadas en el derecho, el "daño" es una palabra cuyo significado no se limita al propiamente jurídico, sino es usada en el día a día, razón por la cual es necesario precisar a qué se refiere el Código cuando habla de daño.

Al respecto, GOÑI señala que, si bien el Código (refiriéndose al artículo 806° del Código de Comercio Español) entiende por avería a los "daños y desperfectos" del buque o el cargamento, la definición de avería simple y gruesa adolece de un natural arcaísmo, toda vez que se refiere solamente a *"cualquier daño que resultare al cargamento*"[27].

A lo que GOÑI se refiere con la frase anterior se resume en una única pregunta: ¿A qué se refiere el Código con la palabra *"daño"*?. Si bien esta cuestión podría parecer de fácil solución, no lo es. Así, en la realidad podemos ver que existen distintos tipos de cargamentos que son transportados vía marítima y su clasificación no es bizantina, pues no es lo mismo transportar un cargamento de 100 televisores susceptibles de ser contados por unidad, que transportar 100 toneladas métricas (TM) de urea perlada a granel, producto que es imposible de ser medido por unidad y que suele ser medido por peso.[28]

Como se puede ver, el concepto de daño tendrá una connotación distinta según el tipo de mercadería transportada. Así, el daño en una mercadería de televisores se puede ver materializado en una pantalla rota fácilmente verificable y calificada por unanimidad como daño; no obstante, en una mercadería transportada a granel como la urea o el maíz entre otros, el daño se verificará en el peso de la mercadería y se materializará como un faltante.

2.2. Naturaleza Jurídica de la Avería Marítima.

Como se ha repetido en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, la avería marítima, al igual que la mayoría de las instituciones del derecho marítimo, nació como respuesta a los riesgos presentes en la navegación y se desarrolló ampliándose a nuevos supuestos con el paso de los años.

---

27 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio Peruano (Ampliatorio del Dictamen de Julio 1989)* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 1991), 7.

28 Ibíd.

Si bien es claro que su objetivo fue siempre compartir o determinar quién afronta el riesgo, encontrar un fundamento jurídico a su existencia ha sido un tema discutido, en especial, para el caso de la avería gruesa. De este modo, se han planteado diversos elementos que deben estar presentes para constituirse una avería, así como distintas teorías jurídicas para justificar el aspecto central de esta institución: quien debe soportar el costo de la avería.

Ahora bien, habiendo ya mencionado que esta institución ha sido desarrollada a través de la costumbre, no resulta raro encontrar gran parte de su desarrollo doctrinario a nivel jurisprudencial.

2.2.1. Casos Relevantes:

Dentro los casos más importantes en materia de averías, podemos encontrar los siguientes:

2.2.1.1. Barnard v. Adams 51 U.S. (10 How) 270 (1850):

El caso *Barnard v. Adams* consistió en una acción iniciada por Joseph Adams contra Charles Barnard con el objetivo de obtener el pago de la contribución de avería gruesa por la pérdida del buque llamado *Brutus.*

En el presente caso, la *Brutus* estaba anclada en un río entre Buenos Ayres y Colonia (Trinidad y Tobago) cuando inició una tormenta. En el segundo día de tormenta, esta comenzó a arrastrar las anclas al punto de romper el ancla de leva principal y un ancla secundaria.

Cuando la nave fue llevada por el vendaval, el primer oficial, pues el capitán no se encontraba a bordo, tomó la decisión de llevar el buque a la orilla, esto para seguridad de la tripulación y la carga, logrando encallar la embarcación en una playa.

Luego del encallamiento, se determinó que la tripulación y la carga no sufrieron daño; y si bien la nave no fue destruida ni sufrió daños que la inutilizaran, sacarla de la playa resultaba más costoso que el valor del

propio buque, razón por la cual el capitán decidió venderla y fletar otro buque, a bordo del cual completó exitosamente el viaje.

Los demandantes (Adams), argumentaron que el encallamiento de la nave fue un acto voluntario del primer oficial, realizado con el objetivo de salvar la mercadería de un naufragio seguro, razón por la cual constituye una avería gruesa. Ante ello, los demandados (Barnard) argumentaron que si el hundimiento fue inevitable, entonces el sacrificio no pudo ser voluntario, razón por la cual no existió avería gruesa.

En base a ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló:

a. La ley de la avería tiene su fundamento en la equidad. Así la avería gruesa se sustenta en el principio de que aquello que es entregado en beneficio común, debe resarcirse con la contribución de todo aquel que se vio beneficiado[29].

b. Asimismo, este principio no debe ser seguido solo por justicia, sino porque resulta de interés común dar seguridad a los propietarios que sacrifican sus bienes y alentarlos a que lo hagan sin dudarlo en beneficio de la aventura marítima[30].

c. Finalmente, se establece que, para que se constituya una avería gruesa, deben concurrir tres requisitos[31]:

- Un **peligro común**, el cual debe afectar al buque, el cargamento y la tripulación; y, debe ser inminente y aparentemente inevitable a menos que se realice el sacrificio de una parte de la aventura para conservar lo restante. Este peligro debe ser de una naturaleza que obligue al capitán a elegir entre sacrificar una parte o perderlo todo (Barnard v. Adams 1850, 304).

---

29 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina Del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 366.

30 Ibíd.

31 Ibíd.

- Debe producirse un **sacrificio voluntario** (echazón, gasto o desecho) de una parte del interés común, con el propósito de evadir este peligro inminente. En otras palabras, transferir el peligro que recae en toda la aventura marítima a solo una porción de ella con el objetivo de salvar el resto.

- El intento de evadir el peligro común debe ser **exitoso**, de manera que constituya un beneficio para todo obligado a contribuir.

Esta sentencia fue posteriormente recogida en la formación de las Reglas de York-Amberes, normativa más utilizada a nivel internacional en materia de averías[32]; y constituye un precedente fundamental, pues en ella, se desarrolla una primera teoría respecto del fundamento de la avería (Teoría de la Equidad) y establece los tres requisitos mínimos de la avería gruesa.

2.2.1.2. Ralli v. Troop 157 U.S. 386 (1895):

El caso *Ralli v. Troop* consistió en una demanda iniciada por la firma *Ralli Brothers*, en su calidad de fletadores, contra los propietarios de la nave *J.W. Parker* con el objetivo de obtener el resarcimiento por el valor de la mercadería no entregada.

La *J.W. Parker* estaba amarrada en el puerto de Calcuta, completamente cargada y preparándose para zarpar cuando se inició un incendio en la bodega de carga. En cuanto un tripulante sonó la alarma, tripulaciones de los buques cercanos se acercaron a ayudar a controlar el fuego y las autoridades competentes acudieron a la emergencia desatando el buque y desbaratándolo con el objetivo de prevenir que el fuego se expanda.

No existió constancia de que el capitán se haya opuesto a las acciones tomadas por las autoridades. No obstante, se supo que el capitán logró salvar parte de la carga y quiso salvar más, lo cual fue impedido por las autoridades que se encontraban a cargo de controlar el fuego.

---

[32] Ibíd., 367.

Luego de controlado el fuego, el buque quedó inservible y el capitán vendió la mercadería rescatada. No obstante, el propietario del buque se negó a pagar a los fletadores el valor de la mercadería, argumentando que dicho monto le era debido como contribución de avería gruesa.

En base a ello, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó lo siguiente:

a. Los supuestos de la avería no pueden ser restringidos a aquellos casos previstos en las Leyes de Rodas y el Digesto, no obstante, no pueden extenderse más allá del principio que se recoge en dichas normas (Ralli v. Troop 1895, 157).

b. En tal sentido, en esta sentencia se recoge tres teorías sobre la naturaleza jurídica de la avería[33]:

- La **Teoría de la Equidad**, señalando que desde los tiempos de las Leyes de Rodas y la Ley Romana es evidente que la avería estuvo fundada en sus inicios en un concepto de Equidad y Justicia Natural, en el principio de que todo aquello dado en beneficio de todos debe ser reparado por todos (Barnard v. Adams 1850, 51).

- La **Teoría del Contrato Implícito** entre la partes involucradas en una aventura común (Wright v. Marwood 1881), contrato que estaría implícito en el contrato de fletamento y consistiría en la creación de una comunidad de intereses, lo cual resultaría en el compromiso de participar del riesgo de la aventura y en la autorización implícita al gestor marítimo de disponer de los bienes involucrados en la avería marítima con el objetivo de cumplir con la aventura en interés de todos sus

[33] CARLOS VALENCIANO, "La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima" (tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2008), 72.

participantes[34], autorización que se entendería derivada al capitán del buque.

- La **Teoría de la Voluntad Legal** (Burton v. English 1883), por la cual se afirma que las normas sobre averías han sido incorporadas a la ley del mar, razón por la cual su fundamento recae en lo dispuesto por la norma[35].

c. Por otro lado, respecto de la avería gruesa, concuerda con los tres requisitos establecidos en el caso *Barnard v. Adams,* agregando que el sacrificio realizado, no solo debe ser hecho en beneficio de la aventura común, sino que también debe ser hecho por quien está a cargo de la aventura marítima; este sacrificio no puede ser compelido ni realizado por una autoridad[36].

d. En otras palabras, sea por un contrato implícito o por la ley del mar, la decisión de realizar el sacrificio no puede ser tomada por alguien ajeno a la aventura marítima, toda vez que no sería parte del contrato ni se le aplicaría la ley del mar.

2.2.1.3. Navigazione Generale Italiana v. Spencer Kellog & Sons, Inc. 92 F.2d 41 (1937) AMC 1506.

En el presente caso, la nave *Mincio* estaba siendo pilotada por un práctico obligatorio en el puerto fluvial de Buenos Aires, en donde completaría su viaje. Mientras el práctico maniobraba, se percataron que el nivel de agua del rio había descendido, hecho que ponía en peligro la nave, el cargamento y la tripulación.

A consecuencia de este hecho, el buque encalló en un banco de arena estando aún lejos de la orilla. El capitán tomó el control de la nave y notificó a sus agentes marítimos en Buenos Aires, quienes enviaron un

---

34 Ibíd., 74.

35 Ibid., 75.

36 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition,* (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 368.

buque remolcador en ayuda de la *Mincio.* En ese tiempo, existían indicios suficientes para señalar que un huracán se aproximaba, situación que habría disminuido aún más el nivel del agua, y habría puesto en peligro la aventura marítima.

Ante esta situación el capitán testificó que no existía un riesgo inmediato, no obstante el primer oficial señaló que el riesgo era inminente. Por tal motivo, procedieron a ser remolcados hasta salir del banco de arena y luego procedieron a atracar en Buenos Aires, donde se llevó a cabo una inspección en la cual se descubrió graves daños al casco a consecuencia del remolcaje.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló que para configurarse una avería gruesa, no es suficiente que se produzca un peligro común a toda la aventura marítima.

Además, dicho peligro debe cumplir con dos requisitos[37]:

- Debe ser un peligro *Inminente.*

- Debe ser un peligro *Real* y *Sustancial*.

2.2.1.4. The Star of Hope 76 U.S. 9 Wall, 203 (1869).

La *Star of Hope* viajaba desde la Patagonia con dirección a San Francisco y llevaba un cargamento de carbón, licores y pólvora. Es el caso que mientras se encontraba navegando, la tripulación detectó indicios de un incendio en la bodega donde se encontraba el carbón, razón por la cual, la tripulación se negó a continuar con el viaje y el capitán decidió atracar la nave en Montevideo para seguridad de la tripulación, el cargamento y la nave.

Cuando se encontraban entrando al puerto de Montevideo, se había desatado una tormenta y los indicios de fuego se habían incrementado. El buque hizo señales a la orilla solicitando un práctico, no obstante, nadie contestó al llamado.

---

37 Ibíd., 369.

Ante ello, el capitán decidió llevar la nave a la orilla para encallarla aun cuando la costa tenía superficies rocosas que ponían en peligro la nave. Cuando se encontraba camino a la playa, la nave encalló en unas rocas, produciéndose severos daños.

Una vez en la orilla, el capitán se vio obligado a vender parte de la mercadería para reparar el buque y terminar su viaje, cosa que logró con éxito entregando la mercadería restante en su destino.

Respecto de este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló:

a. La justicia indica que cuando dos o más partes comparten el interés y se ven envueltos en un riesgo común y se realiza un sacrificio para salvar este interés común, todos deben contribuir para resarcir los daños del bien sacrificado o restituir el gasto realizado (Star of Hope 1869, 76).

b. Por el contrario, todo daño sufrido, que no hubiera sido ocasionado voluntariamente con el objetivo de salvar un interés común no da lugar a contribución (Star of Hope 1869, 97), y debe ser asumido por su propietario al tratarse de una avería particular.

c. De este modo, se recoge la teoría de la equidad como fundamento de la institución de la avería (Star of Hope 1869, 76).

d. Asimismo, se habla del carácter voluntario del sacrificio, señalando que no es necesario que el daño se haya producido conscientemente, sino que basta con que, aun sabiendo del riesgo que se produzca el daño, se corrió para salvaguardar el interés común (Star of Hope 1869, 51).

2.2.2. Teorías sobre el Fundamento Jurídico de la Avería

Habiendo desarrollado los casos más relevantes de la materia, desarrollaremos a continuación las principales teorías sobre el fundamento jurídico de la avería, las cuales fueron planteadas en los casos antes descritos.

2.2.2.1. Teoría de la Equidad.

La teoría de la equidad, planteada inicialmente en el caso Barnard v. Adams, sostiene que la institución de la avería marítima remite a la idea de justicia y encuentra su fundamento en un régimen de solidaridad presente entre todos aquellos interesados en la aventura marítima.[38]

Esta idea de justicia se materializa en la contribución para la conservación del bien propio[39], lo cual significa que, todo aquel que se beneficie de un gasto o daño soportado por otro, debe contribuir para repararlo; por el contrario, en el caso de la avería simple, si el gasto o daño no ha redundado en un beneficio común, este deberá ser soportado solo por quien se vio beneficiado o quien sufrió el perjuicio.

Esta teoría fue recogida posteriormente en el caso Ralli v. Troop, donde, aunque el juez parece no acogerse a esta postura, señaló que es evidente que en la institución de la avería gruesa está presente un elemento de justicia e interés común, pues resulta no solo justo sino también beneficioso para la sociedad incentivar a los participantes de una aventura a sacrificar sus bienes para el beneficio del resto (Ralli v. Troop 1895, 157).

Este pensamiento fue recogido posteriormente en el caso Australian Coastal Shipping Commission v. Green, donde, refiriéndose a lo señalado en el caso Ralli v. Troop, se señaló que existe un Principio de Solidaridad que rige a las partes de una aventura marítima, Principio que

---

38 Ibíd., 366.

39 FRANCISCO PLUMACHER, "Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos" (tesis de licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta, 2004), 84.

se basa en la máxima de justicia y equidad que fundamenta la institución de la avería marítima[40].

2.2.2.2. Teoría de la Comunidad de Intereses.

Esta teoría tiene sus primeros vestigios durante la edad media, cuando cobra importancia el concepto de la comunidad de riesgos, como un deber de los involucrados en la aventura marítima a contribuir en la reparación de un daño o prevención de un siniestro.[41] Quienes la sostienen afirman que el fundamento de la avería común reside en la asociación de intereses entre el armador y los cargadores.[42]

Para comprender en que consiste esta asociación, pensemos en la época en la que surgió la institución, época en la cual los armadores dirigían la empresa marítima y los cargadores viajaban junto con su mercancía. En el Consulado del Mar se evidencia este contexto, cuando el Capitán durante el viaje se dirigía a los cargadores para informarles que se encontraban en grave peligro y les proponía que el cargamento responda por la nave y la nave por el cargamento.[43] Esto no es otra cosa que proponerles la asociación de intereses antes mencionada en vista del peligro común.

De este modo, la contribución debía su obligatoriedad a un acuerdo entre armadores y cargadores. El mismo que resulta muy similar a aquel pacto de origen catalán, llamado el pacto de Agermanament[44], mediante el cual, las partes voluntariamente, y de manera previa o durante el viaje,

---

40 CARLOS VALENCIANO, "La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima" (tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2008), 80.

41 FRANCISCO PLUMACHER, "Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos" (tesis de licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta, 2004), 23.

42 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 344.

43 Ibíd., 345.

44 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 125.

acordaban hacer comunes la suerte del buque y los cargamentos en determinados riesgos de la navegación[45].

Así, en caso se produjera un siniestro, las partes signatarias de dicho pacto debían contribuir en cuotas proporcionales al valor del interés que cada uno tenía en el buque. Estas contribuciones eran fijadas a través de un libro de "avers" o avería[46].

En años posteriores, los mercaderes dejaron de viajar y confiaron sus mercancías al Capitán, de manera que la asociación no se podía realizar cuando el peligro surgiera, sino que se consideraba concertada desde que el buque zarpaba. RIPERT**,** partidario de esta posición, nos señala que en estos días la asociación es una asociación legal, que se forma desde que la mercancía es cargada al buque, en cuyo momento nace la unión de intereses, la comunidad de peligro y la utilidad de la decisión tomada.[47]

En el caso Wright v. Marwood (recogido en el caso Ralli v. Troop) se habla de un contrato implícito[48], el cual parece referirse a uno de naturaleza similar al pacto de Agermanament o al acuerdo mencionado por RIPERT, el cual, en la actualidad, sería implícito al contrato de fletamento y consistiría en i) la creación de una comunidad de intereses entre las partes de una aventura marítima y ii) en la autorización implícita al gestor marítimo de disponer de los bienes involucrados en la avería marítima.

---

45 FRANCISCO PLUMACHER, "Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos" (tesis de licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta, 2004), 22.

46 MIGUEL LUQUE, "La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio". *Revista Complutense de Historia de América N° 24* (1998), 126.

47 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 345.

48 CARLOS VALENCIANO, "La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima" (tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2008), 74.

2.2.2.3. Teoría de la Voluntad Legal.

Esta teoría sostiene que la avería no tiene origen contractual, toda vez que surge de la Ley de Rodas, la cual, si bien ha surgido de la justicia natural, ha sido incluida en la ley del mar de todos los países[49]. De este modo, su fundamento nace de la propia norma que regula las relaciones de los sujetos en la navegación. (Burton v. English 1883)

2.2.2.4. Teoría del Enriquecimiento sin Causa.

En Francia surgió la teoría de que la obligatoriedad de la contribución en avería común nacía de una simple aplicación del principio del enriquecimiento sin causa.[50] Esto debido a que el sacrificio realizado voluntariamente por el Capitán, que resultaba en el perjuicio de una de las partes, beneficia a las otras partes al no verse afectadas por el peligro común.

Esta teoría no nos parece aplicable toda vez que el enriquecimiento de un sujeto consiste en el aumento de su patrimonio; en el caso específico de un sujeto beneficiado por el sacrificio de una avería común, no se cumplirá con este supuesto, pues su patrimonio no aumentará, solo evitará un perjuicio.[51]

Por otro lado, manifestando su desacuerdo, RIPERT señala que, de sostener esta teoría, se estaría buscando una explicación moderna a una institución muy antigua[52], pues en la época de la Ley de Rodas no existía la institución del enriquecimiento sin causa, mucho menos la acción *in rem verso*.

Finalmente, la técnica de la contribución en avería común consiste en una repartición equitativa entre quienes se vieron beneficiados por el

---

49 Ibíd., 78.

50 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 343.

51 FRANCISCO PLUMACHER, "Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos" (tesis de licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta, 2004), 84.

52 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 344.

sacrificio; técnica que no es igual ni sigue la misma lógica de la acción *in rem verso*, la cual correspondería aplicar si se tratara de un enriquecimiento sin causa.[53]

3. Finalidad y Vigencia de la Institución.

Como ya se ha mencionado en varias ocasiones a lo largo del presente trabajo, inicialmente la finalidad de esta institución era la de proteger a los participantes de una aventura marítima de los riesgos extraordinarios de la navegación.

Así, para el caso de la avería simple, los participantes de la aventura marítima podían tener certeza de quien tendría que soportar el daño o el gasto. Mientras que, para el caso de la avería gruesa, las partes contribuían en los daños y gastos que habían redundado en el beneficio de todos, siempre en la proporción en la que se habían visto beneficiados, asemejando la figura al funcionamiento de un seguro mutual[54].

No obstante, en la actualidad se ha criticado mucho la vigencia de la institución, esto debido al gran desarrollo de los seguros marítimos, quienes critican duramente la existencia de la avería gruesa[55].

El argumento principal contra la vigencia de la avería marítima es uno de naturaleza económica, pues sus opositores señalan que el proceso de ajuste de averías es tan costoso y complicado que los beneficios obtenidos no justifican el esfuerzo, ya que tanto el buque como la mercadería están usualmente asegurados[56]. De este modo, el resultado práctico de la avería en la actualidad es la transferencia de fondos de una aseguradora a otra. De este modo, se sostiene que eliminar la avería gruesa ahorraría los costos y permitiría a los aseguradores ajustar sus precios.

---

53 Ibíd.

54 FRANCISCO PLUMACHER, "Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos" (tesis de licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta, 2004), 86.

55 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 374.

56 Ibíd., 374.

Los partidarios de la abolición de la avería son quienes sostienen que la avería era un sistema primitivo de seguro que permitía compartir riesgos. No obstante, al existir compañías de seguro tan sofisticadas, la institución ha perdido su razón de ser[57].

A favor de la avería se sostiene que esta institución brinda al capitán de la nave la independencia necesaria, para tratar con una crisis durante la navegación de la mejor manera, preservando la vida y la propiedad de los interesados[58]. La avería permite al capitán tomar decisiones teniendo la seguridad que el daño o gasto será asumido por aquel o aquellos que se vieron beneficiados.

Si esta institución no existiera, el capitán y el gestor marítimo se verían obligados a restringir sus decisiones a los intereses económicos del naviero, o cuando menos sus decisiones se verían influenciadas por intereses particulares, lo cual podría resultar en un daño mayor o en la pérdida de vidas humanas.

4. Clasificación.

La clasificación de la avería no es un punto que traiga mayor problema, toda vez que desde la antigüedad se han entendido dos tipos de averías: la avería gruesa, también llamada común; y la avería particular, también conocida como simple.

