

Aspectos generales de la Avería Gruesa y su aplicación en el Derecho Colombiano*

MAURICIO CARVAJAL GARCÍA**

SUMARIO

1. Introducción
2. Diferencias entre avería general y avería simple
3. Concepto y características de la avería general
 - 3.1 Definición
 - 3.2 Características generales de la institución
 - 3.3 Requisitos de la esencia de la avería general
 - 3.3.1 Voluntariedad en el acto de gasto o sacrificio
 - 3.3.2 Existencia de un peligro común que amenace la aventura marítima
 - 3.3.3 Interés común
 - 3.3.4 Necesidad de obtener un resultado útil
 - 3.3.5 El gasto o sacrificio tiene que ser extraordinario
 - 3.3.6 El acto realizado para evitar el peligro común debe ser razonable
4. Normatividad aplicable
 - 4.1 Normatividad aplicable en Colombia respecto a la avería general

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2012
Fecha de aceptación: 31 de mayo de 2012

* Las bases de este escrito se remontan a la monografía que realizó el autor para obtener el título de abogado y a los desarrollos investigativos que posteriormente llevó a cabo en el ejercicio de la profesión en la que pudo observar el desconocimiento que en general existe frente a esta figura y se tuvo la oportunidad de estudiar algunos aspectos de los que solo la práctica permite llegar a algunas respuestas.

** LLM en Derecho Marítimo (University of Southampton), especialista en Derecho de Seguros (Pontificia Universidad Javeriana). Abogado (Pontificia Universidad Javeriana). Director Nacional de Indemnizaciones (Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A.). mauricio.carvajal@co.rsagroup.com. maocarvajal@hotmail.com.

- 4.1.1 Reglas de York y Amberes
- 4.1.2 Legislación colombiana frente a la avería general
5. La avería gruesa en la práctica
6. Conclusiones

RESUMEN

No obstante la institución de la avería gruesa ha estado presente en el ámbito de la navegación desde hace miles de años y su aparición en el seguro de transportes (en la actualidad) es frecuente, dicha figura representativa del derecho marítimo y de los seguros es muy poco conocida por el común de los abogados, esto llevó a pensar en la idea de realizar una investigación por medio de la cual de manera simple y clara se diera a conocer esta institución.

En el documento se podrá encontrar tanto el desarrollo histórico de la avería gruesa como su aplicación práctica en los seguros, donde se hará mención a la normatividad a aplicar no solo en el campo internacional sino también en el ordenamiento jurídico nacional, en donde desafortunadamente no se le ha dado a la materia la importancia que requiere, dejando sin regular aspectos fundamentales para la institución.

Luego de estudiar los temas mencionados, se llegará a la conclusión de que por más que la institución sea de origen milenario, mientras existan los peligros del mar la avería gruesa siempre permanecerá vigente.

Palabras clave: Avería, seguro, historia, normatividad.

Palabras clave descriptor: Avería Gruesa, Derecho Marítimo, Seguro de Transportes, Clausulas del Instituto, Reglas de York y Amberes, Aventura Marítima.

ABSTRACT

Although the General Average (GA) has been in the marine scenario for thousands of years and its presence is still today common on the marine insurance scene, this marine institution is not well known by the lawyers that has constant contact with the insurance business but does not have expertise in shipping law, mainly in marine insurance.

In this document, the General Average (GA) will be studied through its history, practical application and applicable law, in order to be able to conclude that even though it has archaic origins, its application is still required to manage the risks to which the goods that compose the maritime adventure are exposed during the voyage.

Keyword: Average, Insurance, history, regulation.

Key words plus: General Average (GA), Shipping Law, Marine Insurance, Institute Clauses, York Antwerp Rules, Maritime Adventure

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de otras ramas del derecho, el Derecho Marítimo ha tenido un particular desarrollo histórico el cual lo ha llevado a crear instituciones especiales que lo diferencia dentro del ordenamiento jurídico tradicional. Esto, en adición al ámbito transnacional del transporte marítimo, ha generado un “movimiento de unificación”¹ que lo hace evolucionar y fortalecerse frente al localismo rígido que caracteriza las normas del derecho común.

El Derecho Marítimo, tal como lo afirmaba PERDESSAS “pasó por las edades sin envejecer”. No obstante, aun hoy se encuentran figuras, expresiones o normas antiguas que por momentos lo hacen aparecer arcaico, el derecho marítimo ha evolucionado a la par con el tiempo, lo que le permite permanecer vigente y conservar su independencia frente a las otras ramas del derecho.

El carácter particular del Derecho Marítimo se hace evidente con el estudio de sus instituciones; “en lo que concierne a las relaciones jurídicas, ciertas reglas no tienen su equivalente en el derecho terrestre”², figuras como el préstamo a la gruesa, el seguro marítimo, la remuneración de la asistencia o la contribución a las averías comunes, dotan al derecho marítimo de ese carácter particular que lo diferencia del resto de las instituciones jurídicas.

1 MALVAGNI, ATILIO, *Curso de derecho de la navegación*. Editorial Desalma. Buenos Aires. 1950, pág. XXXII.

2 RIPERT, GEORGES, *Compendio de Derecho Marítimo*. Buenos Aires: Tea, 1954.

Como consecuencia a lo anterior, surge la idea de estudiar una de las instituciones que le dan al derecho marítimo su carácter particular; dicha institución es la de la avería gruesa³.

Si bien la finalidad de este estudio no se concentra en hacer un análisis detallado de una figura jurídica milenaria como lo es la avería gruesa, por medio de este escrito se busca difundir el conocimiento de una institución jurídica muy particular que es poco conocida por los abogados y que se presenta con gran frecuencia en el ámbito de los seguros de transporte.

Para efectos del desarrollo de la investigación, es preciso aclarar que la acepción avería gruesa también es conocida como avería común tanto en el ordenamiento jurídico como en el campo doctrinal. A su vez, debido a la internacionalización del concepto, a esta figura, se le ha llamado también “Avería general” lo que proviene de “*General Average (GA)*”, que es como se conoce la institución en el derecho anglosajón.

La figura de la avería general⁴, tal como se puede constatar en el primer indicio de su existencia, la “*Lex Rhodia de lactu*”⁵ que data del siglo IV a.C., es una institución milenaria y de gran importancia para las civilizaciones especializadas en la navegación.

Con el paso del tiempo y los desarrollos tecnológicos, la figura de la avería común y su reglamentación ha sido sometida a diferentes actualizaciones; desde 1860 con la conferencia de Glasgow, la avería gruesa ha sido materia de “un convenio internacional de derecho privado, conocido como las Reglas de York y Amberes, el cual, a su vez, ha sido objeto de varias modificaciones”⁶. Dentro de las modificaciones se encuentra la más reciente que se llevó a cabo en la conferencia de Vancouver en 2004 y que ha sido una de las tantas que ha contribuido a que esta figura sea actual y acorde a las necesidades del mundo de la navegación.

Bajo el marco legal colombiano, el desarrollo de la institución de la avería general es precario, en el entendido que la institución no ha tenido el alcance esperado por su importancia internacional.

3 Reglas de York y Amberes. Regla A. “Existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha efectuado o contraído, intencional y razonablemente, algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en una expedición marítima. Los sacrificios y, gastos de avería gruesa serán soportados por los diferentes intereses contribuyentes, en las condiciones establecidas a continuación”.

