

La avería en el tráfico marítimo-mercantil indiano: notas para su estudio (siglos XVI-XVIII)

Miguel LUQUE TALAVÁN¹

Colaborador Honorífico del Departamento de Historia de América I
(Facultad de Geografía e Historia - Universidad Complutense de Madrid)

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de la investigación del Derecho indiano, el Derecho marítimo ha sido una de las áreas menos trabajadas por los distintos investigadores a pesar de su importancia y de su contribución al Derecho actual. Aun así existen buenos e interesantes trabajos sobre esta parcela del Derecho. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la figura que va a ser objeto de análisis en esta investigación: la *avería*. Si bien es cierto que hay estudios sobre la misma, todos ellos no han podido resolver las dudas que se han planteado en torno a ella, limitándose a tratar insistentemente los mismos temas sin aportar planteamientos ni soluciones novedosas, llegándose incluso a tergiversar los distintos tipos existentes.

Temáticamente este trabajo parte motivado por el deseo de clarificar las dudas planteadas en torno a la etimología del término *avería*, de su origen u orígenes históricos y de sus diferentes clases. Para la realización de este trabajo se han consultado los fondos de diferentes bibliotecas y centros de investigación españoles². Asimismo han sido examinados diversos repertorios bibliográficos, guías de archivos, trabajos de revisión

¹ Deseo agradecer desde estas páginas la inestimable y continuada ayuda prestada por la doctora Marta Milagros del Vas Mingo, profesora titular del Departamento de Historia de América I (Facultad de Geografía e Historia - Universidad Complutense de Madrid), en la realización de esta investigación.

² Biblioteca Nacional (Madrid); Biblioteca de la Agencia Española de Cooperación Internacional - Instituto de Cooperación Iberoamericana (Madrid); Mediateca de la Casa de América (Madrid); Biblioteca de la Facultad de Geografía e Historia (Universidad Complutense de Madrid). También ha sido consultada la Base de Datos y Biblioteca del Centro de Información y Documentación Científica - C.I.N.D.O.C. (Consejo Superior de Investigaciones

historiográfica y numerosas publicaciones periódicas relacionadas con el Derecho marítimo y mercantil.

Entre las fuentes manejadas destacan la legislación y la literatura jurídica. Dentro de la primera, hallamos la *Recopilación de Leyes de Indias*³ y las ordenanzas de algunos de los consulados de comerciantes peninsulares e indianos. En lo relativo a la literatura jurídica, se han examinado obras que abarcan un período cronológico que comprende los siglos XVI a XVIII. Por lo que se refiere a la bibliografía, únicamente ocho trabajos tratan específicamente de la avería. Las demás obras que se irán citando a lo largo de esta investigación tratan sólo de una forma tangencial de la misma.

2. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En 1990, María Emelina Martín Acosta⁴ realizó el que hasta hoy era el único análisis del estado de la cuestión sobre este tema en la Historiografía española⁵. Pero los años transcurridos hacen necesaria una nueva puesta al día de su aportación.

El presente estudio engloba tanto a la bibliografía nacional como a la extranjera y las investigaciones aquí reseñadas se presentan de una forma cronológica, limitándome a comentar brevemente su estructura y contenidos.

Entre las fuentes que han sido utilizadas para realizar esta investigación se encuentra la literatura jurídica. Muchos son los autores que no han considerado a ésta como una de las fuentes de creación del Derecho, aunque otros investigadores opinan que permitió crear el ambiente propicio

Científicas, Madrid) y la Base de Datos en CD-ROM «Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico Español 1995» (Ministerio de Educación y Cultura).

³ RECOPIACIÓN: *Recopilación de las leyes de los Reynos de Las Indias. Mandadas imprimir, y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II. Nuestro Señor. Va dividida en Quatro Tomos, con el indice general, y al principio de cada Tomo el indice esencial de los títulos, que contiene. En Madrid: Por Iulian de Paredes, Año de 1681.* Edición Facsímil: Ediciones de Cultura Hispánica, Año de 1973, IV Tomos.

⁴ M. E. MARTÍN ACOSTA: «Estado de la cuestión sobre la avería en la Historiografía española y americanista, la Avería en 1602». *Revista de Indias*, núm. 188, 1990, pp. 151-160.

⁵ Recientemente ha aparecido un trabajo publicado por José Antonio Caballero Juárez en el que se realiza un breve estado de la cuestión sobre el tema de la avería (J. A. CABALLERO JUÁREZ: «Los asientos de la avería de la Armada de la Carrera de Indias». *Ivs Fvgit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, n° 5 - 6, 1996-1997, pp. 429-442).

para legislar e incluso pudo obligar a ello⁶. En la literatura jurídica sobre Derecho mercantil del siglo XVI, primaban más los contenidos morales sobre los puramente marítimos o mercantiles. La razón de este hecho debemos buscarla en que la literatura jurídica indiana fue obra de autores que no siempre eran juristas debido a que el Derecho, junto con la Religión y la Moral eran considerados instrumentos ordenadores de la sociedad por lo que juristas, teólogos, moralistas y arbitristas escribieron con esta finalidad: servir al bien público aportando su particular visión del mundo jurídico de la época. Así, los autores no abordarán los temas mercantiles desde una concepción práctica, sino que expondrán sus teorías acerca de la licitud del ejercicio del comercio teniendo como fundamento de sus opiniones la teoría escolástica sobre la usura⁷.

Este es el caso de la obra del dominico Fray Tomás de Mercado⁸, donde se aborda el estudio de los tratos y contratos mercantiles. Él, sostuvo que la avería eran las **costas** de sostenimiento de la Armada de Defensa de las naves comerciales indianas, que se extraían del pago efectuado por los comerciantes en virtud de la carga que llevasen en las mismas.

⁶ José María Castán Vázquez sostuvo que la literatura jurídica y la doctrina que de ella se desprendía sirvió para tres cosas muy importantes dentro del Derecho indiano: en primer lugar, la doctrina proporcionó el puente para pasar de la norma general al caso particular; en segundo lugar, sirvió para suministrar la formación jurídica; y por último, su aportación a los códigos de las nuevas naciones independientes americanas fue decisiva. También una de las causas que señala la importancia de la literatura jurídica indiana dentro del Derecho indiano, es que, dado que hubo que legislar sobre aspectos no contemplados por el Derecho castellano, se tuvo por tanto que recurrir a las obras de la literatura jurídica para poder después legislar asuntos tales como la República de Indios, etc. Los libros que componen esta literatura fueron escritos y editados bien en España, bien en el resto de Europa e incluso, con posterioridad, se llegarían a escribir en América donde se redactaron obras originales o se adaptaron las obras españolas a la realidad americana. La temática fue muy diversa y prácticamente alcanzó a todas las ramas del Derecho (J. M. CASTÁN VÁZQUEZ: *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas; discurso leído el día 23 de enero de 1984, en su recepción pública, por el Excmo. Sr. Don José María Castán Vázquez y contestación del Excmo. Sr. Don Antonio Hernández Gil Presidente de la Academia*. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1984, p. 33).

Concretamente en esta investigación nos interesan las obras dedicadas al Derecho marítimo-mercantil.

⁷ M. M. DEL VAS MINGO: «Sobre las leyes del mar en el Derecho indiano». *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1996, Tomo III, pp. 285-310.

⁸ T. DE MERCADO: *Tratos y Contratos de Mercaderes y tratantes discididos y determinados, por el Padre Presentado Fray Tomás de Mercado, de la Orden de los Predicadores*. Con licencia y privilegio real, Por Mathias Gast., Salamanca, 1569.

La constante mantenida durante el siglo XVI —y a la que ya hemos hecho referencia— va a cambiar en el curso del siglo XVII y las nuevas obras abordarán el estudio de esta rama del Derecho de una forma minuciosa, logrando alcanzar una gran calidad y utilidad, razones que harán que estos trabajos rebasen en muchos casos el espacio geográfico y cronológico para el que fueron creados⁹.

Es interesante anotar que la profusión literaria de obras de Derecho mercantil en el siglo XVII coincide con un momento de crisis económica. La razón de esta paradoja podemos hallarla en el deseo que los tratadistas y arbitristas tuvieron de que la Corona española remontara esta crisis, intención que les condujo a estudiar sus orígenes y tratar de aportar soluciones a la misma¹⁰. Las dos obras cumbres de este siglo en materia mercantil fueron el *Laberinto de Comercio Terrestre y Naval ...*¹¹ de Juan de Hevia Bolaños y el *Norte de la Contratación de las Indias Occidentales*¹² de Josep de Veitia Linage. Aunque también merece ser incluida en este punto la obra *De Indiarum Iure*¹³ de Juan de Solórzano Pereira que, a pesar de no estar exclusivamente dedicada al comercio, consagra el Libro VI a los derechos y deberes de los mercaderes.

⁹ Esto queda demostrado por el hecho de que con posterioridad a la independencia, las nuevas repúblicas latinoamericanas, que en el campo del Derecho público habían comenzado a crear nuevas regulaciones —aunque también éstas con influencia de la tradición hispánica—, tardaron bastante más tiempo en modificar el Derecho privado —dentro del cual se encuentra el Derecho mercantil— debido a que éste presenta un valor permanente. Pero cuando, posteriormente, los legisladores latinoamericanos iniciaron la promulgación de nuevas normas del Derecho privado, a través de la codificación, tampoco se marginará a la tradición del Derecho español (CASTÁN VÁZQUEZ, 1984, pp. 64-93).

¹⁰ Como apunta Marta Milagros del Vas Mingo, la literatura jurídica sobre Derecho mercantil, tuvo la particularidad de reunir en un solo cuerpo la legislación de esta rama del Derecho respondiendo así a la necesidad que los mercaderes tenían de conocer sus leyes propias —leyes que les hacían permanecer independientes de la jurisdicción ordinaria desde que en 1494 los Reyes Católicos autorizaran la fundación del Consulado de Burgos tras haber separado la justicia ordinaria de la mercantil—. De esta forma, estos primeros intentos codificadores —que no responden como algunos autores opinan a la influencia del afán recopilador que en la época existía— antecedieron en un siglo la aparición de las *Ordenanzas* del Consulado de Bilbao (1737) que constituyeron un primer intento codificador en lo que a leyes mercantiles se refiere (VAS MINGO, 1996, pp. 285-310).

¹¹ J. DE HEVIA BOLAÑOS: *Laberinto de comercio terrestre y naval, donde breve y compendiosamente se trata de la mercadería y contratación de tierra y mar, útil y provechoso para mercaderes, negociadores, navegantes y sus consulados, ministros de los juicios, profesores de derecho, u otras personas*. Impresores Luis Sánchez y Gerónimo de Courbes, Madrid, 1619.

¹² J. DE VEITIA LINAGE: *Norte de la contratación de las Indias Occidentales, Impresa por Juan Francisco de Blas, Sevilla, MDCLXXII*. Introducción y Estudio de Francisco de Solano, Edición Facsimilar, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

¹³ J. DE SOLÓRZANO PEREIRA: *Política Indiana*. Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1972.

De lectura y análisis complejo, en el *Laberinto de Comercio Terrestre y Naval* ... Juan de Hevia Bolaños consideró la avería como una **contribución** al Estado y por esta razón la hizo coincidir con los derechos reales. Por su parte, Josep de Veitia Linage, la concibió como un método de «disminución de riesgos», ya que para él era un **derecho** destinado a dotar de protección a la Armada, frente a los ataques de los piratas, aunque ya reconocía que con el nombre de avería eran designadas otras realidades distintas a la mencionada¹⁴.

De la aportación de Juan de Solórzano Pereira debemos señalar que fue el primero en proponer la forma erudita de su grafía, haciéndola derivar del latín y escribiéndola con «h» y con «b»¹⁵. Además, la presentó como un **derecho** —complemento del almojarifazgo—, cuya finalidad era sostener las flotas que protegían a los mercaderes, pagándose a prorrateo según las mercancías que cada uno llevaba.

