

LA AVERÍA GRUESA EN ESTADO DE AVERÍA

Escribir sobre la Avería Gruesa todavía hoy, Enero de 2013, es motivo de resignada afición después de 153 años de la Conferencia de Glasgow y de más de 2.000 años desde el “Digesto” de Justiniano, siglo VI, ya que puede estimarse asombroso que la institución siga viva. Escribir después de la Conferencia del CMI en Beijing el pasado Octubre 2012 será oportuno porque, contra lo que algunos piensan, los vientos de contrarreforma pueden acelerar su desaparición.

I. Las Reglas de York y Amberes en su evolución última.

Dejando breve referencia del debate histórico llegaremos a las versiones de 1974, 1994 y 2004.

El principio de la avería gruesa, cuyo origen se encuentra en la LEX RHODIA DE IACTU, fue adoptado en todos los países marítimos y aplicado por sus tribunales, pero en su aplicación los distintos países adoptaron reglas diferentes.

Los intentos para alcanzar una uniformidad internacional mediante el establecimiento de algunas normas internacionales sobre la materia se desarrollaron a partir del siglo XIX:

1860: Conferencia de Glasgow, auspiciada por la Asociación Nacional para el Fomento de las Ciencias Sociales.

1864: New York, Tercer Congreso Internacional sobre la Avería Gruesa, que aprueba 11 Reglas denominadas “Reglas de York”.

1877: Amberes, Conferencia Internacional, en la que se agrega una 12ª Regla pasando el conjunto a ser llamado “Reglas de York y Amberes”. Estas reglas se incorporan a Pólizas de Fletamento, Conocimientos de Embarque y Pólizas de

Seguro Marítimo con éxito de utilización. Se abandona la idea de darles fuerza de ley.

1890: Liverpool, Conferencia de la Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes. Se revisan las 12 Reglas ampliándolas a 18 y llamándolas “Reglas de York y Amberes, 1890”. Faltaban, no obstante, los principios generales de la liquidación.

1924: Estocolmo. Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, ILA (antes llamada Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes), que revisa las 18 Reglas de 1890; aprueba una declaración general de los principios de la avería gruesa para ser aplicados en los supuestos no regidos por las reglas numeradas. Así, salen siete reglas de letra (A a G). Pero, faltaba coherencia entre unas y otras y se suscitaron numerosos problemas de interpretación, produciéndose fallos judiciales contrarios a la intención de los redactores de las Reglas de 1924. Para solucionarlo se adopta un acuerdo de mercado llamado “Pacto del Makis” (por el caso “THE MAKIS”, 1929).

1948: Amsterdam, XXI Conferencia del Comité Marítimo Internacional, CMI, que revisa las Reglas de 1924; incluye una nueva “Regla de Interpretación” para incorporar el “pacto del Makis” (“excepto en lo previsto en las Reglas numeradas, la avería gruesa será liquidada de acuerdo con las Reglas alfabetizadas”). De esta Conferencia salió la versión de 1950.

1961: Se funda la “Association Internationale de Dispatcheurs Européennes”, AIDE, siendo su primer objetivo el del estudio y unificación de las normativas, reglas, usos y costumbres relativos a la Avería Gruesa. La AIDE pronto alcanza la categoría de ONG ante la OMI y la UNCTAD.

1969: Ginebra, UNCTAD, primer período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Internacional del Transporte Marítimo. La Secretaría de UNCTAD informa sobre la:

- i) conveniencia de simplificar los trámites de liquidación de la avería gruesa.
- ii) consideración de las posibles ventajas para el mercado de suprimir totalmente la avería gruesa y dejar que la pérdida recaiga en el que la experimente o su Asegurador.

1974: Hamburgo, Conferencia del CMI, con la participación de AIDE en los trabajos preparatorios de revisión. Se modifican las Reglas de 1950, adoptándose el texto unificado a nivel internacional que hoy conocemos: 1 Regla de Interpretación, 7 Reglas Generales A a G y 22 Reglas Numeradas en romanos I a XII.

1990: París, Conferencia del CMI, en la que se modifica la Regla VI, atendiendo a una petición de la OMI con el fin de poner el texto de la Regla de acuerdo con el Convenio de Londres 1989 sobre Salvamento Marítimo.

1994: Noviembre, en Sydney (Australia) aprueba las siguientes modificaciones destacables:

- Introducción de una Regla Principal a fin de ratificar el requisito de “razonabilidad” en las reglas.
- Regla C. Por medio de un nuevo segundo párrafo se excluyen de la Avería Gruesa las responsabilidades derivadas de Contaminación Marina. En el tercer párrafo, se destaca que la “pérdida de mercado” no se considerará “pérdida indirecta”.
- Regla E. Los avisos de reclamaciones en Avería Gruesa se deberán dar al Liquidador de Averías en el plazo de 12 meses a partir de la finalización del viaje; el Liquidador podrá hacer una estimación de las partidas admitidas o de los valores contribuyentes si alguno de los interesados no ha aportado

prueba de justificación después del transcurso de 12 meses desde que le fue solicitada por el Liquidador.

- Regla G. Se ha incluido el texto del “acuerdo de no separación”.

- Regla III, se sustituye la expresión “o calentamiento por cualquier causa” por las palabras “o por calentamiento de fuego”, con la intención de sólo excluir daños causados por calor del fuego y no de aquéllos producidos de forma directa por las medidas de extinción del incendio.

