

4. CONTRATACIÓN Y RESPONSABILIDAD

La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español

María Salazar Revuelta
Universidad de Jaén

I. Bajo este título pretendemos hacer un acercamiento a la figura del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y, en particular, a la responsabilidad que el pretor deriva de este específico *pactum*; ya que con su estudio podemos observar la importancia de la intervención pretoria en el ámbito de los contratos de transporte y alojamiento, en aras de la protección a los terceros contratantes¹, e igualmente dilucidar los principios jurídicos básicos que inspiraron esta responsabilidad y que han llegado a instaurarse a través de la tradición romanística en nuestro Código civil.

El objeto de nuestro análisis es, pues, una decisión de la jurisdicción pretoria durante la denominada época comercial, que la doctrina encuadra aproximadamente entre la mitad del siglo III a.C. y la mitad del siglo III d.C.². Concretamente,

-
- 1 Al respecto *vid.*, PETRUCCI, A., “Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano clásico”, *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina* 13 (2002), 233-252; ID., *Ancora sulla protezione dei contraenti con gli imprenditori nel diritto romano classico: il caso del 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum'*, en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a F. Hinestrosa* 3 (Bogotá 2003), pp. 71-102; ID., *Neque enim decipi debent contrahentes'. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto tardo repubblicano e del principato*, en *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* 3 (Padova 2003), pp. 89-103; ID., “Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli *instidores* ed *magistri navis* nel diritto romano dell'età commerciale”, *IVRA* 53 (2002), pp.17-26.
- 2 *Vid.*, por todos, CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico* (2^a ed.). Torino 2004, donde se contiene un resumen de las posiciones doctrinales sobre la existencia y datación del derecho comercial romano, especialmente pp. 3-33.

se suele situar el edicto que introdujo este *receptum* en una época anterior al siglo I a.C.: en un momento en el que la navegación marítima está en continuo desarrollo (después de la finalización de las Guerras Púnicas)³, con la finalidad de estimular el comercio a gran escala⁴. Sin embargo no es posible fijar una fecha exacta, dado que no disponemos de datos ciertos.

Apoya esta cronología el empleo, en el edicto, de la palabra *nauta* como sinónimo de *exercitor navis* o armador⁵. Lo que demuestra que el edicto sobre el *receptum* debió de surgir en época anterior al comercio de época clásica, menos desarrollado, donde el *exercitor* es *nauta*, esto es, tiene que dirigir él mismo su nave⁶.

-
- 3 En general, sobre la evolución y desarrollo del comercio marítimo *vid.*, entre otros, THIEL, *Studies on the history of Roman See Power in Republican Times*. Amsterdam 1949; ID. *Studies on the history of Roman See Power before the Second Punic War*. Amsterdam 1954; ROUGÉ, J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*. Paris 1966; ID., *Navi e navigazione nell'Antichità*. Firenze 1977; CASTRESANA, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*. Salamanca 1982; DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua*. (Trad. esp. E. Benítez). Madrid 1985, especialmente pp. 168 ss. (vol. I); 428 ss. (vol. II); ROTVOTZEFF, M., *Historia social y económica del Imperio romano* (trad. esp. L. López-Ballesteros) I y II. Madrid 1998, pp. 336 ss.
 - 4 DE ROBERTIS, F. M., ‘*Receptum nautarum*’. *Studio sulla responsabilità dell’ armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina concernente il ‘caupo’ e lo ‘stabularius’*. Bari 1952, p.13.
 - 5 El derecho clásico se refiere, sin embargo, con este término al simple marinero *Vid.* D. 14,1,1,2 (Ulp. 28 ad ed.); D. 14,2,2,6 (Paul. 2 Sent.). Sobre esta terminología: ARIAS RAMOS, J., *El transporte marítimo en el mundo romano*, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano* 2 (Valladolid 1965), pp. 43-47; GIMÉNEZ CANDELA, T., *Problemas jurídicos del comercio marítimo: la responsabilidad de los ‘nautae’*, en *Le commerce maritime romain en Méditerranée occidentale*. (Strasbourg 1990), pp. 37-38.
 - 6 Opiniones tradicionales sitúan este edicto con anterioridad al que introduce la *actio exercitoria* en el último siglo de la República (D. 14,1,1,9). Así se expresan ROBAYE, R, *L’obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles 1987, p. 79. Igualmente, MÉNAGER, L. R., “*Naulum et receptum rem salvam fore. Contribution a l’étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes*”, en *Droit romain* ”, en *RHD* 38 (1960), pp. 178 ss. Sin embargo tampoco podemos establecer con exactitud la fecha de aparición de la *actio exercitoria* e *institoria* y, en consecuencia, su relación temporal con la acción de *recepto*, todas ellas recogidas en el Edicto de Salvio Juliano, junto con las *actiones in factum furti et damni adversus nautas, caupones et stabulariorum*. Recientemente, no se pone en duda que la gestación de la *actio institoria* tuviera lugar ya en el siglo II a. C. *Vid.*, DE LIGT, “*Legal History and Economic History: the case of the actiones adiecticiae qualitatis*”, *TR* 67 (1999), pp. 206 ss. *Vid.*,

Resulta especialmente visible, en los textos del Digesto relativos al *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, la amplitud del tratamiento que se otorga a la responsabilidad de los armadores marítimos. Ello obedece, sin duda, al originario desarrollo y mayor relevancia que adquirió en la Roma de la época comercial el transporte por mar, frente al terrestre⁷. De ahí que es probable que el pretor interviera en un primer momento para regular la responsabilidad en la empresa marítima y que, posteriormente, modificara los *verba edicti* con la intención de extender el edicto a los *caupones y stabularii*, cuya actividad comercial haría igualmente necesaria una protección jurídica especial frente a los posibles hurtos o daños cometidos en los efectos introducidos por los clientes⁸.

Nos centraremos, por consiguiente, en el examen de algunos textos contenidos en el título 4,9 del Digesto, para afrontar esta figura jurídica que impone una especial responsabilidad, en cuanto excede de los límites ordinarios de la responsabilidad derivada de las relaciones contractuales a las que normalmente va unida: *locatio-conductio* y *depositum*. En efecto, a través del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, el pretor introduce una *actio in factum* con la que exigir una indemnización al *simplum* por los efectos perdidos, robados o dañados, a quien a prometido devolverlos indemnes; concretamente a navieros, posaderos y dueños de establos o cuadras, sin entrar a valorar el comportamiento de estos sujetos obligados directamente por el *receptum*, ni el de sus empleados y, asimismo,

asimismo, PETRUCCI, A., “Ulteriori osservazioni...”, *cit.*, pp. 18 ss., y la bibliografía contenida en la nt. 4 (p. 18). Un exhaustivo estudio sobre estas acciones en la doctrina actual se encuentra en MICELI, M., *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*. Torino 2001, en concreto en el capítulo segundo de este libro que se refiere a las acciones *exercitoria e institutoria* (pp. 185-228).

- 7 Debido, a juicio de GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*. Madrid 1990, pp. 129-130 (con amplia bibliografía), “a su alto coste e inseguridad”; sin embargo añade que “gran parte del comercio interior, donde no existían ríos navegables, se llevaba a cabo mediante caravanas de carros (D. 19,2,60,8) que cubrían también las rutas de Oriente” a parte de la importancia social de los viajes particulares.
- 8 Tesis que sostiene FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell’ ‘exercitor’*. Modelli culturali dell’ attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle ‘azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios’. Torino 2002, pp. 123 y 176 (siguiendo a HUVELIN, P., *Études d’ histoire du droit commercial romain*. Paris 1929, pp. 120 ss.), en relación con el edicto sobre las acciones penales *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, pero que resulta igualmente aplicable al *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*.

independientemente de la normal responsabilidad nacida de la obligación principal existente entre las partes. Así, el pretor movido por criterios objetivos de imputación de la responsabilidad, tales como el *periculum custodiae* o la buena fe objetiva –principios que todavía inspiran la protección a terceros en nuestros ordenamientos modernos– consigue equilibrar las exigencias del desarrollo comercial con la *utilitas contrahentium*.

II. La responsabilidad resultante del *receptum* deriva, por tanto, de la expresa asunción del *periculum* a través de la cláusula *salvum fore recipere*, sancionada con una *actio in factum* prevista por el edicto del pretor. El fundamento de la acción descansa en la entrega de las cosas *salvas fore* y el consiguiente *non restituere*, que podemos entender en sentido amplio como no restitución total, parcial o defecuosa. En este sentido se manifiesta Ulpiano 14 *ad ed.* reproduciendo los *verba edictales*, en D. 4,9,1 *pr.*:

Nautae caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo.

y al comienzo de D. 4,9,3,1:

Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur...