La literatura jurídica indiana en el siglo XVIII se caracteriza por la crítica que desde la misma se hace al incumplimiento de la normativa establecida. También y como fiel reflejo de la época, esta manifestación historiográfica se hará eco de las reivindicaciones de criollos frente a los peninsulares en su pugna por el control de los puestos de la administración colonial.

Dentro de la legislación marítima de esta época va a destacar la promulgación del Reglamento de Libre Comercio de 12 de octubre de 1778. El hecho de que esta nueva normativa no estuviese recogida en la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680 motivará que cada vez más se hiciese necesario realizar una nueva recopilación legislativa de las leyes marítimo-mercantiles. De este modo, esta necesidad de poner al día las obras del siglo XVII va a marcar los trabajos de los autores del siglo XVIII¹⁶. Algunos de los tratadistas de este siglo¹⁷ van a hacer referencia en sus obras a la avería. De ellos destacan Rafael Antúnez y Acevedo¹⁸ y

¹⁴ VEITIA LINAGE, 1981, Libro 2, Capítulo IV, N. 3 y Ss.

¹⁵ G. CÉSPEDES DEL CASTILLO: «La avería en el comercio de Indias». *Anuario de Estudios Americanos*, Tomo II, 1945, p. 4.

¹⁶ VAS MINGO, 1996, pp. 285-310.

¹⁷ Leopoldo Zumalacárregui, Guillermo Céspedes del Castillo y María Emelina Martín Acosta en sus respectivas investigaciones sobre la avería, incluyeron entre los tratadistas del siglo XVIII que hicieron algún tipo de aportación en torno a esta figura, a Diego de Encinas, Aegidi de Castejón y a Antonio Javier Pérez y López. Pero esto resulta inexacto puesto que estos autores no aportaron nada al conocimiento de dicha figura, ya que sus trabajos eran compilaciones de la legislación existente, no ofreciendo por tanto en ellos sus propias opiniones.

¹⁸ R. ANTÚNEZ Y ACEVEDO: *Memorias históricas sobre la legislación y gobierno del*

Manuel Josef de Ayala¹⁹. Mientras que el primero calificaba a la avería como **derecho, tasa, repartimiento o contribución**; Ayala, prefirió en su obra recoger y analizar todas las regulaciones dadas sobre la misma hasta 1755.

Pero al hablar de obras sobre la avería en el siglo XVIII y fuera ya del ámbito de la literatura jurídica, ningún estudio estaría completo sin mencionar el trabajo de Antonio de Capmany y de Monpalau²⁰. Este autor la definió como una **contribución** a la que estaban sujetas todas las mercaderías y la misma nave, para que en caso de desastre se pudiera resarcir a los interesados por las pérdidas sufridas ya en la mercancía, ya en la nave. Capmany reconocía que la palabra era utilizada en el lenguaje marítimo para explicar diferentes realidades en el sentido amplio de la palabra, significando todos los daños que suceden en las naves desde su salida del puerto hasta su arribada al lugar de destino, sirviendo también para designar todos los gastos extraordinarios que se causaban a lo largo del viaje, bien por parte del barco, bien por parte de la mercancía transportada.

Ya en el siglo XIX, destacan los artículos dedicados a la voz «avería» en los diccionarios de Timoteo O'Scanlan²¹ y de Joaquín Escriche²² y así, mientras O'Scanlan la definió como un **derecho** que se cobraba a los mercaderes que traían y llevaban mercaderías al Nuevo Mundo, existiendo varios tipos, Escriche, la consideró como un término que era utilizado principalmente en el comercio marítimo para designar toda **pérdida o deterioro** que experimentase la nave o su carga en el transcurso de la navegación.

comercio de los españoles en sus colonias en las Indias Occidentales (es reproducción facsímil de la edición de Madrid, Imprenta de Sancha, 1797). Presentación y Estudio Preliminar de Antonio García-Baquero González, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.

¹⁹ M. J. DE AYALA: *Diccionario de gobierno y legislación de Indias*. Edición y Estudio de Marta Milagros del Vas Mingo, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1988.

²⁰ A. DE CAPMANY Y DE MONPALAU: *Código de las costumbres marítimas de Barcelona, hasta aquí vulgarmente llamado Libro del Consulado. Nuevamente traducido al castellano con el texto lemosin restituído á su original integridad y pureza, é ilustrado con varios apéndices, glosarios, y observaciones históricas. Por D. Antonio de Capmany y de Monpalau, Secretario perpetuo de la Real Academia de la Historia, Publicase por disposición y a expensas de la Real Junta y Consulado de Comercio de la misma Ciudad, baxo la Dirección de la General y Suprema del Reyno*. En la Imprenta de Don Antonio de Sancha, Madrid, MDCCXCI, pp. 342-343.

²¹ T. O'SCANLAN: *Diccionario marítimo español*. Museo Naval, Madrid, 1974.

²² J. ESCRICHE: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Nueva Edición en que van corregidos numerosos yerros de las anteriores, aumentada con multitud de artículos nuevos sobre el Derecho vigente en España y América. Lleva además en un Suplemento: El Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento en materias y causas de comercio, la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, etc., etc.* Librería de Garnier Hermanos, París, 1869, pp. 327-329.

Durante el siglo XX, han seguido apareciendo trabajos sobre esta cuestión, pudiendo establecer entre ellos dos grupos: el primero, más extenso, constituido por obras de carácter general dedicadas al comercio marítimo americano y que en alguno de sus capítulos o apartados hacen mención a la avería²³; y el segundo, compuesto por un número mucho más reducido de trabajos dedicados específicamente al estudio de esta figura jurídica²⁴.

Entre las obras generales, la primera en aparecer fue la de J. M. Piernas y Hurtado²⁵, dedicada a la Casa de la Contratación de las Indias. En ella, la calificaba como un **impuesto** que tenía por objeto indemnizar al fisco de sus gastos y costear las flotas y armadas, al proceder al prorrateo en cada expedición, siendo por consiguiente de un tanto por ciento variable²⁶.

Gervasio de Artiñano y Gadalcano²⁷, en una obra sobre la historia del comercio con Indias, la veía como un **repartimiento** destinado a cubrir los gastos de la armada que debía proteger a las naves de mercancías y cuya financiación se sacaba de los derechos sobre las mercancías. Clarence Henry Haring²⁸, tras aclarar que el término significaba daño y que especialmente era aplicado al deterioro sufrido en la navegación sobre las mercancías u otros efectos, la clasificó como un **derecho sobre exportaciones e importaciones** con el que se sufragaban los gastos que ocasionaban las flotas de protección para las naves de la flota de Indias. Por su parte, Albert Girard²⁹, la definió como especie de **impuesto privado**. También y siguiendo la misma línea de considerar a la avería dentro de los impuestos, encontramos las opiniones de Laudelino Moreno³⁰ y de

²³ J. M. Piernas y Hurtado, Gervasio de Artiñano y Gadalcano, Clarence Henry Haring, Albert Girard, Laudelino Moreno, José Larraz López, Ramón Carande Thovar, y Esteban Mira Caballos.

²⁴ Leopoldo Zumalacárregui, Guillermo Céspedes del Castillo, Enrique Otte, Eufemio Lorenzo Sanz, Pilar Castillo Manrubia, María Emelina Martín Acosta, Marta Milagros del Vas Mingo, y José Antonio Caballero Juárez.

²⁵ J. M. PIERNAS Y HURTADO: *La Casa de la Contratación de las Indias*, (artículos publicados en las Revistas *La Lectura y Ateneo*). Librería de Don Victoriano Suárez, Madrid, 1907.

²⁶ *Ibidem*, p. 36.

²⁷ G. DE ARTIÑANO Y GANDALCANO: *Historia del comercio con Indias durante el dominio de los Austrias*. Barcelona, 1917, pp. 36-37.

²⁸ C. H. HARING: *Comercio y navegación entre España y las Indias en la época de los Habsburgos*. Fondo de Cultura Económica, México, 1939.

²⁹ A. GIRARD: *Le commerce français à Séville et Cádiz au temps des Habsbourg. Contribution à l'Étude du commerce étranger en espagnaux XVI^e et XVII^e siècles*. Originally Published: Paris, 1932. Published by Burt Franklin, New York, 1967.

³⁰ L. MORENO: *Manuel Josef de Ayala. Diccionario de gobierno y legislación de Indias*.

José Larraz López³¹ que la consideraron una **tasa** que se cobraba sobre el valor de las mercaderías y que servía para costear la protección dispensada por el Estado a la navegación a Indias.

Por último, Ramón Carande Thovar³² se opuso a las opiniones vertidas por los autores arriba citados considerando que no había sido ni una tasa, ni un derecho, ni un impuesto. En su opinión, calificarla como un impuesto resultaba erróneo puesto que, en primer lugar, nunca los impuestos se exigen como pago a unos servicios y además no se puede concebir un impuesto al que esté obligado a contribuir el mismo Tesoro Público. En la misma línea, rebatió la consideración de tasa o derecho ya que ni el Estado prestaba el servicio de protección a las naves, ni el dinero recaudado iba al Tesoro Público. Así, este autor concluyó que había sido un **ingreso específico de los consulados**. Tras esta aportación vino la de Ernesto Schäfer³³ que se refirió a la avería como un **repartimiento** de gastos para sufragar el coste de manutención de la flota de Indias.

El último trabajo general sobre esta cuestión, parte de una investigación que Esteban Mira Caballos ha dedicado a la Armada Guardacostas de Andalucía que, entre los años 1521 y 1550, intentó defender el litoral andaluz de la constante amenaza de los corsarios y piratas europeos —especialmente franceses— que amenazaban el incipiente tráfico marítimo-mercantil con América³⁴. En este artículo, el autor trata de algunos aspectos relacionados con la avería.

También podemos encontrar referencias a su figura —generalmente a la denominada *avería consular*— en diferentes trabajos sobre los consulados peninsulares³⁵ e indianos³⁶. También resulta interesante revisar las

Revisado por Laudelino Moreno, prólogo de Rafael Altamira, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, Madrid, 1929, voz «Avería».

³¹ J. LARRAZ LÓPEZ: «La época del Mercantilismo en Castilla, (1500-1700)». *Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, *Discurso del Académico de Número Excmo. Sr. D. José Larraz López y contestación del Excmo. Sr. D. Rafael Martín Lázaro, Sesión del 5 de abril de 1943*. Madrid, 1943.

³² R. CARANDE THOVAR: *Carlos V y sus banqueros, T. 1. La vida económica en Castilla (1516-1556)*. Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1943.

³³ E. SCHÄFER: *El Consejo Real y Supremo de las Indias*. Sevilla, 1947, Tomo II.

³⁴ E. MIRA CABALLOS: «La Armada Guardacostas de Andalucía y la defensa del Atlántico (1521-1550)». *Revista de Historia Naval*. Núm. 56, Año XV, 1997, pp. 7-19. Este mismo investigador publicó en 1994 otro trabajo relacionado con la Armada Guardacostas donde analizaba los cinco primeros años de vida de esta institución (E. MIRA CABALLOS: «La Armada de la Guarda de las Costas de Andalucía (1521-1525)». *II Congreso de Historia de Andalucía, Andalucía y América, Córdoba, 1994*).

³⁵ J. PERAZA DE AYALA: *El Real Consulado de Canarias*. Enciclopedia Canaria, Aula de Cultura de Tenerife, 1966, pp. 20-22.

³⁶ E. ARCILLA FARIAS: *El Real Consulado de Caracas*. Instituto de Estudios Hispanoa-

aportaciones aparecidas en obras dedicadas a la Historia de América en general³⁷, en manuales de Derecho mercantil³⁸ y en artículos de diccionarios jurídicos³⁹.

Una vez examinadas las obras de carácter general que han abordado con mayor o menor extensión el análisis de la avería, es momento de dedicar una especial atención al análisis y comentario de los trabajos que de una forma más especializada se han dedicado al estudio de la misma.

