

## 113

**La pérdida del cargamento por cambio forzado de ruta, y a causa de un accidente de mar, es de la responsabilidad del asegurador.**

---

*Recurso de nulidad interpuesto por la Compañía de Seguros «South British», en la causa que sigue con don José y don Federico Bresani, sobre cantidad de L. E.—Procede de Lima.*

---

## DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

En enero de 1882, la casa comercial de F. y J. Bresani, aseguró en la Compañía de nominada «The South British», una cantidad de ferretería y mercería, que el buque nombrado «Elisa», capitán Tomás Murray, debía conducir de Guayaquil al Callao, siendo el valor asegurado 800 libras esterlinas. Las condiciones del contrato aparecen en el documento de fojas 1, cuya autenticidad ha sido reconocida por los interesados.

Habiendo salido el buque de Guayaquil en viaje para el Callao y después de una escala en Tumbes, fué sorprendido por un fuerte ventarrón de Sud Oeste que rajó el palo mayor y partió el foque y trinquete, lo cual hizo necesaria la arribada al puerto de Esmeraldas con el objeto de

componer la nave. No habiéndose conseguido materiales para la reparación, siguió la «Elisa» por las «Islas de Colombia», «Coibó» y «Pueblo Nuevo», donde se vendieron dos barriles de anisado [que no estaban asegurados] para conseguir víveres. De «Pueblo Nuevo» pasó el buque al puerto de «David» [E.E. U.U. de Colombia] donde encontró los elementos necesarios para la reparación de las averías sufridas; y el Capitán, con el objeto de proporcionárselos, vendió hasta la cantidad de 516 soles en mercaderías propias y ajenas; pero el bajo precio de las ventas llamó la atención de las autoridades colombianas, las cuales embargaron el buque y el resto del cargamento, según el inventario de fojas ..... ascendiendo el valor de lo encontrado a la cantidad de 218 soles según la tasación de fojas 12, o 284 soles según la de fojas 202.

Demandada la compañía «The South British» y hecho el pago de la cantidad asegurada conforme al artículo 909 del Código de Comercio, se ha recibido esta causa a prueba para que la Compañía demandada acredite los hechos en que apoya su contradicción al pago del valor del seguro.

Trátase, pues, de saber si el asegurador es responsable de las averías sufridas por la carga que aseguraron don F. y J. Bresani abordo de la «Elisa»; o, lo que es lo mismo, si la pérdida del cargamento está comprendida en los riesgos asegurados en la póliza de fojas 1, para lo cual es necesario examinar ese documento en su relación con los hechos que causaron la pérdida y con las prescripciones pertinentes del Código de Comercio, que es la ley en la materia.

Toda pérdida o daño que ocurre a una nave o a su cargamento en la navegación, así como

los gastos extraordinarios para su conservación o reparación se llama avería en el comercio marítimo. El Código del Ramo distingue tres clases, a saber: averías ordinarias, averías simples o particulares y averías gruesas o comunes. Las primeras son impertinentes al punto controvertido.

Las averías simples o particulares son de cuenta del propietario de la cosa que sufrió el daño u ocasionó el gasto [artículo 967, del Código de Comercio], al paso que las gruesas o comunes, o generales, como las califica la póliza de fojas 1, se soportan por todos los interesados en la nave y cargamento que existe en ella al tiempo de correrse el riesgo, causa de la avería (artículo 971 del Código de Comercio). Dificiles fijar la diferencia entre las averías simples o particulares y las comunes, pues en muchos casos un mismo daño o gasto puede constituir distinta clase de avería; y por esto sin duda el Código de Comercio hace una confusa clasificación de ellas en los artículos 968 y 970; pero a través de esa confusión se notan dos puntos esenciales que distinguen esas dos clases de avería. Esos dos puntos son: 1º Que el daño o gasto se causa deliberadamente; y 2º Que redunde en beneficio de todos los interesados en el buque y cargamento (artículo 969).

