

LA ASUNCIÓN DE RIESGOS Y LA SEGURIDAD EN EL TRANSPORTE MARITIMO

JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO

Universidad de las Palmas de Gran Canaria

Aunque el Derecho mercantil, según la opinión tradicional¹, nace a partir de los siglos XII y XIII, no podemos negar la existencia de instituciones en el Derecho romano que aparecen para atender las nuevas necesidades que surgen con el auge del tráfico comercial marítimo y que inexorablemente conforman un derecho comercial romano que deja su impronta en el derecho mercantil vigente, como veremos en relación al contrato de seguro de prima fija y de mutualidad.

El seguro es hoy un elemento indispensable en el transporte marítimo, sin él comercio y la navegación serían inconcebibles ya que existen intereses amenazados en cada expedición marítima. Sin su existencia, sería impensable que los distintos sujetos del transporte actuaran, al menos por su propia cuenta y riesgo; de ahí que su importancia es tal que, sin el menor género de dudas, el progreso de la humanidad se debe en grandísima medida a la existencia del seguro marítimo. En el Derecho romano encontramos el embrión de los seguros marítimos en la asunción de riesgos por parte del prestamista en el *foenus nauticum*², en base a la estructura aleatoria del contrato y a la situación de incertidumbre hasta la llegada a buen puerto de la nave³ y el *pretium periculum* que se configura como una prima del riesgo. Veremos, también, cómo se establecen una serie de medidas que trataron de incentivar el transporte, dado que éste se ve sometido a cuantiosos intereses ligados a la expedición, de ahí que, como tendremos ocasión de analizar, surjan también una serie de figuras tendentes a atenuar o a eliminar los riesgos que pueden acaecer durante la navegación.

1 GOLDSCHMIDT, L., *Universalgeschichte des Handelrecht*, Stuttgart, 1981.I, 3 ss.

2 Este préstamo ha sido objeto de numerosas monografías DE MARTINO F., *Sul foenus nauticum* en Riv. Dir. Nav. I, 1935, 226. Ancora sul foenus nauticum id. II, 1936, 433 ss. BISCARDI A., *La struttura classica del foenus nauticum*, Studi Albertario II, Milano, 1953, 349 ss. ROUGE J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*, Paris, 1966, 345 ss. VISKY, *Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe in römisches Recht*, RIDA 16, 1969, 394 ss. CASTRESANA A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca, 1982. PURPURA G., *Ricerche in tema di prestito marittimo* Ann. Palermo 39, 1987, 189 ss.

3 Purpura considera que el *periculum creditoris* de este préstamo y las *usurae nauticae* eran computadas por empresa marítima y no por el tiempo PURPURA G., *Ricerche in tema di prestito marittimo...*, 279.

I. INCENTIVOS, ASUNCIÓN DE RIESGOS Y SEGURIDAD EN EL TRANSPORTE

La transformación de Roma por su crecimiento, con la consiguiente necesidad de abastecer al ejército desplazado a gran distancia de la capital, exigió disponer de productos y transporte para solucionar los problemas de avituallamiento. De ahí la importancia de controlar y asegurar el aprovisionamiento de la ciudad de Roma y del ejército, sobre todo en las dos materias básicas de consumo el grano, vino y aceite⁴. En este sentido, precisamente, nos encontramos con fuentes donde es notorio como el Estado asume el riesgo de la navegación como observamos del testimonio de Livio en:

Liv 23.48.10-12: Prodeundum in contionem Fulvio praetori esse, indicandas populo publicas necessitates cohortandosque qui redempturis auxissent patrimonia, ut rei publicae, ex qua creuissent, tempus commodarent, conducerentque ea lege praebenda quae ad exercitum Hispaniensem opus essent, ut, cum pecunia in aerario esset, iis primis solueretur. Haec praetor in contione edixit quo uestimenta frumentum Hispaniensi exercitui praebenda quaeque alia opus essent naualibus sociis esset locaturus.

Liv. 23.49.1-3: Ubi ea dies uenit, ad conducendum tres societates aderant hominum undeuginti, quorum duo postulata fuere, unum ut militia uacarent dum in eo publico essent, alterum ut quae in naues imposuissent ab hostium tempestatisque ui publico periculo essent. Vtroque impetrato conduxerunt priuataque pecunia res publica administrata est

Concretamente, los textos citados, hacen referencia a cómo durante las guerras púnicas la República asume el riesgo de la pérdida de las mercancías destinadas al avituallamiento de los ejércitos en Hispania, en los supuestos de tempestad y de ataques de los enemigos⁵. Es obvio que, a primera vista, no se trata de un contrato de seguro marítimo sino de la asunción de riesgos por parte del Estado en aras a garantizar un contrato de transporte de servicio público al estar en juego la defensa de la República. Así, del texto se desprende un compromiso, por parte de los transportistas, de desempeñar el servicio con la condición de quedar exentos del servicio militar y de los riesgos que acaecieran durante la travesía, ya que estos pasan al Estado; esto último, se inserta como cláusula accesorio al contrato de transporte en el que se produce una inversión en la carga del *periculum* porque la mercancía es la que el estado quería transportar para pertrechar sus ejércitos.

4 Es importante destacar los llamados *tituli picti* que nos informan acerca de la comercialización y control del producto, tanto por su origen como por su calidad; arrojando más luz sobre la comercialización del producto desde el punto de vista económico y del proceso de distribución y el régimen jurídico del mismo, vid a este respecto GÓMEZ- IGLESIAS CASAL, A. *Aspectos jurídicos de la actividad comercial en Roma y los tituli picti*, REHJ 32, 2010, 59 ss.

5 A partir de la lex Gabina de bello pirático se mantiene una política más exhaustiva contra la piratería y también contra el contrabando, vid. MONACO L., *Persecutio piratarum*, Napoli 1996.