- Regla IX. Esta regla fue modificada a fin de suprimir la necesidad de determinar que el suministro de combustible era adecuado para el viaje. También, se refuerza que solamente habrá derecho de recobro en Avería Gruesa cuando materiales y provisiones del buque son utilizados como combustible.

- Regla XI. La modificación insiste en que “tasas portuarias” junto con combustible y salarios quedan excluidos. La Regla XI (d) de las de 1974 ha sido eliminada, y en su lugar se introduce una nueva Regla XI (d), con cuatro sub-apartados, con el fin de detallar las circunstancias en las que los gastos de medidas para evitar o disminuir daños al medio ambiente podrán ser admitidos en Avería Gruesa.

- Regla XVII. Se ha corregido una situación soslayada al modificar la Regla VI en 1990, en relación con la referencia al Art. 14 del Convenio de Salvamento 1989. La “compensación especial”, pagadera bajo dicho Art. 14, ya no podrá ser considerada como “cargo extra” ni será deducible del valor sano del buque a fin de obtener el valor contributivo.

La reforma acordada en 1994 tuvo, esencialmente, un carácter técnico salvo en lo relativo a la nueva “Regla Principal” (sacrificio razonable). No se abordaron

cuestiones de fondo ni de mayor trascendencia que la de modernizar el efecto de las medidas tomadas para evitar o minimizar daños al medio ambiente.

2004: Junio, Vancouver. En la Conferencia del CMI en Vancouver se aprobó una nueva redacción de las Reglas de York y Amberes, que supone reformas significativas respecto a la versión anterior de 1994.

II. Reformas de las Reglas Y/A

En Ginebra, 8 de Marzo de 1994, la Secretaría de UNCTAD emitió un documento llamado “El lugar de la Avería Gruesa en el seguro marítimo de hoy”, por el que revelaba el contenido de sus investigaciones en el Sector Asegurador realizadas en colaboración con el CMI, la IUMI, la AIDE, y asimismo mediante consultas a los Gobiernos y círculos mercantiles de los países en vías de desarrollo. Esta tarea de sondeo buscaba encontrar mecanismos de seguros que pudiesen sustituir a la institución de la Avería Gruesa.

No obstante su carácter de documento de análisis y no de conclusiones, la Secretaría de UNCTAD apuntaba hacia una simplificación del régimen de la Avería Gruesa mediante los siguientes objetivos:

- (i) eliminación de las averías gruesas pequeñas (small cases).
- (ii) agilización de los procedimientos sobre garantías de avería gruesa y estandarización de los formularios de garantía.
- (iii) supresión de la necesidad de garantías dobles, es decir, de Garantía del Seguro y de los “Average Bonds”.
- (iv) inclusión en los formularios de transporte marítimo de una cláusula equivalente a un “compromiso de resarcimiento”.

(v) fomento de prácticas de mercado, destinadas a combinar la prestación de garantías tanto para salvamento como para avería gruesa.

(vi) impulsos para una más rápida liquidación de las contribuciones de avería.

La Secretaría de UNCTAD aportó cifras muy indicativas: en el período objeto de análisis (1984-1992) el 34,2% de los casos de avería gruesa fueron protagonizados por buques abanderados en “países de conveniencia”; el 41% de los accidentes estuvo relacionado con fallos de la máquina y del aparato propulsor del buque y un 24% fue debido a embarrancadas o varadas, es decir, que grupos muy importantes de causas eran resultado de error o negligencia con el mantenimiento, operación y navegación del buque. Otras estadísticas demostraron que el creciente número de casos de Avería Gruesa, en términos de valor contribuyente, castigaba a los intereses de la carga por retribución indirecta de los fallos y negligencias de los navieros en la gestión náutica de sus buques. Desde su primera versión en 1877 las Reglas de York y Amberes habían registrado una continua expansión del número e importancia de los daños o gastos que podían ser incluidos en la liquidación de la avería. Se cometieron excesos, en favor de los intereses navieros, que encontraron continua crítica por parte de los Aseguradores de mercancías y de la doctrina de los tratadistas.

Con el célebre informe de UNCTAD, y la creciente queja de los Aseguradores de mercancías integrados en la IUMI, comenzó el camino de la reforma sustantiva de la Avería Gruesa con la finalidad de sustituir los casos menores por vía de seguro (cláusulas de absorción) y de simplificar sus mecanismos de tramitación y liquidación. No era el objetivo la abolición o eliminación de la institución, como muchos hicieron creer.

No puede ocultarse que ya desde la segunda mitad del siglo XIX el régimen de Avería Gruesa produjo serias dudas y preocupación, no sólo por su antigüedad y decrepitud sino sobre todo porque los diferentes ordenamientos nacionales presentes en el tráfico mundial dieron lugar a interpretaciones dispares hasta el extremo de que no podía predecirse cómo iba a liquidarse una Avería Gruesa. Esta incertidumbre dio paso

a las Reglas de York y Amberes, cuyas sucesivas versiones y modificaciones estuvieron siempre inspiradas por un deseo de búsqueda de UNIFORMIDAD INTERNACIONAL. Las Reglas Y/A se modificaron, en el seno del CMI (Comité Marítimo Internacional) entre intervalos de 20-25 años, y la última de 1994, cuyo estricto alcance técnico solo contentó a los liquidadores de Averías, es la que abrió un sendero de reforma que tomó cuerpo con las Propuestas de la IUMI (International Union of Marine Insurance) presentadas al CMI en 2002 y estudiadas por éste en Informe de 7 marzo 2003.