A la luz de estos dos principios, pueden examinarse y explicarse satisfactoriamente los nueve incisos del artículo 968 comparándolos con las doce del 970, y conocer cuando una avería es común y cuando particular. Así los incisos 1º. y 2º. del 968 consideran como averías simples las que sobrevienen por vicio propio de las cosas, accidente de mar o fuerza insuperable: de manera que si una mercadería se deteriora o pierde por corrupción, merma, derrame, tempestad, incendio o cualquier otro accidente que no cause un

daño común y general, la avería no puede tener este carácter: es particular y debe soportarla solo el propietario. Pero ¿puede deducirse de aquí que los daños o gastos causados por todo accidente de mar constituyen una avería simple? De ninguna manera; porque, cuando el accidente de mar es de tal naturaleza que pone en peligro el buque y el cargamento en general, el daño sufrido y los gastos hechos para evitarlo o repararlo constituyen evidentemente una avería gruesa o común, y esta es la razón de los incisos 2º. a 8º del artículo 970, que contiene siete clases de averías gruesas provenientes todas de accidentes de mar. La avería contenida en el inciso 3º. artículo 968 es particular, porque, al contratarse por un tanto todo el viaje, se presume que el naviero tuvo en cuenta la posibilidad de una mayor duración del viaje para alzar el flete, y debe soportar esa pérdida del mismo modo que aprovecharía las ventajas de su menor duración. Lo contrario sucede cuando el viaje es por meses, pues se presume que en el cálculo del flete hecho por el naviero en esa forma, no está comprendida la mayor duración del viaje, y por esto esa avería es común conforme al inciso 11º. del artículo 970.

La 5ª de las averías particulares es la más difícil de calificar y se confunde con la 12ª. de las comunes. Ese daño consiste en el menor valor que hayan producido las mercaderías vendidas por el Capitán en una arribada forzosa; y es *particular* cuando tiene por objeto “pagar alimentos, salvar la tripulación o cubrir cualquiera otra de las necesidades del buque”; y *general*, cuando se hace el gasto “para reparar el buque del daño causado por cualquier accidente que pertenezca a la clase de averías gruesas”. Aquí entra la oscuridad de la ley; y esa oscuridad nace de

que confunde la avería con el accidente que le da origen. Una tempestad, un naufragio, un incendio, un apresamiento etc., son accidentes, y pueden dar origen a averías simples o gruesas; por consiguiente, no puede aplicarse a aquéllos los calificativos de éstas para determinar su naturaleza, sin caer en un círculo vicioso. Como no puede suponerse que hay leyes contradictorias, es preciso convenir en que cuando el inciso 5o. habla de «cualquier otra necesidad que ocurra en el buque», se refiere a aquellas necesidades que no asumen el carácter de generalidad necesaria para que el gasto que se hace en satisfacerlo redunde en provecho común; al paso que el inciso 12 se refiere a aquellos accidentes que ponen en peligro el conjunto de la nave y su cargamento. Por esta razón aquéllas producen averías particulares y éstos dan origen a la avería común.

No es necesario continuar examinando los demás incisos del citado artículo 968, pues lo dicho basta para dejar establecido que uno de los caracteres de la avería gruesa consiste en que el gasto hecho o el daño causado redunde en beneficio y utilidad de todos los interesados en el buque y cargamento; y esto es legal y justo, porque nadie debe enriquecerse a costa de otro, y el que recibe el provecho debe soportar el gasto que lo ha producido.

Estas disposiciones legales, como todas las que contiene la sección 1a. título 4o. libro 3o., C. Mercantil, fijan las relaciones entre el naviero y los cargadores, declarando que corresponde la responsabilidad de las averías particulares al dueño de la cosa que recibió el daño u ocasionó el gasto, sea el naviero u alguno de los cargadores; y la de las averías comunes a la totalidad de los interesados en la nave y cargamento, co-

mo lo declara el artículo 971 id.; pero estas relaciones son muy distintas de las que existen entre el asegurador y el asegurado, las cuales deben sujetarse a las disposiciones de la Sección 3a., título 3o. del mismo libro, que trata de los «Seguros Marítimos».