Igualmente, la parte final de este mismo texto es esencial para discernir la verdadera naturaleza de la responsabilidad *ex recepto*:

... at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

Ulpiano alude, con el empleo del término *omnimodo*, a una responsabilidad absoluta e ilimitada y con la expresión *sine culpa* a una responsabilidad que podríamos calificar, en terminología moderna, de objetiva. No obstante, la introducción por parte de Labeón de una *exceptio* con la que el deudor puede eximirse de

esta responsabilidad argumentando un caso de fuerza mayor, como la *vis piratarum* o el *naufragium*, traería consigo una notable atenuación de la primigenia responsabilidad exorbitante del *receptum*, reconduciéndola –como observa la mayor parte de la doctrina– al ámbito de la responsabilidad por custodia⁹. Es opinión comúnmente admitida que esta *exceptio* labeoniana se referiría, en primer lugar, sólo a los casos de naufragio y piratería, comprendiendo más tarde todos los casos de fuerza mayor. En cualquier caso, dicha extensión ya habría operado en época de Ulpiano, ya que éste alude al *damnum fatale* o a la *vis maior, in genere*; no encontrando problemas, asimismo, para su idéntica aplicación a los *caupones* y *stabularii* (*idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit*).

Evidentemente, la fuerza mayor eximiría totalmente de la responsabilidad a *qui recepit*; pero también podría rehusarla o limitarla mediante una expresa declaración “de descargo” comunicada preventivamente al cliente y aceptada por éste¹⁰. Aunque esta posibilidad sólo viene reconocida en D. 4,9,7 pr.¹¹ para la acción *in factum de damno adversus nautas, caupones et stabularios*, nada obsta para pensar que se terminara extendiendo a la *actio de recepto*, en un proceso de recíproca influencia entre ambos instrumentos procesales¹².

Este carácter particularmente riguroso de la responsabilidad *ex recepto* se observa claramente en la imposibilidad por parte del *nauta*, *caupo* o *stabularius*, como *dominus negotii* de liberarse de la misma a través de la *noxalis deditio* del esclavo

9 MÉNAGER, L. R., “*Naulum et receptum rem salvam fore...*”, cit., pp. 407-408; SARGENTI, M., “Problemi della responsabilità contrattuale”, *SDHI* 20 (1954), pp. 151-152; ROBAYE, R., “Responsabilité objective ou subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode”, *RHD* 50 (1990), p. 357; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*. Milano 1990, p. 609, quien es más prudente, llevando la *custodia ex recepto* a época tardo-clásica. En general, sobre este punto *vid.*, FÖLDI, A., “Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* un der Haftung für *custodia*”, *RIDA* 40 (1993), pp. 263 ss.

10 GUARINO, A., *Diritto privato romano*. 11^a ed. Napoli 1997, pp. 967-968; BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano* (4^a ed. revisada). Torino 2002, p. 493.

11 ...item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestitum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

12 *Vid.* PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...* cit., p. 100; CERAMI, P.-DI PORTO, A.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...* cit., p. 300. Igualmente, *vid* la relación entre ambas acciones y su recíproca influencia en GIMÉNEZ CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos...* cit., especialmente pp. 139-144.

o *filiusfamilias* autor del hecho dañoso que provoca la *no restitutio* o la restitución defectuosa¹³. Tal y como se determina en D. 4,9,3,3 (Ulp. 14 *ad ed.*):

Si filius familias aut servus receperit et voluntas patris domini intervenit, in solidum erit conveniendus. item si servus exercitoris subripuit vel damnum dedit, noxalis actio cessabit, quia ob receptum suo nomine dominus convenitur. sin vero sine voluntate exercercent, de peculio dabitur.

Ulpiano deja bien claro que el *exercitor* responde de los hurtos y daños cometidos por su esclavo, cesando toda posibilidad de acción noxal, ya que responde *ex recepto suo nomine*. También, plantea la hipótesis de que el esclavo o el *filiusfamilias*, al frente del negocio, concluyeran el *receptum*; en cuyo caso, la *voluntas* del patrón o del *paterfamilias* es decisiva para hacer responder a éstos ilimitadamente en el caso de que existiera, o para reducir su responsabilidad a los límites del peculio en caso contrario.

Con todo, hay que hacer notar que la severidad de esta responsabilidad sólo surge de la concreta actividad comercial desarrollada por el *negotiator*, no observándose en todas aquellas otras ejercitadas fuera de su estricto ámbito empresarial. Ello puede deducirse de lo contenido en D. 4,9,3,2 (Ulp. 14 *ad ed.*):

Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.

De ahí que el *periculum* que asumen quienes contraen el *receptum* con sus clientes, y al que alude D. 4,9,3, pr. (Ulp. 14 *ad ed.*): *periculum ad eum pretinere*, sea identificado por la doctrina¹⁴ como “riesgo empresarial”, entendido como el riesgo

13 Cf. con el régimen previsto en D. 4,9,7,4 y D. 47,5,1,5 para las acciones penales *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*. Vid. FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell' 'exercitor'*...cit., pp. 99 ss.; 154 ss.; así como la recensión hecha a esta obra por PETRUCCI en *IVRA* 53 (2002) [pubbl. 2005], pp. 324-346.

14 SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell' età commerciale. Forme giuridiche di un' economia mondo*. Pisa 1989, pp. 102-103; ID., “La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano”, *BIDR* 66 (1963), p. 26; PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti*...cit., pp. 85 y 87; CERAMI, P.- DI PORTO, A.- PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano*...cit., p- 276.

ligado a la actividad dirigida a un fin comercial. La asunción de este riesgo supone que el comerciante está llamado a responder por hechos ilícitos que tienen lugar dentro de la esfera económica del negocio de cuya gestión o aprovechamiento es titular, ya sean cometidos por él mismo o por sus dependientes o auxiliares, e incluso por los propios clientes (pasajeros de la nave, huéspedes de la *caupona* tanto habituales como ocasionales), extensión ésta última a los clientes debida, probablemente, a la jurisprudencia¹⁵. Así se desprende de D. 4,9,1,8 *in fine* (Ulp. 14 *ad. ed.*), respecto a los *exercitores* o “empresarios marítimos”:

et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum,

Y se confirma en D. 4,9,2 (Gai. 5 *ad ed. prov.*), en relación también a los *caupones*:

sicut et caupo viatorum.

En todo caso, la doctrina más reciente¹⁶ se inclina por considerar que el fundamento de la responsabilidad honoraria no descansa simplemente en un “riesgo de empresa”, sino que se puede explicar también por la disponibilidad de los bienes del cliente por parte del *negotiator*, particularmente intensa en cualquiera de las tres figuras: *nauta*, *caupo* o *stabularius*. De forma que la responsabilidad *ex recepto* surge no sólo cuando la actividad empresarial se orienta a la obtención de un determinado lucro, como en los casos de transporte o alojamiento en la forma de *locatio conductio*, sino también en los que el *receptum* se encuadra en un negocio gratuito como el depósito, esto es, *sed si gratis res susceptae sint* (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4,9,3,1). Aunque las fuentes relativas al *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum* no se pronuncian en este punto, se puede aducir lo que Paulo 22 *ad ed.* (D. 4,9,6 *pr.*) determina en relación con la *actio damni in factum adversus nautas, caupones et stabularios*, perfectamente extrapolable a la *actio de recepto*:

15 *Vid.* KNÜTEL, R., “Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht”, ZSS 100 (1983), pp. 353 ss.

16 *Vid.*, *ad ex.*, FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell’ ‘exercitor’...cit.*, pp. 218-221.

Licet gratis navigaveris vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es.

El uso del plural *in factum actiones tibi denegabuntur*, parece sospechoso. Sin embargo es lógico pensar que Paulo, en su comentario edictal sobre la *actio legis Aquiliae*, aludiera también a la *actio pretoria de recepto*¹⁷, pero luego los compiladores operaran su simplificación al insertar este texto en el título dedicado al *receptum*.

En consecuencia podemos afirmar que este *periculum teneri ex causa pretoria* tiene lugar tanto en el transporte o alojamiento lucrativo, como gratuito.

III. Por otra parte, estamos ante un *periculum custodiae*, referente a la custodia como criterio de atribución de la responsabilidad. Para entender esta afirmación es importante analizar Gayo 5 *ad ed. prov.* (D. 4,9,5 pr.):

Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trai- ciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur. nam et fullo et sar- cinator non pro custodia, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiae nomine ex locato tenentur.