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

A priori, estas convenciones⁶ por las que se producía la asunción del riesgo, por parte del Estado, de contingencias derivadas de las inclemencias meteorológicas y del ataque del enemigo, e incluso algún que otro incidente marítimo⁷, tuvieron también un efecto negativo dado que provocaron el fraude y la simulación de naufragios⁸. Así, contextualizando esta afirmación, algunos mediante astucia aprovecharon esta responsabilización para realizar carga de género de escaso valor en naves anticuadas y destartadas para hundirlas y realizar la conveniente protesta alegando pérdidas superiores o declarando haber sufrido el incidente, como se desprende de Livio, 25.3.10-11:

Hi, quia publicum periculum erat a ui tempestatis in iis quae portarentur ad exercitus et ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae uera renuntiauerant fraude ipsorum facta erant, non casu. in ueteres quassasque naues paucis et parui pretii rebus impositis, cum mersissent eas in alto exceptis in praeparatas scaphas nautis, multiplices fuisse merces ementiebantur.

Ahora bien, durante los meses de invierno, en los que la navegación era bastante complicada, sobre todo entre noviembre y abril, existe la necesidad de incentivar el transporte para evitar la falta de provisiones, así Claudio induce a los *negotiatores* a que acometan el porte reembolsando a los mismos gastos por los daños o pérdidas que puedan acaecerles durante la navegación a fin de incentivar los viajes, como nos informa Suetonio en su *De vita Caesarum*, en su capítulo 18 de los destinados a Claudio 18.4:

Nihil non excogitavit ad inuehentos etiam tempore hiberno commeatus. Nam et negotiatoribus certa lucra proposuit suscepto in se damno, si cui quid per tempestates accidisset, et naves mercaturae causa fabricantibus magna commoda constituit pro condicione cuiusque

Esta medida, sin lugar a dudas, constituía un acicate para los comerciantes que no querían exponer sus naves sin una garantía; en este sentido, también el emperador Trajano garantizó esta política de incentivos, mediante *vacatio muneris publici* a los *navicularii* que servían a la *annona*⁹. En este mismo contexto, también es lapidario el rescripto de Adria-

⁶ CHECCHINI A., *I precedenti e lo sviluppo storico del contratto di assicurazione*, Scritti giuridici e storico-giuridici II, Padova, 1958, 344, nos comenta el autor que se trata de convenciones de asunción de riesgos por parte del Estado y no de un contrato de seguro.

⁷ Con un análisis pormenorizado de los accidentes principales en relación al abordaje, naufragio, saqueo, asalto Vid. ZAMORA MANZANO J., *Averías y accidentes en Derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, 75 ss. También en *Derecho comercial romano*, Madrid, 2013 66 ss.

⁸ Sobre la protesta e investigación del naufragio vid. SOLAZZI S., *Su CI 11.6 de naufragiis*, en Scritti v.III, Napoli 1963, 165 ss. Se procedía a la tortura de la tripulación para poder realizar la diligente investigación de todas las naves sumergidas tal y como se desprende de C.11.6.3: *Quotiens obruta vel submersa fluctibus navi examen adhibetur competentis iudicis, duorum vel trium nautarum quaestione habita ceteri ab huiusmodi nexu liberentur. quid est enim, quod non abunde intra praefinitum numerum sollers quaesitor inueniat?*.

⁹ D.50.6.6.3 (Calistrato 1 De Cog.): *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt. nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem*

no al que alude Calistrato en D.50.6.6.5: *Divus hadrianus rescripsit immunitatem navium maritimarum dumtaxat habere, qui annonae urbis serviunt*, que concedió la inmunidad de las cargas municipales a aquellos que se dedican al transporte en beneficio de la *annona* de la ciudad, garantizándose así el servicio público: *Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt*. (D.50.6.6.(5).3). A priori, lo ya señalado obedece a compensar el riesgo que asumen al desempeñar este servicio fuera de su ciudad, eximiéndoles de cualquier gasto.

Pero retomando el texto de Claudio, la medida mencionada en el fragmento iba dirigida a promover el transporte de productos de primera necesidad, sobre todo del trigo, por los problemas y desórdenes que se produjeron debido a la carestía del cereal, lo que propició una serie de medidas políticas intervencionistas en el orden económico¹⁰.

Es obvio que los riesgos inherentes a la navegación y la importancia creciente del transporte marítimo provocaron numerosas providencias que trataron de garantizar el comercio en aras al interés general, en este último caso, según se desprende de Suet. Claud. 18-19.4, salvaguardando a los transportistas, sin que ello implique un verdadero y propio contrato de aseguramiento de las posibles contingencias, sino una simple asunción del riesgo por parte del Estado. En definitiva, se trata de una transferencia del *periculum* al Estado por la asunción del mismo en los supuestos de transporte de *species publicae*.

Así las cosas, en este mismo contexto, existió la necesidad de preservar los riesgos que derivaron del transporte de *pecunia publica* como nos indica la respuesta que Cicerón da a una carta de Salustio sobre la entrega de cuentas provenientes de un botín¹¹, veamos el fragmento Cic. Ad fam 2.17.4:

Rationes mei quaestoris nec verum fuit me tibi mittere nec tamen erant confectae. Eas nos Apameae deponere cogitabamus. De praeda mea praeter quaestores urbanos, id est populum Romanum, terruncium nec attigit nec tacturus est quisquam. Laodiceae me praedes accepturum arbitror omnis pecuniae publicae, ut et mihi et populo

publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse, en igual sentido vid. Bas.54.6.6.3

10 Frente al liberalismo económico, que no controlaba la provisión y la especulación del grano, se produce la intervención y el control de mercados con la creación del *Prefecto annonae*, encargado de la política de racionamiento y control de los cereales y alimentos y por el marco jurídico que instituye la *lex iulia annonaria* del año 18 a efectos de mantener el orden en los mercados ya que trato de reprimir el acaparamiento de productos alimenticios a fin de provocar una subida de precios artificial, en particular los cereales, ya sea mediante la creación de monopolios o agrupaciones de proveedores, auténticos *trusts*, con el fin de acaparar y provocar la alteración de los precios. Por ello, la política económica trato de incentivar a aquellos que desempeñaban un servicio a favor de la *annona*, consiguiendo a cambio ventajas y exenciones fiscales; de una política liberal de mercado pasamos a una política *annonaria* intervencionista.

