

## Las fuentes del Derecho marítimo

GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla*

SUMARIO: 1. LAS FUENTES DEL DERECHO MARÍTIMO. 1.1. *Particularismo del Derecho marítimo e influencia de sus instituciones sobre el Derecho mercantil común.* 1.2. *El régimen o la ordenación de las fuentes del Derecho en el Código de comercio.* 1.3. *La primacía de la norma legal en el Ordenamiento jurídico español.* 1.4. *La trascendencia de los usos o buenas costumbres de la mar en la génesis y el desarrollo del Derecho marítimo.* 1.5. *Significación de los usos, las normas legales, los Tratados internacionales y el Derecho convencional en el Derecho marítimo de nuestro tiempo.* 2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA. 2.1. *Orden de prelación de fuentes establecido en el art. 2.1 del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima.* 2.2. *Prioridad atribuida para la regulación de las materias objeto de la normativa proyectada a la establecida en la Ley General de la Navegación Marítima, en disposiciones de la Unión Europea y en Tratados internacionales.* 2.3. *Aplicación subsidiaria de los usos de la navegación marítima.* 2.4. *La función atribuida a los principios deducibles de la Ley General de Navegación Marítima.* 2.5. *La remisión final a la legislación mercantil.*

### 1. LAS FUENTES DEL DERECHO MARÍTIMO

#### 1.1. PARTICULARISMO DEL DERECHO MARÍTIMO E INFLUENCIA DE SUS INSTITUCIONES SOBRE EL DERECHO MERCANTIL COMÚN

En el curso de los siglos del devenir histórico que ha configurado en el Ordenamiento jurídico español ese particular sector que identificamos con la locución *Derecho mercantil* las normas, legales y consuetudinarias, relativas al tráfico marítimo, se han caracterizado por dos notas o rasgos: de una parte por su *particularismo*, por haber mantenido esencial y constantemente una impronta propia; pero, al mismo tiempo, de otra, por haber ejercido una considerable, muy considerable, influencia

sobre buena parte de las instituciones que, aun siendo ajenas a la navegación, o en todo caso no estando directamente vinculadas con ella, han sido y son objeto de la regulación mercantil.

En lo que respecta al segundo extremo puesto de relieve no puede menos que observarse, según advierte el maestro GARRIGUES, que «entre el Derecho terrestre y el marítimo ha habido una especie de transfusión de instituciones», conforme a la cual algunas «originariamente exclusivas» del último «se han hecho comunes» al primero; «tal es el caso de la *commenda*, del seguro, de la *societas navalis*»<sup>1</sup>. En su más amplia dimensión ha de reconocerse, conforme a estas ideas, que de principios tradicionales consagrados en el tráfico marítimo traen causa no pocas relevantes instituciones hoy día presentes en el Derecho mercantil común (valga, a los efectos que aquí interesa destacar, el empleo de este último término para hacer referencia a lo que no es sino un *Derecho especial*<sup>2</sup>). Tal es el caso, sin pretensión desde luego de ofrecer una enumeración exhaustiva de las que cabría traer a colación, de las de la limitación de la responsabilidad del empresario<sup>3</sup>; de la transmisión de los riesgos (o, con mayor precisión, de algunos de los riesgos cuantitativamente más difíciles de asumir) propios del empresario, en cuanto derivados de la actividad de su empresa, a personas (a título individual o agrupadas por vínculos asociativos –en la más amplia acepción de este término–) ajenas a ella pero interesadas, bien en financiarla asumiendo total o parcialmente los riesgos de la navegación (en una primera etapa)<sup>4</sup>, bien (en un segundo momento) sólo en esto último<sup>5</sup>; o de la

1. Cfr. «Curso de Derecho mercantil», 7ª edic., Madrid, 1979, t. II, revisado con la colaboración de SÁNCHEZ CALERO, p. 513.
2. Calificación que, con rigor técnico, es la que resulta aplicable al Derecho mercantil. *Vid.*, por todos, DE CASTRO, «Derecho civil de España. Parte General», 3ª ed., Madrid, 1955, t. I, p. 111, y OLIVENCIA, «La autonomía del Derecho Mercantil. La Constitución y el Derecho Mercantil. Ensayo de un concepto del Derecho Mercantil», *Derecho Mercantil*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 14ª ed., Madrid, 2010, t. I, vol. 1º, p. 32.
3. Correspondiente a la vieja distinción entre la *fortuna de mar* y la *fortuna de tierra* y manifestada, con relevante significación, en las *reedereien*, cuya inserción en el árbol genealógico de las sociedades anónimas es evidente (*vid.*, por todos, GARRIGUES, «Curso de Derecho mercantil», 7ª edic., Madrid, 1976, t. I, revisado con la colaboración de A. BERCOVITZ, p. 409, HIERRO ANIBARRO, «El origen de la sociedad anónima en España», Madrid, 1998, pp. 67 y ss.).
4. En la cual el *préstamo a la gruesa*, en términos que evoca la feliz redacción del art. 719 del C. de co. (para los REDACTORES DE LA REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA –cfr. «Código de comercio de 1885, comentado y concordado con el anterior y los extranjeros», Madrid, 1886, t. II, p. 282– de «mayor perfección» que la correlativa del art. «680 del Código alemán» y más *acabada* que la de «los Códigos francés e italiano»), permite hacer que dependa, «el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que esté hecho, o del valor que obtengan en caso de siniestro».
5. A través de la concertación de un *seguro marítimo*.