Gayo observa las tres categorías de *negociatores* (*nautae, caponae, stabularii*) unidos por el denominador común de que no reciben contraprestación a cambio por una actividad de custodia y, sin embargo, responden por tal título. En efecto su actividad comercial no consiste en custodiar las cosas de sus clientes, sino en transportarlos, hospedarlos o permitir que sus caballos estén en sus establos; sin embargo, responden de los hurtos y daños ocasionados en estas cosas, ya que *non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur*¹⁸. Para explicar mejor esta

17 Para SARGENTI, M., *Osservazioni sulla responsabilità del 'exercitor navis' in Diritto romano*, en *Studi in memoria di E. Albertario* 1 (Milano 1953), p. 561: “conviene pure riflettere che l'autore del passo scrive quando già l'ordinamento romano si è profondamente permeato dei prin- cipi che disciplinano la responsabilità dell' armatore per mezzo dell' *actio recepticia...*”.

18 D. 4,9,5,1 (*Gai 5 ad ed. prov.*): *Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere vide- atur.*

aseveración el jurista establece una comparación con el *fullo* y el *sarcinato*, ambos *conductores operis*, que tampoco reciben remuneración por la custodia de las cosas a ellos entregadas (vestidos para limpiarlos, en el caso del tintorero, o para coserlos, en el caso del sastre), sino por el trabajo que desempeñan y, sin embargo, también responden por custodia *ex locato*.

Pensamos que este texto no aporta más que una confrontación práctica, a título de ejemplo, entre la custodia *ex recepto* y la custodia *ex locato*. Gayo se limita a mostrar una analogía funcional entre ambas responsabilidades por custodia –la honoraria, nacida del *receptum* y la civil, derivada de estos dos supuestos de *locatio conductio operis*– pero no afirma en ningún momento que se trate de hipótesis idénticas que se puedan hacer valer con la misma acción¹⁹. Sin duda, se puede observar una equivalencia de efectos que se explica por una evolución de las figuras jurídicas que llevaría, ya en época clásica tardía, a la asimilación de sus respectivos regímenes jurídicos. Ahora bien, no podemos hablar de una asimilación total²⁰, puesto que seguirán existiendo algunas diferencias de fondo entre la responsabilidad por custodia del *ius honorarium* y la del *ius civile*. Una fundamental se refiere al *damnum ab alio datum*, cubierto por la responsabilidad *ex recepto* en el *ius honorarium* (D. 4,9,5,1), y no de una forma pacífica en el *ius civile*, si tenemos en cuenta que sólo a partir de Marcelo (segunda mitad del s. II d.C.) se pone fin a las discusiones en torno a la extensión de la custodia *iure civile* al *damnum* causado por otro (Ulp. 5 *ad ed. D.* 19,2,41). Así, Gayo se hará eco de esta *vexata quaestio*, sintiendo la necesidad de mostrar la amplitud de la responsabilidad honoraria, con respecto a la civil, en dos instituciones que si bien son estructuralmente diversas²¹, comportan una responsabilidad *sine culpa* similar.

Tampoco creemos factible que la responsabilidad por custodia que nace tanto del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, así como para el *fullo* y el *sarcinato* se pueda entender extensible a todos los casos de *locatio-conductio operis*. La

19 Como sostiene FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell' 'exercitor'*...*cit.*, p. 193, nt. 111; pp. 206-207.

20 Tal y como observa VAN OVEN, J. C., “*Actio de recepto et actio locati*”, *RHD* 24 (1956), pp. 153-154, ID., “Recensión a DE ROBERTIS, F. M., *Receptum nautarum*. Bari 1952”, *RIDA* 3 (1955), pp. 431-432.

21 *Vid.* CANNATA, C. A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale in diritto romano*. Milano 1966, p. 108; TALAMANCA, M., “Custodia”, *EdD* 11 (1962), p. 562.

doctrina mayoritaria se muestra en contra de aplicar el régimen de la responsabilidad por custodia a la *locatio operis faciendi* más allá de los casos concretos que aparecen expresamente ligados en las fuentes al *custodiam praestare*: esto es, además del *fullo* y el *sarcinator* (Gai 3,205-206), el *borrearius* (D. 19,2,55 pr.; D.19,2,60,6;9; D. 19,2,62; C. 4,65,1; C. 4,65,4), el portador de cartas (*vel si custodiam eius rei recepit, vel mercedes perferendae accepit.* D. 47,2,14,17), el *capsarius* o el *balneator* (D.1,15,3,5)²². En consecuencia, no podemos sostener que la responsabilidad por custodia existiera desde un principio para la *locatio conductio oneris vehendis* (o *mercium vehendarum*). Es muy posible que el régimen del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* influyera en ésta, paralelamente a un proceso de acercamiento de ambas figuras y de inclusión del *receptum*, como elemento natural, en la relación contractual de arrendamiento²³.

Por otro lado, es significativo el testimonio de Ulpiano 14 *ad ed.* en D. 4,9,3,1:

Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui

22 En este sentido, ALZON, “Les risques de la *locatio-conductio*”, *Labeo* 12 (1966), p. 311, nt. 9 ; ID., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*. Paris 1966, pp. 201 ss. ROBAYE, R., *L' obligation de garde...cit.*, p. 71. Cf. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El 'receptum argentarii' en el Derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*. Madrid 2004, p. 181; ID., “La responsabilidad del naviero: *receptum nautarum, periculum* y *custodiam praestare*. Fundamentos de derecho romano clásico”, *Derecho de los negocios* 14 n° 154-155 (2003), pp. 17-28, en especial pp. 19-22.

23 Esta inclusión operaría, según la *communis opinio*, ya en época clásica. *Vid.* ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2^a ed. revisada). Napoli 1933, pp. 103 ss.; ROBAYE, R., *L'obligation de garde...cit.*, p. 84; MIQUEL, J., “*Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*”, *ZSS* 81 (1964), p. 182; MARRONE, M., *Istituzioni di diritto privato* (2^a ed.). Palermo 1994, p. 511; RUSSO RUGGERI, C., *Viviano giurista minore?* Milano 1997, pp. 91 ss.; FÖLDI, A., “*Anmerkungen zur Zusammenhang...*”, *cit.*, pp. 267 ss. *Vid.* demás doctrina contenida en PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, p. 95, nt. 45; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...cit.*, p. 284, nt. 57. Aunque algunos autores sostengan que esta transformación sólo pudo haber tenido lugar en época postclásica o justiniana: *vid.*, por ejemplo, MEYER-TERMEER, A. J. M., *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*. Zutphen 1978, pp. 201 ss., con bibliografía al respecto.

conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolos dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.

Éste se plantea la necesidad de la acción pretoria para responder de la no restitución o restitución defectuosa de las cosas confiadas al *nauta*, *caupo* o *stabularius*, sobre todo cuando se pueden interponer, perfectamente, las acciones del *ius civile* por la misma causa. Y, en efecto, concreta cuáles son estas acciones: si el transporte marítimo se encuadra en un arrendamiento de la totalidad de la nave (*locatio conductio rei*), el *conductor* tiene a su disposición la correspondiente *actio conducti* para reclamar las cosas que faltan (*si tota navis locata sit – ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*); si en cambio el armador ha tomado las cosas en arrendamiento para transportarlas, entonces se podrá ejercitar contra él la *actio ex locato* (*si vero res perferendas nauta conduxit ex locato convenietur*). Por último, si el transporte es gratuito, la acción utilizada, siguiendo la opinión de Pomponio, no puede ser otra que la *actio depositi* (*sed si gratis res susceptae sint – depositi agi potuisse*).

A continuación, Ulpiano expone las causas que habrían llevado al nacimiento de la acción *ex recepto*, cuya introducción tanto sorprende: por un lado, se trataría de reprimir la *improbitas* característica de este *genus hominum* que se dedican al mundo de la navegación (*nisi forte – reprimendae improbitatis hoc genus hominum*); motivación que, por otro lado, el mismo jurista repite hablando de la *maxima utilitas* del edicto en D. 4,9,1,1 (Ulp. 14 *ad ed.*)²⁴ y que, según él, llevaría al pretor a intervenir en materia de *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*; ya que de lo contrario se estaba dando pie –como dice el tenor literal del texto– a que estos comerciantes se pusieran de acuerdo con los ladrones para apropiarse de las

24 *Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.*

cosas de sus clientes. En concreto, está atestiguada la mala fama o reputación del oficio de marinero, dada la baja extracción social de las personas que constituían la tripulación de los barcos. Y aunque estamos mejor informados con respecto a la actividad comercial marítima, no es de extrañar que este ambiente de desconfianza reinara también en el transporte terrestre²⁵. De ahí que el pretor tuviera que intervenir con la finalidad de proteger a los terceros contratantes, garantizando asimismo el normal desarrollo de las operaciones comerciales, mediante la aplicación de una rigurosa responsabilidad *ex recepto*, para paliar posibles abusos y fraudes por parte de un tipo determinado de comerciantes, dada su habitual *improbitas*.

