
EL DESARROLLO HISTÓRICO-LEGISLATIVO DEL INSTITUTO DE AVERÍA GRUESA EN LA *LEX MARITIMA*.¹

Lic. Carlos E. Valenciano Góngora²

I- SUMARIO

1. Introducción
2. Consideraciones preliminares sobre el desarrollo histórico-legislativo del instituto en la *Lex Maritima*
3. Desarrollo histórico-legislativo del instituto de Avería Gruesa.
 - 3.1 Digesto Justiniano (circa s. VI d.C.), que recopila la de «Lex Rhodia de iactu» (circa s. X a.C.).
 - 3.2. «Kitāb akriyat "al sufun" wa-al-Niza' Banya Ahliha (circa s. X d.C.)».
 - 3.3. «Les rôles d'Oléron» (circa s. XII d.C.).
 - 3.4. «Libre del Consolat de Mar» o «Livre du Consulat de la Mer» (circa s. XIII d.C.).
 - 3.5. Leyes Marítimas de Wisby (circa s. XV d.C.).
 - 3.6. «Guidon de la Mer» (circa s. XVI).
 - 3.7. «L' Ordonnance de la Marine d'août 1681» (Francia, 1681).
 - 3.8. Birkley and Others v. Presgrave, 1 East 220. Feb 3, 1801.
 - 3.9. York–Antwerp Rules (1877, 1890, 1924, 1950, 1974, 1994, 2004).
4. Conclusiones
5. Bibliografía

¹ El presente artículo comprende una síntesis revisada del capítulo primero de mi trabajo final de graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, intitulado: *La Avería Gruesa: Reflexiones críticas sobre la utilidad y vigencia de un instituto controvertido de la Lex Maritima*, dirigido por el Profesor Dr. Víctor Pérez Vargas, y presentado ante el Tribunal evaluador de la Facultad de Derecho el día veintiocho de abril de dos mil ocho. La disertación, dirigida a determinar la conveniencia de la perpetuación del instituto de la Avería Gruesa en el transporte marítimo comercial contemporáneo, dedica su primer apartado -mismo que es objeto de revisión de este ensayo- a recopilar y analizar el desarrollo legislativo y jurisprudencial de esta figura del Derecho Marítimo, desde su concepción original en la tradición marítima mediterránea, estrechamente relacionada con el acto de echazón; hasta su aplicación contemporánea de vocación universalista.

² Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asociado de **FACIO Abogados**.

1. Introducción

Bajo la acepción moderna, existe un acto de **Avería Gruesa** cuando, al seno de la aventura marítima, una o varias de sus partes contraen de manera intencional y razonable algún sacrificio o gasto extraordinario para la seguridad común, con el objeto de preservar de un peligro a los bienes comprometidos en la expedición marítima.³

Sin embargo, el proceso histórico de conformación del la *Avería Gruesa*, y particularmente, el de determinación de sus elementos constitutivos, ha sido poco menos que lineal y concertado: confluyen en él más de tres milenios de tradición marítima, usos y costumbres en los que este instituto halla a la vez su fundamento y su justificación.

La *Avería Gruesa* urde sus raíces milenarias en las generosas tierras de los usos y la costumbre de los pueblos mediterráneos de la antigüedad, en las que el fenómeno era indistintamente asociado al acto de *echazón*, dada la frecuencia con que las frágiles embarcaciones debían arrojar su mercancía y aún partes del bastimento fuera de borda, para así alijar y sortear la inclemencia de las fuerzas naturales que se cernían sobre ellas. Con el surgimiento de las primeras codificaciones marítimas alto-medievales, comienza a forjarse al seno del instituto la idea de una *asociación de intereses* entre las partes de la empresa marítima, y por tanto, todo sacrificio y gasto incurrido con el fin de salvaguardar el bien común

³ Así define al instituto la *Regla A* de las **Reglas York-Amberes**, código voluntariamente establecido para mantener la uniformidad internacional en el tratamiento de la *Avería Gruesa*. Dichas reglas no forman parte de leyes nacionales o convenciones internacionales, sino que han sido introducidas a la práctica jurídica por la aceptación voluntaria de los diversos grupos que componen la comunidad marítima internacional. **York-Antwerp Rules 2004**. (Aprobadas por el Comité Marítimo Internacional (CMI) en la Conferencia sostenida en Vancouver del 31 de mayo al 4 de junio de 2004). **RULE A**. *There is a general average act when, and only when, any extraordinary sacrifice or expenditure is intentionally and reasonably made or incurred for the common safety for the purpose of preserving from peril the property involved in a common maritime adventure. General average sacrifices and expenditures shall be borne by the different contributing interests on the basis hereinafter provided..*. Consultado en: **COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (2003)**. <<http://www.comitemaritime.org/cmidoocs/yar.html>>. [Consulta: 15 noviembre. 2007]

de la expedición, y no sólo la echazón, era admitido en Avería Gruesa. Posteriormente, con el nacimiento de los primeros Estados-Nación, la figura se perfila en su forma moderna, definiéndose poco a poco la necesidad de concurrencia de sus elementos constitutivos. En la actualidad, aspira a proyectarse como un instituto de aplicación general, en razón de la aceptación de los diferentes grupos que conforman la comunidad marítima internacional - armadores, fletadores, cargadores, aseguradores- de las *York-Antwerp Rules*, un cuerpo normativo de vocación universal que regula el fenómeno de Avería Gruesa, su ajuste y liquidación.

El estudio de las legislaciones y decisiones jurisprudenciales que han recogido el instituto de Avería Gruesa muestra que esta figura del Derecho Marítimo ha sido dotada de los más diversos contenidos, manteniéndose, no obstante, un denominador común a todos ellos -el cual constituye, precisamente, su *principio rector*-. La idea de la *solidaridad* inherente a las partes de la aventura marítima, y por tanto, del deber de contribución de éstas en caso de sacrificio o gasto realizado para la preservación de la empresa. Dicha *solidaridad* surge a su vez de la idea de *comunidad de intereses*, que nace en cada viaje con la formación de la *empresa marítima*. Juntos, buque, carga y flete se configuran en una *unidad ideal* para afrontar los riesgos de la navegación. Bajo este principio, el instituto de Avería Gruesa pretende instaurar un sistema de contribución tendente a compensar las pérdidas voluntariamente soportadas por una de las partes de la aventura marítima para la seguridad común de toda la empresa.

El presente artículo pretende ser una breve recopilación del desarrollo histórico del instituto del Avería Gruesa a través de la legislación y la jurisprudencia más relevante.

2. Consideraciones preliminares sobre el desarrollo histórico del Derecho Marítimo

El *Derecho Marítimo*, en su acepción más generalizada como rama del Derecho Mercantil⁴, se refiere al conjunto de reglas que rigen las relaciones y obligaciones surgidas con ocasión de la navegación marítima y/o en relación con los navíos.⁵ En tanto que orden normativo, precisa las relaciones jurídicas que se traman entre los múltiples partícipes de esta empresa. Las particularidades históricas del desarrollo del tráfico marítimo han hecho que sean los usos y costumbres la principal fuente de la que tales relaciones emanan su fundamento y justificación. Las ciudades-estado y puertos fenicios y helénicos y, posteriormente, el Imperio Romano, desarrollaron un sistema de comercio marítimo fundado sobre prácticas consuetudinarias consolidadas. De hecho, no fue sino hasta la Edad Media cuando las ciudades marítimas de *Pisa* y *Amalfi* -en el Mediterráneo- y la *Isla de Oléron* -en el Atlántico-, comenzaron a crear cuerpos normativos que recogían y sistematizaban el desperdigado acervo de usos y costumbres del mar. El **Dr. FERNANDO MORA ROJAS**⁶ señala que este fenómeno se corresponde con el surgimiento y auge en la Europa de los siglos XII y XIII d.C., del gremio de los comerciantes, quienes buscaban el establecimiento de una legislación y jurisdicción especializadas para el conocimiento de los asuntos propios de su

⁴ Esta clasificación es propia de las legislaciones adscritas a la tradición del «*Civil Law*», que históricamente han regulado el *comercio marítimo* en sus respectivos *Códigos de Comercio* (V.g., Costa Rica, Perú, España, Alemania. Otras legislaciones como la francesa y la argentina, han derogado el capítulo dedicado al comercio marítimo en sus respectivos *Códigos de Comercio*, pasando a ser regulado por leyes especiales). En el sistema de «*Common Law*», en cambio, el Derecho Marítimo o «*Admiralty Law*», es considerado una rama independiente y autónoma del Derecho, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedimental. (SCHOENBAUM, Thomas J.; YIANNOPOULOS, Athanassios N (1984). *Admiralty and Maritime Law: Cases and Materials*. Michie Co., Virginia. Página 1).

⁵ ROGER, André (1907). *Traité Élémentaire de Droite Maritime Commercial et de Police de Navegation Maritime*. Augustin Challamel, Éditeur. Paris, Librairie Maritime et Colonial. Página 19, ¶ 24.

⁶ MORA ROJAS, Fernando (2003). *Introducción al derecho comercial*. Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto. Páginas 85-86; Vid. SÁENZ CARBONELL, Jorge (2003). *Elementos de Historia del Derecho*. Santo Domingo de Heredia, Costa Rica. Ediciones Chico. Página 118.

oficio. Explica también que esta necesidad se ve acentuada por el vertiginoso crecimiento de las ciudades y, consecuentemente, del tráfico mercantil, al reabrirse las grandes rutas del comercio europeo hacia Oriente y el Mediterráneo. En efecto, los usos del comercio marítimo sufrieron el proceso de evolución descrito por **JOAQUÍN GARRIGUES**⁷, pasando de ser prácticas aisladas y heterogéneas, a alcanzar el carácter de *usos normativos*. Es decir, en este estado, las cláusulas propias del tráfico marítimo se aplicaban de modo uniforme y general entre los comerciantes, y existía consenso sobre su obligatoriedad para las partes.⁸ El surgimiento de los Estados-Nación y, por tanto, de las primeras leyes nacionales, no disminuyó la influencia de los institutos nacidos al seno de la *Lex Mercatoria*⁹, sino que más bien dichas legislaciones pasaron a codificarlos. Aún más, la costumbre continuó evolucionando y rigiendo gran parte de las relaciones en el tráfico marítimo. Este proceso de transformación constante, propio del Derecho Mercantil y sobre todo del Derecho Marítimo, es ilustrado con excepcional uso de la palabra por **MALVAGNI**¹⁰: *“Las necesidades del comercio y el aspecto siempre cambiante de la economía particular de cada nación, y de la general internacional a quienes sirven, los obligan a una constante readaptación de métodos y prácticas (...). Así, se crean costumbres, documentos e instituciones que aparecen después en los códigos, llevadas por los juristas, que supieron pulsar el ambiente respectivo y extraer los principios que los rigen, para*

⁷ **GARRIGUES, Joaquín (1977)**. *Curso de derecho mercantil*, Volumen I. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México. Páginas 94-95.

⁸ **KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA TORUÑO, Octavio (1997)**. *Curso de Derecho Mercantil*. Segunda Edición, revisado y actualizado. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto. Página 139.

⁹ Sobre la *Lex Mercatoria*, el **Dr. VÍCTOR PÉREZ VARGAS** ha señalado que: *“El Derecho Comercial creado por los propios comerciantes es lo que se llama Lex Mercatoria. Los usos y costumbres del comercio internacional han conformado un verdadero ordenamiento jurídico, de relativa autonomía (...). Los ejemplos son numerosos; los encontramos en las costumbres bancarias, en las costumbres marítimas, (...), prácticamente, en todos los ámbitos del comercio internacional.”*. (**PÉREZ VARGAS, Víctor**. Apuntes para la lección del **Curso de Introducción al Derecho, ¿QUÉ ES EL DERECHO PRIVADO?**, del 3 de noviembre de 1999.)