Por este contrato, el asegurador se obliga, mediante cierto precio que se llama prima, a responder o indemnizar al asegurado de los daños que pueden causarle los accidentes de mar, sea que ese daño constituye una avería ordinaria, gruesa o particular. El asegurador se sustituye en las obligaciones del asegurado: de manera que, si éste es naviero, responde aquél de las averías que son de cargo de éste; y, si es cargador asume las que corresponden al dueño de la carga, sustituyéndose también en los derechos de éste para repetir en los casos respectivos contra los demás cargadores y contra el capitán o dueño del buque.

Las pérdidas o daños de que responde el asegurador son los contenidos en el artículo 883 idem, y pueden estipularse las excepciones que los contratantes tengan a bien; pero estas excepciones no podrán llegar hasta destruir la naturaleza del contrato haciendo irresponsable en lo absoluto al asegurador o excluyendo todo riesgo de mar, porque entonces dejaría de ser seguro marítimo para convertirse en otra clase de pacto.

Si no se establece ninguna excepción, se entienden incluidos en el seguro todos los accidentes a que se refiere el artículo citado [883] y las averías de cualquiera naturaleza que de ellos provengan.

El documento de fojas 1 en la cláusula 3a. dice que la Compañía «The South British» asume «los riesgos y peligros provenientes de los

mares, piratas, incendios, ladrones, salteadores, lanzamiento, baratería del Capitán y marineros, y demás peligros, pérdidas y accidentes consiguientes a los riesgos de los mares»; y como según los alegatos de dicha Compañía, los accidentes de mar sólo producen avería particular, pues no son causados deliberadamente, es claro que la cláusula indicada se hallaría en contradicción con la 6a. que excluye la avería particular, destruyendo por completo los efectos de aquella estipulación. Resultaría pues, que lo que se asegura por una cláusula principal y constitutiva del contrato se exceptúa por otra, desnaturalizando el pacto; y como esto no es admisible, hay que dar a la frase «accidentes de mar» su verdadero sentido, admitiendo que producen avería común, siempre que ofrecen un riesgo o causan un daño que redundan en perjuicio común a la nave y cargamento.

Esto sucedió con la “Elisa”: un ventarrón (accidente de mar) rompió los palos: puso en peligro la nave y el cargamento: obligó al capitán a arribar al puerto de “David” y lo puso en la necesidad de vender (acto deliberado) el cargamento, para reparar el buque y salvar tanto a éste como el resto del cargamento [beneficio común]; luego, el menoscabo en el precio de la venta es, en todo rigor de lógica y de justicia, una avería gruesa comprendida en el inciso 12, artículo 970 del Código de Comercio.

La anotación marginal no puede tener otro significado que el de llamar la atención al contenido de la base 6a., y si esta no destruye los efectos de la 3a., según acaba de demostrarse, menos puede enervarlos aquélla. La cláusula “Libre de avería”, que suele ponerse en las pólizas, quiere decir que el asegurador no toma a su

cargo las averías menores, esto es aquéllas que importan menos de la cuarta parte del valor asegurado, sinó solamente las que dan lugar al abandono, por consistir en una pérdida mayor que las tres cuartas partes. De manera que el agregado de "particular" a la frase "libre de avería" desnaturaliza por completo su sentido.

La misma Compañía aseguradora no tuvo en mientes exceptuar toda avería particular, y la prueba es que incluyó expresamente la baratería del Capitán y marineros, como se ve en la cláusula 3a., siendo así que esa avería está considerada como particular en el inciso 5o., artículo 968 idem. En este caso no puede negarse la baratería del Capitán, porque ésta consiste, no solamente en el dolo o fraude con que aquél procede, sino también en sus faltas, impericia o negligencia; y hubo falta, impericia y negligencia en el capitán al proceder a la venta del cargamento en "David", sin observar los requisitos legales ni emplear previamente los recursos a que se refieren los artículos 612, 613 y 615 del Código de Comercio.