*tipicidad* de las facultades representativas o *poderes* de algunos de los auxiliares de los empresarios<sup>6</sup>.

En cuanto a la primera de las ideas apuntadas (el particularismo del Derecho marítimo y la influencia de éste sobre el conjunto de la normativa mercantil) baste advertir, recogiendo también al respecto las enseñanzas del fundador de la moderna escuela de los mercantilistas españoles<sup>7</sup>, cómo las peculiaridades del tráfico marítimo (los grandes riesgos –la *gruesa aventura*– inherentes a la navegación, así como la autonomía o autarquía en las que desenvuelven sus actividades los capitanes y las tripulaciones de los buques) han determinado la configuración (o al menos conducido a ella) de un Derecho marítimo «independiente del Derecho mercantil terrestre», «con fuentes, procedimientos y jurisdicción propios»<sup>8</sup>.

## 1.2. EL RÉGIMEN O LA ORDENACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

La señalada singularidad de las fuentes del Derecho marítimo obliga a afrontar la cuestión del grado en que su ordenación o régimen general sigue las pautas trazadas en el art. 2 del C. de co.; específicamente si, y en su caso en qué medida, presenta frente a ellas matices o especialidades que hayan de ser puntualizadas o advertidas.

En principio, al insertarse formalmente la normativa aplicable a los buques, a las personas que intervienen en el comercio marítimo, a los contratos «especiales» de dicho comercio, a los riesgos, daños y accidentes propios del tráfico marítimo o, quizá con mayor propiedad, de la navegación y a la justificación y liquidación de las averías producidas por accidentes de mar en el C. de co., cuyo Libro III la incluye bajo la

6. *Tipicidad* de facultades representativas que, tradicionalmente, caracterizaba a las atribuidas (en ciertos casos calificadas de *inherentes* a sus respectivos *cargos* o funciones) al gestor naval, al capitán y al sobrecargo por las normas propias del Derecho de la navegación marítima.
7. Calificación que, en cuanto «hecho conocido y repetido por todos los mercantilistas y estudiosos del Derecho español», universalmente se predica de la señera figura del profesor GARRIGUES. *Vid.*, por todos, MENÉNDEZ, «Sobre la moderna Escuela Española de Derecho Mercantil», Madrid, 1993, pp. 21 y ss., y URÍA, «Joaquín Garrigues, maestro del Derecho», *Joaquín Garrigues, jurista y universitario ejemplar* (vol. 2 de la colección *Maestros complutenses de Derecho*), Madrid, 1996, p. 4.
8. Cfr. GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, p. 510. Con especial proyección sobre la vertiente procesal del régimen particular aplicable a los protagonistas del tráfico marítimo *vid.*, GACTO FERNÁNDEZ, «Historia de la Jurisdicción mercantil de España», Sevilla, 1971, pp. 11 y ss.

rúbrica «*del comercio marítimo*», el tratamiento de las fuentes del Derecho marítimo en el vigente Ordenamiento jurídico español responde a las líneas básicas establecidas en los arts. 2<sup>o</sup> y 50<sup>10</sup> del C. de co.<sup>11</sup>, en los cuales no se configura un sistema de fuentes opuesto o esencialmente distinto del común<sup>12</sup> (empleando aquí este calificativo en su sentido propio<sup>13</sup>) consagrado en el art. 1 del Cc sino solamente una afirmación de la prioridad o primacía aplicativa de las normas mercantiles, tanto legales<sup>14</sup> como consuetudinarias<sup>15</sup>.

### 1.3. LA PRIMACÍA DE LA NORMA LEGAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El encuadramiento del tema de las fuentes del Derecho mercantil en el marco global definido por el art. 1 del Cc conduce a la obligada consecuencia de la atribución en el Ordenamiento jurídico español de nuestro tiempo de una primacía o superioridad de la ley sobre la cos-

9. Que impone para la regulación de los *actos de comercio* (así como, debe entenderse, en general para la de las cuestiones que se susciten en la *materia mercantil* -*vid.*, GARRIGUES, «Curso...», cit., t. I, p. 116-) la aplicación de las normas contenidas en el propio Código (así como, aun cuando no aparezca expresamente mencionada al efecto, en la restante legislación mercantil -*vid.*, GARRIGUES, *op. y loc. ult. cits.*-); y en su defecto la de los «usos del comercio observados generalmente en cada plaza»; y en caso de falta de norma procedente de alguna de estas fuentes el recurso a las ofrecidas por las disposiciones del «Derecho común» (es decir, por las leyes *civiles*, por la costumbre *común* -no los *usos del comercio*- y, de no existir en aquéllas o en éste precepto o regla al caso, por los principios generales del Derecho -*vid.* art. 1.1 del Cc-).
10. Conforme al cual determinados extremos de la regulación de los contratos mercantiles (*vid.*, *infra*, nota 15) resultan sometidos, «en todo lo que no se halle establecido en este Código o en Leyes especiales», a «las reglas generales del Derecho común».
11. *Vid.*, GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, p. 517.
12. *Vid.*, por todos, GARRIGUES, «Curso...», cit., t. I pp. 115 y ss., y OLIVENCIA, «Las fuentes del Derecho mercantil», *Derecho Mercantil*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, cit., t. I, vol. 1<sup>o</sup>, p. 51.
13. O, si se quiere, en el que recibe en la tradicional doctrina jurídica patria (*vid.*, por todos, DE CASTRO, «Derecho civil...», cit., p. 111).
14. Que, en todo caso, resultaría de la regla clásica *lex specialis derogat generalis*, positivamente formulada en relación al contenido del Cc español en el art. 4.3 de este Cuerpo legal.
15. Si bien las normas legales civiles o comunes se anteponen al contenido de los *usos del comercio* en las materias enumeradas en el art. 50 del C. de co.: esto es, respecto de los requisitos, las modificaciones, las excepciones, la interpretación y la extinción de los contratos mercantiles, así como la capacidad de los contratantes (repárese que no rige este orden aplicativo de las normas civiles y mercantiles en lo relativo al *contenido* de los contratos del comercio; por lo que se refiere a este último extremo la costumbre mercantil ha de considerarse de aplicación preferente a la ley común).