¹⁰ **MALVAGNI, Atilio (1956)**. *Contratos de transporte por agua*. Buenos Aires, Roque de Palma, Editor. Página 3.

fijarlos en normas legales (...). Tal es el caso, como se verá, del instituto de *Avería Gruesa*.

3. Desarrollo histórico-legislativo del instituto de Avería Gruesa

Como se ha establecido, la *Avería Gruesa* es un instituto del Derecho Marítimo que traza sus orígenes hasta las milenarias costumbres del comercio y navegación de las culturas marítimas de la cuenca mediterránea.¹¹ Explica **RIPERT**¹² que: “*Si bien su origen exacto nos es desconocido, se encuentran cuando menos sus trazos en las legislaciones antiguas, y parece haber sido seguida por todos los pueblos navegantes que alcanzaron cierto nivel de civilización.*”. Tiene su fundamento en el *principio general de solidaridad* que debe prevalecer entre las partes de la aventura marítima; y por tanto, desde su origen, implicó la *comunidad y distribución* de las *pérdidas* voluntariamente soportadas para la protección de la empresa común. La *Avería Gruesa* ha sufrido un proceso evolutivo complejo, alimentado por casi tres milenios de desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario, desde la *Ley Rodia de Echazón*, hasta las *Reglas York-Amberes de 2004*. A continuación, se presenta una síntesis de los acontecimientos históricos, legislación y decisiones jurisprudenciales que han marcado la impronta de su desarrollo.

3.1. Digesto Justiniano (circa s. VI d. C.), que recopila la de «Lex Rhodia de iactu» o Ley Rodia de Echazón (circa s. X a. C.).

¹¹ La ausencia de referencia a algún instituto que establezca un principio de colaboración solidaria entre las partes de la aventura marítima, o aún a la echazón en legislaciones pertenecientes a otras tradiciones jurídicas que regulan la navegación como el *Código de Hammurabi* o el *Manusmriti* indio, hace presumir que este instituto tuvo la cuenca mediterránea por cuna.

¹² **RIPERT, Georges (1953)**. *Traité General de Droit maritime*. Tome III, Quatrième Édition. Rousseau, 1953. n°2212. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*Si son origine exacte ne nous est pas connue, on en trouve tout au moins des traces dans les antiques législations, et elle paraît avoir été suivie par tous les peuples navigateurs arrivés à un certain degré de civilisation*”.

La primera referencia documental al instituto de Avería Gruesa se encuentra en el *Digesto Justiniano, Libro XIV, Título II*, bajo el nombre de «*De Lege Rhodia de iactu*», *De la Ley Rodia de Echazón*.¹³ El Imperio Romano, aún en el apogeo de su dominio comercial sobre el Mediterráneo, carecía de una normativa especializada para la regulación del tráfico marítimo. En cambio, el Imperio Bizantino dedicó mayor atención a la legislación náutica. El Emperador Justiniano I incorporó la *Ley Rodia de Echazón* al *Digesto, Libro XIV* (s. VI d.C., circa 533 d.C.), bajo el título de «*De Lege Rhodia de iactu*», y al «*Codex Iustinaeus*» (s. VI d.C., circa 534 d.C.), bajo el nombre de «*Nómos Rodion Naytikós*», o Derecho Naval Rodio.¹⁴ Este hecho sugiere que la Avería Gruesa, en relación con la *echazón*, era practicada desde los siglos X - VII a. C., época de esplendor de la Isla de Rodas como potencia marítima del Mediterráneo.¹⁵

La *Sección 1¹⁶ del Título II del Digesto Justiniano, Paulo, Sentencias, Libro II*, señala: “*Establece la Ley Rodia que, cuando con el propósito de aligerar el navío, fuere arrojada mercancía por la borda, lo que se ha perdido para el beneficio de todos, ha de ser resarcido por la contribución de todos.*”. Se revela en esta disposición inicial, a la vez, el **fundamento** y la **justificación** del instituto de

¹³ *Digesto Justiniano*. Libro XIV, Título II. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

¹⁴ **LUQUE TALAVÁN, Miguel (1998)**. *La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio* (siglos XVI-XVIII). *Revista Complutense de Historia de América*. Número 24. 24: 113-145, página 126, citando a **AVILÉS, G.** *Manual de Derecho mercantil*. Ruiz Hermanos, Madrid, 1933. pp. 413-414.

¹⁵ **CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979)**. *Los Siniestros en el Seguro de Transportes*. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 123.

¹⁶ *Digesto Justiniano*. Libro XIV, Título II, Sección 1. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007]. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*It is provided by the Rhodian Law that where merchandise is thrown overboard for the purpose of lightening a ship, what has been lost for the benefit of all must be made up by the contribution of all.*”.

Avería Gruesa; sea, la *solidaridad* que debe de primar entre las partes, no sólo en virtud del carácter de *comunidad* que reviste la aventura marítima, sino particularmente en razón de que el sacrificio realizado tiene como objeto procurar el *bien común* de la empresa.

Asimismo, tal como lo sugiere el título del Libro, «*De Lege Rhodia de iactu*», “De la Ley Rodia de Echazón”, esta norma se refiere, particularmente, al acto de *echazón*, como la acción y efecto de arrojar al agua la carga, parte de ella o ciertos objetos pesados de un buque, cuando es necesario aligerarlo.¹⁷ Es decir, el régimen de contribución solidaria, bajo esta ley, se restringía a compensar la pérdida ocasionada por la *echazón*, con exclusión de otros sacrificios o gastos, por ejemplo, el daño sufrido por el navío, aun cuando se incurriera en él con el fin de preservar el bienestar de la aventura marítima. Este hecho puede deberse, como lo señala **DUSSERRE**¹⁸, a que las legislaciones antiguas asociaban sistemáticamente a la *echazón* como ejemplo de *Avería Gruesa*, pues era entonces el caso más frecuente.¹⁹

Así, la *Subsección (2)* de la *Sección 2*²⁰, plantea la cuestión de que si, sobreviniendo una tormenta, y siendo necesario arrojar parte de la mercancía

¹⁷ **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA** (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Búsqueda: *echazón*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

¹⁸ **DUSSERRE, Cédric**; sous la direction du **Pr. Christian SCAPEL (2004)**. *Les Avaries Communes, place actuelle d'une institution antique*. Mémoire de DESS de Droit Maritime et des Transports 2003/2004. Página 10. Consultado en: **Centre de Droit Maritime et des Transports**. UNIVERSITÉ DE DROIT, D' ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III (CDMT, 2004). <<http://www.cdmtdroit.u-3mrs.fr/memoires/2004/m04duce.html>>. [Consulta: 5 noviembre. 2007]

¹⁹ En *La Biblia*, es posible encontrar cuando menos dos descripciones claras de casos de *echazón*. En el *Antiguo Testamento*, la historia de Jonás narra: “*Pero Yavé envió un fuerte viento sobre el mar, causando una tempestad tan grande que el barco amenazaba hundirse. (...) Después echaron la carga del barco al mar para sacarle peso.*” (**Jonás, 1: 4-5**). En el *Nuevo Testamento*, se encuentra un relato aún más detallado en la historia del transporte de Pablo a Roma, en la que una tormenta obligó a alijar frente a las costas de Creta (**Hechos, 27: 1-20**).

²⁰ **Digesto Justiniano**. Libro XIV, Título II, Sección 1, Subsección (2). Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007]. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “(...) *all those to*

sobre la borda, debían todas las partes de la aventura contribuir con la pérdida, y de ser así, en qué proporción. Sentencia el *Digesto*: “ (...) todos aquellos con interés en que los bienes fueren arrojados sobre la borda, han de contribuir, pues deben tal contribución en atención a la preservación de su propiedad, y por tanto, aún el dueño del navío sería responsable de su parte [de contribución]. El monto de la pérdida debe ser distribuido en proporción al valor de la propiedad.”

Sin embargo, en cuanto el *Digesto* procede a detallar el **régimen de contribución** de las partes de la aventura marítima, éste parece ampliar el instaurado por la *Lex Rhodia*, al estimar que, por el régimen de solidaridad que prima entre las partes, cualquier daño o pérdida sufrida en pos del bien común, y no sólo el producido por la echazón, ha de ser resarcido.

Así, la *Sección 3*²¹ del *Título II* del *Digesto*, *Papiniano*, *Opiniones*, *Libro XIX*, señala que cuando un mástil, o cualquier otra parte del equipo del navío fuere arrojado sobre la borda con el propósito de librar un peligro común a todas las partes de la aventura, la contribución será requerida. Esta tesis es mantenida en la *Subsección (1)* de la *Sección 5*²² del mismo título, *Hermogeniano*, *Epítomes de la Ley*, *Libro II*, que añade que si el mástil es derribado para que tanto el navío como la mercancía sean librados del peligro, cabe un reclamo equitativo por contribución.

Luego, efectuándose un análisis conglobado de las reglas antes mencionadas, podría deducirse que las opiniones del *Digesto* recurren a una interpretación extensiva de la norma, para incluir en el régimen de contribución y compensación,

whose interest it was that the goods should be thrown overboard must contribute, because they owed that contribution on account of the preservation of their property, and therefore even the owner of the ship was liable for his share. The amount of the loss must be distributed in proportion to the value of the property.”

²¹ *Ibidem*, Sección 3.

²² *Ibidem*, Sección 5, Subsección (1).

no sólo el sacrificio de la mercancía transportada, sino también el de las partes o aparejos del navío que fueren arrojados para librar un peligro común. No obstante, la regulación es oscura respecto de la aplicación del régimen de contribución a los daños sufridos por el navío. Un análisis amplio de la regla inspirado en la *solidaridad y equidad* entre las partes de la aventura, permitiría admitir cualquier daño sufrido por el navío en pos del salvamento de la empresa marítima, y por tanto, del *interés común*.

Esto parece derivarse del hecho de que, como lo señala **DUSSERRE**²³, si bien el Derecho Romano es una fuente irrefutable de derecho de las Averías Gruesas, las reglas que instituye no prevén más que algunos casos particulares, omitiendo referirse a la unión de intereses que se forma a bordo, por ejemplo, cuando una mercancía es arrojada al mar. En apoyo a esta tesis, **TETLEY**²⁴ explica en el mismo sentido que si bien la Avería Gruesa en la *Ley Rodia* no se extendía más allá de los casos de echazón, su principio ha sido y es aplicado a todos los demás casos de sacrificio realizados para el beneficio de todos.

El caso de la jurisprudencia norteamericana ***Columbian Insurance Company v. Ashby and Stribling, 38 U.S. 13 Pet. 331 (1839)***²⁵ resume de manera brillante esta discusión. Explica esta resolución que el Derecho Romano no procede a realizar una distinción en cuanto a la propiedad sacrificada, sea esta el navío o la carga, una parte o su totalidad. La única restricción al sacrificio es que éste debía

²³ **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 11. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*Le droit romain est une source incontestable du droit des avaries communes toutefois, les règles qu’il édicte ne prévoient que quelques cas particuliers en omettant de parler de l’union d’intérêts qui se forme à bord lorsque, par exemple, une marchandise est jetée à la mer.*”.

²⁴ **TETLEY, William (2003)**. *General Average now and in the future*, 2003. página 5, nota al pie número 8. Artículo consultado en: **McGILL UNIVERSITY (2008)** <<http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/genaverage.pdf>>. [Consulta: 22 noviembre. 2007]. (Puede consultarse también en ***Liber Amicorum R. Roland***, Larquier, Brussels, 2003. pp. 419-450).

