

RELACIONES CONTRACTUALES ATINENTES A LA NAVEGACIÓN ROMANA Y SU PROYECCIÓN ACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

MARÍA SALAZAR REVUELTA (*)

SUMARIO: I. Introducción: creciente importancia de la navegación marítima en el desenvolvimiento de la época comercial romana. II. Figuras contractuales del transporte marítimo romano y sus diferentes repercusiones en el ámbito de la responsabilidad contractual: II.1. La *locatio-conductio* como relación jurídica paradigmática en el transporte de mercancías y/o personas por mar: diferentes acciones aplicables. II.2. Alusión al depósito en el transporte marítimo gratuito. III. Breve referencia a la configuración de los contratos de transporte marítimo en la tradición histórico-jurídica española. IV. Regulación actual en el derecho privado español de los contratos de “utilización del buque”: analogías y diferencias con el Derecho romano. Especial referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual del armador marítimo.

I. INTRODUCCIÓN: CRECIENTE IMPORTANCIA DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA EN EL DESENVOLVIMIENTO DE LA ÉPOCA COMERCIAL ROMANA

En el importante arco temporal que abarca desde los siglos III a. C. al siglo III d. C., Roma se va convirtiendo en el centro de los negocios que se suceden por todo el Mediterráneo. Hablar, por tanto, del origen y creciente importancia de la navegación marítima en Roma, es hablar de la propia historia de la civilización romana, su política expansionista y su consecuente desarrollo comercial.

En especial, el tráfico comercial marítimo experimentó un fuerte desarrollo una vez finalizadas las Guerras Púnicas, más concretamente, a partir de la segunda Guerra Púnica, alcanzando su máximo esplendor con Augusto ⁽¹⁾, no sólo

(*) Catedrática de Universidad. Universidad de Jaén.

(1) Sobre el desarrollo del comercio marítimo *vid.* entre la numerosa literatura: THIEL, J. H., *Studies on the history of Roman Sea Power in Republican Times*, Amsterdam, 1949; ID. *Studies on the history of Roman Sea Power before the Second Punic War*, Amsterdam 1954; ROUGÉ, J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*,

— como explica Giménez Candela — “por la paz y libertad de las rutas marítimas libres del asedio de la piratería, sino también por el desarrollo de la vida económica que supuso la expansión de las fronteras y el intercambio con territorios del Imperio y del Oriente, incluso muy lejanos a la *Urbs*” (2).

Anteriormente primaría un comercio marítimo menor, quizás más centrado en la navegación fluvial o en el pequeño cabotaje costero, y no muy especializado, a través de una red de pequeños comerciantes que atendían a las demandas de determinados productos de primera necesidad en lugares concretos. Las rutas variarían en función de las necesidades económicas; sin existir ningún tipo de especialización de géneros o mercancías, lo que determinaba su porte conjunto sin importar su categoría. Pero, a medida que Roma va conquistando otros territorios surgen nuevas necesidades comerciales que cubrir y tiene lugar también el aprovisionamiento por mar. Igualmente, dada la ausencia de adecuadas vías fluviales internas, el transporte marítimo terminará por prevalecer, con el consecuente aumento del riesgo inherente a este tipo de navegación de largo curso. De ahí que fuera frecuente acudir a relaciones jurídicas como el *foenus nauticum* para financiar las expediciones, supeditando la devolución del dinero prestado a la arribada a buen puerto de la nave; así como a figuras del derecho pretorio como el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, que garantizaba una responsabilidad objetiva del empresario marítimo (u hostelero, en el transporte terrestre). Esta última surgiría en una época seguramente anterior al siglo I a. C. (3). Estamos hablando, pues, de un momento en el que la navegación

Paris, 1966; ID., *Navi e navigazione nell'Antichità*, Firenze 1977; 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. 27-63; CASTRESANA, A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca 1982; DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua* (trad. por E. Benítez), Madrid 1985, especialmente pp. 168 ss. (vol. I); 428 ss. (vol. II); MEYER-TERMEER, A. J. M., *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*, Zutphen, 1978, en concreto, pp. 147-169; ROSTOVZEFF, M., *Historia social y económica del Imperio romano* (trad. por L. López-Ballesteros) I, Madrid, 1998, pp. 336 ss.; PURPURA, G., *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina, 1996, sobre todo, pp. 9 ss. y 267 ss.

(2) GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 130.

(3) Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum': entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid 2007, pp. 47 ss.; ID., *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*, en *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*, vol. 2, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 899-900; ID., “*Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*: motivación de la intervención pretoria en el ámbito del transporte marítimo y terrestre”, *RGDR* 8 (junio, 2007), portal de Derecho www.iustel.com; ID., “Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recep-

marítima está en desarrollo y, en consecuencia, son necesarios medios jurídicos apropiados que resuelvan los problemas que se presentan en la práctica. Bajo esta perspectiva, la decisión pretoria en torno al *receptum*, se encuadraría dentro de las numerosas providencias pretorias dirigidas a estimular el comercio, en concreto, el comercio a gran escala ⁽⁴⁾.

Resulta indiscutible que, en un principio, el tráfico marítimo se debiera más a motivos políticos-militares, conquistadores y armamentísticos, pero es cierto que cuando Roma consigue el dominio del Mediterráneo asistimos a una navegación por mar dirigida fundamentalmente al abastecimiento de la *Urbs* y al crecimiento económico. De esta manera, se observa una floreciente navegación libre, por lo menos a partir del siglo I a. C. ⁽⁵⁾, y el surgimiento de diferentes rutas comerciales y puertos importantes, salpicados por todo el Mediterráneo, como los de Ostia, Puteoli, Gades, Tingis... ⁽⁶⁾, no solamente utilizados para el comercio privado, sino también al servicio público de la *annona*. El transporte de mercancías como el vino, los cereales o el aceite provocan la necesidad de dotar este transporte de un personal especializado, en la medida que surgen necesidades comerciales a gran escala ⁽⁷⁾.

Los requerimientos cada vez mayores de *annona* terminarán convirtiendo gran parte del comercio marítimo, de los productos de primera necesidad, en un comercio oficial, que alcanzará su punto culminante con la dinastía de los Antoninos, debido sin duda a la paz reinante en los mares, así como a la realización de obras de mejora y acondicionamiento de los puertos para los servicios nece-

ticia en el Derecho romano", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional* 10 (2006), p. 1.089.

⁽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⁾ Suet. *Aug.* 98,2.

⁽⁶⁾ Como expresa ROCCO, A., "Le limitazioni alla responsabilità degli armatori", *AG* 59 (1897), p. 73, ya en época del Imperio las condiciones del tráfico y especialmente del marítimo eran "floridissime". En especial las condiciones de la navegación y del comercio marítimo romanas no eran muy diferentes a las de la Europa moderna, al principio del siglo XIX, antes del descubrimiento del vapor y su aplicación a la navegación. Cf. DE MARTINO, F., *Historia económica...*, cit., II, p. 428. Asimismo, para este último autor (*L'economia, en Diritto, economia e società nel mondo romano, con una nota di lettura di F. D'Ippolito* III. *Economia e società* (Napoli, 1997), p. 409) no sólo los transportes por mar se limitaron al Mediterráneo, sino que "Si spinsero nell'Atlantico verso il nord e per il mar Rosso verso l'estremo Oriente. La scoperta dei monsoni rese possibile una rotta diretta, oltre il mare d'Arabia, verso l'India... Anche con la Cina si poté stabilire un traffico marittimo per il commercio della seta".

⁽⁷⁾ Vid. estas y otras características del primer transporte marítimo en ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid 2000, p. 25, siguiendo las expuestas por ROUGÉ, J., *Recherches...*, cit., p. 418-419.

sarios de carga y descarga de mercancías. En esta época surgen también los primeros *collegia de navicularii* o *nautae* ⁽⁸⁾.

Podemos, pues, considerar que el verdadero comercio romano se desarrolla al compás del crecimiento de su derecho marítimo. Ello no significa menospreciar el papel que jugó también el comercio terrestre: gran parte del comercio interior donde no existían ríos navegables se llevaba a cabo mediante caravanas de carros (D. 19,2,60,8) y el comercio con Oriente mediante caravanas de camellos (Plin. 12,63-65). Pero también hemos de resaltar su alto coste e inseguridad ⁽⁹⁾. Aunque algunas de las dificultades del transporte terrestre fueron atenuadas con la construcción de excelentes calzadas, los transportes fluviales y marítimos fueron preferidos, pese a los riesgos del mar y la clausura de la navegación en las estaciones con peores condiciones meteorológicas. Y si bien los fletes eran bastante elevados, parece que lo fueron menos que los terrestres ⁽¹⁰⁾. De ahí que el transporte por tierra no alcanzara tanta relevancia en Roma como el transporte por mar y, en consecuencia, su regulación en muchas fuentes jurídicas aparezca supeditada al comercio marítimo como simple extensión de éste ⁽¹¹⁾.

II. FIGURAS CONTRACTUALES DEL TRANSPORTE MARÍTIMO ROMANO Y SUS DIFERENTES REPERCUSIONES EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL:

II.1. La *locatio-conductio* como relación jurídica paradigmática en el transporte de mercancías y/o personas por mar: diferentes acciones aplicables

Todo el tema ligado a la explotación de la nave para el transporte de mercancías y personas por mar nos remite, según el mayor número de fuentes jurí-

⁽⁸⁾ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Problemas jurídicos del comercio marítimo: la responsabilidad de los 'nautae'*, en *Le commerce maritime romain en Méditerranée Occidentale*, Strasbourg 1990, pp. 36-37, con bibliografía y fuentes al respecto. En torno a las asociaciones gremiales de los *navicularii* y su evolución vid. DE ROBERTIS, F. M., "Il corpus naviculariorum nella stratificazione sociale del Basso Impero. Contributo alla critica del Codice Teodosiano", *RDN* 3 (1937), pp. 115-141; DE SALVO, L., *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano I. 'Corpora naviculariorum'*, Messina, 1995, pp. 23 ss.; GAURIER, D., *Le droit maritime romain*, Rennes, 2004, pp. 35 ss.; ARIAS RAMOS, J., *El transporte marítimo...*, cit., pp. 30; 47-48, con doctrina en nts. 4 y 49.

⁽⁹⁾ GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos...*, cit., pp. 129-130.

⁽¹⁰⁾ Según testimonio DE MARTINO, F., *L'economia...*, cit., p. 408.

⁽¹¹⁾ Como ocurre con la regulación pretoria del *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum* en D. 4,9.

dicas de que disponemos, a la figura de la *locatio-conductio*, en sus diferentes manifestaciones; lo que provoca, a su vez, diversas soluciones procesales que tienen repercusiones en cuanto a la responsabilidad del armador marítimo.

En Roma se pueden observar diversas modalidades de transporte marítimo: de mercancías, de personas ⁽¹²⁾ o mixto: ya que, en general, en el de personas los viajeros transportarían equipaje o enseres y en el de mercancías, sería frecuente que éstas fueran acompañadas por los propios cargadores o empleados suyos, encargados de vigilar la llegada a su destinatario ⁽¹³⁾. De estas diferentes formas que puede adoptar el transporte por mar nos da noticia Ulpiano 28 *ad ed.* en D. 14,1,1,3, dentro del título *De exercitoria actione* (D. 14,1), junto con otras operaciones propias de la *exercitio navis*:

Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.

Prescindiendo de otras actividades contractuales de la empresa de navegación a las que se refiere el texto (compra de aparejos o instrumental de la navegación — *armamentis emendis*) y de otro tipo de negocios de los que da cuenta D. 14,1,1,7-9 ⁽¹⁴⁾; la amplitud de la expresión *ad merces vel vectoribus conducendis* revela la diversa tipología de la actividad de transporte ofrecida por el *exercitor navis*, que se concreta específicas *locatio conductiones*, como se desprende de las fuentes.

Numerosas referencias textuales nos muestran cómo el transporte marítimo — tanto de mercancías como de personas — se configura en la forma de *locatio-conductio*: bien de la nave entera — las fuentes hablan entonces de *locare* o *conducere navem per aversionem o aversione* (D. 14,1,1,5; D. 14,2,10,2); *totam navem* (D. 4,9,3,1; D. 14,2,2 pr.); o, simplemente, de *locare* o *conducere navem* (D. 19,2,61 (64),1) —, o bien de determinados espacios o lugares dentro de la nave: *locare loca in navem* (D. 14,2,2 pr.). Bajo todas estas expresiones estamos en presencia de una verdadera *locatio conductio rei*, en la que el *conductor* es el cargador y el *locator*, el *exercitor* o armador, quien arrienda la

(12) Los transportes de personas serían, en la mayor parte de los casos, de pequeña talla, con itinerarios cortos, pero frecuentes (D. 14,1,1,12 *in fine*: ... *ecce sunt naves, quae Brundisium a Cassiopa vel a Dyrrachio vectores traiciunt ad onera inhabiles, item quaedam fluvii capaces ad mare non sufficientes*). ROUGÉ, J., *Recherches...*, cit., pp. 81-105.

(13) ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, p. 60.

(14) Vid. este tipo de negocios en CERAMI, P. — DI PORTO, A. — PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2.^a ed., Torino 2004, pp. 255-257.

totalidad o parte de su barco para el transporte de las mercancías, asegurando únicamente el *uti frui* del medio de transporte o de parte del mismo; en cuyo caso, a falta de cumplimiento de su obligación será compelido por la *actio ex conducto* (D. 4,9,3,1). La antigüedad de este acuerdo de voluntades dirigido al transporte marítimo viene confirmada en las fuentes literarias ⁽¹⁵⁾.

Igualmente, debió ser muy frecuente recurrir a la *locatio conductio operis* para el transporte por mar de personas o de mercancías ⁽¹⁶⁾. Para los viajes de pasajeros se utiliza la expresión: *vectores locare* (D. 14,1,1,12) o *vectores traicere* (D. 4,9,5; D. 14,1,1,12); mientras que para la mercancías se habla de *res perferendas conducere* (D. 4,9,3,1) o *conducere mancipia vehendas* (D. 14,2,10 pr.), *onus vehendum conducere* (D. 19,2,13,1) o *locare merces vehendas* (D. 14,2,2 pr. y D. 19,5,5,1). Aquí, sin embargo, el cargador es el *locator* y el *conductor* es *qui conduxit res perferendas*. Éste último está obligado a garantizar el resultado del transporte, es decir, la feliz llegada al puerto de destino; debiendo el *locator* abonar el precio del transporte acordado (*naulum*) sólo al término del traslado. En caso necesario, podrá accionar contra el naviero con la *actio locati* (Ulp. 14 ad ed. D. 4,9,3,1).

Por otro lado, existieron casos de locación marítima en los que no se sabía determinar con certeza su encuadramiento en la figura de la *locatio* de la nave o en la del contrato de transporte, dada la incertidumbre del acuerdo de voluntades. No obstante el problema para los juristas no sería el de distinguir en el plano dogmático la concreta figura de arrendamiento, sino determinar su difícil tutela procesal. Así se desprende de D. 19,5,1,1 (Pap. 8 *quaest.*):

Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.

⁽¹⁵⁾ Por ejemplo, Plauto, *Rudens* 57-59: *Navis clanculum conducitur; quicquid erat, noctu in nauem conportat domo leno*. La doctrina viene asociando la *locatio-conductio* al transporte marítimo hacia finales del siglo III a. C. y el principio del siglo siguiente, sosteniendo la aparición primigenia de la *locatio navis* o *locatio loci in nave*. Asimismo, se observa que la *locatio mercium vehendarum* — como *locatio operis faciendi* — de uso general en la época de Labeón, aparece ya en papiros egipcios del siglo III a. C. Vid., en este sentido, GAURIER, D., *Le droit maritime romain...*, cit., p. 61; THOMAS, J. A. C., “Carriage by Sea”, *RIDA* 7 (1960), pp. 489 ss.; MEYER-TERMEER, A. J. M., *Die Haftung der Schiffer...*, cit., pp. 16 ss.; BRECHT, C. H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, 1962, pp. 13 ss.; ROUGÉ, J., *Recherches...*, cit., pp. 385 ss.; PURPURA, G., ‘*Misthoprasiarum*’ ed ‘*exercitores*’, en *Studi romanistici...*, cit., pp. 274 ss.