4 “Avería general suena arcaico y de hecho lo es, pues es la figura más antigua de la que se tenga registro en el derecho marítimo”. HEALY J., NICHOLAS and SHARPE, J., DAVID. *Cases and materials on admiralty*. Third edition. St Poul, Minn, West Group, 1999, pág. 760.

5 Institute of Maritime Law. *Southampton on Shipping Law*. Informa. London. 2008, pág. 333.

6 RAMÍREZ CARMONA, SIGIFREDO, *Derecho Marítimo, La avería gruesa*. Bogotá. Lex. pág. 4.

El pobre desarrollo legal y el inexistente aporte tanto jurisprudencial como doctrinal que ha tenido la institución en nuestro ordenamiento, ha dado como resultado la difícil aplicación de la figura a la luz de la legislación colombiana⁷.

Adicionalmente, como consecuencia de ser un sistema codificado, la ley colombiana incluyó en su Código de Comercio ciertos parámetros de la figura (no todos), desnaturalizando una institución que es netamente contractual y que en el mercado se acuerda y aplica por la inclusión de una cláusula en el contrato de transporte marítimo que obliga a las partes a seguir las Reglas de York y Amberes en caso de presentarse un caso de avería gruesa.

Por otra parte, sorprende que mientras se puede calificar la regulación de la avería común en el Código de Comercio como arcaica, “el antiguo Código de Comercio marítimo y fluvial, regulaba la materia de forma completa y a tono con la doctrina más avanzada de mediados del siglo XIX”⁸.

2. DIFERENCIAS ENTRE AVERÍA GENERAL Y AVERÍA SIMPLE

Al hablar de avería se trata de un concepto muy extenso, toda vez que por avería se pueden tener en cuenta todos los daños, gastos o pérdidas que ocurren durante el transcurso de la aventura marítima; esos daños o pérdidas pueden ser sufridos por la carga, el buque o el flete⁹.

De lo anterior se desprende la clasificación existente de las averías, en las que se puede encontrar por una parte la avería particular y por la otra la avería común o general.

Por avería simple o particular se tiene que entender como “todo daño, pérdida o gasto sufrido por el buque o por la carga que no redunden en beneficio común de todos los interesados de la expedición marítima”¹⁰.

De lo anterior se concluye que al no reportarse un beneficio común por la pérdida, daño o gasto sufrido por la carga o el buque, dicha pérdida o gasto deberá

7 Si bien la ley colombiana no es adecuada para regular los casos de avería gruesa y la costumbre mercantil ha demostrado que esta institución se debe regir por las disposiciones de las Reglas de York y Amberes, hay que tener en cuenta que en un transporte que termine en puerto colombiano, en el que se haya presentado un evento de avería común y a falta de un acuerdo contractual que determine la aplicación de las Reglas de York y Amberes, las normas del Código de Comercio colombiano serán aplicables.

8 RAMÍREZ CARMONA., *op. cit.*, pág. 7.

9 Se ha entendido que “el conjunto de estos elementos, por un lado, y el de los riesgos y peligros que los amenaza, por el otro, constituyen lo que se llama la aventura marítima”. MALVAGNI, *op. cit.*, pág. 223.

10 RAMÍREZ CARMONA, *op. cit.*, pág. 17.

ser soportado solo por quien la sufrió, a diferencia de lo que más adelante se verá que ocurre con la avería común.

En cuanto a la avería común, se puede afirmar que esta ocurre cuando se ha hecho o contraído, intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en la aventura marítima (esto según la regla A de York y Amberes).

La importancia en diferenciar entre avería general y avería simple no obedece a un simple capricho de la doctrina, pues, aunque similares a simple vista, las dos figuras generan efectos jurídicos y económicos completamente distintos los cuales afectan a los distintos actores o elementos involucrados en la expedición marítima, determinando así si el daño o gasto tendrá que ser soportado solo por quien lo sufrió, o si por el contrario deberá haber una contribución común para reparar el perjuicio que sufrieron unos, para preservar la seguridad de otros.

En cuanto a la legislación aplicable para las averías, se debe mencionar que en principio, tanto para avería simple como para avería común, “se aplicará la ley del puerto donde termina definitivamente la aventura”¹¹.

No obstante lo anterior, en la mayoría de las jurisdicciones incluyendo la colombiana, existe la posibilidad por medio de la libertad contractual de transformar la situación anterior pactando las reglas a aplicar, lo cual será válido salvo en aquellos acuerdos en los que se pretenda modificar normas imperativas.

3. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA AVERÍA GENERAL

El concepto de avería gruesa ha pasado por una compleja evolución histórica con la finalidad de estar siempre a la par del desarrollo de la navegación.

La existencia y aplicación de la avería común se hace evidente desde la época de Grecia, pero fue solo hasta los tiempos del Imperio Romano cuando se tuvo evidencia de registros escritos y normas que hacían referencia a esta institución.

La norma que describía la avería gruesa en Roma, era la “Lex Rhodia”, la cual era parte del Corpus Iuris Civile. La “Lex Rhodia”, señalaba que “si se arroja mercancía fuera de la nave para aligerarla, con el fin de salvar al buque; la pérdida ocasionada en pro del bien común, debía ser subsanada por la contribución de todos los beneficiados”¹². De lo anterior se debe resaltar que desde entonces se hace énfasis

11 MALVAGNI. *Ibíd.*, pág. 225.

12 “If merchandise is thrown overboard to lighten the ship, the loss occasioned for the benefit

a que no sería justo que solo una parte de la aventura marítima resultase dañada con el fin de preservar la seguridad común de la expedición, por tanto, “es más que justo que haya una desmejora común para todos los que han salvado sus mercancías, gracias a la echazón de las mercancías de otros”¹³.

Como se puede observar en las recopilaciones históricas, en la edad media tuvo lugar un importante desarrollo normativo que regulaba esta figura; compilaciones y normas tales como: el Consulado del Mar, Los Roles de Oleron, las Siete Partidas, las Ordenanzas de Luis XIV, las Ordenanzas de Bilbao, el Guidon de La Mer, las legislaciones de Holanda, Génova y muchos otros estados de tradición marítima, dieron como resultado el mantenimiento de la avería general en el plano del derecho marítimo y mantuvieron su vigencia a través del tiempo.

No obstante el desarrollo normativo que existió en materia de avería general desde la edad media hasta principios del siglo XIX, la normatividad desarrollada en ese periodo de tiempo se caracterizó por ser excesivamente localista y enfocada a las necesidades de cada nación, lo que resultó en un sinnúmero de conflictos de leyes y jurisdicciones.

Dada la multiplicidad de legislaciones que regulaban la figura y los conflictos que esto traía en la práctica, se hizo evidente la impostergable necesidad de buscar unificar las normas que trataban la materia para así poder armonizar la aplicación de dicha figura en el ámbito del transporte marítimo internacional.

Con el fin de lograr la unificación de la institución, se realizó en el Reino Unido una reunión convocada por muchos de los actores involucrados en el medio marítimo. Esta reunión, buscaba acordar una legislación internacional para la avería gruesa en la que se estableciera un lineamiento básico que regulará la materia.

Esa reunión fue denominada como la Conferencia de Glasgow de 1860 y es considerada como el primer antecedente en la era moderna para la unificación e internacionalización no solo de la institución de la avería gruesa, pues sirvió de base para la creación de las Reglas de York y Amberes que son hoy en día la columna vertebral de la institución estudiada, sino también para la unificación del ordenamiento marítimo en general.