Leopoldo Zumalacárregui⁴⁰ fue el primero en intentar abordar su estudio en profundidad. Publicado en 1945, su trabajo fue una valiosa contribución al conocimiento de la avería ya que a parte de los datos por él ofrecidos, el esquema de trabajo que utilizó (estudio etimológico del término, concepto jurídico, clases, origen y desarrollo de dicha figura) se ha mantenido hasta la actualidad en los estudios a ella referidos. Poco tiempo después, Guillermo Céspedes del Castillo⁴¹ publicó una nueva monografía. La profusión de datos ofrecida y la abundante documentación que los respaldaba ha hecho que sea cita obligada en todos los trabajos que posteriormente se han referido a la avería.

Tras estas dos contribuciones realizadas en los años cuarenta, debemos esperar hasta la década de los sesenta para encontrar una nueva apor-

mericanos, Facultad de Humanidades y Educación, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1957.

M. T. MARTÍN PALMA: *El Consulado de Manila*. Editado e Impreso por el Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Granada, Imprenta de la Universidad de Granada, Granada, 1981, pp. 101-111.

³⁷ V.V.A.A.: *Historia general de España y América. América en el Siglo XVII. Los problemas generales*. Ediciones Rialp, Madrid, 1985, Tomo IX-1.

³⁸ J. GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*. 6ª Edición, Revisada con la Colaboración de Fernando Sánchez Calero, Imprenta Aguirre, Madrid, MCMLXXIV, Tomo II.

³⁹ La abundancia de diccionarios jurídicos hace imposible establecer una relación completa de todos los que en sus páginas introducen un análisis —amplio o breve según los casos— del concepto de avería. En cualquier caso, para esta investigación han sido consultados los que posiblemente sean los diccionarios jurídicos más utilizados y rigurosos en sus planteamientos dentro de los existentes. Los diccionarios empleados —a parte de los anteriormente mencionados de Antonio de Capmany y de Monpalau, Timoteo O'Scanlan y de Joaquín Escriche— han sido el diccionario Aranzadi (ARANZADI: *Nuevo diccionario de legislación. Toda la legislación española en vigencia al 31 de diciembre 1974*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1975, Tomo II) y el de Carlos E. Mascarenas (C.-E. MASCARENAS: *Nueva enciclopedia jurídica*. Francisco Seix Editor, Barcelona, 1978, Tomo III).

⁴⁰ L. ZUMALACÁRREGUI: «Contribución al estudio de la Avería en el siglo XVI y principios del XVII». Madrid, 1945, (artículo publicado también en el Núm. 16, Vol. IV, de la Revista *Anales de Economía*, Madrid, 1945). Véase nota número 132.

⁴¹ CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, pp. 515-698. Véase nota número 132.

tación. Esta será la de Enrique Otte⁴² que en un breve trabajo analizó únicamente la avería en el año 1507.

Ya en la década de los 80 y principios de los 90, aparecieron nuevos trabajos específicos realizados por Eufemio Lorenzo Sanz⁴³, Pilar Castillo Manrubia⁴⁴, María Emelina Martín Acosta⁴⁵, Marta Milagros del Vas Mingo⁴⁶ y José Antonio Caballero Juárez⁴⁷. El primer estudio en aparecer fue el de Eufemio Lorenzo Sanz que realizó un análisis de la avería centrado en la época de Felipe II. En el trabajo de Pilar Castillo Manrubia, la bibliografía usada por la autora es muy escasa y los datos ofrecidos, no están refrendados por el correspondiente aparato crítico. Un año después, en 1990, María Emelina Martín Acosta realizó un interesante recorrido por la historiografía existente sobre la cuestión desde el siglo XVII hasta nuestros días.

Pero la mejor aportación de los últimos tiempos al estudio de la avería, se la debemos a la investigación realizada por la profesora Marta Milagros del Vas Mingo. Su clara exposición de la *avería de disminución de riesgos* —término por ella acuñado— en un trabajo dedicado a los riesgos en el tráfico marítimo indiano⁴⁸, constituye una contribución muy valiosa para el estudio de la avería, que además ha puesto de manifiesto que muchas de las hipótesis sostenidas hasta ahora por alguno de los autores anteriormente mencionados deben ser revisadas.

Por último hay que citar el trabajo de José Antonio Caballero Juárez, en el cual se analiza el primer asiento de la avería y el desarrollo de los asientos suscritos con posterioridad, sin que el autor entre en más detalles acerca de esta figura jurídica.

De todo lo visto podemos concluir que, a pesar de la notable abundancia de trabajos —generales o específicos—, lo cierto es que aun hoy des-

⁴² E. OTTE: «Empresarios españoles y genoveses en los del comercio trasatlántico: la avería en 1507». *Revista de Indias*, Números 93-94, 1963, pp. 519-530.

⁴³ E. LORENZO SANZ: *Comercio de España con América en la época de Felipe II*, Valladolid, 1986, Tomo II.

⁴⁴ P. CASTILLO MANRUBIA: «El seguro de avería en el comercio de las Indias». *Revista de Historia Naval*, n.º 24, 1989, pp. 131-146.

⁴⁵ MARTÍN ACOSTA, 1990, pp. 151-160.

⁴⁶ AYALA, 1988, voz «Avería».

M. M. DEL VAS MINGO y C. NAVARRO AZCUE: «El riesgo en el transporte marítimo del siglo XVI». *Congreso de Historia del Descubrimiento (1492-1556)*, (Madrid, 1991), Real Academia de la Historia - Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1992, Tomo III, pp. 579-614.

⁴⁷ CABALLERO JUÁREZ, 1996-1997, pp. 429-442.

⁴⁸ VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, pp. 579-614.

conocemos muchos de los aspectos de esta figura del Derecho marítimo-mercantil. Entre las razones que han podido llevar a esta situación de gran confusión, encontramos la falta de planteamientos novedosos que han conducido a que muchos de los investigadores den por buenas las hipótesis planteadas con anterioridad y la escasa utilización de fuentes —documentales o de la literatura jurídica—. Por todo ello se hace necesaria una obra de conjunto que estudie en profundidad la evolución histórico-jurídica de la avería en Indias.

3. ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA AVERÍA

La etimología de la palabra avería ha venido siendo discutida ya desde el siglo XVII, así mientras unos afirman que su origen es latino, otros consideran que procede del árabe. Sin embargo, y en mi opinión, no resulta correcto reducir esta discusión únicamente al campo etimológico, ya que como muy bien se percibe en el trabajo de Inés Carrasco Cantos⁴⁹ sobre el estudio del léxico institucional de la Partida V, es necesario unir el estudio fonético, morfológico y semántico de los términos estudiados con la figura jurídica que la palabra designa. En la misma línea y en un trabajo publicado en fechas muy anteriores al de la doctora Carrasco Cantos, el profesor Rafael Altamira y Crevea⁵⁰ había señalado ya la importancia de la utilización combinada de diccionarios lingüísticos, jurídicos, técnicos y generales en este tipo de investigaciones⁵¹. De esta forma, antes de pasar a ver las distintas teorías que los autores han sostenido a lo

⁴⁹ I. CARRASCO CANTOS: *Estudio del léxico institucional de la Partida V*. Imprenta de la Universidad de Málaga, Málaga, 1981.

⁵⁰ R. DE ALTAMIRA Y CREVEA: *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*. Instituto Panamericano de Geografía e Historia, Comisión de Historia, (25, Estudios de Historia, III), Publicación núm. 112, México, D.F., 1951.

⁵¹ Para la realización de este punto —aparte de los que se irán citando a lo largo del mismo— se han consultado los siguientes diccionarios:

S. DE COVARRUVIAS OROZCO: *Tesoro de la lengua castellana o española* (Reproducción Facsímil de la Edición de Barcelona, Horta de Impresiones y Ediciones, 1943). Turner, Madrid, 1979.

A. CORNEJO: *Diccionario histórico y forense del Derecho real de España*. Por D. Andrés Cornejo, Caballero del Orden de Santiago, del Consejo de Su Magestad, y su Alcalde de Casa, y Corte, Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., Con las Licencias necesarias, Madrid, MDCCLXXIX.

L. DIEFENBACH: *Glossarium latino - germanicum mediae et infimae aetatis e codicibus manuscriptis et libris impressis*. Sumptibus Josephi Baer, Bibliopolae, Francofurti ad Moenum, 1857, Tomo I.

largo de la Historia acerca de la etimología del término avería, creo que debemos comenzar por realizar un análisis lingüístico del mencionado vocablo.

Aunque algunos investigadores no dudan en afirmar que su origen es latino, la mayor parte de los lingüistas, juristas e historiadores coinciden en afirmar que procede del árabe. Así, el precedente más antiguo en esta lengua lo tendríamos en el término *'áwwar* («perjudicar, averiar»), que posteriormente derivaría en *'awâr* («defecto, avería»), para pasar por último a la forma *'awârîya* («mercancía averiada»). En la lengua árabe, la palabra *'awârîya* está documentada en el *Mohit al-Mohit*, compilación

Glossarium mediae et infimae latinitatis conditum a Carolo Du Fresne domino du cange auctum a monarchis ordinis S. Benedicti cum supplementis integris D. P. carpenterii, adelungii, aliorum, suisque digessit G. A. L. Henschel sequuntur glossarium gallicum, tabulae, indices auctorum et rerum, dissertationes. Editio nova acuta pluribus verbis aliorum scriptorum a Léopold Favre membre de la société de l'Histoire de France et correspondant de la Société des Antiquaires de France. Niort, L. Favre, Imprimeur Editeur, 1883, Tomus Primus.

Lexicon totius latinitatis, ab Aegidio Forcellini y Iosepho Furlanetto, Francisco Corradini y Iosepho Perin, Curante Francisco Corradini, con Apéndice de Iosephi Perin, Pata VII., Typis Seminarii, MCMXXX, Tomo I.

R. DE MIGUEL: *Nuevo Diccionario latino-español etimológico*. Victoriano Suárez, Madrid, 1954.

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*. Madrid, 1956.

Corpus christianorum. Continuatio mediaevalis: lexicon latinitatis aevi, praesertim ad res ecclesiasticas investigandas pertinens. Turnholt, Typographi Brepols Editores Pontificii, MCMLXXV.

V. GARCÍA DE DIEGO: *Diccionario etimológico español e hispánico. Por Vicente García de Diego De la Real Academia Española. Segunda edición considerablemente aumentada con materiales inéditos del autor a cargo de Carmen García de Diego. Con una introducción de Rafael Lapesa. De la Real Academia Española*. Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1985, 2 Tomos.

M. ALONSO: *Diccionario medieval español. (Desde las Glosas Emilianenses y Silenses (S. X) hasta el Siglo XV)*. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1986, Tomo I.

B. MÜLLER: *Diccionario del español medieval*. Colección Sammlung Romanischer Elementar und Handbücher. Dritte Reihe, Wörterbücher, Heidelberg, Winter: Universitätsverlag, 1987-1993.

A. BLÁZQUEZ FRAILE: *Diccionario latino-español. Español-latino*. Editorial Ramón Sopena, Barcelona, 1988, Tomo I.

J. CEJADOR Y FRAUCA: *Vocabulario medieval castellano*. Biblioteca Filológica Hispana, 2, Visor Libros, Madrid, 1990.

A. CASTRO: *Glosarios latino-españoles de la Edad Media*. Biblioteca de Filología Hispánica, 3, Colección Dirigida por Manuel Alvar, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1991.

F. DEL ROSAL (¿1537-1613?): *Diccionario etimológico. Alfabeto primero de origen y etimología de todos los vocablos originales de la lengua castellana*. Edición Facsimilar y estudio de Enrique Gómez Aguado, Biblioteca de Filología Hispánica, 10, Colección Dirigida por Manuel Alvar, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1992.

basada en antiguas fuentes árabes. Es opinión de reconocidos autores que la terminología árabe pasó después y de forma directa al catalán y al italiano, sin duda debido a los frecuentes contactos comerciales entre la Corona de Aragón y alguna de las repúblicas comerciales italianas con los enclaves musulmanes del norte de África. De estas dos lenguas, catalán e italiano, se propagó posteriormente a las demás lenguas romances y no romances europeas⁵².