⁽¹⁶⁾ En opinión de GAURIER, D., *Le droit maritime romain...*, cit., p. 61: “[...] la grande fréquence des références faites par les textes à la *locatio mercium vehendarum* donne à penser que le mode le contrat le plus usuel utilisé pour le transport des marchandises a été celui de la *locatio operis faciendi*, ce que viendrait confirmer le recours au transport mixte passagers/marchandises sur un même navire”.

Papiniano, siguiendo la opinión de Labeón (de sus *libri ad edictum* ⁽¹⁷⁾), ante la dificultad de delimitar el acuerdo de voluntades en la figura contractual de la locación marítima, otorga al propietario de las mercancías transportadas una acción civil *in factum* contra el *magister navis*.

La solución a través de una *actio civilis in factum* ⁽¹⁸⁾ revela la dificultad a la que se enfrentaría la jurisprudencia en la calificación de las relaciones jurídicas del tráfico marítimo y, por ende, el rico desenvolvimiento de éste, dando lugar a causas negociales difícilmente subsumibles en el cuadro de las acciones típicas. Ahora bien, el problema no reside, al menos en este supuesto, en no poder reconducir la *conventio* a un contrato típico: ésta se integra perfectamente en la figura de la *locatio conductio*, sino más bien en elegir entre las dos alternativas posibles de esta relación contractual: *locatio rei* o *locatio operis*, individualizando así la tutela más adecuada para el *dominus mercium* ⁽¹⁹⁾. De ahí que el jurista augusteo opte por un “remedio imparcial” a través de la concesión de una acción civil basada en una circunstancia de hecho, con fórmula *in ius concepta* de buena fe, con el fin de evitar que el actor, equivocándose en la elección de la acción derivada del arrendamiento, perdiera el litigio ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ LENEL, O., *Palingenesia* I, p. 514, n. 98.

⁽¹⁸⁾ Por lo que se refiere a la naturaleza de esta acción *vid.* FIORI, R., *La definizione della 'locatio conductio'.* *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 129, nt. 5; BURDESE, “Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati”, *IVRA* 36 (1985), pp. 20 ss.; ID. “Recenti prospettive in tema di contratti”, *Labeo* 38 (1992), p. 217, es de la opinión de que la mención *civilis* está interpolada en el fragmento, representando una amplia tendencia doctrinal (FIORI, R., *Ibid.*, p. 129, nt. 5). En la misma línea ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes...cit.*, pp. 40-41, quien considera extraña la locución *actio in factum civilis* para la mentalidad de los clásicos, lo cual le suscita dudas en torno a la veracidad del fragmento. Sin embargo, el carácter genuino del texto es demostrado suficientemente por FIORI, R., *Ibid.*, p. 129. Por su parte CANNATA, C. A., *Contratto e causa nel diritto romano*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. (Atti II Congresso Internazionale ARISTEC a c. L. Vacca), Torino 1997, pp. 44 ss., determina que, en este caso especial, la *intentio* sería *in ius concepta* y que la *demonstratio* contendría las indicaciones necesarias para la deducción de un ‘*quidquid dare facere oportere ex fide bona*’; por consiguiente, para el autor “pur se *in factum*, non si trattava di un’ azione pretoria, come normalmente sarebbe stata un’ *actio in factum*”.

⁽¹⁹⁾ *Vid.* 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, p. 180, quien se hace eco de las opiniones de TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, en ‘*Contractus*’ e ‘*pactum*’. *Tipicità e libertà negoziale nell' esperienza tardo-repubblicana*. (Atti del Convegno di Copanello 1-4 giugno 1988), Napoli, 1990, p. 86, o de FIORI, R., *La definizione... cit.*, p. 153.

⁽²⁰⁾ Esta acción es identificada por la doctrina con la *actio praescriptis verbis* — que llevaría a considerar este particular contrato de transporte dentro de la categoría de los contratos innominados, del tipo *do ut facias* — aunque dicha calificación surgirá en época posterior. FIORI, R., *La definizione... cit.*, p. 130, siguiendo en sustancia a SANTORO, R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, en *AUPA* 37 (1983), pp. 96 ss.; ID. ‘*Actio civilis in factum*’, ‘*actio praescriptis verbis*’

Ambas figuras contractuales — *locatio navis*, como *locatio rei*, y *locatio mercium vehendarum* o *vectorum vehendorum*, como *locatio operis faciendi* — debieron ser suficientemente conocidas y empleadas ya a finales de época republicana, confundándose a veces y dando lugar, entonces, a diferentes soluciones procesales por parte de la jurisprudencia.

Partiendo de un extenso fragmento correspondiente al libro primero de los *Pithana* de Labeón, epitomados por Paulo (D. 14,2,10 pr.-2), se puede observar el interés por parte de la jurisprudencia clásica de tutelar la peculiar figura de la locación marítima, quizá con la finalidad de clarificar sus límites ⁽²¹⁾.

Así, en un principio, D. 14,2,10 pr. (Lab. 1 *pith. a Paul. epit.*) describe una figura de *locatio Mancipiorum vehendorum*, en la que el objeto transportado (*mancipium*) son esclavos:

Si vehenda Mancipia conduxisti, pro eo Mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse Mancipium.

El texto plantea el problema de la muerte del esclavo en el barco, que Labeón soluciona con la *remissio* de la *vectura* ⁽²²⁾, siempre que la muerte se haya producido *in nave*. No obstante, la solución que da Labeón en este caso difiere de la propuesta anteriormente en D. 19,5,1,1; ya que aquí Labeón no duda entre dos *locationes*, sino que habla claramente de *conductio Mancipiorum vehendorum*, es decir, de *locatio operis faciendi*. El sentido práctico y problemático que observamos en los *libri ad edictum*, queda al margen, dada la tendencia a la abstracción que impera en los *Pithana*. Sin embargo, Paulo distingue si la *merces* fue calculada en base a los esclavos embarcados (*impositi*), o

e 'praescriptio', en *Studi in onore di C. Sanfilippo* 6 (Milano 1985), pp. 681-717; SELB, W., *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, en *Studi in onore di C. Sanfilippo* 5 (Milano, 1984), pp. 733 ss.; GALLO, F., 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi delle categorie contrattuali e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I*, Torino 1992, pp. 230 ss.; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, cit., p. 259; SARGENTI, M., 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. *Ancora una riflessione*, en *IVRIS VINCULA. Studi in onore di M. Talamanca* 7 (Napoli, 2001), pp. 253 ss.; ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes...*, cit., pp. 40-41; ARIAS RAMOS, J., *El transporte marítimo...*, cit., p. 53.

⁽²¹⁾ Seguimos, en este punto, el análisis textual que realiza FIORI, R., *La definizione...*, cit., pp. 131 ss.

⁽²²⁾ Vid. AMIRANTE, L., *L'unitarietà della 'locatio-conductio' nella prospettiva della giurisprudenza*, en *Saggi in materia di locazione (raccolti e coordinati da N. Palazzolo). Corso di diritto romano*, Catania, 1995, p. 61.

bien en proporción a los efectivamente llevados al puerto de destino (*deportati*); concluyendo que cuando no sea posible identificar el *id quod actum est* será preferible la primera solución.

Paulo opone a la unívoca solución de Labeón la necesidad de distinguir entre la hipótesis en que el *nauta* se obliga únicamente a poner la nave a disposición del *dominus mercium*, para los esclavos embarcados (*locatio rei*), y el caso en que se obliga a llevarlos al lugar de destino (*locatio operis faciendi*). Sin duda, Paulo se plantearía el problema de la determinación de la calificación del acuerdo de voluntades, siendo posible que conociera previamente la solución labeoniana testimoniada por Papiniano en el texto anterior. Así pues, la interpretación más probable — que se deduce de la última parte del texto (*quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium*) — es que Paulo recurriera a la distinción entre las dos hipótesis de *locationes* (*rei* u *operis faciendi*), no con la finalidad de otorgar una nueva acción ante una elección dudosa de causas negociales (como ocurre en D. 19,5,1,1), sino de reconducir supuestos dudosos a una figura jurídica concreta: la *locatio rei*, como una presunción a favor del *nauta*; dado que, en caso de *locatio rei*, éste no soportaría el *periculum* de la muerte del esclavo ⁽²³⁾.

En otro comentario de Paulo al mismo libro primero de los *Pithana* de Labeón (Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14,2,10,2), el jurista severiano se plantea, de nuevo, la delimitación del acuerdo de voluntades. El supuesto de hecho es el siguiente: se toma en arrendamiento una nave con capacidad para transportar dos mil ánforas, pero no resulta claro el número de ánforas efectivamente transportadas. De nuevo, el problema se centra en determinar el importe de la correspondiente *vectura*.

Si conduxisti navem amphorarum duo milium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces: si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti.

⁽²³⁾ GAURIER, D., *Le droit maritime romain...*, cit., p. 73, encuentra la justificación para que sea el cargador quien soporte dicho *periculum* en las singularidades propias del transporte de esclavos: “La question n'est pas si anodine qu'il paraît: on sait, en effet, que les navires chargés d'esclaves, étaient loin d'être des navires de croisière et que ces derniers étaient entassés dans des conditions fort peu enviables, souvent propices aux épidémies et aux malaises en tout genre, avec une nourriture souvent plus que sommaire. De plus, ces esclaves étaient entravés, afin d'éviter qu'ils puissent chercher un salut précaire dans la mort en se jetant par-dessus bord. Il était donc presque inévitable que des pertes soient subies par les chargeurs, ce que nous pouvons encore observer dans les pratiques maritimes négrières jusqu'au milieu du XIX siècle...”.

Labeón determina que, en cualquier caso, se pagará el *pretium* correspondiente a dos mil ánforas, ya que para él se trata de un supuesto de arrendamiento de la nave en su totalidad (*si conduxisti navem*). Por su parte, Paulo admite esta solución *si aversione navis conducta est*; pero añade que si se convino el porte por el número de ánforas embarcadas (*impositae*) el cargador sólo deberá las efectivamente llevadas a bordo de la nave (*si pro numero — quod portasti*). Aquí, Paulo no está contradiciendo la opinión de Labeón; no propone una solución diversa, sino más específica ⁽²⁴⁾: distinguiendo entre la *locatio totius navis* y la *locatio* de los *loca navis* ⁽²⁵⁾; lo que repercutirá en la determinación de la *vectura*, pero no así en el *periculum*, que en la *locatio-conductio navis* (*totius navis* o *locorum navis*) corresponde al *conductor* ⁽²⁶⁾.

Más compleja resulta la determinación de la *voluntas* en la calificación de la relación jurídica y, por consiguiente, de la acción a aplicar en Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14,2,10,1:

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriore, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas

⁽²⁴⁾ Rechazamos, en consecuencia, las tesis que sostienen una divergencia entre ambos juristas y que observan en el texto, por un lado, la *locatio navis* y, por otro, la *locatio operis faciendi* relativa al transporte de las ánforas efectivamente embarcadas. En este sentido, ROBAYE, R., *L'obligation de garde...*, cit., p. 64; ALZON, C., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris 1966, p. 242. Vid., estado de la cuestión en CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, cit., p. 261, admitiendo la concurrencia de ambos tipos de *locationes* "conforme all'assetto concreto di interessi voluto dalle parti". Cf. FIORI, R., *La definizione...*, cit., pp. 141-142 (y la bibliografía contenida en p. 141, nt. 44) quien resalta la diferencia semántica entre el uso del *deportare* de D. 14,2,10 pr. (*qui deportati essent*) y el *portare* usado en este texto (*quot portasti*), significando, en el primero, que la *merces* es calculada en base a los esclavos que lleguen al puerto de destino, mientras que en el § 2, según las ánforas cargadas y transportadas, lleguen o no a su destino.

⁽²⁵⁾ Distinción de la *conventio* que, por otra parte, ya hace el mismo jurista en su libro 34 *ad ed.*, tratando el problema del *iactus mercium* (en D. 14,2,2 pr.): *...at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt...*

⁽²⁶⁾ En contraposición a la *locatio mercium vehendarum*, donde la *vis* la soporta el *nauta-conductor*. Sobre la cuestión del *periculum* en la locación, vid. ALZON, C., "Les risques dans la *locatio-conductio*", *Labeo* 12 (1966), pp. 311-337, en concreto, 312-314.

eas merces locasses, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

La hipótesis que plantea el texto es la siguiente: el cargador arrienda una nave para transportar sus mercancías, con la condición de que sean transportadas en esa misma nave (*si ea condicione — portarentur*). El transportista, sin verse obligado por ninguna necesidad y aun en contra de la *condicio* impuesta por el cargador, traslada las mercancías a una nave peor, gobernada por otro armador (*easque merces — transtulit*). Esta segunda nave perece con toda la carga. Labeón, ante este supuesto, otorga una acción *ex conducto locato* contra el primer armador ⁽²⁷⁾.

La naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades como *locatio-conductio navis* resulta clara (el cargador es calificado como *conductor*): *si...navem conduxisti*. Sin embargo, este *consensus* va acompañado de la *condicio* de que el *nauta* transporte las mercancías en la nave concreta; lo que nos hace pensar en la existencia de dos arrendamientos: por un lado, de la nave y, por otro, *ad merces vehendas*. A esto se añade la solución procesal dada por Labeón: *ex conducto locato*. Esta extraña expresión hace referencia, en abstracto, a las acciones que pueden nacer de una figura jurídica del arrendamiento ⁽²⁸⁾. ¿Se trata, por tanto, de una única acción (*actio locati* o *actio conducti* indiferentemente

⁽²⁷⁾ Este supuesto no es coincidente con el planteado en Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,2,13,1, en el que el jurista exonera de responsabilidad, en ausencia de toda culpa, al *nauta*, arrendatario de *merces vehendae*, que trasborda las mercancías a otra nave porque no puede subir el *flumen Minturnense* (*Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*). Podemos, pues, presumir en D. 14,2,10,1, que si el *nauta* ha actuado en contra de la *condicio* del *dominus mercium*, *nulla necessitate coactus* y, además, trasladando las mercancías a una nave peor, ha existido al menos un comportamiento negligente por su parte. En D. 19,2,13,1 se enumeran las diferentes hipótesis que exonerarían al *nauta* de toda responsabilidad: por naufragio de ambas naves sin dolo, ni culpa de los armadores; si el primer armador fue retenido por la autoridad pública y se hubiera visto, por consiguiente, impedido para navegar; por pago de la pena convenida en caso de no entregar las mercancías en el día y la hora señaladas; por imposibilidad de navegar por enfermedad y, en fin, por avería de la nave sin dolo ni culpa del armador. Estos casos de *necessitas* — sin entrar a valorar si algunos constituyen, o no, casos de fuerza mayor — son hechos ajenos a la esfera volitiva del *nauta* y, por tanto, no imputables al mismo.

⁽²⁸⁾ Como se deduce, igualmente, de D. 13,6,5,12 (Ulp. 28 *ad ed.*) y D. 50,14,2 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*).

concedidas) ⁽²⁹⁾ y la locución, entonces, es el resultado de una interpolación o una sinécdoque del propio Labeón? o bien ¿corresponden dos acciones al propietario de las mercancías: *ex conducto*, como arrendatario de la nave y *ex locato*, como arrendador en el transporte de las mercancías? Esta última opinión es la que acoge la doctrina mayoritaria ⁽³⁰⁾, sin elegir entre una u otra figura (*locatio navis* o *locatio mercium vehendarum*), sino pensando en una relación jurídica “mixta” que se escinde en dos contratos tutelados con acciones diferentes.