Uno de los logros conseguidos por las Reglas de York y Amberes fue el de consolidar una definición del concepto de avería gruesa que tuviera aplicación general; ese concepto se encuentra en la Regla A de dicho pacto normativo.

of all must be made good by the contribution of all”. HEALY J. NICOLAS and SHARPE J. DAVID. *Cases and Materials on Admiralty*. St Paul Minn: American Casebook Series, 1999, pág. 769.

13 LOWNDES and RUDOLF. *General Average and York*. Antwerp Rules. London: Stevens and Sons, 1979.

3.1 Definición

Según la Regla A de York y Amberes, “existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha hecho o contraído, intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima”¹⁴.

De la definición se desprende la idea de que existen dos formas en las que se puede presentar la avería general. Una, por un gasto extraordinario que se realice para preservar la seguridad común, y la otra por medio de un sacrificio o daño que se cause con el mismo fin.

En cuanto a la normatividad nacional, es preciso mencionar que esta no define la avería general de la misma forma como lo hace la Regla A de York y Amberes.

El Código de Comercio colombiano en su artículo 1517 define la avería gruesa indicando que: “Solo existe acto de avería gruesa o común cuando intencional y razonablemente se hace un sacrificio extraordinario o se incurre en un gasto de la misma índole para la seguridad común, con el fin de preservar de un peligro los bienes comprometidos en la navegación”¹⁵.

De la definición del Código de Comercio hay que resaltar que si bien no es exacta a la de las reglas internacionales, esta se ajusta, dejando claro los requisitos que hay que cumplir para consolidar la figura.

3.2 Características generales de la institución

De la definición de la Regla A de York y Amberes se extraen los elementos esenciales de la avería gruesa, sin los cuales, el acto no nace a la vida jurídica o simplemente se genera un acto distinto.

Dichos elementos son los siguientes: 1. Que exista voluntariedad en la ejecución del acto (el acto tiene que ser VOLUNTARIO); 2. Que el sacrificio o los gastos que se realicen tengan por finalidad la protección común de los intereses de la aventura marítima; 3. El sacrificio o gasto tendrá como fin evadir un peligro; 4. El gasto o sacrificio debe ser razonable; 5. Debe ser extraordinario; y 6. Debe haber un resultado útil.

Es importante tener en cuenta que en la legislación de varios países, se añaden requisitos formales para hacer posible la declaración de avería gruesa. Por ejemplo, la legislación marítima argentina establece que además de los requisitos esenciales antes mencionados, es necesario que el acto de avería se realice después de delibe-

14 Reglas de York y Amberes 2004. Regla A.

15 Artículo 1517. Código de Comercio colombiano.

raciones motivadas por parte de los oficiales de la nave y se requiere que exista un acta de protesta¹⁶ la cual deberá registrarse en el puerto de destino.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la institución se ha dicho que el origen de la obligación de contribuir en avería gruesa surge ante la “asociación temporal de intereses”¹⁷, la cual, nace de la unión de los elementos de la aventura marítima (carga, buque y flete) y de los peligros a los que esta se somete.

Vale resaltar que tal como se señala en el estudio que hace Atilio Malvagni de la avería gruesa en el Código de Comercio argentino, existen averías-daños relativas al buque y averías-daños relativas a la carga.

En las averías-daños relativas al buque se encuentran: 1. Varadura del buque; 2. El forzamiento de velas; 3. El abandono de anclas y amarras para salvación o ventaja común; 4. El hundimiento de un buque en puerto para mitigar un incendio y salvar a los demás buques que se encuentren próximos al que sufre el incendio; entre otros ejemplos.

En cuanto a las averías-daños en la carga, se encuentran: 1. Las mercaderías que se dan como rescate al enemigo; 2. La echazón de mercancías; y 3. Las mercaderías que se dañan por el cargue y descargue para prevenir un daño; entre otros.

A su vez, existe otro tipo de causal de avería común, la cual se denomina avería-gastos, esta, se pueden observar –según el estudio de Malvagni– en los siguientes casos: 1. La curación, manutención e indemnización de los tripulantes heridos o mutilados en defensa del buque; 2. Los que se hagan para poner a flote el buque encallado; 3. Los gastos encaminados a pagar los sueldos y la manutención de la tripulación en el evento en que ocurra una arribada forzosa; 4. El valor de las costas judiciales para la clasificación y contribución en avería gruesa; entre otros.

En cuanto al momento en el que puede realizarse un acto constitutivo de avería general, hay que decir que para ser considerado avería general, la pérdida o el gasto tiene que haber sucedido durante el transcurso de la aventura marítima, la cual, “solo termina cuando la descarga de la mercancía se ha completado”¹⁸.

Lo anterior se puede apreciar en el caso de *Whitecross Wire & Iron vs. Savil*, el cual demuestra que se puede presentar el evento en que aun cuando más del 90% de la carga de uno de los consignatarios haya sido descargada, si se ejecuta un acto

16 El capitán de la motonave deberá presentar “en debida forma los asientos pertinentes en el Diario de Navegación, y posteriormente la protesta de mar en el primer puesto de escala y la ratificación en el destino”. MALVAGNI, *op. cit.*, pág. 234.

17 MALVAGNI, *op. cit.*, pág. 229.

18 GASKELL N. J. J., DEBATTISTA C, and SWATTON R. J. *Chorley and Giles’ Shipping Law*. Institute of Maritime Law University of Southampton, pág. 296.

de avería común que beneficie al 10% de la carga de dicho consignatario que sigue a bordo, al no haber terminado la operación de descargue se entiende que no ha culminado la aventura marítima y por tal hay lugar a contribución.

Luego de ver a grandes rasgos ciertas características de la avería gruesa, es preciso seguir con el estudio detallado de los elementos fundamentales de la institución, toda vez que sin la existencia de estos es imposible que se realice un acto de avería común.

3.3 Requisitos de la esencia de la avería general

Como es ya conocido, por requisito de la esencia se entiende aquel sin el cual el acto no existe o degenera en otro distinto, por tanto, es de vital importancia hacer referencia a los elementos de la esencia de la avería general, pues frente a la ausencia de al menos uno de estos, no se puede siquiera considerar la idea de declarar la avería común.

Los elementos de la esencia de la avería común son: “1. Que el acto de sacrificio o gasto sea voluntario; 2. Que exista un peligro común; 3. Que exista un interés común”¹⁹; 4. Que el acto sea razonable; 5. Que el acto sea extraordinario; y 6. Que haya un resultado útil.

3.3.1 Voluntariedad en el acto de gasto o sacrificio

Para la existencia de la avería común es necesario que su declaración se derive de la ejecución de un acto, es decir, es necesario que exista “una manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos”, sin la cual es imposible concebir siquiera la posibilidad de declarar la avería gruesa. “Al hablar de avería general se hace referencia al acto realizado por el capitán y a los efectos que de dicho acto se deriven”²⁰.

El requisito de la voluntariedad en el gasto o sacrificio se desprende de las Reglas de York y Amberes, toda vez que como se ha mencionado con anterioridad, en estas reglas se establece que el acto de avería general tiene que ser intencional, lo que significa que “el acto debe haber sido ejecutado voluntariamente y no sufrido como consecuencia de las circunstancias”²¹.