tumbre o el *uso*<sup>16</sup>. *Ley*, en el sentido en el que a efectos de precisar su rango o ubicación en el sistema de fuentes del Derecho viene utilizado este término, es toda *disposición*<sup>17</sup> establecida por el Poder Público con carácter o proyección general. Al afirmar su prevalencia sobre la costumbre se predica tal valor superior de la Constitución, de las leyes orgánicas, de las leyes estatales ordinarias y de las autonómicas, de las demás normas estatales y autonómicas con rango de ley, de los reglamentos e incluso de las disposiciones de los Poderes Públicos de inferior rango<sup>18</sup>.

A los problemas no siempre de fácil resolución que plantea la delimitación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre *legislación mercantil y marina mercante* (*vid.* arts. 149.1, 6ª y 20ª, y 150 de la Constitución) resulta ajena la regulación establecida por las normas consuetudinarias, tanto por su procedencia de fuerzas sociales *exoestatales*, de las que dimana la *opinio iuris* de la que trae causa su valor vinculante<sup>19</sup>, como por su específico (local) ámbito territorial de vigencia (el cual, aun cuando ha dejado de ser especificado en el Cc tras la reforma de su Título Preliminar por la Ley 3/1973, de 17 de marzo<sup>20</sup>. –Por lo que cabe actualmente concebir la existencia de normas consuetudinarias civiles «regionales o incluso generales»<sup>21</sup>–, se mantiene en la expresión literal con la que se contempla en el C. de co.<sup>22</sup> referido a la plaza mercantil en la cual se observa<sup>23</sup>).

16. *Vid.*, por todos, DE CASTRO, «Derecho civil...», cit., t. I, p. 378; GARRIGUES, «Curso...», cit., t. I, p. 116; Díez-PICAZO, L., «Comentario al art. 1º», *Comentario del Código civil*, dir. PAZ-ARES, Díez-PICAZO, BERCOVITZ, R., y SALVADOR CODERCH, Madrid, 1991, t. I, pp. 6 y ss.; RUBIO LORENTE, voz «Fuentes del Derecho», *Enciclopedia Jurídica Básica*, dir. MONTOYA MELGAR, Madrid, 1995, t. II, p. 3172; y OLIVENCIA, «Las fuentes del Derecho mercantil», cit., p. 52.
17. Por hacer uso de un término del que se sirve el art. 1.2 Cc.
18. Teniendo presente que todas las disposiciones infraconstitucionales han de ser dictadas, de conformidad con lo establecido en los arts. 9.3, 148, 149 y 150 de la CE, observando los principios de *jerarquía normativa* (al respecto *vid.*, por todos, Díez-PICAZO, L., «Comentario al art. 1º», cit., pp. 6 y ss.) y de obligado respeto a los ámbitos delimitados para el ejercicio de sus respectivas facultades legislativas o regulatorias por las competencias estatales y autonómicas.
19. *Vid.*, por todos, DE CASTRO, «Derecho civil...», cit., t. I, pp. 417 y ss.
20. La redacción del art. 6, párrafo segundo, de este Cuerpo legal anterior a la indicada reforma ordenaba al Tribunal aplicar «al punto controvertido», «cuando no haya ley exactamente aplicable», «la costumbre del lugar».
21. Cfr. Díez-PICAZO, L., «Comentario al art. 1º», cit., pp. 7 y ss.
22. Cuyo art. 2, párrafo primero, establece que los actos de comercio, en defecto de disposición contenida en el Código, se regirán «por los usos de comercio observados generalmente en cada plaza».
23. Si bien ello no excluye que pueda resultar de aplicación en ámbitos territoriales más extensos (regionales, nacionales o internacionales), siempre que en ellos «quede

