

INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO MARÍTIMO

RAMA ARGENTINA

SEMINARIO SOBRE SEGURIDAD MARÍTIMA, CARACTERÍSTICAS Y ASEGURAMIENTO

La Cláusula New Jason en los Contratos de Transporte Marítimo y Conflictos con las Reglas de York Amberes

por Esteban A. Vivanco

La Avería Gruesa es quizás la más antigua de las instituciones vinculadas con el Transporte Marítimo. Nació naturalmente con el incremento del comercio por agua y es aún a mi juicio, la solución más práctica y justa para resolver situaciones extraordinarias que afectan a la "Comunidad de Intereses".

Para hallar sus orígenes habría que trasladarse muchos años atrás, con el principio elaborado por los griegos de Rhodia (año 900 AC), luego el Derecho Civil Romano, las ordenanzas de Luis XIV, las "Glasgow Resolutions" hasta que en el año 1877 se aprobaron en Amberes las Reglas de York, modificadas en 1890 en Liverpool y alcanzando rápida aceptación internacional. Vinieron luego las versiones de las Reglas York Amberes 1924, 1950 (*Amsterdam*), 1974 (*Hamburgo, sin duda la mejor versión*), luego las del 1994 (*Sydney*) y hasta las últimas del 2004 (*Vancouver*).

Como todos saben las Reglas no reemplazan unas a otras, son optativas siendo válida su aplicación cuando las partes así lo convienen. Actualmente, en la mayoría de los documentos de transporte, se establece la aplicación de las YAR 1994. Las YAR 2004, de muy pobre confección tienen muy poca aceptación en el mercado internacional.

Es evidente que en una "Comunidad de Intereses", surgirían posiciones encontradas respecto de las medidas que se adopten en una situación de avería gruesa y dependerían de cómo se vea afectado cada interés. Lógicamente cada uno procuraría velar por los propios. Si no existieran reglas que claramente determinen las atribuciones de cada parte para adoptar las medidas que se estimen oportunas ante un evento que ponga en riesgo la aventura común, sin duda la consecuencia sería nefasta para el conjunto.

Sea por una situación de peligro inmediato, como por la necesidad de solucionar un problema para poder continuar con éxito la travesía, es imperioso que se adopten las medidas más convenientes para la comunidad, aunque ello implique incurrir en importantes gastos o inclusive sacrificar alguno de esos intereses (*e.g. echazon de carga, varada voluntaria para evitar un naufragio, forzamiento de máquinas, etc.*).

Estas medidas deben realizarse con independencia tanto de las causas que han motivado la situación como de las responsabilidades que puedan imputarse a alguna de las partes, porque lo que debe primar es la resolución inmediata del problema.

Para que ello ocurra, debe haber plena certeza de que el que realiza el gasto o sacrificio, será compensado por los demás beneficiarios de ese esfuerzo. Cualquier incertidumbre en ese sentido generaría especulaciones que sin duda provocarían mayores perjuicios a todos.

En el momento de tener que adoptar una medida urgente, no debe evaluarse de quién es la responsabilidad que los ha llevado a esa situación, sino minimizar las consecuencias que el evento extraordinario puede provocar.

Pongamos un ejemplo en un caso de varadura, t n frecuente en nuestros ríos. La causa de una varadura, habitualmente es debida a un error náutico o a un problema ocurrido en el sistema de propulsión o gobierno del buque. Si el Armador, a través de su Capitán, sospecha que puede ser discutido y por ende rechazado su reclamo futuro en GA por los gastos en que deba incurrir para hacer zafar al buque de la situación en que se encuentra, aunque tenga la posibilidad de adoptar medidas urgentes técnica y económicamente más convenientes, sin duda preferirá llamar al Sr. Salvamentista, firmar un LOF y que cada consorte garantice y pague su proporción a esa empresa.

Nadie podrá discutirle al Salvamentista ni limitar el pago de la contribución que calcule, a menos que está dispuesto a litigar en Londres y seguramente perder en el intento mucho más que lo reclamado.