En definitiva, la identificación del concreto acuerdo de voluntades en la figura del arrendamiento marítimo repercute especialmente en la elección de la acción ejercitable contra el *nauta* incumplidor, dada la tipicidad del procedimiento formulario. De esta forma, cuando el cargador puede ejercitar contra el *nauta* la *actio conducti*, nos encontramos ante un arrendamiento marítimo como arrendamiento de la nave o de determinados espacios de ésta (*locatio-conductio rei*); al contrario, cuando se otorga una *actio locati* contra el armador, la relación jurídica se configura como contrato de transporte (*locatio-conductio operis*). En aquellos casos en los que se observa el uso indiferente de una u otra acción (*actio ex conducto locato*) se trata de una figura de arrendamiento mixto. Y cuando los juristas recurren a una *actio civilis in factum* es cuando se hace imposible una segura calificación del acuerdo de voluntades.

Además de estos remedios procesales puestos a disposición del cargador, a partir de D. 19,2,31 (Alf. 5 dig. a Paul. epit.), que expresa una opinión de Alfeno Varo, epitomado por Paulo, podemos deducir la existencia, todavía en época tardo-republicana y comienzos del Imperio, de otra acción dirigible contra el *nauta*: la *actio oneris aversi*.

El texto resulta de particular interés no sólo en cuanto a la referencia a la *oneris aversi*, sino también porque se toma como punto de partida para aceptar el origen de la llamada “*locatio-conductio irregularis*”. De ahí que haya sido ampliamente comentado por la doctrina ⁽³¹⁾, debido, sobre todo, a la variedad de soluciones que plantea y a la dificultad de identificar el pensamiento de Alfeno y Paulo, así como las intervenciones posteriores. En general, podemos aceptar

⁽²⁹⁾ Cf. el argumento que da ROBAYE, R., *L' obligation de garde...*, cit., p. 64. para quien la *actio locati* primaría sobre la *conducti*, dado que en caso de yuxtaposición de *locatio-conductiones* primaría la *rei* sobre la *operis* porque el elemento real (la nave puesta a disposición del cargador) es más determinante para conceder la acción que el elemento personal (la actividad del *nauta*).

⁽³⁰⁾ Vid. las diferentes opiniones doctrinales en FIORI, R., *La definizione...*, cit., pp. 143 ss.

⁽³¹⁾ Entre los estudios más recientes, vid. bibliografía contenida en CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, cit., pp. 265-266.

la tesis moderna sobre la autenticidad de todo el desarrollo del discurso de Alfeno ⁽³²⁾, que a continuación reproducimos:

In navem Saufei cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufei et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset: sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat debere (nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi) neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum.

Estamos en presencia de un contrato de transporte marítimo en la forma de la *locatio conductio operis* en el que existe una pluralidad de *locatores* que cargan sobre la nave del transportista (Saufeyo) diversas cantidades de trigo, sin determinar lo que corresponde a cada uno, sino en conjunto. En uno de los puertos de destino, el transportista restituye a uno de los *locatores* su parte, trayéndola de la masa común. Posteriormente, la nave naufraga. La cuestión que se plantea es si los demás *locatores* pueden reclamar sus respectivas cantidades de trigo a través de la *actio oneris aversi* dirigida contra el naviero, porque éste sustrajo parte de la carga para entregarla a uno solo de ellos. El razonamiento de Alfeno — para terminar denegando la acción — se basa en que existen *duo*

⁽³²⁾ FIORI, R., *La definizione...*, cit., pp. 67 ss.

genera rerum locatarum: aquellas con las que se cumple devolviendo lo mismo (*ut aut idem redderetur*) y aquellas con las que la restitución puede consistir en el *idem genus*. Como ejemplo de las primeras, aduce el caso de las ropas confiadas al batanero o tintorero para que las limpie; y de las segundas, la entrega de la plata para que el artesano fabrique vasos o del oro para que haga anillos. En el primer caso, la propiedad de las cosas la sigue teniendo el *locator*; en el segundo, pasa al arrendatario; quedando únicamente al arrendador un derecho de crédito sobre éstas. Después, el jurista introduce un caso análogo que sirve para apoyar su opinión: si alguien deposita *pecunia numerata* sin estar *clusa* u *obsignata* el depositario adquiere su propiedad y cumple devolviendo el *tantundem*. Por consiguiente, para este jurista, parece que el *nauta* se hace con la propiedad de la totalidad de la carga, en cuyo caso ha cumplido debidamente cuando reintegra su parte a uno de los *locatores* en el primer lugar de destino (*secundum quae videri — recte datum*) y no procede, entonces, la acción planteada. A partir de aquí, desde *quod si* hasta el final del fragmento, Alfeno prosigue su discurso planteando los distintos remedios procesales según los *genera rerum*: por un lado, si el grano hubiera sido entregado en compartimentos separados (tablones, cestas, toneles), cada cargador seguiría siendo propietario de su respectiva parte y podría entonces *vindicare* el trigo a la tercera persona que lo recibió del *nauta*. Igualmente, se podría accionar contra éste con la *actio furti*, que dejaría entonces inútil o superflua la *oneris averse* (*supervacuum esse iudicium oneris averse*). Sin embargo en los casos, como el que se discute, en el que la mercancía deviene propiedad del armador y, por tanto, se puede devolver el *idem genus*, el *nauta* no puede ser compelido ni penalmente, ni por medio de una *actio in rem*, sino sólo contractualmente (en virtud del derecho crédito que los *locatores* tienen respecto al *conductor* propietario de las mercancías), con el límite de la culpa (*sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere...*) y la razón es *nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi* ⁽³³⁾.

Teniendo en cuenta estas premisas y como se deduce claramente del tenor literal del texto, no es posible admitir aquí el *iudicium oneris averse*, porque siendo las mercancías propiedad del *nauta*, cuando éste las restituye a uno de los *locatores* no está sustrayendo a los otros nada (*quia sive eius generis essent mer-*

⁽³³⁾ Para METRO, A., *Locazione ed acquisto della proprietà: la c. d. 'locatio conductio irregularis'*, en *Seminarios Complutenses de Derecho romano* 7 (1995), p. 211 la referencia a la culpa del *nauta-conductor* está claramente en contraste con el principio de que el deudor de cosas genéricas responde también de caso fortuito, de donde deduce su interpolación. Sin embargo, como observa FIORI, R., *La definizione...*, cit., p. 78, nt. 47, el texto no se refiere a la responsabilidad del *nauta* por perecimiento o pérdida de la carga, sino sólo por haber reintegrado el *frumentum* a uno solo de los *locatores*.

ces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum...). Tampoco está incurriendo con esta acción en culpa alguna, ya que necesariamente debe restituirse a alguno en primer lugar, aunque mejore su situación con respecto a los demás (*...neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum*).

En torno a este testimonio de Alfeno, referido por Paulo, nos interesa no tanto detenernos, ahora, en la esfera de aplicación de la *actio oneris aversi* en relación con la responsabilidad del *nauta* ⁽³⁴⁾ — que, además, caería pronto en desuso en cuanto se generalizara la acción de la *locatio-conductio* ⁽³⁵⁾ —, sino en la posible introducción o no de una nueva figura de locación marítima, dada la evidente anomalía que constituye en esta figura contractual el hecho de que el *conductor* se convierta en propietario de las cosas dadas por el *locator* para la realización del resultado objeto del contrato ⁽³⁶⁾.

Precisamente esta aparente contradicción que se encuentra en el seno de la propia *locatio-conductio*, ha llevado a la doctrina a ensayar diversas calificaciones para la relación contractual descrita en D. 19,2,31. Hay autores que han visto una doble relación: un mutuo que se explicaría por el traspaso de la propiedad de las mercancías al *conductor* y una *locatio operis* por la obra a realizar: el transporte ⁽³⁷⁾; otros una *locatio-conductio* ordinaria ⁽³⁸⁾; incluso un depósito irregular ⁽³⁹⁾. Sin embargo, la opinión mayoritaria se decanta por calificarla como

⁽³⁴⁾ En este punto *vid.* CARDILLI, R., *L' obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. — II sec. d. C.)*, Milano, 1995, pp. 274-276. Cf. DE ROBERTIS, F. M., "D. 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell' ultima età repubblicana", *SDHI* 31 (1965), pp. 92 ss. [= *Scritti varii di Diritto romano* 1. *Diritto privato* (Bari, 1987), pp. 479 ss.].

⁽³⁵⁾ Hipótesis probable, sostenida por ROBAYE, R., *L' obligation de garde...*, *cit.*, pp. 66-67, siguiendo a LENEL, O., *EP*³, p. 300, en la consideración de que no vendría comprendida en el Edicto juliano y que ya Alfeno Varo la consideraría superflua. En el mismo sentido HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, p. 115. Cf., sin embargo, SOLAZZI, S., *Appunti di diritto romano marittimo* I. *Le azioni contro il nauta*, en *Scritti di Diritto romano* 3 (Napoli, 1960), p. 521, para quien Paulo no habría reproducido una discusión que la redacción definitiva del Edicto habría considerado ociosa y absurda.

⁽³⁶⁾ Tal y como se desprende, por ejemplo de Ulp. 2 *ad ed.* D. 19,2,39: *Non solet locatio dominium mutare...* Se habla de una "indubbia anomalia all' interno del contratto di locazione conduzione" en CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, *cit.*, p. 265.

⁽³⁷⁾ LONGO, C., "Appunti sul deposito irregolare", *BIDR* 18 (1906), pp. 139 ss.

⁽³⁸⁾ DE SANCTIS, E., "Interpretazione del fr. 31 D. 19,2", *SDHI* 12 (1946), pp. 86 ss.; 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), p. 186; SOLAZZI, S., *Appunti...*, *cit.*, p. 520.

⁽³⁹⁾ SARGENTI, M., "Problemi della responsabilità contrattuale", *SDHI* 20 (1954), pp. 152-153; VISKY, K., *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, en *Mélanges*

“*locatio-conductio irregularis*”⁽⁴⁰⁾, precisamente porque hay un traspaso de la propiedad al *conductor* en atención a la naturaleza fungible del objeto. No obstante, Alfeno no estaría pensando en la elaboración de una figura irregular de *locatio-conductio*, sino solamente en reconocer la posibilidad de que su objeto también pudiera venir identificado por el *genus* ⁽⁴¹⁾; posibilidad ya admitida con anterioridad por Quinto Mucio ⁽⁴²⁾. Para la creación de esta figura especial habrá que esperar al derecho moderno, donde la diferencia entre los *duo genera de rei locatae* se traslada a la denominación de la figura jurídica ⁽⁴³⁾.

II.2. Alusión al depósito en el transporte marítimo gratuito

Partiendo de D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*) se desprende la posibilidad de que también el cargador pueda utilizar la *actio depositi*, si el transporte se convino de forma gratuita:

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 conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, et

De Visscher 2 pp. 475-477; BONIFACIO, F., “Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano”, *BIDR* 49-50 (1947), pp. 128 ss.

⁽⁴⁰⁾ Entre otros, MAYER-MALY, T., *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, pp. 34 ss.; SANTARELLI, U., *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984, en particular, pp. 169 ss. y 234; VALMAÑA OCHAITA, A., *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid 1996, pp. 21-52. En general, sobre esta particular figura, *vid. ad ex.* BENKE, N., “Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der *locatio conductio irregularis*”, *ZSS* 104 (1987), pp. 191 ss.; TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani...*, *cit.*, pp. 75 ss.

⁽⁴¹⁾ Así lo entiende también AMIRANTE, L., *L'unitarietà della 'locatio-conductio' nella prospettiva della giurisprudenza...*, *cit.*, p. 30: “il responso non distingue due tipi di locazione, ma soltanto ‘duo genera’ di *res locatae*. Sicché, l'eventuale passaggio del dominio è soltanto una conseguenza della qualità della cosa consegnata e non implica un alcun modo una distinzione nell'ambito del *locatum-conductum*”.

⁽⁴²⁾ Como se desprende de D. 34,2,34 pr. Aunque es probable que la división in *genera* naciera de la escuela de Servio (*Vid.* CARDILLI, R., *L'obbligazione di 'praestare'...*, *cit.*, pp. 275 ss. según el cual la introducción de los *duo genera* tendría la finalidad de trasladar el principio *vim sentit dominus* al transportista); el reconocimiento de una figura de *locatio* en la que se puede restituir el *tantundem* no tiene por qué ser innovación serviana. *Vid.* FIORI, R., *La definizione...*, *cit.*, p. 80. Cf. AMIRANTE, L., “Ricerche in tema di locazione”, *BIDR* 62 (1959), pp. 9-119, en concreto pp. 65 ss. y 72 ss.

⁽⁴³⁾ *Vid.* CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano...*, *cit.*, p. 266.

locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse...

En el texto se debate la necesidad de la introducción de una acción *in factum*, honoraria (la *actio de recepto*), dada la existencia de acciones civiles para reclamar al *nauta* en caso de incumplimiento de su obligación (*sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hanc causa poterit*), es decir, en caso de no restitución o restitución defectuosa de las mercancías en el puerto de destino. En concreto, las acciones civiles que Ulpiano menciona, si media remuneración, son: la *actio conducti* y la *actio locati*, para el arrendamiento de la nave (*locatio-conductio rei*) y para el transporte de las cosas (*locatio-conductio operis faciendi*) respectivamente. Por otra parte, el jurista contempla, siguiendo el parecer de Pomponio, el ejercicio de la *actio depositi* en el supuesto de que las mercancías se reciban gratuitamente, es decir, si no se convino ningún tipo de compensación pecuniaria (*sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse*). Evidentemente, el hecho de convenir o no un *pretium* por el transporte repercute en el tipo de responsabilidad del *exercitor*, que en caso afirmativo llegaría a la *culpa levis*, mientras que al contrario sólo alcanzaría la *culpa lata* ⁽⁴⁴⁾.

A falta de fuentes al respecto, no podemos establecer *a priori* ante qué tipo de depósito nos encontramos. Ulpiano, en D. 4,9,3,1, hace una referencia genérica a esta relación contractual. Hay autores que lo relacionan con el depósito miserable, independientemente de la modalidad de contrato que se conviniera en un principio ⁽⁴⁵⁾, ante las numerosas situaciones de riesgo o peligro inminente que conlleva el transporte marítimo ⁽⁴⁶⁾. Sin embargo, una cosa es la relación jurídica por la que el depositante entrega las mercancías al *nauta*, confiándole su custodia y posterior devolución en el lugar de destino y otra bien distinta es el depósito de carácter no voluntario que surge ante las situaciones mencionadas y por el que se podría pedir, con la *actio depositi*, el doble del valor de la cosa depositada. Ahora bien, queda abierto el interrogante sobre si un primer depósito hecho con la finalidad del transporte de unas mercancías puede mutar en un depósito necesario con la finalidad de salvarlas de un evento peligroso, si se hace éste último confiando en la misma persona del *nauta* ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ ROCCO, A., "Le limitazioni alla responsabilità degli armatori", *cit.*, p. 80.

⁽⁴⁵⁾ ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes...*, *cit.*, pp. 38-39.