De sus propias definiciones, se entiende que la razón de esta clasificación, así como el motivo de su diferenciación, recae en quienes soportan o sufren el gasto o daño, o a quienes favorece el sacrificio[59].

De este modo, la palabra avería significa pérdida y será particular si constituye una pérdida de un interés singular y será gruesa si constituye una pérdida de la aventura marítima en general[60].

---

57 Ibíd., 375.

58 Ibíd.

59 IGNACIO ARROYO, *Compendio de Derecho Marítimo* (Madrid: Tecnos, 2009), 192.

No obstante, esto tendrá muchas diferencias entre ambas, razón por la cual desarrollaremos ambos tipos de averías a continuación:

4.1. Avería Simple o Particular.

4.1.1. Definición.

De conformidad con el artículo 822° del Código de Comercio peruano *"serán averías simples o particulares, por regla general, todos los gastos y perjuicios causados en el buque o en su cargamento, que no hayan redundado en beneficio y utilidad común de todos los interesados en el buque y su carga, (…)"*.

Esta definición por exclusión, nos indica que será avería particular todo daño o gasto producido y que no constituya avería gruesa[61].

De la definición legal no se pueden extraer mayores elementos que nos permitan determinar la naturaleza de la avería particular, no obstante, en base a este contraste con la avería gruesa, podemos identificar ciertos elementos diferenciadores.

4.1.2. Requisitos para Constituir una Avería Simple.

4.1.2.1. El Daño o Gasto.

El artículo 819° del Código de Comercio establece que las averías podrán ser daños o gastos, en tal sentido, nos brinda un primer requisito esencial para constituir una avería, que el acto de avería sea un daño o gasto.

---

60 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 447.

61 IGNACIO ARROYO, *Compendio de Derecho Marítimo* (Madrid: Tecnos, 2009), 194.

Respecto del gasto, el Código señala que será avería "t*odo gasto extraordinario o eventual que, para conservar el buque, el cargamento o ambas cosas, ocurriese durante la navegación (…)".*

De este modo, el gasto constituirá una avería cuando cumpla tres requisitos, que sea extraordinario o eventual, que tenga la finalidad de conservar el buque o su cargamento y que suceda durante la navegación.

La eventualidad a la que se refiere el Código hace referencia a una contraposición con los gastos ordinarios de la navegación, es decir, el gasto debe ser sobreviniente y no propio del giro regular de la empresa[62].

En tal sentido se entiende que un gasto necesario para conservar parte de la carga o el sueldo y alimentación de la tripulación durante el tiempo que un buque permanece embargado podrá configurar una avería simple, mientras que los gastos ordinarios de avituallamiento o mantenimiento del buque no serán parte de una avería.

Ahora bien, es evidente que el gasto será siempre voluntario, motivo por el cual la ley exige que este sea realizado con la finalidad de conservar el buque o el cargamento, para que así pueda ser calificado como avería.

Finalmente, en vista de que el fundamento de esta institución es mitigar los riesgos de la navegación, es claro que el gasto debe realizarse durante la misma. El Código es muy claro en este aspecto, al establecer que el gasto debe producirse desde que el buque se hace a la mar en el puerto de salida hasta que ancla en el puerto de destino.

Por otro lado, en cuanto al daño, si bien la definición dada en el Código parece no presentar problema alguno, es un supuesto que presenta una mayor controversia de la que aparenta, toda vez que debe determinarse cuál es el alcance de este concepto, sobre todo para el caso particular de los daños al cargamento.

---

62 CARLOS VALENCIANO, "La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima" (tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2008), 130.

Así, en la práctica usual de los llamados *"Cargo Claims"* las compañías aseguradoras suelen diferenciar los daños a la carga de los faltantes a la carga, resaltando así el aspecto material del concepto de daño, esto es, el demérito físico de la cosa, y dejando de lado el aspecto jurídico que ha inspirado la institución[63], es decir, el aspecto que se deriva del concepto anglosajón del *"loss"* y que refiere al detrimento patrimonial de quien tiene un interés en el bien[64].

Según la doctrina anglosajona, la palabra avería, en el derecho marítimo, significa gasto o pérdida de los propietarios (de la carga o del buque)[65]. Resaltando así la pérdida en el patrimonio de los propietarios y no el aspecto material del daño al objeto.

Por otro lado, en el negocio de los seguros marítimos se llama avería a todo aquel daño al interés asegurado que no reúna los requisitos necesarios para ser considerado pérdida total, siendo entendida la avería como sinónimo de pérdida parcial. De modo que el concepto de avería manejado por el seguro marítimo no será el mismo que el concepto de la avería del derecho marítimo que se estudia en el presente trabajo. Sobre esto, GABALDÓN señala respecto de las averías y su liquidación en el seguro marítimo:

"Todos aquellos daños del interés asegurado que no reúnan los requisitos necesarios para ser considerados como pérdida total (real, presunta o económica) se engloban legalmente en el concepto de averías, entendido como sinónimo de pérdida parcial. Se trata de una categoría en principio puramente negativa, que integra todos aquellos daños o perdidas que no constituyen pérdida total y que, por ello, deben liquidarse a través del procedimiento o acción de avería. Por tanto el concepto de avería que se maneja en el ámbito del seguro marítimo no coincide con el utilizado por el mismo Código a otros efectos, como el

---

63 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Concepto de Avería y su Relación con el Artículo 848° del Código de Comercio Español* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 2006), 3.

64 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition,* (Carolina Del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 362.

65 Ibíd.

contenido en el art. 806, que considera como tales todos los daños o perdidas que sufran buque o mercancías sin distinguir su alcance total o parcial."[66].

De ahí nace la confusión sobre el concepto de daño, pues, mientras para el seguro marítimo lo esencial es que sea una pérdida parcial y no total; para que el daño configure una avería conforme al derecho marítimo será esencial que signifique una perdida en el patrimonio del interesado sin importar si esta pérdida es parcial o total.

Al respecto, la Corte Suprema del Perú ha señalado que los faltantes a la mercadería transportada no constituyen averías simples, toda vez que el concepto de daño está referido a un detrimento de la cosa a un mal material, en el cual no se puede enmarcar el faltante de la mercadería, debiendo considerarse este último como un incumplimiento contractual del transportista[67].

Esta tendencia se ha visto manifestada en todas las demandas de indemnización por faltantes a la carga que han llegado en Casación a la Corte Suprema desde el año 2003, como las Casaciones N° 1013-2003, N° 1751-2004, N° 585-2004, N° 237-2005, N° 4680-2006, N° 4027-2007, N° 4084-2008, N° 2563-2009, entre otras.

No obstante, esto no siempre ha sido así, pues antes del año 2003 encontramos que el criterio no era el mismo, era completamente opuesto. Así, encontramos que en las Casaciones N° 2208-2000 y N° 154-2001, la

---

66 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 904.

67 CASACIÓN N° 4384-2007-CALLAO: *"CUARTO: (...) En el concepto amplio de avería simple que regula la norma en comentario, no se advierte que pueda incluirse el faltante de carga como uno de sus supuestos, por cuanto en él se alude a gastos, daños y perjuicios, nociones que de ninguna manera pueden relacionarse con el faltante de carga, ya que los daños y perjuicios se encuentran referidos a un mal material, estropicio, fractura, deterioro, que haya sufrido la cosa, y, de otro lado, el gasto se encuentra referido al consumo o desgaste de la mercadería; por consiguiente, no puede enmarcarse dentro de la significación de avería simple al supuesto faltante de la mercadería, la cual en todo caso debe de conceptuarse como un incumplimiento parcial de parte del transportista"*

Corte Suprema estableció que la avería simple comprende todos los daños y pérdidas y los faltantes o mermas e la carga que sobrevienen en el curso de la expedición marítima, recogiendo así el concepto correcto de la avería.

En este sentido opina GOÑI**,** quien señala:

"(…) en las relaciones jurídicas nacidas del transporte y del seguro – sin excluir su aplicación en una más amplia esfera de relaciones sociales en general – los daños de la mercancía no consisten propiamente hablando en la pérdida o el demérito físico de la cosa – fenómeno físico-, sino que su esencia radica en el detrimento patrimonial del sujeto titular de la misma – fenómeno jurídico (…)"[68].

Así, para GOÑI el daño previsto en el concepto de la avería del Código de Comercio Español (legislación que nuestro Código ha copiado de manera literal) se refiere tanto a los daños y perjuicios como a los daños y pérdidas que sufran los objetos transportados, siendo lo importante que signifiquen un daño o perjuicio en el patrimonio del propietario de la mercadería, pues esta es la esencia y la razón de que se regule la institución jurídica de la avería.

Lo señalado por GOÑI resulta de particular importancia para el caso de los faltantes de mercadería a granel, toda vez que se trata de bienes que por su propia naturaleza son susceptibles a sufrir de faltantes debido a que se trata de bienes que son solo cuantificables en peso; y es usual que cuando son transportados sufran una pérdida producida en la carga o descarga (merma de ruta), e incluso pierdan peso por deshidratación o por vicio propio del bien.

De este modo, siendo el peso su única medida, los daños a la carga se manifiestan en él y resulta lógico que se produzcan aparentes faltantes de mercadería, los cuales, si bien pueden ser mínimos, al transportarse

---

68 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Concepto de Avería y su Relación con el Artículo 848° del Código de Comercio Español* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 2006), 3.

grandes cantidades de carga, resultan en una suma de dinero importante que viene siendo asumida por los navieros que transportan la mercadería.

4.1.2.2. La No Voluntariedad del Daño

ARROYO señala que se configura una avería simple cuando existe un daño y falta alguno de los requisitos de la avería común, entre ellos, la intencionalidad[69].

Como se puede apreciar de la propia definición de la avería, así como del listado de casos especiales de avería particular previstos en el propio artículo 822° del Código de Comercio, a diferencia de la avería gruesa, no es necesaria la intencionalidad para configurar una avería simple.

De este modo, carecerá de importancia si este daño es causado intencionalmente por los interesados o por el capitán en representación de los interesados en la avería marítima, pues lo importante es que se haya producido durante la navegación y no haya redundado en beneficio común de la aventura marítima[70].

Por lo tanto y en contraposición con la avería gruesa, carecerá de importancia si es el capitán u otra persona quien provoca el daño, pues al no ser realizado por interés común no genera una obligación de contribución.

4.1.2.3. El Beneficiario y el Sujeto que asume el Daño o Gasto

Como ya hemos mencionado en párrafos anteriores, a diferencia de la avería gruesa, en la avería particular no existe beneficio común, razón por la cual no existe la obligación de contribuir.

---

69 IGNACIO ARROYO, *Compendio de Derecho Marítimo* (Madrid: Tecnos, 2009), 194.

70 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 367.

En este sentido, el Artículo 823° del Código de Comercio establece que *"El dueño de la cosa que dio lugar al gasto o recibió el daño, soportará las averías simples o particulares"*. Por otro lado y con respecto del gasto, será el dueño de la cosa que provocó el gasto el obligado a reparar el gasto o quien realizó el gasto innecesario estará obligado a soportarlo.

4.2. Avería Gruesa o Común.

4.2.1. Definición.

La definición legal de la avería gruesa la encontramos en el artículo 824° del Código de Comercio peruano, el cual la define, por regla general, como todos los daños y gastos que se causen deliberadamente con el objetivo de salvar el buque o el cargamento de un riesgo conocido y efectivo.

Así, para el caso de la avería gruesa existe un elemento de intencionalidad que la define, además de una finalidad, la cual es salvar el buque o cargamento, mientras que la avería simple bien podría ser o no causada deliberadamente, pero su aspecto esencial no redunda en el beneficio sino en el dueño de la cosa.[71]

De este modo, a lo largo de los años y mediante diversos casos se ha logrado desarrollar la existencia de tres elementos constitutivos necesarios que configuran una avería gruesa, de manera que en caso falte alguno el incidente sería considerado una avería particular

4.2.2. Elementos Constitutivos de una Avería Gruesa.

4.2.2.1. El Peligro o Riesgo.

El primero de estos elementos es el peligro o riesgo, el cual fue introducido en el caso *Barnard v. Adams,* señalando que para que este

---

[71] LINO CORNEJO, *Derecho Marítimo Comercial* (Lima: Gil S.A., 1943), 124 – 125.

peligro sea susceptible de generar una avería gruesa, debe cumplir con las siguientes características:

- Que, el peligro sea **común**, esto es, un riesgo del que todos participen, que afecte tanto al buque como al cargamento y su tripulación[72], de tal manera que, en caso de no tomar acción, toda la aventura marítima se vería perjudicada.

- Que, el peligro sea **inminente y aparentemente inevitable**; lo cual significa que bajo un análisis razonable de la situación el riesgo parezca inevitable al momento en que se incurre en el sacrificio[73].

El requisito de que se trate de un riesgo compartido o un peligro común, es un concepto bastante claro para la doctrina anglosajona. No sucede lo mismo con la inminencia e inevitabilidad del peligro, toda vez que estas condiciones dependen de la situación en la que la decisión es tomada. Este extremo fue desarrollado en el caso *Navigazione Generale Italiana v. Spencer Kellogg & Sons, Inc.*

En dicho caso, se llegó a la conclusión de que la inminencia e inevitabilidad del peligro es un criterio relativo y dependerá del Juez quien deberá analizarlo con razonabilidad teniendo en cuenta las circunstancias en las que se realizó el acto de avería, y se estableció que también se configurará una avería gruesa aun en los casos en los que, existiendo un peligro, el capitán toma una decisión más drástica de la necesaria.

4.2.2.2. El Sacrificio

Conforme se señala en el caso *Barnard v. Adams* ya mencionado, no es suficiente con que exista un peligro y un daño o gasto, sino que este

---

72 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 659.

73 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 371.

sacrificio (daño o gasto) debe ser voluntario, lo cual incluye que no puede ser consecuencia del riesgo o compelido por agentes distintos al capitán o quien actúa con dichas facultades al momento de realizarse el acto de avería.

De este carácter de **intencionalidad,** elemento esencial a la institución de la avería gruesa, se desprende que, no solo es importante que se produzca un sacrificio, es esencial saber quien realizó el sacrificio, es decir, quien tomó la decisión del acto de avería.

Acerca de ello, se hace un especial énfasis señalando que el sacrificio no puede ser compelido sea por agentes privados o públicos[74].

Esto tiene su razón de ser en el propio fundamento de la avería, pues un extraño a la aventura marítima no podría realizar un acto que configure una avería, toda vez que un sujeto externo no sería parte del contrato implícito sobre el que se basa la avería. O en todo caso, a este sujeto externo no se le aplicaría la ley del mar por no estar inmerso en la navegación (Ralli v. Troop 1895, 157).

Este criterio establecido en el caso *Ralli v. Troop*, ha sido seguido en diversos casos como *The Jhon Perkins, Dabney* v. *New England Mutual Marine Insurance Co., The Beatrice*, entre otros[75]; todos ellos confirmando el carácter esencial de que el sacrificio sea por quien tiene a cargo la navegación del buque.

4.2.2.3. El Éxito

Finalmente, el éxito del acto de avería constituye una arista fundamental, sin la cual no puede constituirse la avería.

En este punto debe tenerse en cuenta que la avería gruesa fue creada desde sus inicios para compartir el riesgo de la navegación marítima. En este sentido, los miembros de la aventura marítima solo

74 Ibíd., 368.
75 Ibíd., 369.

están obligados a contribuir en tanto este sacrificio es exitoso y constituye un beneficio común[76].

De otro modo, el obligar a los miembros de una aventura marítima a contribuir, aun cuando no se han visto beneficiados, constituiría un claro enriquecimiento ilícito por parte de quien percibe la contribución. Es por tal motivo que, si el acto de avería no tiene éxito se tratará de una avería simple, no una gruesa.

Esta condición ha sido recogida posteriormente en las reglas de York – Amberes que serán desarrolladas más adelante.

4.2.3. Requisitos Introducidos por las Reglas de York – Amberes

La institución de la avería marítima es una figura recogida en las legislaciones de todo el mundo, no obstante, su aplicación técnica varía según la ley de cada país.

Teniendo el Derecho Marítimo un carácter internacional y que por eso involucra sujetos y legislaciones de diversos países, siempre ha tendido a la unificación.

La determinación de una avería gruesa y los derechos de recupero de los contribuyentes debían resolverse conforme a reglas uniformes, hecho que presentaba muchos problemas. En este contexto, a fines del siglo XIX se crearon las reglas de York – Amberes, las mismas que han sido modificadas continuamente adaptándose al cambio de las nuevas tecnologías[77].

Así, las Reglas de York – Amberes (York – Antwerp Rules) son un conjunto de reglas a las cuales gran cantidad de sujetos en el negocio de la navegación pactan someterse.

---

76 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 662.

77 ALEJANDRO VEGA, "Cláusulas de Avería Gruesa, Jason Clause & Reglas de York Antwerp, Aplicación a los Contratos de Fletamento de Buques", 5.

Así, el literal A de las Reglas de York – Amberes nos brinda la definición por excelencia de la avería gruesa señalando que:

"Existe una 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*** *los bienes comprometidos en una aventura marítima común."*

(El resaltado es nuestro)

De este modo, encontramos que estas reglas realizan una definición mucho más completa de la avería, introduciendo elementos de gran importancia, como el factor intencional, extraordinario, el peligro común, entre otras características que se desarrollaran a continuación.

4.2.3.1. Extraordinario

Este requisito se refiere al elemento del peligro, el cual debe ser anormal, esto es, en contraposición al peligro propio de la navegación por mar (Société Nouvelle d´Armement v. Spillers and Bakers Ltd. 1917).

Esto significa que el daño no puede ser una consecuencia de una maniobra habitual, pues en dicho caso se trataría de una avería simple. De igual manera, el gasto, debe referirse a un desembolso ajeno al giro ordinario de la empresa marítima[78].

4.2.3.2. Voluntario

Este requisito esencial de la avería gruesa significa que el acto de avería debe tener un elemento de intencionalidad y no puede tratarse de un hecho fortuito en sí mismo, pues en ese caso sería una avería particular.

---

78 CARLOS VALENCIANO, "La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima" (tesis de licenciatura, Universidad de Costa Rica, 2008), 142-143.

Este elemento volitivo hace referencia a que se debe decidir realizar el daño o el gasto, hecho que hace de suma importancia conocer quien toma la decisión.

Así, este requisito esencial de la avería gruesa se remite a lo señalado en el caso Ralli v. Troop; en el cual, se establece que es el capitán o quien ejerce dichas funciones quien debe tomar esa decisión, toda vez que él es la persona designada por la empresa marítima para tomar decisiones salvaguardando los intereses de todos,

En tal sentido se pronuncia VALENCIANO, al señalar que *"es la voluntad del Capitán, en su condición de representante de los intereses de la aventura marítima, la que ha de determinar la realización del sacrificio o gasto"*[79].

De este modo, como ha sido sintetizado antes *"el elemento volitivo en la decisión de comisión del acto de Avería Gruesa, implica que el capitán, identificando la posibilidad de peligro, tenga la intención formal, deliberada y motivada de operar un sacrificio o gasto para asegurar suficientemente el bienestar de la empresa común"*[80].

4.2.3.3. Razonable

La razonabilidad constituye el elemento más esencial contemplado en las Reglas de York – Amberes, siendo este de tal importancia que no solo ha sido incluido como requisito en la Regla A, sino que, en la revisión de Sidney 1994, dio origen a la "*Rule Paramount",* esto es, la Regla Suprema[81], según la cual solo podrán ser admitidos en Avería Gruesa aquellos daños o gastos realizados de forma razonable.

Ahora bien, en este punto cabe preguntarse qué significa el carácter razonable del acto, toda vez que la razonabilidad siempre se ha visto revestida de un carácter subjetivo por depender de la discrecionalidad de un juez para determinarla.

---

79 Ibíd., 147.
80 Ibíd.
81 Ibíd. 148.

En vista de que el acto de avería consiste en tomar una decisión para mitigar un riesgo, se entiende que esta decisión no puede ser tomada a la ligera, debe al menos apreciarse una deliberación previa al acto de avería[82].

Este requisito ha sido recogido en diversas legislaciones del mundo, entre ellas la nuestra, al señalar que *"Para hacer los gastos y causar los daños correspondiente a la avería gruesa, precederá resolución del capitán, previa deliberación con el piloto y demás oficiales de la nave, y audiencia de los interesados en la carga que se hallaren presentes"* (Artículo 826° del Código de Comercio).

Así, la razonabilidad del sacrificio implicará, en primer lugar, que este haya sido **necesario**, es decir que el peligro haya sido tal que fuera necesario realizar el daño o el gasto que constituye el acto de avería; y en segundo lugar, que el daño o gasto realizado haya sido **proporcional** al peligro que se pretendía evitar[83].

En tal sentido, un acto de avería gruesa cumplirá con el requisito de la razonabilidad cuando se haya producido una correcta adecuación de la necesidad y proporcionalidad del acto, respecto del peligro que amenaza la empresa marítima.[84]

4.2.3.4. Concurrencia de un Peligro Común

Respecto de este punto, las Reglas de York – Amberes se limitan a señalar que es necesaria la concurrencia de un peligro común a la aventura marítima, no obstante, no brindan mayor detalle de ello a pesar de que el peligro es aquello que condiciona la existencia de la avería gruesa.

Así surge la pregunta acerca de las características que debe tener dicho riesgo para ser susceptible de provocar una avería gruesa; pregunta que ha sido respondida por el juez HAND, quien ha señalado que el

---

82 Ibíd., 149.
83 Ibíd.
84 Ibíd., 150.

peligro no debe ser inmediato, no obstante sí **inminente**, **real** y **sustancial** (Navigazione Generale Italiana v. Spencer Kellogg & Sons, Inc. 1937).

Así, este peligro debe existir en realidad a tal punto que aun los daños o gastos incurridos por apariencia de un peligro inexistente no constituirán avería gruesa (Joseph Watson & Son Ltd. v. Firemen´s Fund Insurance Co of San Francisco 1922).