En Italia, la forma *avaria* designaba, en un principio, los derechos portuarios que debían abonar los buques que allí atracaban, pasando después a ser utilizada para referirse a los gastos y daños relacionados con la navegación⁵³. En el idioma catalán, los vocablos *avaria* o *averia* se pueden encontrar ya desde 1258, siendo muy frecuente su uso durante toda la Edad Media en la Corona de Aragón. También es necesario señalar que en documentos genoveses fechados en la primera mitad del siglo XII, surgen estos términos, aunque parece ser que esta diferencia cronológica no se debe a que fuese en Génova donde primero se comenzara a usar la palabra, ya que todo apunta a que su uso fue casi simultáneo en ambos lugares. La razón pues de esta disimilitud cronológica es debida a que en el caso de la Corona de Aragón, no conocemos los primeros momentos en los que se inició su uso, ya que no se ha publicado mucha de la documentación mercantil anterior al siglo XIII⁵⁴ —a diferencia de lo que ocurre en Génova—.

Por su parte, algunos tratadistas franceses⁵⁵ sostienen que en el Mediterráneo, durante el medievo, las mercancías eran conocidas con el nombre de *avere* o *aver*, en plural *avers*. Según los mismos autores, su uso se generalizó en la época en la que se comenzaron a realizar entre los comerciantes pactos a través de los cuales se compartían los posibles riesgos entre los que transportaban sus mercancías en una nave. Estos tratos fueron conocidos en la Corona de Aragón como *pactos de agermanament* o de hermanamiento y que no eran otra cosa que pactos de comunidad de riesgos. En éstos, cada comerciante debía aportar una cantidad, que variaba en función de la mercancía que hubiese cargado en la nave. Estas can-

⁵² J. COROMINAS y J. A. PASCUAL: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*. Editorial Gredos, Madrid, 1984, p. 420.

⁵³ E. M^o. BOIX SELVA: «Averías». C.-E. MASCARENAS (Dirección): *Nueva enciclopedia jurídica*. Francisco Seix, Editor, Barcelona, 1978, Tomo III, p. 197.

⁵⁴ COROMINAS y PASCUAL, 1984, p. 420.

⁵⁵ LYON-CAEN y RENAULT: *Traité de Droit commercial*. Paris, Vol. VI, n^o. 862 (Citado por: *Ibíd.*).

tidades eran fijadas a través de un libro de *avers* o de *avería* que indicaba el dinero que cada comerciante debía aportar a la empresa, en función de los bienes transportados o *aver*; de aquí se habló de la *cuenta de la avería*; posteriormente la palabra *avería* se empleó para designar los daños que originaban reclamaciones a los aseguradores y, por último, a todo daño o gasto extraordinario⁵⁶.

Según Joan Corominas, el término pasó del italiano y del catalán a las demás lenguas europeas —romances o no romances— señalando la dificultad de distinguir la contribución de cada una de estas dos lenguas en esta difusión. De esta forma, el castellano debió recibir el término directamente del catalán, aunque no fundamenta tal afirmación. Sin embargo, sí hay que señalar que ofrece una referencia de interés como es la de informar de la existencia de una traducción de los *Rooles de Oleron* al castellano en el siglo XIII, donde aparece de una manera aislada la forma *averí*⁵⁷. Pero para poder calibrar correctamente la participación de esta traducción a la hora de explicar la presencia de dicha forma en el castellano debemos remontarnos a la Grecia clásica.

Según la tradición, habrían sido los habitantes de la isla de Rodas los creadores de un código náutico que pasaría a la historia con el nombre de las *Leyes de Rhodias*. Con el tiempo, los romanos —que carecían de leyes específicas que regulasen el tráfico mercantil marítimo— adoptaron estas leyes en las que se regulaba la *echazón* o *avería gruesa* y que en tiempos de Julio Cesar y del emperador Augusto seguían en vigor. Famosos juristas de la época como Servio Ophilio, Labeon y Sabino se sirvieron de ellas, especialmente en lo referido al tema de la echazón de la mercadería al mar. Más tarde, los emperadores Tiberio, Adriano, Antonio, Pertinaz y Septimio Severo, prescribieron la observancia de estas ordenanzas para todos los casos en los que no entraran en contradicción con la legislación imperial⁵⁸.

Tras la división del Imperio Romano y la posterior caída del Imperio Romano de Occidente, en el Imperio Bizantino se cuidó mucho la legislación náutica, tanto es así que el emperador Justiniano incluyó las *Leyes de Rhodias* en el *Digesto* —Libro XIV— y en el *Código*, de donde surgirá el conocido como «*Nomos Rodion Nauticos*»⁵⁹ o Derecho Naval Rhodio⁶⁰.

⁵⁶ BOIX SELVA, 1978, p. 197.

⁵⁷ COROMINAS y PASCUAL, 1984, p. 420.

⁵⁸ CAPMANY Y DE MONPALAU, MDCCXCI, Tomo 1º, pp. XLVIII-XLIX.

⁵⁹ G. AVILÉS: *Manual de Derecho mercantil*. Ruiz Hermanos, Madrid, 1933 pp. 413-414.

⁶⁰ CAPMANY Y DE MONPALAU, MDCCXCI, Tomo 1º, p. XLIX.

Las *Leyes de Rhodias* serían nuevamente publicadas en el siglo VIII bajo el reinado del emperador León el Filósofo (886-911) de Bizancio, cuando este soberano se decidió a simplificar toda la materia jurídica existente en el imperio —incluidas las citadas leyes—. Esta recopilación es conocida con el nombre de *Las Basílicas*⁶¹.

Con posterioridad, esta normativa influyó en los *Rooles de Oleron* y en las *Costums del Llibre del Consolat del Mar*, pertenecientes a los ámbitos marítimo-mercantiles atlántico y mediterráneo respectivamente, siendo el primero de ellos el primer cuerpo jurídico escrito de la zona atlántica en el siglo XIII⁶².

Según la opinión de algunos autores, como Casariego⁶³ y García-Gallo⁶⁴, los *Rooles de Oleron* ya eran conocidos en Castilla —con el nombre de *Juicios de Olerón*— desde la segunda mitad del siglo XIII, e influyeron en la redacción de *Las Siete Partidas* y especialmente en la Partida V, Título IX. Pero la tesis de los mencionados autores acerca de la influencia de los *Juicios de Olerón* en las *Partidas* alfonsinas es discutida por otros tratadistas como Arias Bonet⁶⁵ y Tomás y Valiente⁶⁶ que sigue las tesis de Arcadio García Sanz.

Para Tomás y Valiente, las leyes de contenido mercantil que se pueden encontrar en *Las Siete Partidas*, no proceden de los *Juicios de Olerón*, sino que se derivan del *Digesto* aunque no de una forma directa sino a través de glosas bajomedievales⁶⁷. Sin embargo, sí parece clara la presencia de los *Juicios de Olerón* en la Corona de Castilla ya que en el tribunal del Almirantazgo de Sevilla se aplicaba un cuerpo de Derecho

⁶¹ M. MAESTRO: *Historia del seguro español, T. 1. - Barcelona, cuna del seguro español*. Editorial Sede, Madrid, 1991, p. 30. El autor recoge también las diferentes interpretaciones que en la historiografía se han pronunciado acerca de estas leyes (Ibídem, pp. 30-Ss.).

W. KUNKEL: *Historia del Derecho romano*. Ariel Derecho, Editorial Ariel, Barcelona, 1994, p. 187.

⁶² A. GARCÍA SANZ: *Estudios sobre los orígenes del Derecho marítimo hispano-mediterráneo*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Anuario de Historia del Derecho Español, Madrid, 1969, pp. 222-223.

⁶³ J. E. CASARIEGO: *Historia del Derecho y de las instituciones marítimas del mundo hispánico*. Madrid, MCMXLVII, p. 125 y pp. 135-141.

⁶⁴ A. GARCÍA-GALLO: *Manual de Historia del Derecho español, Tomo I: El origen y la evolución del Derecho*. Madrid, 1979, p. 474.

⁶⁵ J. A. ARIAS BONET: «Derecho marítimo en Las Partidas». *Revista de Derecho mercantil*, n.º 1000, Enero-Marzo, 1966.

⁶⁶ F. TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de Historia del Derecho español*. Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 357-358.

⁶⁷ Ibídem, p. 357.

marítimo conocido con el nombre de *Fuero de las Leyes*, que no era sino la traducción al castellano de las francesas *Röoles de Oleron*⁶⁸.

En *Las Siete Partidas*, cuyas leyes marítimas proceden del *Digesto* — independientemente del hecho de que fuese a través de los glosadores medievales o a través de los *Röoles de Oleron*—, no aparece el término avería, aunque sí encontramos regulado el concepto de daño y especialmente del producido por la echazón⁶⁹ que es el caso más típico de *avería gruesa*⁷⁰.

De todo lo dicho podemos deducir que si bien desconocemos la existencia del uso de la palabra avería en Castilla con anterioridad al siglo XV, sí es cierto que el concepto de *echazón* ya se conocía, se aplicaba y se encontraba regulado en *Las Siete Partidas* procedente del *Digesto*, bien a través de los *Röoles de Oleron* o bien a través de las glosas bajo-medievales. Siguiendo a Corominas, la utilización del término se generalizó en Castilla a partir de 1494, coincidiendo por tanto con la publicación de las primeras *Ordenanzas* del Consulado de Burgos y los primeros años de la presencia española en América. Sin embargo debemos decir que ya en las mencionadas *Ordenanzas* aparece regulada la *avería gruesa*, por lo que debemos interpretar que la palabra debió ser conocida y manejada con anterioridad a ese año.

Tras el descubrimiento y posterior conquista de América, en la documentación sobre el comercio marítimo indiano, podemos encontrar el vocablo avería escrito de diferentes maneras: «avería», «habería» o «abería», siendo de todas ellas la más frecuente la primera forma. Inicialmente, en mi opinión, tal y como ha sucedido con otras muchas palabras del castellano, la grafía no fue importante ya que independientemente de ésta, todo el que la leía entendía su significado dentro del contexto en el que aparecía inserta, pero, al llegar al siglo XVII, se comenzó a discutir su etimología como camino para llegar a su verdadero significado y dimensión

⁶⁸ La jurisdicción del Almirantazgo de Sevilla estaba basada en privilegios de Fernando IV (1310) (Ibídem, p. 357). Allí se mantuvo el uso del *Fuero de las Leyes* hasta el siglo XV (GARCÍA-GALLO, 1979, p. 474).

⁶⁹ Véase la Partida V, Título IX, titulada «*De los navios e del pecio dellos*» (*Las Siete partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de Su Magestad, Impreso en Salamanca, Por Andrea de Portonaris, Impresor de Su Magestad, Año M.D.L.V. Con privilegio Imperial*. Edición Facsímil: Boletín Oficial del Estado, Imprenta del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985, Tomo III, Folios 52-55).

⁷⁰ A. ANSIETA NÚÑEZ: «Las grandes líneas de la Historia del Derecho marítimo». *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, VII, 1983, p. 103.

dentro del Derecho marítimo-mercantil. Y es en este momento cuando comenzó la confusión, puesto que mientras unos autores argumentaron y apoyaron la teoría del origen latino de la palabra, otros, por el contrario, defendieron su procedencia árabe. Tal y como ya apuntaba Leopoldo Zumalacárregui, de las distintas teorías sobre el origen de la palabra derivan las diferentes formas en la que podemos encontrarla escrita en las obras de los autores desde el siglo XVII hasta nuestros días. Así, los partidarios del origen latino la escriben con «h» y con «b», mientras que los defensores de la procedencia árabe la escriben sin «h» y con «v»⁷¹.