III. Las propuestas de reforma

La IUMI formuló una propuesta de carácter general, a saber, las Reglas de 1994 debían cambiarse a fin de que, ante todo, las admisiones de partidas en Avería Gruesa solo tuviesen lugar si los gastos o el sacrificio fueron realizados para proteger la “seguridad física inmediata de las propiedades comunes”; y excluyéndose todos los gastos incurridos únicamente para llevar el viaje del buque a feliz término. De este planteamiento salió la discusión conocida por COMMON SAFETY v. COMMON BENEFIT. Es indudable que esta propuesta-base era de contenido tan radical que habría exigido la modificación de un número de Reglas, o incluso la eliminación de algunas. La IUMI presentó, también, unas propuestas alternativas, o supletorias, para el caso de que no fuese aceptada la propuesta general anterior, consistentes en las siguientes modificaciones a las Reglas individuales:

1. Reglas X (b) y (c) y XII.

Los gastos de descarga, almacenaje y nueva carga de mercancías en puertos de refugio (así como pérdidas o daños producidos en tales operaciones) deben ser excluidos de la Avería Gruesa cuando se precisen para reparaciones necesarias para la continuación del viaje.

2. Regla XI (b)

Deben ser excluidas las partidas relativas a costes salariales, combustible y tasas portuarias durante el período extra de detención del buque en un puerto de refugio por causa de reparaciones necesarias para la continuación del viaje.

3. Regla XIV

El coste de reparaciones provisionales efectuadas en un puerto de refugio solo deberá ser admitido en el futuro cuando las mismas sean exigidas por la seguridad común o cuando fueron obligadas por razón de daños derivados de sacrificio admitido en Avería Gruesa.

4. Regla F

En el futuro deberán excluirse de la Avería Gruesa las partidas resultantes de “gastos sustitutorios”.

5. Regla VI

Los pagos hechos a los salvadores por los propietarios de los objetos salvados conforme a contratos de salvamento no deberán ser redistribuidos por vía de admisión en Avería Gruesa.

6. Regla Nueva

Se sugiere una nueva Regla a fin de regular las cuestiones de prescripción.

7. Regla XXI

Debe modificarse, bien para rebajar el tipo de interés fijo actual del 7% sobre las partidas admitidas en Avería Gruesa o bien para incorporar un sistema que refleje las fluctuaciones en los tipos de interés.

8. Regla XX

Debe abolirse la comisión sobre las partidas admitidas en Avería Gruesa.

9. General

El texto de las Reglas debe limpiarse y hacerse más claro.

Estas propuestas fueron llevadas a la Conferencia del CMI en Vancouver, celebrada del 31 Mayo al 4 Junio 2004.

IV. El contenido de la reforma

En la Conferencia de Vancouver se aprobaron, con el voto en contra de los intereses navieros, las siguientes modificaciones (presentadas oficialmente por el CMI en Copenhague el 19 Julio 2004):

1. Regla VI. Premio de Salvamento.

Se excluyó la admisión del premio de salvamento en Avería Gruesa, excepto en los casos en que una de las partes haya pagado todo o una proporción del premio debido por otra de las partes afectadas por el salvamento.

2. Regla XI. Gastos en puerto de refugio.

Quedaron excluidas de la Avería Gruesa las partidas relativas a salarios y manutención del Capitán, oficiales y tripulación durante el plazo de paralización del buque en un puerto de refugio.

3. Regla XIV. Reparaciones provisionales.

Se añadió una segunda frase a la Regla IV b) con el fin de limitar el recobro por Avería Gruesa del coste de reparaciones provisionales de daños por accidente efectuadas en un puerto de refugio a aquella suma en que el importe estimado de reparaciones definitivas en el puerto de refugio supere el coste conjunto de las reparaciones provisionales más las definitivas realizadas efectivamente. Este modo de autorizar parte de las reparaciones provisionales fue conocido como el “método Bailly”.

4. Regla XX, Provisión de fondos.

Se abolió el concepto de comisión.

5. Regla XXI. Intereses.

Se abolió el interés fijo y se acordó que la Asamblea del CMI lo fijase para cada año. Y se establecieron unas bases de criterio a tal efecto.

6. Regla XXIII. Prescripción.

Se añadió una nueva Regla que establece que todo derecho a reclamar una contribución en Avería Gruesa prescribirá 1 año después de la fecha de liquidación de la Avería Gruesa o 6 años después de la terminación de la aventura marítima común, tomando siempre la que ocurra antes. Se reconoció, no obstante, que esta nueva Regla podía resultar ineficaz en algunos países.

7. Limpieza del texto

Finalmente se corrigieron términos y la numeración de párrafos.

La Resolución alcanzada por las delegaciones de 31 países en la Sesión Plenaria de Vancouver expresó literalmente que (2) el nuevo texto sería conocido como “Reglas de York y Amberes 2004”, y recomendó (3) que las mismas se aplicasen a toda liquidación de Avería Gruesa a partir del 31 Diciembre 2004.