²⁵ **U.S. Supreme Court of Justice (1839)**. ***Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839)***. ¶338-339. Consultado en: **JUSTIA, U.S. Supreme Court Center**. <<http://supreme.justia.com/us/38/331/case.html>>. [Consulta: 23 febrero. 2008].

ser *voluntario* y dirigido a evitar un peligro inminente, además de tener éxito en alcanzar este propósito. Citando al jurista holandés **van BYNKERSHOEK**, refiere que el principio general es que cualquiera que sea el daño sufrido para el beneficio de todos, debe de ser compensado por todos, mismo que aplica a gran variedad de casos, pero particularmente a la echazón.

Los emperadores Tiberio, Adriano, Antonio, Pertinaz y Septimio Severo, prescribieron la observancia de estas ordenanzas en el tanto no contradijeran la legislación imperial vigente.²⁶ Así, la *Sección 9 del Título II del Digesto, Volusius Mæcianus, Sobre la Ley Rodia*, comenta sobre la incorporación de la *Lex Rhodia* a la práctica jurídica romana. Según relata esta sección, Una petición de Eudaimon de Nicomedia al Emperador Antonino rezaba: “*Señor Emperador Antonino, habiendo naufragado en Icaria, fuimos robados por los granjeros habitantes de las inmediaciones de las Islas Cícladas*”.²⁷ Antonino respondió a Eudaimon de la siguiente forma: “*Yo soy, en efecto, el Señor del Mundo, pero la Ley es Señora de los Mares; y por tanto, este asunto ha de ser decidido por la Ley Rodia, que fue adoptada para regular las cuestiones marítimas, mientras no exista ordenanza nuestra que se le oponga*”.²⁸ Bajo el nombre de *Las Basílicas*, ésta sería publicada una vez más en el reinado del emperador León el Filósofo (886-911) de Bizancio²⁹, e influenciaría la legislación marítima posterior.

²⁶ LUQUE TALAVÁN, *op. cit.*, página 126, citando a **CAPMANY Y DE MONPALAU**, MDCCXCI, Tomo 10, pp. XLVIII-XLIX.

²⁷ Interesará saber al lector curioso saber que en **Nesbitt v. Lushington (1792)**, **4 TR 783** se conoció un caso similar. El buque embarrancó en la costa irlandesa, y fue abordado por una turba de nativos que obligó al capitán a vender la totalidad de su cargamento de trigo -salvo diez toneladas, que se habían ya perdido con el encallamiento- a un precio mucho menor a su valor real.

²⁸ **Digesto Justiniano**. Libro XIV, Título II, Sección 7. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

²⁹ LUQUE TALAVÁN, *op. cit.*, página 127, nota al pie número 61, citando a **M. MAESTRO**, *Historia del seguro español*, T. I. -Barcelona, cuna del seguro español. Editorial Sede, Madrid, 1991, p. 30.

3. 2. *Kitāb akriyat "al sufun" wa-al-Niza`Banya Ahliha (circa s. X d.C.)*

El cisma de Roma y la posterior caída del Imperio Romano de Occidente en 476 d.C., provocaron la vertiginosa merma del tráfico marítimo en la Europa Latina. No obstante, esto no implicó el descenso del comercio mediterráneo. Los prósperos reinos islámicos se convirtieron en las potencias comerciales indiscutidas de la cuenca mediterránea. Los omeyas y nazaríes de *Al-Ándalus* en la Península Ibérica, y las dinastías de los *Tulonidas* en Egipto y los *Agalbidas* en Túnez dominarían el comercio marítimo mediterráneo por el siguiente medio milenio.

Durante la Edad Media, el Mediterráneo islámico³⁰ mantuvo profusas relaciones comerciales con la Europa Cristiana. Sus redes comerciales iban más allá de Bizancio, e incluían las tierras eslavas del este europeo.³¹ Sin embargo, el grueso de su actividad en el Mediterráneo se circunscribía a los enclaves comerciales islámicos del norte de África, la Península Ibérica y la Península Arábiga. Es por esta razón -entre otras de índole político y cultural que no han de ser sometidas a discusión en la presente investigación- que las leyes marítimas islámicas fueron desconocidas en la Europa Latina, y por lo tanto, ajenas a su tradición marítima.

En el primer tercio del siglo X d.C., fue promulgado el «*Kitāb akriyat "al sufun" wa-al-Niza`Banya Ahliha*» o *Tratado relativo al arrendamiento de navíos y los reclamos entre sus pasajeros y marineros*.³² Escrito en forma de «*respuesta*», el texto está compuesto de nueve capítulos. Un apéndice de seis consultas jurisprudenciales fue presuntamente agregado en la segunda mitad del siglo XI d.C. por el compilador *Khalaf Ibn Abi Firas*. Esta pieza jurídica resulta de especial

³⁰ Vid. BRAUDEL, Fernand (1993). *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social. "Lo que enseña la geografía. Tierras y Mares del Islam"*, Tecnos, Madrid. Páginas 58-68.

³¹ MERI, Josef W. (Editor) (2006). *Medieval Islamic Civilization. An Enciclopedia*. Volumen 2. (s.L). Taylor & Francis, Publisers. Página 819.

³² *Ibidem*, página 820.

importancia para el tema bajo estudio, pues en su *Quinto Capítulo* analiza el tema de la *echazón, salvamento y contribución* en la aventura marítima. Asimismo, el *Apéndice* expone varios casos prácticos de transporte marítimo, entre ellos algunos de *echazón* y *Avería Gruesa*.

Curiosamente, el instituto de *Avería Gruesa* en el Derecho Marítimo Islámico parece tener raigambre, no en la idea de *unidad* de la aventura marítima, sino más bien en la *responsabilidad de las partes* derivada del *contrato de fletamento*. La legislación marítima islámica era prolija en su regulación, pues la relación contractual entre el dueño del navío y el fletador estaba reglada desde el momento de la contratación, hasta el arribo y descargo de la mercadería en el destino final. En caso de que un bote naufragara en su trayecto, o si la carga debía ser sacrificada por *echazón*, existía un método establecido de resolución de disputas.³³

Así, si el navío, luego de haber cubierto parte de su viaje, naufragaba y parte de la mercancía se perdía o dañaba, quien contrataba el flete de la mercancía debía compensar al dueño del navío por la distancia recorrida, luego de que los bienes dañados y salvos fueran evaluados. El valor de la mercancía dañada o sacrificada era deducida del pago debido al dueño del navío. Y si toda la mercancía se perdía, fenecía también el derecho a contribución.³⁴

Como puede apreciarse, la naturaleza de la figura de *Avería Gruesa* en el Derecho Marítimo Islámico no coincide plenamente con aquella de la figura recogida por el Derecho Romano de la costumbre marítima *Rodia*. Mientras el instituto romano se basaba en la *comunidad de intereses* de las partes de la aventura marítima, más

³³ REMIE CONSTABLE, Olivia (1994). *Trade and traders in Muslim Spain. The commercial realignment of the Iberian peninsula, 900-1500*. (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought: Fourth Series Cambridge). University Press. Página 125.

³⁴ KHALILEH, Hassan Salih (1998). *Islamic Maritime Law. An introduction. Studies in Islamic Law and Society*. Volumen 5. Boston & Leiden, Brill Academic Publishers. Página 74.

allá de las relaciones contractuales existentes entre ellas; la contribución dentro del ordenamiento islámico parece ser un aspecto más de la responsabilidad de las partes dentro del contrato de fletamento. Así, el sacrificio por echazón no era cubierto solidariamente por la contribución de las partes involucradas, sino que el costo de la mercadería sacrificada era deducida del pago total del flete de ésta.

3. *Ordinamenta Maris di Trani (circa 1063)*

Durante los siglos posteriores al *Digesto Justiniano*, por motivos históricos imputables al declive del comercio marítimo en Europa, no le sucedió a éste legislación marítima relevante. Sin embargo, en los albores de la Edad Media, y con el surgimiento de la burguesía comercial y la reactivación de las rutas comerciales europeas, comienzan a proliferar en las ciudades portuarias reglas especiales para la regulación del tráfico marítimo. Mientras el Mediterráneo era surcado principalmente por las naves de las Repúblicas italianas³⁵ (Venezia, Amalfi, Genova, Pisa y Firenze), de las ciudades marítimas españolas de Barcelona y Valencia, y la francesa de Marseille; el Atlántico era dominado por los puertos de la Liga Hanseática (Lübeck, Danzing, Köln, Hamburg) y las ciudades flamencas de Brugge y Antwerpen.

Gracias a la confluencia de las condiciones antes descritas, el Medioevo trajo

³⁵ El nacimiento de las ciudades marítimas de Venecia, Génova, Amalfi y Pisa, en el Mediterráneo, implicaría un resurgimiento del tráfico marítimo y la perpetuación de las leyes y prácticas marítimas y comerciales romanas. Así, por ejemplo se promulga en 1255, en Venecia, el *Statuta et Ordinamenta super Navibus*, recogido posteriormente en 1347 en el *Libro Sexto* del *Statuta Civilia Veneta*, ordenado por el Dogo André Dandolo. En estos cuerpos normativos, Venecia, al igual que otros Estados del Mediterráneo, procuró actualizar y sobre todo completar la ley marítima romana, que resultaba a todas luces insuficiente. Así, los *Statuta Civilia Veneta*, no sólo introdujeron la distinción entre *Avería Gruesa* y *Avería Particular*, sino que extendió la responsabilidad de contribución en caso de pérdida voluntaria a la prevención de un peligro común, para cubrir los casos de daños sufridos por la nave o la carga originados en los peligros del mar o la captura o ataque del enemigo o los piratas. Este proceso de evolución legislativa fue similar en Pisa y Génova, pares de Amalfi y Venecia en el comercio marítimo. La República de Pisa promulgó las *Constitutum Legis* (1156) y las *Constitutum Usus* (1160), que recogían tanto la *Lex Romana* como la *Lex Longobarda*, sincretismo condensado en la frase: “*vivendo lege Romana; retentis quisbudam de lege Longobarda*”. Génova por su parte, fue también profusa en la emisión de legislación marítima: *Officium Gazariæ* (s. XIV), *Tractatores Mercantiæ* (s. XIV). (REDDIE, James (1841). *An historical view of the law of maritime commerce*. William Blackwood and Sons, Edimburgh and London. 1841. Páginas 145-162.).

consigo una cambio de perspectiva respecto de la empresa marítima. La *asociación de intereses*³⁶ pasa a ser ahora la idea dominante entre los partícipes de la empresa marítima. Señala **DUSSERRE**³⁷ que, en una época en donde las partes de la expedición percibían el interés de unirse contra los riesgos frecuentes de la navegación marítima, se desarrolló una especie de *compañía mutual*, con el objeto de agrupar el navío y cargamento en un todo solidario que habría de cubrir las pérdidas en las que eventualmente se incurriere para salvar el navío.

El nacimiento de esta visión se encuentra registrado en el que sería el primer Código Marítimo de la Edad Media en la Europa Latina, el «*Ordinamenta Maris di Trani*»³⁸. La ciudad marítima de Trani es un puerto en el Adriático Italiano. Tuvo su época de esplendor como potencia marítima en el siglo XI d.C., cuando fue nombrada sede episcopal. Posteriormente, con las Cruzadas, se convirtió en el puerto más importante del Adriático.³⁹ El «*Ordinamenta Maris*» de Trani vino a regular el tráfico comercial marítimo de esta ciudad.