1.4. LA TRASCENDENCIA DE LOS USOS O BUENAS COSTUMBRES DE LA MAR EN LA GÉNESIS Y EL DESARROLLO DEL DERECHO MARÍTIMO

La decisiva importancia de los usos (de las *buenas costumbres de la mar*) en la génesis y en el desarrollo del Derecho marítimo a lo largo de la Edad Media resulta universalmente proclamada<sup>24</sup>. Conocidos y observados por los protagonistas del tráfico en las distintas áreas o escenarios de la navegación europea (mediterránea, atlántica, báltica, ...) dieron lugar, impulsadas por la aspiración a una uniformidad que ofreciera seguridad y fijeza al régimen aplicable a sus operaciones, a diversas recopilaciones de sus reglas en textos escritos (de los que merece mención especial «por haberse convertido en Derecho general en todos los puertos del Mar Mediterráneo durante la Edad Media»<sup>25</sup>, el *Llibre del Consolat de mar*<sup>26</sup>), cuyo contenido fue en gran o decisiva parte luego vertido en las disposiciones legales con las que los Estados de la Edad Moderna afirmaron la sujeción a su imperio de la regulación de todas las actuaciones de sus súbditos<sup>27</sup>; *Cuerpos* normativos esencialmente ordenados a manifestar en términos formales la supremacía del Poder Público, la fuente u origen de la que venía a recibir su vigor la regla proclamada, si bien el contenido de ésta en gran parte no siguió siendo otro que el tradicional (puesto que no pocas veces las *nuevas* normas no hicieron otra cosa que reproducir reglas y principios tradicionales de general observancia en el teatro del viejo *Derecho consuetudinario*)<sup>28</sup>.

1.5. SIGNIFICACIÓN DE LOS USOS, LAS NORMAS LEGALES, LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL DERECHO CONVENCIONAL EN EL DERECHO MARÍTIMO DE NUESTRO TIEMPO

La Codificación decimonónica, si bien recoge en el articulado de los

---

comprendido el lugar» en el cual haya de considerarse vigente el uso (cfr. OLIVENCIA, «Las fuentes del Derecho mercantil», cit., pág. 56) o resulten incluidos varios de estos puntos geográficos de referencia.

24. Baste (por las innumerables que cabría recoger) la cita de lo apuntado al efecto por GARRIGUES (*vid.* «Curso...», cit., t. II, pp. 510 y ss.).
25. Cfr. GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, p. 511.
26. Claro es que sin que pueda desconocerse la trascendental relevancia de otras «colecciones de usos», como los *Rouleaux d'Oleron*, las *Coutumes d'Oleron*, los *Jugements de Damme*, las *Lois de Westcapelle*, el *Waterrecht* de Wisby, el *Guidon de la mer*, o el *Llibre de les costums generals escrites de la insigne ciutat de Tortosa*.
27. De esta *estatificación* o sumisión a lo establecido en las normas estatales de la regulación del tráfico marítimo constituye ejemplo arquetípico la *Ordonnance touchant la Marine* francesa de 1681 (no, por el contrario, los textos de Derecho estatutario italianos y hanseáticos, ni las *Ordenanzas* de los *Consulados* y de las *Casas de Contratación* españolas, que en lo esencial no tenían otra pretensión que la de reproducir, con la finalidad de darles fijeza y estabilidad, los usos o costumbres de los protagonistas del comercio desarrollado en el escenario del mar).
28.  *Vid.*, RUBIO, «Introducción al Derecho mercantil», Barcelona, 1969, p. 286.

Cuerpos legales en los que cristaliza el contenido de buena parte de las reglas consagradas durante los siglos anteriores por los usos o costumbres del tráfico mercantil, y muy destacadamente el de las *buenas prácticas seguidas en la mar*, responde a una resuelta voluntad de someter a la disciplina establecida por la legislación del Estado el comercio marítimo, lo que se traduce en un extenso desarrollo a lo largo del articulado del primero de los Códigos españoles, el de 1829 (el venerable *Código de Sáinz de Andino*), de una regulación adecuada al estado comercial y técnico de la navegación en su época<sup>29</sup>, dando así lugar a un Cuerpo normativo en el cual se manifiesta la importancia atribuida por el legislador a este sector del tráfico y a la necesidad de reformar su vieja ordenación<sup>30</sup>; reforma que, aun cuando conserva no poco del contenido de la tradicional regulación marítima<sup>31</sup> sobre extremos particularmente relevantes (como el de la separación entre la propiedad y la explotación del buque), experimenta el influjo de los principios y las construcciones jurídicas del Derecho romano<sup>32</sup>.

El C. de co. de 1885 asume y mantiene en sus líneas fundamentales la regulación sobre el comercio marítimo del *Código de Sáinz de Andino*<sup>33</sup>, permaneciendo anclado en una visión del tráfico y de la técnica naval imperantes a principios del siglo XIX y sin ofrecer por ello adecuada respuesta a las cuestiones que ya proponían en su momento las entonces modernas, nuevas, realidades del comercio marítimo<sup>34</sup>. De ahí que en nuestro tiempo la arcaica disciplina del C. de co. haya tenido que ser en muchos casos complementada, cuando no sustituida, por leyes especiales<sup>35</sup> o *extravagantes*, entre las cuales cabe destacar<sup>36</sup> la *Ley sobre Hipoteca Naval* (de 21 de agosto de 1893), la *Ley sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes* (de 22 de diciembre de 1949) o la *Ley 60/1962, sobre régimen de auxilios, salvamentos remolques, hallazgos y extracciones marítimos*<sup>37</sup> (de 24 de diciembre).