⁽⁴⁶⁾ Citadas, por ejemplo, en Ulp. 30 *ad ed.* D. 16,3,1,1: *Praetor ait: quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragi causa depositum sit...*

⁽⁴⁷⁾ El Código civil español considera depósito necesario, además del contemplado por el Derecho romano (aquel que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes), el que se hace en cumplimiento de una obligación legal

Así pues, el depósito como relación contractual dirigida al transporte de mercancías se articula sobre la base de la siguiente estructura: entrega — custodia — restitución. La entrega de las mercancías se hace al *nauta* (armador o *magister navis*) por parte del depositante. Se trata de una *datio gratuita*. Pero la gratuidad que caracteriza esta figura no impide que el *nauta* pueda reclamar los gastos útiles o los perjuicios derivados del depósito de las mercancías (Ulp. 30 *ad. ed. D.* 16,3,5 pr.), primero a través del *ius retentionis* y, más tarde, con la *actio depositi contraria*. Por lo que respecta a la obligación de custodiar, en esta figura del depósito marítimo constituye la *causa obligationis*; en cambio para el transporte de mercancías por mar construido a partir de *locatio-conductio (rei u operis)* no se puede observar nunca como obligación principal. Tampoco cuando se pacta expresamente la devolución de las mercancías a través de *receptum* tal y como se desprende de D. 4,9,5 pr. (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut traiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius ut permittat iumenta apud eum stabulari: et tamen custodiae nomine tenentur...* En cuanto a la restitución, podemos afirmar que ésta normalmente se haría en un lugar diferente a aquel donde se depositaran las mercancías: (Pomp. 12 *ad Sab. D.* 16,3,12 pr.-1) ⁽⁴⁸⁾. Por otro lado, sería frecuente que el cargador depositante no coincidiera con la persona a la que se han de entregar las mercancías en el puerto de destino; de forma que en caso de no restitución en el lugar y tiempo convenidos, ambos estarían habilitados para ejercitar la *actio depositi*.

No obstante, podemos conjeturar que esta figura jurídica debió ser menos utilizada en la práctica del transporte marítimo de mercancías y/o personas, dada la escasez de fuentes que nos hablan de ella en contraposición a la amplitud de referencias que nos encontramos de la *locatio-conductio*, en sus versiones *operis* y *rei*. Lo que nos lleva a concluir que este último acuerdo de voluntades — en sus diferentes manifestaciones — sería el instrumento jurídico más usual para rea-

(art. 1.781 Cc.) y el de los efectos introducidos por los viajeros en fondas o pensiones (art. 1.783 Cc.: “Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en 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 dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos”). *Vid.*, al respecto, REPRESA POLO, M. P., *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*. Madrid, 2004, pp. 76 ss.; MARLASCA MARTÍNEZ, O., *Los establecimientos de hospedaje. Estudio histórico. Responsabilidades que derivan para los titulares de los mismos: de Roma al Derecho actual*, Bilbao, 2006, pp. 75 ss.

⁽⁴⁸⁾ *Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur videtur id actum, ut non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius, qui deposuit. 1 Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est; ubi vero depositum est, nihil interest...*

lizar la prestación objeto que dicho transporte, al menos a partir de su aceptación en el ámbito del *ius gentium*.

III. BREVE REFERENCIA A LA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO EN LA TRADICIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA ESPAÑOLA

Durante la época romana se había logrado hacer del comercio transmarino una materia jurídica caracterizada por su internacionalidad. Multitud de *negotiatores* recorrían las provincias anexionadas al Imperio estableciendo relaciones mercantiles ⁽⁴⁹⁾. Por ello, cuando un derecho mercantil comienza a abrirse camino a través de los usos, costumbres, normas corporativas o *stylus mercatorum* ⁽⁵⁰⁾ — convertido el Derecho romano en *ius commune* que resolvía las lagunas a las que la costumbre mercantil no se refería —, las normas del mar constituían ya un conjunto independiente, observado por todos los pueblos navegantes ⁽⁵¹⁾.

Cuando la Península Ibérica fue invadida por los bárbaros, éstos recogieron las instituciones romanas y continuaron su desenvolvimiento, yuxtapuestas a sus propias normas; si bien éstas se caracterizan por ser escasas. No encontramos una especial regulación marítima en el Código de Eurico, si bien A. D'Ors atribuye a época euriciana las cuatro leyes que aparecen como *antiquae* en el LV. 11,3,1-4 (de *transmarini negotiatoribus*), que se refieren: a una jurisdicción especial para los mercaderes de ultramar (los *telonarii*) ⁽⁵²⁾; a la venta por parte del *negotiator transmarini* de cosas robadas ⁽⁵³⁾; a la prohibición de exportar siervos ⁽⁵⁴⁾ y a la fijación de una tasa para el alquiler de siervos ⁽⁵⁵⁾; asimismo, atribuye a esta misma época del CE, la *antiqua* de LV. 7,2,18, que alude a la prohibición de apropiarse de los despojos de un naufragio (siguiendo modelos romanos al conservar la *poena quadrupli*, típica de la *rapina* ⁽⁵⁶⁾). Como bien

⁽⁴⁹⁾ BENEYTO, J., *Instituciones de Derecho histórico español*. Vol. II. *Obligaciones y contratos. Sucesiones. Derecho profesional*, 1.^a ed., Barcelona, 1930, p. 235.

⁽⁵⁰⁾ Para un completo estudio de los orígenes corporativos de nuestro Derecho mercantil y su desarrollo intermedio hasta la Codificación vid. PETIT, C., *Derecho mercantil: entre corporaciones y Códigos*, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 Maggio 1989* (a cura di B. Clavero; P. Grossi; F. Tomás y Valiente), Tomo I (Milano, 1990), pp. 315-500.

⁽⁵¹⁾ GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación*, Bilbao, 1998, p. 29.

⁽⁵²⁾ LV. 11,3,2: *Ut transmarini negotiatores suis et telonariis et legibus audiantur*.

⁽⁵³⁾ LV. 11,3,1: *Si transmarini negotiatores rem furtivam vendere detegantur*.

⁽⁵⁴⁾ LV. 11,3,3: *Si transmarinus negotiator mercennarium de locis nostris secum transtulerit*.

⁽⁵⁵⁾ LV. 11,3,4: *Si trasmarinus negotiator mercennarium pro commercio suscepit*.

⁽⁵⁶⁾ Con claro precedente en *Pauli Sententiae* 5,3,2.

expresa este autor, Eurico habría extendido su dominio por toda la costa mediterránea de las Galias y es natural que ello diera ocasión para la reglamentación del comercio marítimo, siendo los puertos de aquella costa, en especial Marsella, de un intenso tráfico comercial ⁽⁵⁷⁾. Posteriormente, en el Breviario de Alarico (lib. II) sí se observan claramente dos disposiciones relacionadas con el comercio por mar: una es la *ley Rhodia de jactu*, sobre las cosas arrojadas al mar para salvar la nave, y otra es la *pecunia traiectica* o préstamo marítimo. Ambas no son más que una remisión al conjunto de normas consuetudinarias que reciben el nombre genérico de *lex Rhodia*, como legislación propia del mar, no sólo en época romana (D. 14,2), sino también en la Alta Edad Media ⁽⁵⁸⁾. Por su parte, El *Liber Judiciorum* habla de los mercaderes de “ultra portos” y dice que deben ser juzgados por sus jueces y por sus leyes (lib. XI, título 3, ley 2) ⁽⁵⁹⁾.

Como en Italia, en España y el sur de Francia existieron numerosos *negotiatores transmarini* libres y ciudades como Carbona, Marsella y Arlés tenían en los siglos V y VI muy importantes *staplos* o centros de contratación y almaceñaje (*Stapelplätze*), base del comercio marítimo y, también, terrestre ⁽⁶⁰⁾.

A pesar de la invasión de los árabes en el 711, se mantuvieron vigentes las normas del Fuero Juzgo, que había recopilado a finales del siglo VII las normas romanas, bárbaras y canónicas y que incluía principios relativos a la repatriación de los marineros, a los cónsules y su facultad para resolver litigios entre comerciantes de su misma nacionalidad, a los naufragios, etc.

Siguiendo en este *iter* histórico a González-Lebrero ⁽⁶¹⁾, hemos de mencionar en materia mercantil y marítima las *Costumbres de Valencia* (1250) que contenían importantes normas, como por ejemplo, sobre obligaciones de los tripulantes, la responsabilidad del capitán y los propietarios de los buques, la contribución como consecuencia de la echazón de mercancías, etc. Es, sin embargo, con el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio cuando se consigue recopilar casi la totalidad de normas jurídicas esparcidas por el territorio español, recogiendo, por lo que respecta a nuestra materia, los usos y costumbres del comercio marítimo. En concreto, en el Título 9 de la Partida 5 (*De los navios et del precio dellos*), leyes 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 12, encontramos una indudable

⁽⁵⁷⁾ D'ORS, A., *Los transmarini negotiatores (Sobre LV. 11,3,1-4)*, en *Parerga histórica*, Pamplona, 1997, pp. 215 ss.

⁽⁵⁸⁾ Sobre esta legislación D'ORS, A., *Ibid.*, pp. 221-222: “Los visigodos, al aceptar esta legislación especial, no hacían más que, como siempre, insertarse en la tradición romana. Y no se trata de que los visigodos, al ocuparse de la protección de los caminantes y extranjeros, legislaron también sobre el tráfico marítimo, sino de que respetaron el derecho marítimo internacional en bloque para su aplicación a los litigios entre los mercaderes de ultramar” (p. 222).

⁽⁵⁹⁾ MINGUIJÓN, S., *Historia del Derecho español*, 3.^a ed. revisada, Barcelona, 1943, p. 72.

⁽⁶⁰⁾ Vid. BENEYTO, J., *Instituciones de Derecho histórico español...*, cit., p. 237.

⁽⁶¹⁾ *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., pp. 30 ss.

recepción de la *lex Rhodia*, tal y como aparecía reflejada en el Digesto justiniano (62). En otras leyes es más difícil establecer una analogía exacta (como en las leyes 1, 2, 9, 10, 11, 13 y 14). No obstante, por lo que respecta, por ejemplo, a la ley 9 en la que se señala la responsabilidad del maestro por los daños que pueda sufrir el cargamento y se estima la culpa o negligencia de éste (63) (si navegó fuera de estación; o por sitio peligroso; o encomendó la dirección a personas inexpertas), si bien este exacto esquema no se encuentra en la Compilación justiniana ni en la Glosa boloñesa (64), no por ello no se puede afirmar que no provenga de cualquiera de estas fuentes (65).

Es obvio reconocer la importancia de la doctrina jurídica italiana en la elaboración de los usos y costumbres del mar, pero es cierto que estas costumbres presentaban caracteres diferentes según correspondieran al Océano Atlántico o al Mar Mediterráneo (esto es, al Poniente o al Levante, en terminología del momento). No es posible, pues, desdeñar la importancia que adquirió en la zona del Levante la magnífica obra del *Llibre del Consolat de Mar*, publicado en Barcelona a finales del siglo XIV o principios del XV (66), traducida al italiano en 1549 y aceptada en todo el Mediterráneo. Su importante difusión demuestra que fue posible utilizar un texto único que sirviera de nexo de unión entre las diversas costumbres utilizadas dentro de esta zona marítima (67).

(62) Para un estudio en torno a la recepción del derecho marítimo romano en las Partidas vid. ARIAS BONET, J. A., *Derecho marítimo en las Partidas*, en *Studi in onore di E. Volterra* 3 (Milano, 1971), pp. 105-121.

(63) En la ley 26 del Título 8 de la misma Partida 5: "Come los ostaleros e los aluergadores e marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus nauios aquellos que ay res cibieren", se recoge, además, una responsabilidad objetiva, *in solidum*, que alcanza al dueño del navío incluso por el *damnum ab alio datum*. Vid. este tipo de responsabilidad proveniente del Derecho romano y su recepción en las Partidas hasta su regulación actual en SALAZAR REVUELTA, M., *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...*, cit., pp. 918 ss.

(64) En torno al tema de la responsabilidad de los *nautae* en la Glosa Magna vid. SANTOS A. CAMINOS, *La responsabilidad en la Glossa Magna con respecto a los nautae, stabularii y los caupones*. D. IV.IX, en *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno* (coord. A. Muriillo Villar), Burgos, 2001, pp. 163-169.

(65) En opinión de ARIAS BONET, J. A., *Derecho marítimo en las Partidas...*, cit., p. 117.

(66) Vid. *Llibre del Consolat de Mar*, 1407 (manuscrito valenciano de la Arxiu-Biblioteca Municipal de Valencia). Una de las ediciones más completas es la de E. MOLINÉ Y BRASÉS, *Llibre del Consolat de mar. Historia del Consolat y de la llotja de Barcelona*, Barcelona, 1914. Ha sido reeditado recientemente por COLÓN DOMÈNECH, G.-GARCÍA SANZ, A., en "Textos i Documents" Maior 2, Fundació Noguera, Barcelona, 2001. Vid., asimismo, sobre esta fuente, CUÑAT EDO, V., *El llibre del Consolat de Mar: aspectos sustantivos generales*, en *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de la conquista de Valencia*, vol. 2 (Valencia, 1989), pp. 31-56.

(67) Al respecto, vid. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8.ª ed., Torino 1921, p. 98.

Sin duda el descubrimiento de América en 1492 planteó a España la necesidad de una legislación marítima y comercial particular. La creación del Consulado de Burgos (1494) ⁽⁶⁸⁾, seguido después por los de Bilbao (1511) y Sevilla (1543), determinó la puesta en circulación del modelo de concesión real del privilegio de ejercer jurisdicción en asuntos de comercio al gremio mercantil, que todavía hubo de conocer un período de auge en el siglo XVIII ⁽⁶⁹⁾. El comercio con las Indias fue reglamentado y vigilado por la “Casa de Contratación” de Sevilla de donde salieron Ordenanzas como las *Ordenanzas para los seguros marítimos, que formaron el Prior y Cónsules de la Universidad de mercaderes de Sevilla, con respecto a la navegación de las Indias Occidentales* (1555); si bien el ordenamiento principal fue la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, promulgada en 1680 ⁽⁷⁰⁾.

La nacionalización de la normativa navegatoria no sería consecuencia más que de la consolidación del poder real y la formación de los grandes Estados. El reformismo borbónico interviene en las actividades económicas, con una política dirigida a la creación de riqueza. Se reorganizan antiguos Consulados conforme a los nuevos presupuestos; a la variedad y dispersión de normas y prácticas de funcionamiento — características de los consulados históricos — sucede una elevada uniformidad en la organización de los borbónicos, “derivada de la generalización de plantas uniformes; expresión de de las nuevas orientaciones y de la presencia del poder real” ⁽⁷¹⁾. En este sentido cabe citar como verdadero código mercantil las *Ordenanzas del Consulado de Bilbao*, promulgadas por Felipe V en 1737. Además de las disposiciones relativas a la jurisdicción del consulado, el régimen interior de la corporación y la policía del puerto, estas Ordenanzas regulan todas las instituciones del comercio en general: terrestre y marítimo (a éste, en concreto, se dedican los capítulos XVIII-XXIV: fletamento, naufragios, averías ordinarias y gruesas, seguro, préstamo marítimo y personal del buque) llenando las lagunas existentes anteriormente en materias como las letras de cambio, sociedades, contabilidad, quiebras, compañías de comercio...

⁽⁶⁸⁾ Vid. GARCÍA SANZ, A., “La influencia de los consulados de mar de Barcelona y Valencia en la erección del Consulado de Burgos”, *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura* 45 (1969), pp. 225-242; MARTÍNEZ GIJÓN, J., “La jurisdicción marítima en Castilla durante la baja edad media”, en *Recueils de la Société Jean Bodin: Les grandes escales (antiquité et moyen âge)*, 32.I (1974), pp. 347-363.

⁽⁶⁹⁾ PETIT, C., *Derecho mercantil: entre corporaciones y Códigos...*, cit., p. 344.

⁽⁷⁰⁾ BERNAL, A. M.,-GARCÍA BAQUERO, A., *Tres siglos del comercio sevillano (1598-1868). Cuestiones y problemas*, Camara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Sevilla, 1976, pp. 53 ss.; HEREDIA HERRERA, A., “Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias en Sevilla y Cádiz”, en *Anuario de Estudios Americanos* 27 (1970), pp. 219-279; ID., “Las Ordenanzas del Consulado de Sevilla”, en *Archivo Hispalense* 171-173 (1973), pp. 149-183.

⁽⁷¹⁾ PETIT, C., *Derecho mercantil: entre corporaciones y Códigos...*, cit., p. 371.