El **artículo I**⁴⁰ de esta recopilación comenta que si una nave naufragare y la popa

³⁶ RIPERT, *op. cit.*, n°2214.

³⁷ DUSSERRE, *op. cit.*, página 11.

³⁸ Vid. *The New York Times* (The New York Times Company, 2008). [en línea]. 23 de diciembre de 1877. Consultado en: http://query.nytimes.com/mem/archivefree/pdf?_r=1&res=9800E3D8173EE73BBC4B51DFB467838C669FDE&oref=slogin [Consulta: 20 febrero. 2008].

³⁹ TRANIWEB (2008). *Storia di Trani. Le origini de la città di Trani*. <<http://www.traniweb.it/trani/quickinfo.asp?quick=11>>. [Consulta: 20 noviembre. 2007]

⁴⁰ *Ordinamenta Maris*. Artículo I. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/trani.html>>. [Consulta: 20 noviembre. 2007] A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “I. They propound, say, determine, and define this underwritten question of maritime navigation, which is thus laid down, that if any vessel, large or small, should be cast ashore by mischance, and should have her poop separated from her prow, the merchandise, which is in the said ship, is not bound to contribute to repair the said ship. And if the said ship should not have her poop separated from her prow, the merchandise, which is in her, is bound to contribute to repair the said ship. And the mariners of the said ship are bound to attend eight days to save the ship's spars, and whatsoever mariner shall depart before the said term of eight days from the said ship, he is liable to pay three pennies out of every ten of his wages.”.

se separare de la proa, la mercancía transportada por el navío no estaría obligada a contribuir a la reparación de dicha nave. Sin embargo, si esa separación no se diere, la mercancía debía colaborar con el arreglo del navío.

Por su parte, el **artículo II**⁴¹ sentencia que los palos que se perdieren no podían incluirse como avería, a menos que hubieren sido sacrificados o dañados para salvar vidas, la mercancía o el navío, en cuyo caso dichos palos han de reportarse dentro de la Avería.

Por último, el **artículo IV**⁴² señala que si una embarcación sin cubierta naufragare, la carga no será responsable de satisfacer la pérdida del navío. No obstante, si una embarcación tal navegare bajo mal clima y sus marineros decidieren arrojar la mercancía para salvar al navío, la carga perdida deberá ser incluida en la avería.

El «*Ordinamenta Maris di Trani*» incorpora un elemento fundamental en la configuración del instituto de Avería Gruesa: Establece de manera taxativa los casos en los que los daños y sacrificios del navío o la mercancía han de ser incorporados dentro del régimen de avería. Sobre todo, respecto del *Digesto Justiniano*, se muestra una mayor tendencia a reconocer la naturaleza del sacrificio del buque y, por tanto, la obligación de contribución de la mercancía respecto de los daños o sacrificios soportados por el navío. Se aprecia así el surgimiento de una aproximación a la visión de *comunidad* de la *empresa*.

⁴¹ **Ibidem**, *Artículo II*. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “II. *The aforesaid consuls propound further, say, and define, that whatever spars are lost they are not to be brought into average, unless the said spars have been spoilt or lost to save the lives or the merchandise or the ship, that in such case the said spars are bound to be brought into average.*”.

⁴² **Ibidem**, *Artículo IV*. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “II. *The aforesaid consuls propound further, say, and define, that whatever spars are lost they are not to be brought into average, unless the said spars have been spoilt or lost to save the lives or the merchandise or the ship, that in such case the said spars are bound to be brought into average.*”.

4. Les rôles d'Oléron o Roles de Olerón (circa s. XII d.C.)

En torno de estas circunstancias históricas, corriendo el siglo XII de nuestra era, surge en la Isla de Oléron⁴³, una recopilación de usos y costumbres marítimos conocidos bajo el nombre de «*Rooles*» o «*Jugements d'Oléron*», sea *Roles* o *Juicios de Oléron*. Los «*Rôles d' Oléron*» contienen tres juicios referentes a la *Avería Gruesa*, dos de los cuales dotan a la *carga* de un *derecho de contribución* en caso de *echazón*, y otro que hace lo mismo respecto del *capitán* o *armador* sobre la *carga*, cuando el mástil fuere derribado a fin de evitar un peligro común.⁴⁴

El **artículo 8**⁴⁵ prevé la hipótesis de un navío sorprendido por una tempestad, y en virtud de la cual la echazón es la única solución para salvarlo junto con su carga. Señala que si no hubiere mercaderes que respondieren por la carga, o si éstos

⁴³ Oléron es una isla ubicada frente a las costas del Atlántico francés. Con el matrimonio de Aliénor d'Aquitaine con el rey de Francia Louis VII en 1137, la isla pasó a estar bajo dominación francesa. Pero con la ruptura de esta unión, y el posterior matrimonio de Aliénor d'Aquitaine con Henri Plantagenet -quien dos años más tarde accedería al trono inglés-, Oléron pasó a dominio inglés desde 1154. Este hecho hizo que se enriqueciera a través del comercio del vino con Inglaterra. Consultado en: CABUZEL (1995) *L'île d'Oléron*. <<http://www.cabuzel.com/oleron/content/view/132/182/>>. [Consulta: 5 diciembre. 2007].

⁴⁴ TETLEY, *op. cit.*, página 6, nota al pie número 10.

⁴⁵ *Rôles d' Oléron*. Artículo 8. Consultado en: Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.) <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/oleron.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007]. A continuación se transcribe la integridad del texto correspondiente al Artículo 8, tal como se presenta en la fuente consultada: "If a vessel be laden to sail from Bordeaux to Caen, or any other place, and it happens that a storm overtakes her at sea, so violent, that she cannot escape without casting some of the cargo overboard for lightening the vessel, and preserving the rest of the lading, as well as the vessel itself then the master ought to say, Gentlemen, We must throw part of the goods overboard; and, if there are no merchants to answer him, or if those that are there approve of what he says by their silence, then the master may do as he thinks fit; and if the merchants are not pleased with his throwing over any part of the merchandise, and forbid him, yet the master ought not to forbear casting out so many of the goods as he shall see to be for the common good and safety; he and the third part of his mariners making oath on the Holy Evangelists, when they arrive at their port of discharge, that he did it only for the preservation of the vessel, and the rest of the lading that remains yet in her. And the wines, or other goods, that were cast overboard, ought to be valued or prized according to the just value of the other goods that arrive in safety. And when these shall be sold, the price or value thereof ought to be divided livre a livre among the merchants. The master may compute the damage his vessel has sustained, or reckon the freight of the goods thrown overboard at his own choice. If the master does not make it appear that he and his men did the part of able seamen, then neither he nor they shall have any thing. The mariners also ought to have one tun free, and another divided by cast of the dice, according as it shall happen, and the merchants in this case may lawfully put the master to his oath."

aprobaren la echazón con su silencio, el Capitán podía proceder conforme lo estimare apropiado. Si los comerciantes se opusieren a la echazón y la prohibieren, no debía aquél abstenerse de practicar la echazón en la medida justa para la conservación del bien común y la seguridad. Los bienes que fueren arrojados, debían, entonces, ser valorados de acuerdo con el justo valor de los similares que fueron salvados. Vendida la mercancía librada, el precio recuperado debía ser dividido entre los mercaderes. El Capitán podía también computar el daño que hubiere sufrido su navío y el flete de los bienes lanzados en la echazón.

El **artículo 9**⁴⁶ de los «*Rôles d' Oléron*» explica que si sobreviniere el mal clima, y el capitán se viera forzado, en razón de éste, a cortar sus mástiles, debía primero externar este designio a los mercaderes, si viajare alguno en el navío. Frecuentemente resultaba necesario, a fin de salvar buque y carga, cortar además las amarras, perdiendo en el acto sus cables y anclas. Indica la norma que tales pérdidas habrían de ser contabilizadas y computadas «*livre a livre*»; y que cuando la nave llegare segura al puerto de descarga, los mercaderes debían hacer pago efectivo e inmediato al capitán de su parte proporcional, o bien, vender o empeñar los bienes para satisfacer su parte con el dinero recaudado.

Así, los «*Rôles d' Oléron*» manifiestan un avance respecto de la «*Lex Rhodia*»: instituye normas específicas para regular la Avería Gruesa tanto en caso de *echazón*, como en caso de *daños* o *pérdidas* sufridas por el *buque*. Se aprecia,

⁴⁶ **Ibidem**, Artículo 9. A continuación se transcribe la integridad del texto correspondiente al Artículo 9, tal como se presenta en la fuente consultada: "If it happen, that by reason of much foul weather the master is like to be constrained to cut his masts, he ought first to call the merchants, if there be any aboard the ship, and such as have goods and merchandise in the vessel, and to consult them, saying, Sirs, it is requisite to cut down the mast to save the ship and lading, it being in this case my duty. And frequently they also cut their mooring cables, leaving behind them their cables and anchors to save the ship and her lading; all which things are reckoned and computed livre by livre, as the goods are that were cast overboard. And when the vessel arrives in safety at her port of discharge, the merchants ought to pay the master their shares or proportions without delay, or sell or pawn the goods and employ the money he raises to satisfy by it the same, before the said goods be unladen out of the said ship: but if he lets them go, and there happens controversies and debates touching the premises if the master observes collusion therein, he ought not to suffer, but is to have his complete freight, as well for what goods were thrown overboard, as for what he brought home."

por primera vez, un *régimen de solidaridad* pleno, pues tanto la mercancía como el navío que la transportaba, estaban cubiertos por la contribución. Ostentan además un detallado mecanismo de reclamo y liquidación de las pérdidas soportadas. Sin embargo, este designio parecía obedecer más al estado de necesidad sobreviniente, que a la aceptación de un verdadero *régimen de equidad y solidaridad* identificado con la *comunidad de intereses*.⁴⁷

5. «*Llibre del Consolat de Mar*» o «*Livre du Consulat de la Mer*» (circa s. XIII d.C.)

El autor, fecha exacta y lugar de creación de esta compilación de usos y costumbres marítimos resultan inciertos, pudiendo situarse su surgimiento en el siglo XIII de nuestra era, con posterior generalización a lo largo del Mediterráneo y la Liga Hanseática como derecho consuetudinario.⁴⁸ No obstante, **ASHBURNER**, sin objetar su valor como costumbre, presume que “(...) *las disposiciones de esta colección no son menos que, en gran parte, sugerencias ingeniosas de jurisconsultos de la época; pero que jamás fueron aceptados en la práctica, ni aplicados por los Tribunales.*”⁴⁹

En su exposición normativa contempla los dos casos de Avería Gruesa más comunes de la época: la *echazón* (sacrificio de la carga o parte de ella) y el *encallamiento voluntario* (sacrificio de la nave y, eventualmente, de la carga transportada, por su exposición a las inclemencias climáticas de alta mar).

⁴⁷ **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 11.

⁴⁸ **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 12.

⁴⁹ **Idem #48**, citando a **HARALAMBIDIS, Thrasylvoulos**. *Des caractères distinctifs des avaries communes et du fondement de la contribution à ces avaries*, n°26. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*les dispositions de ce Recueil n’en sont pas moins pour une grande partie, des suggestions ingénieuses des jurisconsultes de l’époque mais, qui n’ont jamais été acceptées dans la pratique, ni appliquées par les tribunaux.*”

La figura de la *echazón* aparece regulada en los capítulos del XCV al C. El **Capítulo XCVIII**⁵⁰ se refiere al caso de *echazón*, previendo que cuando el Capitán efectuare un acto de *echazón*, no habiendo consentido los mercaderes tal acto, debía, una vez arribado al lugar de destino, conservar las mercancías salvadas, y no restituirlas a sus propietarios hasta que éstos hubieren contribuido con el sacrificio. Esto, con el propósito de que los propietarios de la mercancía sacrificada no debieran verse obligados a perseguirlos para exigir la contribución.