29. Vid., RUBIO, «Sáinz de Andino y la Codificación mercantil», Madrid, 1950, pp. 209 y ss.

30. Vid., RUBIO, «Sáinz de Andino...», cit., p. 212.

31. Muy especialmente de la contenida en las *Ordenanzas de Bilbao* (vid. GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, p. 518).

32. Vid., RUBIO, «Sáinz de Andino...», cit., pp. 215 y ss.

33. Tal y como afirma GARRIGUES, «Las disposiciones de nuestro Código en esta materia siguen fielmente en su mayoría el modelo del Código de 1829» (cfr. «Curso...», cit., t. II, p. 518).

34. Vid., GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, pp. 518 y ss.

35. Por utilizar la expresión acuñada al respecto por el art. 50 del mismo Código.

36. Sin propósito, desde luego, de efectuar una relación exhaustiva de cuantas podrían traerse a colación.

37. Con una concepción amplia o expansiva del concepto de Derecho de la navegación

Particular importancia revisten en el ámbito del Derecho marítimo el contenido de los Convenios internacionales suscritos, ratificados y publicados oficialmente en España<sup>38</sup> con el objeto de unificar el tratamiento de cuestiones que, por su propia naturaleza, reclaman un tratamiento uniforme en el ámbito internacional<sup>39</sup>. Tal es el caso<sup>40</sup> de los Convenios sobre privilegios marítimos e hipoteca naval<sup>41</sup>; la unificación de determinadas normas en materia de conocimientos de embarque<sup>42</sup>; la limitación de la responsabilidad en caso de reclamaciones basadas en Derecho marítimo<sup>43</sup>; o el embargo preventivo de buques<sup>44</sup>.

Junto a las normas contenidas en Convenios o Tratados internacionales que han sido incorporadas al Derecho interno español en virtud de la publicación oficial de los correspondientes textos, reviste en la regulación *viva* del tráfico marítimo una considerable importancia el contenido de determinadas *Reglas* o modelos de cláusulas contractuales que, aun no teniendo otra fuerza vinculante que la que les atribuya la voluntad de las partes que las recojan entre las estipulaciones de los contratos o negociaciones que celebren, constituyen un *Derecho convencional* de muy extendida aplicación. Baste en este momento la cita, como

---

marítima cabría incluir en esta relación (entre otras muchas) Leyes como la 10/1997, de 4 de enero, *sobre Mar Territorial*, 15/1978, de 20 de febrero, *sobre Zona Económica Exclusiva*, 127/1992, de 24 de noviembre, *de Puertos del Estado y Marina Mercante* (modificada el 26 de diciembre de 1997) o 48/2003, de 26 de noviembre, *de régimen económico y prestación de servicios de los puertos de interés general*.

38. *Vid.*, por todos, GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, pp. 524 y ss.; ARROYO, «Derecho de la Navegación», *Curso de Derecho mercantil*, URÍA-MENÉNDEZ, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, t. II, pp. 1153 y 1161 y ss.; y PADILLA, «El Derecho de la navegación: Introducción. Estatuto jurídico del buque y de la aeronave», *Derecho mercantil*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, cit., t. II, pp. 1041 y ss.
39. *Vid.* art. 96.1 de la Constitución.
40. También sin que la cita expresa de los relacionados persiga otra finalidad distinta a la meramente ilustrativa; simplemente se lleva a cabo para hacer referencia a algunos de los muy variados Convenios internacionales que cabría invocar al efecto.
41. Aprobado en Ginebra el 16 de mayo de 1993, ratificado por España el 31 de mayo de 2002; y publicado en nuestro país el 23 de abril de 2004.
42. Concluido en Bruselas el 25 de agosto de 1924, ratificado por España el 2 de junio de 1930; introducido como Derecho interno en nuestro país por Ley de 22 de diciembre de 1949; y modificado por Protocolos de 23 de febrero de 1978 y 21 de diciembre de 1979, el último de los cuales fue ratificado por España el 16 de noviembre de 1981 y publicado en el BOE de 11 de noviembre de 1984.
43. Adoptado en Londres el 19 de noviembre de 1976, ratificado por España mediante Instrumento de 13 de noviembre de 1981 y publicado en el BOE de 27 de diciembre de 1986. Fue modificado por un Protocolo de 1996 publicado en el BOE de 28 de febrero de 2005.
44. Hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999, ratificado por España mediante Instrumento de 31 de mayo de 2002 y publicado en el BOE de 2 de mayo de 2011.

uno de los textos más representativos de estas *Reglas*, de las de York y Amberes sobre la liquidación de averías<sup>45</sup>.

Y, como consecuencia de la reiteración en la práctica de la inclusión en los contratos o acuerdos celebrados entre las partes de cláusulas o estipulaciones de idéntico contenido, así como fruto de la reproducción de comportamientos o conductas de sentido análogo en diversos momentos del desarrollo de las operaciones del tráfico, los usos tanto interpretativos como normativos alcanzan en el Derecho marítimo una especial relevancia<sup>46</sup>, «constituyéndose en verdadera expresión del Derecho vivo frente a la sempiterna lentitud de la modificación legislativa»<sup>47</sup>.