Las modificaciones aprobadas en Vancouver no suponen importantes concesiones ni aceptación de las propuestas de la IUMI, pero por primera vez alguno de los cambios entraña una poda severa de los desarrollos abusivos del alcance de la Avería Gruesa que se habían ido efectuando a lo largo de sucesivas redacciones o versiones. Esta poda ha afectado a un concepto muy sensible para los navieros, el de los gastos de la dotación del buque (wages and maintainance) durante su estancia en puerto de arribada forzosa o, en general, durante una detención extraordinaria acaecida durante el viaje (Regla XI). Se trata de un tipo de gasto que casi nunca está cubierto por la póliza de seguro de casco, por lo que su inclusión en la masa de avería gruesa era la única posibilidad real de recobrarlo (en parte de los propietarios del cargamento y en parte del mismo asegurador del casco, camuflado como “desembolso de avería gruesa”). De ahí la oposición del sector naviero en la Conferencia de Vancouver.

Además de la supresión de la admisión de salarios y manutención en ciertos casos, plasmada en la redacción de la Regla XI-c) y limitándola a la desviación del viaje para arribar a puerto de refugio, se modificó la Regla XIV sobre reparaciones provisionales. Esta Regla, de contenido muy técnico, distingue entre varios supuestos de reparaciones provisionales del buque durante el viaje, según sea la naturaleza misma del daño reparado. Si el daño reparado es de naturaleza de avería gruesa (un daño causado deliberadamente para la salvación común), es claro que tanto su reparación provisional como definitiva son admisibles en la masa de avería gruesa. Sin embargo, cuando el daño que ha sido reparado provisionalmente en un puerto de arribada o escala es de naturaleza accidental (es decir, de avería particular), parece a primera vista que no existe razón para admitir el coste correspondiente en avería gruesa. Sin embargo, tal admisión procede en aplicación de la noción de “sustitución de gastos” cuando gracias a esa reparación provisional la masa de avería se ha ahorrado el coste que hubiera sido admisible en avería gruesa por la estancia en puerto mientras se

efectuaban reparaciones definitivas (gastos de puerto, combustible, carga/descarga, etc.), siempre con el límite natural del gasto ahorrado. Los problemas derivan del caso del buque "BIJELA" (puede verse la Sentencia definitiva en Lloyd's Reports 1994, II, 1 y comentarios apasionados en LMCLQ 1992, 322, 1993, 13 y 1994, 342), caso en el que las reparaciones definitivas en el puerto de arribada o estancia no eran posibles efectivamente. Es decir, no existía una alternativa real a efectuarlas provisionales, a pesar de lo cual los tribunales ingleses aplicaron literalmente la Regla XIV y admitieron la reparación provisional efectuada en substitución de unas definitivas ¡que no eran posibles!.

La nueva redacción de la Regla XIV parece salir al paso de esta laxa doctrina al precisar en su última frase que el término comparativo lo es con las reparaciones provisionales que se hubieran podido efectuar en el puerto de arribada o escala.

Por otro lado, se han establecido con mayor precisión los términos a comparar para determinar el importe de la admisión en avería gruesa. En efecto, deberán compararse según la nueva Regla XIV:

- a) De un lado, la factura por la reparación efectivamente llevada a cabo en el puerto de arribada o escala más el coste de la reparación definitiva efectivamente efectuada (o la devaluación sufrida por el buque si no se reparan).
- b) De otro, el coste de las reparaciones definitivas si se hubieran efectivamente realizado en el puerto de arribada o escala.

La diferencia entre ambos rubros es lo que constituye el importe de las reparaciones provisionales que pueden admitirse en avería gruesa, con el límite, claro está, de los gastos ahorrados. Al efectuar el cálculo de esta forma (y no tomando simplemente el coste de las reparaciones provisionales) se evita que el naviero del buque se beneficie indebidamente de esta Regla cuando existe una notoria diferencia de precios de reparación entre el puerto de arribada o escala y el puerto donde finalmente se efectuaron.

Otra de las modificaciones afecta a los gastos de salvamento. Hasta las Reglas de Y/A de 1974, no existió una regla concreta y particular (desde 1974 numerada VI) sobre la admisión en Avería Gruesa de la remuneración por el salvamento de buque o de carga. La Regla VI fue concebida para eliminar ninguna posible duda sobre una admisión que ya venía provocada por la Regla de letra "A". En 2004 se acordó separar el salvamento marítimo y la Avería Gruesa. Sencillamente, porque se tuvo en cuenta una realidad práctica innegable: la de que en la mayor parte de los sistemas jurídicos existentes la remuneración por salvamento nace dividida entre buque y cargamento, y cada uno de estos intereses abona directamente la cuota que le corresponde del premio de salvamento. Es más, el nuevo Convenio sobre Salvamento de Londres 1989 institucionalizó esta regla de división parciaria (Art. 13.2) (aunque permitiendo al Derecho Nacional de cada país el mantener otra regla, como señaladamente parece ser el caso de Holanda y España). Siendo ello así, si cada interés había soportado directamente su cuota en el salvamento, ¿qué interés tenía el de redistribuir de nuevo esas cuotas a través de una liquidación de avería gruesa, salvo el de complicar la solución definitiva del caso y engordar sus costes?

Es por ello por lo que la nueva Regla VI de la versión 2004 establece que los pagos por salvamento serán soportados por cada interesado y no se admitirán en avería gruesa, salvo en un caso muy concreto: cuando uno de los interesados haya abonado la cuota parte que le correspondía a otro distinto. Situación que puede darse, por ejemplo, cuando la legislación hace responsable al "armador" de la totalidad del premio, sin perjuicio de su derecho de recobro contra los propietarios de los demás bienes salvados. En este caso, y sólo en este caso, la nueva Regla VI ordena que se admita en la masa de avería gruesa la cuota parte abonada de más por ese interesado (incluidas costas e intereses), poniéndola precisamente a cargo de la parte a la que en principio correspondía.