El **Capítulo CXCV**⁵¹, por su parte, alude al caso del *encallamiento voluntario* bajo el nombre de “*Encallamiento de un navío en bancos de arena debido a tormenta u*

⁵⁰ *Idem* #48.

⁵¹ **Consulat de la Mer. Artículo CXCV.** Consultado en: **The Library of Iberian Resources on line (2001, Florence Jados).** *Consulate of the Sea and related documents.* Translated and edited by Stanley S. Jados. <<http://libro.uca.edu/consulate/consulate.html>>. [Consulta: 25 noviembre. 2007]. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Capítulo CXCV*, según se expone en la fuente consultada: **195-Foundering of a Vessel on Shoals Due to a Storm or Other Causes:** “*If due to a storm or any other causes whatsoever, a vessel cannot avoid foundering on shoals or projecting rocks, the patron of the vessel in the presence of the clerk, the navigator, and the crew should immediately inform those aboard: "Gentlemen, we cannot avoid shipwreck, and my conviction is that the owners of the vessel shall be held liable for the cargo and the owners of the cargo shall be held liable for the vessel. "If the majority or all of the merchants express the acceptance of this responsibility, and the vessel founders on the shoals, is wrecked, or suffers some other damage, it should be evaluated at the value it had before the accident took place, and the evaluation should be made by the patron and the merchants who have their cargo aboard if they and the patron can reach an agreement as to its value. If they cannot agree on the evaluation of the vessel and a dispute arises among them as to the value of such a vessel, the matter should be turned over for adjudication to two learned persons well versed in the matters related to the art of sailing. Whatever they decide and declare shall be carried out. If the vessel has been destroyed, the salvaged cargo shall be used to pay the patron the full value of the vessel as had been declared by the two learned persons who had been entrusted with the adjudication of the issue. However, all the equipment and other effects of the vessel that were salvaged from the vessel that had met with such a misfortune, shall be evaluated, and this sum should be subtracted from the sum at which the vessel had been valued, this is to mean, from the value of the vessel determined by the merchants to whom the salvaged cargo belonged as well as the evaluation which had been made by the patron or the two persons well versed in these matters, as mentioned before. This amount the patron shall deduct from the amount he is to receive for his vessel, if the master of the vessel would not agree to such an arrangement, the salvaged equipment and tools shall be sold at an auction to the highest bidder, for the patron under all circumstances shall receive the amount at which the vessel was evaluated. If the vessel was not wrecked but its hull had been pierced or it was damaged in some other way, the patron of the vessel shall be required to share, together with the salvaged cargo, in the cost of the repairs that will be necessary, in proportion to the amount at which the vessel will be valued. Further, if the patron announced that the salvaged cargo would be assessed for the damages suffered by the vessel and the merchants agree to this, and the patron did not accept any responsibility on the part of the vessel to share in the damage of the cargo, all the damages that resulted when the vessel foundered in the shoals or struck a rock shall be paid for by the salvaged cargo. The patron of the vessel shall not be obligated to share in the resulting damages*

otras causas”. Establece de modo general que, si a causa de una tormenta u otro evento, un navío no pudiese evitar encallar en los bancos de arena o las rocas emergentes, el capitán, en presencia del dependiente de embarque, el timonel y la tripulación, debía informar a aquellos a bordo que, siendo imposible evitar el naufragio, los dueños de la nave se tendrían como responsables de la carga, y los dueños de la carga responderían por el navío.

Así, el «*Llibre del Consolat de Mar*», en tanto cuerpo normativo, y en relación con la Avería Gruesa, presenta como puntos destacables la consagración de un régimen de contribución que ha de proteger tanto al navío (*encallamiento o hundimiento voluntario*), como a la carga en él transportada (*echazón*), en un acercamiento mayor a la noción de *comunidad de intereses y asociación* que ha de cubrir a la empresa marítima. En términos similares a los «*Rôles d' Oléron*», aunque de forma más prolija, detalla el procedimiento de reclamo para la admisión de un sacrificio en Avería Gruesa, así como la forma en que habría de liquidarse. Aunque dado en exposición casuística, establece los requisitos del *acto de Avería Gruesa*, asimilándose a su formulación moderna, pues no sólo exige que el *sacrificio* ha de ser *extraordinario*, sino que también se colige la necesidad de confluencia del elemento *volitivo*. Además, es necesaria la amenaza de un *peligro* inminente, ante el cual el sacrificio ha de ser hecho para preservar el *bien común de la empresa*.

because he had not committed his vessel to share with the salvaged cargo in the payment of the damages, and the merchants had agreed to this. There is no need to discuss an accident when a vessel is completely wrecked and to repeat what has already been stated above. Nevertheless, if the merchants had informed the patron that the salvaged cargo shall be used to pay the damages for the cargo lost, and the patron together with the majority or all the merchants agree to this proposal, the value of the cargo salvaged shall be apportioned proportionally for the cargo that had been lost. The patron of the vessel shall be bound to share in the damages in the amount he will have received for his vessel. If it should happen that there are no merchants aboard the vessel, the patron may and should act in their name; whatever action he takes should be taken in full understanding with the clerk, the navigator, and the crew. Thus whatever the master of the vessel does under such circumstances will be as valid as if all the merchants had been aboard the vessel or as if all the cargo had belonged to him.”.

6. Leyes Marítimas de Wisby (*circa* s. XV d.C.)

Con el florecimiento en la Edad Media del comercio fluvial en la Rheinland y el marítimo en el Mar Báltico, los gremios de comerciantes de ciudades como Lübeck, Hamburg, Schleswig, Riga y Wisby combinaron sus esfuerzos para crear una alianza tendiente a consolidar el monopolio comercial sobre el Mar Báltico y el Mar del Norte. Es en esta coyuntura histórica que surgen para regular el tráfico marítimo las *Leyes de Lübeck* en la actual Alemania, y las *Supremas Leyes Marítimas de Wisby*, que toman su nombre del puerto ubicado en la Isla de Gotland.⁵² Controvertida en cuanto a su fecha de aparición, existe certeza en afirmar que, para el siglo XV d.C., ya habían sido adoptadas en el norte europeo, incluidas Flandes y las ciudades-estado germanas.⁵³

En cuanto al instituto de Avería Gruesa o la contribución a la indemnización a la pérdida o daño sufrido en favor el bienestar de la nave y la carga, las *Leyes de Wisby* contienen una regulación detallada, en algunos puntos idéntica a la ofrecida en los «*Rôles d'Oléron*».⁵⁴ La *echazón* aparece regulada en el **artículo 7** de las *Leyes*, previendo el peligro que cierne sobre la empresa marítima la tempestad o el mal tiempo. Señala que las mercancías sacrificadas en razón de esta amenaza por la preservación del bien común, habían de ser compensadas por el navío y las mercancías que fueron efectivamente salvadas.⁵⁵ Los **artículos 22, 23, 41 y 42**,

⁵² MANGONE, Gerard J. (1997). *United States Admiralty Law*. Martinus Nijoff Publishers, Kluwer Law International. Página 9.

⁵³ DUER, John (1845). *The law and practice of marine insurance deduced from a critical examination of the adjudged cases, the nature, and analogies of the subject and the general usage of commercial nations*. Volume I. J.S. VOORHIES, Publisher, New York. Página 40.

⁵⁴ REDDIE, James (1841). *An historical view of the law of maritime commerce*. William Blackwood and Sons, Edinburgh and London. Página 244.

⁵⁵ ALBERT, KOSSI; THOO, FRANCIS (2003). *Le règlement contentieux des avaries de la phase de transport maritime en droit comparé entre l'Allemagne et la France, avec le droit substantiel du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Nigeria*. Band 39, Deutsches und Internationales Wirtschaftrecht. LIT Verlag Berlin - Hamburg - Münster. Página 16.

por su parte, especifican las formalidades que habían de cumplirse antes de proceder con la *echazón*. Indica también que en igual forma había de procederse en caso de *sacrificio* de alguna de las *partes* o *aparejos del navío*, debiendo además mediar la declaración forzosa del capitán de la necesidad de este sacrificio para salvar la nave y su carga.

Las leyes marítimas de la Liga Hanseática fueron especialmente prolijas en la regulación del instituto de la *Avería Gruesa*. El *Ordenamiento de la ciudad de Lübeck* de 1614 dedicó enteramente su capítulo octavo al tema de la *echazón* y la *avería*. Se estableció en el **artículo 1** que la distribución del monto de la pérdida sobre el buque y las mercancías salvadas había de hacerse según la cuota proporcional que los armadores y los fletadores debían soportar. Esto, cuando el navío hacía agua y era entonces necesario arrojar la carga al mar. El **artículo 2** agrega que en igual forma había de obrarse en caso de que los mástiles debieran ser cortados o lanzados al mar por necesidad, salvo que éstos o las velas se perdieran por tempestad u otro siniestro, en cuyo caso no daría lugar a contribución.

7. **Guidon de la Mer (circa s. XVI)**

El «*Guidon de la Mer*» es considerado el tratado sobre seguros más antiguo escrito en lengua moderna. Fue publicado por primera vez en 1671 por Cleirac⁵⁶, si bien se cree data de entre 1556 y 1584, en Rouen, por un autor desconocido.⁵⁷ Muchas de las reglas establecidas en él han trascendido el umbral histórico para ser incorporadas a la teoría general del seguro moderno. El «*Guidon de la Mer*» no es sólo un tratado sobre la doctrina del seguro marítimo, sino que abarca además casi todos los otros contratos de Derecho Marítimo de la época. Es especialmente profuso en materia de *Avería Gruesa*, tema al cual dedica la integridad de su «*Chapitre V*»; ya que no se limita a determinar la relación entre

⁵⁶ DUER, *op. cit.*, página 45.

⁵⁷ SÁNCHEZ QUIRÓZ, Francisco Javier (1957). *Historia y naturaleza del seguro marítimo*. Casa Velux (s.L.). Página 57.

los aseguradores y el asegurado, sino que toma en cuenta también el vínculo existente entre los dueños de la mercancía y los dueños y capitán del navío.⁵⁸

Así, el **artículo I**⁵⁹ del *Capítulo V* establece que el Asegurador ha de indemnizar al Comerciante por los gastos, azares, averías y deterioros sufridos por la mercancía desde el instante en que ésta es cargada. El término *avería* comprende todos los riesgos anteriormente indicados. Señala además que la *Avería Común* o *Gruesa* es la que sobreviene por *echazón*, o cuando se usa la mercancía como rescate. Acaece también cuando los cables, velas o mástiles del navío son cortados a fin de garantizar su salvamento y el de la carga. Por tanto, la compensación ha de obtenerse por la contribución tanto del navío como de la mercancía.

Continúa enumerando en el **artículo II**⁶⁰, que son también Avería los daños producidos, entre otros, por tormenta, anclaje o los provocados a la mercancía por el salpicar del mar.

No obstante, la norma más relevante es, quizá, el **artículo XXI**⁶¹, que explica -en

⁵⁸ REDDIE, *op. cit.*, página 343.