Sería Juan de Solórzano Pereira el que iniciase la forma escrita de «habería», estimando que ésta era la grafía correcta ya que la palabra derivaba del verbo latino «habere». Tras él, Josep de Veitia Linage, Gervasio de Artiñano y Galdácano o Albert Girard aceptaron la tesis de Solórzano⁷². Pero en época más reciente y entre los filólogos, juristas e historiadores especializados en la cuestión ha cobrado fuerza la teoría de la procedencia árabe del vocablo avería. Así, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*⁷³ afirma que procede del término árabe *al - àwâ-riyya* («Las mercaderías estropeadas»). Siguiendo esta versión Clarence Henry Haring y Joaquín Garrigues la hacen derivada de *awâr* («daño»)⁷⁴. Otros autores, como Joaquín Escriche, nunca se decidieron a tomar partido en esta especie de «combate etimológico» y se limitaron a señalar en sus trabajos la ignorancia que sobre la procedencia de la palabra se tenía.

En cualquier caso, hoy por hoy sería arriesgado dar un veredicto final sobre el origen de este término, ya que sólo a los filólogos corresponde esta labor. Ya Joan Corominas reclamaba la necesidad de realizar nuevos estudios sobre su génesis y desarrollo, siendo necesario para ello que los investigadores rastreen la documentación de una forma minuciosa para encontrar en ella los pasajes en los que aparece el vocablo y documentando toda la evolución semántica del mismo en el Derecho mercantil de la Edad Media⁷⁵.

⁷¹ ZUMALACÁRREGUI, 1945, pp. 2-3.

⁷² CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, p. 4.

⁷³ Real Academia Española, 1956, voz «Avería».

⁷⁴ CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, p. 4.

⁷⁵ COROMINAS y PASCUAL, 1984, p. 420-421.

4. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA AVERÍA

En la península ibérica, durante la Edad Media, coexistieron dos tradiciones marítimas: la levantina o mediterránea y la de poniente o atlántica. Cada una de ellas surge y se desarrolla con la finalidad de dar respuesta a unas necesidades impuestas por el tipo de embarcación utilizado en el tráfico de mercancías, los artículos transportados y, sobre todo, el mar por el que tenían que transitar las naves.

Durante mucho tiempo, la historiografía española trató a estas dos tradiciones marítimas por separado, considerando que no existía ningún tipo de relación entre ellas. El primero que rebatió con argumentos esta hipótesis fue Arcadio García Sanz⁷⁶ que sostuvo que ambas tradiciones no sólo se influyeron entre sí, sino que a través de esa influencia mutua, contribuyeron al inicio de la Era de los Descubrimientos.

García Sanz consideró que ese proceso de acercamiento entre las dos tradiciones formó parte de un proceso mucho más largo⁷⁷ que evolucionó desde levante a poniente, motivado por la evolución político-económica de los distintos países mediterráneos durante el medievo. Y al mismo tiempo que la cultura naval evolucionó de levante a poniente⁷⁸, también lo hizo el Derecho marítimo-mercantil mediterráneo⁷⁹, vinculado al desarrollo del gran comercio marítimo desde el siglo XI y ya con mayor fuerza desde el siglo XIII⁸⁰.

Como vimos, el Derecho marítimo griego o bizantino, estaba representado por una colección legislativa llamada *Nomos Rodion Nauticos*⁸¹, también conocida como *Leyes de Rhodias*, que alcanzó gran fama en la antigüedad. En ella se estudiaba con gran precisión lo relativo a la *avería gruesa*, también conocida como *echazón*. Más tarde el Libro XIV del *Digesto* recogería dichas leyes —*De lege Rhodia de iactu*— y reglamentaría el *foenus nauticum* o *préstamo a la gruesa*⁸².

⁷⁶ GARCÍA SANZ, 1969.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 216.

⁷⁸ El Profesor Alfonso García-Gallo apuntó también en esta dirección cuando afirmaba que ambas tradiciones marítimas —mediterránea y atlántica— no permanecieron absolutamente aisladas (GARCÍA-GALLO, 1979, p. 470).

⁷⁹ TOMÁS Y VALIENTE, 1986, pp. 351-354.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 348.

⁸¹ GARCÍA SANZ, 1969, p. 216.

⁸² AVILÉS, 1933, pp. 413-414. Esta teoría de Avilés, no fue compartida por el profesor Alfonso García-Gallo que sostenía que el *Nomos Rhodion Nauticos* había sido creado en el siglo VII en Italia, donde había sido atribuido tradicionalmente, pero de forma errónea, al

Más hacia poniente, en la zona occimediterránea, la colección más representativa fue la *Costum de la Mar*, que además formó la parte más antigua y esencial de uno de los libros de leyes marítimas más destacados de toda la tradición mediterránea, el *Llibre del Consolat de Mar*⁸³. En la tradición de levante, no se conservan testimonios históricos de que se aplicase el Derecho bizantino o griego durante la Alta Edad Media. Por lo tanto, la tradición jurídica de la zona del levante peninsular está representada únicamente por el Derecho latino tardío, contenido en el *Llibre del Consolat de Mar*.

Joan Corominas apuntó que la forma *avaría* o *avería* se podía encontrar en la Corona de Aragón ya desde 1258⁸⁴. Aunque dicho autor se equivocó al afirmar que la *Costum de Tortosa* fue escrita en esa fecha, ya que en 1258 fueron redactadas las *Ordenanzas de la Ribera de Barcelona* y no las *Costum de Tortosa* que están fechadas a fines del siglo XIII, aunque ambas obras se encontraban influidas por las *Costum de la Mar*⁸⁵.

La *Costum de Tortosa*, junto a las *Ordenanzas* de Ramón Berenguer IV (aprox. 1150) y algunos preceptos de los *Furs Valencianos* (1240), constituyen lo que Arcadio García Sanz denominó Derecho marítimo preconsular, refiriéndose al conjunto de «preceptos jurídico-marítimos», más antiguos conocidos en la península ibérica⁸⁶ que actuaron como antecedentes del *Llibre del Consolat de Mar* que recibió así la herencia del Derecho romano contenido en las fuentes citadas. Y, a pesar de la presencia de algunos vestigios de carácter jurídico-marítimo, no será hasta la aparición del *Llibre del Consolat de Mar*, cuando esta zona cuente con una verdadera recopilación legislativa encaminada a regular su fructífera actividad comercial.

En el *Llibre ...* se regularizó la figura de la echazón en los capítulos comprendidos entre el XCV y el C —ambos inclusive—⁸⁷. Como ya apuntamos en líneas precedentes, se desconoce si el uso del término *avería* en Castilla fue o no anterior al siglo XV, aunque sí tenemos constancia

emperador Tiberio, tratándose en realidad de una obra privada escrita en esa época —siglo VII— y que a pesar de su origen particular fue utilizada como un texto oficial. Asimismo señalaba que estas leyes no debían ser confundidas con las *Leyes de Rhodias* contenidas en el *Digesto* (GARCÍA-GALLO, 1979, p. 471).

⁸³ GARCÍA SANZ, 1969, pp. 222-223.

⁸⁴ COROMINAS y PASCUAL, 1984, p. 420.

⁸⁵ R. RIAZA y A. GARCÍA-GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, pp. 345-347 y pp. 213-214.

⁸⁶ GARCÍA SANZ, 1969, pp. 223-227.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 223-227.

de que el concepto de *echazón* o *avería gruesa* no sólo era ya conocido y utilizado con asiduidad en la Castilla medieval, sino que se encontraba ya regulado en las *Partidas* alfonsinas. Dentro de esta importante obra es la Partida V y más concretamente el Título IX de la misma, el dedicado a legislar sobre los navíos y los daños que éstos pudieran sufrir en el transcurso de la navegación⁸⁸.

Conocer las fuentes que fueron manejadas por Alfonso X y su equipo de ayudantes resulta bastante complicado⁸⁹. Las fuentes jurídicas de las *Partidas* proceden casi exclusivamente del Derecho común bajomedieval, existiendo pocas huellas del Derecho castellano. Fueron utilizados el *Copus Iuris Civilis*⁹⁰, las *Decretales* y los *Libri feudorum*. Así mismo se usaron en su redacción obras de destacados juristas tales como Azzo, Arcusio, Godofredo, Tacredo, Raimundo de Peñafort, el Ostiense, Monaldo, Rogerio, Placentino, Odofredo, etc. Fueron utilizadas además otras fuentes no jurídicas tales como la *Biblia*, obras de filósofos de la antigüedad o de la propia Edad Media, escritos de los autores escolásticos, de tratadistas de cuestiones militares, de obras de procedencia oriental, etc.⁹¹ De lo que se puede deducir que siendo el *Digesto* una de las fuentes empleadas en la redacción de la Partida V, Título IX, la legislación que la obra justiniana contenía sobre la *echazón* o *préstamo a la gruesa* pasó de una manera clara al texto alfonsino, donde se legisló sobre los acuerdos entre maestros y dueños de las naos con los mercaderes, los diferentes

⁸⁸ Sobre el léxico institucional en la Partida V existe una magnífica tesis doctoral que fue realizada por Inés Carrasco Cantos (CARRASCO CANTOS, 1981, p. 14).

⁸⁹ Esta dificultad deriva de que los manuscritos originales carecen de notas marginales y las tres ediciones que se hicieron —Doctor Alonso Díaz de Montalvo (1491); Licenciado Gregorio López (1555); y Real Academia de la Historia (Reinado de Carlos IV)— no pueden ser consideradas como verdaderas ediciones críticas (Ibídem, p. 13).

⁹⁰ Resultado de las labores recopilatorias ordenadas por el emperador Justiniano entre comienzos del 528 y finales del 534, fueron el *Codex*, las *Quinquaginta decisiones*, *Digesta* —conocido también como *Pandectas* y más modernamente como *Digesto*—, *Instituciones* y el *Codex repetitae praelectionis*. Pero la obra legislativa no se detuvo aquí, ya que con posterioridad, el emperador introdujo reformas religiosas y administrativas, e incluso en el campo del Derecho privado, que se plasmaron por escrito en nuevas constituciones que juntas vinieron a formar un apéndice a su obra compiladora: son las *Novellae leges* o *Novellae*. El conjunto de la obra legislativa de Justiniano, excluyendo las partes no conservadas —esto es, la primitiva redacción del Código (*Codex vetus*) y las *Quinquaginta decisiones*— es lo que se ha denominado desde el siglo XII y especialmente a partir de la edición llevada a cabo en 1585 por Dionisio Godofredo, *Corpus Iuris Civilis* (J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET: *Compendio de Derecho público romano e Historia de las fuentes. Como introducción a un curso de instituciones*, Editorial Sever-Cuesta, Valladolid, 1983, pp. 152-154. Y, TOMÁS Y VALIENTE, 1986, p. 180).

⁹¹ Ibídem, pp. 240-241.

casos de *echazón*, el caso de dolo de la tripulación, cómo actuar en caso de ataque corsario y de la jurisdicción de los jueces de la ribera del mar sobre los pleitos que sucediesen entre los mercaderes⁹².

Aun hoy desconocemos la vigencia que tuvo el uso del término avería en la Castilla medieval, ya que únicamente sabemos que la forma *averí* figura de una manera aislada en una traducción que al castellano se hizo de los *Rooles de Oleron* en el siglo XIII, lo que convertiría a esta traducción en el primer documento castellano en el que aparecería el término. Quizás, para poder conocer su evolución completa, deberíamos consultar toda la legislación mercantil de la época y todas las fuentes escritas relacionadas con el tráfico marítimo-mercantil, tales como contratos entre mercaderes, pleitos judiciales, etc. Aunque de lo que sí podemos estar seguros —tal y como ha quedado demostrado— es de que el concepto de *echazón* o de *avería gruesa* ya había sido regulado en *Las Siete Partidas* del rey Alfonso X el Sabio. Según Joan Corominas, tras su aparición en la traducción de los *Rooles de Oleron* del siglo XIII, el vocablo no volvería a aparecer hasta fines del siglo XV, concretamente en el año 1494, haciéndose frecuente a partir de esta fecha⁹³. Sin embargo, es difícil admitir íntegramente esta hipótesis, puesto que es de suponer que si su uso se extendió a fines del siglo XV, sería utilizado y conocido con anterioridad⁹⁴.