Pero, más allá de la nota moralista existe una poderosa razón técnico-jurídica que se puede extraer siguiendo con la lectura de D. 4,9,3,1. Y es que aquí Ulpiano afirma de forma expresa que en la *locatio-conductio* se responde por culpa y en el depósito sólo hasta el límite del dolo y, sin embargo, en base al edicto que introduce nuestro *receptum, qui recepit* responde en cualquier caso (*omnimodo*) y, además, *sine culpa* de la destrucción o el daño de las cosas que recibió, salvo, que *damno fatali contingit*.

Recientemente, la *communis opinio* se orienta hacia el carácter genuino²⁶ de este texto²⁷, observando en la responsabilidad *ex recepto* el punto de partida para hacer responder al *exercitor* por custodia, y manteniendo la responsabilidad nacida

25 *Vid.* GIMÉNEZ CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos...* cit., pp. 129-132, con bibliografía y fuentes sobre el tema.

26 Cf. HAYMANN, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht I: über die Haftung für custodia”, ZSS 40 (1919), pp. 206 ss., quien considera interpolada la referencia a la responsabilidad por culpa.

27 FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell’ ‘exercitor’...* cit., pp. 189 ss., presenta un completo estado de la cuestión. En la más moderna línea de pensamiento se sitúan MOLNÁR, “System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik”, BIDR 92-93 (1989-90), p. 607, considerando la responsabilidad *ex recepto* un “Ausgangspunkt” para la reconstrucción del problema de la responsabilidad por custodia; o FÖLDI, A., “Anmerkungen zur Zusammenhang...”, cit., pp. 263 ss. no excluyendo que el armador respondiera *iure civile* también de custodia, no obstante esta última no coincidiría con la responsabilidad *ex recepto* en determinadas características. En el mismo sentido PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...* cit., pp. 88-89, quien subraya el *damnum ab alio datum* como un elemento diferenciador entre la responsabilidad por custodia del *ius civile* y la responsabilidad por custodia honoraria, argumentando la imposibilidad de identificarlas.

de las correspondientes relaciones contractuales del *ius civile* dentro de los criterios subjetivos del dolo y de la culpa²⁸. La existencia de un doble medio procesal derivado *ex eadem causa* no habría sorprendido a los clásicos²⁹. Esta contraposición de regímenes se entiende mejor si la estudiamos desde la perspectiva del proceso. Al nacer de una *actio in factum*, la responsabilidad honoraria surge sin que el actor no pruebe más que la existencia del *receptum*. El *iudex* se limitaría a comprobar el supuesto fáctico del *receptum* indicado en la fórmula y a fallar en consecuencia, imponiendo una responsabilidad *sine culpa*, salvo si se introdujo debidamente la *exceptio* por *vis maior*. Al contrario, en el *iudicium bonae fidei* aparejado a las acciones *locati*, *conducti* y *depositi* se podrían tener en cuenta todo tipo de circunstancias o criterios subjetivos que llevaran a aminorar o, incluso, liberar de responsabilidad al *exercitor*, puesto que *bona fides exigit, ut convenit fiat*³⁰. Por consiguiente, es una razón de peso para justificar la intervención pretoria, las ventajas procesales que conllevaba la *actio de recepto* en pro de la protección de la parte más débil de la relación contractual.

IV. En este orden de cosas, la responsabilidad *in factum* del *exercitor navis* y del dueño de una posada o estable no es una responsabilidad accesoria que surge del contrato de transporte o alojamiento, en la forma de *locatio conductio* o depósito, sino una forma autónoma y única de responsabilidad. Hay que descartar, por tanto, que se trate de un pacto *in continentí* que trajera consigo un agravamiento de la responsabilidad derivada de estos contratos³¹.

28 En este punto, *vid.* el análisis de los diferentes casos de transporte marítimo en la forma de arrendamiento y la responsabilidad derivada de ellos, realizado por FIORI, R., *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*. Napoli 1999, pp. 127 ss.

29 MÉNAGER, L. R., “*Naulum et receptum rem salvam fore...*”, *cit.*, p. 411.

30 Para RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., “La responsabilidad del naviero...”, *cit.*, p. 25: “...probablemente la verdadera aportación del pretor, está en las facilidades que presenta para el cargador el ejercicio de la acción *de recepto* frente a la acción derivada del contrato de transporte”.

31 En las relaciones contractuales protegidas por *iudicia bonae fidei* los pactos adjuntos *format ipsam actionem*, siendo absorbidos por la acción de la figura contractual principal y eso no ocurre en el ámbito del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*. La responsabilidad *ex recepto* no supone, pues, una especificación del grado de responsabilidad derivado del contrato de arrendamiento o depósito, si bien resulta funcional a ellos. *Vid.* CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...* *cit.*, p. 280; PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...*, *cit.*, p. 90.

No es posible obviar la recíproca influencia de ambas responsabilidades³², pudiendo extenderse con toda probabilidad el régimen de la responsabilidad por custodia del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* a algunas acciones de buena fe, como la *actio locati*³³, en un proceso evolutivo de la propia figura.

Así, en un primer estadio de su desarrollo, el *receptum* no sería más que un pacto pretorio autónomo con respecto a la relación contractual a la que funcionalmente acompañaba. Su autonomía se deduce, particularmente, de la existencia de un específico edicto que lo contemplaba; de la acción *in factum* que lo tutelaba e, igualmente, de la posibilidad recogida en la misma *laudatio edicti* de optar por concluir el *receptum* o no: *ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant...* (D. 4,9,1,1).

Sin embargo, las mismas fuentes jurídicas revelan la evolución que experimenta el *receptum* en cuanto a la forma de concluirlo: así siendo en origen un pacto expreso, más tarde comienza a surtir sus efectos de una forma tácita, a través de la mera introducción de las mercancías o bienes en la nave, posada o cuadra³⁴.

Concretamente, de D. 4,9,1,8 (*Ulp. 14 ad ed.*)³⁵ y D. 4,9,4,2 (*Paul. 13 ad ed.*)³⁶ observamos que la responsabilidad *ex recepto* cubre también todas aquellas cosas que no habiendo sido *adsignatae* han sido *illatae* o *collatae* en la nave o la posada.

Se llega, así, a un concepto amplio de la cláusula *salvum fore recipere*, comprensivo de aquellas cosas que sin ser entregadas materialmente, han sido introducidas en la nave, *capona* o *stabulum*; o, incluso, que sin serlo aún se encuentran en

32 FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell' 'exercitor'*... *cit.*, pp. 195-199.

33 GIMÉNEZ CANDELA, T., *Problemas jurídicos del comercio marítimo*... *cit.*, p. 40.

34 MIQUEL, J., “*Periculum locatoris...*”, *cit.*, p. 182; LÓPEZ-AMOR, M., ‘*Receptum argentarii*’.

‘*Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*’, en Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener (Madrid 1994), pp. 723 y 727; ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*. Madrid 2000, p. 58; ROBAYE, R., *L'obligation de garde*... *cit.*, pp. 84-85 ; ARANGIO-RUIZ, A., *Responsabilità*... *cit.*, p. 116.

35 *Recipi autem salvum fore utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt: an et si non sint adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur? et puto omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum,*

36 *Vivianus dixit etiam ad eas res hoc edictum pertinere, quae post impositas merces in navem locatasque inferuntur, etsi earum vectura non debetur, ut vestimentorum, penoris cottidiani, quia haec ipsa ceterarum rerum locationi accedunt.*

un lugar controlado por el *dominus negotii* (o la persona por él autorizada): el propio Ulpiano 14 *ad ed.*, en D. 4,9,3 *pr.*, basándose en la opinión de Pomponio, extiende la responsabilidad *ex recepto* a las cosas que, esperando ser introducidas en la nave, hubieran perecido *in litore*³⁷:

Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.

Estos textos revelan que a inicios del siglo III³⁸ se habría consolidado o se estaba consolidando (al menos para algunos juristas) la tendencia a considerar el *receptum* implícito en la recepción de las mercancías o efectos de los clientes, conformándose como elemento natural del contrato de transporte o alojamiento. El mismo hecho de que el *χειρεμβόλον*, al que Ulpiano (14 *ad ed.*) alude en D. 4,9,1,3³⁹, –entendido, para algunos, como gesto simbólico de la autorización para el embarque⁴⁰ y, para otros, como una especie de talón de embarque⁴¹– no fuera relevante jurídicamente para hacer surgir la responsabilidad *ex recepto* (*sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur*)⁴², prueba la evolución de la

37 El art. 619 de nuestro Código de Comercio también acoge esta extensión de la responsabilidad: “El capitán responderá del cargamento desde que se hiciere entrega de él en el muelle o al costado a flote en el puerto en donde se cargue, hasta que lo entregue en la orilla o en el muelle del puerto de la descarga, de no haberse pactado expresamente otra cosa”.