⁵⁹ **Guidon de la Mer**. *Capítulo V, Artículo I*. Consultado en: **Fortunes de Mer**. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Guidon%20de%20la%20mer.pdf>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007]. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Artículo I*, según se expone en la fuente consultada: “*L’Asseureur est tenu d’indemniser son Marchand des frais, mises, avaries, & empirances qui surviennent à la marchandise depuis qu’elle a esté chargée, dont le tout est compris en ce mot Avarie, qui reçoit plusieurs divisions. La première est dite commune ou grosse avarie, celle qui advient par jet, pour rachapt ou composition, pour cables, voiles ou mast coupez, pour la salutation du Navire & Marchandises, dont le desdommagement se prend sur le navire & marchandises; c’est pourquoy elle est dite commune. Quelquefois, elle est prise pour avarie qui excède dix pour cent.*”.

⁶⁰ **Ibidem**, *Artículo 2*. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Artículo II*, según se expone en la fuente consultada: “*Comme aussi Avarie, est celle qui advient par tempeste, faute du Maistre ou du Navire, pour pilotages, touages, laemanages, ancrages, moüilleure d’eau, ordinairement est prise pour avarie, qui est au dessous de dix pour cent.*”.

⁶¹ **Ibidem**, *Artículo 21*. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Capítulo XXI*, según se expone en la fuente consultada: “*Mais si pour la salvation. de la Nef & marchandises: En cas de vents impetueux, grande tempeste, que sans*

atención a la salvación de la nave y las mercancías- que, en caso de vientos impetuosos o gran tormenta, si hubiere necesidad de cortar cuerdas y mástiles, abandonar las velas a la voluntad del viento, echar sobre la borda la mercancía o los utensilios del buque; o si, encontrándose a merced de ladrones, se vieren obligados a lo anterior, la pérdida se considerará sobre la mercancía restante y sobre el cuerpo del navío y sus aparatos, o sobre el flete, a discreción del capitán. La contribución será hecha a *pro rata* («*au sol la livre*»), y se entiende que la cuenta del flete será tomará en cuenta no sólo la mercancía restante, sino también aquella que fue arrojada; de lo contrario el Capitán del navío no estaría obligado a contribuir, pues no ha de ser gravado con una doble pérdida, la del flete de la cosa arrojada, por un lado, y la contribución a la echazón.

El «*Guidon de la Mer*» marca un hito en el desarrollo del instituto de Avería Gruesa, pues además de ser una compilación completa de la costumbre marítima de la época, ofrece además una definición general del instituto, seguida de una exposición taxativa de los casos en que aplica, así como el método de liquidación de Avería. Se comienza así a comprender de forma más específica, qué actos son constitutivos de Avería Gruesa, y dan por tanto lugar a la contribución. En todo caso, su mayor virtud es quizá, el haber logrado establecer clara y plenamente, que la contribución a *avería gruesa* nace de la *colaboración solidaria del dueño de la mercancía, el capitán y el fletador*, sea, de las partes de la aventura marítima. Importantes es acá la inclusión, por primera vez, del *fletador* como parte de la aventura marítima, siendo que con anterioridad al «*Guidon de la Mer*», *carga y flete* eran considerados uno solo.

fraude & déception il fut besoin couper cordages, masts, abandonner les voiles au gré du vent, faire jet des marchandises, ou des utenciles du Navire : Ou si estans en rade facheuse entre les mains des pillars, l'on fut contraint de faire ce que dessus ; la perte sera estimées sur les marchandises restantes, & sur le corps de la nef & apparaus , ou sur le fret à l'option du Maistre: Contribution en sera faite au sol la livre, s'entend que le compte du fret sera fait non seulement de la marchandise restante, mais aussi de celle qui est jettée, autrement le Maistre du Navire ne sera tenu contribuer, afin qu'il ne soit surchargé de double perte, sçavoir du fret de la chose jettée, & de la contribution au jet; Mais au regard des assureurs, sont tenus d'indemniser l'assuré."

8. L' Ordonnance de la Marine d'août 1681 (Francia, 1681)

Los avances científicos y tecnológicos en el campo de la navegación, así como el descubrimiento de América y la consecuente expansión geográfica, hicieron que los siglos XVII y XVIII presenciaran el nacimiento de un verdadero comercio marítimo. El armador individual -que ejercía la navegación de manera accesoria para satisfacer sus propias actividades comerciales- dio paso a las grandes compañías navieras que hicieron del tráfico marítimo un giro comercial autónomo. Aun más, es con el surgimiento de los primeros Estados-Nación, que las compilaciones de usos y costumbres medievales fueron sustituidas por leyes nacionales.

Señala **DUSSERRE**⁶² que tal incorporación del derecho consuetudinario a la legislación nacional se produjo por primera vez en Francia, casualmente, con la primera codificación de Derecho Marítimo, «*L' Ordonnance de la Marine d'août 1681*», o *Ordenanza Marítima de agosto de 1681*. Orquestada por **COLBERT**, esta *Ordenanza* reunió todas las normas del Derecho Marítimo aplicadas en Francia.

Así, el **Artículo Primero**⁶³ del *Título Séptimo*, bajo el *Libro Tercero*, *De los Contratos Marítimos*, ofrece una definición concisa de lo que ha de entenderse por *Avería Gruesa*, indicando que todo gasto extraordinario en el que incurrieren los navíos y las mercancías conjunta o separadamente, y todo daño que les sobreviniere desde el momento de la carga y hasta su retorno, se reputan actos de

⁶² **DUSSERRE**, *op. cit.*, página 13.

⁶³ **Ordonnance de la Marine d'août 1681**. Libro Tercero, Título Séptimo, Artículo Primero. Consultado en: Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Livre%20III%20Titre%20VI%20Des%20assurances.pdf>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007]. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Artículo Primero* según se expone en la fuente consultada: “*Toute dépense extraordinaire qui se fera pour les Navires & Marchandises conjointement ou séparément, & tout dommage qui leur arrivera depuis leur charge & départ jusqu'à leur retour, seront réputez Avaries.*”.

avería. El **Artículo Segundo**⁶⁴ hace referencia a las *Averías Particulares*, describiéndolas como gastos o daños soportados por sólo por una de las partes de la aventura marítima, y que no se sufrieron por el bien común de la misma. El **Artículo Tercero**⁶⁵ señala que las *Averías Simples* han de ser soportadas y pagadas por el bien que haya sufrido el daño, mientras que las *Averías Gruesas o Comunes* serán asumidas tanto por el buque como por la mercancía, y serán regladas «*au sol a la livre*» o a *pro rata*.

El **Artículo Sexto**⁶⁶, por su parte, enumera las pérdidas sufridas en el curso de una expedición, susceptibles de estimarse avería gruesa: “*Las cosas otorgadas a los piratas como rescate del buque y las mercancías; las cosas sacrificadas por echazón, los cables o mástiles rotos o cortados, las anclas y otros efectos abandonados para el bien común, el daño sufrido por las mercancías restantes en razón de la echazón, los vendajes y comida del marinero herido al defender el buque, y los gastos de descarga para entrar en un puerto o en un río, o sacar a flote una nave, son averías gruesas o comunes.*”.

El **Artículo Décimo Quinto**⁶⁷ del *Título Octavo, De la echazón y la contribución*, viene a introducir un elemento controvertido en la configuración del instituto de la *Avería Gruesa*, que se extrañaba en otros cuerpos legislativos anteriores: el *resultado útil*. Explica esta norma que si el sacrificio realizado no previniere a la

⁶⁴ **Ibidem**, Artículo Segundo.

⁶⁵ **Ibidem**, Artículo Tercero.

⁶⁶ **Ibidem**, Artículo Sexto. A continuación se transcribe la integridad del texto del *Artículo Sexto* según se expone en la fuente consultada “*Les choses données par composition aux pirates pour le rachat du navire et des marchandises ; celles jetées dans la mer, les câbles ou mâts rompus ou coupés, les ancres et autres effets abandonnés pour le salut commun, le dommage fait aux marchandises restées dans le navire en faisant le jet, les pansements et nourriture du matelot blessé en défendant le navire, et les frais de la décharge pour entrer dans un havre ou dans une rivière, ou pour remettre à flot un vaisseau, sont avaries grosses ou communes.*”.

⁶⁷ **Ibidem**, Artículo Quinto.

nave de perecer, las mercancías salvadas no serán tenidas como obligadas a contribuir al pago de aquellas que fueron sacrificadas. Así, la «*Ordonnance de la Marine d'août 1681*» viene a aportar, desde una perspectiva finalista, que el gasto o sacrificio en el que se incurre intencionalmente, no sólo debe ser *extraordinario* y tendente al bienestar de la *empresa común*, sino que, además, debe tener un *resultado útil*. No obstante, este criterio no sólo es controvertido en la doctrina, sino que también ha sido desechado en las legislaciones más modernas.

Explica **FRIGNET**⁶⁸ que la *Ordenanza de 1681*, en sus artículos 2, 6 y 7 del *Título VII, Libro III*, y el artículo 400 del **Code de Commerce** francés de 1807, incisos 3 y 4, contienen esencialmente las mismas disposiciones. En un contexto histórico similar, la **Ordenanza de Hamburgo de 1731** (tit. XXI, artículo 9, no 7) señala que todos los aparejos cortados, abandonados o utilizados para la preservación del buque o las mercancías son Averías Gruesas. Lo mismo ocurre con las embarcaciones, si por el mismo motivo es necesario cortar lo que las retiene y abandonarlas al mar. La **Ordenanza de Prusia de 1709**, por su parte, dispone que hay Avería Gruesa cuando mástiles, vergas, velas, aparejos, anclas y cualquier otro aparato son intencionalmente cortados, abandonados o arrojados al mar o sacrificados de cualquier manera.

9. **Birkley and Others v, Presgrave, 1 East 220. Feb 3, 1801**⁶⁹

El avance del instituto de Avería Gruesa en el caso de los países pertenecientes a la tradición del *Common Law* ha sido notablemente distinto, pues como es propio de este sistema, es el desarrollo jurisprudencial, por encima del derecho positivo, las que han marcado la impronta de su evolución. La primera decisión judicial inglesa registrada que hace referencia propiamente a la *Avería Gruesa* data de

⁶⁸ **FRIGNET, Ernest (1859)**. *Traité des avaries communes et particulières suivant les diverses législations maritimes suivent les diverses législations maritimes*. Tome I. Paris, Franck Libraire, Éditeur. Página 329, ¶ 374.

⁶⁹ **Great Britain Court of King's Bench (1801)**. *Birkley and Others v. Presgrave, 1 East 220. (1801)*

1799, en el caso **The Copenhagen (1799) 1 C Rob.**⁷⁰ **Sir William Scott** (Lord Stowell) refiere en ella: “*La Avería Gruesa se da por el sufrimiento de una pérdida, en virtud de la cual la colectividad involucrada está obligada a contribuir a pro rata, siendo que tal pérdida fue soportada para el beneficio general y la preservación de la colectividad.*”.⁷¹ Sin embargo, esa definición sería desplazada dos años más tarde, por la elaboración del **Juez LAWRENCE**. En 1801, la *Great Britain Court of King's Bench* en el caso de **Birkley and Others v. Presgrave, 1 East 220. Feb 3, 1801**, dio la definición de *Avería Gruesa* que habría de convertirse en la referencia jurisprudencial de esta figura en la práctica legal inglesa. El **Juez LAWRENCE** señaló, en esa ocasión: “*Toda pérdida sufrida como consecuencia de un sacrificio extraordinario realizado, o bien los gastos en los que se incurriere para la preservación del navío y la carga, entran dentro de la categoría de Avería Gruesa, y deberán ser soportados proporcionalmente por todos los interesados. El Derecho Natural lo exige.*”.⁷²

Explica la parte considerativa de la sentencia que los casos de *Avería Gruesa* se fundamentan en el *principio general de justicia*: Se incurre en una pérdida que la Ley dispone ha de ser soportada por las partes de la aventura en sendas proporciones, con el fin de reparar los daños. Sin embargo -continúa-, en las

⁷⁰ La primera decisión homóloga en los Estados Unidos data de 1798, en el caso **Campbell v. The Alknomac 4 Fed. Cas. Vid. CURTIS, George T. (1863). Digest of the Decisions of the Courts of Common Law and Admiralty in the United States.** Volume III. Little, Brown and Company, Boston. Página 453.