Aportaban también la novedad de contemplar en un mismo cuerpo legal el derecho terrestre y marítimo, que constituían en la época materia normativa diferenciada ⁽⁷²⁾. Aunque se dictaron para la villa de Bilbao, la jurisprudencia las hizo generales para toda España, traspasando sus fronteras y observándose, así, en las colonias Americanas; de suerte que han sido la base de algunas legislaciones mercantiles hispanoamericanas ⁽⁷³⁾.

Este somero recorrido histórico por la formación de nuestro derecho marítimo nos permite advertir cómo, a pesar de las peculiaridades nacionales del comercio, existen instituciones típicas de las transacciones marítimas (como el fletamento, el contrato de seguro, las averías a la gruesa...) que tienen su base en el mundo antiguo, mucho antes de la existencia de las normas mercantiles a las que, por circunstancias quizá fortuitas ⁽⁷⁴⁾, van ligadas.

Uno de los aspectos en los que se sigue observando la influencia del mundo antiguo y, en concreto, del Derecho romano es, sin duda, en el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de los contratos de transporte por mar.

Aunque el mandato y el arrendamiento de obras y servicios cubren casi toda la contratación de gestión en nuestro Derecho histórico español, el desarrollo de algunos servicios particulares lleva al nacimiento de determinados contratos. Uno de ellos es el transporte, en virtud del cual una persona, denominada “porteador” conduce o transporta las cosas de otra persona, denominada “cargadora”. El contrato de transporte marítimo se desarrolló principalmente en el derecho marítimo medieval bajo la figura del llamado contrato de “fletamento”, cuando desde la Baja Edad Media el comerciante deja de acompañar personalmente sus mercancías o cuando procede a arrendar la nave. El “fletamento” pudo configurarse durante la Baja Edad Media como un arrendamiento de cosa o de obra, tal y como lo concibieron los juristas romanos, pero ya durante la propia época medieval se irá conformando tal y como lo concebimos en la actualidad,

⁽⁷²⁾ Probablemente aquí jugó, como sostiene PETIT, C., *Ibid.*, pp. 379-380, un papel decisivo el modelo ofrecido por la *Curia Philipica* de J. de Hevia Bolaño, donde se abordaban conjuntamente; “esa circunstancia hubo de favorecer la difusión de las Ordenanzas en unos consulados que, como los creados en la España del siglo XVIII, desde su mismo nombre oficial proclamaban una vocación marítima y terrestre” (p. 380).

⁽⁷³⁾ MINGUIJÓN, S., *Historia del Derecho español...*, cit., pp. 397-398; Vid. ZABALA Y ALLENDE, F., *El Consulado y las Ordenanzas de comercio de Bilbao con breves noticias históricas del comercio de esta Villa*, Bilbao, 1907; GUIARD Y LARRAURI, T., *Historia del Consulado y Casa de Contratación de Bilbao y del comercio de la Villa*, I, Bilbao 1913 (reimpr. 1972); PETIT, C., “Ordenanzas de Bilbao”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 18, Seix, Barcelona, 1986, pp. 526-538; Id., *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Sevilla, 1980.

⁽⁷⁴⁾ En expresión de GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 33.

como un contrato típico de transporte en el que quien cede el barco responde de la mercancía transportada ⁽⁷⁵⁾.

Efectivamente, nuestro Derecho histórico configuró el fletamento como contrato de transporte. Así se conceptúa en la doctrina y en las fuentes ⁽⁷⁶⁾. En la primera, autores de nuestra tradición jurídica mercantil como Juan De Hevia Bolaños definen el “fletamento” como “el contrato que se hace entre el dueño, ó Maestre de la nave, y el que lleva sus cosas en ella para llevarlas de una parte á otra, y por ello el precio de flete que concertaren...; y así es un contrato de alquiler, en que el dueño, ó Maestre de la Nave la alquila al Cargador, para en ella llevar sus cosas por el precio que por ello le dá” ⁽⁷⁷⁾. En cuanto a las fuentes, ya en el *Llibre del Consolat de Mar* el fletamento (“noliejament”) se define por la obligación de transporte asumida por el naviero. Así se desprende, por ejemplo, de los capítulos: XXXII (“De quintalades noliejades”); XXXVI (“Senyor de nau qui noliejarà roba de mercaders si estrer se’n volrà”); CC (“De senyor de nau qui darà son loch a altre per noliejar”); CCV (“Mercaders qui noliejaran cantitat de roba o quintalades”)... ⁽⁷⁸⁾.

Asimismo, en las *Ordenanzas de Bilbao* se determina claramente la causa del fletamento, que no es otra que el transporte de mercancías, en la forma de

⁽⁷⁵⁾ En este punto *vid.* LALINDE ABADÍA, J., *Derecho histórico español*, 3.^a ed., Barcelona, 1983, pp. 475 y 479. Efectivamente, en palabras de BENEYTO, J., *Instituciones de Derecho histórico español...*, *cit.*, pp. 251-252: “el contrato de transporte marítimo, tal como hoy le concebimos, es obra medieval debida a ese singular derecho que italianos, bizantinos, españoles y franceses crearon por las necesidades de la práctica a base de sus particulares costumbres. Ya aquellas leyes hablan de la matrícula de la nave, de la bandera, de la póliza, del contrabando, etc. Regulan los deberes del capitán y del propietario como también las obligaciones y derechos de los marineros. No falta una curiosa regulación de la potestad que al capitán corresponde, y hasta se trata de la “pacotilla” o parte de mercancías que cada marinero puede llevar consigo... El contrato de fletamento se escribía en un documento cortado por la mitad, que se reunía en caso de discusión. La nave respondía en cuanto a los derechos del cargador, y el capitán y los marineros tenían también cierta preferencia sobre los créditos que gravasen las mercancías o el buque”.

⁽⁷⁶⁾ *Vid.* CERDÁ ALBERO, F., *Los contratos de fletamento: fletamento por viaje, fletamento por tiempo, otras modalidades de fletamento y subfletamento*, en AAVV., *El contrato de transporte*, vol. I., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 89 ss.

⁽⁷⁷⁾ DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica, laberintho de comercio terrestre y naval* (primer tomo: *Curia Philipica*, 1.^a ed. Lima 1603; segundo tomo: *Laberintho de comercio*, 1.^a ed., Lima, 1617; publicados conjuntamente desde 1644, en Madrid), concretamente *vid.* libro III (*Comercio naval*), capítulo 5.^o (*Fletamento*), n.^o 1.

⁽⁷⁸⁾ *Vid.* *Llibre del Consolat de Mar*, 1407 (Arxiu-Biblioteca Municipal de Valencia). También, en su capítulo CXXIX se alude al contrato de trabajo marítimo, aludiendo a las obligaciones del patrono (senyor de nau) con los marineros, como reminiscencia de la *locatio conductio operarum* romana. Según sus disposiciones, el patrono debe pagar al trabajador, sin discutirle, salvo si hubiera sido alistado por consideración a una aptitud particular. Respecto al control del trabajo marítimo merecen recordarse los “gremios del mar” como asociaciones de mutua protección, aún

arrendamiento. Concretamente en su Capítulo XVIII (De los fletamentos de Navios, y conocimientos que hacen los Capitanes, ó Maestres, y su forma) n.º 1 se expresa lo siguiente:

“Fletamento es propiamente un contrato que se hace entre el Dueño, Capitan, ó Maestre de un Navio, y la persona, ó personas que intentan cargar Mercaderías, y otras cosas en él para su conduccion de unos Puertos á otros, pagando por el alquiler la cantidad, ó cantidades en que se convieneren.”

La prestación característica en el fletamento es, pues, el transporte de las mercancías. De esta manera pasa a nuestro derecho codificado. Consideración que se advierte ya en la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Código de Comercio, presentado a las Cortes el 18 de marzo de 1882, cuya parte referida a los fletamentos tiene por rúbrica “Transportes marítimos” y se expresa de la siguiente manera:

“Los transportes por mar, que constituyen la base de las especulaciones del comercio marítimo, recaen sobre dos objetos distintos, que son mercancías y personas, dando lugar a la celebración de los contratos que reciben el nombre de fletamento propiamente dicho cuando se trata del transporte de géneros o efectos comerciales...”, “...por regla general el flete sólo se devenga si el transporte se realiza en los términos pactados y llegan las mercancías al puerto de su destino.”

Esta concepción se observará en el articulado del Cco de 1885, al establecer como obligación fundamental del fletante “conducir” las mercancías (art. 652.2.7.^a) y la del fletador el pago del flete, siempre que se verifique el transporte (arts. 657; 661 Cco).

La solución que se adopte en torno a la naturaleza jurídica y contenido del contrato de fletamento tiene importantes consecuencias prácticas, sobre todo por lo que respecta a la responsabilidad por daños irrogados a las mercancías, según el fletante asuma la obligación de transportar las mercancías o su obligación se ciña exclusivamente a la navegación. En nuestro derecho histórico ha quedado patente la finalidad del transporte. Ahora bien, en la actualidad es necesario estudiar otras figuras más específicas que implican una noción de transporte marítimo más amplia dentro de la llamada utilización o explotación del buque.

reguladas por las Ordenanzas de la Armada de 1793. Vid. BENEYTO, J., *Instituciones de Derecho histórico español...*, cit., pp. 230-232.

IV. REGULACIÓN ACTUAL EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL DE LOS CONTRATOS DE “UTILIZACIÓN DEL BUQUE”: ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON EL DERECHO ROMANO. ESPECIAL REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ARMADOR MARÍTIMO

La regulación moderna de los contratos de navegación marítima se presenta, en términos generales, compleja, dada la multiplicidad de figuras jurídicas que intervienen, esto es, la superposición de relaciones contractuales con el medio en el que se materializa el transporte; la pluralidad de personas relacionadas con la explotación del buque; la aparición continua de nuevas figuras del tráfico marítimo; así como, por la innumerable normativa aplicable a dicho transporte: por un lado, de derecho interno, y, por otro, proveniente del derecho convencional internacional ⁽⁷⁹⁾. Además, la normativa de nuestro Cco relativa al contrato de fletamento (arts. 652 a 718) no abarca toda la realidad, pues existen otras formas de explotación de buques que no encuentran engarce en el molde legal de la teoría general de los “contratos de utilización del buque” ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ En materia de transporte marítimo de mercancías nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado, sobre todo por lo que respecta al transporte marítimo en régimen de conocimiento de embarque, las “Reglas de la Haya-Visby”, que comprenden la Ley de Transporte Marítimo de 1949 (LTM), que, a su vez, incorpora el Convenio de Bruselas de 1924. Además de los sucesivos protocolos modificativos, como son el Protocolo de Bruselas de 1968 y el de Londres de 1978. El llamado “Convenio de Hamburgo” o “Reglas de Hamburgo”, aprobadas en la Conferencia diplomática de Hamburgo de 31 de marzo de 1978, ha sido ratificado por más de veinte países, por lo que en la actualidad está vigente, pero su alcance es muy restringido pues no ha sido ratificado por los países más desarrollados (entre los que se encuentra España). Quizá, porque este Convenio posee reglas de responsabilidad diferentes a las contenidas en las Reglas de la Haya-Visby, que suscitaron la oposición de los grandes armadores (*Vid.* SANCHEZ GARGALLO, I., *Transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque*, en AA. VV. *El contrato de transporte*, vol. I, ..., *cit.*, pp. 29 ss.). Sobre el ámbito de aplicación de estas reglas de derecho internacional, *vid.*, entre otros, TULLIO, L., “Vigenza internazionale (ed adozione interna) delle Regole di Visby”, *Rivista Diritto dei trasporti* 14 (1978), p. 101; CARBONE, S. M., *Le regole di responsabilità del vettore marittimo*, Dall' Aja ad Amburgo attraverso la giurisprudenza italiana, Milano, 1984; *Id.*, *Contratto di trasporto marittimo di cose*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1988; MANKABADY, S., *The Hamburg Rules on the carriage of goods by sea*, Leiden 1978, ROMANELLI, G., *Principi comuni del diritto uniforme dei trasporti*, en *Studi G. Gorla*, vol. II, (Milano 1994), pp. 1.315 ss. (especialmente, pp. 1.318-1.319).

⁽⁸⁰⁾ El problema reside, según PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes*, en AA. VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, (coord. G. J., Jiménez Sánchez), 11.ª ed., Madrid, 2006, p. 516, en poder superar las graves dificultades que coinciden en imposibilitar la detección de lo que sea o no transporte marítimo y que resumen en las siguientes: “1.º En el Derecho marítimo la práctica contractual suele alejarse de los modelos legalmente tipificados; 2.º Ciñéndonos al campo específico del transporte marítimo, no ha existido ni existe una noción clara de la natu-

Bajo esa rúbrica se ha pretendido reunir por parte de la doctrina, a efectos sistemáticos, todos aquellos contratos en los que el buque se utiliza para actividades organizadas empresarialmente. A saber: el arrendamiento de buque a casco desnudo (“bareboat charter”); el arrendamiento de buque armado y equipado (“charter by demise”); el fletamento por tiempo (“time-charter”); el fletamento por viaje (“voyage-charter”); el transporte bajo conocimiento de embarque; el transporte de viajeros o contrato de pasaje; el salvamento y el remolque ⁽⁸¹⁾.

Hemos de precisar que en esta sede nos interesa, no tanto realizar un estudio exhaustivo de la regulación actual de las múltiples formas mercantiles por medio de las cuales se lleva a cabo la gestión económica de utilización de un buque, sino destacar aquellas figuras contractuales que todavía contienen reminiscencias de las utilizadas en el transporte marítimo romano.

1. La primera forma que encontramos originaria del Derecho romano la constituye, sin duda, el “arrendamiento del buque” (“demise charter” o “bare-boat charter”, del derecho anglosajón). Se trata de aquel contrato por el cual el titular del dominio de un buque cede al arrendatario el uso o goce del mismo por un tiempo dado y a cambio de un precio determinado. Se distinguen dos modalidades: el arrendamiento de buque armado o equipado (“charter by demise”) y el de casco desnudo (“bareboat charter”). La diferencia está en la cesión o no de las relaciones laborales, esto es, si la dotación contratada por el arrendador pasa a manos del arrendatario o éste tiene que hacerlo por sí mismo. En ambos casos el arrendatario deviene naviero o titular de la empresa de navegación ⁽⁸²⁾. Éste, al utilizar el buque, se expone a incurrir en responsabilidades contractuales y extracontractuales; ya que, **al igual que en el Derecho romano, el peri-**

raleza del contrato a través del cual normalmente se canaliza: el contrato de fletamento; 3.º Una tercera dificultad consiste en la difícil determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que la práctica hace nacer; 4.º Por último, en el caso concreto del ordenamiento jurídico español, aún se agrava más, si cabe, la determinación de cuáles sean los contratos de utilización del buque. Y ello, primero, porque se trata de una legislación antigua, y, segundo, porque la normativa misma del C. de c. no es en absoluto clara”.

⁽⁸¹⁾ Vid., en torno al tema, CERDÁ ALBERO, F., *Los contratos de fletamento...*, cit., p. 87; ARROYO MARTÍNEZ, I., *Contratos de utilización del buque y la aeronave: arrendamiento y fletamento*, en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil* (director A. Menéndez) 3.ª ed., Navarra, 2005, p. 953.

⁽⁸²⁾ Para GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 335: “el arrendamiento de un buque, ya desarmado, ya armado, es un simple arrendamiento de cosa que produce el traspaso de la tenencia de ésta del arrendador al arrendatario, conclusión que no varía en los casos de sublocación o de cesión del contrato de arrendamiento”. Otra cosa diferente es quién designa al capitán del buque y contrata la tripulación.

culum en la locatio-conductio navis (sea totius navis, o locorum navis) recae sobre el conductor ⁽⁸³⁾.