Es importante tener en cuenta que “los daños y las pérdidas sufridas por accidente o por efecto de una fuerza mayor, no pueden constituir avería gruesa (...) el acto de avería gruesa debe ser el resultado del ejercicio de la facultad de razonar y de

19 RAMÍREZ CARMONA, *op. cit.*, pág. 21.

20 HEALY J., NICHOLAS and SHARPE J., DAVID, *op. cit.*, pág. 761.

21 *Ibid.*, pág. 774.

actuar discrecionalmente, todo dirigido al problema específico de salvar el buque y la carga que se encuentran en peligro²², es decir, tal como lo afirma GASKEL, “para que exista contribución, el sacrificio o gasto debe ser voluntario”²³.

Para que el acto sea considerado voluntario, se necesita que sea ejecutado por quien está al mando de la nave, que por regla general es el capitán, sin eliminar la posibilidad que otra de las partes que representa los intereses de la aventura marítima sea quien preste su voluntad para realizar el acto.

Muchos doctrinantes entre esos RIPERT, han expresado que solo el capitán representa los intereses comunes de la expedición marítima, pero se cree por muchos otros, que no solo el capitán está facultado para la realización del acto voluntario que constituye avería general, pues no es él el único que representa los intereses de la aventura.

Dentro de las personas distintas al capitán que se ha dicho pueden expresar su voluntad para la ejecución del acto de avería común se encuentra el armador y el fletador del buque (entre otros), pero se ha visto en la jurisprudencia de países de amplia tradición marítima como la inglesa, que incluso autoridades públicas pueden realizar un acto voluntario que genere la declaración de la avería general.

A diferencia de lo anterior, parte de la jurisprudencia de Estados Unidos se une a ciertos doctrinantes en la idea que tan solo el capitán del buque está facultado para representar los intereses comunes de la expedición y por tanto es el único con potestad para expresar su voluntad y constituir un acto de avería general²⁴.

Como consecuencia, cierto sector de la doctrina americana indica que cómo el sacrificio es realizado en beneficio de la aventura común, este solo podrá ser realizado por alguien que tenga el control de la seguridad de la aventura y no podrá ser realizado por personas ajenas a la expedición como lo son las autoridades públicas.

Sin embargo, parte mayoritaria de la doctrina de tradición anglosajona indica que “el acto de avería general podrá ser realizado por el dueño del buque, el capitán o cualquier otra persona que actúe en representación de los intereses de la aventura, por medio del control que tiene sobre esta y el deber de protegerla de los peligros a los que está expuesta”²⁵.

22 LOWNDES and RUDOLF. *General Average and York-Antwerp Rules*, pág. 3.

23 GASKELL N. J. J., DEBATTISTA C, and SWATTON R. J., *op. cit.*, pág. 293.

24 Ha dicho la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos: “El poder y el deber de determinar qué parte de la aventura común debe ser sacrificada para la seguridad de los demás, y cómo y cuándo debe hacerse el sacrificio, corresponde al capitán del buque, pues es la persona a quien se le ha confiado el comando y la seguridad de la aventura común y de todos los intereses comprendidos en ella”.

25 HEALY J., NICHOLAS and SHARPE, J., DAVID, *op. cit.*, pág. 767.

Aun cuando la teoría de que solo el capitán del buque está facultado para realizar el acto voluntario ha tenido acogida en ciertas jurisdicciones, es preciso aclarar que en las Reglas de York y Amberes²⁶, en ningún momento se indica de manera explícita que sea el capitán del buque quien de manera exclusiva esté facultado para realizar el acto voluntario.

También se debe mencionar que al igual que las Reglas de York y Amberes el Código de Comercio colombiano²⁷ no exige que el acto voluntario sea exclusivo del capitán, por el contrario, deja abierta la posibilidad de que persona distinta a este sea quien realice el acto voluntario constitutivo de la avería general.

3.3.2 *Existencia de un peligro común que amenace la aventura marítima*

Al igual que la voluntariedad, sin que exista un peligro común que amenace la aventura marítima no se puede hablar de la existencia de avería gruesa.

Como requisito de la esencia, la existencia de un peligro que amenaza la aventura es la razón por la que se permite la realización de un gasto o sacrificio extraordinario, todo lo anterior con el fin de evitar que ese peligro común afecte al total de los elementos constitutivos de la aventura marítima.

Tal como lo establece SCHULDREICH en su obra, “el peligro debe ser real, o sea, que exista, que no sea solo un juicio equivocado del capitán o de quien ejercita el acto de avería gruesa; el peligro debe ser actual, es decir, ni tan remoto como para no producir efecto alguno, ni tan cercano como para que sea imposible evitarlo. El peligro debe ser común, es decir, que afecte o amenace a todos los interesados en la aventura marítima”²⁸.

Hay que tener en cuenta que el peligro no puede ser inevitable, dado que de ser así, no puede nacer la obligación de contribuir, pues al ser inevitable no habrá posibilidad alguna de que exista un beneficiado, por tanto no habrá quien contribuya a resarcir el daño causado a quien sufrió el gasto o sacrificio.

26 Regla A de York y Amberes: “existe un acto de avería gruesa cuando, y solamente cuando, se ha hecho o contraído, intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro la propiedades comprometidas en una aventura marítima”.

27 Artículo 1517 Código de Comercio colombiano “Solo existe acto de avería gruesa o común cuando intencional y razonablemente se hace un sacrificio extraordinario o se incurre en un gasto de la misma índole para la seguridad común, con el fin de preservar de un peligro los bienes comprometidos en la navegación”.

28 SCHULDREICH TALLEDA, HÉCTOR ADOLFO, *Derecho de la navegación*. Buenos Aires: Lumen. 1954, pág. 406.

Existe jurisprudencia de las Cortes internacionales en la que se ratifica que sin la presencia de un peligro real, ningún sacrificio o gasto podrá ser considerado como avería gruesa.

El ejemplo más claro es el del caso *Watson vs. Firemen's Fund Insurance Co.*²⁹, en el que el capitán de la nave movido por una confusión creyó que había un incendio en una de sus bodegas, por lo que procedió a extinguirlo. Como consecuencia del intento de extinguir el fuego se causó daños a las mercancías que se encontraban en dicha bodega.

El problema se hizo evidente a la llegada a puerto de destino, cuando se dieron cuenta que tal incendio no había existido jamás y que el humo que salía de la bodega se debía a una tubería de vapor que se había roto.

Al constatarse que no había habido un peligro real, pues el fuego nunca existió, los daños causados a la mercancía en el intento por extinguir el supuesto fuego no pudieron ser considerados como daños de avería general.

En cuanto al origen del peligro, este es indiferente a la declaración de la avería común. Aun cuando el acto de avería general se genere como consecuencia de una situación de peligro creada por actuaciones atribuibles a alguna de las partes de la aventura marítima, dicha avería sigue considerándose como tal y surge la obligación de contribuir a la avería común por parte de quienes resultaron beneficiados del acto.

Vale resaltar que cuando el acto de avería general se produce como consecuencia de la culpa de una de las partes de la aventura marítima, esta no tendrá derecho a recibir contribución alguna por parte de quienes se vieron beneficiados del acto de avería gruesa, por el contrario, de resultar beneficiada deberá contribuir a resarcir el perjuicio sufrido por otros.

Como sustento de lo anterior, es preciso traer a colación tanto la Regla D de York y Amberes³⁰ como el artículo 1520³¹ del Código de Comercio de Colombia, en donde se establece que no obstante haya habido culpa de alguno de los interesados surge la obligación de contribuir en avería gruesa.