A partir del siglo XV, entre las fuentes que debemos estudiar al analizar la evolución de la avería se encuentran las ordenanzas de los diferentes consulados peninsulares e indianos, ya que van a ser estas instituciones las primeras en recopilar el Derecho marítimo-mercantil existente hasta el momento en sus respectivas ordenanzas.

El primer consulado creado en la Corona de Castilla fue el de Burgos. Esta institución fue erigida después de que los Reyes Católicos hubiesen separado la justicia ordinaria de la mercantil en el año 1494. Las primeras *Ordenanzas* del Consulado de Burgos —que posteriormente serían reformadas en varias ocasiones— datan de 1538 y en ellas ya aparecen debidamente reguladas las figuras de la *avería gruesa* y de la *avería ordinaria*. Además y en la Ordenanza XXII, se estableció un arancel de las averías que debían pagar los mercaderes pertenecientes al Consulado para que con el dinero recaudado se pudiesen sufragar los gastos del mismo.

⁹² *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono...*, 1985, Partida V, Título IX.

⁹³ COROMINAS y PASCUAL, 1984, pp. 420-421.

⁹⁴ Véase lo dicho sobre este punto en párrafos anteriores.

El encargado de esta recaudación recibía el nombre de bolsero⁹⁵. Este arancel, debe ser identificado con la *avería consular*, que como más adelante veremos, eran las aportaciones económicas realizadas por los propios comerciantes a sus consulados para el mantenimiento de éstos y del personal que lo integraba.

Apoyando lo anteriormente expuesto sobre la posible existencia de esta figura en fechas anteriores al año 1494, encontramos que, previamente a la fundación de este primer consulado, los comerciantes de Burgos tenían en Flandes unos cónsules que entre otras atribuciones, gozaban de un privilegio para «*echar averías*», del que nada conocemos. Posiblemente a este privilegio se refiriera Leopoldo Zumalacárregui que afirmaba — sin demasiados datos — la existencia de una *avería de Burgos*⁹⁶.

La importancia y perfección normativa de las *Ordenanzas* del Consulado de Burgos motivaron que cuando se creó el de Sevilla en 1543 y se dictaron sus primeros reglamentos en 1556, se siguiese el modelo burgalés⁹⁷. Posteriormente, las *Ordenanzas* del Consulado de Sevilla influirían en la redacción de las *Ordenanzas* de los Consulados de México y Lima⁹⁸.

Ya en el siglo XVIII, se va a vivir en todo el imperio ultramarino español un creciente interés por realizar una nueva regulación del Derecho marítimo-mercantil. El primer intento fue el del Consulado de Bilbao que, en sus nuevas ordenanzas del año 1737, realizó la primera codificación de la era contemporánea en lo que a este tipo de Derecho se refiere, compilación que surgió como resultado de la necesidad de actualizar las antiguas ordenanzas consulares⁹⁹ y que sirvieron posteriormente como modelo a las ordenanzas de los nuevos consulados creados en Indias a lo largo del siglo XVIII. La regulación que sobre la avería se hizo en dichas *Ordenanzas* se recoge en los Capítulos XX —titulado «*De las Averías*

⁹⁵ *Ordenanzas del Consulado de Burgos de 1538 que ahora de nuevo se publican, anotadas, y precedidas de un bosquejo histórico del Consulado por D. Eloy García de Quevedo y Concellón, C. de la Real Academia de la Historia, Catedrático del Instituto de Burgos y Abogado del I. Colegio de esta Ciudad*. A expensas de la Excma. Diputación Provincial, Imprenta de la Diputación, Burgos, 1905.

⁹⁶ ZUMALACÁRREGUI, 1945, pp. 6-12.

⁹⁷ *Ordenanzas para el Prior y consules de la Universidad de los mercaderes de la Ciudad de Sevilla*. M. D. L. Vj., En Casa de Martín de Montesdeoca, Sevilla, 1556.

⁹⁸ El Consulado de México fue creado en 1593, datando sus primeras *Ordenanzas* de 1603, mientras que el de Lima se fundó en 1594, siendo publicadas sus primeras *Ordenanzas* en 1627.

⁹⁹ D. GUZMÁN: *El Consulado de Bilbao*, Colección «Temas Vizcaínos», Año V - nº 53, Edita Caja de Ahorros Vizcaína, Bilbao, 1979, p. 31.

Ordinarias, Gruesas, y Simples, y sus diferencias.— y XXI —titulado «*De la forma de contar y reglar la Avería Gruesa*»¹⁰⁰, conformando la regulación más completa existente hasta ese momento.

El 12 de octubre de 1778 se promulgó el *Reglamento de Libre Comercio* y se aprobó la creación de nuevos consulados en todos aquellos puertos pertenecientes a la Corona española en donde no los hubiese¹⁰¹. La evolución de cada uno de ellos ha sido estudiada con mayor o menor profundidad según los casos¹⁰².

5. CLASIFICACIÓN DE LA AVERÍA

Para dar una correcta clasificación de los distintos tipos de avería¹⁰³, deberemos hablar en primer lugar de un elemento que fue sin duda el que motivó su aparición en la antigua Grecia: el riesgo de daño¹⁰⁴. Es necesari-

¹⁰⁰ *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao, insertos sus Reales Privilegios, aprobadas, y confirmadas por el Rey Nuestro Señor Don Felipe Quinto (Que Dios Guarde), Año de 1737.* Reimpresas Con Superior Permiso. En la Imprenta de Sancha. Año de 1796, Madrid. A costa de la misma Universidad, y Casa de Contratación.

Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao, aprobadas y confirmadas por las Magestades de los Sres. D. Felipe V en 2 de diciembre de 1737, y D. Fernando VII, en 27 de junio de 1814; con inserción de los Reales Privilegios, y la Provisión de 9 de Julio de 1818 que contiene las alteraciones hechas a solicitud del mismo Consulado y comercio sobre los Numeros 3º., 5º., 8º., 9º., 16º. y 23º. del Capítulo Segundo, el Numero 16º. del capítulo Quinto, y los Numeros 6º. y 7º. del capítulo Sexto. Reimpresas con Superior Permiso á costa de la misma Universidad y Casa de Contratación. En la Imprenta de D. Miguel de Burgos, 1819, Madrid.

¹⁰¹ Los antiguos Consulados de México y Lima así como el recién creado de Buenos Aires mantuvieron vigente la prohibición de ingresar en el Consulado a todo el que no fuera mercader.

¹⁰² En 1769 se creó el Consulado de Manila; en 1794 se fundaron los Consulados de Caracas, Buenos Aires; y por último, en 1795, los de Cartagena de Indias, Veracruz, Santiago de Chile, Guatemala, La Habana y Guadalajara. De esta forma, a fines del siglo XVIII había en Indias once Consulados (ARCILA FARIAS, 1957, pp. 12-13).

¹⁰³ La enumeración de los diferentes tipos de avería ha sido un problema que la historiografía española y extranjera se ha planteado a lo largo de todo este siglo. En los distintos trabajos que ya mencionamos en el punto 2, veamos como a pesar de la relativa abundancia bibliográfica, pocas han sido las aportaciones claras en torno al punto que nos ocupa. Más concretamente, sólo dos de los trabajos citados —los de Leopoldo Zumalacárregui (ZUMALACÁRREGUI, 1945) y Guillermo Céspedes del Castillo (CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, pp. 515-698)—, intentaron realizar una sistematización de los distintos tipos de avería. De las dos investigaciones, la más utilizada desde el momento de su aparición ha sido y continúa siendo la del profesor Céspedes del Castillo.

¹⁰⁴ Los riesgos de los que aquí vamos a tratar son los que podían manifestarse del ejercicio del comercio marítimo, quedando excluidos por tanto los que pudiesen surgir de toda

rio recordar aquí que el Derecho marítimo-mercantil fue un Derecho originalmente consuetudinario que en un determinado momento y ante la necesidad de poder disponer de todas las normas no escritas para conseguir una mayor eficacia en la resolución de los problemas que el tráfico comercial conlleva, fue plasmado por escrito. De esta forma, los riesgos inherentes a la navegación marítima que pudiesen poner en peligro la nave y su mercancía fueron sin duda las causas que motivaron el surgimiento de los primitivos sistemas de seguro y prevención. Así pues, en mi opinión, es sin duda el *riesgo*¹⁰⁵ la figura clave cuyo estudio debemos abordar si queremos realizar una correcta clasificación de los distintos tipos de *avería*.

En el seno de lo que podríamos denominar Derecho marítimo-mercantil indiano, tres figuras jurídicas sustentaron el comercio por mar con las posesiones españolas en América: el seguro marítimo, la avería y el contrato de fletamento. Entre estas tres figuras existe un elemento común que determinó su aparición o su característica forma de contratación y este elemento fue el riesgo¹⁰⁶. De este modo, éste se presenta como un elemento que marcará la diferencia entre el seguro marítimo, la avería y el contrato de fletamento.

navegación que no tuviese esta finalidad, como es el caso de la navegación con fines científicos, la navegación efectuada por la marina de guerra o la navegación fluvial —regida generalmente por las reglas del comercio terrestre— (AVILÉS, 1933, p. 411). Aunque si bien la navegación fluvial se regía y se rige actualmente por las reglas del comercio terrestre, en el caso del comercio indiano, el tramo de navegación que por el río Guadalquivir hacían las naves con rumbo a las Indias se consideraba sujeto a los riesgos del mar y por lo tanto estaban amparados por el seguro marítimo todos los daños que pudiesen surgir en esa travesía fluvial (véase: 9, 39, 14, de la *Recopilación de Leyes de Indias* de 1680).

¹⁰⁵ Partiendo del hecho de que los trabajos sobre Derecho marítimo-mercantil indiano son muy escasos, más notoria es aun la carencia de estudios sobre los riesgos en la navegación con Indias, que tras una minuciosa búsqueda debemos decir que se reduce al trabajo de las profesoras Vas Mingo y Navarro Azcue (VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, pp. 579-614). En este trabajo se analizan de una manera minuciosa y muy documentada el seguro marítimo, la avería y el contrato de fletamento que fueron las tres figuras que dentro del comercio indiano cubrieron los distintos tipos de riesgos en la navegación. Manuel Maestro (MAESTRO, 1991) publicó también un libro en el que a pesar de su título no abordaba el tema de los riesgos en profundidad, limitándose a realizar una historia de los contratos de seguro sin llegar en ningún momento a decir cuales fueron los tipos de riesgos que se dieron en el comercio con Indias y que figuras fueron las encargadas de cubrirlos. Además, todos los libros de este autor carecen de aparato crítico y la bibliografía aparece mal citada, con lo cual la consulta de las fuentes de las cuales ha extraído la información se convierte en una tarea poco menos que imposible.

¹⁰⁶ VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, p. 580.

Cada una de las fórmulas jurídicas citadas dará cobertura a unos riesgos diferentes dentro de la navegación oceánica¹⁰⁷ que a pesar de los grandes avances de la navegación a vela a partir del siglo XV, continuaban siendo numerosos y nada ajenos a la historia de las travesías desde sus orígenes: naufragios, tormentas, ataques de piratas, etc.