38 *Vid. supra* nt. 23.

39 *Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeponuntur, ut ναυφυλαχεῖς et dietarii. si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeponit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρεμβόλον appellat. sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur.*

40 Según una descripción hecha por ROSTOVTEFF, M., *Historia social y económica...* *cit.*, pp. 419-420 de un fresco hallado en un monumento funerario en Ostia.

41 Para MARTINI, R., *XEIPEMBOΛΟΝ* (*Noterella in margine al 'receptum nautarum'*), en *Studi in onore di E. Volterra*. (Milano 1971), p. 199 se trata de una “misteriosa expresión”, ya que ha sido objeto de larga discusión doctrinal para encontrar su verdadero significado. En nuestra doctrina *vid. D'ORS, A., χειρεμβόλον*”, *Humanitas* 2 (1948-49), pp. 254 ss., que se inclina a otorgar a este término el significado de “recibo de carga” o “talón de embarque”. Asimismo, ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes...* *cit.*, pp. 70 ss.

42 *Vid.*, LÓPEZ-AMOR, M., *'Receptum argentarii'. 'Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum'...* *cit.*, p. 723, para quien “podría ser expresivo, cuando existiese, de que el naviero había asumido

figura, que supone que el *praestare custodiam* formará ya parte de la estructura contractual.

Pero, sin duda, es en época postclásico-justiniana donde la responsabilidad *ex recepto* sufre una importante transformación en cuanto a su fundamento jurídico. Ello se evidencia claramente en D. 44,7,5,6 (Gai. 3 *aur.*) y su correspondiente en I. 4,5,3⁴³:

Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

En el texto se pueden evidenciar dos responsabilidades divergentes⁴⁴: por un lado, la primera parte del texto (*item – exerceret*) hace coincidir el *quasi ex delicto teneri* con la concepción clásica de la responsabilidad objetiva, según el criterio de imputación objetiva del riesgo empresarial: el *exercitor* resulta obligado *quasi*

la obligación de responder por custodia; sin embargo... no puede considerarse su falta como signo evidente de la inexistencia del *receptum*”

43 Ambos textos son idénticos salvo la frase final de las *Instituta: in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit* (que no aparece en el Digesto y que los compiladores añadirían, quizás, sobre la base de la *actio damni in factum*) y salvo la variante “*de dolo aut furto*” que se corresponde con la expresión del Digesto “*de damnum aut furto*”. Sobre esta variante *Vid. ALBERTARIO, E., “Le fonti delle obligazioni e la genesi dell’art. 1097 del Codice Civile”, RD_Co (1923) (=Studi III. Milano 1936), p. 86; ID., Corso di Diritto romano. Le obligazioni. Milano 1936, pp. 167 ss.; SARGENTI, M., Osservazioni...cit., p. 578; D’ORS, A., “*Litem suam facere*”, SDHI 48 (1982), p. 391, nt. 78: “... no resulta claro si realmente quisieron los Compiladores añadir una responsabilidad objetiva por el dolo causante atribuible al personal subalterno”. Esta última opinión es inexacta a juicio de COMA FORT, J. M., *El derecho de obligaciones... cit.*, p. 196-197, nt. 511, ya que “Justiniano habla de *dolo aut furto* y no de *damno, de dolo aut furto*”.*

44 Según ha puesto de manifiesto SERRAO, F., “La responsabilità per fatto altrui...”, *cit.*, pp. 32-33 ; *Impresa...cit.*, pp. 108 ss.

ex delicta si cualquiera de los dependientes pertenecientes a su empresa cometieron el hecho dañoso. La segunda parte (*cum enim – videtur*) conectaría, en cambio, la responsabilidad del *exercitor* *quasi ex maleficio* a un criterio subjetivo de negligencia o imprudencia, por el hecho de haber contratado al servicio de su empresa *mali homines*.

Así, la responsabilidad *ex recepto*, sustentada en el derecho clásico, en el importante criterio del “riesgo empresarial”, experimenta una transformación más formal que sustancial, puesto que se sigue considerando una responsabilidad objetiva si bien encuadrada dentro de la teoría de la culpa, mediante el recurso a determinadas presunciones de culpa.

La doctrina más reciente⁴⁵ prefiere hablar más que de “*culpa in eligendo*” o “*in vigilando*”, de “*culpa in habendo/utendo/adhibendo*” porque del texto se desprende claramente que la responsabilidad deriva no de la mala elección de los auxiliares, sino simplemente de haber utilizado *mali homines* para el ejercicio de la *negotiatio: quod opera malorum hominum uteretur*. Este es el criterio que aparece en ambos textos bajo la expresión *aliquatenus culpae*⁴⁶ y el que aparece también en D. 47,5,1,5-6 (Ulp. 38 *ad ed.*) o D. 4,9,7,4 (Ulp. 38 *ad ed.*) referido a las acciones penales *in factum adversus nautas, caupones et stabularios*.

Reconduciendo esta responsabilidad objetiva a presunciones de culpa los compiladores tratan, obviamente, de insertarla en el esquema de la distinción justiniana entre contrato y delito, y su ampliación a otras figuras intermedias, como los cuasicontratos y los cuasidelitos⁴⁷. De esta manera, la responsabilidad objetiva que nacería de las acciones penales *in factum adversus nautas, caupones et*

45 *Vid.*, por todos, FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell’ ‘exercitor’*...*cit.*, pp. 16-17; 42-43; 51 ss.

46 Esta expresión significa que estamos ante una “cierta culpa” (PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid 1987, pp. 39 y 46; ID. *Notas sobre los cuasicontratos y cuasidelitos*, en *Estudios en homenaje al prof. F. Hernández-Tejero* 2 (Madrid 1992), pp. 447-451. Cf. BURDESE, A., “Recensión a J. Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid 1987”, en *SDHI* 56 (1990), p. 446); o una “culpa presunta” (CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità in diritto romano*. Catania 1996, pp. 95 y 105, nt. 85); o una presunción legal, absoluta (*iuris et de iure*) de culpa (DE ROBERTIS, F. M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione* I. Bari 1983, pp. 435 ss.; ID. *Receptum nautarum...* *cit.*, pp. 78 ss; 174 ss.) que resulta del solo hecho de haber utilizado *mali homines* en el ejercicio de la empresa.

47 *Vid.* SARGENTI, M., *Osservazioni...* *cit.*, p. 580.

stabularios llegará a insertarse en la categoría *quasi ex maleficio*⁴⁸. Mientras que la responsabilidad *ex recepto*, integrada ya dentro de la estructura contractual correspondiente, vendrá a considerarse un tipo particular de la *diligentia exactissima*, con su único límite en el *casus maior*⁴⁹.

V. Es indiscutible que las notas esenciales que definieron la responsabilidad *ex recepto* en Roma se dejan sentir fuertemente en nuestro derecho intermedio, especialmente, a través de las Partidas. En concreto, la ley 26 del Título VIII de la Partida V que se intitula “*Como los ostaleros e los aluergadores e marineros son tenuidos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauios aquellos que ay res cibieren*”, viene a recoger, en líneas generales, los postulados que podemos observar a lo largo de D. 4,9⁵⁰.

Incluso trasciende a las Partidas la misma motivación de fondo en la que D. 4,9,1,1 y D. 4,9, 3,1 basaban la intervención del pretor, esto es, la referencia a la

48 FÖLDI, A., *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, en *IVRIS VINCCVLA. Studi in onore di M. Talamanca* 3 (Napoli 2001), pp. 426-42. *Vid* diferentes teorías doctrinales en torno a esta inserción en COMA FORT, J. M., *El derecho de obligaciones en las 'Res cottidianaे'*. Madrid 1996, pp. 206 ss.

49 *Vid.*, D'AMICO, G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*. Napoli 1999, p. 24, con base en LUZZATTO, G. I., “Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale”, *BIDR* 63 (1960), pp. 58-59. En general, para apreciar las puntos esenciales de estas transformaciones *vid.* ANKUM, H., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo*, en *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. (Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000)*. Catanzaro 2004, pp. 135-152.