Podr  decirse que luego tienen una posibilidad de acción contra el Transportista por lo pagado por el salvamento si es que le cabe alguna responsabilidad. Lógicamente, con las exoneraciones y limitaciones que las leyes de aplicación establecen, sin duda podrán hacerlo. Pero también pueden hacerlo por todo aquello que paguen al Armador, si es él quien ha incurrido en los gastos o sacrificios para lograr el mismo fin y sin duda a un costo significativamente menor!. Entonces para qué generar esa especulación en momentos en que hay que actuar?.

La Regla D es muy clara, siempre lo fue e impone a todas las partes, el pago de la contribución, sin discusión en esa etapa, de la causa que la haya originado. La Regla también habilita al Contribuyente en Avería Gruesa a reclamar sus perjuicios a la parte que haya incurrido en la falta.

En las distintas versiones ésta regla se ha mantenido invariable y el texto reza:

RULE D

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

REGLA D.

“Los derechos a obtener la contribución en avería gruesa no serán afectados aunque el acontecimiento que dio lugar al sacrificio o gasto pueda haberse debido a la falta de una de las partes en la aventura; pero esto no perjudicará a las acciones o defensas que puedan ejercitarse contra dicha parte en razón de tal falta...”

Ahora bien, hubo un fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos por el caso de la varadura del buque Irrawaddy (1895), que considerando las condiciones del **B/L** y principalmente el **Harter Act** con vigencia en ese País desde 1893, negó al Armador su derecho a recobrar los gastos y sacrificios realizados en Avería Gruesa por haber tenido el accidente, su origen en un error náutico.

Ese fallo alarmó a los Armadores que tenían buques con puertos de escala o destino en Estados Unidos y los llevó a confeccionar cláusulas que se denominaron "*General Average Negligence Clauses*", que insertaron en los conocimientos de embarque y contratos de fletamento, para procurar evitar una situación similar.

No obstante las discusiones respecto de su inserción, en 1912 un nuevo fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos le dio soporte jurisprudencial a la inclusión de dicha cláusula en el contrato de transportes. Efectivamente, fue a raíz del caso de un reclamo en Avería Gruesa realizado por los Armadores del B/M "JASON" a raíz de los sacrificios y gastos incurridos para hacer zafar el buque de su varadura en la costa cubana, hecho ocurrido en 1904.

Desde entonces, inclusive por expresa recomendación de los principales Clubes de P&I, la llamada "Jason Clause" luego "New Jason Clause" fue incorporada a los Contratos de Transporte que tenían como destino los Estados Unidos y en general se ven en todos los contratos. Entre otras versiones, el más utilizado es el texto recomendado por Bimco, que dice:

New Jason Clause

"In the event of accident, danger, damage or disaster before or after the commencement of the voyage, resulting from any cause whatsoever, whether due to negligence or not, for which, or for the consequence of which, the Carrier is not responsible, by statute, contract or otherwise, the goods, Shippers, Consignees or owners of the goods shall contribute with the Carrier in general average to the payment of any sacrifices, losses or expenses of a general average nature that may be made or incurred and shall pay salvage and special charges incurred in respect of the goods.

If a salvaging ship is owned or operated by the Carrier, salvage shall be paid for as fully as if the said salvaging ship or ships belonged to strangers. Such deposit as the Carrier or his agents may deem sufficient to cover the estimated contribution of the goods and any salvage and special charges thereon shall, if required, be made by the goods, Shippers, Consignees or owners of the goods to the Carrier before delivery."

En español, la parte principal de la cláusula podría leerse:

"En el caso de accidente, peligro, daño o siniestro, antes o después del comienzo del viaje resultante de cualquier causa, sea o no debida a negligencia, por la que o a consecuencia de la que el transportista no es responsable por ley, contrato o de cualquier otra forma, las mercaderías, cargadores, consignatarios, o propietarios de las mercaderías contribuirán con el transportista en avería gruesa al pago de cualquier sacrificio, pérdida o gastos que puedan ser efectuados o incurridos en Avería Gruesa y pagarán el salvamento y los gastos especiales incurridos con respecto a las mercaderías...."