En puridad, y si atendemos al mecanismo establecido por la nueva Regla, no se trata tanto de que el premio o remuneración por salvamento sea en este concreto caso

admitido en avería gruesa, sino más bien que la liquidación de la avería común opera como medio de recobro de una parte contra la otra.

Otros cambios se refirieron al proceso mismo de liquidación. Por ejemplo, se ha suprimido del todo la comisión del 2% a favor de la parte que hubiera soportado en primera instancia los gastos admitidos en avería gruesa (Regla XX). Y en la Regla XXI referente al interés a abonar sobre gastos, daños y admisiones se ha substituido la tasa fija del 7% anual hasta ahora vigente, por una tasa variable que será fijada a comienzos de cada año por la Asamblea del CMI.

Por otro lado, se ha establecido por primera vez una Regla (XXIII) sobre “Time-bar for contribution to General Average”. Esta nueva Regla establece que cualquier derecho a reclamar contribución “se extingue” a no ser que se inicie una acción para reclamarla dentro del plazo de un año desde que se emitió el Reglamento o Liquidación de Avería Gruesa, y en todo caso transcurridos seis años desde la terminación del viaje. Estos plazos pueden ser considerados de caducidad o de prescripción por las leyes nacionales.

V. La reacción de los intereses navieros y la Contrarreforma.

La reacción adversa de los navieros no se hizo esperar. Por vez primera en la historia del CMI fue aprobada una Resolución que no les gustaba (la versión de las Reglas de 2004) a pesar de la oposición ejercida en la Conferencia de Vancouver. En la práctica, el rechazo naviero había de cuestionar seriamente el futuro de las Reglas de 2004. Además de pronunciamientos oportunos de destacadas personalidades del sector naviero, la BIMCO (Baltic and International Maritime Conferences), en cuanto máxima organización gremial de navieros a nivel internacional encabezó la negativa de los navieros a incluir las Reglas de Y/A 2004 en los contratos ni en los documentos de transporte, excluyéndolos de los formularios tipo.

Ante una escena comercial distorsionada el CMI y la BIMCO tuvieron contactos y reuniones con el fin de lograr la aceptación de las Reglas de 2004 por los navieros. La

IUMI fue consultada y dio su conformidad para introducir cambios en la versión de 2004. Seguidamente, se formó un Grupo Internacional de Trabajo integrado por representantes del CMI, IUMI, BIMCO, la Asociación Mundial de Liquidadores (AMD) y el Grupo Internacional de Clubs de P&I. De la negociación y trabajo conjunto salieron las nuevas propuestas de contrarreforma de las Reglas Y/A 2004, que se condensan a continuación:

“Regla VI – Remuneración por Salvamento

- (a) Salvo lo dispuesto en los párrafos (b) y (c) de la presente regla, los gastos incurridos en concepto de salvamento por las partes comprometidas en la aventura marítima, sea en virtud de un contrato o de otra forma, serán admitidos en Avería Gruesa siempre que las operaciones de salvamento se hubieren efectuado con el objeto de preservar de un peligro los bienes que forman parte en la aventura marítima común.*

- (b) Los pagos en concepto de salvamento, incluidos intereses y costas, no serán admisibles en Avería Gruesa en el caso de que superen el XX por ciento de las sumas totales admisibles en avería gruesa si se incluyera el salvamento. La presente disposición no será aplicable cuando los pagos en concepto de salvamento hubieren sido efectuados por una parte en nombre de todos los intereses salvados.*

- (c) Cuando una de las partes implicadas en el salvamento haya abonado la proporción de los pagos correspondientes a salvamento (incluyendo intereses y costas) adeudada por una parte, no por la totalidad, de los intereses salvados (calculados sobre la base de los valores salvados y no sobre los valores contribuyentes de la Avería Gruesa), la contribución impagada correspondiente al salvamento adeudado por las otras partes más los intereses que correspondan de conformidad con la Regla XXI deberán acreditarse, en la liquidación, a favor de la parte que los hubiere abonado y debitarse a la parte en cuyo nombre se hubieren realizado tales pagos.*

- (d) *Los gastos correspondientes a salvamento referidos en la presente Regla VI incluirán toda remuneración por salvamento en la que se tenga en cuenta la capacidad/destreza profesional y los esfuerzos de los salvadores para evitar o minimizar los daños al medio ambiente según se hallan enunciados en el Artículo 13, párrafo 1(b), del Convenio Internacional de Salvamento de 1989.*
- (e) *No será admitida en Avería Gruesa ni será considerada como un pago en concepto de salvamento, según se prevé en la presente Regla, ninguna compensación especial que el armador debiere pagarle al salvador en virtud del Artículo 14 del mencionado Convenio, con el alcance previsto en el párrafo 4 del mismo o en virtud de cualquier otra disposición que resulte similar en esencia (como ser la Cláusula SCOPIC).*
- (f) *A los efectos de la aplicación de la presente Regla VI, se entenderá por la expresión “pagos en concepto de salvamento” todo pago efectuado en concepto de servicios de asistencia o salvamento para los cuales exista alguna disposición contractual y/o legal que prevea el prorrateo y pago entre los intereses salvados al término de los servicios de salvamento independientes de las presentes Reglas.*

Eliminar los párrafos (c) (i) y (ii) de la Regla XI de las Reglas de York y Amberes de 2004 y sustituirlos por