50 Sobre el tema *vid.* ARIAS BONET, J. A., “Derecho marítimo en las Partidas”, *RDN* 99 (1966), pp. 91-108; ID., “El depósito en las Partidas”, *AHDE* 32 (1962), pp. 543-566; MARTÍNEZ GIJÓN, “La comenda en el derecho español I. La comenda-depósito”, *AHDE* 34 (1964), pp. 31-140; ID., La comenda en el derecho español II. La comenda mercantil”, *AHDE* 36 (1966), pp. 379-456; GUAL CAMARENA, M., “El hospedaje hispano medieval. Aportaciones para su estudio”, *AHDE* (1962), pp. 527-541. Para un estudio comparado, fuera de nuestro derecho, GARRISON F., *Les hôtes et l'hébergement des étrangers au moyen âge. Quelques solutions de droit comparé*, en *Études d' histoire du droit privé offerts à P. Petot* (Paris 1959) ; VINOGRADOV, P.-BÉRARD, A., *Derecho romano en la Europa medieval. (Proceso formativo, Francia, Inglaterra y Alemania. Derecho romano en Escocia.* (Trad. por M. J. Peláez y E. Pardo Unanua). Barcelona 2000, en concreto *vid.* pp. 125-126.

improbitas del tipo de persona que se dedica al negocio del transporte o alojamiento. Así empieza la ley 26:

Caualleros, o mercaderos: o otros omes que van camino acaesce muchas vegadas, que han de posar, en casa de los ostaleros, e en las tauernas, de manera, que han de dar sus cosas a guardar a aquellos que y fallaren, fiandose en ellos, sin testigos, e sin otro recabdo ninguno: e otrosi los que han a entrar sobre mar, meten sus cosas en las naues en essa misma manera: fiando se en los marineros: e por que encada vna destas maneras de omes acaesce muchas vegadas, que ay algunos, que son muy desleales, e fazen muy grandes daños, e maldades, en aquellos que se confian en ellos: porende conuiene, que la su maldad, se a refrenada, con miedo de pena.

Se recoge, evidentemente, una responsabilidad *in solidum*, que alcanza al dueño de la posada o navío incluso por el *damnum ab alio datum*, configurándose –al igual que en el *receptum* romano– objetivamente⁵¹. Ello se desprende del siguiente párrafo de la mencionada ley:

Onde mandamos, que todas las cosas, que los omes que van camino, por tierra o por mar, metieren en las casas de los ostaleros, o de los tauerneros o en los nauios, que andan por mar, o por los rios aquellas que fueren y metidas, con sabiduria: de los Señores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues: o de aquellos que estouieren y, en lugar dellos, que las guarden de guisa que se non pierdan, nin se menoscaben: e si se perdiessen por su negligencia, o por engaño, que ellos fiziesen: o por otra su culpa, o si las furtassen algunos de los omes que vienen, con ellos estonce, ellos serian tenudos de les pechar todo quanto perdiessen o menofcabassen.

La Partida alcanza tanto al hurto como al *damnum* (*si se perdiessen...* o *si las furtassen...* *todo quanto perdiessen o menofcabassen*), debidos tanto a la culpa o negligencia de los señores de los ostales, o de las tauernas, como *por otra su culpa*, o *si las furtassen algunos de los omes que vienen, con ellos*. Se requiere, igualmente, que el *dominus negotii*

51 Para un estudio sobre la responsabilidad objetiva en la tradición romanística, *vid.* HERRE-RA BRAVO, R., “Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho romano, en la tradición romanística y en la Codificación”, *RDP* (julio-agosto 1993), pp. 663-684.

sea *sciens*, es decir, que las cosas fueren *metidas, con sabiduria: de los Señores de los ostales, o de las tauernas, o de las naues: o de aquellos que estouieren y, en lugar dellos.*

Asimismo, resulta irrelevante que el posadero, hostelero o dueño de la nave reciba contraprestación a cambio o no por el hecho del hospedaje⁵² o transporte⁵³, tal y como refería Ulpiano 14 *ad ed.* en D. 4,9,3,1:

E lo que diximos en esta ley, entiendese, de los ostaleros: e de los tauerneros, e de los senores de los nauios que vsan publicamente a recibir los omes tomando dellos ostalaje: o loguero. E en esta misma manera, dezimos: que son tenudos de los guardar estos sobredichos si los reciben por amor, non tomando dellos ninguna cosa.

Las Partidas son, sin embargo, más concretas en cuanto a los supuestos de exoneración de la responsabilidad del *dominus negotii*; además de contemplar la fuerza mayor, como en D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*), se especifican determinados casos de *praedictiones*: por ejemplo, si se advirtió previamente al huésped que guardara bien sus cosas o si se le entregó una caja o arca con llave al mismo⁵⁴:

52 La regulación de esta figura a través de los textos locales se presenta casuística y de difícil sistematización. Vid. LFC, 59; F. de Cuenca, 782; F. de Teruel 419; 726). En general, se configura dentro del arrendamiento de cosas, con elementos del arrendamiento de servicios y depósito. En los textos del F. de Avilés se determina un caso de depósito regular. Al igual que en el F. de Soria, donde se establece la irresponsabilidad del albergador en el caso de que las cosas no se le hubieran entregado en comenda. Vid. MORÁN MARTÍN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*. Madrid 2002, p. 290.

53 En opinión de MORÁN MARTÍN, R., *Ibid.*, p. 285: “Históricamente el contrato de transporte puede considerarse un contrato mixto en el cual existen elementos propios del depósito junto con los específicos del transporte [...] fue derivando hacia su carácter mercantil desde muy pronto, posiblemente creándose incipientes sociedades para seguridad del transporte de mercancías entre las que pudo estar la denominada en los textos tardíos de carácter local medievales «*requa*» o «*recua*».”

54 Esta última causa de exoneración supone un precedente de la limitación a la obligación general de custodia de los contratos de hospedaje o transporte modernos, a través de la introducción de las denominadas cajas de seguridad en las habitaciones de hoteles u otros establecimientos similares. Vid. art. 78 de la O.M. de 19 de julio de 1968 reguladora de la clasificación de los establecimientos hosteleros.

Fueras ende en casos señalados. El primero es si ante que lo reciba, le dice, que guarda bien sus cosas, que non quiere el ser tenudo de las pechar si se perdieren. El segundo es, si le mostrare ante que lo rescibiese, arca, o casa, e le dice si aqui queredes estar, meted en esta casa, o en esta arca, vuestras cosas, e tomad la llave della e guardad las bien. El tercero es si se perdiessen las cosas por alguna ocasion, que auiniesse: assi como fuego quelas quemasse: o por auenidas de rios: o si se derribasse la casa: o peligrasse la naue: o se perdiessen por fuerza de enemigos. Ca perdiendose las cosas por alguna destas maneras sobredichas, que non auiniesse, por engaño o por culpa dellos: estonce, non serian tenudos de las pechar.

Con todo, se observa en la regulación dada por las Partidas el fundamento jurídico de la buena fe y la protección a terceros: *Ca guisada cosa es, que pues, que fian en ellos, los cuerpos, e los aueres, que los guarden lealmente, a todo su poder, de guisa que non resciban mal, nin daño.*

Dicho fundamento es el que ha pasado a presidir, a través de nuestra tradición jurídica, la regulación que en materia de responsabilidad de fondistas y mesoneros⁵⁵ hacen los artículos 1.783 y 1.784 de nuestro Código civil⁵⁶.

55 El artículo 4 de la Ley 48/1963, de 8 de julio, sobre competencia en materia de turismo comprende en la expresión “fondistas” y “mesoneros” todos aquellos “ dedicados de modo habitual o profesional a proporcionar habitación o residencia a las personas, junto o no con otros servicios de carácter complementario”. En el mismo sentido se expresa el artículo 2 del Decreto 231/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el estatuto regulador de las empresas y de las actividades turísticas privadas. El uso de la terminología “fondista” y “mesonero” revela, por su parte, la procedencia romana de esta regulación. *Vid.* los significados de *caupona* y *stabulum* en FÖLDI, A., ‘*Caupones*’ e ‘*stabulari*’ nelle fonti del diritto romano, en *Mélanges Fritz Strum* 1 (Liège 1999), pp. 119-137. Para referirnos a este tipo de profesionales, utilizando una nomenclatura moderna, generalmente admitida por la doctrina civilística (entre otros, HERNÁNDEZ GIL, F., *Comentario a los artículos 1758-1789 Código civil*, en *Comentario del Código civil*, coord. por I Sierra Gil de la Cuesta, t. VII. Barcelona 2000, p. 1.071; MARTÍN GRANIZO, M., *Comentario a los artículos 1758-1789*, en *Comentarios al Código civil, doctrina y jurisprudencia* t. VI (dir. por J. L Albácar López). Madrid 1990), aludiremos a ellos con el término “hosteleros”, ya que bajo este término se comprenden todas aquellas personas que están al frente de un hotel, hostal, pensión, motel, albergue, residencia, etc.