Este contrato no está contemplado en las normas del Código de comercio, por lo que se acude, normalmente, al Cc., pues no difiere del concepto de la *locatio-conductio rei*, regulado en los arts. 1.554 y ss. Cc. ⁽⁸⁴⁾, sin apartarse de la normativa común, salvo en los aspectos imprescindibles que supone la singularidad de la cosa arrendada y las modalidades de las prestaciones ⁽⁸⁵⁾. Además, la importancia de estos contratos es menor en relación a los contratos de fletamento, sin llegar a tener la consideración de contratos mercantiles de utilización de buques al no ser estrictamente contratos de empresa ⁽⁸⁶⁾.

2. Por lo que respecta a los contratos de fletamento, el desarrollo de la navegación ha venido a configurar diversas figuras contractuales relacionadas con el transporte de mercancías por mar. Prescindiendo de las modalidades más específicas de fletamento (por ejemplo, el fletamento por viajes consecutivos, el “trip charter”, el “tonnage agreement”) y subfletamento, cabe destacar, por una parte, el “fletamento por viaje”, en virtud del cual el fletante pone a disposición del fletador — a cambio de un precio cierto (flete) — un buque para el transporte de mercancías en un viaje concreto. Con posterioridad, se desarrolló a impulsos de la práctica inglesa, desde mediados del siglo XIX, un tipo especial de fletamento del buque por entero, en el que el fletante (armador) pone a disposición del fletador un buque, obligándose por cierto período de tiempo a realizar los transportes o viajes que éste le ordene, a fin de transportar en cada uno de ellos la carga que le fuera indicando, mediando un flete determinado. Se trata del “fletamento por tiempo” o “time-charter”.

La discusión en torno a la naturaleza jurídica de estos contratos de fletamento ha constituido una cuestión clásica en la doctrina, existiendo diferentes posiciones a nivel conceptual ⁽⁸⁷⁾. Algunos autores afirman la identidad de la prestación objeto de ambos fletamentos: consistente en el transporte o transferencia

⁽⁸³⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., p. 78.

⁽⁸⁴⁾ Posición criticada por cierta doctrina, que ve más apropiada la aplicación analógica del fletamento. Cfr. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Contratos de utilización del buque y la aeronave...*, cit., p. 954, para quien no se pueden obviar los arts. 586-589 del Cco. que imputan la responsabilidad por determinados actos del capitán al propietario-arrendador y, por otros, al naviero-arrendatario.

⁽⁸⁵⁾ GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., pp. 343 ss.

⁽⁸⁶⁾ Vid. VALENZUELA GARACH, F.-VALENZUELA GARACH, F. J., *Arrendamientos mercantiles*, en AA. VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, (coord. G. J., Jiménez Sánchez)..., cit., p. 500.

⁽⁸⁷⁾ Vid., un resumen de estas posiciones en GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo”, *Anuario de Derecho Marítimo* 15 (1998), p. 143, nt. 34.

de las mercancías de un lugar a otro ⁽⁸⁸⁾. Otros, en cambio, observan una diferencia de matiz en cuanto al objeto del contrato. Así, la prestación objeto del “time-charter” la constituiría la navegación misma, mientras que la del “fletamento por viaje” sería la entrega de la mercancía en el puerto de destino. En este caso, el viaje tendría carácter adjetivo, mientras que en aquél sería considerado como elemento sustantivo ⁽⁸⁹⁾. Desde esta perspectiva, el “time-charter” comprendería una obligación de resultado, siendo una locación de obra, cuya *opus* no sería más que los viajes a cumplir. El fletante sería deudor de un “hacer” específico, cual es, la navegación, que implica el aporte de un complejo de medios humanos y materiales, destinados a producir un resultado; pero que, al mismo tiempo, representa una utilidad de contenido económico para él.

La polémica se ha suscitado — como observa Cerdá Alberó ⁽⁹⁰⁾ — por influjo de la construcción italiana del fletamento a partir del Codice della navigazione de 1942, en el que se distingue — “no sin artificio”, en palabras del autor — la actividad de la navegación con respecto a la de transporte. El art. 384 del Codice della navigazione incluye las dos especies de fletamento (por viaje y por tiempo) en el arrendamiento de obra, cuya causa reside en la navegación del buque fletado, sin asumir las obligaciones de transportar y custodiar las mercancías. Así, entre nosotros, algunos autores han considerado, sobre todo por lo que respecta al contrato de “fletamento por tiempo” — donde ha calado más el concepto italiano de fletamento —, que el fletante se obliga a procurar la navegación del buque, sin asumir el resultado del transporte.

Por otro lado, cierta doctrina ha visto en el time-charter con “demise” (esto es, con entrega de la gestión náutica y comercial del buque) un contrato de arrendamiento de cosa; otros, observan un arrendamiento mixto de cosa y servicios e, incluso, un fletamento sin transporte. Ello sin añadir ciertas posturas minoritarias. Siguiendo a R. Padilla González y M. Clavero Temero: “Tal vez pueda afirmarse que el “time-charter”, como contrato que aparece con idéntico contenido en todas sus manifestaciones prácticas, no existe más que en la literatura jurídica. Por ello conociendo que ciertos formularios contienen un verdadero contrato de transporte (p. ej., la póliza *LINERTIME*) y otros

⁽⁸⁸⁾ RUIZ SOROA, J. M.-ZABALETA SARASÚA, S.-GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, M., *Manual de Derecho del transporte marítimo*, 2.^a ed., Bilbao, 1989, p. 67; GONDRA ROMERO, J. M., “El time-charter en el sistema de los contratos de utilización del buque”, en *Diritto Marittimo*, 1984, pp. 765 ss. Cfr. SÁNCHEZ CALERO, F., *Consideraciones sobre la clasificación de los contratos de explotación del buque*, en *Estudios en homenaje a Antonio Polo* (Madrid, 1981), pp. 1.049 ss.; BROSETA, M., *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1978, pp. 752 ss.; URÍA, R., *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, p. 766.

⁽⁸⁹⁾ GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 358.

⁽⁹⁰⁾ *Los contratos de fletamento...*, cit., pp. 88-89.

posiblemente no (p. ej., la póliza *BALTIME*), nos abstenemos de ejercicios retóricos”⁽⁹¹⁾.

Y es que el “time-charter” como figura *sui generis*, típica del derecho marítimo, no aparece recogida entre los contratos marítimos de nuestro ordenamiento positivo, con independencia de que algunos autores apliquen directamente las normas del “fletamento por viaje” al “fletamento por tiempo”. Para I. Arroyo Martínez, salvo los artículos 658.2 y 652.8 Cco., referidos al cálculo del flete por unidad de tiempo, parece más acertado la aplicación analógica, limitada a los supuestos donde haya identidad de razón. Pero, en la realidad, predominan las pólizas uniformes (*BALTIME*, *NYPE*, *ASBATIME*, *SHELLTIME* o *GENTIME*), habida cuenta el carácter dispositivo del contrato⁽⁹²⁾.

En cuanto al “fletamento por viaje” o, simplemente, “fletamento” la regulación de nuestro Cco. es dispositiva (arts. 652 a 692) y lo habitual es cerrarlo de acuerdo con las pólizas tipo, en función del viaje que se ha de realizar y del cargamento que se ha de transportar⁽⁹³⁾. Si bien el “fletamento” no es un contrato formal, sino que se perfecciona por el consentimiento y su regulación se confía a la autonomía de la voluntad. La emisión de la póliza no es un requisito esencial, sino probatorio de la existencia y condiciones del contrato (arts. 653 y 654 Cco.).

A pesar de que nuestro Código de comercio acoja una multiplicidad de configuraciones posibles de fletamento⁽⁹⁴⁾, la mayor parte de nuestra doctrina y jurisprudencia lo enmarca dentro del tipo contractual del transporte⁽⁹⁵⁾, al ser éste la causa común, bien sea de mercancías, bien de pasajeros⁽⁹⁶⁾. Se

(91) PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes...*, cit., p. 521.

(92) ARROYO MARTÍNEZ, I., *Contratos de utilización del buque y la aeronave...*, cit., p. 956.

(93) Por ejemplo, la póliza *NORGRAIN*, para el fletamento de granel en las rutas entre América del Norte y Europa; la *GASVOY*, para los gases licuados; la *CEMENCO*, para el cemento; la *CHEMTANKVOY*, para productos químicos; la *ASBATANKVOY*, para el transporte del petróleo; la *POLCOALVOY*, para el carbón procedente de Polonia. La *GENCON* y la *MULTIFORM*, son más generales.

(94) Efectivamente, bajo el nombre genérico de fletamento subsisten en el Código de 1.885 formas tradicionales de fletamento en su evolución histórica: el fletamento del buque por entero (art. 652.7) y el fletamento-transporte de mercancías (arts. 652.8; 658.3). De ahí la importancia de la determinación del buque (art. 652.1), pero, en realidad, la mayor parte de preceptos (art. 657; 660; 661) se manifiestan hacia la absoluta preeminencia del transporte de las mercancías como finalidad última. Vid. PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes...*, cit., p. 522. Si bien nada impide dedicar atención especial al vehículo en el contrato de transporte, sin que por ello se desnaturalice la relación contractual típica (Cf. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo”, cit., p. 150, en apoyo de RUBIO, J., *El fletamento en el Derecho español*, Madrid 1953, p. 422).

(95) Vid. bibliografía contenida en GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Ibid.*, p. 145, nt. 35.

(96) El Código de Comercio incluye también bajo la regulación genérica del fletamento, en la sección 1.ª del Título III del Libro III, el contrato de transporte de pasajeros. Inclusión injustificada para algunos autores (Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La noción del porteador en la regulación

configura, por tanto, dentro del tipo contractual del transporte, toda vez que la prestación esencial es la de entregar las cosas en destino y la obligación fundamental del fletante es poner el buque a disposición (total o parcial) del fletador para conseguir el resultado del transporte requerido por este último.

Esta obligación de resultado se infiere claramente del articulado del Código, ya que el artículo 657 Cco. recoge la obligación del capitán de fletar otro buque que “reciba la carga y la portee a su destino”, cuando el buque originario quedare inservible durante el viaje. Dicho artículo permite a los cargadores acudir a la autoridad judicial para que apremie al capitán para aprobar el contrato de fletamento correspondiente en caso de omisión de éste. En palabras de C. Górriz López: “La importancia del precepto reside en configurar el buque como un medio en función de un fin: el transporte (...) y la entrega de las mercancías incólumes en destino” ⁽⁹⁷⁾. Esta tesis, no obstante, no está exenta de críticas, entre las que destaca la alusión a la determinación del flete en función del éxito de la operación de los artículos 659 y 660 del Cco. Estos artículos calculan el flete en base a la distancia recorrida por el buque, obteniendo el fletante una remuneración proporcional a su esfuerzo; lo que chocaría con la fletamento identificado como obligación de resultado. La doctrina ha salvado esta contradicción aduciendo que la remuneración atendería a los resultados parciales. Si bien en una obligación de resultado es difícil hablar de “resultados parciales”, se ha acudido a la especialidad del tráfico marítimo para explicar el pago del flete en proporción a la distancia recorrida, tratándose de una regla tradicional que encuentra su fundamento en los especiales riesgos que asume el naviero en este tipo de transporte ⁽⁹⁸⁾.

Efectivamente, estos preceptos del Cco. recuerdan el juicio de Labeón, antes visto, (recogido en Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,2,13,1) de exonerar de responsabilidad al *nauta* — arrendatario de *merces vehendae* — que transborda las mercancías a otra nave porque no puede subir el *flumen Minturnense* ⁽⁹⁹⁾. Supuesto que no tiene nada que ver con el expuesto, también anteriormente ⁽¹⁰⁰⁾, en Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14,2,10,1, en el que, en contra de la condición impuesta por el cargador, el *nauta* traslada las mer-

del transporte marítimo”, *cit.*, p. 148, remitiéndose a ARROYO MARTÍNEZ, I., “Notas sobre el contrato de pasaje marítimo”, en *Anuario de Derecho Marítimo* 10 (1993), p. 278); pero comprensible para otros, como GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, *cit.*, p. 377, puesto que eran los dos contratos más conocidos en el mercado marítimo en la época inmediatamente anterior a la aprobación del Código. La Exposición de Motivos se orienta en la misma dirección al dividir el transporte marítimo en fletamento, cuando tiene por objeto mercancías y, pasaje, en el caso de personas y equipajes.

⁽⁹⁷⁾ Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Ibid.*, pp. 147-148.

⁽⁹⁸⁾ RUBIO, J., *El fletamento en el Derecho español...*, *cit.*, pp. 60-61.

⁽⁹⁹⁾ Vid. *supra.* nt. 27.

⁽¹⁰⁰⁾ Vid. *supra.* II.1.

cancias, sin necesidad, a una nave peor y, como consecuencia, de ello perecen. Aquí, sí se presume un comportamiento negligente que da lugar a responsabilidad y que tendría repercusiones en el pago de la *vectura*; pero, en ningún caso, se desvirtuaría la naturaleza jurídica de la relación contractual: la *locatio mercium vehendarum*, esto es, el pago de una *merces* por el transporte de las mercancías indemnes. Así pues, cabe sostener la compatibilidad entre la naturaleza jurídica del contrato de fletamento como arrendamiento de obra, cuya *opus* es la entrega de la carga en el puerto de destino, y la remuneración en función de los resultados parciales ⁽¹⁰¹⁾.

Concebido así el fletamento, el fletante asume una doble responsabilidad — proveniente del Derecho romano —: la propia por incumplimiento del contrato (responsabilidad *ex contractu*) y la derivada de la recepción y custodia de las mercancías (responsabilidad *ex recepto*). Ambas aparecen recogidas en el Cco. Pero, mientras la primera — aun siendo escasa — se encuentra dentro de las normas propias del contrato de fletamento (arts. 671, 673, 676, 688.2 y 3 Cco); la segunda se encuentra fuera, a propósito de las obligaciones que impone el Cco. al capitán, como principio general en el artículo 619: “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, a no haberse pactado expresamente otra cosa”. En cambio, no serán responsables ni el capitán ni el fletante por los daños que sobrevinieren al cargamento por fuerza mayor (art. 620 Cco.) ⁽¹⁰²⁾. Única causa de exoneración de la responsabilidad *ex recepto* del Derecho romano, atribuida a una época no posterior a Labeón, pues éste — como nos refiere Ulpiano 14 ad ed. (D. 4,9,3,1) — atribuye a aquél la creación de una *exceptio* con la que poder oponerse a la acción recepticia en casos de naufragio y piratería que, más tarde (en la propia época de Ulpiano), se extenderían a todos los demás casos de *damnum fatale* o *vis maior* ⁽¹⁰³⁾.

⁽¹⁰¹⁾ No sólo el cálculo del flete (arts. 658 ss. Cco), sino una multiplicidad de elementos como la relevancia otorgada al buque y a su puesta a disposición (arts. 657 y 671), el régimen de las estadías y sobreestadías (art. 656) y la diversidad de configuraciones posibles que puede adoptar la relación jurídica entre fletante y fletador — como hemos observado que, también, ocurre en el Derecho romano — divergen de la configuración tradicional del contrato de fletamento como arrendamiento de obra calificado por el resultado. Sin embargo, la existencia de una causa común, como es el transporte, actúa como aglutinante. Vid. GÓRRIZ LÓPEZ, C., “La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo”, *cit.*, en pp. 149 y 152. En la misma línea, se manifestaron GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, 7.^a ed., Madrid 1980, p. 661 y BROSETA, M., *Manual de Derecho mercantil...*, *cit.*, p. 827.

⁽¹⁰²⁾ Vid. PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes...*, *cit.*, p. 524.