⁷¹ **High Court of Admiralty (1799). The Copenhagen (1799) 1 C Rob. 289, ¶ 293-294.** Citado por: **LOWRY, John; RAWLINGS, Philip (2005). Insurance Law. Doctrines and Principles.** Second Edition, 2005. Hart Publishing, Boston. Página 381.

⁷² **Great Britain Court of King's Bench (1801). Birkley and Others v. Presgrave, 1 East 220. (1801).** Consultado en: **HYDE EAST, Edward (1845). Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench with tables of the names of the cases and principal matters.** With the addition of notes and references by G. M. WHARTON. Volume I. Second American Edition, 1845. Lea & Blanchard, Philadelphia. Página 121. A continuación se reproduce integralmente la cita original, según aparece en la fuente consultada: “*All loss which arises in consequence of extraordinary sacrifices made or expences incurred for the preservation of the ship and cargo come within general average and must be born proportionably by all who are interested. Natural justice requires this.*”.

Cortes de Derecho Común y en las legislaciones que consagran este régimen de contribución, existe además una *promesa implícita* a contribuir por parte de las personas involucradas. Esta ponencia expone con especial lucidez la naturaleza del instituto de *Avería Gruesa*. Primeramente, es categórica al afirmar que los casos de *Avería Gruesa* están gobernados principalmente por el *principio general de justicia*. Esta aserción hace retrotraer el instituto del contexto meramente programático de la norma positiva, para ubicarlo en un plano más amplio: la *Avería Gruesa* no emana su naturaleza de una norma exclusivamente, sino que tiene raigambre en la solidaridad que prima entre las partes de la aventura marítima. Tal apreciación se confirma al analizar la segunda parte de este argumento jurisprudencial: Existe una norma que obliga a las partes a la contribución en *Avería Gruesa*, pero existe también una *promesa implícita* de éstas a la aportación. Resulta claro, pues, que la *Avería Gruesa* adquiere fuerza normativa en cuanto es recogida por los diversos cuerpos legislativos. No obstante, anterior y superior a ésta, es la existencia de un vínculo *sui generis* de *solidaridad* entre los participantes de la empresa, que trasciende igualmente las obligaciones nacidas en virtud de la responsabilidad contractual y extra-contractual de las partes, para elevarse al nivel de una *costumbre* que, si se quiere, encuentra su fundamento y justificación en los *principios de equidad y solidaridad*.⁷³

Esta resolución sería referente jurisprudencial obligatorio en la práctica legal marítima del Reino Unido y Estados Unidos, hasta la adopción por parte de las compañías navieras de las Reglas York-Amberes, que si bien fueron instauradas por primera vez en 1890, fueron aceptadas en la práctica estadounidense hasta 1949.

10. York–Antwerp Rules (1877, 1890, 1924, 1950, 1974, 1994, 2004)

⁷³ Esta idea es recogida de manera mucho más somera en el caso *U.S. Supreme Court of Justice (1839). Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839)*. Consultado en: JUSTIA, U.S. Supreme Court Center. <<http://supreme.justia.com/us/38/331/case.html>>. [Consulta: 23 febrero. 2008].

El advenimiento de la Revolución Industrial, aunado a la invención del barco de vapor y otras tecnologías, favoreció al fortalecimiento del tráfico marítimo y a la consolidación de un verdadero mercado internacional. A la sombra de esta globalización de la producción y los mercados, se diversificó también la industria del transporte comercial marítimo. Surgen nuevas formas de asociación basadas en la comunidad de intereses, como las compañías de armadores, aseguradores, y más adelante, los *Clubes de Protección e Indemnidad*; y con ellas, instrumentos contractuales cada vez más complejos. Así, para el siglo XIX, era ya práctica común que los aseguradores introdujeran en sus pólizas las cláusulas de *Riesgo de Sacrificio y Contribución en Avería Gruesa*. Señala TETLEY⁷⁴ que, con la evolución del comercio en la dirección antes descrita, la Avería Gruesa emergió como una forma de seguro marítimo, una modalidad de distribución del riesgo y las pérdidas sufridas al seno de la comunidad de la aventura. Como se ha expuesto, dada la profusa concurrencia de casos de Avería Gruesa en las travesías marítimas, y la emisión de fallos disímiles y contradictorios en las diversas jurisdicciones -siendo que según lo establecía la costumbre marítima, ésta se regulaba y calculaba de acuerdo con las leyes del puerto de destino-, surgió la necesidad de crear un conjunto de normas que universalizaran el concepto y alcances de la Avería Gruesa, a la vez que homogenizaran su cálculo y aplicación. Esto motivó la formulación de un marco legal uniforme al que debían adecuarse las cláusulas de los contratos de seguro y fletamento que en el futuro habrían de suscribir las partes interesadas. En 1860, la «*National Association for the Promotion of Social Science*» de Gran Bretaña, promovió la primera reunión en *Glasgow* para la aprobación de un cuerpo normativo tal. Esta cumbre dio como resultado un texto compuesto de once disposiciones, que nunca llegó a ser aprobado. Posteriormente el esfuerzo se retomó en la *Conferencia de York* de 1864, en la que se revisó y aprobó el estatuto elaborado en la *Conferencia de Glasgow*. Este cuerpo normativo sería conocido como las *Reglas de York* de 1864. En 1877, la «*Association for the Reform and Codification of the*

⁷⁴ TETLEY, *op. cit.*, página 7.

Law of Nations» logró la aprobación en Antwerp -con algunas enmiendas- de las *Reglas de York* de 1864, surgiendo así las o *Reglas de York-Amberes* de 1877.⁷⁵ Sin embargo, fueron precisamente estas circunstancias las que provocaron opiniones desfavorables respecto del instituto de Avería Gruesa. En 1877, el *Comité de Lloyd's* dirigió una carta en relación con ciertas propuestas hechas por la *Asociación para la Reforma y Codificación de la Ley de las Naciones* – transformada en 1895 en la «*International Law Association*»-, indicando que: “*Existe un fuerte sentimiento al seno de este Comité de que las diferencias existentes entre los países respecto de este tema serían resueltas de la mejor manera si se aboliera completamente la Avería Gruesa.*”.⁷⁶

No obstante, las «*York–Antwerp Rules*» fueron promulgadas por primera vez en 1877, y surgieron del esfuerzo común de armadores, propietarios de cargamento, liquidadores y aseguradores de las ciudades de Glasgow, Londres, Liverpool, York, Amberes y Génova, para dotar al instituto de Avería Gruesa de un marco legal de aplicación y liquidación *standard*, aceptado internacionalmente. Este grupo de normas ha sido objeto de modificaciones en 1890, 1924, 1950, 1974, 1994 y 2004. Desde la revisión de 1924, el *Comité Marítimo Internacional* (CMI) ha sido el depositario de estas normas, y es en las Asambleas Generales de este órgano que se discuten sus modificaciones. Sin embargo, el *Comité Marítimo Internacional*, dada su condición de organización internacional privada - conformada por las Asociaciones Nacionales de Derecho Marítimo y dedicada a la unificación del Derecho Marítimo-, carece de fuerza coactiva para imponer las *York-Antwerp Rules* y su interpretación a los países miembros.

⁷⁵ DUSSERE, *op. cit.*, página 16.

⁷⁶ ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA (2005). REPORT OF THIRTY-NINTH ANNUAL MEETING OF THE ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA. 2005-2006. Reunión celebrada en el Fairmont Tremblant, Mont Tremblant, Québec, el 25 de mayo de 2005. Consultado en: ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA <<http://www.averageadjusterscanada.com/aaac2005.htm>>. [Consulta: 10 enero. 2008].

Luego, las *York-Antwerp Rules* son un código voluntariamente establecido para mantener la uniformidad internacional en el tratamiento de la Avería Gruesa.⁷⁷ Como lo explica **TETLEY**⁷⁸, debe de entenderse que estas reglas no son parte de estatutos nacionales o convenciones internacionales, sino que son introducidas a la práctica jurídica mediante su incorporación como cláusulas en contratos de transporte, principalmente los «*Bill of lading*» o *conocimiento de embarque*, «*Affreightments*» o *Contratos de Flete*, y las pólizas de seguro marítimo. Con acierto acota el mismo autor⁷⁹ que, por tanto, al emanar su existencia y autoridad del acuerdo entre comerciantes, pueden ser vistas como un ejemplo de *Lex Mercatoria* internacional. En efecto, se trata de normas cuya fuerza vinculante emana de su aceptación voluntaria por parte de los miembros de la comunidad marítima comercial. No obstante, estas reglas han sido parcialmente incorporadas en los Códigos Marítimos de los países escandinavos y el de la República Popular de China⁸⁰, hecho que, de algún modo, podría ser indicio de una práctica de adopción de dichas normas dentro de las legislaciones nacionales.

A pesar de que el carácter universal de las *York-Antwerp Rules* es hoy aceptado pacíficamente en la comunidad marítima, surgen aún graves dificultades en su aplicación. Desde la falta de fuerza coactiva de las normas y las dificultades inherentes a su interpretación, hasta la reticencia a la preservación de este instituto en el Derecho Marítimo contemporáneo -por considerársele desfasado por instrumentos contractuales de cobertura de riesgos en el tráfico marítimo-, existen múltiples factores que se oponen a su plena implementación.

⁷⁷ **CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979)**. *Los Siniestros en el Seguro de Transportes*. Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE, S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 127.

⁷⁸ **TETLEY**, *op. cit.*, página 8.

⁷⁹ **Idem #78**

⁸⁰ **TETLEY**, *op. cit.*, página 9.

El obstáculo inicial radica en el hecho de que únicamente dos países han incorporado parcialmente las disposiciones de las *York-Antwerp Rules* a sus legislaciones nacionales y, asimismo, que estas *Reglas* tampoco forman parte del Derecho Internacional. Careciendo así de fuerza coactiva legal, las *Reglas* no han trascendido el nivel de un mero entendimiento en materia de Avería Gruesa. No obstante, aún mediando la aceptación voluntaria de estas reglas por los diversos grupos de la comunidad marítima, las cortes nacionales han efectuado una interpretación de éstas a la luz de sus propios criterios jurisprudenciales y legislación, generando divergencias que en la práctica se han convertido en inconsistencias en el tratamiento de la Avería Gruesa. Este hecho trae a la luz la tercera dificultad en la implementación de las *York-Antwerp Rules*: si bien el *Comité Marítimo Internacional* (CMI) es el órgano en el cual se deciden las modificaciones a este cuerpo normativo, no existe una autoridad internacional cuya opinión sea vinculante entre las partes, en materia de imposición e interpretación de las normas.