Regla (XI) (c)

Cuando un buque haya entrado o haya sido detenido en un puerto o lugar a consecuencia de un accidente, sacrificio, u otras circunstancias extraordinarias que hagan necesaria tal entrada o detención para la seguridad común, o para permitir que se repare el daño sufrido por el buque como consecuencia del sacrificio o accidente, y las reparaciones fuesen,

- (i) *necesarias para proseguir el viaje de manera segura, los salarios y manutención correspondientes al capitán, oficiales y demás tripulantes, razonablemente*

devengados durante el período extraordinario de detención en tal puerto o lugar hasta que el buque esté o hubiera debido estar listo para continuar su viaje, serán admitidos en avería gruesa. El combustible y las provisiones que fuesen consumidos durante dicho periodo extraordinario serán admitidos en avería gruesa, salvo por el consumo que corresponda a reparaciones no admisibles en avería gruesa.

(ii) los gastos de puerto durante el período extraordinario de detención serán admitidos, del mismo modo, en avería gruesa, salvo por el consumo que corresponda a reparaciones no admisibles en avería gruesa.

(iii) siempre que, cuando se descubran averías en el buque, en un puerto o lugar de carga o escala, sin que se haya producido, durante la travesía, ningún accidente ni ninguna otra circunstancia extraordinaria en relación con tales averías, los salarios y manutención correspondientes al capitán, oficiales y demás tripulantes, el combustible y las provisiones consumidas, y los gastos de puertos incurridos durante el periodo extraordinario de detención a los efectos de la reparación de las averías que fuesen descubiertas según se indica precedentemente, no serán admisibles en avería gruesa, aún cuando las reparaciones fuesen necesarias para continuar el viaje en forma segura.

(iv) cuando el buque sea condenado, o no continúe su viaje original, los salarios y manutención correspondientes al capitán, oficiales y demás tripulantes, el combustible y las provisiones consumidas, y los gastos de puerto se admitirán en avería gruesa solamente hasta la fecha en que el buque fuera condenado, hasta la fecha del abandono del viaje, o hasta la fecha de terminación de la descarga de las mercancías en el caso de que la condena del buque o abandono tuviera lugar antes de esa fecha.

Regla de Aplicación

Estas Reglas de York y Amberes de 2012 serán consideradas como una enmienda o modificación de las versiones anteriores de las Reglas de York y Amberes. Sin perjuicio de lo que antecede, los presentes Reglas de York y Amberes de 2012 no serán aplicables a los contratos de transporte celebrados con anterioridad a la adopción de las mismas”

Se trata de una propuesta, estudiada por la Conferencia de Beijing del CMI el pasado Octubre 2012, que encierra un nuevo “compromiso” en torno a las Reglas VI y XI que satisfaga mínimamente a los navieros. El CMI ha adoptado la fórmula de “paquete” (package deal), de forma que no se admitan variantes y se tomen en su totalidad o se rechacen por las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo, que componen el CMI. Si tal aprobación tiene lugar, las Reglas de 2004 quedarían modificadas por las de contrarreforma de 2012.

VI. ¿Cuáles son las Reglas de York y Amberes vigentes?

Las Reglas Y/A no son ley ni tienen fuerza normativa, por lo que no se les puede aplicar el principio “lex posterior derogat anterior”. Constituyen un cuerpo de condiciones para voluntaria remisión y gobierno por las partes interesadas. No pertenecen a ordenamiento positivo de país alguno, ni constituyen un elemento regulador internacional vinculante. Por tanto, no puede haber duda de que su aplicación se debe a una adopción convencional de las partes de un contrato marítimo y que dada su antigüedad viven en el seno de la llamada “lex mercatoria” en cuanto a sus rasgos y finalidad esenciales. Las Reglas se aplicarán en tanto en cuanto aparece en la Póliza de Fletamento o Conocimiento de Embarque una cláusula que remite a su contenido, que se ha de presumir conocido por las partes. Puede así razonarse que la remisión contractual puede hacerse válidamente a cualquiera de las versiones de las Reglas (p. ej., las de 1974-90, de 1994 o de 2004), si la cláusula especifica sin ambigüedad la versión de que se trate y que los contratantes deseen aplicar para su contrato; y que cuando se guarde silencio sobre la concreta versión que se desea elegir entonces se

entienda por hecha la elección a la más reciente. Así, si no se indica, p. ej., que “la Avería Gruesa se liquidará conforme a las Reglas de 1994”, entonces habrá que entender (ante expresiones como “la Avería Gruesa se liquidará en Londres conforme a las Reglas de York y Amberes”) que la liquidación habrá de llevarse a cabo con aplicación de las de Vancouver 2004, que son las últimas aprobadas. Esta solución, además de no responder a la voluntad sino al silencio de partes, plantea una cierta vigencia dominante de la versión más moderna. Y sobre todo deja en manos de las Asociaciones de Navieros (sobre todo, de la BIMCO) la decisión sobre la elección, ya que son ellas las que preparan, diseñan y ponen en el mercado los modelos estándar de Pólizas de Fletamento y de Conocimiento de Embarque, que ya perdieron su carácter de “contratos de adhesión” al ser admitidos en el tráfico marítimo como formularios habituales, estandarizados, conocidos y generalmente aceptados. Sin embargo, las Reglas de York y Amberes son altamente mutantes y su variabilidad (tres versiones en los últimos 18 años) les resta valor estándar y sus frecuentes modificaciones las someten a lo que en Derecho Civil se llama “el arbitrio de uno de los contratantes”.