Podemos definir al «riesgo» como la «(...) *incertidumbre acerca de la producción de un evento dañoso (...)*»¹⁰⁸. La posibilidad de que un hecho dañoso se produzca ha de ser real, aunque incierta y esa contingencia constituye el elemento clave del contrato, ya que sin él, éste no tendría sentido¹⁰⁹ y se volvería nulo. Es decir, no se asegura nada que se sepa a ciencia cierta que se va a perder o que es imposible que suceda¹¹⁰. Por tanto, la incertidumbre constituye el otro elemento esencial del contrato. Juega también un papel muy importante el azar, esto es, que la realización del daño sea fortuita¹¹¹.

Pero antes de realizar una clasificación de los distintos tipos de riesgos, debemos hacer una observación como es la de establecer la diferencia entre *riesgo* y *siniestro*. Mientras que el *riesgo* es la posibilidad de que algo ocurra y quien corre con él, es el que sufre las consecuencias de este hecho posible; el *siniestro* no es otra cosa que la materialización del riesgo¹¹². Dicho de otro modo, el riesgo es un estado de peligro para el objeto asegurado, mientras que el siniestro es el hecho en que se concreta y materializa un estado de riesgo¹¹³.

Los *riesgos* en la navegación marítima a partir del siglo XVI fueron de tres tipos, siguiendo la novedosa y acertada clasificación hecha por la profesora del Vas Mingo: *riesgos ordinarios*; *riesgos extraordinarios*; y *riesgos dolosos y negligentes*¹¹⁴. Como dijimos antes, el riesgo en el

¹⁰⁷ Ibídem, p. 581.

¹⁰⁸ V.V.A.A.: *Diccionario jurídico espasa*. Fundación Tomás Moro, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1994, p. 895.

¹⁰⁹ J. M. CODERA MARTÍN: *Diccionario de Derecho mercantil*. Ediciones Pirámide, Madrid, 1982, p. 239.

¹¹⁰ GARRIGUES, MCMLXXIV, p. 248.

¹¹¹ «(...) *(fortuito es todo lo que es independiente de la voluntad de la persona amenazada por el hecho previsto como posible)*.» (Ibídem).

¹¹² VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, p. 597.

¹¹³ G. CÉSPEDES DEL CASTILLO: «Seguros marítimos en la carrera de Indias». *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo 19, 1948-1949, p. 89.

¹¹⁴ Los riesgos ordinarios podían ser de dos tipos: riesgos producidos por los peligros naturales que podían surgir en el mar (tormentas, huracanes, arrecifes, etc.) y los producidos por el hombre, ya fuesen amigos, enemigos en tiempos de guerra, corsarios, moros, o turcos. Estos riesgos causados por el hombre eran considerados en la época como «ordinarios» pues

transporte marítimo-mercantil estaba cubierto por tres fórmulas jurídicas de diferente manera dependiendo de su naturaleza —ordinarios, extraordinarios y dolosos y negligentes—. De esta manera, los riesgos ordinarios eran cubiertos por el seguro marítimo; los riesgos extraordinarios por la avería; y los riesgos dolosos y negligentes por el contrato de fletamento¹¹⁵.

Dicho todo lo anterior, creo llegado el momento de definir mi postura acerca de la correcta clasificación de la avería. Así, teniendo en cuenta la diferenciación entre riesgo y siniestro y atendiendo a la finalidad para la que fueron creados los distintos tipos de avería —recaudar dinero para prevenir riesgos y restituir los daños ocasionados por un siniestro—, podemos establecer dos grandes grupos: el de las *Averías Recaudatorias con fines preventivos* y el de las *Averías-Gastos Restitutorias de daños*.

Dentro de las *Averías Recaudatorias con fines preventivos* —destinadas a evitar el riesgo de siniestro— encontraríamos por un lado a la **avería consular**, también conocida bajo el nombre de **derecho de avería** y por otro a la **avería de disminución de riesgos**. Ambos tipos de avería tienen en común el hecho de que el dinero es recaudado por el consulado entre los comerciantes que pertenecen a él¹¹⁶.

Mientras que dentro de las *Averías-Gastos Restitutorias de daños* —destinadas a solventar las situaciones producidas por un siniestro— tendríamos la **avería ordinaria**, la **avería gruesa** y la **avería simple**.

Consciente de la dificultad que entraña la comprensión de los distintos tipos de avería, pasaremos a continuación a describir brevemente cada uno de ellos, siguiendo la clasificación que acabamos de proponer.

era frecuente que sucediesen, entrando de esta forma en la categoría de fortuitos. Considerados también como fortuitos, los riesgos extraordinarios incluían a los ataques producidos por la piratería apátrida dentro de la cual estaban incluidos los piratas, los bucaneros y los filibusteros. Por último, encontramos los riesgos dolosos y negligentes, constituidos por los daños causados por la *baratería* del patrón de la nave. La baratería era el delito cometido por el patrón cuando de forma negligente o intencionada —con fines especulativos— provocaba la pérdida parcial o total de la nave o de las mercaderías. La baratería de patrón podía ser de dos tipos: la negligente o simple, considerada fortuita; y la dolosa o fraudulenta, considerada como intencionada (VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, p. 613).

¹¹⁵ *Ibídem*, pp. 612-614.

¹¹⁶ Debemos señalar también la existencia de una «avería del camino» que tenía un carácter terrestre, ya que era aplicada en la zona del Istmo de Panamá con la finalidad de defender a las mercancías que por allí se transportaban, de los ataques de los naturales no pacificados y de los cimarrones y que tenía por tanto un carácter preventivo.

AVERÍAS RECAUDATORIAS CON FINES PREVENTIVOS:

La **avería consular**¹¹⁷, también conocida como **derecho de avería**, consistía en las aportaciones monetarias hechas por los comerciantes a sus consulados para el sostenimiento de éstos y del personal que lo componía. Se extraía de un tanto por ciento sobre el valor de todos los géneros introducidos por los comerciantes en la zona sobre la que el consulado ejercía su jurisdicción, siendo de pago obligatorio para todo aquél que desease gozar de la protección del consulado. La *avería consular* ofrecía de este modo una cobertura al comercio y a los comerciantes, protegiéndolos de todos los peligros que pudiesen perjudicar a sus intereses¹¹⁸.

La **avería de disminución de riesgos** era, como su propio nombre indica, un sistema de protección creado por iniciativa de los propios comerciantes que consistía en el alquiler de una flota de barcos de defensa para prevenir el ataque de piratas, bucaneros o filibusteros en la travesía de la península ibérica a Indias y viceversa. La flota de protección era costeada con el dinero que se extraía del cobro proporcional sobre todos los artículos de tráfico comercial embarcados para América o procedentes de ella. Su origen es propiamente indiano, puesto que apareció para cubrir un riesgo que el seguro marítimo —según las *Ordenanzas* del Consulado de Sevilla— no cubría, como era el de los ataques realizados por la piratería apátrida¹¹⁹.

AVERÍAS-GASTOS RESTITUTORIAS DE DAÑOS:

La **avería ordinaria**, entendiéndola aquí «avería» como daño, era el término que designaba a todos los pequeños gastos que realizaban los capitanes o maestros de los navíos a lo largo de la navegación. Estos desembolsos, tales como los derivados de una arribada forzosa, de la des-

¹¹⁷ Relacionada con la *avería consular*, encontramos a la llamada «avería vieja», cuya existencia se localiza en la Casa de la Contratación de Indias y que servía para designar los derechos y repartimientos que se hacían para satisfacer los descubiertos que pudiese haber en las arcas de la avería. «Se trata de una cantidad variable (frecuentemente un cinco por ciento sobre el porcentaje ordinario, destinado a enjugar las deudas del caudal de avería —que unos años de fuertes gastos y deficiente administración habían elevado mucho— y que fue autorizado por la Corona en 1612.» (CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, p. 8).

¹¹⁸ Véanse las Ordenanzas Consulares de Burgos (1538), Sevilla (1556) y Bilbao (1796 y 1819).

¹¹⁹ VAS MINGO y NAVARRO AZCUE, 1992, pp. 604-609.

carga de la mercancía en el puerto de destino, o de los derechos de anclaje¹²⁰, eran abonados por los capitanes o maestros de la nave —de la que en ocasiones eran propietarios o copropietarios—, aunque no de su propio dinero, sino de una parte proporcional del flete de las mercaderías, que ellos cobraban y que estaba destinado a cubrir este tipo de avería o daños ordinarios¹²¹.

La **avería gruesa** —denominada también por el profesor Céspedes del Castillo como *avería de echazón*—, englobaba a todos los daños causados por la echazón al mar de la mercancía transportada —en parte o en su totalidad—, con la finalidad de salvar la nave, la mercancía o ambas cosas al mismo tiempo¹²². También, y dentro de los supuestos englobados dentro de la *avería gruesa* se encontraban —entre otros—: el rescate hecho por un navío a los corsarios para lograr su liberación¹²³; el cortar el ancla del barco para poder entrar en algún lugar de difícil acceso¹²⁴; o los gastos ocasionados para reflotar un barco varado¹²⁵. El importe de la *avería gruesa* era satisfecho por todos los interesados, esto es, tanto por el dueño o dueños de la nave, como por los propietarios de las mercancías que en ella se transportasen. La ley establecía que los propietarios del navío pagasen su parte con el dinero del flete¹²⁶, mientras que los comerciantes, abonarían la suya con el dinero obtenido por la venta de los géneros salvados¹²⁷.

Por último, la **avería simple**, se refiere a los daños causados indistintamente al navío o a las mercancías transportadas. Se consideraban daños englobados dentro de la *avería simple* a todo desperfecto que sufriese la carga por «vicio o corrupción» (sic) de ella misma durante su transporte por mar¹²⁸; o el derramamiento de cualquier licor contenido en barricas o

¹²⁰ *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de la Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao ...* 1819, Capítulo XX, Número I, Folio 140.

¹²¹ *Ibidem*, Capítulo XX, Número II, Folios 140-141.

¹²² *Ibidem*, Capítulo XX, Número VIII, Folio 142.

¹²³ *Ibidem*, Capítulo XX, Número IX, Folio 143.

¹²⁴ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XI, Folio 143.

¹²⁵ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XV, Folio 144.

¹²⁶ El flete era el alquiler que se pagaba por el peso y el espacio que ocupaban las mercancías en la nave. El pago lo realizaba el mercader o tratante —propietario de la mercancía— al dueño de la nave (M. M. DEL VAS MINGO: «Las cartas de fletamento en la comunicación marítima con América (S. XVI-XVIII)». *Primeras Jornadas. Presencia de España en América: aportación gallega (28 de septiembre - 3 de octubre)*, Pazo de Mariñán, 1987, pp. 43-44).

¹²⁷ *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de la Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao ...* 1819, Capítulo XX, Número XVI, Folios 144-145.

¹²⁸ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XXVI, Folio 147.

merma del mismo ¹²⁹; también los daños que se causasen entre dos navíos golpeándose accidentalmente uno al otro, así en el mar como en los puertos ¹³⁰; etc. Los perjuicios económicos derivados de ese daño, corrían a cargo de aquel a quien perteneciese la cosa dañada, ya fuese el buque o la mercancía ¹³¹.

Hecha finalmente la clasificación ¹³² queda sin embargo por resolver uno de los puntos que quizás más confusión han creado a la hora de abordar el análisis de esta figura, como es el de analizar la naturaleza jurídica de la avería.

¹²⁹ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XXVII, Folio 148.

¹³⁰ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XXXIV, Folio 149.

¹³¹ *Ibidem*, Capítulo XX, Número XXV, Folio 147.

¹³² Los dos primeros y únicos trabajos que han intentado realizar una catalogación rigurosa de los distintos tipos de avería han sido los de Leopoldo Zumalacárregui (ZUMALACÁRREGUI, 1945, p. 6-12) y Guillermo Céspedes del Castillo (CÉSPEDES DEL CASTILLO, 1945, pp. 519-524).