56 Regulación, que en sus notas esenciales, coincide con la observada en las Partidas y, por ende, con la dada al *receptum cauponum et stabulariorum* en el Derecho romano. *Vid.* PÉREZ SERRANO, N., *El contrato de hospedaje en su doble aspecto, civil y mercantil*. Madrid 1930, p. 44.

Dejando aparte la responsabilidad derivada de los contratos de transporte, cuyo estudio nos llevaría hoy a extendernos en la responsabilidad civil por daños a terceros derivados de todo tipo de transporte, incluida también la navegación aérea (lo que excedería de nuestros propósitos)⁵⁷, no quisiéramos dejar de centrar nuestra atención en el examen, al menos somero, de la responsabilidad ilimitada por custodia indirecta que se deriva de los mencionados artículos de nuestro Código civil, en los que podemos hallar importantes puntos de contacto con la responsabilidad *ex recepto*⁵⁸.

Efectivamente, en estos artículos se observa un tipo especial de responsabilidad del dueño de un establecimiento hotelero, por los efectos introducidos por sus clientes en el mismo, previo conocimiento de aquél o de sus dependientes y una vez hechas las debidas prevenciones sobre el cuidado y vigilancia de los mencionados efectos (art. 1.783 Cc.)⁵⁹. Esta responsabilidad no es más que una responsabilidad objetiva dado que “comprende los daños hechos en los efectos de los viajeros, tanto por los criados o dependientes de los fondistas o mesoneros, como por los extraños; pero no los que provengan de robo a mano armada, o sean ocasionados por otro suceso de fuerza mayor” (art. 1.784 Cc.).

57 *Vid.* los recientes estudios de GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*. Bologna 2001; BUSTOS MORENO, Y. B., *La responsabilidad civil en la navegación aérea. Los daños a terceros*. Madrid 2003.

58 Dejamos también a un lado el estudio del denominado “contrato de garaje”, en cuyos orígenes remotos podemos encontrar puntos de contacto con la responsabilidad de los *stabularii* y en torno al cual ha existido, en nuestro derecho, una discusión doctrinal y jurisprudencial sobre su naturaleza como arrendamiento de cosas, depósito o contrato atípico. La sentencia de la AP de Madrid de 3 de octubre de 1987 lo define como “una convención atípica, surgida en el presente siglo como consecuencia de las necesidades de la vida moderna, que participa de los caracteres del contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, del de servicios y del depósito, pues el individual es únicamente un contrato de arrendamiento de cosa inmueble”. Para un estudio de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las diferentes modalidades de este contrato, *vid.* CREMADES GARCÍA, P., “El denominado contrato de garaje y el aparcamiento de vehículos”, *Anales de la Facultad de Derecho de Alicante* 6 (1991), pp. 31-40.

59 “Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que

Se establece, como en el edicto sobre el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, el único límite de la *vis maior*, haciendo responsable al empresario hoteleiro de cualquier daño ocasionado en las cosas de sus clientes, ya sean por actos propios, como por actos de terceros: de sus dependientes o incluso de extraños, esto es, de cualquier persona a su servicio e, incluso, de personas ajenas al establecimiento, como pueden ser sus propios clientes. A este respecto se sigue rigurosamente el sentir de D. 4,9,1,8 y D. 4,9,2 que extienden la responsabilidad del *exercitor* o *institor* a los ilícitos no sólo de sus empleados, sino de los pasajeros *in nave*, como de los viajeros *in caupona*.

Podemos evidenciar, por consiguiente, como nuestro Código civil es fiel a la tradición romana, instaurada en el mismo a través de las Partidas. Ya el Proyecto de Código civil de García Goyena (1851) recoge esta tradición, pero al mismo tiempo se encuentra fuertemente influenciado por el *Côde napoleónico* (1804) al incluir la responsabilidad de los hosteleros como depósito necesario⁶⁰, como el resto de los códigos civiles de la época⁶¹ (mientras que en las Partidas se encontraba dentro del título VII de la Partida V “*De los logueros e de los arrendamientos*”). De ahí que los artículos 1.783 y 1.784 de nuestro Código civil se incluyan dentro de los supuestos de depósito necesario en la sección quinta del capítulo primero del Título XI “Del depósito”.

La razón de su inclusión en la categoría del depósito necesario obedece, a parte del hecho de que el depositario no elige al depositante como tal, sino por su condición de hostelero (en cuyo caso podemos entender que le viene “impuesto por necesidad”), al deseo –tal y como lo evidenció el legislador francés⁶²– de beneficiar al depositante de la carga de la prueba de los hechos, ya que resulta difícil para el viajero probar, por un lado, que introdujo sus bienes en el establecimiento y, por otro, que le han sido robados o dañados en el

dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos”.

60 El artículo 1689 del Proyecto de Cc. de 1851 reza así: “Se reputa depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones; y los fondistas o mesoneros responderán de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos o a sus dependientes, de los efectos introducidos”.

61 *Vid.*, por ejemplo, artículos 1866-1868 del Código civil italiano de 1865.

62 LAURENT, F., *Principes de Droit civil français*, t. XXVII. Paris 1878, p. 152.

mismo. Así se expresó el Proyecto de Código civil español de 1851, recogiendo el razonamiento del *Côde*, “porque en esta especie de depósito no hay el tiempo ni la libertad de proporcionarse la prueba escrita como en el depósito voluntario”⁶³. Así ha pasado esta figura, como depósito necesario, a la redacción definitiva de nuestro Código civil⁶⁴, aunque tal calificación resulta irrelevante a efectos de determinar su régimen de responsabilidad, dado que nuestro ordenamiento jurídico civil no otorga una regulación diferente a este tipo de depósito, sino que le extiende, por defecto, la prevista para el depósito voluntario (artículo 1.782).

Y es que la responsabilidad que nace de este tipo de depósito necesario de los artículos 1.783 y 1.784⁶⁵ se presenta más rigurosa que la normal prevista para el depósito ordinario, generándose dentro del propio contrato de hospedaje sin necesidad de que sea expresamente acordado el depósito entre las partes⁶⁶, ya que tiene su origen en la ley. Esto es, la obligación de custodia a la que aluden estos artículos se impone al hostelero aunque en el contrato de hospedaje

63 GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil*, reimpr. de la edición de 1852, p. 101.

64 Si bien no se alude a la admisión de la prueba testifical y del apremio personal que el artículo 1.687 del Proyecto de 1851 reconocía por influjo francés.

65 Se trata de una responsabilidad ilimitada que tiene su base en la responsabilidad romana *ex recepto*. En nuestro país no se ha ratificado la Convención de París de 1962, sobre responsabilidad de los hosteleros, en vigor desde 1967 en muchos ordenamientos jurídicos europeos, por la que se introduce un régimen de responsabilidad distinto: una responsabilidad limitada por custodia indirecta, para los bienes simplemente introducidos en el establecimiento hostelero y una responsabilidad ilimitada por custodia directa para aquellos bienes entregados expresamente en custodia al hostelero. Rige, por tanto, el severo sistema de responsabilidad romana, sin diferenciar ambos tipos de responsabilidad. Un intento de introducir la responsabilidad limitada que observa la Convención de París, se encuentra en el artículo 78 de la Orden Ministerial 19/7/1968 sobre calificación de establecimientos hosteleros, que obliga a todos estos establecimientos a prestar el servicio de custodia para los objetos de valor, pudiendo el hostelero liberarse de responder por ellos si no se los hubieran entregado y él hubiera advertido previamente esta circunstancia. Sin embargo, la normativa administrativa no parece prevalecer sobre los artículos 1.783 y 1.784 del Cc. y, además, no añade nada nuevo en cuanto a la exoneración del hostelero prevista en el art. 1783 Cc. Para un estudio de la responsabilidad en este ámbito *vid.* REPRESA POLO, M. P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*. Madrid 2004, en concreto, pp. 33 ss.; 183 ss., con extensa bibliografía.

66 STS 11/7/1989 (RJ 5598/1989) y STS 15/3/1990 (RJ 1696/1990).

no se hubiera expresado nada al respecto, puesto que –al igual que ocurre con el *receptum* romano– forma parte de su contenido esencial, de una forma instrumental, identificándose como uno de los llamados por la doctrina “deberes de protección” u “obligaciones de seguridad”.