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina no exige que el peligro sea inmediato, pues resulta ilógico exigir al Capitán a retrasar la toma de su decisión ante un peligro que se sabe que va a realizarse. Por tal motivo, se entiende que el daño o gasto deberá admitirse como avería en tanto existan indicios suficientes de que el peligro fuera a suceder, es decir, que sea inminente. Claro está que esto se encuentra sujeto a que dicho peligro haya sido real y no aparente (Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Company, Ltd. 1928).

4.2.3.5. Resultado Útil

Este requisito surge de la comunidad de intereses nacida entre los interesados en una aventura marítima, así un sacrificio voluntario realizado en beneficio de todos los interesados dará lugar a contribución por todo aquel que se vio favorecido.

En contraposición a ello, si una de las partes no se vio favorecida, esta no se verá obligada a contribuir y estaremos hablando de una avería particular. Esto debido a que, el obligar a un sujeto a contribuir por un beneficio que no recibió no solo significaría provocarle un daño aun mayor sino que se configuraría un enriquecimiento ilícito de aquellos que se vieron beneficiados a costa de aquellos que no.

4.3. La Relación Jurídica Nacida de la Producción de un Acto de Avería.

Del propio concepto legal recogido en el artículo 819° del Código de Comercio obtenemos que la avería marítima tendrá sentido y podrá producirse solo durante la navegación, esto es, para el caso del buque,

desde que este se hiciera a la mar en el puerto de partida hasta que diera fondo o anclase en el puerto de destino; y, para el caso del cargamento, desde que este fuera cargado en el buque en el puerto de partida hasta que fuera descargado en el puerto de destino.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, la navegación ha dejado de ser una ventaja competitiva para convertirse en un negocio en sí mismo, en el cual convergen distintas relaciones jurídicas relacionadas.

Así, durante la navegación, suelen presentarse las siguientes relaciones jurídicas:

a. Una primera relación jurídica surgida un contrato de arrendamiento de buque o fletamento a casco desnudo, en la que participa el propietario del buque y el arrendador (que usualmente actuará como naviero).

b. Una segunda relación jurídica nacida de un contrato de fletamento, sea por viaje o por tiempo, en la cual participa el fletante que pone a disposición el buque y un fletador que goza de dicha puesta a disposición.

c. Una tercera relación jurídica a partir del contrato de transporte marítimo de mercaderías, representado por el Conocimiento de Embarque, en la cual suele participar una línea regular (naviero o quien ha fletado parte de la nave para sub fletarla), que actúa como porteador, y el cargador de la mercadería.

d. Una cuarta relación jurídica surgida a partir del contrato de seguro marítimo, sea de la carga o del buque, en el cual está presente la empresa aseguradora y el asegurado.

Todas estas relaciones jurídicas están presentes durante una travesía marítima, de manera que todas ellas se podrán ver afectadas por los riesgos de la navegación.

Como se ha mencionado al inicio del presente trabajo, la institución de la avería fue creada con el objetivo de salvaguardar los intereses de los involucrados en una aventura marítima ante la eventual realización de un riesgo. En este sentido, el acto de avería, constituirá un hecho generador de obligaciones entre los participantes.

Así, conforme a lo dispuesto por el artículo 823° del Código de Comercio, la producción de un acto de avería que constituya avería particular generará una obligación en el propietario de la cosa que dio lugar a la avería, quien deberá reembolsar el gasto realizado o asumir el daño sobre el bien.

Por otro lado, según lo dispuesto en el artículo 825° del Código de Comercio, la producción de un acto de avería calificado como avería común generará una obligación en todo aquel sujeto participante de la aventura marítima, pues todos ellos tendrán la obligación de contribuir para reparar el gasto o daño producido de manera proporcional al interés que tienen en la travesía.

De este modo, sea que la avería marítima esté sustentada en la equidad, en un negocio jurídico implícito o en una disposición legal, es claro que genera una relación obligacional, cuyo elemento subjetivo muchas veces coincide con los contratos que dan origen a las relaciones jurídicas mencionadas.

En tal sentido, en el siguiente capítulo de este trabajo trataremos de determinar si la avería marítima es aplicable únicamente en el marco de alguno de los contratos de explotación del buque, o si resulta indiferente la existencia de los mismos para la producción de una avería marítima.

CAPÍTULO II: LA AVERÍA MARÍTIMA Y LA FRANQUICIA DEL ARTÍCULO 861° DEL CÓDIGO DE COMERCIO

1. Introducción.

En el primer capítulo del presente trabajo se hizo un estudio de la institución de la avería marítima, iniciando con su desarrollo histórico para culminar con su naturaleza jurídica y los elementos que la constituyen. De igual manera, señalamos que la palabra avería no tiene el mismo significado en el Derecho Marítimo y en el Derecho de Seguros, hecho que causa gran confusión en las cortes peruanas.

En este capítulo desarrollaremos la franquicia establecida en el artículo 861° del Código de Comercio; para lo cual, primero deberemos determinar en qué relación contractual se puede hablar de una avería marítima, si la avería es una institución vigente, si ha sido reemplazada por el seguro marítimo o si es semejante a una forma de seguro mutual, para luego analizar a qué relación es aplicable esta franquicia (Relación Asegurado – Asegurador, Fletador – Fletante o Porteador – Cargador).

2. Vigencia de la Institución de la Avería Marítima.

La avería marítima, en especial la avería común, es una institución que se mantiene en debate continuo desde comienzos del siglo XX, discutiéndose su justificación, racionalidad económica y vigencia en foros como la UNCTAD, el CMI y la IUMI[85].

Así, la discusión gira alrededor de tres puntos principales:

El primero de ellos es la pugna entre las ideas de salvación o beneficio común, ideas que determinarán la decisión de restringir o ampliar el campo de actuación de la avería común[86].

Así, quienes son partidarios de restringir la institución de la avería común sostienen que esta solo puede justificarse cuando exista peligro real y cierto de la pérdida del buque y las mercancías, de manera que solo la salvación común puede justificar una contribución (*common safety* o *security*)[87].

Por otro lado, los partidarios de ampliar la aplicación de la avería común sostienen que es suficiente que el acto de avería se haya realizado para el beneficio común, beneficio que consistiría en la culminación del viaje, hecho que sería suficiente para justificar una contribución[88].

La doctrina se encuentra partida respecto de este primer punto, no obstante, la mayor parte del mundo aplica la visión restrictiva, limitando la visión amplia principalmente a Estados Unidos[89]

---

85 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 653.

86 Ibíd., 654.

87 JOSÉ RUÍZ y JOSÉ MARTÍN, *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación* (Bilbao: Eusko Jaualaritzaren Argitalpen Zerbitsu Nagusia, 2006), 297.

88 Ibíd.

89 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 654.

Esta primera pugna discute matices en la aplicación de la institución, no obstante, las siguientes discusiones tienen un contenido más relevante sobre la conveniencia de la existencia misma de la institución.

De este modo, el segundo punto en discusión consiste en la relación entre la avería común y la responsabilidad por daños del porteador marítimo[90], esto se debe a que, muchas veces, la situación de peligro que justificó el sacrificio del capitán fue debida a una causa por la que el porteador responde contractualmente; caso en el cual, la lógica misma nos llevaría a cuestionar el sentido de la contribución de la avería[91].

En este sentido, se puede observar que la responsabilidad del porteador y la avería común no son campos compatibles en su desarrollo, pues la tendencia internacional, demostrada en las reglas de Rotterdam, es la de reducir la irresponsabilidad del porteador, mientras que en la avería gruesa se sigue aplicando un concepto amplio para determinar la existencia del deber de contribuir[92].

Finalmente, el tercer y más importante punto parte de un análisis más económico que jurídico, el cual está relacionado con la funcionalidad de la avería común.

La difusión y ampliación de la cobertura del seguro marítimo plantea en muchos sectores económicos la duda de si tiene sentido en la actualidad conservar una institución tan compleja y costosa como la avería marítima, pues esta podría ser reemplazada de manera más simple por el seguro[93].

---

90 Ibíd.

91 JOSÉ RUÍZ y JOSÉ MARTÍN, *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación* (Bilbao: Eusko Jaualaritzaren Argitalpen Zerbitsu Nagusia, 2006), 298.

92 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 654.

93 JOSÉ RUÍZ y JOSÉ MARTÍN, *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación* (Bilbao: Eusko Jaualaritzaren Argitalpen Zerbitsu Nagusia, 2006), 296.

Al respecto, los críticos de la avería común sostienen que el procedimiento de liquidación suele ser costoso y complicado en contraste con los beneficios obtenidos[94]. Este argumento es sustentado por los datos estadísticos que señalan que los fondos implicados en la avería común son relativamente bajos, no superando el 2,5% del valor del interés del contribuyente en la avería común; mientras que el costo de la liquidación aumenta el valor averiado entre 7% y 14% del valor de los sacrificios, sin mencionar que el proceso de liquidación puede tardar años en algunos casos[95].

De este modo, se sostiene que la industria del seguro marítimo diversifica y cubre los riesgos de la navegación de una forma más eficiente, cumpliendo la función de la avería común[96], de manera que parece lógico promover que los aseguradores asuman directamente el costo del sacrificio, sustituyendo así la avería por el seguro y sustrayendo la vigencia de la institución.

Lo cierto es que, por lo pronto, la avería gruesa se mantiene como institución vigente gracias al tradicionalismo del sector marítimo y a la evolución de las Reglas de York y Amberes, las cuales se han constituido en una costumbre comercial debido al uso generalizado que tienen por ser pactadas entre los sujetos participantes.[97]

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario realizar un comparativo entre la institución de la avería común y el seguro marítimo, pues la relación entre ambos es innegable, y así analizar si es que, efectivamente, el seguro puede sustituir a la avería marítima.

---

94 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition,* (Carolina Del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 375.

95 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 655.

96 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition,* (Carolina Del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 375.

97 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 655.

3. ¿Es la Avería Común semejante o susceptible de ser reemplazada por un seguro marítimo?

El Seguro desempeña un papel de primer orden en el desarrollo de las instituciones jurídicas propias del Derecho Marítimo por su trascendencia económica, ya que resulta inconcebible una actividad naviera sin el respaldo del seguro, es por tal motivo que el seguro se origina en el mar, precisamente por los graves riesgos de la actividad.[98]

HALPERIN señala que el seguro es aquella técnica, por la cual, un conjunto de personas sujetas a las eventualidades de ciertos hechos dañosos (riesgos), reúnen sus contribuciones a fin de resarcir al integrante de ese conjunto que llegue a sufrir las consecuencias de esos riesgos[99].

En esta misma línea RODRÍGUEZ PASTOR señala que el seguro es una institución destinada, en base a un costo individual mínimo, a procurar considerables recursos financieros, obtenidos gracias a un gran volumen de asegurados, que permiten satisfacer necesidades eventuales de apreciable monto, previstas anteladamente en la Póliza.[100]

Estas definiciones resaltan el aspecto económico de la naturaleza del seguro, el cual se nos hace muy familiar al tener una función económica similar a la avería común (mitigar las consecuencias económicas de la producción de siniestros).

No obstante, si nos enfocamos en el aspecto jurídico del seguro, encontramos que no es otra cosa sino aquel contrato por el que el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto[101].

---

98 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 855.

99 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 3.

100 CARLOS RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros y Reaseguros* (Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987), 60.

101 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 7.

En esta misma línea, el artículo 1° de la Ley del Contrato de Seguro Peruana establece que:

"El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas"

En base a la definición brindada por la ley y la importancia económica de la técnica del seguro, la doctrina señala cuatro elementos esenciales del contrato, sin los cuales no podríamos hablar de un seguro:

a. Interés Asegurable:

El interés consiste en la relación económica lícita del asegurado respecto de un bien, el cual se torna asegurable cuando es afectado por un riesgo que puede dañarlo[102]. En otras palabras, consiste en aquel interés económico que tiene el asegurado en el bien asegurado, que al verse perjudicado podría afectar el patrimonio del asegurado.

Un sector de la doctrina considera que este elemento constituye causa del contrato de seguro[103] y el elemento diferenciador de la apuesta, pero lo cierto es que se trata un elemento esencial del seguro, considerado como un principio por la Ley del Contrato de Seguro, sin el cual el contrato es nulo, de conformidad con el artículo 101° de la misma norma.

b. Riesgo Asegurable:

El riesgo es un hecho eventual del cual puede derivar un daño o que puede afectar la vida humana o la integridad física[104], el cual

---

102 Ibíd., 5.

103 CARLOS RODRÍGUEZ PASTOR, *Derecho de Seguros y Reaseguros* (Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1987), 83.

104 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 3.

devendrá en asegurable en tanto sea aleatorio, posible, concreto, lícito y fortuito[105]

c. Prima:

La prima no es otra cosa que la aportación económica que el tomador del seguro está obligado a satisfacer como contraprestación de la cobertura del riesgo[106]; en otras palabras, el precio que paga el contratante del seguro, también llamado cotización en los seguros de mutuos, o contribución en los seguros sociales[107].

d. Obligación Condicional del Asegurador (Indemnización):

La indemnización es la materialización de la cobertura del riesgo. Así como el pago de la prima es la obligación principal del tomador del seguro, el pago de la indemnización es la obligación principal del asegurador[108], la cual surge una vez producido el siniestro, siendo este otro principio previsto en nuestra Ley del Contrato de Seguro.

3.1. Los Seguros Marítimos.

Habiendo tratado los puntos principales de los seguros en general, para el trabajo que nos ocupa, es necesario enfocarnos en un tipo específico del seguro, el seguro marítimo, el cual, no es otra cosa que una forma de seguro todo riesgo, que brindará cobertura al buque o a la carga ante los peligros del mar[109].

---

105 ALFREDO COGORNO, "Elementos del Seguro", Herrera DKP Ajustadores y Peritos de Seguros, http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm consultado el 15 de diciembre de 2017).

106 "Glosario de Términos", Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG), https://www.apeseg.org.pe/index.php/glossary/page/6/ (consultado el 22 de diciembre de 2017).

107 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 5.

108 Ibid., 65.

109 JOHN DOBBYN, *Insurance Law in a Nutshell* (Minnesota: West Publishing Co., 1981), 24.

Como en todo seguro de daños, se resalta su función indemnizatoria típica ante la realización de alguno de los riesgos de la navegación, siendo este tipo de riesgo el que brinda de particularidad al seguro marítimo.[110]

En este sentido, tanto nuestro Código de Comercio, como el antiguo Código de Comercio Español, en el que se encontraba basado, y la nueva Ley de la Navegación Marítima Española; establecen mediante una cláusula general los intereses asegurables con un seguro marítimo, señalando que son intereses asegurables todos los objetos comerciales sujetos al riesgo de la navegación. No sin antes realizar una lista abierta de los intereses más comunes que son cubiertos por el seguro marítimo, como lo son el buque, el flete, los desembolsos (pertrechos, combustible, etc.), las mercancías transportadas, la responsabilidad naviera y en general cualquier objeto o interés económico que se pueda ver afectado por los riesgos de la navegación.

3.2. Los Seguros Mutuales.

Originariamente, la técnica del seguro mutual consistía en que un grupo de personas, con una finalidad humanitaria, prestaba ayuda o asistencia a los miembros de su propia comunidad que la necesitaran[111].

Debido a esta finalidad no lucrativa, los primeros seguros mutuales eran utilizados en campos no comerciales, asegurando intereses tales como vida, salud, incendio de hogares, etc.[112]

De este modo, existen grandes diferencias técnicas con el seguro ordinario descrito anteriormente, las cuales están en su mayoría derivadas de que el sujeto que brindaba el seguro (una comunidad) era al mismo tiempo asegurado y asegurador.[113]

---

110 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 855.

111 J. P. VAN NIEKERK, *The Development of the Principles of Insurance Law in the Netherlands from 1500 to 1800*. (Kenwyn: Juta, 1998), 634.

112 Ibíd., 635.

113 Ibíd.

Así, en cierto sentido, el seguro mutual consiste en una especie de auto-seguro, un riesgo asegurado por una colectividad, de la cual es miembro quien tiene el interés asegurable.

En el ámbito marítimo, el seguro bajo esta modalidad mutual fue utilizado en ocasiones aisladas durante la edad media, esto ante la existencia de otras instituciones que diversifican los riesgos (préstamo a la gruesa, avería marítima, etc.) y el seguro marítimo, no obstante, se sabe que la técnica no fue ajena al ámbito marítimo[114].

En este sentido, podemos encontrar los primeros antecedentes de seguros marítimos de técnica mutual en el siglo XIV, en Portugal, cuando el rey Fernando I, estableció un seguro obligatorio administrado por el reino en el que contribuían todos los navieros portugueses; y en el siglo XVII, con la asociación mutual de seguros de los buques balleneros en Holanda.[115]

No obstante, el seguro mutual marítimo más importante y que existe hasta nuestros días surgió a principios del siglo XVIII, con los llamados clubes de P & I, quienes generalizaron esta técnica en el mundo marítimo.

Por aquella época, en Inglaterra se produjo una cadena de quiebras de compañías de seguros, a causa de la cual se dictó la *"Monopoly Act"* que dio el negocio de los seguros marítimos en concesión a dos empresas (la *Royal Exchange Assurance Company* y la *London Assurance Company*), ostentando ellas el monopolio de los seguros marítimos.[116]

Como suele ocurrir, esta situación de monopolio trajo consigo la ineficiencia del negocio con una cobertura de riesgos deficiente a cambio de primas muy elevadas[117], lo que llevó a los armadores ingleses a buscar

---

114 Ibíd., 636.

115 Ibíd.

116 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 869.

117 "Protection and Indemnity", The Swedish Club, http://www.swedishclub.com/insurance/p-and-i/p-and-i/ (consultada el 29 de abril de 2018): *"P&I insurance developed as an offspring from the mutual Hull*

soluciones para burlar el monopolio, por lo cual comenzaron a reunirse en clubes privados, surgiendo así los primeros clubes de P & I, la *Shipowners Mutual Protection Society* y la *North of England Club*[118].

Estos clubes son asociaciones mutuales manejadas por sus miembros, quienes comparten el riesgo y operan sin fines de lucro con la sola finalidad de brindar protección e indemnidad ante los riesgos nacidos de la navegación[119]. Esta cobertura de Protección e Indemnidad incluye la responsabilidad del armador no cubierta por los seguros de cascos y otros conceptos de responsabilidad civil frente a tripulantes, cargadores o terceros por incidentes ocurridos durante la navegación de un buque[120], y se extiende a brindar servicios como la asistencia legal de sus miembros ante cualquier controversia surgida durante la navegación.

En otras palabras, estos clubes son asociaciones formadas principalmente por armadores y grandes fletadores, quienes se comprometen a cubrir los riesgos de la navegación de sus buques

---

clubs during the second half of the 19th Century. The hull cover available on the market left the shipowner exposed to a portion of the liabilities that arose in the case of a collision. To provide cover for these and other liability risks, ship owners used existing Hull clubs or formed new clubs based on the concept of mutuality. By extending the scope of the liabilities covered, the first P&I Clubs were born."

118 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 869.

119 "About Us", The Shipowners Club, https://www.shipownersclub.com/about-us/ (consultada el 29 de abril de 2018): *"The Shipowners' club is a mutual insurance association. It offers Protection & Indemnity (P&I), Legal Costs Cover and associated insurances to smaller and specialist vessel owners, operators and charterers around the world. As a mutual association, the club is owned and governed by its Members. Members share risk and operate on a non profit-making basis. The board of directors is drawn from the membership. Underwriting, claims and loss prevention services are provided by the managers of the club."*

120 "Protection and Indemnity", The Swedish Club, http://www.swedishclub.com/insurance/p-and-i/p-and-i/ (consultada el 29 de abril de 2018): *"P&I insurance covers Members' legal and contractual liabilities in relation to third parties that are incurred during the operation of the entered ship. These legal and contractual liabilities are of various nature and could concern people, cargo, pollution as well as other types of liabilities."* consultada el 29 de abril de 2018.

mediante el aporte de sus miembros, manteniéndolos indemnes ante la eventual responsabilidad civil en la que incurran.

Para el año 1899 en Inglaterra, ya se habían formado muchos clubes de P & I, cuyos miembros vieron la necesidad de asociarse con otros clubes ante la posibilidad de que se produzcan siniestros más onerosos. Así, se firmó el primer *"Pooling Agreement"* formándose el *"International Group of P&I Clubs"* (IGPI)[121].

El IGPI y los clubes que lo conforman han celebrado muchos acuerdos con la finalidad de distribuir o atomizar la cobertura de los riesgos cubiertos[122]. Así, cada año los clubes renuevan el llamado *"Pooling Agreement"* en el cual determinan los topes de cobertura, los riesgos cubiertos por el pool, los riesgos excluidos del pool y la manera en que se reparte el riesgo, entre otras condiciones[123].

En primer lugar, cada club acuerda asumir una cobertura mínima variable cada año (10 millones de dólares americanos en el año 2016). En segundo lugar, se forma un pool de cobertura recíproca entre las asociaciones mutuales, de manera que los clubes miembros del IGPI contribuyen en el pago de la porción de los siniestros que exceda el monto acordado (10 millones de dólares americanos en el año 2016) pero que esté por debajo del límite máximo (7.75 billones de dólares americanos en el año 2016)[124].

Debido a la cantidad de dinero cubierta por el pool, el IGPI se ve en la obligación de reasegurar estos riesgos, lo cual realiza con una

---

121 "History of the International Group of P & I", The UK P&I Club, https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/industry-issues/international-group-of-pi-clubs/history/ (consultada el 29 de abril de 2018).

122 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 870.

123 "IGPI Group Agreements", International Group of Protection and Indemnity Clubs, https://www.igpandi.org/group-agreements (consultada el 29 de abril de 2018)

124 Ibíd.

compañía de seguros llamada Hydra Insurance Company Ltd.[125]. Lo curioso de ello es que esta compañía de seguros ha sido creada por los propios armadores asociados en los clubes de P&I que conforman el IGPI.[126]

De esta manera, el IGPI provee de cobertura al 90% del transporte marítimo del mundo [127], cobertura que a su vez es reasegurada en una compañía de seguros formada por los propios armadores interesados, creando así una compleja estructura de aseguramiento mutual entre las empresas navieras.