11 El régimen jurídico del botín de guerra es controvertido, si bien no se duda de que existía una directa administración y disposición del mismo por el interés público que conlleva. Se debe distinguir si el botín proviene de un saqueo permitido a los soldados o del propio del comandante. Lo cierto es que, a pesar de muchas de las conjeturas recogidas por DE MARTINO F., *Su pretesi precedenti dell'assicurazione, en Diritto privato e società romana*, Roma, 1982 p.226 ss, la carta alude a la administración pública de la pecunia del cuestor que estaba sometido a ciertas garantías de devolución

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

cautum sit sine vecturae periculo. Quod scribis ad me de drachmum CCClccc, nihil est quod in isto genere cuiquam possim commodare. Omnis enim pecunia ita tractatur ut praeda a praefectis, quae autem mihi attributa est a quaestore curetur.

En la primera parte, se infiere como Cicerón desmiente el haber enviado las cuentas de su cuestor a Salustio, como este efectivamente creía; asimismo, también se afirma que las mismas no estaban completas y que la intención era depositarlas en Apamea. El texto ofrece muchas conjeturas y una interpretación poco clara ya que falta saber que le había solicitado Salustio a Cicerón, siendo este último procónsul de Cilicia y los motivos por los que se habría enviado el dinero a Salustio, que era procuestor en Babilonia provincia de Siria, y qué podía haber sugerido en relación al uso del mismo. Dejando a un lado los motivos del envío, hay que ver si realmente las relaciones contractuales¹² se construyen para preservar la *pecunia publica* (cien mil dracmas) procedente del botín del riesgo de la navegación. Es obvio, siguiendo a De Martino, que dichas relaciones no pueden ser consideradas como un seguro, tal y como lo conocemos hoy en día. Podría incluso considerarse como una venta con precio diferido, para ser este reenviado a Roma, e incluso, podría darse otra interpretación que justifique el nexo contractual, considerando el mismo en base a una especie de letra de cambio, en tanto en cuanto Cicerón, habría depositado el dinero en *Laodicea*, Siria, para posteriormente acreditar su equivalente en Roma¹³. A pesar de todas estas conjeturas, y siendo obvio que no existía un contrato de seguro de la pecunia, se trató de garantizar la contingencia que podía afectar el transporte marítimo de la pecunia publica procedente del botín; así, el fragmento menciona la presencia de los *praedes* que van a actuar como garantes de esa relación comercial entre particulares y el Estado. Llegados a este punto, es más lógico pensar que el nexo se basó en un contrato de mutuo de transferencia de la *pecunia publica* con la obligación de restituirla en Roma, con el pago de intereses y la dación de *praedes*, a fin de minimizar los riesgos de su transporte.

Retomando nuestras medidas destinadas a estimular o incentivar el transporte, al margen de las ya comentadas, en las que el Estado asumía de forma directa las contingencias, existieron otras que otorgaban privilegios y la inmunidad fiscal, e incentivaban la construcción de naves de cierto tonelaje para el transporte de la *annona*, con el privilegio de acceder a la ciudadanía, como nos comenta Gayo en relación a un Edicto de Claudio que obligaba a destinar dichas naves al menos un periodo de seis años para mantener la concesión de dichas prebendas Gai 1.32c: *Item edicto Claudii Latini ius Quiritium consecutur, si nuven marinam aedificaverint, quae non minus quam decem milia modiorum frumenti capiat, eaque navis vel quae in eius locum substituta sit, sex annis frumentum Roman portaverit.*

En época de Marco Aurelio también el jurista Scévola 3 libr. Reg. D.50.5.3: *His, qui naves marinas fabricaverunt et ad annonam populi romani praefuerint non minores quinquaginta annis*

12 HUVELIN P., *Droit commercial romain*, Paris, 1904, p. 97 ss; e *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, p. 96 ss.

13 Vid. DE MARTINO F., *Su pretesi precedenti dell'assicurazione...* 225 n. 10; con citas a GOLDSCHMIDT L., *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, 1913, 275 ss. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, XII (trad. Bertolini- Di Marzo), Milano, 1905, p. 191.

ginta milium modiorum aut plures singulas non minores decem milium modiorum, donec hae naves navigant aut aliae in earum locum, muneris publici vacatio praestatur ob navem. senatores autem hanc vacationem habere non possunt, quod nec habere illis navem ex lege iulia repetundarum licet.

Del texto se infiere, como se incentivaba la construcción de naves de cincuenta mil modios¹⁴ o varias de diez mil, aproximadamente medio millón de litros, destinados a la *annona*, concediéndose, también exención fiscal *vacatio* o *excusatio* de *munera publica*, mientras mantengan las mismas. La finalidad es obvia, remunerar el peligro que éstos corrían al realizar numerosos viajes para aprovisionar a los municipios de productos de primera necesidad. Ahora bien, la concesión de dicha inmunidad no supuso una falta de control para poder acceder a este régimen de exenciones, ya que podía producirse evasión de impuestos¹⁵ o fraude fiscal, al igual que se producía con la simulación de naufragios. En previsión de esta eventualidad, se establecen dos requisitos que debían de reunir los comerciantes: por un lado, tener invertido en el negocio de porte la mayor parte de su patrimonio: *Navicularii et mercatores olearii, qui magnam partem patrimonii ei rei contulerunt, intra quinquennium muneris publici vacationem habent* (Scevola, 1 Reg. D.50.4.5); y, por otro, aumentar la inversión de capital conforme van incrementando los beneficios del transporte¹⁶, así se infiere del texto de Calistrato en la que alude a una providencia de Adriano en D.50.6.6 (5).8: *Negotiatio pro incremento facultatum exercenda est. alioquin si quis maiore pecuniae suae parte negotiationem exercebit, rursus locuples factus in eadem quantitate negotiationis perseveraverit, tenebitur muneribus, sicuti locupletes, qui modica pecunia comparatis navibus muneribus se publicis subtrahere temptant: idque ita observandum epistula divi hadriani scripta est.*

En este mismo contexto, en el Derecho postclásico también encontramos fragmentos que implican la asunción del riesgo y la inmunidad fiscal en los supuestos de transporte y de echazón, como se desprende de la providencia de los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio del año 391, CTh.13.9.4:

Quae in naufragiis pereunt, nolumus nobis cum possessoribus, vel senatoribus vel privatis, esse communia, si quidem naufragii detrimentum fiscus agnoscat; quod interdum non grandis dispendii esse monstratur, si vexatam fluctibus navem levis iactura defendat quam si pondere suo gravatam pelagi unda submergat. Ubi vero non

14 Las naves podían ser confiscadas para realizar transporte al servicio público sobre todo las de tonelaje superior a los dos mil modios, vid. C.11.3(4).2.