Esta cláusula, ya con respaldo jurisprudencial, corrigió la tendencia de oponerse al pago de las contribuciones.

Queda claro entonces que si las medidas han sido adoptadas "razonablemente" para el "Beneficio Común", la contribución deberá ser pagada por todos los Contribuyentes sin objeción y luego plantear cualquier acción a la que estimen puedan tener derecho.

Los Aseguradores de Carga especialmente a través de la IUMI y otros estrados, han procurado que sean los Transportistas y sus Aseguradores, quienes asuman en la mayoría de los casos, las pérdidas de sus cargamentos asegurados.

Vienen bregando por la abolición de las exoneraciones de responsabilidad y de los límites establecidos por las distintas convenciones. No es objeto de esta charla discutir sobre este controvertido tema, pero cabe reflexionar: Acaso en el extremo de esa transferencia de riesgos, no están promoviendo la extinción del seguro de carga??. El negocio de todo Asegurador (sea de carga, casco y maquinarias o P&I) es el de evaluar los riesgos y calcular y percibir las primas adecuadas para soportar los siniestros y obtener una ganancia.

Para ello, es imprescindible que existan reglas claras e indiscutibles que establezcan los riesgos y la exposición económica a la que estarán sujetos.

La Avería Gruesa y el esquema de responsabilidades, exoneraciones y límites, son cuestiones independientes e inclusive activan mecanismos distintos. Los Seguros de Casco y Maquinaria y los Seguros de Carga, cubren la contribución sea del propio buque como de la mercadería, a la avería común. Los Armadores tienen un segundo respaldo en sus Clubes de P&I para responder ante los reclamos que por sus faltas puedan recibir. Cada Institución asume sus riesgos y es incoherente que se pretenda concentrar todo en uno.

Se construyen buques cada vez de mayor capacidad, para dar respuestas a la creciente demanda del mercado. En la gran mayoría de los casos, las mercaderías transportadas superan en valor a los propios buques. El comercio mundial por vía marítima mueve por año aproximadamente 5 billones de dólares en mercancías, en unos 45000 buques que hacen alrededor de 500.000 viajes.

De semejante cantidad de mercaderías a riesgo, sólo un ínfimo porcentaje de siniestros tienen un componente de Avería Gruesa. La mayor complejidad en la recolección de Garantías, Liquidación y recobro de contribuciones está circunscripta a los buques porta-contenedores que son sólo una pequeña parte (aprox. 7%) de la flota mundial.

En estos casos, con numerosos Consignatarios diseminados en distintos países, el proceso es engorroso y demanda mucho tiempo y esfuerzo que en los casos de montos menores lo tornan injustificable. Para tramitar ese tipo de Averías Gruesas, es que surgieron las “Clausulas de Absorción en Avería Gruesa”, que muchos Armadores que transportan grandes volúmenes han incluido en las pólizas de casco de sus buques.

Si bien están acotadas a un monto preestablecido, en general cubren las “pequeñas” Averías Gruesas y se evitan de esta manera las discusiones que la emisión de garantías y cobros de pequeñas sumas en el exterior implican.

Lógicamente asumir esos mayores reclamos implica un costo, que se traslada al Flete y en efecto es una clara *transferencia de riesgo del Asegurador de Carga hacia el de Casco*.

Los Aseguradores de carga estarán satisfechos de no recibir el reclamo.... y sus Letrados de no lidiar con el Liquidador de Averías interviniente e inclusive de no “*tener*” que iniciar molestas acciones contra el transportista puesto que nada se habrá indemnizado...

En otras situaciones, donde los montos involucrados son mayores o se carece de esa cobertura adicional, habrá que seguir el probado proceso de la Liquidación de Avería Gruesa, que tiene ya varias centurias de historia y que auguro sobreviva otras tantas.

Buenos Aires, Junio de 2011.

Esteban A. Vivanco