A pesar de esta compleja estructura de seguro, se mantiene el espíritu de la técnica tradicional del seguro descrita en el punto anterior, pues, como en toda empresa de seguros, la asociación mutual también se obliga a cumplir una prestación en caso se realice un riesgo cubierto, a cambio de una prima, que, en el caso de seguros mutuales, se llama cotización[128].

Así, tenemos que los seguros mutuales, al igual que los seguros marítimos, cuentan con los mismos cuatro elementos característicos: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o cotización y la obligación condicional del asegurador (indemnización)

3.3. Comparativo con la Avería Marítima.

Habiendo descrito la técnica del seguro, sus características y los principales tipos de seguro utilizados en la navegación marítima; corresponde realizar un comparativo acerca de la avería marítima y los seguros.

---

125 JOSÉ GABALDÓN, *Curso de Derecho Marítimo Internacional* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2012), 870.

126 "Direction Report and Financial Statements", Gard P&I, http://www.gard.no/annualreport/2014/financial-statements/notes?p_note=1 (consultada el 29 de abril de 2018).

127 "About the Group", International Group of Protection and Indemnity Club, https://www.igpandi.org/about (consultada el 29 de abril de 2018).

128 LOUIS PARES, *Les Sociétes D´Assurances a Forme Mutuelle* (Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence, 1950), 19.

La primera gran semejanza entre ambas es la finalidad que persiguen ambas instituciones, pues ambas se han desarrollado con el objetivo de brindar protección ante los riesgos de la navegación, generando una obligación a ciertos sujetos en caso se produzca un siniestro.

En el caso del seguro, este nace con el contrato y solo si se realiza un riesgo asegurado, devendrá la obligación del asegurador de pagar la prestación pactada (indemnización); mientras que en el caso de la avería común, esta nacerá recién con la producción de un acto de avería, en cuyo momento nacerá también la obligación de los involucrados en la aventura marítima de contribuir en la reparación del daño o el reembolso del gasto.

Lo cierto es que en la actualidad los buques y la carga transportada suelen estar asegurados, de manera que todos los riesgos susceptibles de convertirse en un acto de avería están cubiertos también por un seguro, dando como resultado que los riesgos están distribuidos de una manera u otra[129].

Sin bien, económicamente, el resultado es el mismo, la relación entre los sujetos involucrados en estas instituciones es de naturaleza distinta, toda vez que, el seguro nace de un contrato, cuya celebración genera una relación contractual entre los sujetos participantes y la producción de un siniestro desencadena la obligatoriedad de una prestación previamente pactada. A diferencia de la avería común que no está fundada en una relación contractual sino en una relación de hecho, el participar en una aventura marítima; y nace con la producción de un acto de avería.

De este modo, la razón de la obligatoriedad de las prestaciones de cada institución es distinta, pues el seguro nace de un contrato suscrito por el asegurador y su asegurado, así, las partes quedan vinculadas por su propia voluntad. En cambio, la avería marítima nace a causa de una

---

129 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 375.

relación de hecho, la cual consiste en el interés y la participación conjunta de las partes en la aventura marítima, estando la vinculación de las partes fundada en la comunidad de intereses de las partes y no en el pacto explícito de las partes.

En cuanto al aspecto subjetivo del seguro, encontramos que existe un asegurado y un asegurador, quienes están unidos necesariamente por una relación contractual, mientras que en la avería gruesa, lo esencial será que participen de una aventura común. De ahí parte la esencial diferencia.

De este modo, el interés de los sujetos participantes de ambas instituciones es distinto, en el contrato de seguro el asegurado será aquel sujeto con interés asegurable, es decir, quien tiene interés económico en el buque y la carga; y el asegurador será una empresa de seguros o una colectividad mutual, quienes son ajenos y no comparten el interés del asegurado en la aventura marítima ni en los bienes materia de seguro; y participan solo en tanto existe una relación contractual previa que les permite percibir una prima o cotización.

En el caso de la avería común es distinto, pues en ella están obligados a participar en el daño o gasto todo aquel sujeto participante de la aventura marítima, en tanto se haya visto beneficiado por el sacrificio, de manera que los obligados a contribuir tienen el mismo interés en el éxito de la aventura marítima, razón que justifica la comunidad de riesgos en base a la cual están obligados a contribuir.

Ahora bien, respecto del aspecto objetivo del seguro, ya hemos definido anteriormente sus principales elementos: interés asegurable, riesgo asegurable, prima o cotización y obligación condicional.

En el caso de los seguros, el interés asegurable consiste en aquella relación económica entre el asegurado y el bien materia de seguro, en el sentido que la realización de un riesgo podría perjudicarlo, justificando así la contratación del seguro; sin embargo, el asegurador es ajeno a este interés y no necesariamente debe compartirlo. A diferencia de la avería común, en la cual todos los participantes comparten un interés común, el

interés en el éxito de la travesía marítima, razón que justifica el régimen de comunidad de riesgos.

Por otro lado, el riesgo, en los seguros, es un hecho eventual que podría perjudicar el patrimonio del titular del interés asegurable, cuya cobertura y exclusiones son delimitadas vía contractual y cuya realización significará el cumplimiento de una condición para que se pague la indemnización.

En cambio, en el caso de la avería marítima, si bien la ley establece una lista de eventos susceptibles de constituir un acto de avería, la definición de la avería es abierta, pudiendo incluir supuestos no previstos en el código, siendo lo importante si el acto de avería se ha producido para salvaguardar el interés común de la aventura marítima o no.

Naturalmente, al ser el seguro un contrato, es una institución que necesariamente requiere la presencia de una contraprestación de parte del asegurado, la cual se materializa en una prima, para el caso de los seguros en general, o cotización, si se trata de un seguro mutual.

La avería marítima no contiene ningún elemento que pueda ser asemejado a una contraprestación de la naturaleza de la prima o la cotización; pues la naturaleza de la misma es la de reembolsar o reparar a quien ha realizado un sacrificio por el bien de todos. En este sentido, no existe una obligación previa al acto de avería, sino tan solo aquella obligación de contribuir surgida luego de realizado el sacrificio.

Con respecto de la indemnización, ambas instituciones cumplen con reparar o indemnizar parte del daño que sufre el propietario de los bienes dañados; sin embargo existe una diferencia esencial respecto de quien realiza el pago y la naturaleza de este pago. Para el caso del seguro, realizará el pago el propio asegurador, mientras que en la avería común, la reparación es pagada por la utilidad del sacrificio, por una colectividad que se ha visto beneficiada y en la proporción en la que cada sujeto de la colectividad se vio favorecido.

Asimismo y con respecto del pago de la indemnización, el seguro marítimo se regirá por el principio de universalidad de riesgo, de manera

que el asegurado solo deberá probar la producción del siniestro por un riesgo del mar para recibir la indemnización pactada[130], sin importar exactamente la causa de la pérdida o el daño, a diferencia de la avería común, cuyo acto de avería será analizado al momento de la liquidación con el objetivo de determinar si cumple con los elementos desarrollados anteriormente, y solo en ese caso, el propietario del objeto averiado será acreedor de una contribución.

4. Marco contractual en el cual se produce la avería marítima.

Como hemos señalado al inicio del presente trabajo, el transporte de mercaderías por mar ha dejado de ser una ventaja competitiva de los comerciantes para convertirse en un negocio en sí mismo. Por tal motivo, existen diversas maneras de explotar económicamente un buque como lo son el arrendamiento de buque, el fletamento y el contrato de transporte de mercaderías por mar.

Los riesgos de la navegación pueden producirse en el marco de cualquiera de estos contratos, motivo por el cual es preciso determinar en cuál de ellos puede producirse una avería marítima, para ello, procederemos a describirlos brevemente.

4.1. El Contrato de Arrendamiento de Buque o Fletamento a Casco Desnudo

El **contrato de fletamento a casco desnudo** (*bareboat charter)* o también llamado **arrendamiento de buque** por un sector de la doctrina; es aquel contrato por el cual, el fletante (propietario) cede el buque al fletador (arrendatario) sin armar ni equipar[131], y por tal motivo se desentiende completamente del resultado de la aventura marítima.

---

130 IGNACIO ARROYO, *Compendio de Derecho Marítimo* (Madrid: Tecnos, 2009), 176.

131 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 458.

Dicho de otro modo, el arrendador arrienda el buque sin tripulación, de manera tal que el arrendatario adquiere tanto la gestión comercial como la gestión náutica[132]y deberá asumir todos los costos de la explotación del buque; limitando las obligaciones del arrendador a entregar el buque en la fecha y lugar pactados, y en condiciones de navegabilidad.[133]

Un gran sector de la doctrina considera que esta modalidad es un arrendamiento ordinario, toda vez que verifica un traspaso de la posesión del buque a favor del arrendatario, quien actuara como si fuera el propietario[134], pudiendo incluso sub arrendarlo o fletarlo en alguna modalidad.

De esta manera, el arrendador no participa en la navegación y queda totalmente desinteresado y al margen de la explotación del buque realizado por el naviero (arrendatario) del buque.[135]

4.2. El Contrato de Fletamento

Si bien nuestro Código de Comercio no define el contrato de fletamento y se limita a establecer sus formalidades, doctrinariamente, ha sido definido como aquel contrato por el cual el propietario de éste cede a otra persona su goce y disfrute por un plazo cierto a cambio de un precio.[136]

Este contrato es susceptible de numerosas variedades, siendo las más importantes clasificaciones, el fletamento por viaje o el fletamento por tiempo, según la modalidad utilizada para determinar el plazo del

---

132 RICARDO HUGAS, *El Transporte y Los Fletamentos Marítimos* (Barcelona: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 1981), 33.

133 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 461.

134 Ibíd., 459

135 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 458.

136 Ibíd.

contrato; y el fletamento parcial o el fletamento total, según la porción del buque incluida en el contrato.[137]

En primer lugar, tenemos el **fletamento por viaje**, por el cual el naviero o armador (fletador) se compromete a poner el buque- a disposición del fletante con el objeto de transportar las mercancías pactadas en un determinado viaje.

En la actualidad esta modalidad es el cauce predominante para el transporte de cargamentos completos homogéneos, en especial, el cargamento a granel (*Bulk Cargo)*[138], no obstante, nada impide que el fletamento sea parcial, es decir, por solo una parte de la capacidad del buque, método que suele ser utilizado por armadores outsiders que buscan competir con tráficos de línea.[139]

De este modo, la parte esencial de esta modalidad de fletamento es el plazo del contrato, pues para este contrato en específico, el plazo estará determinado por la duración de un viaje.

En segundo lugar, encontramos el contrato de **fletamento por tiempo** (*Time Charter*), por el cual el fletante pone el buque a disposición del fletador por un determinado tiempo, durante el cual, el fletante deberá realizar los viajes que le sean ordenados durante ese plazo.[140]

Durante la vigencia de este contrato, el fletador dispondrá del buque para lo cual deberá comunicar al fletante quien estará a cargo de la navegación del buque pero bajo las instrucciones del fletador. En tal sentido, el fletador tendrá la gestión comercial del buque, pero la gestión náutica continuará en manos del fletante.[141]

---

137 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 200.

138 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 478.

139 Ibíd.

140 Ibíd., 522

141 RICARDO HUGAS, *El Transporte y Los Fletamentos Marítimos* (Barcelona: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, 1981), 33.

Es claro que esta modalidad del contrato de fletamento implica que el fletante asuma un riesgo mayor al del fletamento por viaje, toda vez que los retrasos, gastos adicionales de combustible y otros costos del viaje correrán por su cuenta.

El Código de Comercio contiene una sección sobre los derechos y obligaciones del fletante y del fletador; si bien no se enumera las obligaciones del contrato, nos da un claro indicio sobre la prestación principal contenida en el contrato de fletamento.

Así, el artículo 682° señala que el fletante será responsable por la cabida que tenga el buque, debiendo responder ante el fletador o fletadores por la cabida contratada en el fletamento, e indemnizarlo en caso no cumpla con poner a disposición del fletador la cabida prometida. Esta disposición se refiere tanto al fletamento parcial como al fletamento total estableciendo claramente que la obligación por la que responde el fletante es la puesta a disposición del buque. En este mismo sentido, el artículo 685° prohíbe al fletante embarcar mercadería de terceros sin autorización del fletador cuando se trate de un fletamento total, dejando clara una vez más la obligación de puesta a disposición de la cabida del buque.

Por otro lado, el artículo 686° establece la responsabilidad del fletante en caso el capitán no emprenda el viaje conforme a lo pactado con el fletador; de este modo, el Código establece una segunda obligación del fletante que consiste en ejecutar la navegación del buque según las instrucciones o según lo ofrecido al fletador.

A consecuencia de lo señalado en el párrafo anterior y siendo el encargado de la navegación, el artículo 689° obliga al fletante al pago de una indemnización por la falta de navegabilidad del buque, estableciendo así una tercera obligación consistente en poner el buque en condiciones de navegabilidad previo a la travesía.

En atención a lo señalado por el Código podemos concluir que las obligaciones principales del fletante son las siguientes:

1. Poner a disposición del fletador la cabida del buque.

2. Realizar las acciones necesarias para poner el buque en condiciones de navegabilidad.

3. Ejecutar la navegación del buque.

Respecto del fletador, su obligación esencial es el pago del flete; sin embargo, tiene otras obligaciones que corresponden a su interés en la celebración del contrato, que usualmente será el transporte de mercancías. Por ejemplo, se entiende que el fletador deberá presentar la mercancía especificada y cargarla dentro del buque, no obstante, en la práctica esto podría variar según las costumbres del tipo específico de mercancía y la voluntad de las partes[142].

4.3. El Contrato de Transporte de Mercaderías por Mar en Régimen de Conocimiento de Embarque.

El contrato de transporte es aquel contrato por el cual una persona, llamada porteador, se obliga frente a otra, llamada cargador, contra el pago de una remuneración, de ejecutar el transporte por mar de un objeto confiado a su cuidado.[143]

De este modo, el transporte de mercaderías inicia cuando la mercancía es encargada al porteador y concluye cuando la mercadería es entregada al destinatario, en tal sentido, el contrato comprende, no solo el acto material de translación, sino también las operaciones necesarias para la carga y descarga, y obligaciones de custodia y depósito de las mercancías.[144]

---

142 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 222.

143 JULIUS VON GIERKE, *Derecho Comercial y de la Navegación (*Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957), 261.

144 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 203.

En este sentido, las Reglas de la Haya establecen las obligaciones del porteador (Transportador de la mercancía) señalando que son las siguientes:

1. El porteador tiene obligaciones previas al comienzo del viaje enumeradas en el numeral 1 del artículo 3°, las cuales consisten en poner el buque en condiciones de navegabilidad, habilitar bodegas, dotar de tripulación, avituallar el buque, entre otras condiciones necesarias para efectuar la navegación y transportar las mercancías.

2. Con relación al propio transporte de la mercancía, el numeral 2 establece que el porteador estará obligado a la carga, manipulación, estiba, transporte, custodia, cuidado y descarga de las mercancías transportadas; ampliando así el rango de operaciones que deben ser ejecutadas.

3. Finalmente, una vez efectuado el transporte, el porteador tiene la obligación de entregar la mercancía al consignatario del conocimiento de embarque en las condiciones en que fue embarcada y conforme a lo señalado en dicho documento.

Así, el transporte de mercaderías es aquel por el que se promete la entrega de las mercancías en el puerto de destino, incluyendo esta obligación la conducción, custodia y entrega de los bienes transportados.[145]

4.4. Distinción entre los contratos descritos.

Los tres contratos descritos anteriormente constituyen distintos métodos de explotar el buque y que no son exclusivos, pues pueden coexistir en un solo buque en un mismo periodo de tiempo, no obstante ello, son distintos como se evidenciará a continuación.

---

145 JOSÉ GARCÍA-PITA, "Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las Normas Jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: del Contrato, a la Institución)", *Revista de Derecho Universidad de Piura vol. 14* (2013), 115.

En primer lugar, es preciso señalar que la distinción esencial entre el contrato de fletamento, sea por tiempo o por viaje, y el contrato de arrendamiento de buque o fletamento a casco desnudo es la obligación del fletante. En el caso del arrendamiento, el arrendador tiene una obligación de dar, esto es, poner a disposición del arrendatario el buque. En un fletamento, el fletante tiene una obligación de hacer que consiste en brindar el servicio de navegación del buque, sea por un tiempo determinado o por la duración de un viaje.[146]

De este modo, en el arrendamiento de buque el propietario se desentiende totalmente de la actividad marítima, mientras que en el fletamento, el propietario participa en condición de naviero. Ahora bien, es posible que el sujeto A (arrendador) celebre un arrendamiento de buque con el sujeto B (arrendatario); y que el mismo B celebre un fletamento con C, siendo B el fletante y C el fletador, y así sucesivamente mientras los contratos celebrados lo permitan.

Por otro lado, mayor controversia presenta la distinción entre el contrato de fletamento y el contrato de transporte de mercaderías, pues la doctrina no es pacífica respecto de su diferenciación y muchos autores los tratan indiferentemente. Así, han surgido tres posturas:

Para un sector de la doctrina, el fletamento es variable según el subtipo de que se trate, de manera tal que un fletamento por tiempo, que mantiene con más claridad características propias del arrendamiento y en el cual el fletador mantiene un claro poder de dirección sobre el buque, sería un contrato distinto al contrato de transporte. A diferencia del fletamento por viaje, el cual sería un contrato de transporte propiamente dicho debido a que el naviero promete la llegada a un destino.[147]

Una segunda teoría consiste en defender la separación tajante de ambos contratos. Quienes sostienen esta teoría argumentan que el objeto del fletamento es la puesta a disposición de la nave, mientras que el

---

146 MANUEL MONTES, "El Contrato de Fletamento en el Derecho Marítimo" (tesis de bachillerato, Universidad de San Martín de Porres, 1990), 52.

147 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 455.

objeto del contrato de transporte es la traslación de la mercadería, de modo que dependerá de este criterio el determinar de cual contrato se trata.[148]

Finalmente, quienes sostienen la tercera posición afirman que el fletamento ha evolucionado y en la actualidad constituye un auténtico contrato de transporte, en el cual, el fletante siempre asumirá la custodia de las mercancías y el desplazamiento de las mismas.[149]

Al respecto, RIPERT**,** refiriéndose al Código de Comercio Francés, señala que la ley representa al fletamento como una locación de cosa mueble, de manera que la mercancía es transportada casi por accidente.[150] Tanto es así que el artículo 286° del Código de Comercio Francés define el flete como alquiler de buque.

El artículo 665° del Código de Comercio peruano establece los requisitos formales del contrato de fletamento, señalando que dicho contrato deberá extenderse por escrito y deberá fijar el flete a pagarse, especificando si será por viaje o por tiempo. Sin embargo no exige que transporte una mercancía, mucho menos que se determine una mercadería a transportarse. Por tal motivo, se entiende que nuestro Código de Comercio sigue la posición que RIPERT describe como la concepción tradicional del contrato de fletamento.

Según esta concepción tradicional, mediante el contrato el fletante solo se obliga a poner a disposición el buque en condiciones de navegabilidad, asemejándose más a un contrato de arrendamiento de bien mueble que a un contrato de transporte.[151]

---

148 JOSÉ GARCÍA-PITA, "Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las Normas Jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: del Contrato, a la Institución", *Revista de Derecho Universidad de Piura vol. 14* (2013), 114.

149 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 455.

150 GEORGES RIPERT, *Compendio de Derecho Marítimo* (Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954), 197.

151 Ibíd., 198.

No obstante ello, RIPERT considera que en la actualidad el contrato de fletamento es un auténtico contrato de transporte, pues mediante él, el fletante no solo pone a disposición el buque, sino también los servicios del capitán y la tripulación.[152] Según señala, la concepción tradicional podría defenderse si se tratase de un fletamento total, pero si se habla de un fletamento parcial, la semejanza con un contrato de transporte es aún más notoria, pues en esta modalidad se pacta que una mercancía será carga en un puerto y descargada en otro.[153]

En este punto debemos acotar que lo señalado por RIPERT tampoco es preciso, pues un fletamento parcial no solamente es pactado en dichas condiciones, este también puede ser utilizado por una empresa dedicada al transporte de línea para ampliar su mercado a nuevos destinos, en cuyo caso, el objeto del fletamento será solo la disposición de una porción del buque por el plazo de un determinado viaje, mas no el transporte de la mercancía propiamente dicha; y el transportista propiamente dicho será el fletador de dicha porción del buque.

En este sentido, existen autores que diferencian el contrato de fletamento del contrato de transporte de mercaderías por mar. Así, MONTES señala que si bien ambos contratos tienden al mismo fin, que es el transporte de mercaderías, la distinción radica en considerar si el arrendamiento de todo o parte del buque ha sido o no un elemento esencial del contrato; si la respuesta es afirmativa, estaremos ante un contrato de fletamento, de lo contrario estaremos ante un contrato de transporte.[154] Dicho de otro modo, para el contrato de fletamento es esencial la disposición de todo o parte del buque, mientras que para el contrato de transporte lo esencial es la entrega de la mercadería en el puerto de destino.

Por estos motivos, nos acogemos a la segunda postura, pues consideramos que ambos contratos sirven a intereses distintos de las partes, y a pesar de ser tratados indistintamente por muchos autores, su

---

152 Ibíd.

153 Ibíd., 201.

154 MANUEL MONTES, "El Contrato de Fletamento en el Derecho Marítimo" (tesis de bachillerato, Universidad de San Martín de Porres, 1990), 16.

diferenciación es importante a efectos de determinar las obligaciones de las partes e incluso la norma aplicable.

En este sentido, la diferencia entre el contrato de fletamento y el contrato de transporte se evidencia en las obligaciones de las partes. En el caso del fletamento, el fletante se obliga a poner el buque, o parte de él, a disposición del fletador, quien podrá disponer de dicho espacio para fletarlo a un tercero o transportar su propia mercadería; incluso podrá decidir no transportar nada y el flete igual será debido, pues el fletante habrá cumplido con su obligación. De otro lado, en el caso del contrato de transporte, el porteador se obliga al transporte efectivo de las mercancías, de manera que si no existen los bienes a transportarse, el contrato carecerá de objeto.