29 GASKELL N. J. J., DEBATTISTA C., and SWATTON R. J., *op. cit.*, pág. 289.

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

31 Código de Comercio, artículo 1520. "La obligación de contribuir en la avería común subsiste aunque el suceso que hubiere dado origen al sacrificio o gasto se haya debido a culpa de una de las partes interesadas en la navegación, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse contra ella".

Hay que mencionar que la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones Inglesa ha dejado claro que no solo el peligro al que se enfrenta el buque, la carga o el flete, será constitutivo de avería gruesa. Se afirmó entonces por parte de dicha Corte que también el peligro que amenace vidas humanas³² será considerado como causal para la aceptación del acto de avería general y el surgimiento de la obligación de contribuir.

Si bien la vida de un ser humano es más importante que los elementos de la aventura marítima, se cree que el pronunciamiento de la Corte inglesa genera una situación difícil de resolver de cara eventos reales en los que se declare la avería gruesa, toda vez que si bien es claro que ante una situación que amenace la vida se deben realizar todos los gastos y sacrificios necesarios para evadir ese peligro, también es claro que a la hora de establecer el monto de la contribución por dichos gastos o sacrificios, dicho monto no podrá ser tasado, pues no es posible saber el valor del beneficio recibido por mantener la vida de un ser humano.

3.3.3 *Interés común*

Se entiende que el interés común es aquel que surge de la unión de la carga, el buque y el flete, los cuales son los elementos que conforman la aventura marítima. Es de esa unión a la que se hace referencia al hablar del requisito de la existencia de un interés común para que pueda presentarse la avería general. Para que esto suceda, “el acto debe haber sido realizado para preservar la seguridad *común* ante un peligro que amenace la aventura marítima”³³.

Según RIPERT, para efectos de saber en qué momento se constituye la aventura marítima y por ende se puede hablar de un interés común, es necesario tener en cuenta que la comunidad de intereses que existe entre buque, carga y flete surge “a partir del momento en que el cargamento es colocado a bordo del buque y permanece hasta el momento en que es descargado en su totalidad”, es decir, solo durante ese periodo de tiempo se podrá considerar que existe una comunidad de intereses y por lo tanto solo durante dicho tiempo se podrá realizar un acto encaminado a proteger el interés común de la aventura marítima.

Hay que tener en cuenta que existen ciertos elementos que se encuentran a bordo de las naves pero que no hacen parte de la comunidad de intereses y no harán parte de la liquidación, en caso de presentarse una avería gruesa; esos elementos son: “las provisiones y vituallas del buque, las municiones de guerra del buque, los bienes personales del capitán y los tripulantes, de los sobrecargos y de los pasajeros entre otros”³⁴.

32 Indica la Corte de Apelaciones Inglesa que “no es correcto decir que solamente el peligro del buque, de la carga o del flete justifica el gasto o sacrificio realizado, ello también puede ser hecho ante el temor de la muerte”. LOWNDES and RUDOLF, *op. cit.*, pág. 30.

33 Gaskell N. J. J., Debattista C, and Swatton R. J., *op. cit.*, pág. 295.

34 RAMÍREZ CARMONA, *op. cit.*, pág. 36.

Por último, es importante mencionar que tanto la regla A de York y Amberes como la normatividad del Código de Comercio en su artículo 1517, establecen la necesidad de la existencia de un interés común para que se configure la avería gruesa. Las dos normas al referirse a la seguridad común y a la aventura marítima hacen del interés común un requisito de la esencia de la institución en estudio.

3.3.4 Necesidad de obtener un resultado útil

Es preciso resaltar que bajo la lógica de la institución, la obligación de contribuir en avería gruesa solo podrá hacerse exigible si por la ejecución del acto se logra un resultado útil del que se reporte un beneficio para alguno de los integrantes de la aventura marítima.

El fundamento de la contribución en avería gruesa surge de la obligación “que tiene aquel cuya propiedad ha sido salvada, de resarcir el perjuicio sufrido por aquel que ha soportado el daño para salvar la propiedad del primero”³⁵.

En el evento en que ninguna de las partes inmersas en la aventura marítima sea salvada del peligro como consecuencia del acto de avería general, no habrá lugar a que surja la obligación en cabeza de esa parte de contribuir, toda vez que si todos resultaron perjudicados, no estará ninguno en condición favorable para realizar la contribución que establece la norma.

3.3.5 El gasto o sacrificio tiene que ser extraordinario

Que el gasto o sacrificio tenga que ser extraordinario significa que, “lo que se haga para escapar del peligro no sea algo normal en un trayecto ordinario de los que suele realizar el buque”³⁶.

Para explicar lo anterior se cree importante hacer mención a dos decisiones judiciales en las que se hace evidente la necesidad que el gasto o sacrificio sea extraordinario para poder declarar la avería común.

En el caso de *Wilson vs. Bank of Victoria*³⁷, un velero, que además contaba con maquinaria para su propulsión, perdió la capacidad de navegar por medio de la vela por lo que tuvo que continuar el viaje solo con el motor con el que contaba la nave, lo anterior incrementó significativamente los costos del viaje y dichos gastos se presentaron como constitutivos de avería general.

35 GASKELL N. J. J., DEBATTISTA C, and SWATTON R. J., *op. cit.*, pág. 297.

36 GASKELL NJJ, DEBATTISTA C, and SWATTON RJ. *op. cit.*, pág. 290.

37 *Ibíd.*, pág. 291.

La Corte por medio de esta sentencia estableció que dichos gastos no podían ser considerados como avería general teniendo en cuenta que al contar la embarcación con un motor destinado para suplir las necesidades de navegación, el uso del mismo no podría ser considerado como un gasto extraordinario, siempre que la finalidad de ese motor era precisamente la de asistir a la embarcación en caso de tener problemas con la vela. Por lo anterior, se puede observar que el motor se usó para lo que estaba destinado y no se puede considerar este uso como un gasto extraordinario y mucho menos como un acto constitutivo de avería gruesa.

Por otra parte, se encuentra la sentencia del caso *Robison vs. Price*³⁸ en el que tras la fuerte filtración de agua que sufrió la embarcación durante el viaje, se tuvo que hacer uso durante tiempo prolongado de las bombas encargadas de extraer el agua de la embarcación, para así mantener la nave a flote.

El problema se presentó pues la bomba funcionaba con la misma maquinaria que propulsaba la embarcación, por lo que se tuvo que usar más carbón de lo habitual para poder mantener la operación tanto del motor de la nave como de la bomba que estaba siendo usada para salvar la expedición.

Debido a lo anterior, la reserva de carbón con la que se contaba para llevar a cabo la expedición se consumió y fue necesario incinerar parte de la carga para usarla como combustible y poder así continuar tanto con la operación de la nave como con la de la motobomba.

En este caso la Corte consideró que dado a las condiciones explicadas, la quema de la carga para usarla como combustible era aceptada como un sacrificio extraordinario y por tanto se debía contribuir en avería gruesa.

3.3.6 El acto realizado para evitar el peligro común debe ser razonable

Teniendo en cuenta la Regla Paramount de York y Amberes, es preciso incluir el elemento de la razonabilidad del acto como uno de los elementos de la esencia de la avería común. Según la Regla Paramount, *“en ningún evento, se permite gasto o sacrificio a menos que se haya incurrido en éste de manera razonable”*.

Al decir que el acto tiene que ser razonable, se hace referencia a que no todo acto realizado para salvar la aventura marítima del peligro que la amenaza podrá ser considerado como avería gruesa. Un gasto o sacrificio desmesurado, así consiga cumplir su cometido, no generará la obligación de contribuir en avería común.