⁽¹⁰³⁾ Al respecto, SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, *cit.*, pp. 50 ss.; ID., *Les sujets intervenant dans le transport de*

Al margen de esta responsabilidad objetiva, la propia que nace del contrato de fletamento es — como se deriva también directamente del Derecho romano — una responsabilidad que llega hasta la culpa ⁽¹⁰⁴⁾: propia del incumplimiento de un contrato de arrendamiento y de la configuración del fletamento como una modalidad de transporte, de forma que una obligación del fletante es responder de los daños que le sobrevengan a la carga por impericia, culpa o negligencia del capitán y tripulación (arts. 587; 618.1 y 620 Cco.) ⁽¹⁰⁵⁾.

En consecuencia, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual, como extracontractual, la responsabilidad del fletante alcanza, no sólo a los actos realizados por sí mismo, sino también a los de sus dependientes. El origen de esta regla general de responsabilidad del principal por los daños y perjuicios causados por sus empleados y auxiliares o dependientes, radica en la denominada culpa *in vigilando* o *in eligendo* ⁽¹⁰⁶⁾ del derecho justiniano, que encontramos claramente formulada en I.4.5.3 ⁽¹⁰⁷⁾ y que condicionará el ulterior desarrollo histórico de la responsabilidad por los hechos de los dependientes ⁽¹⁰⁸⁾.

Sin embargo, para el “fletamento a tiempo” la jurisprudencia ⁽¹⁰⁹⁾ viene aplicando el mismo régimen del Cco. en materia de responsabilidad *ex recepto* y responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba. Pero ha de advertirse que, en el fletamento por tiempo, el ámbito de la responsabilidad por daños a las mercancías se acorta al período del traslado marítimo de las mismas. El fle-

marchandises et/ou de personne à Rome: légitimation active et passive pour l'action du 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum', en Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, vol. 65 (Dijon, 2008), p. 53.

⁽¹⁰⁴⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., p. 103.

⁽¹⁰⁵⁾ Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Contratos de utilización del buque y la aeronave...*, cit., p. 964.

⁽¹⁰⁶⁾ Vid. SANCHO GARGALLO, I., *Transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque...*, cit., p. 76.

⁽¹⁰⁷⁾ *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: Cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa 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.*

⁽¹⁰⁸⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 214 ss.; ID., “Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano”, cit., pp. 1.097 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ SSTs 24-IV-1995 (RJ 1995/3544); 17-VII-1995 (RJ 1995/5586) declaran directamente aplicable al fletamento por tiempo el art. 618 Cco. Igualmente, SAP Barcelona (15.ª) 6-IV-2000 (n. 675, pp. 15687 ss.), que señala que el fletante responde de todos los daños que, por la impericia o negligencia del capitán, o por cualesquiera otras razones que no sean la fuerza mayor se ocasionen durante la navegación a las mercancías transportadas.

tante, pues, responde de las consecuencias dañosas irrogadas al cargamento durante su transporte y derivadas de los actos culposos propios y de sus dependientes ⁽¹¹⁰⁾.

Llegados a este punto la costumbre de incluir cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad es cada vez más patente. La tajante prohibición de exoneración o limitación de responsabilidad del capitán, contenida en el artículo 620.1 Cco., choca con la póliza *BALTIME* 1939, según la cual el fletante responde por su propia conducta culposa, pero se exonera absolutamente de las faltas de sus dependientes. Otro tanto ocurre con las pólizas, como la *GENTIME*, que remiten a las Reglas de la Haya-Visby, conforme a la cuales el fletante no responde de las faltas náuticas cometidas por la dotación y sólo responde por sus faltas comerciales ⁽¹¹¹⁾.

3. Merece también la pena detenernos — aunque sea de forma somera — en la naturaleza jurídica y el régimen de responsabilidad del llamado “contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque”, sólo con el objeto de observar sus peculiaridades y, como no, las reminiscencias romanas que subyacen en el mismo. Como tal no figuraba en las legislaciones mercantiles decimonónicas, que lo canalizaban dentro de la modalidad del fletamento. En su definición clásica se trata de aquel contrato por el que una persona (porteador) asume, mediante un determinado precio, la obligación de transportar por mar de un lugar a otro, mercancías bajo su propia custodia ⁽¹¹²⁾. Prestación fundamental del transporte es la de entregar en destino las mercancías cuya custodia se asume desde que se le hace entrega de las mismas “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” (art. 619 Cco.). **En este sentido, la responsabilidad se extiende, como en la responsabilidad *ex recepto* del Derecho romano, al perecimiento o destrucción de las mercancías que aún no habiendo sido introducidas en la nave, fueron aceptadas como objeto del *receptum nautarum* (D. 4,9,1,8; D. 4,9,3, pr.; D. 4,9,3,2) ⁽¹¹³⁾.**

⁽¹¹⁰⁾ En este sentido seguimos la opinión de CERDÁ ALBERO, F., *Los contratos de fletamento...*, cit., pp. 167 ss. Si bien otros autores (GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., pp. 371-372) observan aquí separadas la gestión náutica y la gestión comercial, de forma que la primera está a cargo del fletante (armador) y la segunda, a cargo del fletador, quien dispone del buque y se convierte en transportista frente a los terceros (cargadores), todo lo cual se proyecta sobre el régimen de responsabilidad.

⁽¹¹¹⁾ El TS no duda en considerar esta exención por faltas náuticas; ahora bien, para que opere es preciso que el fletante acredite la debida diligencia. Vid., por ejemplo, STS. 23-VII-1993 (RJ 1993/6286).

⁽¹¹²⁾ Definición dada por PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes...*, cit., p. 525.

⁽¹¹³⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 54 ss.; ID., *Les sujets intervenant dans le transport de marchand-*

Varias son las diferencias que ha observado I. Arroyo Martínez, que separan este tipo de contrato de los demás vistos: a) En primer lugar, el objeto inmediato del contrato es la mercancía y no el buque como en el arrendamiento de buque, ni tampoco la navegación o el viaje, que son el objeto de los fletamentos; b) En segundo lugar, la prestación fundamental del servicio de transporte se integra de tres obligaciones principales: el desplazamiento marítimo, la custodia y la entrega de la carga en el puerto de destino. En los demás contratos de utilización del buque, estas prestaciones pueden celebrarse al margen de la obligación del transporte. Bastará recordar ejemplos como la explotación de buques con fines de investigación y exploración marítima, tendido de cables submarinos, prospección petrolífera, actividades deportivas, etc.; c) En tercer lugar, el transporte de mercancías se puede documentar en póliza de fletamento o bajo conocimiento de embarque. La primera se reserva para el tráfico libre, de cargamentos homogéneos que ocupan la capacidad total del buque (en los contratos de fletamento); mientras que el conocimiento de embarque se utiliza más para el tráfico regular, relativo a mercancías heterogéneas que ocupan espacios limitados dentro de una carga general; d) Por último, el transporte en régimen de conocimiento de embarque se rige por una disciplina uniforme, imperativa e internacional (Reglas de La Haya-Visby y Reglas de Hamburgo), dirigida a proteger a los cargadores frente a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad⁽¹¹⁴⁾. Por su parte, el fletamento se rige por la autonomía de la voluntad, sin que exista una regulación internacional y uniforme⁽¹¹⁵⁾.

El Convenio de Bruselas de 1924 no recoge ningún principio general de responsabilidad del porteador, limitándose a enumerar los supuestos de responsabilidad y exoneración de ésta. La LTM, al trasponer las normas de este Convenio las completó con un principio general: “El porteador será civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones a favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán, en relación con las cargas del buque, salvo los casos de exoneración de que traten los artículos 8 y 9” (art. 6 LTM). Se trata, pues, de una presunción de culpa, que admite prueba en contrario. De esta forma, el porteador

ses et/ou de personne à Rome..., cit., pp. 63-64; ID., “Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano”, cit., pp. 1093 ss.

⁽¹¹⁴⁾ El transporte de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque presenta una regulación bifronte, nacional e internacional. Se aplica, en el derecho interno, los arts. 706 a 718 del Cco., si bien las normas de este cuerpo legal giran en torno a la noción de fletamento. Asimismo es de aplicación la normativa internacional antes mencionada (vid. *supra*. nt. 79).

⁽¹¹⁵⁾ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y de la aeronave*, en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, (director A. Menéndez)..., cit., pp. 969-970.

puede quedar exonerado de responsabilidad si acredita haber empleado la debida diligencia (art. 8.2 LTM) ⁽¹¹⁶⁾.

Entre las causas de exoneración de la responsabilidad del artículo 8 LTM — muchas de ellas, con su origen en el Derecho romano ⁽¹¹⁷⁾ — nos detendremos en las llamadas “faltas náuticas”, pues es donde mejor podemos observar la particularidad de la responsabilidad contractual y extracontractual en este tipo concreto de transporte. Así, el principio que rige para el contrato de transporte en general de la responsabilidad del empresario marítimo por los hechos atribuibles a sus auxiliares o dependientes (derivada de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* justinianeas), es ajena al “transporte en régimen de conocimiento de embarque”, por influencia de las Reglas de la Haya-Visby. Así, el artículo 8.III a) LTM exonera de responsabilidad al porteador en los casos de daños en la mercancía por “actos, negligencia o falta del capitán, marinero o personal destinado por el porteador a la navegación o a la administración del buque”. Pero no de “los actos, negligencia o faltas del personal citado en relación al manejo, cuidado y custodia del cargamento”. La norma distingue, pues, entre los faltas en las funciones propias de la navegación o cuidado del buque (abordajes, naufragios, varadas, etc.) y las derivadas de la custodia de las mercancías (estiba, desestiba, manipulación y cuidado, etc). En el primer caso, nos encontramos ante verdaderas faltas náuticas, de las que no responde el porteador; mientras que en el segundo, estamos ante faltas comerciales, de las que sí responde por el hecho de sus empleados ⁽¹¹⁸⁾. En parangón con la responsabilidad nacida del *receptum nautarum* romano, D. 4,9,1,2 (Ulp. 14 *ad ed.*) también deja bien claro que el *exercitor navis* se obliga únicamente por sí mismo, o a través de su *magister navis* o factor mercantil, o bien si autorizó específicamente a algún marinero a concluir el *receptum*;

⁽¹¹⁶⁾ Las reglas de Hamburgo también consagran el principio de responsabilidad por culpa del porteador, respecto de los daños y/o pérdidas de las mercancías y retraso en su entrega, mientras se encuentren bajo su custodia. Se presume dicha culpa, con una presunción que admite prueba en contrario (art. 5.1 Convenio de Hamburgo). Pero, excepcionalmente, se invierte la carga de la prueba y debe acreditarse la negligencia del porteador en los siguientes casos: daños resultantes de incendio (art. 5.4); daños de riesgos especialmente inherentes al transporte de animales vivos (art. 5.5) y daños surgidos de las medidas adoptadas para el salvamento de vidas humanas (art. 5.6).

⁽¹¹⁷⁾ Por ejemplo, la fuerza mayor, los hechos de guerra, motines... (art. 8 letras *d*), *e*), *f*), *g*), *h*), *j*), *k*)). Las reglas de Hamburgo, sin embargo, omiten relación alguna de causas de exoneración del porteador. Lo que, en muchos casos resulta irrelevante pues implican ausencia de culpa por parte del porteador y sus empleados. Pero, en cualquier caso, pueden simplificar el enjuiciamiento. Vid. SANCHO GARGALLO, I., *Transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque...*, cit., pp. 75 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y la aeronave...*, cit., pp. 977 ss.; SANCHO GARGALLO, I., *Ibid.*, pp. 76-77.

puesto que, si bien la actividad de los marineros (*simples nautae*) está relacionada con las artes de la navegación, también podían desempeñar funciones de naturaleza mercantil como, por ejemplo, concluir contratos de transporte con los pasajeros o los propietarios de las mercancías. De manera que debemos entender que sólo en estos casos obligaban al armador ⁽¹¹⁹⁾.

4. Finalmente, nos referiremos dentro de los contratos de utilización del buque al contrato de “pasaje” o transporte marítimo de personas. Su definición es unánime en la doctrina como contrato consensual en virtud del cual una persona, denominada transportista o porteador, se obliga a trasladar por mar de un lugar a otro, a otra persona, llamada pasajero, a cambio de una remuneración (precio o flete). Se encuadra, por tanto, dentro del contrato de transporte, en general, pues el pasaje tiene por finalidad el traslado de un lugar a otro dentro del tiempo y el modo convenidos; de forma que el porteador asume una obligación de resultado ⁽¹²⁰⁾. Esta calificación no se desvirtúa por el hecho de que el porteador se obligue a proporcionar al pasajero un camarote o cabina y la manutención necesaria, porque esas obligaciones son prestaciones accesorias de la fundamental que es el transporte ⁽¹²¹⁾. En consecuencia, nos encontramos ante una locación de obra, consistente en el *opus* indivisible del transporte, cuya ejecución se manifiesta con el desembarco del pasajero en destino sano y salvo ⁽¹²²⁾.

Nuestro Cco., como la mayoría de las normativas decimonónicas, sitúa el pasaje en la sección “De los pasajeros en los viajes por mar” (arts. 693-705),

⁽¹¹⁹⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome...*, cit., pp. 54 ss.; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 120 ss.

⁽¹²⁰⁾ La responsabilidad del porteador por incumplimiento contractual se podrá exigir tanto en la hipótesis en que el pasajero no llegue al punto de destino, como en la de retraso (*Vid.* los diferentes supuestos en los arts. 618, apartados 5, 6, 7; 697 y 698 del Cco.) La regulación de dicha responsabilidad se encuentra, sin duda, en los arts. 1.100; 1.101 y 1.107 Cc. En lo concerniente al segundo aspecto, el porteador puede exonerarse de toda responsabilidad añadiendo una cláusula de estilo del tipo “cambios o alteración de horarios”, que la doctrina admite dentro de los límites de validez que reconoce el Derecho común a las cláusulas de exoneración. *Vid.* MENÉNDEZ, A., *El contrato de pasaje marítimo*, en *Estudios en la conmemoración del centenario de la Ley Orgánica* (Madrid, 1963), pp. 264 ss.

⁽¹²¹⁾ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al prof. Manuel Broseta Pont*, tomo I (Valencia, 1995), p. 192, con la doctrina mayoritaria al respecto. Para este autor está claro que los llamados viajes de crucero marítimo, que tanto auge han adquirido en la actualidad, no son más que contratos de pasaje marítimo, siendo elemento u obligación esencial el traslado de la persona y no la prestación de los servicios complementarios (obligaciones derivadas del alquiler de la cabina o camarote, manutención, etc.). *Ibid.*, pp. 194 y 201 ss. Del mismo autor, *vid. Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y de la aeronave...*, cit., p. 981.

⁽¹²²⁾ GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 474.

enmarcado dentro del Libro III “Del comercio marítimo”, en el Título III. “De los contratos especiales del comercio marítimo” y en el apartado o sección Primera, sobre el fletamento (arts. 652-718), figura ésta a través de la cual nuestro Código de Comercio canaliza las diversas formas de utilización de los buques ⁽¹²³⁾. Pero, ante todo, el pasaje es un contrato dominado por la autonomía de la voluntad y el principio de la libertad contractual; de manera que prevalecen los pactos de las partes frente a la letra de la ley. De ahí que la contratación en masa conduzca al pasajero a la aceptación sin discusión de condiciones generales ya consumadas, en la misma compra del billete. No obstante, los Convenio internacionales sobre la materia y, concretamente, el de Bruselas de 29 de abril de 1961 y el de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, modificado por el Protocolo de Londres de 19 de noviembre de 1989, se pronuncian hacia la defensa del pasajero, estableciendo nulas las estipulaciones contractuales que exoneren o disminuyan la responsabilidad del transportista.