De igual manera, las obligaciones del porteador en el contrato de transporte serán mucho más amplias, pues incluyen las operaciones de carga y descarga, y la entrega efectiva al consignatario en las condiciones en las que las mercancías fueron cargadas; a diferencia del contrato de fletamento, en el cual el fletante se obliga tan solo a la puesta a disposición del buque y a la navegación del mismo, siendo las operaciones de carga y descarga de responsabilidad del fletador.

Respecto de la norma aplicable, el artículo 1° de las Reglas de La Haya, define al contrato de transporte excluyendo específicamente al fletamento y estableciendo de manera literal que este último no se encuentra en el ámbito de aplicación de las reglas. De este modo, de tratarse de un contrato de transporte deberá aplicarse las Reglas de La Haya, mientras que para un contrato de fletamento deberá aplicarse el Código de Comercio.

4.5. ¿En el marco de cuál de los contratos podrá existir una avería marítima?

Como ya se ha señalado en páginas anteriores, el fundamento de la avería marítima es la comunidad de intereses, sin la cual no se justifica la compensación mutua del daño, consecuencia principal de una avería

común.[155] De este modo, para responder la pregunta planteada habrá que analizar en cuál de estos contratos se produce la comunidad de intereses que justifica la avería marítima.

Para ello, es necesario tener en cuenta que en sus inicios, los comerciantes acompañaban a sus mercancías en el viaje manteniendo la custodia de las mismas, por ellos mismos o designando terceros (sobrecargo).[156] En dicho contexto, quedaba muy clara la comunidad de intereses en cuestión y, en consecuencia, era muy fácil de justificar una institución como la avería común. No obstante, con los años, los mercaderes dejaron de viajar, delegando esta función de cuidado de las mercancías al capitán.

Ahora bien, para el caso del arrendamiento de buque, es claro que no existirá comunidad de intereses entre el arrendador y arrendatario, toda vez que, luego de entregado el buque, el arrendador se desentiende completamente de la aventura marítima, motivo por el cual podemos afirmar que la avería marítima no encaja dentro de dicha relación contractual.

Asimismo, en el contrato de fletamento, contrato en el cual el fletante solo está obligado a poner el buque a disposición del fletador para realizar un viaje, es claro que si es posible que exista una avería marítima en dicha relación, pues el fletante, encargado de realizar la navegación; y el fletador, quien transporta la mercancía, tienen un claro interés común en el buen arribo de la aventura marítima.

El problema viene al determinar si es posible hablar de averías marítimas en una relación derivada de un contrato de transporte, más aun cuando no existe institución similar en el transporte terrestre.

---

155 JULIUS VON GIERKE, *Derecho Comercial y de la Navegación (*Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957), 285.

156 JOSÉ GARCÍA-PITA, "Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las Normas Jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: del Contrato, a la Institución)", *Revista de Derecho Universidad de Piura vol. 14* (2013), 115.

En el contrato de transporte, el objeto es el movilizar una mercancía y entregarla en el mismo estado en el que le fue encargada, motivo por el cual, el porteador tiene tanto una obligación de conducción de los bienes como una obligación custodia sobre los bienes materia del contrato. En tal sentido, la pregunta radica en si dicha obligación de conducción del porteador elimina el interés que tiene el cargador en el buen arribo de la nave; de ahí la pugna interminable entre el incumplimiento contractual y la avería marítima.

Si bien consideramos que el hecho de que exista un deber de conducción de los bienes no quita el interés del propietario de la carga en el buen arribo del buque; lo cierto es que la obligación de transportar una mercancía es una obligación de resultado, al cargador le es indiferente en que buque va la mercadería, lo esencial es que llegue a destino en buenas condiciones. Por tal motivo, somos de la posición que en caso de no llegar la mercancía se tratará de un incumplimiento contractual.

Sin perjuicio de ello, nada impide que el porteador sea también fletador del buque, en cuyo caso tendrá un claro interés en las mercancías y podrá contribuir en avería común junto con el fletante del buque.

5. La llamada Franquicia del artículo 861° del Código de Comercio.

Habiendo definido la avería marítima corresponde introducir el tema específico del artículo 861° del Código de Comercio, el cual establece un requisito de admisibilidad para las demandas de averías, regulando un límite cuantitativo mínimo, semejante a una franquicia.

5.1. Antecedentes.

El Artículo 861° del Código de Comercio establece lo siguiente:

"Las demandas sobre averías no serán admisibles, si no excedieren del cinco por ciento del interés que el demandante tenga en el buque o en el cargamento, siendo gruesas, y el uno por ciento del efecto averiado, si fueren simples; deduciéndose en ambos casos los gastos de tasación, salvo pacto en contrario"

La norma precitada, no hace sino establecer un requisito de admisibilidad para las demandas que versen sobre averías marítimas.

De este modo, el legislador dispone que para que una demanda sobre averías sea admisible, será necesario que tenga una cuantía mínima, figura que se asemeja al concepto de franquicia utilizado en el derecho de Seguros.

Así, en caso de una avería gruesa, la cuantía demandada debería ser mayor al 5% del interés que el accionante tuviera en el buque o en el cargamento. Por otro lado, al tratarse de una avería simple, la cuantía debería ser superior al 1% del interés del demandante en el buque o en el cargamento.

En este sentido, imaginemos que la empresa "A" transporta 1000 unidades de plátano a bordo de un buque. Al arribar al puerto de destino, se verifica que 5 plátanos se encontraban dañados por haberse golpeado durante el transporte marítimo.

Este daño consistiría una avería simple, la cual debería ser soportada por el dueño de la mercadería, toda vez que el daño fue causado por el golpe propio que sufre el buque durante la travesía marítima. No obstante, en caso el propietario de dicha mercadería considerara que el daño habría de ser soportado por otro sujeto, la demanda por la avería sería inadmisible, toda vez que los efectos dañados constituyen solo el 0.5% de la mercadería que se embarcó.

Por otro lado, en el mismo ejemplo, si 40 de los plátanos fueran arrojados al mar en echazón, se produciría una avería gruesa a la cual deberían contribuir todos los participantes de la aventura marítima. No obstante, en caso el propietario no estuviera de acuerdo con la calificación y considerara que le toca una participación mayor a la recibida, esta demanda no sería admisible porque los efectos arrojados al mar constituyen solo el 4% de la mercadería que se embarcó.

Esta norma fue copiada literalmente del artículo 848° del Código de Comercio Español de 1885 y estuvo siempre inspirada en que, para el

caso de las averías pequeñas, los gastos del pleito hace que carezca de interés darles tramite[157].

Si bien, esta norma se encuentra en la sección de las averías y no de los seguros marítimos, existen autores que consideran que esta disposición era aplicable a la relación derivada del contrato de seguro y no a la avería propiamente dicha[158]. Hecho que debemos dilucidar para determinar la aplicabilidad de este artículo en la realidad peruana.

Aunque esta disposición ha sido derogada en el ordenamiento español por no haber sido incluida en la Ley de la Navegación de 2014, sigue plenamente vigente en el ordenamiento peruano, razón por la cual trataremos de determinar a qué relación jurídica es aplicable la avería y esta llamada franquicia.

5.2. La Franquicia.

Según la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG), la franquicia es aquella cantidad por la que el asegurado es el propio asegurador de sus riesgos y por tal motivo, aquella cantidad que asumirá el asegurado en caso de siniestro[159].

En su sentido más técnico del derecho de seguros, GABALDÓN la define como aquella cláusula que establece un límite mínimo que debe alcanzar el siniestro para ser indemnizable[160].

De este modo, la franquicia será aquel monto mínimo que el daño deberá superar para que surja la obligación de indemnizar del asegurador.

---

157 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio de Perú* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 1989), 5.

158 Ibíd., 11.

159 "Preguntas Frecuentes: Franquicia", Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG), https://www.apeseg.org.pe/?s=franquicia (consultada el 20 de enero de 2018)

160 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 907.

En el mismo sentido, la franquicia constituirá el monto que la avería deberá superar para que la demanda sea admisible.

Al respecto, HALPERIN señala que la franquicia significa un límite a la obligación de indemnizar del asegurador, el cual tiene la finalidad de disminuir costos, porque elimina los daños de escaso monto; e incrementa la diligencia o cuidado del asegurado al hacerle soportar parte del daño.[161] En tal sentido, si un siniestro no supera el monto establecido como franquicia, la prestación de indemnizar no será debida por el asegurador.

Si bien, la franquicia es un término extraído del Derecho de Seguros usado para limitar la obligación de indemnizar de la aseguradora, el artículo 861° del Código de Comercio parece no referirse a los seguros y establece un límite legal semejante a una franquicia, señalando que la cuantía deberá superar cierto monto para que las demandas por este concepto sean admisibles.

6. Discusión Sobre la Aplicabilidad de la Franquicia a la Relación Derivada del Contrato de Seguros.

Los llamados "*Cargo Claims*" consisten en las demandas de indemnización iniciadas por el propietario de la carga por las pérdidas o daños sufridos.[162] De este modo, un reclamo por carga se producirá cuando exista daño o pérdida de los bienes transportados.

Los "Cargo Claims" son muy comunes y nuestras cortes no son ajenas a ello, pues en el Callao se tramita gran cantidad de estos reclamos que son judicializados por las aseguradoras del cargamento que se subrogan en el lugar de su asegurado para repetir contra quien haya sido culpable del daño, principalmente contra los armadores del buque.

---

161 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 66.

162 "Dealing with Cargo Claims", Gard P&I, http://www.gard.no/web/updates/content/53021/dealing-with-cargo-claims, (consultado el 29 de abril de 2018).

El artículo 861° del Código de Comercio que contiene esta llamada franquicia, resultará de vital importancia para el tratamiento de estos reclamos, toda vez que impone una valla cuantitativa que debe ser superada para que la demanda sea admisible. Sin embargo, su aplicación será distinta si está orientada a la avería marítima o si está orientada a la relación derivada del contrato de seguro.

En este sentido, sabemos que la producción de un acto de avería genera dos relaciones, pues causan un vínculo jurídico entre asegurador y asegurado y un segundo vínculo jurídico entre "los elementos a bordo"[163].

De manera que, si la "franquicia" se aplica a la relación de seguros, esta impedirá que el asegurado reclame a su asegurador la indemnización por la pérdida de la mercadería, no obstante, nada impedirá que se repita contra quien considere responsable por los daños.

En cambio, si la "franquicia" se aplica a la avería marítima, esta ocasionaría que, tanto el propietario de la carga como su asegurador, se vean impedidos de reclamar una indemnización por los daños ocasionados en la mercadería, si estos no superan la cuantía señalada. De ahí la importancia de esta discusión.

6.1. Argumento Histórico.

Respecto de esta discusión, quienes sustentan que esta "franquicia" se aplica a la relación de seguros sostienen un primer argumento de carácter histórico, pues, si bien el Código de Comercio Peruano copió de manera literal el Código de Comercio Español, este último encuentra su antecedente histórico en la Ordenanza de la Marina Francesa de 1681, Libro 3, Título VI que señala:

"Artículo 47.- No se podrá hacer abandono de una parte y retener la otra, ni formular demanda de avería si no excede del uno por ciento"

---

163 FRANCISCO DE GAMECHO GOICOECHEA, *Tratado de Derecho Marítimo Español* (Bilbao: Cámara Oficial de Comercio, 1941), 160.

Esta disposición bastante similar a la "franquicia" antes descrita se encontraba dentro del título denominado "De los seguros", razón por la cual se entiende que era aplicable a la relación asegurado asegurador; no obstante, esta franquicia legal era usualmente sustituida por una franquicia convencional pactada en las pólizas de seguros, las cuales imponían un límite incluso más alto a los asegurados[164].

Si bien, en la ordenanza mencionada la disposición estaba claramente referida a los seguros, posteriormente se encuentra un cambio notable en el Código de Comercio Francés de 1809, en el cual se recoge una disposición muy similar pero en el Título XI.- "De las averías", estableciendo lo siguiente:

"Artículo 408.- Una demanda por averías no es admisible si la avería gruesa no excede de un 1 por 100 del valor acumulado del buque y las mercancías, y si la avería particular no excede también de un 1 por 100 del valor de la cosa dañada"

Respecto de esta disposición, GOÑI cita la exposición de motivos del código, en la cual se señala que la demanda no debería ser admisible cuando, para gozar de su efecto, es necesario incurrir en gastos iguales o mayores que la indemnización obtenida, pues no habría interés para nadie[165].

Esta justificación es válida tanto si la franquicia se aplicara a los seguros o a la avería marítima, no obstante, por aquella época las disposiciones relativas a los seguros eran dejadas a la regulación de las pólizas[166], motivo por el cual autores como GOÑI consideran que esta franquicia es aplicable a la avería marítima.

Sin perjuicio de lo anterior, autores como DANJON consideran que esta disposición ha sido mal ubicada en el titulo sobre la avería del

---

164 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio de Perú* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 1989), 2.

165 Ibíd., 5.

166 Ibíd., 6.

Código de Comercio Francés, sustentando su posición en la tradición histórica ya mencionada de las Ordenanzas de la Marina Francesa[167].

Lo cierto es que el Código de Comercio Español de 1829 sigue la corriente del Código Francés ratificando el llamado "error" e incluyendo dicha disposición en el título relativo a las averías, disposición que fuera de nuevo recogida de la misma manera en el Código de Comercio Español de 1885 para pasar de manera idéntica al Código de Comercio Peruano de 1902. En tal sentido, quienes sostienen que la "franquicia" es aplicable a la relación nacida entre los participantes de la travesía marítima destacan que de haberse tratado de un error legislativo, este pudo haber sido corregido en alguno de los códigos españoles o el peruano, no obstante, la disposición fue confirmada de manera casi idéntica[168]

Al respecto, la Exposición de Motivos del Código de Comercio Español señala que el máximum del importe de daño sufrido para que sea admisible toda demanda de avería forma parte de las disposiciones comunes a todas las averías, sin hacer mención que dicho precepto es aplicable a los seguros; de manera que, no hay indicio del "error" cometido por los legisladores más que la opinión de diversos juristas en relación al tema.

6.2. Argumento Teleológico.

Como hemos mencionado antes, la Exposición de Motivos del Código de Comercio Francés señala que la demanda no debe ser admisible si, para gozar de sus efectos, es necesario incurrir en gastos iguales o mayores a la indemnización obtenida. Si bien esta afirmación aplica para ambas relaciones, lo cierto es que nos brinda un claro indicio acerca de la finalidad de esta disposición y el principio que se encuentra detrás de la misma.

Así, a nivel mundial el negocio de los seguros utiliza las franquicias y deducibles en las relaciones asegurado-asegurador para

167 Ibíd.
168 Ibíd., 9.

librarse de reclamaciones mínimas que no merecen ni ser planteadas porque resulta antieconómico el esfuerzo y gasto que suponen versus la indemnización debida.

De este modo, es lógico que este mismo argumento sea aplicable a la relación fletador-fletante o cargador-porteador en las cuales existe una mayor contraposición de intereses, toda vez, que el negocio en cuestión no es pagar indemnizaciones ni asumir el riesgo de la contraparte[169].

En este sentido, la finalidad buscada con la franquicia es aplicable a ambas teorías y su aplicación en alguno de los dos sentidos planteados no puede ser reprochable.

A mayor abundamiento y con relación a las averías marítimas particulares, GOÑI señala que en España no existen demandas judiciales de este tipo, pues resulta contraproducente para las partes llevar a la Corte una pretensión cuyo sometimiento a cobro tiene un costo más elevado que la pretensión; de manera que, a pesar que, doctrinariamente, no hay consenso respecto de la aplicación de esta disposición, es lógica común la aplicación de la misma[170].

6.3. Argumento Sistemático y de Interpretación literal de la norma.

Lo cierto es que el artículo 861° del Código de Comercio, el cual contiene la llamada "franquicia" se encuentra dentro del Título relativo a las averías, no a los seguros.

Al respecto, quienes están de acuerdo con esta posición resaltan que es de aplicación el principio de interpretación de la ley *"Donde la ley*

169 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio Peruano (Ampliatorio del Dictamen de Julio 1989)* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 1991), 3.

170 Ibíd.

no distingue, nosotros no debemos distinguir", de manera que no cabe realizar una interpretación que cambie el sentido de la norma[171].

Asimismo, es preciso comentar que si bien es posible adaptar el sentido de una norma vía interpretación, esto solo debe hacerse cuando su aplicación es contraria al orden público o es inútil para el momento actual[172], supuestos que no se cumplen en el caso de la "franquicia" toda vez que su razón de ser es un argumento que persiste hasta la actualidad.

De otro lado, es necesario recordar lo ya señalado en páginas anteriores respecto del efecto de una franquicia en un contrato de seguros. El efecto de una franquicia es la liberación del asegurador si el daño no excede ese monto[173], de modo que, si la cuantía del siniestro no es superior a la franquicia, no se genera la obligación de indemnizar; en otras palabras, la prestación del asegurador no es debida.

El artículo 861° del Código de Comercio, establece que la demanda por averías será inadmisible en caso no exceda el 5% si es común, o el 1% si es particular. Luego de leer detenidamente el artículo, nos percatamos de que el Código lo que en realidad limita es el derecho de acción de la parte acreedora, mas no el derecho subyacente. En otras palabras, la obligación de contribuir en avería común o de soportar el costo de la avería simple sí es debida; no obstante el derecho de acción del afectado se ve limitado por el citado artículo.

Esto denota una clara diferencia entre la franquicia del derecho de seguros y la mal llamada "franquicia" del artículo 861° del Código de Comercio, motivo por el cual nos inclinamos a pensar que la limitación del artículo antes citado no se refiere a una franquicia aplicable al contrato de seguros, sino que se refiere a una limitación al derecho de acción del acreedor en caso se produzca una avería marítima.

---

171 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio de Perú* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 1989), 19.

172 Ibíd., 18.

173 ISAAC HALPERIN, *Lecciones de Seguros* (Buenos Aires: Depalma, 1983), 66.

CAPÍTULO III: APLICABILIDAD DE LA *FRANQUICIA* A LOS "CARGO CLAIMS"

1. Descripción del Problema.

La travesía marítima está plagada de riesgos, los cuales pueden afectar tanto al buque como a la mercadería; además, las propias condiciones de la carga pueden afectar su estado en el tiempo en el que se encuentra a bordo del buque, sin perjuicio de que se produzca algún otro tipo de daño por causa imputable al naviero.

Es por este motivo que el negocio del transporte de mercaderías por mar resulta inviable sin los seguros, de manera que es lo usual que todas las partes intervinientes contraten un seguro, para la mercadería y el buque según corresponda, al iniciar la travesía marítima.

En este contexto, al producirse cualquier siniestro, tanto el buque como la carga están en la facultad de activar sus respectivos seguros para ser indemnizados por los daños y perjuicios que sufran.

Asimismo, cuando el seguro paga la indemnización a su asegurado, es natural su derecho a subrogarse en el lugar del mismo, de manera que pueda repetir contra quien ha ocasionado el daño.

Así es como se producen los llamados *"cargo claims",* cuando el propietario de la carga demanda al naviero por daños a la mercadería; acción que es usualmente promovida por sus aseguradores, pues al estar asegurada la carga, basta con que el propietario active su seguro para ser indemnizado y que la aseguradora tome su lugar en estas demandas. En tal sentido, la aseguradora, subrogándose en el lugar del propietario, demanda al naviero por los daños y perjuicios ocasionados a la mercadería.

Es claro que la empresa aseguradora tiene el mismo derecho que el propietario de repetir contra el naviero por los daños a la carga; el problema surge cuando el daño no tiene la magnitud suficiente para justificar una acción judicial, pues mantener abierto un litigio tendría un costo mayor al monto reclamado. Este es el caso que se presenta en las sentencias que se describirán más adelante.

En los últimos años, las aseguradoras han promovido demandas en contra de los navieros por faltantes a la carga por un monto ínfimo comparado a la magnitud de la mercadería transportada. Ante ello, los navieros se han defendido sustentando que los faltantes a la carga constituyen avería particular y como tales están sujetas a la limitación del artículo 861° del Código de Comercio, razón por la cual deben sobrepasar el monto mínimo de cuantía para ser admisibles.

A esto, se le suma que estos casos son promovidos respecto de un tipo específico de mercadería, la carga a granel, la cual por su propia naturaleza puede tener pérdidas de peso durante el trayecto, sea por deshidratación de la carga o por merma durante la carga y descarga, entre otros motivos que no necesariamente se deriven de un hecho atribuible al porteador.

Al respecto, la Corte Suprema ha optado por determinar que los faltantes a la carga no pueden constituir averías marítimas, por el contrario, son un incumplimiento contractual y como tal deben ser indemnizados sin aplicárseles la limitación.

Esta posición ha ocasionado que el Poder Judicial, principalmente la Corte Superior del Callao, se vea plagada de demandas por faltantes

con un monto mínimo cuyo litigio es usualmente más caro que la indemnización que se pretende obtener.

A modo de resumen, el problema consiste en determinar 1) si un faltante de mercadería constituye avería marítima; y, 2) si la *franquicia* debe ser aplicada a este tipo de casos.

2. Postura de la Corte Suprema Peruana:

Desde el año 2003, la Corte Suprema ha resuelto no aplicar el artículo 861° del Código de Comercio a los faltantes de mercadería, basándose en dos argumentos principales:

- Los faltantes de mercadería no son averías marítimas.
- La aplicación de la Franquicia, podría promover el abuso de derecho.

2.1. Los faltantes de mercadería no son averías marítimas.

Respecto de las averías marítimas, el artículo 819° del Código de Comercio establece de modo general lo siguiente:

"Para efectos del Código serán averías:

1. Todo gasto extraordinario o eventual que, para conservar el buque, el cargamento o ambas cosas, ocurriese durante la navegación.

2. Todo daño o desperfecto que sufriere el buque, desde que se hiciere a la mar en un puerto de salida, hasta dar fondo y anclar en el de su destino; y los que sufran las mercaderías desde que se carguen en el puerto de expedición, hasta descargarlas en el de su consignación."