38 Ibíd., pág. 291.

4. NORMATIVIDAD APLICABLE

Como se ha mencionado antes, la normatividad aplicable a la avería común ha sufrido varias modificaciones durante el paso del tiempo.

En la actualidad, se puede afirmar que casi todos los Estados en los que se realiza actividad de transporte marítimo cuentan con una regulación al respecto. Por lo general, por medio de un acuerdo contractual se aplican las Reglas de York y Amberes³⁹, de lo contrario aplicará la normatividad interna de cada Estado.

4.1 Normatividad aplicable en Colombia respecto a la avería general

No obstante la legislación colombiana en el articulado de su Código de Comercio regula la institución de la avería gruesa, vale resaltar que en la mayoría de los casos la institución se rige por las Reglas de York y Amberes, las cuales adquieren poder vinculante por su inclusión en los conocimientos de embarque.

4.1.1 Reglas de York y Amberes

Como se ha observado varias veces durante el escrito, las Reglas de York y Amberes surgieron como respuesta al creciente número de conflictos de leyes que se generaban como consecuencia de las múltiples y tan distintas legislaciones que regulaban la avería general alrededor del mundo.

De lo anterior, surgió la necesidad de lograr unificar la normatividad que regulaba la materia y de ahí, surgió en 1860 el movimiento que tuvo como resultado la creación de las normas de York y Amberes, cuya modificación más reciente ocurrió en 2004, tras la conferencia de Vancouver.

Es preciso afirmar que las Reglas de York y Amberes lejos de ser un Tratado Internacional al que se encuentran suscritos varios Estados, es “un convenio privado, es decir, no tiene fuerza legal vinculante entre las naciones”⁴⁰, pero su aplicación se ha convertido en la constante en la práctica del comercio marítimo internacional, al punto de ser considerada como la norma más importante que existe en la regulación de la avería general y por tal se encuentra incluida en los clausulados, sino de todos, de la mayoría de los conocimientos de embarques del mundo.

Las reglas están compuestas por un texto conformado de dos cuerpos normativos, los que se dividen en un grupo de reglas clasificadas alfabéticamente y otro compuesto por una clasificación numérica.

39 Estas reglas pueden encontrarse en la página Web del “Comité Marítimo Internacional” (www.comitemaritime.org).

40 LOWNDES and RUDOLF, *op. cit.*, pág. 53.

Las reglas alfabéticas son siete, van desde la letra A hasta la letra G y es en estas en las que se establecen los principios generales que rigen la avería gruesa.

Por otra parte, se encuentran las 23 reglas numeradas en las que se establecen casos específicos en los que se configura la Avería Gruesa y otros en los que no se configura dicha institución.

Las reglas alfabéticas tienen una importancia singular, pues se considera, que en los eventos en que un caso no encuadre en los casos particulares descritos en las reglas numéricas, dicho caso podrá ser resuelto de conformidad a los principios generales que establecen las reglas alfabéticas.

Al existir estos dos cuerpos normativos, se generó un debate respecto a cuál de los dos prevalecía frente al otro. Obviamente las posiciones variaban según las conveniencias. Luego de una importante decisión jurisprudencial de un Tribunal de Inglaterra, se estableció que tanto las reglas alfabéticas como las numéricas conforman un solo cuerpo normativo, el cual se debía interpretar como una unidad, eliminando así la posibilidad de aplicar las unas o las otras según la conveniencia de cada parte.

Como resultado de la importante decisión del Tribunal inglés en el caso MAKIS⁴¹, se firmó en Viena el acuerdo conocido como el *Convenio Makis*, el cual establecía que las Reglas de York y Amberes se tenían que analizar como si se les hubiese incluido una cláusula extra, la cual indica que con excepción a los casos específicos previstos en las reglas numéricas, todo lo pertinente a la avería gruesa se analizará según los principios generales estipulados en las reglas alfabéticas.

4.1.2 Legislación colombiana frente a la avería general

Como ha sucedido con la mayoría de las instituciones del Derecho Marítimo, en el ordenamiento jurídico colombiano, la avería gruesa carece de pronunciamientos jurisprudenciales que ayuden a su estudio. A su vez, la carencia de desarrollo doctrinal no facilita realizar un estudio de la institución a la luz de nuestro ordenamiento.

En el articulado del Código de Comercio, se encuentra el único desarrollo legal que se le ha otorgado a la institución en el derecho colombiano. En el Título VI del libro Quinto del Código de Comercio (artículos 1517-1528) se pueden encontrar los únicos artículos que en la extensa legislación colombiana hacen referencia a esta figura.

Desafortunadamente, es claro que los artículos del Código de Comercio que tratan la avería común fueron redactados sin tener en cuenta los avances que había tenido la institución a la época de la redacción del nuevo Código de Comercio colombiano, lo que

41 "The Makis, refused to let the numbered rules trump the lettered rules, a position contrary to the position of the business community". HEALY J., NICHOLAS and SHARPE, J., DAVID, *op. cit.*, pág. 774.

tuvo como consecuencia que desde su implementación, este articulado ya se encontrara desactualizado.

Lo anterior se puede afirmar, toda vez que “las normas del código son muy generales y, por otra parte, están inspiradas en las normas de York y Amberes de 1950 y aún de 1924”⁴², cuando en la actualidad, la última modificación de dichas reglas se produjo en 2004 tras la conferencia de Vancouver.

Además, se hace evidente tras el estudio del Código de Comercio colombiano que el legislador tomó solo algunos fragmentos de las Reglas de York y Amberes y los incorporó a la legislación interna, teniendo como resultado una legislación poco coherente y que desconoce la realidad práctica de la institución, en donde por medio del acuerdo de voluntades, en la mayoría de los casos sino en todos, se pacta la aplicación de las reglas de York y Amberes por encima de la legislación interna.

5. LA AVERÍA GRUESA EN LA PRÁCTICA

En caso que se presente un evento que origine la declaración de avería gruesa, el transportador contactará a un ajustador especializado para que realice la liquidación correspondiente en la que se determinen los valores a contribuir. Este hecho será informado por el transportador a las partes interesadas ya sea directamente, por intermedio de su agente marítimo o a través del ajustador de la avería.

La finalidad de la mencionada liquidación, es la de establecer si la declaración de avería gruesa cumple con los requisitos necesarios para ser considerada como tal y determinar los montos que las partes beneficiadas deben contribuir a favor de las partes afectadas.

En consideración a que el proceso de liquidación de la avería gruesa puede llevar años, en la etapa inicial del proceso el ajustador solicitará a los beneficiados realizar un depósito de dinero por un valor determinado, para garantizar el recaudo del monto que se determine como contribución una vez se haya culminado con la labor de liquidación.

El monto a aportar como depósito será determinado por el ajustador y corresponderá a un porcentaje del valor de los bienes o intereses que hayan sido beneficiados como consecuencia del gasto o sacrificio sufrido por otros.

Con el propósito de recaudar el dinero mencionado, el ajustador solicitará a aquellos intereses que no estén asegurados, realizar un depósito en dinero a una cuenta establecida por el ajustador.

42 RAMÍREZ CARMONA, *op. cit.*, pág. 89.

Así mismo, para los intereses que estén asegurados, el ajustador establecerá unas condiciones mínimas que deben cumplir las aseguradoras que pretendan dar garantía a favor de su asegurado en vez de realizar el depósito en dinero. En la mayoría de los eventos, ese estándar mínimo se sujeta a la calificación que la aseguradora haya recibido de parte de alguna de las agencias de calificación de riesgos tales como 'Standard and Poor's' o 'Fitch Ratings'.