Por contra cabe preguntarse si hay unas Reglas de York y Amberes o muchas. No cabe atender a un criterio jurídico estable como sería de la aprobación por la Asamblea del CMI, ya que dicha aprobación tuvo lugar en Vancouver, el 4 Junio 2004 con la expresa mención de que “el nuevo texto será llamado Reglas de York y Amberes 2004”), y sin embargo ocho años después el acuerdo de 2004 ha sido abortado y dejado sin efecto, con el consentimiento del CMI y por evidentes razones prácticas. El 6 Abril 1974, en Hamburgo, 29 Asociaciones Nacionales del CMI aprobaron “las modificaciones de las Reglas de York y Amberes 1950, que han quedado incorporadas en el texto de las Reglas en adelante designadas REGLAS DE YORK Y AMBERES 1974”. La Resolución aprobada en Sydney, en 1994, por 39 Asociaciones Nacionales del CMI proponía que “el nuevo texto sea conocido como las Reglas de York y Amberes 1994”. Puede, así también, entenderse que el CMI, mediante aplicación correcta de sus “Reglas de Procedimiento” de 1996 para votaciones en la Asamblea (Regla 4), en Vancouver 2004 adoptó una Resolución destinada a modificar las Reglas Y/A de 1994 con carácter definitivo y permanente (hasta una nueva Resolución de la misma Asamblea)

considerando como únicas válidas existentes dichas Reglas y no como co-existentes y co-participes de validez con otras Reglas según versiones de 1950, 1974-90, o 1994. Dicho de otro modo, los votantes en Vancouver no expresaron su intención de voluntad conscientes en modo alguno de que aprobaban “otra” versión de las Reglas de Y/A para record histórico y conveniencia del mercado. No, el modelo internacionalmente válido de las Reglas de York y Amberes era uno, y no varios, y no otro que el texto salido de la Conferencia de Vancouver de Junio 2004. Tal enfoque tendría su arraigo en el principio de Derecho Civil (Art. 1282 del Código Civil español) de que la intención puesta en los contratos debe juzgarse por los actos coetáneos y posteriores de los contratantes. Así, y en 2004, no habría de dudarse de cuál era la intención de recomendar unas determinadas condiciones contractuales respecto a la Liquidación de la Avería Gruesa. De ahí que nos parezca opinable que cada versión de las Reglas dejó de existir, y pasó al acervo de “antecedentes”, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea del CMI en cada efemérides sucesiva, y que no podamos admitir una referencia reguladora alternativa según modelos y anualidades. Las consideraciones pueden ser muchas a favor de la costumbre de vincular, expresamente o no, los formularios marítimos con las Reglas Y/A aprobadas con último carácter en la fecha de los contratos de fletamento o de transporte marítimo.

Sin embargo, la cuestión es otra: ¿qué impide a los contratantes gobernarse por un texto concreto, sea éste obsoleto, desusado o ya modificado?. Ciertamente, nada se opondría salvo el pacto “contra legem”, que sólo se producirá en relación con la legislación interna de los países pero no en referencia a un determinado acuerdo de la Asamblea del CMI que sólo tiene fuerza de “recomendación”. Los Convenios Internacionales solucionan el problema de los pactos del contrato que puedan resultar abusivos o violentadores de un cierto orden público internacional mediante reglas imperativas de prohibición (p. ej., el Art. 3.8 de las Reglas de La Haya-Visby 1924-1968-1979). La Avería Gruesa no ha sido objeto aún de regulación internacional y está inmersa en el ámbito del juego de intereses (los de los navieros, los de los cargadores y los de los Liquidadores de Averías). Por ello, sin trascender el valor de la institución y dejándola a merced de dichas mareas de intereses no podremos hablar mucho más

tiempo de “tradición” (cada uno la invoca para su conveniencia) ni de certidumbre internacional.

VII. **“Common safety versus common benefit” y comentario final**

No obstante la legitimidad que gozan todas las opiniones y, a veces, cuando se formulan sustentando intereses, cuyo juego es hoy la esencia de la Avería Gruesa, obra en la doctrina y en los medios una conciencia silenciosa pero insatisfecha frente a lo que sucede delante de nuestros ojos. Hay muchos que piensan que si la Avería Gruesa no se dota de una “razón objetiva” distributiva de riesgos en el momento actual de la navegación mercante, simplemente deberá desaparecer porque los abusos en las economías de gastos por la vía de la contribución a la Avería Gruesa caminan en dirección opuesta al fortalecimiento de las responsabilidades que hoy se han de exigir para lograr una navegación más segura. Lo que se queda obsoleto y fuera del siglo XXI no es la institución, sino su utilización autónoma en multitud de casos que tienen cobijo en el Seguro Marítimo (como, p. ej., lo son el salvamento y las medidas de salvaguarda) y, también, su extensión o expansión a supuestos de normal y esperado acontecer. No pensamos, como hacen los navieros, que todo se arreglaría con multiplicar las “absorption clauses” y eliminar numerosos casos de poca entidad económica, si ha de seguirse considerando que la “prosecución y terminación final del viaje marítimo” es algo extraordinario calificable como “beneficio común”. Diremos, así, que con la contrarreforma de 2012 se propone cerrar el camino hacia una razón objetiva de existencia y continuidad para la Avería Gruesa: la “seguridad común”, que se está llevando a cabo por medio de la negociación y el regateo (véase, p. ej., la modificación de 2012 para la Regla VI (b) a efectos de excluir admisiones por encima de un porcentaje a convenir) en el que se hace un guiño a las compañías profesionales de salvamento (Regla VI (d)), a fin de que no insistan con su propuesta (de la International Salvage Union) en torno a un “environmental award”.