Leopoldo Zumalacárregui realizó la siguiente enumeración: 1) avería de personas; 2) avería vieja; 3) avería gruesa; 4) avería de exceso; 5) avería del Mar del Sur; 6) avería del camino; 7) averías de Sevilla, Burgos y Bilbao. Puesto que cinco de las siete citadas van a aparecer posteriormente en el comentario del trabajo del Profesor Céspedes del Castillo no las comentaré ahora. Si me referiré sin embargo, a la avería de personas, que —según él— únicamente menciona Josep de Veitia Linage y a las averías de Sevilla, Burgos y Bilbao que aunque fueron clasificadas como un tipo de avería, no son otra cosa que distintas denominaciones para una misma realidad: la *avería de disminución de riesgos* —ya definida—.

Por su parte, Guillermo Céspedes del Castillo, defendió la existencia de diez tipos distintos que eran: 1) avería destinada a sufragar los gastos de defensa de la flota; 2) la consular; 3) la simple; 4) la de echazón; 5) «avería de la Mar del Sur»; 6) «avería del Norte»; 7) avería destinada a la defensa de puertos, costas y comercio del cabotaje; 8) «avería del camino»; 9) «avería de exceso»; y 10) «avería vieja». No voy a entrar a resumir todo lo que de cada una de ellas dice Céspedes, aunque si diré que en mi opinión, alguno de estos supuestos tipos de averías no son sino variaciones o matices de las que yo antes señalé en mi clasificación.

En primer lugar, en lo que se refiere a la avería «de la Mar del Sur», «avería del Norte» y la avería destinada a la defensa de puertos, costas y el comercio de cabotaje, no creo que se pueda afirmar que fueron tipos de avería *per se*, ya que su finalidad era la de disminuir los riesgos derivados de un posible ataque pirático, por lo que debemos considerarlas diferentes denominaciones locales de la avería de disminución de riesgos.

Por otra parte, ante la denominada «avería de exceso» —que según Céspedes—, era el suplemento que se solicitaba al regreso de las Indias, cuando la vuelta se había retrasado por el mal tiempo o por cualquier otro imprevisto; debemos recordar que en las *Ordenanzas* del Consulado de Bilbao, este tipo de imprevistos que surgían durante un viaje y que daban lugar a gastos suplementarios eran denominados como *avería ordinaria*. Por lo que los términos «avería de exceso» y *avería ordinaria* se refieren a la misma cosa.

Decir por último que la «avería del camino», fue una avería terrestre —y que por tanto merece consideración a parte (véase nota número 116)—, tendente a prevenir el riesgo de ataques de cimarrones o naturales no pacificados contra las mercancías que debían ser transportadas por el Istmo de Panamá. Por su parte, la «avería vieja» no fue sino un aspecto más de la *avería consular* —véase nota número 117—. Sin embargo con el resto de los tipos citados (averías de defensa de flotas, consular, simple y de echazón) sí me muestro conforme.

Basta revisar las definiciones que los diferentes autores han dado a lo largo del tiempo para comprobar como la mayoría coincide en calificarla como un impuesto. Pero a pesar de ser la teoría más extendida, en mi opinión no podemos calificar a ninguno de los tipos citados como un impuesto, ya que en todos los casos se trata de una **contribución**. Actualmente y ya desde el pasado siglo, el término contribución ha sido y aun hoy sigue siendo sinónimo de pago, de impuesto o de tributo, pero en la época de la cual estamos tratando, **contribución** era sinónimo de **participación**¹³³.

Así pues, en los siglos XVI, XVII y XVIII, la avería fue considerada una contribución que tenía la finalidad, bien de tratar de prevenir el riesgo de daño —**avería consular** o **derecho de avería** y **avería de disminución de riesgos**— o bien de establecer la cantidad que había que abonar para restituir los daños y desperfectos causados en una nave o en las mercancías tras un siniestro —**avería ordinaria**, **avería gruesa** y **avería simple**—.

En el caso de las *Averías Recaudatorias con fines preventivos*, eran los propios comerciantes los que contribuían con su dinero a sufragar por un lado, los gastos del consulado y de su personal —*avería consular* o *derecho de avería*— y por otro, a pagar las flotas de protección para defenderse de los ataques de la piratería apátrida —*avería de disminución de riesgos*—. Mientras que las *Averías-Gastos Restitutorias de daños*, eran las contribuciones económicas destinadas a reparar los daños causados a lo largo de la travesía por un siniestro y cuyo coste corría a cargo bien del capitán o maestro de la nave —caso de la *avería ordinaria*—, bien a prorrato entre el propietario o propietarios de la nave y los propietarios de la mercancía —*avería gruesa*—, o bien a cargo de aquel a quien perteneciese la cosa dañada —*avería simple*—.

La evolución de algunos de los tipos de avería de los que hemos hablado con anterioridad han sido objeto de estudios más o menos minuciosos. Por esta razón me ha parecido innecesario realizar en este trabajo una síntesis de esas investigaciones, teniendo en cuenta además que la necesaria revisión en profundidad que hay que realizar de la evolución de las diferentes clases de avería excede el propósito del mismo, siendo muy posiblemente materia de estudio en futuros trabajos.

¹³³ Véase cualquiera de los diccionarios legislativos y lingüísticos citados a lo largo de esta investigación.

CONCLUSIONES

1. Dentro de la investigación sobre el Derecho indiano, la parcela dedicada a los estudios sobre el Derecho marítimo-mercantil ha sido una de las áreas menos trabajadas por los distintos especialistas. Sin embargo no ocurre lo mismo con la figura de la avería, ya que existen varios estudios —generales o específicos— que tratan de abordar su análisis, aunque ninguno de ellos ha podido resolver hasta hoy las numerosas dudas planteadas en torno a ella. Entre las razones que han podido llevar a esta situación encontramos —en primer lugar— la falta de planteamientos novedosos que ha conducido a que muchos investigadores den por buenas las hipótesis planteadas con anterioridad por otros autores y en segundo lugar, la escasa utilización de fuentes —bien documentales o bien la literatura jurídica—.

2. La etimología de la palabra avería ha venido siendo discutida desde el siglo XVII. En mi opinión, no debemos reducir esta discusión únicamente al campo etimológico, ya que es necesario —tal y como he pretendido demostrar en este trabajo— unir el estudio fonético, morfológico y semántico con la figura jurídica que la palabra designa.

Mientras que unos no dudan en defender su procedencia latina, la mayor parte de los lingüistas, juristas e historiadores coinciden en declarar que procede del árabe. Posteriormente de esta lengua pasaría al italiano y al catalán, desde donde se propagó a las demás lenguas europeas —romances y no romances—, aunque resulta difícil establecer la contribución de cada una de ellas en esta difusión. Parece ser que el castellano recibió el término directamente del catalán y ya en el siglo XIII se documenta de una manera aislada su primera aparición en Castilla. En cualquier caso, actualmente y con los escasos datos que poseemos —ya que seguimos desconociendo la existencia del uso de la palabra con anterioridad al siglo XV—, sería arriesgado dar un veredicto final sobre el origen del término, ya que sólo a los filólogos corresponde esta labor.

3. Para poder analizar correctamente la presencia de esta figura jurídica en Castilla debemos remontar nuestro estudio a la Grecia clásica, donde se redactaron las *Leyes de Rhodias*, donde entre otros aspectos se reguló la echazón o avería gruesa. Este código sería posteriormente insertado en el *Digesto* y en el *Código* por deseo del emperador Justiniano. Más tarde, el emperador León el Filósofo ordenó la simplificación de toda la normativa náutica existente en el Imperio Bizantino en una obra que recibió el nombre de *Las Basílicas*.

La normativa greco-bizantina influiría ya en la Edad Media en los *Rooles de Oleron* y en las *Costums del Llibre del Consolat de Mar*. Para algunos autores, los *Rooles de Oleron* —conocidos en Castilla desde el siglo XIV— influyeron en la redacción de *Las Siete Partidas* del rey Alfonso X El Sabio, aunque esta hipótesis es discutida por aquéllos que opinan que las leyes de contenido mercantil que se pueden encontrar en las *Partidas* alfonsinas no proceden de los *Rooles de Oleron* sino que derivan del *Digesto*, aunque no de una forma directa sino a través de glosas bajomedievales. Sin embargo, por una parte, podemos afirmar que las leyes marítimas contenidas en *Las Siete Partidas* proceden del *Digesto*, independientemente del hecho de que fuese a través de los *Rooles de Oleron* o de las obras de los glosadores bajomedievales; y por otra, que aunque en esta obra no aparece el término avería, sí encontramos regulado el concepto de daño y especialmente de los producidos por la echazón.

Fue, finalmente a partir del siglo XV cuando se inició la regulación a gran escala de esta figura, motivada por el incipiente y rentable comercio con el recién descubierto continente americano —aunque debemos interpretar que la palabra debió ser conocida y manejada con anterioridad a esa época—. Veremos así como las ordenanzas de los distintos consulados dedicarán especial atención a su reglamentación, siendo el primero en hacerlo el Consulado de Burgos en sus primeras *Ordenanzas* de 1538.

4. Para poder realizar una correcta clasificación de la avería, debemos referirnos en primer lugar al *riesgo*. El riesgo en la navegación se considera que es la inseguridad acerca de la producción de un evento dañoso. Esta inseguridad trató siempre de ser paliada por diferentes medios. Ya en la Edad Media surgirían formas de seguro de mercancías para protegerlas y proteger a sus propietarios. Además debemos tener en cuenta la diferencia que existe entre *riesgo* y *siniestro*, y de este modo mientras que el *riesgo* es un estado de peligro para el objeto asegurado, el siniestro es el hecho en el que se concreta y materializa un estado de riesgo.

En el seno del Derecho marítimo-mercantil indiano, tres figuras jurídicas sustentaron el comercio oceánico con las Indias: el seguro marítimo, la avería y el contrato de fletamento. Entre estas tres figuras existía un elemento común que determinó su aparición —caso de la *avería de disminución de riesgos*— o su característica forma de contratación —caso del seguro marítimo y del contrato de fletamento—; ese elemento fue el riesgo. De esta forma, cada una de las tres figuras citadas daba cobertura a unos riesgos distintos que, a pesar de los avances de la nave-

gación seguían siendo muy numerosos. Los riesgos en la navegación marítima a partir del siglo XVI fueron de tres tipos: ordinarios, extraordinarios y dolosos y negligentes y cada uno de ellos estaba cubierto por las fórmulas jurídicas antes mencionadas. De este modo, los riesgos ordinarios eran cubiertos por el seguro marítimo; los riesgos extraordinarios por la avería; y los riesgos dolosos y negligentes por el contrato de fletamento.

Dicho todo esto, podemos concluir diciendo que, en función de la finalidad con la que fueron creados, existen dos grandes grupos dentro de los cuales podemos incluir a los diferentes tipos de avería. En primer lugar y entre las *Averías Recaudatorias con fines preventivos*, se encontraban la *avería consular* —también conocida como *derecho de avería*— y la *avería de disminución de riesgos*. Ambas tenían como finalidad proteger los intereses de los comerciantes que arriesgaban sus capitales en el comercio con Indias. En segundo lugar y dentro de las *Averías-Gastos Restitutorias de daños* encontramos a la *avería ordinaria*, a la *avería gruesa* y a la *avería simple*.

Así pues, podemos definir finalmente la avería como una figura propia del Derecho marítimo-mercantil, aparecida y regulada por vez primera en la Grecia clásica, cuyo ordenamiento, a lo largo de los siglos y en las diferentes regiones en donde se conservó su uso, se fue completando y matizando hasta llegar a nuestros días en que su aplicación aun se mantiene. Concretamente, en el espacio indiano, la avería durante los siglos XVI, XVII y XVIII fue considerada una contribución o participación que tenía la finalidad bien de tratar de evitar el riesgo de daño —*avería consular* o *derecho de avería* y *avería de disminución de riesgos*— o bien de establecer la cantidad que había que abonar por los daños y desperfectos ocurridos a una nave o a la mercancía por ésta transportada, tras un siniestro —*avería ordinaria*, *avería gruesa* y *avería simple*—.