Si la aseguradora no cuenta con calificación alguna o la calificación que tenga sea inferior al estándar mínimo establecido por el ajustador, la aseguradora deberá hacer una consignación en dinero a una cuenta determinada por el monto que se haya establecido.

En el evento en que la aseguradora cumpla con los requisitos exigidos por el ajustador, con el simple diligenciamiento del "General Average Guarantee" se entenderá suministrado respaldo suficiente para que una vez se determine el valor a contribuir, la parte afectada reciba el monto al que tiene derecho.

En la práctica, con el fin de conseguir el mencionado depósito y la documentación necesaria para poder llevar a cabo el ajuste de la avería, el ajustador solicitará a las partes obligadas el diligenciamiento de los documentos denominados "Average Bond"⁴³ y "General Average Guarantee"⁴⁴.

El "Average Bond", deberá ser diligenciado, firmado y sellado por el titular del interés que se ha visto beneficiado por el acto de avería. En el caso que haya sido la carga la que se ha visto beneficiada, podrá ser el remitente o el consignatario (dependiendo quien tenga título sobre los bienes) quien deberá diligenciar, firmar y sellar el documento.

Así mismo, ese documento debe ir acompañado de copia del conocimiento de embarque y de la factura comercial de la mercancía (carga) o avalúo del buque dependiendo del caso en concreto. Con estos documentos el ajustador podrá realizar su labor de ajuste y además podrá constatar que el depósito aportado efectivamente corresponde al porcentaje debido.

El "General Average Guarantee", deberá ser diligenciado, firmado y sellado por la aseguradora del interés obligado. Este documento, tal como se mencionó anteriormente será diligenciado con el fin de servir como garantía que el interés obligado, con su aseguradora como garante, pagará la contribución correspondiente una vez establecida al finalizar el ajuste de la avería.

Para que este documento sea aceptado como garantía, la aseguradora que lo emite deberá contar con la calificación mínima exigida por el ajustador,

43 Anexo 1.

44 Anexo 2.

este baremo puede variar dependiendo del caso y de la firma ajustadora asignada para el evento.

En caso que la aseguradora no cumpla con los estándares exigidos o si simplemente la aseguradora decide no expedir la garantía, se deberá hacer un depósito en dinero a la cuenta y por el monto designado por el ajustador.

Frente al “General Average Guarantee”, hay que mencionar que este debe firmarse por el porcentaje exigido por el ajustador, el cual se calculará a partir del valor CIF o C&F de la mercancía, el valor de la nave o el valor del flete pendiente de pago, dependiendo del caso.

Al ser la aseguradora quien emite este documento, hay que resaltar que ni para el cálculo del depósito de garantía ni para la contribución definitiva aplica deducible.

A su vez, aunque parezca redundante, es preciso mencionar que en caso de avería gruesa habrá que revisar la póliza correspondiente para establecer si esta cobertura se ofrece o no en el contrato de seguro⁴⁵. Es de precisar, que en algunas jurisdicciones, tales como la inglesa, en donde la avería gruesa opera por ley, se ha entendido que “la responsabilidad de la aseguradora no depende de la inclusión de una cláusula específica en la póliza; la responsabilidad de la aseguradora depende de que la pérdida o gasto generador de la avería común, sea consecuencia de un peligro cubierto por la póliza”⁴⁶.

Así mismo, aun cuando algunos ajustadores locales opinen lo contrario, en caso de existir coaseguro dependerá de las políticas de la compañía líder la decisión de emitir el “General Average Guarantee” por el 100% del valor solicitado como depósito por parte del ajustador, o si por el contrario se emite el documento por el porcentaje de su participación en coaseguro; caso en el que las demás coaseguradoras deberán emitir a su vez la garantía por su participación o realizar el correspondiente depósito en dinero por el porcentaje de su participación.

En caso de no realizar el depósito en dinero o no entregar la garantía solicitada por el ajustador, la carga no será entregada al destinatario una vez esta llegue a puerto de destino. Esto se debe a que el acto de avería gruesa genera un privilegio marítimo a favor de quien se vio perjudicado por la misma y en contra de quien se vio favorecido, lo cual da lugar a un “derecho de retención” sobre el interés que deba hacer el depósito y no lo haya realizado.

45 Tanto las cláusulas A, B y C del Instituto (Carga) contienen cobertura para avería gruesa, así como también las pólizas de Casco, Protección e Indemnización y otras las cuales dependiendo del nivel de cobertura cubren o la totalidad del evento o la capa establecida en el condicionado.

46 BENNETT HOWARD, *The Law of Marine Insurance*. Second edition. Oxford University Press. 2006, pág. 765.

Esta etapa inicial del ajuste de la avería gruesa, en la que se tramitan los “Average Bonds” y “General Average Guarantees” y se entregan los documentos al ajustador, es la etapa más activa luego de declarada la avería común.

Luego de lo anterior, será función del ajustador adelantar la labor de ajuste para finalmente establecer si la declaración de avería cumple o no con los requisitos para ser considerada como tal. Así mismo se establecerá, qué partes están obligadas a contribuir, a favor de quienes se tiene que contribuir y el valor de la contribución. Una vez el informe de ajuste esté listo, este se presentará a las partes, las cuales pueden aceptar o rechazar la información ahí contenida.

En caso que la acepten, los depósitos consignados al inicio en la cuenta indicada por el ajustador se liberarán a favor de los beneficiarios de la contribución y las aseguradoras que dieron el “General Average Guarantee” como garantía única de la contribución deberán proceder al pago del monto garantizado por dicho documento.

Si bien es poco común, vale mencionar que en caso que luego del ajuste se determine que el valor a contribuir es mayor al monto solicitado como depósito, la parte obligada deberá pagar el valor adicional. Así mismo, si del resultado del ajuste se determina que el monto a contribuir es inferior al valor solicitado como depósito, se deberá restituir la diferencia a la parte que suministró el depósito.

En caso que las partes impugnen el informe del ajustador, existirá la posibilidad de llegar a un acuerdo extrajudicial para resolver las diferencias o se podrá llevar el caso a la Corte para que sea el juez competente quien determine si existió avería gruesa o no y el monto a contribuir.

Por último, en el evento que el informe final del ajustador determine que el evento no es constitutivo de avería gruesa, los dineros consignados como depósito serán devueltos a quienes los aportaron y las “Average Guarantees” serán anuladas⁴⁷.

6. CONCLUSIONES

Como conclusión es preciso hacer énfasis en algo que se ha mencionado varias veces durante el escrito. Es claro que en la práctica legal colombiana no hay desarrollo alguno de la institución de la avería gruesa en cuanto a decisiones judiciales se refiere, además, el desarrollo normativo existente trata de manera muy superficial la institución sometida a este estudio.

De lo anterior, se deduce que tratar un caso de avería común a la luz de la legislación colombiana, es por no decirlo menos descabellado, pues si bien existe el

47 En este caso, los intereses afectados también tendrán la posibilidad de impugnar el informe final, ya sea por vías extrajudiciales o llevando el caso a la Corte.

articulado del cual se habló en el desarrollo del texto, este presenta lagunas y regula la institución de manera superficial, dejando de lado el estudio de varios elementos y situaciones fundamentales para una correcta regulación de la materia.