15 Previsión que realizó Antonino Pío en relación a aquellos que simulaban realizar transporte público para eludir tributos como se infiere de D.50.6.6(5).9: *Divus quoque pius rescripsit, ut, quotiens de aliquo naviculario quaeratur, illud excutiat, an effugiendorum munerum causa imaginem navicularii induat.*

16 Los *navicularii* prestaron uno de los servicios públicos de mayor relevancia y envergadura durante la tardía época imperial, vinculados de modo permanente al desempeño de la *annona publica*, los *navicularii* eran los encargados de transportar productos esenciales para la vida cotidiana. No es posible establecer un momento histórico exacto en el cual éstos comenzaron a encargarse del aprovisionamiento de las ciudades, pero sí se sabe que inicialmente debieron ser propietarios de embarcaciones destinadas al porte de mercancías, si bien en las fuentes se emplean otras expresiones para referirse a ellos tales como *mercatores* y *negotiatores*, vid. PENDÓN MELÉNDEZ E., *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho romano*, Madrid 2002, p 312 ss.

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

est testis periculi, restituantur damna naufragii et dispendia prosecutoris fraudibus inferantur, ut ad eorum iniuriam retorqueantur, qui minus idoneos nominarunt, non ad eos redeant, quos semel constiterit fuisse devotos¹⁷.

El texto recogido en el título *de naufragiis* hace referencia al *iactus* de la mercancía para salvar la nave, es decir la causación del alijo, que se produce de forma voluntaria en los supuestos de avería. Otro aspecto interesante a destacar, según se infiere del texto, es que los dueños de la mercancía son dispensados de la contribución, respecto a lo que estos hayan aportado como contribuyentes por la parte que corresponde al estado. A este respecto, parece ser que continua una asunción por parte del Fisco de los riesgos inherentes al viaje y a los privilegios de los que desempeñan el servicio público de transporte *annonario*, encomendado, principalmente a los *navicularii*¹⁸.

Además de los incentivos, el estado se preocupa por la seguridad de las naves, frente a los posibles actos de depredación¹⁹ con relación al transporte de *publicas species*, esta garantía se establece en una Constitución del año 357 dada por Constancio, CTh 13.5.9: *nullam vim oportet navicularios sustinere delegatas species annonarias transferentes nec concussionem perpeti nec aliquod genus incommodi, sed venientes ac remeantes omni securitate potiri, decem auri libras multa proponenda his, qui eos inquietare temptaverint*²⁰.

A este respecto, el texto, *ad pedem litterae*, establece una pena de diez libras contra aquellos que perturban la seguridad en el transporte o realicen cualquier acción que pueda comprometer el mismo. Es evidente, que la piratería y los actos de latrocinio eran una

¹⁷ Reproducida de forma parcial en C.11.6.4: Pro his, quae semel a collatoribus illata naufragiis perierunt, nolumus nobis aliquam cum possessoribus, sive senatores sive privati sint, esse communionem vel aliquid periculi ad eos redundare.

¹⁸ A éstos, como venimos comentando, se les concedían privilegios y porcentajes en función de la mercancía transportada y distancia, como el *epimetrum*. Sobre las exenciones en el Edicto de precios vid. In. 80,87,89, 104 *praeter onera fiscalia quae formam suam optinent/ praeter frumenta fiscalia quae ex singulis*. Ed. GIACCHERO M. *Edictum Diocleciani et Collegarum de pretiis rerum velanum*, Genova, 1974, p. 226. Sobre los privilegios de los *navicularii* y su retribución por el servicio, vid. DE SALVO L, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, Messina, 1992, 325 ss. Desde el punto de vista de la categoría de los *navicularii* se distinguían los que navegaban por los ríos o lagos los *amnici* o *nautae* de los *marini* o armadores de barcos o incluso aquellos que explotaban económicamente un barco coincidiendo con la expresión *exercitor*, vid. SIRKS, *Food for Rome. The legal structure of transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam, 1991, p. 26 ss.

¹⁹ Vid. Teniendo en cuenta la importancia que tuvo la legislación imperial en orden a crear una serie de normas específicas, que evitaran las apropiaciones ilegítimas en los casos de naufragio, tratando de dar una regulación uniforme en el ámbito marítimo, dado el despliegue del transporte de mercancías y también de viajeros, sin dejar de reprimir aquellos delitos que afectaban a los mismos vid. PINZONE A., *Naufragi, fisco e trasporti marittimi nell'età di Caracalla (Su C.I.11.6.1) obra publicada en Quaderni Catanesi di studi classici e medievali*, 4 (1982), 64. Vid. Sobre la investigación de los naufragios PERALTA ESCUER T., *La responsabilidad penal a causa del naufragio en el Derecho romano*, RGDR 16 (2011) (www.iustel.com) (fecha consulta: 28.01.14).

²⁰ C.11.1.3. ROUGE J., *Recherches sur l'organisation du commerce...* p. 72.

constante²¹, muchas veces provocando naufragios desde la costa²² o asaltando la embarcación con otra nave²³. A fin de poder luchar contra este tipo de contingencias y garantizar la seguridad del transporte marítimo, se promulgaron normas para evitar este tipo de incidentes, tutelando también los naufragios²⁴; si bien, es en el Bajo imperio donde se produce una regulación exhaustiva buscando el transporte seguro de mercancías destinadas a la *annona*, de esta forma, se mantiene la pena del cuádruplo establecida en el edicto del pretor y a la que se refieren los emperadores Arcadio y Honorio en una providencia del año 400 d.C., CTh 13.5.29: *deprehensae fraudes iure puniuntur. solidos itaque, quos sublimitas tua eruerit valuit ab his, qui in navicularios praedas egerunt, volumus naviculariorum commodis reservari. et ne simpli poena in raptore constituta crescat audacia, in posterum sancimus, ut, quicumque in rapinis fuerit deprehensus, in poenam quadrupli teneatur*

21 Fueron frecuentes, junto a las situaciones bélicas, el ataque de piratas, que llevaban a cabo el asalto de la nave o incluso el secuestro y la solicitud de rescate para su recuperación, ZAMORA MANZANO J., *Averías y accidentes en Derecho marítimo...*, p.103.