## 2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

### 2.1. ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES ESTABLECIDO EN EL ART. 2.1 DEL PROYECTO DE LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

El art. 2.1 del PLGNM hace referencia al orden de prelación de las fuentes reguladoras de las *materias* que constituyen su objeto, afirmando la primacía (respecto de «*las materias que se regulan en esta Ley*») de la «*norma escrita*» (concretamente: de la legislación nacional, de las normas de la Unión Europea<sup>48</sup> y, de conformidad a lo preceptuado por el art. 96.1 de la CE, de los Tratados internacionales vigentes en España<sup>49</sup>). Tras ésta declara aplicables «*los usos de la navegación marítima*» En defecto de

45. Aprobadas en 1877, revisadas en 1890, 1924, 1950, 1974 y en Sydney el 7 de octubre de 1994 por la XXXIV Asamblea del Comité Marítimo Internacional.

También cabría destacar, entre otras muchas, la significación de las *Reglas de Lisboa* (de 1987) sobre indemnización de daños y perjuicios en caso de abordaje.

46. Que implícitamente reconoce el propio C. de co. al invocarlos en varios de sus arts. (como, *v. gr.*, los arts. 651, 656 ó 779).

47. Cfr. PADILLA, «El Derecho de la navegación...», cit., p. 1044.

48. Cuyo carácter de *Derecho supranacional* se sustenta en el 93 de la Constitución, conforme al cual España suscribió el 12 de junio de 1985 el *Acta de Adhesión a las Comunidades Europeas*, adhesión a la que fue autorizada la correspondiente ratificación por la LO 10/1985, de 2 de agosto. Posteriormente la LO 4/1986, de 26 de noviembre, autorizó la ratificación del Tratado sobre el Acta Única Europea y las LO 10/1992, de 28 de diciembre, 9/1998, de 16 de diciembre, y 3/2001, de 6 de noviembre, la de los Tratados sobre el Acta Única Europea y los Tratados de Maastrich, Amsterdam y Niza sobre la Unión Europea (*vid.*, por todos, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, «El Derecho Comunitario como parte del Ordenamiento jurídico nacional», en *Curso de Derecho Administrativo*, 14ª ed., Cizur Menor, 2008, t. I, pp. 157 y ss.).

49. Que el art. 2.2 del PLGNM convierte en canon de interpretación de la Ley proyectada con un mandato imperativo, cuya trascendencia se resalta en su Exposición de motivos (I).

ellos «los principios deducibles» de la propia LGNM. Y, en último término, «los de la legislación mercantil».

En lo esencial el orden de aplicación de las normas establecidas por tales fuentes respondería a los mismos principios que inspiran los arts. 2 y 50 del C. de co. a los que ya se ha hecho referencia<sup>50</sup>. No se configuraría, por tanto, en la LGNM una *teoría propia de las fuentes del Derecho*, que no serían otras que las del Derecho mercantil y, en definitiva, las consagradas por el Derecho civil o común<sup>51</sup>; si bien la formulación, en los términos literales con los que se efectúa, como un conjunto autosuficiente de las normas llamadas a la regulación de las *materias* que constituirían su objeto requiere precisar algunos extremos relativos al particular significado que reviste la prelación con la que son contempladas las fuentes del Derecho en el art. 2.1 del PLGNM.

## 2.2. PRIORIDAD ATRIBUIDA PARA LA REGULACIÓN DE LAS MATERIAS OBJETO DE LA NORMATIVA PROYECTADA A LA ESTABLECIDA EN LA LEY GENERAL DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA, EN DISPOSICIONES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN TRATADOS INTERNACIONALES

De acuerdo con la regla general de prelación de la *lex specialis*, y en virtud de lo previsto al efecto en el sistema proyectado, serían aplicables para la regulación de las *materias* que constituyen el objeto de la normativa que propone el PLGNM:

a) En primer lugar el contenido de la LGNM y, junto con él, el de cualquier otra *norma escrita* dictada por el Estado<sup>52</sup>, tenga rango legal o infralegal (comprendiendo en este orden de prelación de las disposiciones aplicables las reglamentarias o incluso las de valor normativo inferior)<sup>53</sup>, y fuese anterior a dicha Ley (pero no resultara derogada a consecuencia de la promulgación de ella<sup>54</sup>), o posterior, tanto si tuviera por objeto colmar vacíos o lagunas de la regulación proyectada como si la modificara o derogase. Mención especial merece la *reducción de rango* de las disposiciones contenidas en el Título II de la Ley 60/1962, de 24

50. *Vid.*, *supra*, 1.2.

51. *Vid.*, GARRIGUES, «Curso...», cit., t. II, p. 517, y t. I, p. 115.

52. Puesto que la competencia exclusiva estatal sobre las materias objeto de la regulación de la LGNM resultaría, de conformidad a la previsión contenida en la disposición final quinta de ésta, de lo establecido «en los apartados 6, 8 y 20 del art. 149.1 de la Constitución».

53. *Vid.*, DE CASTRO, «Derecho civil...», cit., t. I, p. 387.

54. *Vid.*, su disposición derogatoria única, apartado 1.

de diciembre<sup>55</sup>, que, en la previsión incluida al efecto por el Proyecto, continuarían en vigor «en calidad de normas reglamentarias»<sup>56</sup>.

b) Y, junto a ellas, las normas de la Unión Europea o las contenidas en Tratados internacionales vigentes en España referidas a tales *materias*.