Con respecto a lo anterior, es de suma importancia mencionar la relevancia que tiene la aplicación de las Reglas de York y Amberes, por medio de las cuales, se suple el vacío que deja la legislación colombiana con respecto a la avería común.

Sin embargo, hay que hacer énfasis en que la aplicación de las Reglas de York y Amberes solo puede efectuarse por vía contractual, lo que significa que dicha normatividad se hace vinculante para las partes que celebran el contrato de transporte marítimo con la inclusión de estas en el conocimiento de embarque.

A su vez, es preocupante la superficialidad con la que la normatividad colombiana trata la institución de la avería gruesa, pues si bien la necesidad de su existencia y aplicación se ha puesto en duda varias veces, sería difícil concebir la navegación marítima sin ella, dado que por más avances tecnológicos que se logren en la era moderna, los peligros del mar nunca cesarán. Así la avería general sea una institución milenaria, su aplicación será siempre una necesidad, mientras persistan los peligros de la navegación marítima.

Si bien la avería general se ha desarrollado de la mano con el transporte marítimo, y por la antigüedad de la misma se ha considerado por algunos como arcaica, vale resaltar que esta es absolutamente vigente en las relaciones de transporte actuales con tan solo algunos cambios de cara a sus inicios, donde el cambio más relevante que se puede evidenciar en la práctica son las partes que intervienen en el proceso de liquidación una vez se declara la avería gruesa.

Lo anterior se afirma toda vez que en el pasado eran directamente los consignatarios y el buque quienes intervenían en el proceso de liquidación de la avería y quienes hacían los aportes a la misma; hoy con los avances de los seguros, son en la mayoría de los eventos, las compañías aseguradoras que representan tanto a la carga como a la nave, quienes participan en el proceso de liquidación presentando los bonos de avería y realizando las contribuciones a las que haya lugar.

Según esto se considera equivocado pensar que la institución de la avería gruesa sea arcaica y poco útil para la navegación, cuando en realidad esta figura del derecho marítimo se considera un estandarte vigente y útil para la viabilidad del transporte marítimo.

Adicionalmente, hay que mencionar que el contrato de seguro no desplazará a la avería general sino que por el contrario la complementará; sin embargo, en caso de estar asegurados, ya no serán los propietarios que sufrieron el daño quienes actúen directamente contra quienes se beneficiaron del mismo, sino serán las compañías aseguradoras o los clubes P&I quienes intervendrán en la liquidación y posterior contribución de la avería general.

Hay que tener en cuenta que uno de los motivos para que la avería general siga teniendo vigencia en el comercio marítimo y en la relación entre el buque, la carga y el flete es que los contratos de seguro no cubren la totalidad de los riesgos a los que se expone la expedición marítima y no siempre todos los intereses están asegurados, por lo tanto, mientras esta situación persista siempre se necesitará de la existencia de la avería general para contrarrestar los riesgos a los que se enfrenta la aventura y poder así hacer una dispersión efectiva del riesgo.

Es importante mencionar que el desarrollo presentado por la avería general se constituye en un factor determinante para que la internacionalización del derecho marítimo se haya convertido en una realidad.

Como se explicó durante el desarrollo del texto, la redacción de las Reglas de York y Amberes constituyó un paso importante para los intentos de unificación de la normatividad marítima, intentando así eliminar los conflictos emergentes por la diversidad normativa de las distintas jurisdicciones.

Con lo anterior, no solo se logra mayor seguridad jurídica, sino que también se logra un mejoramiento en la situación a la que se enfrentan tanto las partes de la aventura marítima como sus abogados, pues al aplicarse las Reglas de York y Amberes se elimina la situación que se presentaba en el pasado en donde las partes involucradas tenían que conocer las diversas normas que regulaban la materia para afrontar los conflictos de leyes y jurisdicción que se presentaban. Por el contrario, con la aplicación de las Reglas de York y Amberes basta con el conocimiento de dicho texto para saber cómo actuar frente a una avería común.

Por último, se puede considerar entonces a la avería general como una de las principales instituciones que imprime el carácter de especial con el que se ha catalogado al Derecho Marítimo. La avería general tiene tal grado de especialidad que solo será posible su regulación por medio de normas especiales como lo son las del Derecho Marítimo.

BIBLIOGRAFÍA

1. ÁLVAREZ-CORREA DUPERLY, EDUARDO (1995), *El contrato de transporte marítimo*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Especialización de Derecho Comercial.
2. ARROYO, IGNACIO (2002), *Compendio de Derecho Marítimo*. Editorial Tecnos. España.
3. ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS. York. Antwerp Rules. 1974.
4. BENNETT HOWARD (2006), *The Law of Marine Insurance*. Second edition. Oxford University Press.
5. BUGLASS J., LESLIE, *Marine Insurance and general Average in the United States*. Cornell Maritime Press. Second edition. Centerville, Maryland.

6. Curso de Seguros del Chartered Insurence Institute. *Los siniestros en el seguro de transporte*. Editorial MAPFRE S.A.
7. DANJON, DANIEL (1934), *Tratado de Derecho Marítimo*. Madrid: Editorial Reus, S.A., primera edición.
8. GASKELL N. J. J., DEBATTISTA C., AND SWATTON R. J., *Chorly and Giles Shipping Law*. Institute of Maritime law University of Southampton. Eighth edition.
9. GOLD, EDGAR, *Gard Handbook on P&I Insurance*. Gard Fifth Edition.
10. HEALY J., NICHOLAS AND SHARPE J., DAVID (1999), *Cases and Materials on Admiralty*. American Casebook Series, Third Edition, St Paul, MINN.
11. HERMIDA HIGUERAS, LUIS. La avería gruesa según las Reglas de York y Amberes. México D.F.: *Revista Mexicana de Seguros*.
12. INSTITUTE OF MARITIME LAW (2008), *Southampton on Shipping Law*. Informa. London.
13. LAMBETH R. J. *Templeman on Marine Insurance its Principles and Practice*. Macdonald and Evans LTD. Fifth edition.
14. LOWNDES and RUDOLF (1979), *General Average and York*. Antwerp Rules. London: Stevens and Sons.
15. MALVAGNI, Atilio (1950), *Curso de derecho de la navegación*. Buenos Aires: Depalma.
16. RAMÍREZ CARMONA, SIGIFREDO, *Derecho Marítimo, La Avería Gruesa*. Bogotá Colombia. Editorial Lex.
17. RIPERT, GEORGES (1954), *Compendio de Derecho Marítimo*. Buenos Aires: Tea.
18. SIR ALAN, ABRAHAM MOCATTA; MICHEL J. MUSTILL AND STEWART C. BOYD (1974), *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*. Sweet and Maxwell. Eighteenth Edition. London.
19. SCHULDREICH TALLEDA, HÉCTOR ADOLFO (1954), *Derecho de la Navegación*. Buenos Aires: Lumen.
20. COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL. The York-Antwerp Rules 2004. [en línea][consultado 20 de agosto de 2007]. Disponible en <http://www.comitemaritime.org/cmids/yar.html>
21. V. SORLÍ ROJO Y J. L. CUADRADO ECHEVERRÍA (1996), *Los siniestros y las averías en el seguro de transportes*. José María Bosch Editor S.A., Barcelona.
22. VIVANTE BOLAFFIO, ROCCO, *Del comercio marítimo y de la navegación*. Buenos Aires: Ediar Editores.