22 Se provocaron naufragios mediante falsas señalizaciones luminosas como se infiere del fragmento de Ulpiano 1 libr. Opin.D47.9.10: *Ne piscatores nocte lumine ostenso fallant navigantes, quasi in portum aliquem delaturi, eoque modo in periculum naves et qui in eis sunt deducant sibi que execrandam praedam parent, praesidis provinciae religiosa constantia efficiat.*

23 En ocasiones hubo que buscar flotas que garantizaran la navegación segura, sobre todo desde los almacenes de la *annona* en Alejandría, donde nos encontramos una disposición de Honorio y Teodosio que trata de establecer inmunidad fiscal como acicate a los portadores vid. CTh 13.5.32: *cum navarchorum coetus circiter provincias orientis inopia navium titubaret et investigandae classis optentu insularum secessus obiret et navigandi opportunitate transacta iudiciorum indignatio sine transvectionis expectaretur effectum, merito celsitudo tua praefecto augustali et insularum praeside conventis alexandrinae et carpathiae classis summates et nonnullos alios naucleros eo professionis adduxit, ut onus frumentarii comiteatus, qui per orientales nauarchos ex alexandrinae civitatis conditis consuevit ad sacratissimam urbem transferri, in suam fidem susceptum ad eadem augustissimae urbis horrea comportarent, solaciis pro mercedula praestitis ex tributariae pensitationis inmunitate vel ex eo, quod vocatur filikon, nec non etiam aliis, quae tuae cognitionis limavit examen; ita ut, super naufragiorum, quae contingunt casibus usitato more habita quaestione, si qui calculus modulationis dicatur tempestate maris deperisse, sub tuae sedis auditione nequaquam feratur acceptus, sed haec dispendii lacuna in omne naviculariorum concilium, pro rata scilicet contingentis muneris, deferatur. haec igitur nostra lege firmamus.* Otras medidas incentivadoras en relación a la falta de armadores orientales se habían tomado ya por Valente en el año 371 (Th 13.5.14) que permitieron completar las flotas con el *corpus naviculariorum* e incluso con senadores, dado que eran los que más dinero invertían en este tipo de expediciones, siendo normal las inmunidades fiscales a los mismos.

24 El Edicto del pretor recogía la acción al cuádruplo para tutelar los actos de latrocinio cometidos con ocasión del naufragio Ulpiano 56 Ed., D.47.9.1-5 en los supuestos de sustracción: *in eum, qui ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata quid rapuisse recepit dolo malo damnum quid in his rebus dedisse dicitur: in quadruplum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, post annum in simplum iudicium dabo. item in servum et in familiam iudicium dabo.* Los depredadores son identificados como *piratae* en los supuestos de apoderamiento de objetos del naufragio, fijándose el castigo de la *relegatio* o del *opus publicum* en función de la *qualitas personarum*, según el rescripto del emperador Antonino Paulo 54 Ed., D.47.9.4.1: *Divus antoninus de his, qui praedam ex naufragio diripiissent, ita rescripsit: "quod de naufragiis navis et ratis scripsisti mihi, eo pertinet, ut explores, qua poena adficiendos eos putem, qui diripiisse aliqua ex illo probantur. et facile, ut opinor, constitui potest: nam plurimum interest, peritura collegerint an quae servari possint flagitiose invaserint. ideoque si gravior praeda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus caesos in triennium relegabis aut, si sordidiores erunt, in opus publicum eiusdem temporis dabis: servos flagellis caesos in metallum damnabis. si non magnae pecuniae res fuerint, liberos fustibus, servos flagellis caesos dimittere poteris". et omnino ut in ceteris, ita huiusmodi causis ex personarum condicione et rerum qualitate diligenter sunt aestimandae, ne quid aut durius aut remissius constituatur, quam causa postulabit.*

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

La responsabilidad de estos actos de latrocinio, según se desprende de la Constitución, se salda mediante los bienes de los que actúan contra la seguridad cometiendo despojo, al mismo tiempo que se confirma la pena del cuádruplo, establecida ya en el edicto²⁵.

Por otro lado, también resulta preciso destacar que existe una preocupación por la malversación de género publico así se desprende de otra de las constituciones promulgadas por los mismos emperadores nueve años más tarde recogida en CTh.13.5.33²⁶: *qui fiscales species suscepit deportandas, si recta navigatione contempta litora devia sectatus eas avertendo distraxerit, capitali poena plectetur*. En suma, del texto se infiere que aquel que trato de eludir la navegación segura buscando malversar la mercancía que viaja como un transporte de servicio público de *fiscales species*, será castigado con la pena capital. Está claro que la intención del armador podía ser: por un lado, la de obtener ventajas y privilegios fiscales por desempeñar el transporte, y, por otro, obtener un lucro aprovechándose del género que transportaba mediante su malversación y posterior venta.

Siguiendo con nuestro contexto, otra medida dirigida a garantizar la seguridad y el normal funcionamiento del transporte, es lo concerniente al hecho de que las naves pudiesen zarpar de forma libre y sin obstaculización fraudulenta, para dar cumplimiento a esta previsión, se dictó en el 410, una providencia por parte de los emperadores Honorio y Teodosio, contenida en CTh.13.5.34²⁷: *iudices, qui in portibus dioeceseos suae onusta navigia, cum prosperior flatus invitat, sub praetextu hiemis inmorari permiserint, una cum municipibus et corporatis eiusdem loci fortunarum propriarum feriantur dispendiis. navicularii praeterea poenam deportationis excipiant, si aliquid fraudis eos admisisse fuerit revelatum*

Lógicamente, no se trata de un supuesto en el que se impedía la navegación por condiciones meteorológicas adversas, sino que se pretendía garantizar la salida de las naves sin que, los porteadores o transportistas, se vieran afectados por medidas arbitrarias, quizá con la finalidad de impedir la libre concurrencia de productos de la *annona* o comportamientos colusivos que trataban de crear un monopolio provocando que las naves quedasen retenidas de forma injusta. De esta forma la Constitución establecía la responsabilización específica de los implicados en la retención u obstaculización de las naves, como jueces, munícipes y las corporaciones, a los que, en caso de cometer dichos actos ilícitos, se les aplicaba la pena de confiscación de sus bienes. Además, la providencia contempló la posibilidad de aplicar la pena de deportación a aquellos patrones que habían provocado algún fraude, en relación con la salida, por ejemplo induciendo a que no se llevara a cabo una estiba o carga de la nave o, simplemente, obstaculizando la salida de otras embarcaciones.