Adicionalmente, el mismo cuerpo normativo recoge en su artículo 822° un concepto más específico de la avería particular, lo que la Corte Suprema ha venido a considerar el *concepto amplio*, definiéndola de la siguiente manera:

"Serán averías simples o particulares, por regla general, todos los gastos y perjuicios causados en el buque o en su cargamento, que no hayan redundado en beneficio y utilidad común de todos los interesados en el buque y su carga, y especialmente los siguientes:

1. Los daños que sobrevinieren al cargamento desde su embarque hasta su descarga, así por vicio propio de la cosa, como por accidente de mar o por fuerza mayor, y los gastos hechos para evitarlos y repararlos.

2. Los daños y gastos que sobrevinieren al buque en su casco, aparejos, armas y pertrechos por las mismas causas y motivos, desde que se hizo a la mar en el puerto de salida, hasta que ancló y fondeó en el de su destino.

3. Los daños sufridos por las mercaderías cargadas sobre cubierta, excepto en la navegación de cabotaje, si las ordenanzas marítimas lo permiten.

4. Los sueldos y alimentos de la tripulación, cuando el buque fuere detenido o embargado por orden legitima o fuerza mayor, si el fletamento estuviere contratado por un tanto el viaje.

5. Los gastos necesarios de arribada a un puerto para repararse o aprovisionarse.

6. El menor valor de los géneros vendidos por el capitán en arribada forzosa, para pagos de alimentos y salvar a la tripulación, o para cubrir cualquiera otra necesidad del buque, a cuyo cargo vendrá el abono correspondiente.

7. Los alimentos y salarios de la tripulación, mientras estuviere el buque en cuarentena.

8. El daño inferido al buque o cargamento por el choque o abordaje con otro, siendo fortuito e inevitable. Si el accidente ocurriere por culpa o descuido del capitán, éste responderá de todo el daño causado.

9. Cualquier daño que resultare al cargamento por faltas, descuidos o baraterías del capitán o de la tripulación; sin perjuicio del derecho del propietario a la indemnización correspondiente contra el capitán, el buque y el flete."

Al respecto, la Corte Suprema ha interpretado el artículo mencionado señalando lo siguiente:

*"**Cuarto.-** Que, el artículo ochocientos veintidós del Código de Comercio define como averías simples o particulares todos los gastos y perjuicios causados al buque o a su cargamento, detallando a continuación los casos específicos en los cuales se incurría todos ellos relativos a daños, incluyendo los gastos necesarios, alimentos de la tripulación, entre otros."* (Casación N° 2044-2006-Callao, 10 de mayo de 2007)

Así, la Corte Suprema define a la avería particular refiriéndose a ella solo como gastos y entendiendo los perjuicios en tanto daños materiales sufridos por la mercadería, excluyendo a los faltantes de la mercadería del concepto de perjuicios. Afirmando de manera concluyente que:

*" (...)En el concepto amplio de la avería simple que regula la norma en referencia, no se observa que pueda incluirse el faltante de carga como uno de sus supuestos, pues en él se hace referencia a gastos, daños o perjuicios, nociones que no se relacionan con el supuesto de faltante de la carga, dado que **el concepto de daños y perjuicios se encuentra referido a un mal material, estropicio, fractura, deterioro que haya sufrido la cosa**; y, el gasto se encuentra referido al consumo o desgaste de la mercadería; **por tanto el faltante de la mercadería no puede enmarcarse dentro de la significación de avería simple**"*
(Casación N° 2370-2006-Callao, 19 de marzo de 2007)
(Énfasis agregado)

Estas citas son usadas repetitivamente por la Corte Suprema en diversas sentencias para definir la avería particular, recogiéndose en innumerables sentencias, por ejemplo, las Casaciones N° 1013-2003-

LIMA, N° 4680-2006-CALLAO, N° 4027-2007-CALLAO, N° 2195-2008-CALLAO, N° 391-2009-CALLAO, entre otras.

En este punto, es preciso traer a colación nuevamente los dos aspectos de la palabra daño que fueron descritos en el primer capítulo del presente trabajo.

1. El aspecto material del concepto de daño, el cual se enfoca en el deterioro material del objeto y se deriva de la doctrina traída por el Derecho de Seguros, según la cual, la avería es sinónimo de pérdida parcial y contrapuesta a la pérdida total.

2. El aspecto jurídico del concepto de daño, el cual da mayor importancia al detrimento patrimonial del propietario del bien y se deriva del concepto de *"loss"* del Derecho Anglosajón.

Así, la Corte Suprema indubitablemente recoge el aspecto material del concepto de daño, esto es, el daño entendido como un deterioro material en el objeto y no como una disminución en el patrimonio del propietario.

Por otro lado, cabe hacer especial mención al numeral 9 del artículo 822° del Código de Comercio el cual establece de manera literal que constituye una avería el *daño que resultare al cargamento por faltas.* La Corte Suprema se ha pronunciado respecto de esta disposición señalando que no debe confundirse faltas por faltantes, pues en dicho contexto, falta se refiere a una conducta indebida del capitán o la tripulación de la embarcación.

*"**Segundo:** Del estudio de la norma antes citada se desprende que "las faltas" a que hace referencia en su inciso 9, se encuentran referidas a las conductas asumidas por el capitán o la tripulación de la embarcación, mas no refieren en forma alguna al faltante de mercadería, por tanto, no pueden comprenderse los faltantes de mercadería (no considerados en el artículo 822° del Código de Comercio) dentro del rubro de averías simples que establece la norma estudiada, sino como **una responsabilidad a ser asumida por los demandados conforme lo establece el artículo 638° del Código de Comercio, puesto que tienen la***

responsabilidad de entregar el cargamento sin desfalco*, a los consignatarios y en su caso, del buque, aparejos y fletes al naviero"*
(Casación 1013-2003-Lima, 31 de agosto de 2004)
(Énfasis agregado)

Es en base a este artículo 638° del Código de Comercio, que la Corte Suprema concluye que entregar la mercadería con faltantes constituye un incumplimiento del contrato de transporte de mercaderías, no una avería marítima; y, por tanto, el naviero se encuentra obligado a indemnizar el daño por más ínfimo que sea.

2.2. La aplicación de la franquicia podría promover el abuso del derecho.

Si bien el argumento principal de la Corte Suprema para no aplicar la *franquicia* a estos casos es que los faltantes no constituyen una avería marítima; en las Casaciones antes citadas, la Corte realiza un análisis del artículo 861° del Código de Comercio, concluyendo que su aplicación promueve el abuso del derecho, dejando en indefensión al propietario de la mercadería que sufre un perjuicio.

Al respecto, el artículo 861° del Código de Comercio, que regula la llamada *franquicia* ya antes tratada, establece, de manera literal, lo siguiente:

"Las demandas sobre averías no serán admisibles, si no excedieren del cinco por ciento del interés que el demandante tenga en el buque o en el cargamento, siendo gruesas, y el uno por ciento del efecto averiado, si fueren simples; deduciéndose en ambos casos los gastos de tasación, salvo pacto en contrario."

La redacción del artículo precitado es bastante clara al poner un requisito cuantitativo a las demandas de averías para que estas sean admisibles, estableciendo que la cuantía mínima es del 1% en caso se trate de una avería particular y del 5% en caso se trate de una avería gruesa.

La Corte Suprema analiza la aplicación de este artículo señalando:

*"**Décimo Quinto.-** Finalmente, debe precisarse que de ampararse una tesis como la que sostiene la recurrente, se corre el riesgo de incurrir en un abuso de derecho, lo cual está proscrito por nuestro ordenamiento jurídico, ya que si se considerara al faltante de la mercadería como avería simple se tendría que aplicar el artículo ochocientos sesenta y uno del Código de Comercio, con lo cual podría disponerse indebidamente del uno por ciento de la mercadería en perjuicio de los compradores, y al querer estos interponer una demanda en caso exista un faltante, ésta devendría en inadmisible"* (Casación 3658-2008-Callao, 10 de agosto de 2009)

De este modo, la Corte se pone en el supuesto de la existencia de una conducta dolosa por parte del naviero, por la cual se dispongan indebidamente de una porción de los bienes transportados, dejando en indefensión al propietario de la carga ante una eventual pérdida menor al 1% en caso se tratase de una avería particular.

Resulta interesante conocer la opinión de la Corte al ponerse en el supuesto en que la *franquicia* se aplicara, pues deja en claro su posición al considerar que la aplicación de este artículo 861° del Código de Comercio significaría un abuso de derecho, y como tal, contrario al orden público.

Si bien, este argumento es plausible, es preciso señalar que la Corte ha omitido analizar la avería marítima como una institución particular del Derecho Marítimo, e incluso ha omitido interpretar sistemáticamente el propio Código de Comercio; defecto que ha sido advertido por algunos jueces de la propia Corte, quienes, a través de votos en discordia han manifestado la siguiente posición contraria:

*"**Undécimo:** Que, finalmente no debe perderse de vista que el artículo ochocientos veintidós del Código de Comercio no deja lugar a dudas cuando establece que son averías los daños que resultaren al cargamento por faltas, descuidos o baraterías del capitán o de la tripulación; por tanto aun cuando se trate de casos de dolo o fraude atribuible al capitán o la tripulación, si el faltante no supera el uno por*

ciento del total transportado, tal constituye una avería simple." (Casación N° 2044-2006-Callao, 10 de mayo de 2007).

En este punto y con relación al dolo, los vocales supremos Carrión Lugo y Ferreira Vildózola se refieren de manera específica a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 822°, en el cual se establece de manera literal que, aun cuando existan faltas imputables al Capitán o la Tripulación, esto es dolo, el daño podría constituir una avería marítima, lo cual, en su opinión, desvirtúa claramente el argumento de la Corte.

Por tal motivo, es pertinente entrar a analizar la aplicación de la franquicia considerando la avería marítima con una institución especial del derecho marítimo.

3. ¿Los faltantes son averías marítimas o un incumplimiento contractual?

Como hemos visto, la Corte Suprema ha manifestado claramente su posición, considerando que los faltantes de la mercadería constituyen un incumplimiento contractual de la obligación del porteador de entregar la mercadería sin desfalco; opinión que no ha sido unánime entre los vocales de la Corte Suprema y en la doctrina.

Así, el primer argumento para señalar a los faltantes como un incumplimiento contractual consiste en que, según la interpretación de la Corte, el artículo 822° del Código de Comercio no incluye a los faltantes dentro de su definición de avería particular, toda vez que los faltantes no pueden ser considerados daños, pues estos se refieren al detrimento físico del objeto, no a la desaparición de los mismos.

Contrario a la postura adoptada por la Corte, el vocal Ferreira Vildózola y, en especial, el vocal Carrión Lugo, han manifestado su desacuerdo mediante sus votos en discordia, pues sostienen que el presente caso es evidentemente marítimo y, por tanto, se le debe aplicar una lógica acorde con una interpretación sistemática del Código de Comercio y con los riesgos que conlleva el transporte de mercancías por mar. Ante ello, los vocales señalan de manera literal que:

*"**Octavo.-** La interpretación teleológica y sistemática del acotado artículo 861 del Código de Comercio conduce a establecer que los faltantes de la mercancía transportada cuando no supera el uno por ciento del total transportado constituye avería simple y por lo tanto, no generan responsabilidad alguna por parte de la empresa transportadora, sino por el contrario debido a la especial naturaleza de este contrato de transporte, el propietario de la mercancía es quien deberá asumir el riesgo, salvo que expresamente se hubiere pactado lo contrario.* ***Es que, en esencia la Ley ha previsto que el transporte marítimo de mercancías es una actividad evidentemente riesgosa y que por lo tanto, está sujeta a la eventualidad de que durante el transporte de la mercancía se produzcan una serie de daños no solo en la nave, sino también en la mercadería que es transportada, por lo tanto se ha establecido la forma cómo el costo de tales daños deben ser asumidos por los contratantes. Siendo que en el caso de mercancía transportada debe entenderse que el daño constituye cualquier pérdida, detrimento o menoscabo de la mercancía transportada. Por consiguiente, resulta obvio que el faltante de la mercancía constituye un daño ocasionado a la mercadería transportada, que para estos efectos debe ser entendida como un todo unitario****."* (Casación N° 2044-2006-Callao, 10 de mayo de 2007). (Énfasis agregado)

En tal sentido, los vocales señalan que la ley ha previsto de manera especial que el transporte marítimo es una actividad riesgosa y que, por lo tanto, se encuentra sujeta a la eventualidad de que se produzcan daños tanto al buque como a la mercadería. En este orden de ideas, la ley prevé una forma distinta de distribuir el riesgo disponiendo la manera en que el costo de los daños es asumido por los contratantes. Así, y en vista de que en este tipo específico de mercadería el daño se manifiesta en el peso, la mercadería debe ser entendida como un todo unitario, considerando un faltante como una pérdida parcial y no como una pérdida total.

Por otro lado, autores como GOÑI señalan, criticando la opinión de la Corte Suprema, que en las relaciones jurídicas nacidas del transporte y del seguro, los daños de la mercancía no consisten en el detrimento físico

de la cosa (fenómeno físico), sino que su esencia radica en el detrimento patrimonial del titular del objeto (fenómeno jurídico)[174].

Así, para ponerlo en palabras más prácticas, GOÑI pone el ejemplo de que el detrimento físico que no constituya un detrimento patrimonial, en cuyo caso, sería irrelevante para el caso que nos ocupa y, en general, para el derecho. Siguiendo este razonamiento, el primer daño a considerar en la escala lógica es la desaparición total o parcial de un bien, lo cual genera un detrimento patrimonial en su titular[175].

De igual manera, el autor señala que sería ilógico realizar la diferencia entre daños y faltantes para el caso de un artículo específico, cuando a lo largo del Código el legislador no realiza diferenciación entre ambos, y no existe motivo para realizarla, incluyéndolos en todo momento bajo el concepto de daños y perjuicios.[176]

Asimismo y a modo de comparación, señala que el Derecho Español, incluye pérdidas totales y parciales dentro del concepto de daño, hecho que se evidencia en los artículos relativos a la responsabilidad contractual y extracontractual; los cuales imponen la obligación de reparar a quien ocasione un daño o perjuicio, en cuyo caso, sería ilógico incluir pérdidas parciales y no pérdidas totales.

Este mismo argumento podemos encontrarlo en la normativa peruana referida tanto a responsabilidad contractual (Artículo 1321° del Código Civil) como a responsabilidad extracontractual (Artículo 1969° del Código Civil), disposiciones en las cuales se habla de manera genérica del daño, concepto que evidentemente incluye la pérdida del bien.

Finalmente, esta posición se ve respaldada por la doctrina anglosajona, la cual concibe la avería como gasto o pérdida de los

---

174 JOSÉ GOÑI. *Dictamen sobre el Concepto de Avería y su Relación con el Artículo 848° del Código de Comercio Español* (Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados, 2006), 3.

175 Ibid., 4.

176 Ibid., 11.

propietarios[177], resaltando que se refiere al patrimonio de los titulares y no al objeto.

Siendo estos los argumentos de las distintas posturas, la Corte Suprema agrega, entendemos que como justificación para realizar la diferenciación entre pérdida total y parcial, su argumento referido al eventual dolo del naviero; por el cual señala que, la aplicación de esta norma, dejaría en indefensión al propietario de la carga ante un eventual abuso del derecho en el caso de que el porteador, dolosamente, se apropiara de parte de la mercadería.

Si bien este argumento es posible, se debe tener en cuenta lo señalado por el vocal Carrión Lugo, quien, interpretando sistemáticamente el Código, señala que el legislador ha previsto de manera específica supuestos en los cuales existe avería marítima aun en el caso que se compruebe el dolo del porteador, poniendo como ejemplo el numeral 9 del artículo 822° del Código de Comercio. En el caso específico del numeral señalado, si bien el Código establece la existencia de avería marítima aun ante la existencia probada de dolo, deja a salvo el derecho del afectado de accionar contra quien resultara responsable, motivo por el cual, lo dispuesto por la Corte no es argumento suficiente para inaplicar el artículo 861°.

Finalmente y siguiendo el razonamiento sobre el eventual dolo que propone la Corte, es necesario observar lo dispuesto en el artículo 1330° del Código Civil, en el cual se establece que la prueba del dolo corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación; de manera que, corresponde al propietario de la carga probar que el naviero actuó con dolo o culpa inexcusable para que la inaplicación de la *franquicia* esté justificada, hecho que no se aprecia de lo dispuesto por la Corte en las sentencias ya mencionadas.

---

177 DAVID ROBERTSON, *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition*, (Carolina del Norte: Carolina Academic Press, 2015), 362. *"3. The word "average" in this context means the "expense or loss to owners, arising from damage at sea to the ship or cargo."*

4. La Responsabilidad del Armador – Naviero.

El Armador es quien, siendo o no propietario, tiene la posesión de un buque y lo dedica a la navegación en nombre propio y bajo su responsabilidad. Por otro lado, el Naviero es aquel sujeto que explota buques mercantes[178].

De este modo, el armador-naviero será quien, representado por el capitán, posea el buque y lo explote dedicándolo a la navegación.

Así, la condición de armador o naviero será completamente independiente de la condición de porteador y de la condición de fletante, pues explotación del buque no equivale a transporte[179] y tanto el porteador como el fletante podrían no ostentar la posesión o explotación del buque.

En tal sentido, resulta necesario analizar la responsabilidad tanto del fletante como del porteador, para así determinar en qué momento podemos hablar de un incumplimiento contractual.

El fletante es quien, bajo un contrato de fletamento, se obliga a poner un buque a disposición de un fletador; mientras que el porteador será quien, en el margen de un contrato de transporte, se obliga frente al cargador a realizar el transporte de la mercancía, sin embargo, esto no implica que el porteador opere efectivamente el buque, pues bien podría comprometerse al transporte sin disponer del buque con el cual se lleva a cabo el transporte[180].

De este modo, para afirmar que los faltantes de mercadería constituyen un incumplimiento contractual del porteador, como lo hace la Corte Suprema; primero debe verificarse que en efecto se trata de un contrato de transporte y que el sujeto demandado es un porteador.

---

178 JOSÉ GARCÍA-PITA, *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2009), 29.

179 Ibíd., 32.

180 Ibíd.

Ahora bien, asumiendo que se tratase de un contrato de transporte y no de un contrato de fletamento, hecho que no ha sido verificado por la Corte, los vocales han omitido analizar esta postura desde la perspectiva de la responsabilidad contractual del porteador en el contrato de transporte.

En tal sentido, consideramos importante hacer un breve análisis a raíz de la responsabilidad en el Derecho Marítimo, toda vez que existen distintas teorías al respecto, cuya aplicación variará la carga probatoria de cada uno de los sujetos.

Así, sabemos que la responsabilidad civil puede ser extracontractual, si deriva de un hecho dañoso; o contractual, si deriva del incumplimiento de obligaciones, como en este caso.

En ambos casos, para configurar la responsabilidad y que el sujeto dañado se haga acreedor de un resarcimiento, es necesario que se presenten los siguientes elementos constitutivos: la imputabilidad del sujeto, la ilicitud o antijuricidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño.[181]

La imputabilidad del sujeto o la capacidad de imputación cosiste en la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, hecho que se relaciona con la capacidad de discernimiento del sujeto[182], lo cual está regulado en nuestro Código Civil.

El daño consiste en la lesión de un interés protegido, no obstante, limitarse a ese concepto del daño resulta impreciso, toda vez que el daño incide principalmente en las consecuencias negativas originadas por esta lesión.[183]

En este orden de ideas, la necesidad de un perjuicio o daño para la existencia de responsabilidad civil no es sino la aplicación de la regla

---

181 JUAN ESPINOZA, *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Lima, Editorial Rodhas SAC, 2002), 89.

182 Ibíd.

183 Ibíd., 252.

"Donde no hay interés, no hay acción". Así, debe haberse producido un daño o perjuicio en los derechos del sujeto para que se ejerza la responsabilidad civil.[184]

En otras palabras, si bien el daño es la lesión de un interés (daño-evento), aquello que lo hace indemnizable, y por lo tanto aquello que incide en el derecho, es la consecuencia del daño (daño-consecuencia). Siguiendo esta lógica, la doctrina es unánime en clasificar el daño en dos rubros[185]:

- Daño patrimonial: aquel que incide en la esfera patrimonial del sujeto titular del interés protegido; el mismo que a su vez se clasifica en daño emergente y lucro cesante.

- Daño extrapatrimonial: aquel que incide en la esfera personal del sujeto, lesiona al individuo como persona, sean daños a sus derechos existenciales o a sufrimientos físicos y psíquicos.

La ilicitud o antijuricidad, concepto aplicable tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual consiste en la constatación de que el daño no está permitido por el ordenamiento jurídico[186] y que no existe causa justificante del hecho, tales como el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad.[187]

El nexo causal o relación de causalidad, nos es otra cosa que la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; es decir entre el hecho señalado como causa y el daño señalado como consecuencia[188].

Existen diversas teorías acerca de la causalidad, las mismas que no son materia del presente trabajo, no obstante, nos limitaremos mencionar

184 JEAN MAZEAUD y HENRY MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1960), 59.

185 JUAN ESPINOZA, *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Lima, Editorial Rodhas SAC, 2002), 253.

186 Ibíd., 102.

187 Ibíd., 137.

188 Ibíd., 204.

que esta vinculación causa-consecuencia (hecho-daño) se puede romper, sea por caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o responsabilidad de la víctima[189].

Finalmente, el factor de atribución consiste en el título por el cual el sujeto demandado es responsable por el daño, es decir el fundamento de su deber de indemnizar[190]. Este título por el cual el demandado es responsable del daño, puede ser subjetivo u objetivo, punto que es de vital importancia al momento de identificar la obligatoriedad de pagar un resarcimiento.

Así, la aplicación de factores subjetivos u objetivos marca la existencia de dos sistemas clásicos, en base a los cuales se puede imputar responsabilidad al causante de un daño: la Responsabilidad Subjetiva y la Responsabilidad Objetiva.

a. Factores de atribución subjetivos – La Responsabilidad Subjetiva

El sistema de responsabilidad subjetiva es aquel por el cual se relaciona al hecho dañoso con el sujeto responsable por causa de una acción u omisión del mismo. En otras palabras, el sujeto será responsable por un acto que haya cometido o por la omisión de efectuar una acción a la que estuviera obligado; pero siempre habrá una vinculación subjetiva entre el hecho causante y el daño.