Unos y otros conjuntos normativos resultarían de prioritaria aplicación, sin que frente a ellos pudieran invocarse cualesquiera otras normas jurídicas excepto las contenidas en la Constitución, a las cuales, conforme proclama el art. 9.1 de ésta<sup>57</sup>, se encuentran sometidas todas las restantes que configuran el Ordenamiento jurídico español<sup>58</sup> (sumisión que en último término resulta controlable por el Tribunal Constitucional, bien mediante la declaración de la inconstitucionalidad, y consecuente nulidad, de la ley o de la norma con fuerza de ley que vulnere los preceptos o los principios constitucionales<sup>59</sup>, bien mediante el establecimiento de una *interpretación conforme* que precise el entendimiento que, para hacer efectiva la regla de la primacía de la Constitución, ha de recibir una norma legal<sup>60</sup>).

### 2.3. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LOS USOS DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Tras las normas legales, *comunitarias* o convencionales (establecidas por Tratados internacionales) referidas a las *materias* objeto de la regulación del PLGNM, y con preferencia sobre cualquier otra norma legal, resultarían de aplicación en dichas *materias* los *usos de la navegación marítima*<sup>61</sup>.

55. Sobre *cuestiones relativas a la jurisdicción y procedimiento en materia de auxilios, salvamento, remolques, hallazgos y extracciones marítimas*.

56. Por lo que, como tales, podrían «ser derogadas o modificadas por el Gobierno a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa y Fomento».

57. Y concreta en su proyección sobre la sumisión a ella de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales el art. 5.1 de la LOPJ, al establecer que: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

58. *Vid.*, por todos, GARRIDO FALLA, «Artículo 9», *Comentarios a la Constitución*, dir. GARRIDO FALLA, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 173 y ss., y MARRERO GARCÍA-ROJO, «Artículo 9.1», *Comentarios a la Constitución española*, dirs. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Añoover de Tajo, 2009, pp. 132 y ss.

59. Cfr. arts. 164.1 de la Constitución y 39 de la LOTC.

60. *Vid.*, por todos, CONDE MARTÍN DE HIJAS, «Artículo 164», *Comentarios a la Constitución Española*, dir. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, cit., p. 2724.

61. En una recta interpretación del sentido atribuible a la invocación de la normativa consuetudinaria en este momento, tal normativa tendría que entenderse concretada

La vigencia de estos usos, que por las características técnicas de la navegación marítima y la vocación de *uniformidad* de su contenido inherente a la dimensión espacial en la que se desarrolla<sup>62</sup> resultan configurados en términos superadores de los restringidos límites de las fronteras nacionales, lo que hace de ellos una de las más evidentes manifestaciones de la tendencia a la universalidad de la normativa del *Derecho del Mar*, habrá de ser probada en caso de su invocación ante los Jueces o Tribunales españoles<sup>63</sup> (con referencia concreta a su observancia en la *plaza*<sup>64</sup> que haya de ser tomada en consideración a efectos de determinar cuál sea la normativa aplicable cuando, por aplicación de las reglas de Derecho internacional privado, deba estarse a lo establecido en el Ordenamiento jurídico español), de conformidad a lo preceptuado en los arts. 1.3, *in fine*, del Cc y 281.2 de la LEC<sup>65</sup>.

#### 2.4. LA FUNCIÓN ATRIBUIDA A LOS PRINCIPIOS DEDUCIBLES DE LA LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

En defecto de las anteriores normas escritas o consuetudinarias habría de recurrirse «a los principios deducibles» de la LGNM.

Con esta llamada a una regulación que, aun cuando no resultaría expresamente establecida en esta Ley, podría ser deducible de los principios que la inspiran, el art. 2.1 del PLGNM no invoca la aplicación de la analogía a los efectos concretos para los que resulta reclamada en el art. 4.1 del Cc: los de extender a un supuesto no comprendido entre aquellos a los que hace referencia expresa una norma legal (en el caso, alguna de las que serían consagradas en la LGNM) el contenido de ésta,

---

en la establecida por los usos referidos a las *materias* sobre las que habría de proyectarse la regulación de la LGNM.

62. La *vocación de uniformidad del Derecho marítimo o de la navegación* se resalta en la Exposición de motivos (I) del PLGNM.
63. Entre otros medios, y seguramente como uno de especial o mayor eficacia, mediante *certificación sobre su existencia* expedida por una Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación en virtud de la atribución que les otorga para desarrollar tal función con carácter público-administrativo el art. 2.1.b) de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, *Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación*, cuya Exposición de motivos justifica la norma establecida al efecto atendiendo a la imposibilidad de que la función encomendada a las indicadas Corporaciones pudiera, al margen de ellas, ser desarrollada eficazmente por una multiplicidad de asociaciones representativas de intereses muchas veces contrapuestos.
64. *Vid.* art. 2, primer párrafo, del C. de co.
65. El último de los cuales dispensa de la necesidad de probarla cuando «las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público».

interpretada *extensivamente*, atendiendo a su *ratio* y no a sus estrictos términos literales. En un sentido más amplio o ambicioso el PLGNM remite, para colmar las lagunas que pudieran apreciarse en el conjunto de la normativa legal y consuetudinaria que según propone habría de resultar de prioritaria aplicación, a la aprehensión de unos *principios* en los que se inspiraría la regulación de la LGNM. Principios que el PLGNM entiende que podrían y deberían ser *deducibles* de ella y con los que cabría, por tanto, completar la regulación establecida por las disposiciones legales y los usos de la navegación marítima, llegando a subsumir la disciplina aplicable a las *materias* objeto de la regulación proyectada en un conjunto normativo coherente y, en principio, *cerrado* en sí mismo<sup>66</sup>.