Por otro lado, existía también, una previsión en torno al transporte de *species publicae* en relación a los *portitores frumenti*, a fin de evitar la mezcla de cargamento privado en los supuestos de naufragio. Así, en la providencia del año 395 d.C., de Arcadio y Honorio dirigida al prefecto Pretorio contenida, CTh.13.8.1: *oneri publico sarcinam privatam ne quis imponat nec audeat portitores frumenti ad suscipiendum onus aliqua necessitate compellere. hoc enim facto adque commissio non in dispendium solum adque naufragii damnum tenebitur obligatus, verum etiam publicae coercitionis experietur vigorem*, se observa que

25 CARNAZZA RAMEZZA G., *Studio sul diritto penale de romani*, Roma, 1972, p. 208 ss.

26 C.11.1.7 (5).

27 C.11.1.8(6).

los responsables por mezclar cargamento público con privado, en caso de naufragio, responden de los gastos y perjuicios ocasionados, que, conforme a las disposiciones anteriores, se realizará con cargo a su patrimonio.

II. *PRETIUM PERICULI* Y LA CONFORMACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS TÉCNICOS DEL CONTRATO DE SEGURO

A nuestro juicio, dejando a un margen la asunción de riesgos y los mecanismos dirigidos a estimular y asegurar el transporte en el elenco de textos anteriormente citados, encontramos un precedente o un germen de los elementos del seguro marítimo en el préstamo marítimo o *foenus nauticum*²⁸, instituto que permitía obtener capitales para comprar mercancías²⁹ o transportar el dinero para proceder a la compra en otros puertos, siendo el porte del dinero o, en su caso, la mercancía a riesgo del acreedor. Por ello, la amortización del capital estaba condicionada a la llegada de la nave a buen puerto. La ventaja para el prestatario era encontrarse cubierto de los riesgos de la navegación, como contrapartida el acreedor entregaba su capital a interés muy elevado, muchas veces hasta el doble del capital prestado, de esta forma el préstamo marítimo cumplía una función aseguradora, y en él se vislumbra el antecedente remoto de los seguros marítimos.

Ciertamente, la ventaja para el deudor era encontrarse cubierto de los riesgos de la navegación, mientras que el acreedor colocaba su pecunia a interés muy elevado *usurae supra duplum*. Se aprecia, desde un punto de vista financiero, una técnica jurídica mixta entre préstamo y un mecanismo asegurativo del riesgo³⁰. La asunción de los mismos no

28 Sobre este préstamo marítimo Modestino en D.22.2.1 señala: *Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit* vid. PURPURA G., *Ricerche in tema di prestito marittimo*, ...op. cit., p. 189. CASTRESANA A., *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, p.64 y ss. DE MARTINO F., op. cit. p. 226.id. *Ancora sul foenus nauticum*, p.433 lo considera como un mutuo con *stipulatio usurarum*, en el que solo la pecunia constituye el objeto del contrato. vid. RODRIGUES ROCHA, F., *Do foenus nauticum no Direito romano: o dealbar e a recompreensao do contrato de seguro*, *Direito Romano Poder e Direito*, Coimbra, 2013, p.477 ss.

29 El dinero se podía consumir en el puerto de salida para la compra y exportación de mercancías viajando las mismas a riesgo del prestamista, lo cual no desvirtúa el negocio, vid. BISCARDI A., *La struttura classica del foenus nauticum*, Studi E. Albertario II, Milano, 1953, 349 ss. VISKY K., *Das Seedarlehen und die damit verbundene Konventionalstrafe in römischen Recht*, Rida 16, 1969, p.394 ss. En contra y considerando que la consumición del dinero en puerto de salida sí desvirtúa el negocio CASTRESANA A., *El préstamo marítimo griego... op. cit.* p.67. LITEWSKI W., *Römisches Seedarlehen*, Iura 24, 1974, p.123 ss.

30 Algunos autores consideran la asunción del mismo como elemento accidental que debe pactarse por el acreedor cuando hace la *datio pecuniae*, vid. DE MARTINO F., *Sul foenus nauticum...*, p. 126 apoyándose en C.4.33.5: *Traiecticiae quidem pecuniae, quae periculo creditoris mutuo datur, casus, antequam, ad destinatum locum navis perveniat, ad debitorem non pertinet, sine huiusmodi vero conventionem infortunio naufragii non liberabitur*. LITEWSKI W., *Römisches op. cit* p. 128 el a. lo considera como elemento accidental según D.22.2.4 y C-4.33.2-5 y esencial en D.22.2.1 y 45.1.122.1. Como elemento esencial BISCARDI A., op. cit. 353 y en *Actio pecuniae traiecticiae*, Torino, 1974, p. 119 ss; el a. sostiene la necesidad de una *stipulatio poena*, como promesa de pagar una suma de dinero en el caso en que no fuese realizada la prestación, esta afirmación constituye el punto de partida para considerar que la *actio pecunia traiecticiae*, derivaba de la *stipulatio* penal que solían introducir las partes en el negocio marítimo. No podemos olvidar que este negocio se formalizaba a través de una *stipulatio* genérica que revestía la *numeratio* y los distintos *pacta usurarum* que abarcaba la restitución del capital y de los intereses.

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

necesitaba de un acuerdo explícito, ya que constituía un elemento esencial³¹, siendo el prestamista el que asumía los riesgos de la navegación haciendo suyas todas las contingencias marítimas. De esta forma, el prestamista al asumir el riesgo elevaba los intereses³².