Así, estos factores de atribución subjetivos son los siguientes:

- La Culpa, la cual es entendida como una ruptura o contravención a un standard de conducta[191]. Es un error tal de conducta, que no se habría cometido por una persona diligente en las mismas circunstancias[192]. De este modo, se entiende que

189 Ibíd., 234.
190 Ibíd., 154.
191 Ibíd., 166.
192 JEAN MAZEAUD y HENRY MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil* (Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1960), 123.

un sujeto actúa con culpa cuando realiza una acción sin la debida diligencia y este acto ocasiona un daño. La culpa a su vez tiene distintos grados según el grado de diligencia que se haya seguido, así, tenemos la culpa grave y la culpa leve.

- El Dolo implica un grado mayor de conciencia al producir un daño; así, para nuestro Código Civil, la noción de dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño. Sin embargo, el dolo también comprende distintos grados: el dolo directo, por el cual el sujeto actúa con la intención de provocar el daño; y el dolo eventual, en el cual el sujeto actúa para obtener un resultado distinto a sabiendas que está generando el riesgo de que se produzca un hecho dañoso.

b. Factores de atribución objetivos – La Responsabilidad Objetiva

Por otro lado, el sistema de responsabilidad objetiva, recibe este nombre por carecer de cualquier criterio subjetivo para la atribución de la responsabilidad, de modo que no requiere la existencia de culpa o dolo para imputar la responsabilidad a un sujeto.

Un fundamento usual para la aplicación de este sistema es el de la creación de un peligro; es decir, la ejecución de ciertas actividades, que son legítimas pero que introducen un peligro, cuyo riesgo debe ser asumido por quien asume la iniciativa y se ve beneficiado por la actividad[193].

En este sentido, la responsabilidad objetiva, puede estar basada en los siguientes supuestos[194]:

- Situaciones de riesgo: quien genera una situación riesgosa deberá responder por los daños que ocasione.

193 JUAN ESPINOZA, *Derecho de la Responsabilidad Civil* (Lima, Editorial Rodhas SAC, 2002), 174.

194 Ibíd., 175.

- Situaciones de ventaja: quien genera una situación que le ofrece un beneficio, tendrá responder por los daños ocasionados producto de dicha situación.

4.1. La Responsabilidad del Fletante-Naviero.

Al respecto, es necesario precisar que el contrato de fletamento ha sido excluido de manera expresa de las reglas de La Haya y su modificación (La Haya-Visby), las reglas de Hamburgo y las reglas de Rotterdam; de modo que la norma aplicable será el Código de Comercio.

El artículo 599° del Código establece que el naviero será responsable de las obligaciones contraídas por el capitán para la habilitación y avituallamiento del buque, esto es, las obligaciones contraídas para poner el buque en condiciones de navegabilidad.

Asimismo, el artículo 600°, refiriéndose a la responsabilidad civil del naviero establece:

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

De este modo, el Código es claro al señalar que siendo el capitán un colaborador del naviero, este último responderá civilmente por las acciones del primero, en tanto el capitán actúe en el marco de sus facultades, y responderá por los daños ocasionados por su culpa.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del capitán frente a los propietarios de la carga, el artículo 632° establece:

"El capitán responderá del cargamento desde que se hiciere entrega de él en el muelle, o al costado a flote en el puerto en donde se cargue, hasta que lo entregue en la orilla o en el muelle del puerto de la descarga, a no haberse pactado expresamente otra cosa."

A manera de complemento de la cita anterior, el artículo 633° señala:

"No será responsable el capitán de los daños que sobrevinieren al buque o al cargamento por fuerza mayor; pero lo será siempre, sin que valga pacto en contrario, de los que se ocasionen por sus propias faltas."

A primera vista, podría parecer que el artículo 632° establece una responsabilidad objetiva del capitán sobre lo que sucediera con el cargamento, no obstante el artículo 633° nos indica lo contrario, pues nos indica que el capitán será responsable por el daño sobreviniente al cargamento por sus propias faltas. De este modo, el artículo 632° en realidad establece el marco en el cual el capitán se encuentra en custodia del cargamento; desde que se hiciera entrega de él en el puerto donde se cargue, hasta que se entregue en el puerto donde se descargue.

Especial atención a las palabras usadas por el legislador, que se refiere a puerto de carga y puerto de descarga; no a puerto de origen y puerto de destino. Esto debido a que el capitán no tiene la obligación de conducción de la mercadería, tan solo un deber de custodia.

Por otro lado, en vista de que, en un contrato de fletamento, el fletante–naviero (representado por el capitán) se obliga frente al fletador a poner a disposición un buque; su responsabilidad estará enmarcada en base a esta puesta a disposición.

En tal sentido, el artículo 689° establece que el capitán perderá el flete y deberá pagar indemnización al fletador en tanto se pruebe que el buque no se encontraba apto para realizar el viaje pactado. Tanto es así que, conforme al artículo 670°, en el caso que el buque devenga en inútil para culminar el viaje, el capitán se encuentra obligado a encontrar otro buque que lo supla.

En conclusión, ante la presencia de un contrato de fletamento, el fletador-naviero será siempre responsable por los actos del capitán y deberá indemnizar al propietario de la carga en tanto se demuestre que

los daños ocurrieron por causa imputable al capitán o a consecuencia de que el buque no haya sido correctamente habilitado para navegar.

4.2. La Responsabilidad del Porteador.

A diferencia del contrato de fletamento, el contrato de transporte no fue recogido por nuestro Código de Comercio, sino que se encuentra regulado en diversas normas internacionales de Derecho Marítimo.

En relación a ellas, el Perú solo es signatario de las reglas de la Haya, sin embargo, es importante analizar los proyectos posteriores para realizar un contraste entre ellos.

A. Las reglas de la Haya.

Se denomina reglas de la Haya a aquellas reglas elaboradas por el Comité Marítimo Internacional y adoptadas mediante el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de Conocimientos de Embarque, firmado en Bruselas el 25 de agosto de 1924[195].

Estas reglas fueron creadas con el objetivo de regular los derechos y obligaciones del porteador y el cargador en los contratos de transporte marítimo celebrados mediante Conocimiento de Embarque; de manera tal, que se establezca de manera clara las obligaciones mínimas del porteador y que la posición de ventaja de la que goza se vea equiparada con el cargador.

Así, el artículo 3° de las mencionadas reglas establece que la principal obligación del porteador será ejercer una diligencia razonable para poner el buque en condiciones de navegabilidad, abastecer el buque, y preparar y poner en buen estado las bodegas, cámaras frías y demás lugares en los que se transporta la mercadería.

---

195 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 47.

En este punto se debe resaltar que la obligación es de ejercer una diligencia razonable al poner el buque en condiciones de navegabilidad; de manera que el porteador, en ningún caso, será responsable de las pérdidas o daño que provengan de la falta de condiciones de navegabilidad, siempre que haya ejercido una diligencia razonable. Esta disposición está recogida de manera expresa en el artículo 4° de las reglas de La Haya.

Asimismo, el mencionado artículo establece que el porteador no será responsable por la pérdida o el daño que resulte de:

"m) Disminución en volumen o peso o cualquier otra perdida o daño originadas de un defecto inherente, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía. (...)

q) ***Cualquier otra causa que no provenga de un acto o de culpa del transportador o de un acto o de culpa de los agentes o empleados del transportador****, pero la* ***carga de la prueba recaerá sobre la persona que reclame el beneficio*** *de esta excepción, quien deberá comprobar que ni la culpa personal ni el acto del transportador han contribuido a la pérdida o el daño."*
(Énfasis agregado)

De este modo, es claro que las reglas de La Haya recogen un sistema de responsabilidad subjetiva al establecer factores de atribución subjetivos para determinar la responsabilidad del individuo.

Las reglas de la Haya establecen que el porteador será responsable de los daños o perdidas ocasionados por falta de condiciones de navegabilidad del buque, o en cuya perdida o daño ha contribuido; en tanto exista culpa del porteador en la producción de los mismos. Entendiendo la culpa como la falta de diligencia en la realización de un acto como una persona prudente lo haría[196].

---

196 RAÚL TAVOLARI, *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo II* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 219.

Por otro lado, el propio artículo 4° de las reglas de La Haya realiza una importante precisión, la misma que es indispensable para la aplicación práctica de este sistema subjetivo de responsabilidad, pues especifica que la carga de probar que se actuó con la debida diligencia corresponde a quien reclame el beneficio de la excepción de responsabilidad, o en otras palabras, a quien alega haber actuado con la debida diligencia.

En tal sentido, para que un órgano jurisdiccional pueda atribuir responsabilidad aplicando las reglas de La Haya y, en consecuencia, imponga la obligación de pagar una indemnización, el cargador deberá probar la existencia y cuantía del daño o pérdida, y que este daño o pérdida se produjo a causa de la falta de condiciones de navegabilidad del buque o a causa de un acto del porteador. Por el contrario, para liberarse de responsabilidad, el porteador deberá probar que actuó con la debida diligencia o que sus actos no han contribuido a la pérdida o el daño. Luego de ello, corresponderá al Juez determinar si las partes han cumplido con sus respectivas cargas probatorias para determinar si corresponde o no el pago de una indemnización por parte del demandado.

B. Las reglas de la Haya – Visby.

El 21 de diciembre de 1979 se elaboró un protocolo que modifica el Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de Conocimientos de embarque de 1924, enmendado en 1968[197]. En otras palabras, se modificaron las Reglas de la Haya, creando así las Reglas de La Haya-Visby.

Estas reglas mantienen la esencia de las Reglas de la Haya antes descritas, sosteniendo el sistema de responsabilidad subjetiva y las cargas probatorias establecidas por la primera. No obstante, introducen una ampliación importante para la aplicación del convenio, pues establecen de manera expresa que las exoneraciones y limitaciones previstas (incluidas las de responsabilidad) podrán aplicarse a cualquier acción

197 JOSÉ GABALDÓN Y JOSÉ RUÍZ, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima* (Madrid: Marcial Pons, 2006), 47.

contra el porteador, tanto si esta acción está fundada en responsabilidad contractual como si está fundada en responsabilidad extracontractual.

Asimismo, señala que los colaboradores del porteador podrán acogerse a las disposiciones del convenio en la misma condición en la que lo haría el porteador, siempre y cuando el daño o la perdida no fueran resultado de un acto u omisión de dicho colaborador, condición cuya prueba corresponde al cargador.

C. Las reglas de Hamburgo.

El 31 de marzo de 1978, UNCITRAL aprobó el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo (Las reglas de Hamburgo), el cual establece un régimen jurídico uniforme para regular los derechos y obligaciones de los cargadores, porteadores y consignatarios en virtud de un contrato de transporte marítimo. Su punto esencial es la responsabilidad de un porteador por la perdida y daño de las mercancías y el retraso en la entrega, así como la responsabilidad del cargador por perdidas del porteador[198].

El motivo de la creación de las reglas de Hamburgo es el descontento general causado por las reglas de La Haya y La Haya-Visby; pues, según la percepción del UNCITRAL, estas favorecen en gran medida a los porteadores a expensas de los cargadores[199].

El primer gran cambio introducido por las Reglas de Hamburgo está referido al ámbito de responsabilidad del porteador. Tanto las reglas de La Haya (La Haya y La Haya-Visby) como nuestro Código de Comercio, establecen que el porteador será responsable desde que la mercadería es cargada en buque en el puerto de origen, hasta que es descargada en el puerto de destino, periodo conocido como *"Gancho a Gancho"*.

198 "Nota Explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)", UNCITRAL, https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/hamburg/hamburg_rules_s.pdf (consultada el 2 de mayo de 2018)

199 Ibíd.

Las reglas de Hamburgo extienden este periodo de responsabilidad ampliándolo desde que la mercadería se encuentra en el puerto de origen hasta que es descargada en el puerto de destino, *"Puerto a Puerto"*. Disposición que se justifica en el hecho de que, muchas veces, el porteador toma la posesión de la mercancía en el puerto de origen y la entrega en el puerto de destino, de manera que es él quien se encuentra en custodia y en mejor posición de protegerlas de la pérdida o el daño[200].

Respecto al factor de atribución de la responsabilidad, las reglas de Hamburgo se separan del sistema de responsabilidad subjetiva, adoptando un sistema mixto; pues, si bien la responsabilidad del porteador deberá estar sustentada en un factor subjetivo, esto es, la culpa o negligencia del porteador sus empleados o agentes; las reglas imponen una presunción de culpabilidad sobre el porteador, quien tendrá la carga de probar que actuó con la debida diligencia. Asimismo, se introduce un factor objetivo, haciendo al porteador responsable por los actos de sus empleados y colaboradores[201].

De este modo, al iniciar una acción de responsabilidad contra el porteador, el cargador deberá probar tan solo la existencia del daño o la pérdida y la cuantía del mismo, reduciendo así la carga probatoria necesaria para que el órgano jurisdiccional falle a favor. Por el contrario, corresponderá al porteador la carga de probar que actuó con la debida diligencia y que los daños o pérdidas no se produjeron a causa de un acto propio o de alguno de sus colaboradores.

D. Las Reglas de Rotterdam

El 11 de diciembre de 2008 en asamblea general de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) del UNCITRAL, se adoptó el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías

200 Ibíd.
201 Ibíd.

Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), conocido como las reglas de Rotterdam[202].

El objetivo de este convenio es actualizar las disposiciones previstas en las reglas de La Haya, Haya – Visby y Hamburgo, teniendo en cuenta la actual utilización masiva de contenedores, el crecimiento constante del transporte *"Puerta a Puerta"* y la aparición de documentos electrónicos de transporte[203].

La primera novedad adoptada mediante este convenio consiste en una nueva ampliación al periodo de responsabilidad, pues, las reglas de Rotterdam recogen el transporte llamado de *"Puerta a Puerta"*[204], diferenciando al porteador (parte del contrato de transporte) de la parte ejecutante (sujeto que ejecuta cierto tramo del transporte); sin embargo, este transporte siempre deberá incluir una fase marítima para que estas reglas sean aplicables[205].

De este modo, según el artículo 12° de las Reglas de Rotterdam *"El periodo de responsabilidad del porteador por las mercancías establecido en el presente Convenio comienza en el momento en que el porteador o una parte ejecutante reciba las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega"*, sin importar si estos momentos ocurren en el puerto, en el buque o en el almacén del cargador o el consignatario.

Ahora bien, respecto del fundamento de responsabilidad de las reglas de Rotterdam, al igual que en el caso de las Reglas de Hamburgo, el convenio adopta un sistema mixto; estableciendo que el factor de

---

202 "Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")", UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html (consultada el 2 de mayo de 2018).

203 Ibíd.

204 KATE LANNAN, *Navegando por las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme de transporte* (Madrid: Dyckinson S.L., 2012), 28.

205 MIGUEL ROCA, "Las reglas de Rotterdam", *Estudios de Derecho Marítimo* (Navarra: Editorial Aranzadi, S.A., 2012), 611.

atribución necesario para imputar responsabilidad es de naturaleza subjetiva, sin embargo, impone un sistema de carga probatoria distinto.

De este modo, atribuye al porteador la carga de probar que está exento de culpa al establecer que quedará exonerado de responsabilidad si logra demostrar que la causa de la pérdida o daño no es imputable a su culpa ni a ninguno de sus colaboradores. Asimismo, impone al reclamante la carga de probar que el hecho productor del daño o la perdida sucedió durante el periodo de responsabilidad del porteador.

Por otro lado, al igual que en las reglas de Hamburgo, las reglas de Rotterdam introducen un elemento objetivo, haciendo al porteador responsable por los actos de sus colaboradores y otras partes ejecutantes; y yendo más lejos aún, establece la responsabilidad solidaria de los mismos cuando la pérdida o el daño son imputables a más de un sujeto.

Finalmente, al igual que en las reglas anteriores, el porteador podrá verse exonerado de responsabilidad si logra probar que la causa del daño o perdida corresponde a un hecho de fuerza mayor; vicios ocultos; pérdida de volumen o de peso imputable a un defecto cualidad o vicio propio de las mercancías; etc.

De este modo, para imputársele responsabilidad al porteador en base a lo dispuesto por las reglas de Rotterdam, el reclamante deberá probar la producción y cuantía de un daño o pérdida; y que la causa de los mismos se produjo durante el periodo de responsabilidad del porteador. En cambio, el porteador deberá probar que está exento de culpa por haber actuado con diligencia o debido a que la causa del daño o pérdida es imputable a otras circunstancias que no dependen de él mismo.

4.3. El sistema de responsabilidad aplicado por la Corte Suprema.

En las sentencias antes citadas, la Corte Suprema se limita a señalar que la pérdida de la mercancía transportada no constituye una avería marítima, pues la definición contenida en el Código de Comercio solo menciona los daños. Por el contrario, los faltantes no son otra cosa que

un incumplimiento contractual del porteador, quien tiene la obligación de entregar la mercancía sin desfalco en el puerto de destino.

Tan solo en este primer punto, la Corte Suprema ya ha realizado una omisión de vital importancia, pues no ha analizado si se trata de un contrato de fletamento o un contrato de transporte, de modo que no ha determinado si debe aplicar el Código de Comercio o las Reglas de la Haya.

En todos los casos estudiados, la Corte Suprema declara infundada las Casaciones interpuestas contra las Resoluciones de Vista, emitidas por la Corte Superior, que ordenan el pago de una indemnización a favor del cargador, sin embargo, en ninguno de ellos entra a analizar si efectivamente se trata de un contrato de transporte o un contrato de fletamento. Aun asumiendo que se trate de un contrato de transporte, la Corte tampoco ha analizado la responsabilidad del porteador en el caso concreto, lo cual constituye un serio defecto de motivación de la sentencia.

Ni la Corte Superior ni la Corte Suprema cumplen con analizar los presupuestos de la responsabilidad mencionados anteriormente, no obstante, parecen aplicar el fundamento de responsabilidad utilizado por las reglas de Rotterdam, toda vez que sustentan la existencia de responsabilidad en el hecho de que se embarcó cierta cantidad de mercadería y se entregó una menor cantidad al consignatario. En otras palabras, sustentan la existencia de responsabilidad solo con la prueba de que el daño o faltante se produjo durante el periodo de responsabilidad del porteador.

De igual manera, establecen la obligación solidaria de pago del porteador y sus colaboradores; nuevamente, una disposición contenida en las reglas de Rotterdam, sin embargo, en ningún caso se cita la mencionada norma.

Al respecto, es preciso señalar que el Perú solo ha ratificado las Reglas de La Haya (Resolución Suprema N° 687 de fecha 16 de octubre de 1964), no ha sucedido así con su protocolo modificativo (Haya Visby) ni con las reglas de Hamburgo y Rotterdam.

De este modo, el fundamento de responsabilidad aplicable en el Perú es aquel recogido por las reglas de la Haya, el cual comprende el sistema subjetivo de responsabilidad, en el cual, el porteador se verá liberado de responsabilidad en tanto pruebe que ha cumplido con la diligencia mínima para poner en condición de navegabilidad el buque y que no ha efectuado ningún acto u omisión que desencadene el daño.

Asimismo, para que un porteador se vea obligado a pagar una indemnización, el cargador deberá haber probado primero la existencia y cuantía del daño, así como la participación del porteador en el hecho generador del daño; y corresponderá al órgano jurisdiccional determinar la responsabilidad en el caso concreto analizando los presupuestos de responsabilidad bajo la perspectiva del sistema de responsabilidad objetiva recogido por las reglas de La Haya.

Finalmente, es preciso resaltar lo dispuesto por el artículo 4° de las reglas de La Haya, en el cual se establece que ni el transportador ni el buque serán responsables por la pérdida o daño que resulte de la disminución en volumen o peso o cualquier otra perdida o daños originados de un defecto inherente, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía. De esta manera, existe un elemento adicional que deberá ser analizado por el órgano jurisdiccional; pues, si bien corresponderá al porteador la carga de probar que la pérdida o daño se debe a un defecto inherente, naturaleza especial o vicio propio de la mercancía; el juzgador deberá realizar este análisis en la sentencia que ordene o desestime el pago de una indemnización.

5. ¿Es aplicable la *Franquicia* del artículo 861° del Código de Comercio a los faltantes?

La Corte Suprema ha dado respuesta a esta interrogante sin incurrir en mayor análisis sobre la naturaleza de la avería o sobre las obligaciones contractuales del porteador. Si bien, en muchos casos la respuesta a la que se llega con su razonamiento puede ser correcta, el camino por el cual se llega a ese resultado, en nuestra opinión, no es el correcto de modo que, al estar errado el razonamiento, en muchos otros casos el resultado será incorrecto.

En lo que resta del presente trabajo intentaremos plasmar el razonamiento que debe utilizar la Corte para solucionar la interrogante planteada y resolver este tipo de casos.

En tal sentido, responder esta interrogante dependerá esencialmente de determinar si estamos ante una avería marítima o un incumplimiento contractual; para ello deberemos identificar, por un lado si los faltantes constituyen averías marítimas y si puede existir una avería marítima en el marco de un contrato de transporte; y por otro lado, si la aplicación de la llamada *franquicia* puede causar la indefensión del sujeto afectado ante un supuesto de dolo.

Finalmente, en caso se demuestre que en el caso concreto no existe una avería marítima, se deberá analizar la responsabilidad contractual del porteador para verificar si en efecto se configura un incumplimiento que justifique el pago de una indemnización.

5.1. Los Faltantes de Mercadería y el Concepto de Daño.

Respecto del primer punto, sobre si los faltantes pueden constituir avería particular; es claro que el Código de Comercio no utiliza la palabra faltantes, en consecuencia, no se encuentra incluido de manera literal en la definición del artículo 822°. No obstante ello, es parte del objeto de la presente investigación determinar si los faltantes encajan dentro del concepto de daño o perjuicio, y por lo tanto, constituyen averías particulares.