Sin embargo, el mayor impedimento a la instauración de un sistema internacional de aplicación y liquidación de la Avería Gruesa trasciende estos ámbitos, para develar un problema, si se quiere, de naturaleza filosófica. La utilidad actual de este instituto ha sido cuestionada bajo críticas que varían desde observaciones técnico-jurídicas hasta de índole político-económica. Así lo establece **ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS**⁸¹, en su artículo *Reflexiones críticas sobre la Avería Común*:“(...) da la casualidad de que los principios que inspiran la regulación internacional de la avería común no sólo son contradictorios sino que han sido además muy seriamente contradichos. Surge así una polémica en torno a la justificación actual de la institución en la que se mezclan argumentos técnicos, económicos y jurídicos, suficientemente reveladores de la tensión entre tradición y modernismo que desde hace tiempo viene presidiendo el desarrollo legislativo de la navegación marítima.”

⁸¹ **Obra colectiva.** *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*. Editorial Cívitas, 1978. Artículo de **SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal**: *Reflexiones críticas sobre la avería común* (pp. 729-762). Página 731.

Las *York-Antwerp Rules* son, actualmente, junto con las respectivas legislaciones nacionales, el único cuerpo normativo que regula la aplicación y liquidación de la Avería Gruesa. Contrario al sistema expositivo que se ha seguido en este capítulo, la presente sección no entrará a analizar cómo regulan estas normas el instituto de Avería Gruesa, sino que procurará establecer el estado de la cuestión en relación con el tema que ocupa a la presente investigación, sea, la utilidad actual de este instituto.

4. Conclusiones:

El presente artículo ha pretendido retratar, a grandes rasgos, el proceso histórico-evolutivo del instituto de *Avería Gruesa*. Desde su primitiva asimilación al fenómeno de *echazón* en las culturas marítimas mediterráneas, hasta su configuración contemporánea como un instituto que ampara la realización intencional y razonable de algún sacrificio o gasto extraordinario para preservar la seguridad común de la expedición marítima, radica como común denominador a todas sus vertientes históricas, la idea de una *comunidad de intereses* que nace en cada viaje con la formación de la *empresa marítima*. Sus integrantes confluyen para formar una *unidad ideal*, siendo la evasión de los peligros de la navegación el elemento vinculante entre ellas.

Es precisamente en la aceptación de esta característica excepcional, donde los teóricos de la naturaleza jurídica de los institutos del Derecho Marítimo han errado. La instauración de un régimen de contribución solidaria *sui generis*, basado en la *comunidad de intereses* existente entre las partes de la empresa, parece exceder el entendimiento del ojo “*taxonomizador*” del *iuspositivista formalista*, que necesita identificar en la *Avería Gruesa* alguna de las *figuræ iuris* pre-existentes. El mayor avance en esta materia se logrará cuando se comprenda que la *Avería Gruesa*, como la mayoría de los institutos del Derecho Marítimo, responde a un *tertium genus* determinado por los hechos históricos que le dan origen, las circunstancias

que lo determinan y las relaciones que le son propias; tipo que se aleja del ámbito contractual y de la responsabilidad civil, para remitirse a un principio inspirador de *solidaridad y equidad*, en el que encuentra su fundamento y justificación.

5. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

ALBERT, KOSSI; THOO, FRANCIS (2003). *Le règlement contentieux des avaries de la phase de transport maritime en droit comparé entre l'Allemagne et la France, avec le droit substantiel du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Nigeria.* Band 39, Deutsches und Internationales Wirtschaftrecht. LIT Verlag Berlin - Hamburg - Münster.

BRAUDEL, Fernand (1993). *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social. "Lo que enseña la geografía. Tierras y Mares del Islam",* Tecnos, Madrid.

CURTIS, George T. (1863). *Digest of the Decisions of the Courts of Common Law and Admiralty in the United States.* Volume III. Little, Brown and Company, Boston.

DUER, John (1845). *The law and practice of marine insurance deduced from a critical examination of the adjudged cases, the nature, and analogies of the subject and the general usage of commercial nations.* Volume I. J.S. VOORHIES, Publisher, New York.

FRIGNET, Ernest (1859). *Traité des avaries communes et particulières suivant les diverses législations maritimes suivent les diverses législations maritimes.* Tome I. Paris, Franck Libraire, Éditeur.

GARRIGUES, Joaquín (1977). *Curso de derecho mercantil*, Volumen I. Séptima Edición. Editorial Porrúa, S.A., México.

HYDE EAST, Edward (1845). *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench with tables of the names of the cases and principal matters.* With the addition of notes and references by G. M. WHARTON. Volume I. Second American Edition, 1845. Lea & Blanchard, Philadelphia.

KHALILEH, Hassan Salih (1998). *Islamic Maritime Law. An introduction. Studies in Islamic Law and Society.* Volumen 5. Boston & Leiden, Brill Academic Publishers.

KOZOLCHYK, Boris y TORREALBA TORUÑO, Octavio (1997). *Curso de Derecho Mercantil.* Segunda Edición, revisado y actualizado. San José, Costa Rica. Editorial Juritexto.

LOWRY, John; RAWLINGS, Philip (2005). *Insurance Law. Doctrines and Principles.* Second Edition, 2005. Hart Publishing, Boston.

MALVAGNI, Atilio (1956). *Contratos de transporte por agua.* Buenos Aires, Roque de Palma, Editor.

MANGONE, Gerard J. (1997). *United States Admiralty Law.* Martinus Nijoff Publishers, Kluwer Law International.

MERI, Josef W. (Editor) (2006). *Medieval Islamic Civilization. An Enciclopedia.* Volumen 2. (s.L). Taylor & Francis, Publisers.

MORA ROJAS, Fernando (2003). *Introducción al derecho comercial.* Tercera Edición. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto.

REDDIE, James (1841). *An historical view of the law of maritime commerce.* William Blackwood and Sons, Edimburgh and London.

REMIE CONSTABLE, Olivia (1994). *Trade and traders in Muslim Spain. The commercial realignment of the Iberian peninsula, 900-1500.* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought: Fourth Series) Cambridge University Press.

RIPERT, Georges (1953). *Traité General de Droit maritime.* Tome III, Quatrième Édition. Rousseau, 1953.

ROGER, André (1907). *Traité Élémentaire de Droite Maritime Commercial et de Police de Navegation Maritime.* Augustin Challamel, Éditeur. Paris, Librairie Maritime et Colonial.

SÁENZ CARBONELL, Jorge (2003). *Elementos de Historia del Derecho.* Santo Domingo de Heredia, Costa Rica. Ediciones Chico.

SÁNCHEZ QUIRÓZ, Francisco Javier (1957). *Historia y naturaleza del seguro marítimo.* Casa Velux (s.L.).

SCHOENBAUM, Thomas J.; YIANNOPOULOS, Athanassios N (1984). *Admiralty and Maritime Law: Cases and Materials.* Michie Co., Virginia.

OBRAS COLECTIVAS:

CHARTERED INSURANCE INSTITUTE (1979). *Los Siniestros en el Seguro de Transportes.* Curso de Seguros del Chartered Insurance Institute. Segunda Edición. Editorial MAPFRE S.A., Madrid. Colección Temas de Seguros. Página 123.

Obra colectiva. *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría.* Editorial Cívitas, 1978. Artículo de **SÁNCHEZ ANDRÉS, Aníbal:** *Reflexiones críticas sobre la avería común* (pp. 729-762).

ARTÍCULOS:

DUSSERRE, Cédric; sous la direction du **Pr. Christian SCAPEL (2004).** *Les Avaries Communes, place actuelle d'une institution antique.* Mémoire de DESS de Droit Maritime et des Transports 2003/2004. Página 10. Consultado en: **Centre de Droit Maritime et des Transports.** UNIVERSITÉ DE DROIT, D'ÉCONOMIE ET DES SCIENCES D'AIX-MARSEILLE III (CDMT, 2004). <<http://www.cdmt.droit.u-3mrs.fr/memoires/2004/m04duce.html>>. [Consulta: 5 noviembre. 2007]

LUQUE TALAVÁN, Miguel (1998). *La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio* (siglos XVI-XVIII). *Revista Complutense de Historia de América.* Número 24. 24: 113-145, página 126, citando a **AVILÉS, G.** *Manual de Derecho mercantil.* Ruiz Hermanos, Madrid, 1933. pp. 413-414.

TETLEY, William (2003). *General Average now and in the future,* 2003. página 5, nota al pie número 8. Artículo consultado en: **McGILL UNIVERSITY (2008)** <<http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/genaverage.pdf>>. [Consulta: 22 noviembre. 2007]. (Puede consultarse también en **Liber Amicorum R. Roland** , Larcier, Brussels, 2003. pp. 419-450).

The New York Times (The New York Times Company, 2008). [en línea]. 23 de diciembre de 1877. Consultado en:

<http://query.nytimes.com/mem/archivefree/pdf?_r=1&res=9800E3D8173EE73BB C4B5 1DFB467838C669FDE&oref=slogin> [Consulta: 20 febrero. 2008].

LEGISLACIÓN:

Consulat de la Mer. Consultado en: **The Library of Iberian Resources on line (2001, Florence Jados).** *Consulate of the Sea and related documents.* Translated and edited by Stanley S. Jados. <<http://libro.uca.edu/consulate/consulate.html>>. [Consulta: 25 noviembre. 2007].

Digesto Justiniano. Libro XIV. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/digestxiv.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

Guidon de la Mer. *Capítulo V, Artículo I.* Consultado en: **Fortunes de Mer.** *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <<http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Guidon%20de%20la%20mer.pdf>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

Rôles d' Oléron. *Artículo 8.* Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/oleron.html>>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

Ordinamenta Maris. Consultado en: **Admiralty and Maritime Law Guide (1999, Todd Kenyon.)** <<http://www.admiraltylawguide.com/documents/trani.html>>. [Consulta: 20 noviembre. 2007]

Ordonnance de la Marine d'août 1681 Consultado en: Fortunes de Mer. *Législation Française* (2006, Gaël Pinson, fortunes de Mer) <[http://www.fortunes-de-](http://www.fortunes-de-mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Ordonnance%20de%20la%20marine%20d%20ao%20ut%201681.pdf)

mer.com/documents%20pdf/legislation/Francaise/Livre%20III%20Titre%20VI%20Des%20assurances.pdf>. [Consulta: 19 noviembre. 2007].

JURISPRUDENCIA:

U.S. Supreme Court of Justice (1839). *Columbian Insurance Co. v. Ashby and Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839). ¶338-339. Consultado en: **JUSTIA, U.S. Supreme Court Center.** <<http://supreme.justia.com/us/38/331/case.html>>. [Consulta: 23 febrero. 2008].

SITIOS ELECTRÓNICOS EN INTERNET:

ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA (2005). REPORT OF THIRTY-NINTH ANNUAL MEETING OF THE ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA. 2005-2006. Reunión celebrada en el Fairmont Tremblant, Mont Tremblant, Québec, el 25 de mayo de 2005. Consultado en: **ASSOCIATION OF AVERAGE ADJUSTERS OF CANADA** <<http://www.averageadjusterscanada.com/aaac2005.htm>>. [Consulta: 10 enero. 2008].

CABUZEL (1995) *L'île d'Oléron.* <<http://www.cabuzel.com/oleron/content/view/132/182/>>. [Consulta: 5 diciembre. 2007].

COMITÉ MARITIME INTERNATIONAL (2003). <<http://www.comitemaritime.org/cmidoocs/yar.html>>. [Consulta: 15 noviembre. 2007]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (www.rae.es/). *Diccionario de la Lengua Española.* Vigésima Segunda Edición, 2001. [en línea] Consultado en: <<http://buscon.rae.es/drae/>>. Búsqueda: *echazón*. [Consulta: 5 diciembre. 2007]

TRANIWEB (2008). *Storia di Trani. Le origini de la città di Trani.*
<<http://www.traniweb.it/trani/quickinfo.asp?quick=11>>. [Consulta: 20 noviembre.
2007]