Existe una relación directa entre riesgo e intereses, para ello existía una *stipulatio*³³ que englobaba todos los acuerdos adoptados³⁴ por las partes, según la cual a mayor riesgo mayor interés, *cum o sine periculum creditoris* ya que este según D.22.2.4.pr podía ser pactable, según nos comenta Papiniano 3.Resp.:

Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. utrobique igitur maius legitima usura faenus non debetur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo: nec pignora vel hypothecae titulo maioris usurae tenebuntur

A este respecto, las sentencias de Paulo 2.14.3 también aluden al principio de proporcionalidad interés-riesgo y que permiten al prestamista un interés superior como se desprende del final del fragmento: “*traiecticia pecunia propter periculum creditoris quandiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest...*”

En la misma línea, nos encontramos con una providencia del año 286 de los emperadores Diocleciano y Maximiano que hace alusión a que el préstamo está a riesgo del acreedor y que, por tanto, está exento de intereses hasta que la nave haya llegado a buen puerto³⁵, si bien, se considera que no es dudoso que se puedan exigir intereses de la cantidad prestada más allá de lo lícito C.4.33.2 :*cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profiteris, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse.*

31 Es opinión común de la doctrina anteriormente citada, que se basa principalmente en D.22.2.1 *utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent, tunc enim traiecticia pecunia fit* y también C.4.33.2 *nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profiteris non est dubium, pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse.*

32 Tanto DE MARTINO, op. cit 233, como LITEWSKI op. cit 165 consideran necesaria la estipulación de los intereses, BISCARDI, *Actio pecuniae* op. cit 288 considera que la *stipulatio poena* englobaría los intereses en virtud de la conventio traiecticiae pecuniae, generando el pacto una exceptio; el mismo autor en *Struttura classica*, op. cit p. 359 hace referencia a la fusión de pactos en una única cláusula aludiendo al conocido texto del préstamo de Calímaco recogido en D.45.1.122.1, la cláusula penal permitía reclamar la pena pero no el *nudum pactum*.

33 CASTRESANA A., op. cit p. 161 señala que la *stipulatio* solía practicarse bajo la forma de cláusula estipulatoria transcrita en la parte final de una *cautio*. Si bien esta *cautio* final pudo ser sustituida posteriormente por una *syngrapha* náutica que hacía las veces de documento probatorio del préstamo y de sus cláusulas contractuales.

34 Era importante revestir el *pactum usurarum* de la formalidad necesaria, de ahí que los comerciantes extranjeros también utilizaran este negocio y su operatividad a través del *pactum* que en base a las costumbres marítimas daba una mayor agilidad a las transacciones comerciales aunque no generaba acción según Paul. *Sent* 2.14.1 de ahí la necesidad de una estipulación como fórmula jurídica eficaz para fijar los intereses y salvaguardar los mismos y su tutela procesal vid. KUPISZEWSKY H., *Sul prestito marittimo nel diritto romano classico: profili sostanziali e processuali*, Index 3, 1972, p.374 ss.

35 C.4.33.1: *Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est*

Es cierto que, inicialmente, no existía una limitación, si bien Justiniano en el 528 d.C. suprime esa libertad fijando el tipo de interés³⁶ a un doce por ciento según se recoge en la C. 4.32.26.1³⁷; sin lugar a dudas esta limitación supuso la retirada de capital del sector comercial marítimo al no poder los acreedores asumir, con tan poco margen de beneficio con dicho límite, las contingencias de la navegación³⁸; lo que a la larga provocó un derrumbe en la actividad comercial arrastrada también por la crisis del imperio.

Se aprecia, a primera vista, algunos elementos que configuran un primer estadio embrionario en la conformación del contrato de seguro por la existencia, por un lado, de la asunción de riesgos derivados de las contingencias de la navegación asumidas por el acreedor y que afectan a la posibilidad de que la nave llegue o no a buen puerto. Y, por otro, el *pretium* que conlleva dicha asunción que permite el cobro de unos intereses *pretium periculi* y que configura una especie de prima de riesgo.

En lo que interesa a nuestra investigación, es obvio, que no existió en el mundo romano un contrato específico de asunción de riesgos, si bien, desde un punto de vista práctico podían existir dos estipulaciones inversas por la cual una de las partes pagaba el *pretium periculi* a cambio de que la otra parte dejase indemne a la otra al asumir ésta el riesgo³⁹. Ahora bien, ante la ausencia de un contrato de seguro que proporcionara la asunción de riesgos tal y como lo conocemos hoy en día, lo cierto es que la aparición del mismo está relacionado con el desdoblamiento del *foenus nauticum* en el préstamo a la gruesa⁴⁰ y el contrato de seguro.

36 Fue frecuente la exigencia de intereses elevados en los préstamos a provinciales documentados en los syngrapha que daba testimonio del mismo y que continúan acreditando los de época postclásica vid. CASTRESANA A., *El préstamo marítimo...*, p. 154.

37 Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiectionibus autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent. HUVELIN P., op. cit. 108 entiende que inicialmente se permite un pacto de intereses superiores en el derecho clásico si bien posteriormente opera la limitación de C.4.32.26.1. En la misma línea, vid. ROUGÉ J., *Recherches sur l'organisation...* p. 351

38 Excede nuestra pretensión analizar todos los problemas derivados de la usura de intereses y los que afectan a las condiciones del *foenus*, vid. HERRERA BRAVO, R. *Problemática jurídica de los intereses en derecho romano*, Jaén, 1997.

39 IMPALLOMENI G., *Profilo storico comparativo dell'evoluzione del contratto di assicurazione*, Scritti di diritto romano e tradizione romanistica, Milano, 1996, p. 440 ss. Le fonti sembrano ignorare esempi del genere, il che depone per la probabile assenza dell'utilizzazione della stipulatio in tal senso. El autor alude también a la importancia que tuvo la Lex Rhodia en el ámbito de la distribución de los riesgos a modo de responsabilidad societaria, debido a la contribución al riesgo comparando la misma con el seguro mutuo citando de forma expresa el artículo 1792 de nuestro código civil, artículo derogado, que ya recogía la indemnización en proporción al valor de los bienes que cada uno tiene asegurado en caso de daño.

40 El préstamo a la gruesa como medio de financiación ordinario para la construcción o aprestamiento de buques, cayó en desuso por la introducción de la hipoteca naval a fines del siglo XIX, que presenta más ventajas técnicas vid. GABALDÓN GARCÍA JL.- RUIZ SOROA JM., *Manual de la navegación marítima*³, Barcelona, 2006, p. 673 ss.