Por otro lado, es de aplicación también la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, siempre que las condiciones de la contratación se hayan emitido de forma impresa a modo de contrato de adhesión. A este respecto, — **al igual que en el Derecho romano, que considera como parte débil de la relación contractual a cualquier persona, incluso comerciante o empresario que hubiera concluido el *receptum nautarum*, dentro de su ámbito comercial (Paul. 13 *ad ed.* D. 4,9,4,1)** — la condición de empresario no es excluyente, a priori, de la de consumidor o usuario. Lo esencial para la aplicación de la ley es que dicho empresario sea el destinatario final del objeto del contrato. **Asimismo, en Roma, podían ser dignos de protección del Edicto de *receptis* otros *exercitores* o titulares del negocio de la navegación que hubieran concluido un *receptum nautarum*, para el traslado de sus mercancías o personas, con otros colegas del mismo ramo empresarial ⁽¹²⁴⁾.**

Por último rige la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, por vía supletoria en caso de seguro obligatorio de viajeros ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²³⁾ Algunos autores consideran criticable su posición dentro del “contrato de fletamento”, por entender que se trata de un contrato autónomo de transporte marítimo, que reúne los elementos esenciales de la prestación: traslado de un lugar a otro por vía marítima mediante precio, puntualidad (responsabilidad por el retraso) y seguridad del pasajero (obligación de vigilancia). En este sentido, ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 196; ID., *Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y de la aeronave...*, cit., p. 981.

⁽¹²⁴⁾ SALAZAR REVUELTA, M., *Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome...*, cit., p. 65; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 131-132.

⁽¹²⁵⁾ Sobre esta ley y sus modificaciones vid. SÁNCHEZ-GAMBORINO, F. J., *Contrato de transporte y contrato de seguro de transporte*, en AA. VV., *El contrato de transporte*, vol. I,...

En cuanto a los sujetos que intervienen en este tipo de transporte no se encuentran definidos por nuestro Cco. Hay que acudir al Convenio de Atenas (en su artículo primero) para encontrar una clara definición de los mismos. Por un lado, el transportista es toda aquella persona física o jurídica que concierta un contrato de transporte por cuenta propia o por cuenta ajena. Es indiferente si el transporte se hace con medios propios o ajenos, lo importante es que quien realice el transporte tenga los medios a su disposición, bajo cualquier título, como armador o naviero del buque, fletador por tiempo o por viaje, arrendatario o subarrendatario ⁽¹²⁶⁾. **Ahora bien, pensamos que las relaciones entre el transportista y el personal colaborador en el transporte se siguen rigiendo — como en el Derecho romano — mediante *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, constituyéndose la tripulación en *locatores* al servicio del *exercitor navis* ⁽¹²⁷⁾.**

Por lo que respecta al pasajero en el contrato de pasaje, dicho contrato exige traslado de personas a cambio de un precio, aunque puede existir el contrato de transporte de personas sin mediar éste, esto es, gratuitamente ⁽¹²⁸⁾, lo que ocurre en los casos de transportes de empleados de los transportistas, de funcionarios públicos, de personas merecedoras de un premio, etc. y lo que no ha de confundirse con el polizonaje (regulado por el Convenio Internacional sobre polizones, de 10 de octubre de 1957). La falta de obligación de pagar el precio del viaje no altera la esencia del contrato, siendo de aplicación las normas del régimen legal correspondiente ⁽¹²⁹⁾. Existe, asimismo, un supuesto de pasajero que sin contratar el pasaje tiene tal consideración, siempre que reúna los siguientes requisitos: a) acompañar determinadas mercancías, como vehículos

cit., pp. 461 ss.; ID. *El seguro de transporte*, Madrid, 2001. Por lo que concierne a los antecedentes históricos de esta ley, vid. TIRADO, J., *Seguro de transportes terrestres*, en *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Pamplona, 1998, pp. 829-832.

⁽¹²⁶⁾ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 205, nt. 13 con bibliografía al respecto.

⁽¹²⁷⁾ Vid. GAURIER, D., *Le droit maritime romain...*, cit., pp. 52 ss.; ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes...*, cit., pp. 35-36.

⁽¹²⁸⁾ El Convenio de Atenas regula la responsabilidad del porteador cuando se haya causado daños a personas transportadas gratuitamente. Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 193.

⁽¹²⁹⁾ Vid. GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 484. **En Roma, en cambio, el transporte gratuito se enmarca dentro de la figura del depósito. Y tan sólo se hace referencia a él — como hemos visto supra. II. 2. — con respecto al transporte de mercancías en un pequeño inciso dentro de D. 49,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*); de manera que podemos conjeturar que esta figura jurídica debió ser menos utilizada en la práctica del transporte marítimo que la *locatio-conductio*. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 88 ss.**

o animales vivos; b) ampararse en un contrato de transporte de mercancías y c) viajar con el consentimiento del porteador. Se trata de una ampliación de la noción de pasajero que responde — como indica I. Arroyo Martínez — más a motivos humanitarios o de protección que a razones técnico-jurídicas ⁽¹³⁰⁾.

Un tema arduo lo constituye, sin duda, el de la responsabilidad del porteador. Se parte de la base de que el pasajero debe llegar a su destino — al igual que en el transporte de cosas — “sano y salvo”. No existe en nuestro Cco. normativa específica al respecto, en cuanto a los daños y perjuicios causados en la persona del pasajero (lesiones o muerte), sin embargo **la doctrina es unánime en cuanto al reconocimiento de la obligación del porteador de velar por la seguridad de su pasajero; influida, sin duda, por el Derecho romano, pues éste no distinguía al pasajero de una mercancía más a efectos de la responsabilidad del transportista. Además, se observa como la tradición histórica confirma esta tesis sin solución de continuidad hasta la época codificadora** ⁽¹³¹⁾. En el transporte internacional, España ratificó (BOE 6 de mayo de 1987) el Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, de 13 de diciembre de 1974, así como el Protocolo de 19 de noviembre de 1976, que lo modifica (BOE de 9 de octubre de 1990). El Convenio considera responsable al transportista siempre que la muerte o lesiones del pasajero ocurran durante el transporte y resulten de culpa o negligencia de aquél o de sus dependientes, en caso, por ejemplo, de abordaje, naufragio, varada, explosión, incendio, deficiencia de navegación del buque..., correspondiendo al pasajero demostrar dicha negligencia (art. 3). En cambio, el artículo 6 del Convenio exime de responsabilidad al transportista cuando la muerte o lesiones se deban a culpa o negligencia de la propia víctima ⁽¹³²⁾.

⁽¹³⁰⁾ *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 204, nt. 12. Dicha extensión fue introducida a instancia de Francia, prevaleciendo la presencia física a bordo sobre la formalización del contrato. Vid. el Documento LEG/CONF. 4 WP 13, sobre el Convenio de Atenas de 1974. **La posibilidad de que los viatores acompañaran a sus mercancías no fue ajena tampoco para el Derecho romano, sobre todo aparece testimoniada en la figura del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y, en concreto, en el transporte terrestre, que, por lo demás, se rige por las mismas normas del marítimo (D. 4,9,3,2).** Vid. el sentido amplio otorgado al término *stabulum*. SALAZAR REVUELTA, M., *Ibid.*, pp. 92 ss.

⁽¹³¹⁾ En opinión de ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 217, nt. 24 la regulación del Código de Comercio (arts. 693 a 705) “resulta incompleta y desfasada en algunos aspectos respecto de la evolución doctrinal y del mismo derecho convencional internacional”.

⁽¹³²⁾ No podemos obviar — como observa GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., p. 481 — la situación particular de gran libertad que disfrutaba el pasajero a bordo y que obliga al transportista a aumentar su vigilancia (en nuestro régimen interno, el naviero está obligado a concertar un seguro obligatorio que cubra las responsabilidades por muerte,

En el mismo sentido, el porteador responde de toda pérdida o daño sufrida en el equipaje de sus pasajeros, siempre que el perjuicio ocurriera durante el transporte y sea imputable a culpa o negligencia del porteador o sus empleados o agentes. Está exento, sin embargo, si el perjuicio se produjo en la estación marítima, muelle o instalación portuaria; limitándose, pues, su responsabilidad a la fase propiamente acuática del transporte ⁽¹³³⁾. Lo que ocurría, al principio, en el Derecho romano con las acciones penales *in factum, adversus nautas, caupones et stabularios*, que limitaban la responsabilidad al lugar concreto donde se ejercitaba el negocio (D. 4,9,7 pr.), pero que llega a ampliarse con la introducción de la figura del *receptum nautarum* a todas aquellas cosas aceptadas por el transportista, aun no habiendo sido todavía embarcadas (D. 4,9,1,8; D. 4,9,3 pr.; D. 4,9,3,2). De todas formas, la extensión de la responsabilidad recepticia al equipaje o efectos personales de los viajeros debió ser, en un principio, extraña a la previsión del Edicto pretorio sobre el *receptum*, ya que en D. 4,9,4,2 (Paul. 13 *ad ed.*) recurre a la accesión para ampliar la protección edictal a los objetos de uso personal de los pasajeros ⁽¹³⁴⁾.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad *ex contracto*, con la prueba del daño y de la culpa o negligencia del contratante ⁽¹³⁵⁾. Ahora bien, la doctrina

daños a la persona del viajero y retraso, RD. 1575/1989, de 22 de diciembre) y que, por otra parte, disminuye también su responsabilidad ante la eventualidad de que dicho pasajero obre culposamente.

⁽¹³³⁾ A este respecto es de obligada referencia, en nuestro derecho interno, el art. 703 del Cco.: “El pasajero será reputado cargador en cuanto a los efectos que lleve a bordo, y el Capitán no responderá de lo que aquél conserve bajo su inmediata y peculiar custodia, a no ser que el daño provenga de hecho del Capitán o de la tripulación”. Este artículo establece la analogía del equipaje con la mercancía del contrato de transporte de cosas, en el caso de que aquél no fuera acompañado directamente con el pasajero y bajo su custodia inmediata. De forma que podemos entender que el transportista asume la responsabilidad de la pérdida o daños que sufra el equipaje de su pasajero que sea guardado en bodega (salvo que pruebe vicio del propio equipaje, culpa del pasajero, caso fortuito o fuerza mayor); mientras que, con respecto al equipaje de mano, solo será responsable por hechos culposos atribuibles directamente a él, a su capitán o tripulantes. No será responsable de las pérdidas y sustracciones de dinero, títulos, alhajas u objetos de valor del pasajero que no hayan sido entregados en depósito directamente a él, principio usual en el ámbito de la hostelería. Vid. GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Ibid.*, p. 483. A esta normativa hay que añadir también el art. 3 del Convenio de Atenas, que viene a ampliar la parca regulación que ofrece nuestro Cco. En líneas generales, distingue la responsabilidad del equipaje de camarote, al que aplica las mismas normas que para la responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero; y el equipaje que no es de camarote, en el que se establece una presunción *iuris tantum* de culpa del porteador. Vid. ARROYO MARTÍNEZ, I., *Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y la aeronave...*, cit., p. 983; PADILLA GONZÁLEZ, R.-CLAVERO TERNERO, M., *Transportes...*, cit., p. 527.

⁽¹³⁴⁾ SALAZAR REVUELTA, M., “Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano”, cit., pp. 1.093-1.097; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 203-204 y 105 ss.

⁽¹³⁵⁾ ARROYO MARTÍNEZ, I., *Notas sobre el contrato de pasaje marítimo...*, cit., p. 217.

y la jurisprudencia se han pronunciado sobre la compatibilidad de las acciones contractuales y extracontractuales nacidas del mismo hecho, a elección del perjudicado ⁽¹³⁶⁾. En el Derecho romano también está clara, por un lado, esta concurrencia electiva entre las acciones penales *in factum* y la acción del *receptum nautarum*, si bien ambas otorgaban una responsabilidad *sine culpa e in solidum*; pero, por otro lado, existe también una concurrencia acumulativa entre las acciones contractuales típicas y la *de recepto*: las primeras, dirigidas al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, mientras que la segunda sería más bien utilizada para la obtención de la indemnización al *simplum* de las cosas perdidas o dañadas ⁽¹³⁷⁾.

5. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, cabe hacer unas genéricas consideraciones conclusivas en torno a la responsabilidad del armador y sus limitaciones en nuestro ordenamiento jurídico (al margen de las diferentes cláusulas convencionales del régimen internacional ⁽¹³⁸⁾).

En general, en materia de responsabilidad en el transporte marítimo, existe una suerte de responsabilidad objetiva de buques — originaria del Derecho romano (responsabilidad *ex recepto*) — implícita en la explotación de los que puedan causar daños y perjuicios a terceras personas ajenas a la actividad marítima.

En materia contractual, el armador — o naviero — es responsable de sus propios actos y de los de su capitán, aunque éste se exceda en sus facultades, si las cantidades reclamadas hubieran sido invertidas en beneficio del buque (art. 588 in fine, Cco.). Si bien puede exonerarse en los casos de custodia de las mercancías, haciendo abandono del buque con todas sus pertenencias y de los fletes que hubiere devengado en el viaje (art. 587 Cco.).

Por lo demás, en este régimen de responsabilidad contractual, resultan aplicables las normas generales sobre responsabilidad de nuestro Cc. (arts. 1.101 ss.), en concreto el artículo 1.104 que hace 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” ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁶⁾ Vid., por ejemplo, SSTs de 17 de febrero de 1956 (Aranzadi 1103) y de 31 de mayo de 1982 (Aranzadi, 2610).

⁽¹³⁷⁾ Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*, cit., pp. 170 ss.

⁽¹³⁸⁾ Vid. en GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo aéreo y multimodal)*. Bolonia, 2001, pp. 31 ss.

⁽¹³⁹⁾ Vid. SALAZAR REVUELTA, M., *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...*, cit., pp. 922-926.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el Código de Comercio no contiene disposiciones generales sobre la responsabilidad del armador, por lo que cabe remitirse a la normativa civil. Frente a la responsabilidad ilimitada consagrada en el artículo 1.911 Cc., el mismo Cco. de 1885 recoge la tradicional institución de la limitación de responsabilidad del propietario del buque. A pesar de las críticas que ha recibido, la limitación de responsabilidad del comerciante marítimo continúa siendo un principio del tráfico marítimo universalmente aceptado ⁽¹⁴⁰⁾.

En el Cco español existen, por lo tanto, dos formas de limitación de la responsabilidad: por un lado, la del valor del buque y que se refiere a la responsabilidad civil derivada de abordaje, alcanzando el valor del buque y sus pertenencias y los fletes devengados en el viaje (arts. 837-838 Cco.). Y, por otro, el abandono del buque a sus acreedores, con sus pertenencias y fletes devengados (arts. 587 y 590 Cco.), en el caso de hechos culposos del capitán o tripulantes no ratificados por el armador y siempre que las reclamaciones se refieran a indemnizaciones resultantes de la custodia de las mercancías ⁽¹⁴¹⁾.

En consecuencia, la limitación de la responsabilidad en que incurre el naviero por los actos ilícitos del capitán constituiría una excepción a la normal responsabilidad ilimitada que asume el comitente por los actos que realizara el comisionista en el cumplimiento del encargo recibido, y se explica por los especiales riesgos que, desde siempre, han rodeado la “aventura” marítima — de distinta índole según los mares y las circunstancias de la navegación, pero siempre cuantiosos e impredecibles para el naviero —. La lejanía del capitán que impedía al naviero impartirle instrucciones en el curso de la navegación, las dificultades para realizar un cálculo exacto de las indemnizaciones, etc. serán circunstancias que justificarán que el propietario limite su responsabilidad al patrimonio que empeñaba en la expedición marítima: el buque y el flete.

⁽¹⁴⁰⁾ En torno al tema, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La limitación de responsabilidad del naviero en el Código de Comercio*, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al prof. Manuel Broseta Pont*, tomo I (Valencia, 1995), pp. 935-936.

⁽¹⁴¹⁾ Estas cuestiones en GONZÁLEZ-LEBRERO, R. A., *Curso de Derecho de la navegación...*, cit., pp. 264-265; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., *La limitación de responsabilidad del naviero...*, cit., pp. 935 ss.; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías...*, cit., pp. 475 ss. (especialmente, pp. 533 ss.).

53 O Sistem. Contract. Romano