El argumento que se hace para probar que no hubo baratería en el Capitán, apoyándose en el fallo de la Corte Federal de Bogotá, corriente a fojas 252 carece de valor porque ese Tribunal anuló el fallo en que se imponía multa y exigía fianza al Capitán, no porque no fuese acreedor a éllas, sino por carecer de jurisdicción el Juez que había impuesto esa pena. Tan cierto es esto, que esa misma corte pasó los autos al Juez de Panamá para que averiguase si existía responsabilidad en el Capitán.

Uno de los accidentes que se comprenden esencialmente en el seguro marítimo, y que el ar-

título 883 designa en su inciso 5o. es el cambio forzado de ruta; pudo ser excluido en el contrato de fojas 1 conforme al artículo 884; pero no lo fué, como se ve en la excepciones de la cláusula 3a.; luego los daños que sufrió la "Elisa" y su carga por su arribada forzada a los puertos de Colombia, es de cuenta de la Compañía aseguradora.

Otro de los puntos sobre que rueda la presente controversia, es la detención de la "Elisa" por orden de las autoridades colombianas, afirmando los aseguradores que está excluida del contrato; y los asegurados, que se halla comprendida en él.

La construcción de la frase pertinente de la cláusula 3a. parece excluir la "detención" que que sufrió ese buque, porque refiriéndose en el principio y en el fin a los riesgos de guerra, es claro que no deben estar comprendidos en ella los que reconocen otra causa. La detención de una nave hecha por un Gobierno por infracción de los reglamentos fiscales, no es hostilidad, ni tiene relación con el estado de guerra. Nuestro Código de Comercio la distingue de ésta como se ve en los incisos 11 y 13, artículo 883; y, por consiguiente, para que se la considere fuera del seguro, es necesario que se la exceptúe expresamente. Colocada la palabra "detención" en medio de una frase que empieza con "riesgos de guerra" y concluye con "los demás actos hostiles", el sentido común y la buena fé, ya que no el rigorismo gramatical, producen la convicción de que esa palabra no podía referirse a la retención ordenada por un gobierno extranjero en estado de paz y con un objeto puramente fiscal.

Este punto no tiene todo el gran interés que se le ha querido dar: 1o. por que en este caso la

detención fué consecuencia del cambio forzado de ruta, que es el accidente que verdaderamente dió lugar a la avería; 2o. porque está probada la pérdida, o sea la venta de la mayor parte del cargamento, antes de que tuviera lugar la detención; y 3o. porque el artículo 888 del Código del Ramo, impone expresamente responsabilidad a los aseguradores por los daños que la carga reciba a causa de la falta de los papeles de mar que debe llevar la nave.

Habiéndose, pues, perdido el cargamento del expresado buque por un cambio forzado de ruta no exceptuado del seguro, y a causa de un accidente de mar expresamente comprendido en la póliza, que a mayor abundamiento constituye una avería gruesa, es indudable que la Compañía aseguradora es responsable al pago del daño sufrido. Por consiguiente, la sentencia de vista corriente a fojas 327 vuelta, que revoca la de primera instancia, declara infundadas las excepciones opuestas por la casa aseguradora y exonera a don F. y J. Bresani de la obligación de restituir la cantidad recibida; está arreglada a las leyes y al contrato de seguro marítimo constante en el documento de fojas 1.

No hay, pues, nulidad en ella; y así puede V. E. servirse declararlo; salvo su más alto e ilustrado criterio.

Lima, 26 de enero de 1889.

ESPINOSA.

---

## RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, 15 de mayo de 1889.

Vistos; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal: declararon *no haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas 327 vuelta su fecha 30 de junio último, que revocando la apelada de fojas 315, su fecha 15 de octubre del año 1887, declara infundadas con costas, las excepciones opuestas a la ejecución, por la casa aseguradora, y en consecuencia que los señores José y Federico Bresani no están obligados a devolver las cantidades que recibieron bajo de fianza; condenaron en las costas del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.

*Muñoz — Sánchez — Chacaltana — Mariátegui — Loayza — Guzmán — Galindo.*

Se publicó conforme a ley, de que certificó.

JUAN E. LAMA.

Cuaderno N.º 554.—Año 1888.

---