De este modo, existen tres posturas:

La primera de ellas es la recogida por la Corte Suprema en las diversas Casaciones citadas anteriormente, la cual, realiza una interpretación literal de la norma considerando que, al no estar incluida la palabra *"faltante",* estos no se encuentran comprendidos en el concepto de avería.

Si bien, quienes se encuentran de acuerdo con esta teoría afirman que su postura está sustentada en una interpretación literal de la norma, lo cierto es que esta postura tiene un trasfondo más grande, pues al no

admitir que el faltante constituye un daño no hace sino recoger una definición definiéndolo como *"detrimento físico del objeto"*.

Como ya se ha descrito anteriormente, el entender el daño como detrimento físico del objeto es enfocarse en el aspecto material del concepto; y su aplicación asemeja el concepto de avería marítima al concepto de avería del derecho de seguros, esto es, entendida como pérdida parcial, en contraposición a la pérdida total.

Así y a modo de resumen, podemos afirmar que el acoger esta primera postura, implica aceptar la veracidad de las siguientes premisas:

- Que, cuando nuestro Código habla de daño o perjuicio significa el detrimento físico del objeto y no la pérdida patrimonial del mismo; y,

- Que, la avería marítima puede ser definida como pérdida parcial y, en ningún caso, una pérdida total constituirá una avería marítima.

Por otro lado, la segunda postura de ellas es aquella recogida por GOÑI, la cual, opta por realizar una interpretación teleológica y sistemática del Código de Comercio, considerando que cuando la norma habla de daño, se refiere a un detrimento patrimonial del propietario del objeto, motivo por el cual los faltantes estarían incluidos dentro del concepto de daño y, en consecuencia, constituirían una avería marítima.

En este contexto, GOÑI sostiene que la importancia del daño radica en el perjuicio económico que ocasiona en el patrimonio de su propietario, es decir, en el aspecto esencialmente jurídico del concepto, pues, de producirse un daño físico al objeto que no radique en un perjuicio económico para el propietario, este carece de relevancia jurídica.

De este modo, el adoptar esta postura sería aceptar las siguientes premisas:

- Que, cuando nuestro Código habla de daños y perjuicios se refiere al detrimento del patrimonio del propietario.

- Que, los faltantes son susceptibles de constituir una avería marítima.

Finalmente, existe una tercera postura, la misma que es adoptada por los vocales Carrión Lugo y Ferreira Vildózola en un intento de dar una solución interpretativa práctica a la controversia.

El vocal Carrión Lugo, lejos de entrar al detalle sobre si el concepto de daños incluye en sí mismo a los faltantes, opta por señalar que por las condiciones propias del cargamento a granel, este debe ser entendido como una unidad, pues la única manera que se manifieste su daño es en el peso del mismo, el cual, es considerado un faltante.

Por nuestra parte, consideramos que no es necesaria una solución práctica como la propuesta por los vocales Carrión Lugo y Ferreira Vildózola; toda vez que el daño de un objeto es jurídicamente relevante en tanto afecta o disminuye la esfera patrimonial de un sujeto, pues solo en dicho supuesto justificará la obligación del pago de una indemnización. Un daño material que no implique un perjuicio económico es irrelevante para el derecho, motivo por el cual resulta ilógico acogerse a la posición de interpretación literal adoptada por la Corte Suprema.

La consecuencia de entender el daño en su sentido jurídico como afectación al patrimonio de un sujeto, nos lleva a concluir que los faltantes están incluidos dentro de la definición de la avería marítima, pues producen el mismo efecto en el patrimonio del sujeto.

5.2. La Avería Marítima y El Incumplimiento Contractual.

Como se ha señalado en el segundo capítulo del presente trabajo, la consecuencia esencial de la avería marítima es la compensación mutua

del daño[206], hecho que solo puede estar justificado en la comunidad de intereses y riesgos que surge entre los participantes de una aventura marítima. Por otro lado, un incumplimiento contractual que dé lugar a una indemnización por la inejecución del transporte de la mercadería solo puede surgir de la existencia de una obligación de conducción que haya sido incumplida.

De este modo, la pugna descrita entre la avería marítima y el incumplimiento contractual, debe ser resuelta en base a un análisis en el cual se determine si existe una comunidad de intereses entre los sujetos participantes o si por el contrario existe una obligación de conducción que ha sido incumplida.

Siendo este el principio base, notamos que en realidad esta diferenciación es aquella existente entre un contrato de fletamento y un contrato de transporte marítimo de mercancías.

De este modo, el *opus* del contrato de transporte es la conducción de las mercancías, contrato que se entiende perfeccionado cuando la carga es entregada sana y salva a su destinatario[207].

Por el contrario, el objeto del contrato de fletamento es la prestación de puesta a disposición/navegación del buque, siendo el transporte de mercancías un hecho accidental, cuya ausencia no implica la invalidez o incumplimiento del contrato de fletamento, de modo tal que, podría existir una obligación de custodia pero no la obligación de conducción[208].

Así, en los casos en que solo exista esta obligación de puesta a disposición/navegación del buque, el fletante y fletador tendrán interés común en la aventura marítima; interés que no necesariamente será compartido por el propietario de la carga. El interés en la aventura

---

206 JULIUS VON GIERKE, *Derecho Comercial y de la Navegación (*Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A., 1957), 285.

207 JOSÉ GARCÍA-PITA, "Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las Normas Jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: del Contrato, a la Institución)", *Revista de Derecho Universidad de Piura vol. 14* (2013), 115.

208 Ibíd., 149.

marítima será ostentado por quien se haya comprometido a la conducción de la mercadería, pues tiene la obligación de transportar la mercancía; configurándose así una comunidad de intereses entre el naviero y quien tiene interés en la conducción. Esta situación se configurará cuando exista un contrato de fletamento, en cuyo caso podremos hablar de la existencia de una avería marítima.

Por otro lado, para hablar de un incumplimiento contractual por la no ejecución del transporte, es necesario primero verificar que exista la obligación de conducción de la mercadería. En otras palabras, es necesario verificar que se trata de un contrato de transporte. Una vez verificado ello, podrá hablarse de un incumplimiento contractual por la no conducción de la mercadería y deberá analizarse la responsabilidad del porteador para determinar si existe la obligación de pago de una indemnización.

5.3. La supuesta indefensión del propietario de la carga.

Si bien el argumento principal de la Corte Suprema para inaplicar el artículo 861° del Código de Comercio es que los faltantes no constituyen una avería marítima, en las Casaciones citadas la Corte emite una opinión respecto de las consecuencias en la aplicación de la llamada *franquicia.*

Así, la Corte opina que la aplicación de dicho artículo promovería el abuso de derecho, dejando al afectado en indefensión ante un eventual dolo.

En respuesta a esta opinión, los vocales Carrión Lugo y Ferreira Vildózola manifiestan su discordia señalando que el numeral 9 del artículo 822° del Código de Comercio establece que aun cuando existan faltas imputables al Capitán o la Tripulación, el daño puede constituir una avería marítima, de manera que la existencia de culpa o dolo no implica que no se trate de una avería marítima y en consecuencia el artículo 861° debería ser aplicable.

El artículo 822° numeral 9 del Código de Comercio establece que serán averías particulares:

*"Cualquier daño que resultare al cargamento por faltas, descuidos o baraterías del capitán o de la tripulación**; sin perjuicio del derecho del propietario a la indemnización correspondiente contra el capitán, el buque y el flete**"*

(Énfasis agregado)

El numeral citado establece de manera literal que aun cuando fuera ocasionado por culpa o dolo de los colaboradores del naviero, el daño constituiría avería particular confirmando en parte el voto en discordia de los vocales Carrión Lugo y Ferreira Vildózola. No obstante, en ambos argumentos se ha omitido analizar el artículo de manera integral, pues la segunda parte del mismo numeral es de vital importancia para el caso que se plantea la Corte.

La segunda parte del numeral 9 no hace otra cosa sino dejar a salvo el derecho del propietario de la carga a reclamar la indemnización correspondiente contra el capitán, el buque y el flete. Sin embargo, para ello debe demostrarse en efecto que el daño se haya producido por culpa o dolo.

De este modo, el mismo artículo analizado deja en evidencia la imprecisión de la opinión manifestada por los vocales de la Corte, pues la propia norma se pone en el supuesto de que el daño se produzca por dolo o culpa, estableciendo que en dicho caso específico se deja a salvo el derecho del propietario, resolviendo así la preocupación manifestada por la Corte Suprema.

5.4. Análisis de Responsabilidad del Porteador.

Ahora bien, poniéndonos en el supuesto de que en el caso concreto se haya verificado la existencia de una obligación de conducción (que exista un contrato de transporte), situación que la Corte asume, será de aplicación las Reglas de la Haya, en virtud de las cuales deberá analizarse la responsabilidad del porteador para verificar si en efecto corresponde el pago de una indemnización.

En vista de lo analizado, para imponer la obligación del naviero de indemnizar por los daños a la carga, no es suficiente con verificar que se

descargó una cantidad menor de la que se embarcó; el órgano jurisdiccional debe primero discernir si se trata de un contrato de transporte o un contrato de fletamento. En caso se determine que se trata de un contrato de transporte, verificar si el naviero es, en efecto, porteador de dicho contrato de transporte; para luego analizar si la producción del daño se debe a causa imputable del porteador, en cuyo caso, será correcta la obligación del pago de la indemnización.

CONCLUSIONES

Primera.

El Derecho Marítimo es una rama cuya especialidad radica en las características técnicas de la navegación. Siendo la navegación una actividad muy antigua, gran parte de las instituciones del Derecho Marítimo nacen de costumbres adoptadas por los navegantes. La avería marítima es una institución que se encuentra especialmente marcada por este tradicionalismo; por ello, se puede rastrear su evolución desde la antigüedad y concluir que ha mantenido su fundamento y naturaleza jurídica a través del tiempo.

Segunda.

La avería marítima comprende tanto los gastos extraordinarios destinados a conservar el buque y el cargamento, como los daños sufridos por los mismos; debiendo entender el daño como el detrimento patrimonial del propietario del bien y no como un mal material sufrido por el objeto. En tal sentido, la definición de pérdida parcial en el seguro marítimo será distinta a la avería del derecho Marítimo, en la cual carecerá de importancia si pérdida es parcial o total, pues lo esencial será que exista un perjuicio al patrimonio del propietario.

Tercera.

El fundamento de la avería marítima es la comunidad de intereses surgida entre el naviero y los comerciantes. Esta comunidad de riesgo entre los sujetos participantes en una aventura marítima nace en una época en la que no existía un mercado continuo de fletes, y la navegación y el comercio se vinculaban en la organización de cada viaje marítimo como empresa aislada (viaje – empresa). Posteriormente, los comerciantes dejaron de viajar junto con su mercadería encargando la custodia de sus bienes al capitán del buque; y este pacto de hacer común la suerte del buque y los cargamentos en determinados riesgos de la navegación se tornó implícito al contrato de fletamento.

De este modo, este interés común de las partes en la aventura marítima las obliga a compartir los riesgos de la navegación y, en consecuencia, a contribuir en caso se produzcan gastos o sacrificios en beneficio del viaje.

Cuarta.

El seguro marítimo y la avería marítima tienen una función económica similar que consiste en brindar protección ante los riesgos de la navegación; sin embargo no son figuras jurídicamente semejantes; pues su fundamento es distinto. El seguro surge con la celebración de un contrato, de modo que su fundamento es la voluntad de las partes; por otro lado, la avería marítima surge con la producción de un acto de avería y encuentra su fundamento en la comunidad de riesgos entre quienes tienen un interés en la aventura marítima.

Quinta.

El artículo 861° del Código de Comercio no es aplicable al contrato de seguro sino a la avería marítima, pues se encuentra contenido en la sección correspondiente a estas últimas y se trata de una limitación al derecho de acción del afectado. Esta disposición no constituye una franquicia propiamente dicha, la cual consiste en una condición que gatilla la obligación del asegurador.

Sexta.

Si bien el contrato de fletamento y el contrato de transporte de mercaderías por mar son contratos de transporte en sentido económico, no son jurídicamente iguales; toda vez que tienen prestaciones distintas y están regulados por normas diferentes.

Mediante el contrato de fletamento, el fletante se obliga a poner a disposición del fletador un buque o una porción de él, a poner dicho buque en condiciones de navegabilidad y a ejecutar la navegación conforme a las instrucciones del fletador. Mientras que por el contrato de transporte, el porteador se obliga a realizar el transporte de la mercadería en sí mismo, encargándose de obligaciones adicionales como el embarque y desembarque, entre otras. De este modo, el *opus* de ambos contratos es distinto.

Asimismo, el contrato de transporte está regulado en las Reglas de La Haya, mientras que el contrato de fletamento ha sido excluido específicamente de dicha norma y se encuentra previsto en el Código de Comercio peruano.

Sétima.

La avería marítima no tiene cabida en el contrato de transporte, toda vez que en dicho contrato el porteador presta el servicio de conducción de la mercadería, garantizando que esta sea entregada en las condiciones pactadas en el lugar de destino, desapareciendo así en este caso el concepto de comunidad de riesgos que fundamenta la avería marítima.

Octava.

Aunque en muchas ocasiones la Corte Suprema haya llegado a la conclusión correcta, el análisis realizado en las sentencias estudiadas no es el adecuado, pues los faltantes de la mercadería sí pueden constituir una avería marítima y la aplicación del artículo 861° del Código de Comercio no promueve el abuso del derecho.

Para distinguir si nos encontramos ante una avería marítima o ante un incumplimiento contractual, se debe analizar si se trata de un contrato de fletamento o un contrato de transporte marítimo de mercancías; pues solo podrá existir avería marítima cuando exista comunidad de riesgos (contrato de fletamento), y solo podrá existir incumplimiento contractual cuando exista la obligación de conducción (contrato de transporte).

Novena.

En caso se trate de un contrato de transporte, se deberá aplicar las disposiciones relativas a la responsabilidad del porteador contenidas en las Reglas de la Haya. En tal sentido, para que un órgano jurisdiccional atribuya responsabilidad al porteador, y en consecuencia, imponga la obligación de indemnizar, el cargador deberá probar que el daño se produjo por culpa del porteador; y el porteador deberá haber fallado en probar que actuó con la debida diligencia.

Décima.

Para casos similares a los estudiados, hemos llegado a la conclusión de que todo órgano jurisdiccional deberá analizar, en primer lugar, la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, es decir, determinar si se trata de un contrato de fletamento o un contrato de transporte. De tratarse de un contrato de fletamento, podrán aplicarse las disposiciones del Código de Comercio relativas a la avería marítima; por el contrario, si se trata de un contrato de transporte, deberá analizarse la responsabilidad del porteador a la luz de las Reglas de la Haya.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APESEG. Glosario de Términos, Asociación Peruana de Empresas de Seguros https://www.apeseg.org.pe/index.php/glossary/page/6/ (consultado el 22 de diciembre de 2017).

APESEG Preguntas Frecuentes: Franquicia, Asociación Peruana de Empresas de Seguros https://www.apeseg.org.pe/?s=franquicia (consultada el 20 de enero de 2018)

Arroyo, Ignacio. 2009. *Compendio de Derecho Marítimo.* Madrid: Tecnos.

Cornejo, Lino. 1943. *Derecho Marítimo Comercial.* Lima: Gil S.A.

De Gamechogoicoechea, Francisco. 1941. *Tratado de Derecho Marítimo Español.* Bilbao: Cámara Oficial de Comercio.

Dobbyn, John. 1981. *Insurance Law in a Nutshell.* Minnesota: West Publishing Co.

Espinoza, Juan. 2002. *Derecho de la Responsabilidad Civil.* Lima: Editorial Rodhas SAC.

Gabaldón, José. 2012. *Curso de Derecho Marítimo Internacional.* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Gabaldón, José y Ruíz, José.2006. *Manual de Derecho de la Navegación Marítima.* Madrid: Marcial Pons.

García-Pita, José. 2009. *Riesgos e Intereses del Naviero y Cobertura Asegurativa.* Navarra: Editorial Aranzadi.

García-Pita, José. 2013. Contratos Náuticos y Estructura Fractal de las Normas Jurídicas (Fletamento vs. Transporte Marítimo de Mercancías: del Contrato, a la Institución). *Revista de Derecho Universidad de Piura vol. 14*: 99-176.

Gard P&I, "Dealing with Cargo Claims" http://www.gard.no/web/updates/content/53021/dealing-with-cargo-claims, (consultado el 29 de abril de 2018).

Gard P&I, "Direction Report and Financial Statements" http://www.gard.no/annualreport/2014/financial-statements/notes?p_note=1 (consultada el 29 de abril de 2018).

Girón Tena, José. 1958. *La evolución de la estructura y significado económico-jurídicos de la empresa en Derecho Marítimo.* Valladolid: Server Cuesta.

Goñi, José. 1989. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio de Perú.* Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados.

Goñi, José. 1991. *Dictamen sobre el Artículo 848° del Código de Comercio Español y el Artículo 861° del Código de Comercio Peruano (Ampliatorio del Dictamen de Julio 1989).* Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados.

Goñi, José. 2006. *Dictamen sobre el Concepto de Avería y su Relación con el Artículo 848° del Código de Comercio Español.* Madrid: Goñi, Figaredo & Co. Abogados.

Górriz, Carlos. 2001. *La Responsabilidad en el Contrato de Transporte de Mercancías.* Zaragoza: Cometa.

Halperin, Isaac. 1983. *Lecciones de Seguros.* Buenos Aires: Depalma.

Herrera DKP Ajustadores y Peritos de Seguros. ALFREDO COGORNO, "Elementos del Seguro" http://www.herdkp.com.pe/adds/info/elementos_del_seguro.htm (consultada el 15 de diciembre de 2017).

Hugas, Ricardo.1981. *El Transporte y Los Fletamentos Marítimos.* Barcelona: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona.

International Group of Protection and Indemnity Club, "About the Group" https://www.igpandi.org/about (consultada el 29 de abril de 2018).

International Group of Protection and Indemnity Clubs, "IGPI Group Agreements" https://www.igpandi.org/group-agreements (consultada el 29 de abril de 2018)

Lannan, Kate. 2012. *Navegando por las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme de transporte.* Madrid: Dyckinson S.L.

López, Francisco. 2003. Concepto y Caracteres del Derecho Marítimo. *Revista Javeriana Vol. 52*: 229-268.

Luque, Miguel. 1998. La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio. *Revista Complutense de Historia de América N° 24:* 113-145.

Mazeaud, Jean y Mazeaud, Henry. 1960. *Lecciones de Derecho Civil.* Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América.

Montes, Manuel. 1990. El Contrato de Fletamento en el Derecho Marítimo. Tesis de Bachillerato, Universidad de San Martín de Porres.

Pares, Louis. 1950. *Les Sociétes D´Assurances a Forme Mutuelle.* Paris: Libraire Générale de Droit & Jurisprudence.

Pejovés, José. 2008. ¿Es Necesario Modernizar el Derecho Marítimo Peruano? *Ius et Praxis*: 1-39.

Plumacher, Francisco. 2004. Régimen Jurídico de la Navegación y Comercios Marítimos. Tesis de Licenciatura, Universidad Rafael Urdaneta.

Porras, Pedro. 2004. El Derecho Marítimo en el Cantábrico durante la Baja Edad Media: Partidas y Roles de Olerón. Ciudades y villas portuarias del Atlántico en la Edad Media. Conferencia presentada en "encuentros Internacionales del Medievo", 27-30 de julio de 2004, Nájera.

Quintana, Ignacio, García, Ramón y Zubiri, Mercedes. 2007. Contrato de Transporte. En *Contratos Mercantiles. Vol. I,* 201-250. Navarra: Aranzadi.

Ripert, Georges. 1954. *Compendio de Derecho Marítimo.* Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Robertson, David. 2015. *Admiralty and Maritime Law in the United States. Cases and Materials. Third Edition.* Carolina Del Norte: Carolina Academic Press.

Roca, Miguel. 2012. *Las reglas de Rotterdam: Estudios de Derecho Marítimo.* Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.

Rodríguez, Juan. 2015. El Derecho Marítimo se hace Mayor: La Avanzada Autonomía del Derecho Marítimo tras la Aprobación de la Ley de Navegación Marítima. *Anuario de Derecho Marítimo Vol. XXXII*: 134-167.

Rodríguez Pastor, Carlos. 1987. *Derecho de Seguros y Reaseguros.* Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente.

Ruíz, José y Martín, José. 2006. *Manual de Derecho de Accidentes de la Navegación.* Bilbao: Eusko Jaualaritzaren Argitalpen Zerbitsu Nagusia.

Serna, Margarita. 2000. La Historiografía sobre los Roles de Olerón (Siglos XV a XX). *Anuario de Historia del Derecho Español N° 70*: 471-498.

Tavolari, Raúl. 2010. *Jurisprudencias Esenciales. Derecho Civil. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

The Shipowners Club, "About Us", https://www.shipownersclub.com/about-us/ (consultada el 29 de abril de 2018)

The Swedish Club, "Protection and Indemnity" http://www.swedishclub.com/insurance/p-and-i/p-and-i/ (consultada el 29 de abril de 2018)

The UK P&I Club, "History of the International Group of P & I" https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/industry-issues/international-group-of-pi-clubs/history/ (consultada el 29 de abril de 2018).

UNCITRAL, "Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008) ("Reglas de Rotterdam")", http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html (consultada el 20 de enero de 2018)

UNCITRAL, "Nota Explicativa de la secretaria de la CNUDMI sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)", https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/transport/hamburg/hamburg_rules_s.pdf (consultada el 2 de mayo de 2018)

Valenciano, Carlos. 2008. La Avería Gruesa: Reflexiones Críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido por la Lex Marítima. Tesis de Licenciatura, Universidad de Costa Rica.

Van Niekerk, J. P. 1998. *The Development of the Principles of Insurance Law in the Netherlands from 1500 to 1800.* Kenwyn: Juta.

Vega, Alejandro. Cláusulas de Avería Gruesa, Jason Clause & Reglas de York Antwerp, Aplicación a los Contratos de Fletamento de Buques.

Von Gierke, Julius. 1957. *Derecho Comercial y de la Navegación.* Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina S.A.