## 2.5. LA REMISIÓN FINAL A LA LEGISLACIÓN MERCANTIL

Mas, como cabría que, incluso entendido en un sentido tan amplio y comprensivo, el conjunto normativo contemplado en los indicados términos por el PLGNM no diera respuesta a algunas de las cuestiones proponibles en relación a las *materias* que contempla, la referencia a las *fuentes* de la regulación aplicables en tal supuesto concluye con la llamada, «en último término», a los principios «de la legislación mercantil».

Esta invocación enfrenta al intérprete con el problema de si ha de ser entendida, bien como una solución final a la que habría que recurrir en la hipótesis de falta de respuesta para el caso en todas las normas anteriormente consideradas, o bien si a los *principios de la legislación mercantil* debería anteponerse la aplicación de las normas anteriormente no contempladas que configuren el cuadro o conjunto completo de la regulación de la *materia mercantil*, según el orden de prioridad en su aplicación establecido por el art. 2 del C. de co., así como, en particular, en

66. EIZAGUIRRE [«Las fuentes del Derecho marítimo proyectado (Título Preliminar. Disposiciones Generales)», *Estudio Sistemático de la Propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, coords. EMPARANZA SOBEJANO Y MARTÍN OSANTE, Vitoria-Gasteiz, 2006, pp. 34 y ss.] critica la invocación por el PLGNM de los principios deducibles considerándola una fórmula «ampulosa», «imprecisa» y «completamente inútil», puesto que, de una parte, la «posibilidad de que los principios en cuestión sean *generales* al Derecho marítimo [...] resulta imposible, dada la naturaleza jurídica compósita de las normas que integran el Anteproyecto», y, de otra, el entendimiento de tales principios con una dimensión «*puramente sectorial*», aunque «más viable que la anterior, tampoco está exenta de dificultades. Así, por ejemplo, a la hora de colmar lagunas resultantes en la regulación del arrendamiento del buque, habrá que sopesar con cautela, si el régimen del fletamento ofrece una base más idónea a tal empeño, que la normativa civil del arrendamiento».

relación con los concretos extremos a que en él se hace referencia, por el art. 50 del mismo Cuerpo legal. Tales normas al haber ya sido declaradas de prioritaria aplicabilidad las legales, serían las consuetudinarias mercantiles o civiles no reconducibles a la categoría de «usos de la navegación marítima» (al haberse abordado con anterioridad las principales cuestiones que suscita la determinación del ámbito de vigencia de la costumbre o del uso y la necesidad de su prueba en caso de que su existencia sea alegada ante los órganos del Poder Judicial, baste ahora hacer referencia a lo que ya ha sido en su momento expuesto<sup>67</sup>).

Un entendimiento de la regulación proyectada en el marvo del sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico parece que habría de conducir a la segunda de las conclusiones apuntadas, por lo que únicamente en defecto de la ley o de costumbre tendrá que estarse a lo deducible de los principios de la legislación mercantil, en cuanto inspiradores de la disciplina establecida en ella y que, en lo que debería ser un correcto entendimiento de su significado, suponen la concreción específica en el ámbito de la normativa de la que han de ser inducidos<sup>68</sup> de la apelación al recurso extremo de la pauta marcada por los *principios generales del derecho*<sup>69</sup>, última fuente<sup>70</sup> a la que pueden recurrir el intérprete y el aplicador del Derecho para cumplir su «deber inexcusable»<sup>71</sup> de dar respuesta a las cuestiones que se les propongan<sup>72</sup>.

67. *Vid., supra*, 1.2, 1.3, 1.4 y 2.3.

68. Conexión esta que apunta a una concepción de los *principios* contemplados «como normas jurídicas dependientes de las legales» (*vid.* DE CASTRO, «Derecho civil...», cit., p. 452; GORDILLO CAÑAS, «Comentario al artículo 1», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, Madrid, 1992, t. I, vol. 1º, p. 266; DÍEZ-PICAZO, L., «Comentarios al art. 1º», cit., pp. 6 y ss.).

69. *Vid.*, art. 1.1, 1.4 y 1.6 Cc

70. «Recurso final y siempre fructuoso», advierte DE CASTRO (cfr. «Derecho civil...», cit., p. 379). O «forma de obtener para el Ordenamiento la posibilidad de cerramiento que la Ley es incapaz de aportar por sí misma y que tampoco podría lograr con la sola colaboración de la Costumbre» (cfr. GORDILLO CAÑAS, «Comentario al artículo 1», cit. pp. 299 y ss.).

71. Cfr. art. 1.7 Cc.

72. *Vid.*, DE CASTRO «Derecho civil...», cit., pp. 474 y s.