El debate surgido a partir de las propuestas de la IUMI enfrentó, no por vez primera, las nociones de “common safety” y “common benefit”. La primera de ellas no ofrece mucho predicamento en cuanto alude a toda medida, de sacrificio o gasto, que se

toma como respuesta urgente a una amenaza física al buque y la carga. Se ha intentado, entre los tratadistas de la Avería Gruesa, hacer una distinción entre el Derecho Común, que parecería poner mayor acento en el requisito de amenaza de un peligro real, y entre el Derecho Civil, que situaría el foco en la amenaza contra la continuación del viaje. Tal distinción habría servido para estimar la necesidad de un “compromise” (acuerdo con mutuas concesiones) entre ambos puntos de mira en el actual texto de las Reglas de York y Amberes para asegurar la “uniformidad internacional” en torno a la Avería Gruesa. Tal justificación se opone frente al planteamiento de eliminación del “common benefit” formulado por la IUMI.

Sin embargo, la distinción se antoja un poco forzada y artificial. Basta con leer el fundamento de las Reglas de Y/A contenido en su letra “A” (1): **“Existe un acto de Avería Gruesa cuando, y sólo cuando, se ha hecho o contraído intencionada y razonablemente, cualquier sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro las propiedades comprometidas en una aventura marítima común”**.

En la Regla “B” (2), se vuelve a insistir: **“Cuando se toman medidas para proteger buques y carga, frente a un peligro, se aplicarán estas Reglas”**. (redacción de 2004).

El principio, pues, de actuación extraordinaria para “la seguridad común” de buque y carga es difícil de cuestionar. No obstante, se ha acudido a la Regla de Interpretación que concede precedencia a las reglas numéricas sobre las de letra, para observar que las Reglas X y XI contemplan una situación en la que el buque ya se encuentra fuera de peligro en un puerto de refugio pero es necesario incurrir en gastos (reparaciones provisionales, salarios, tasas portuarias, etc.) para reponer al buque en condiciones de continuar el viaje al puerto de destino comprometido. Se trata de costes lógicos y consecuentes a la entrada del buque en arribada forzosa en un puerto que no es el de destino de las mercancías. Pero la torsión del argumento reside en considerar que las Reglas de Y/A, por efecto de las reglas numéricas van “mas allá” del éxito frente al peligro común y que han de continuar, a efectos extraordinarios, en las medias (gastos) necesarias para la continuación del viaje. Naturalmente, tales gastos o

medidas se contraen o llevan a cabo una vez desaparecido el peligro y no pueden evitar que al retomar de nuevo la ruta marítima el buque y carga se encuentren ante una nueva situación de peligro. Por ello la expresión “continuation of the voyage in safety” encierra una cierta falacia. No sin razón los proponentes de la IUMI estimaban que los cargadores que han pagado flete por un viaje del buque tienen derecho a que el naviero afronte todos los gastos ordinarios para llevar a término el viaje, se produzcan donde se produzcan (sea en ruta o en un puerto de refugio), y que solo los costes extraordinarios para llevar al buque y carga a puerto de refugio han de ser admitidos. Los contra argumentos de los navieros han sido abundantes e incluso buscaron raíces en el “DIGESTO”, de Justiniano. Realmente en ninguna de las reglas numéricas figura el propósito de continuación del viaje como supuesto o requisito “extraordinario” de la institución de la Avería Gruesa, y resulta un poco forzada la utilización de reglas de número para la finalidad de fundamentar la institución tanto en “la seguridad común” como en la “continuación del viaje”, siendo éste un objetivo que a nadie parecerá “extraordinario” sino normal y esperado.

Con la inclusión de una nueva “Regla Principal” (Paramount) en Sydney 1994, puede incluso deducirse que para que se admita un gasto o sacrificio debe ser RAZONABLEMENTE incurrido, lo que debe ser referido siempre a un acto a favor de la “seguridad común” ya que los gastos de continuación del buque en viaje no pueden ser más o menos razonables que los invertidos por el naviero en el comienzo del viaje.

La discusión no ha finalizado y con las contrarreformas de 2012 los navieros insistieron en prorrogar el estado de peligro desde la situación del buque y carga dentro del puerto de refugio hasta la prosecución del viaje del buque haciendo de la estancia en el puerto de refugio un verdadero “periodo extraordinario”.

De cara al futuro, si se produce el nuevo “compromiso” buscado por el sector naviero, ciertamente en dura época de crisis para la balanza de fletes, las nuevas estadísticas de aumento de casos de avería gruesa pueden justificar una nueva reforma por parte de los intereses de carga. El CMI puede así convertirse en un “árbitro” de tales opuestas pretensiones. Pero la institución de la Avería Gruesa, falta de un soporte doctrinal

suficiente y adaptado al siglo XXI, será abandonada por la doctrina y desaparecerá lentamente como sucede con aquellas instituciones que no logran o pierden el sentido jurídico de justicia distributiva que pruebe y sostenga su razón de ser.

Lo que naturalmente someto a cualquier opinión más autorizada.

José M^a Alcántara
Abogado Maritimista
Liquidador de Averías
Madrid