La teoría alemana de los “deberes de protección” –ampliamente acogida por nuestra doctrina y jurisprudencia⁶⁷– defiende que existen obligaciones por parte del deudor de una determinada prestación que tienen por objeto preservar de daños personales o patrimoniales a la otra parte, independientemente del fin positivo previsto por aquélla. Estos deberes de protección tienen su fundamento último en la buena fe objetiva⁶⁸, en cuanto ésta impone una determinada conducta dirigida a no lesionar los intereses de la otra parte y en la medida que nuestro ordenamiento civil le otorga condición de fuente heterónoma de obligaciones permitiendo su inclusión en la relación contractual por medio del artículo 1.258⁶⁹.

67 Su enunciación originaria la debemos a STOLL, H., en su obra *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzung*, en 1942. Nuestra doctrina se ocupa de ella, sobre todo al tratar las diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual. *Vid.*, por ejemplo, DÍEZ PICAZO, L., Prólogo al libro *Los deberes de protección en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Valencia 2000, de A. CABANILLAS SÁNCHEZ; JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*. Madrid 1987, pp. 141-142; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, t. 1. Madrid 1993, pp. 108 ss. En nuestra jurisprudencia, aunque rige el principio de que la responsabilidad contractual debe limitarse a lo “estrictamente pactado”, también existen sentencias que mencionan la posibilidad de “deberes accesorios de protección” [STS 30/4/1959 (RJ 1981/1959); 3/10/1967 (RJ 4085)].

68 Sobre el principio de la buena fe objetiva se ha vertido abundante literatura doctrinal. *Vid.*, a modo de ejemplo, WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe* (trad. por J. L. Caro), 2^a reimpr. Madrid 1986; DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona 1965; recientemente, GARCÍA AMIGO, *Consideraciones a la buena fe contractual*, en *Homenaje al prof. B. Moreno Quesada* vol. I (Jaén 2000), pp. 611-623; AA. VV. *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*. Padova 2003; PETRUCCI, A., “Orígenes romanísticos de la buena fe objetiva en la contratación mercantil”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 15 (2003), pp. 601-615; DI MAJO, A., *Diligenza e buona fede nella responsabilità contrattuale*, en *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell' esperienza giuridica contemporanea. (Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 3-7 giugno 2000)*. Catanzaro 2004, pp. 153-170.

69 “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

Así se presenta el contrato de hospedaje como un contrato atípico y complejo en el que además de surgir la obligación principal para el empresario hotelero de proporcionar alojamiento, se deriva –con carácter accesorio y en virtud del art. 1258 Cc– la obligación de evitar que los bienes de sus clientes sufran pérdidas o daños. Esta obligación es consecuencia lógica de una obligación legal de custodia⁷⁰ que implica una responsabilidad de tipo objetivo derivada de la buena fe⁷¹, en el sentido que el legislador obliga al hostelero a responder de toda sustracción o daño que sufran los bienes de sus clientes, siempre y cuando no provengan de robo a mano armada o fuerza mayor⁷².

-
- 70 La obligación de custodia en este contrato es accesoria. Así lo reconoce también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual ha de distinguirse entre “el contrato de depósito, propiamente dicho, que no tiene otra finalidad sino la guarda y custodia de bienes a disposición del depositante, de otros contratos en los que entre otras prestaciones se encuentra el deber de custodia, pero cuya finalidad y naturaleza jurídica son diferentes (comisión, hospedaje y transporte) y cuyas consecuencias en orden al incumplimiento, admiten matizaciones respecto del deber que corresponde al mero depositario” (STS 10/6/1987 (R) 4276/1987).
- 71 La calificación como responsabilidad contractual –porque deriva de un incumplimiento de las obligaciones o deberes de protección integrados en el contrato– o como responsabilidad extracontractual –porque esta ligada a una obligación legal fundada en el deber general de no causar daño a otro– ha dado lugar a diferentes teorías (teoría de la acumulación, teoría de la absorción o teoría de la no acumulación) y diferentes opiniones doctrinales. (*Vid.*, entre otros, DÍEZ PICAZO, L., “El problema de la acumulación de responsabilidad contractual y responsabilidad delictiva en el derecho español”, *Revista Internacional de Derecho Comparado*, 1962, pp. 59 ss.; GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 832-842; PANTALEÓN F., “Concurso de pretensiones”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I. Madrid 1995, p. 1.370; BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en derecho sustantivo español*. Madrid 1996). En nuestra jurisprudencia, se orientan hacia la concurrencia de acciones de resarcimiento, de modo que el perjudicado puede optar por una u otra, las sentencias del TS 1/2/1994 (RJ 854/1994) y 8/4/1999 (RJ 2660/1999)
- 72 Quedando, por lo tanto, exonerado únicamente de “aquellos hechos que están fuera del círculo industrial de la empresa, que causen un daño material y que excedan visiblemente de los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación” [STS 2/1/1945 (RJ 117 /1945)].

Su configuración como responsabilidad objetiva obedece al carácter profesional de la actividad que desarrolla el acreedor, ya que es él quien mejor puede adoptar las medidas necesarias para evitar los daños a las cosas de sus clientes porque se presupone que, al dedicarse a un tipo de profesión concreta, cuenta con la infraestructura necesaria para protegerlos⁷³. Por lo demás, en este régimen de responsabilidad resultan aplicables las normas generales sobre responsabilidad de nuestro Código civil (artículos 1.101 y siguientes), en concreto el artículo 1.104 que hacer responder cuando no se preste “la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”. De ahí que al empresario hostelero le sea imputable la diligencia exigible en el ejercicio de su profesión. En esta línea encontramos el mismo fundamento del “riesgo empresarial” que rige en el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, como criterio de imputación objetiva de la responsabilidad, en cuyo trasfondo se encuentra el principio de la buena fe y, en consecuencia, la protección a los terceros contratantes⁷⁴ en un tipo de comercio que impone, cada vez más, condiciones generales en las relaciones contractuales⁷⁵.

73 *Vid.* REPRESA POLO, M. P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros...* cit., pp. 94 y 142., quien sostiene que los artículos 1.783 y 1.784 del Cc. están pensados para un hospedaje profesional (p. 95).

74 Subyacen razones de orden público que justifican la protección del viajero y sus bienes. Ya GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias...* cit., p. 102 las observa cuando dice “Esta responsabilidad parece a primera vista rigurosa, pero es de orden público, y necesaria para la seguridad de los viajeros; al paso que, si bien se examina, puede ser la base más sólida de la prosperidad de los mismos responsables”. Evidentemente, la responsabilidad objetiva consigue “las exigencias de nivelación entre el que disfruta de los bienes y quien es objeto de un daño por parte de ellos gracias a un procedimiento de objetivación de la causa de la responsabilidad que le ofrece un punto de vista más amplio y generoso, cual es el bien común” (BONET CORREA, J., “La responsabilidad objetiva”, *RDN* [1960], p. 210).

75 A este respecto también hay que tener en cuenta las normas que regulan los derechos de los consumidores y usuarios, tanto en el ámbito nacional (Ley 26/1984 de Defensa de Consumidores y Usuarios y Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación), como internacional (art. II-98 del Título IV de la Segunda Parte de la Constitución Europea. *Vid.*, anteriormente, art. 32 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000; Convenio de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; así como numerosas directivas sobre el tema como por ejemplo: directiva del 20 de octubre de 1985, n. 85/577, sobre contratos concluidos fuera de

los locales comerciales; directiva 5 de abril de 1993 sobre contratos que contienen cláusulas vejatorias), *Vid. DÍAZ ALABART, S., 'Pacta sunt servanda' e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos*, en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas*, dir. Por U. Nieto Carol, *Lex Nova*. Valladolid 2000, p. 72. Igualmente, para apreciar la influencia del derecho romano en esta materia, *vid. LEDESMA, J.J.*, “Bases romanísticas de la legislación protectora del consumidor”, *Revista de la Facultad de Derecho de México (UNAM)* 32 (1982), pp. 339 ss. En opinión de GIMÉNEZ CANDELA, T., *Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva*, en *Roma e America. Diritto romano comune* 8 (1999), p. 129: “la creación de un repertorio comparado de las sentencias de los tribunales de distintos países en materia de responsabilidad objetiva, podría convertirse en una vía por donde podría discurrir una futura unificación del derecho en esta materia. La organización de dicho repertorio podría tener como base las figuras históricas que han impulsado la creación del nuevo concepto de responsabilidad objetiva, y que encuentran acogida en la mayoría de los países, es decir los supuestos referibles a los edictos *de effusis et deiectis* y *de suggrundis*, así como el *receptum nautarum*, de donde nace la regulación de la responsabilidad por dependientes o subordinados de los empresarios y la responsabilidad objetiva del propio Estado”.