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

Ahora bien, a fin de poder garantizar la seguridad y el tráfico mercantil vía marítima, fue necesario el *foenus*, eso sí, a cambio de unos elevados intereses que no dejan de ser un *pretium periculi*, prima de riesgo empleando convencionalismos modernos, que asume el prestamista. El *pretium*, no deja de ser un *plus* de usura que cobraba el prestamista precisamente por ese riesgo al que exponía la inversión de capital; por tanto, la capitalización simple de intereses se hacían inicialmente en base a una tasa alta, antes de la limitación que introduce Justiniano, haciéndose frente a posibles contingencias derivadas de cualquier evento marítimo y perecimiento fortuito o por fuerza mayor⁴¹, excepto aquellas que se producen a consecuencia del dolo o culpa del prestatario, que supongan la infracción de lo pactado como por ejemplo excederse del tiempo de la travesía⁴² o cambiar el destino o derrota en la navegación⁴³.

En relación al *pretium*, debemos analizar el texto de Scévola 4 Resp., D. 22.2.5 donde se alude al precio del riesgo que asume el prestamista:

Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut “si non manumittas”, “si non illud facias”, “si non convaluero” et cetera. nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.

De acuerdo con lo que señala el jurista, se insertaba en el negocio una cláusula en relación al *pretium*, por el riesgo dependiente del carácter aleatorio de la prestación⁴⁴; siendo éste, una verdadera prima de riesgo pagada por el deudor en caso de tener éxito el negocio. La rúbrica del título *De nautico foenore* nos permite extrapolar la interpretación del *pretium* referido, lógicamente, de una *condictio iuris salva nave*, que constituye un elemento inherente a la propia estructura del préstamo marítimo. Asimismo, el hecho de que el prestamista pueda experimentar una ganancia o una pérdida, según se produzca o no la contingencia marítima, nos permite pensar que estamos ante un mutuo aleatorio. Ahora bien, ese *alea*⁴⁵ al que va referido D.22.2.5 no tiene nada que ver con los supuestos mencionados en el texto referente a la pesca, a la convalecencia del sujeto que parece asumir el riesgo de la muerte o de la invalidez o del entrenamiento del atleta con vistas a ganar una competición. El

41 CASTRESANA A., *El préstamo marítimo...*, p.89.

42 Uno de los supuestos más estudiado lo encontramos en relación a D.45.1.122.1 en relación al *foenus* de Calimaco, vid. REINOSO BARBERO, F., *El foenus nauticum de Calimaco*, in Studi A. Biscardi V, Milano, 1984, p. 297-310.

43 Es significativo, el texto de Diocleciano y Maximiano, C.4.33.3 en relación a la audacia del deudor cambiando el destino y realizando compras de mercancías ilícitas: *Cum proponas te nauticum fenus ea condicione dedisse, ut post navigium, quod in africanam dirigi debitor adseverabat, in salontanorum portum nave delata fenestris pecunia tibi redderetur, ita ut navigii dumtaxat quod in africanam destinabatur periculum susceperis, perque vitium debitoris, nec loco quidem navigii servato, illicitis comparatis mercibus quae navis continebat fiscum occupasse: amissarum mercium detrimentum, quod non ex marinae tempestatis discrimine, sed ex praecipiti avaritia et incivili debitoris audacia accidisse adseveratur, adscribi tibi iuris publici ratio non permittit.*

44 DE MARTINO F., *Su pretesi precedenti dell'assicurazione...*, p. 231.

45 *Sobre el concepto de alea*, vid. BOSELLI, v. *alea* en NDI I, Torino 1957, p. 469.

jurista, *a priori*, parece extender las reglas propias del préstamo marítimo a otros préstamos aleatorios fuera del ámbito del derecho comercial marítimo⁴⁶; en estos casos existe un matiz más aleatorio⁴⁷ que en la *pecunia traiecticia*, si bien, en esta última el *periculum* que lleva aparejada supone un riesgo de perecimiento mayor que acompaña siempre a la navegación a la que está sometida, en base al principio de universalidad del riesgo que opera en cualquier empresa marítima.

Teniendo en cuenta lo antedicho, la exigencia o no del plus de interés, está marcada por la condición de la llegada de la nave a buen puerto, se aprecia desde un punto de vista financiero la mezcla entre préstamo y técnica asegurativa, teniendo presente: por un lado, si la nave llega al punto final de la travesía el prestamista obtiene las ganancias derivadas de la recuperación de capital y el pago del *pretium periculum*; por el contrario, si no logra arribar a puerto de destino, el prestamista es el que sufre la pérdida y asume las contingencias que se hayan producido.

De la parte del fragmento donde señala *aliquid praeter pecuniam* se infiere la entrega de toda ganancia al margen del capital y en su caso los intereses⁴⁸, podía establecerse una pena por el retraso del pago.

Por otro lado, creemos que la llegada a buen puerto de la nave y la demora en el pago del capital no pueden devengar intereses marítimos sino terrestres como se especifica en la Novela 106 de Justiniano y por ende, desaparecería la asunción de riesgos por parte del prestamista: *...si tamen post reversionem navis salvae et nequaquam navigare propter tempus valentes revertantur, triginta solum dierum inducias dari a creditoribus debitoribus, et nihil pro debitis usurarum causa exigere, donec vendi contingat onus, parcentes apud alium esse debitum non reddendum duas partes centesimae dominis pecuniarum dare usuras et mutare et mos mutuuum in terrenum transponere modum nequaquam maritimis periculis creditoribus molestandis....*

Retomando el fragmento D. 22.2.5, también observamos tres cláusulas que constituyen ejemplos de condiciones suspensivas de cara a la devolución del capital según las hipótesis del fragmento *ut* “*si non manumittas*”, “*si non illud facias*”, “*si non convaluero*”. La construcción que plantea Huvelin⁴⁹, según la mayoría de los autores⁵⁰, es arriesgada a la vez que ingeniosa ya que considera que se trata de estipulaciones condicionales de garantía del riesgo por medio de *pretium periculum* identificándolo con el seguro, aplicados a supuestos

46 HUVELIN P., op. cit 99.

47 CALONGE A., La compraventa civil de cosa futura, V, 1963, p. 49 ss.

48 RICCOBONO S, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, ZSS 43, 1922, p. 358, el a. señala sin duda, que en el periodo clásico era siempre necesaria una estipulación para exigir los intereses por medio de acción y sin embargo, las obligaciones derivadas del contrato innominado *ex quibus conditiones nasci solent* y aleatorios no admitían en el momento de la restitución algún aumento por la cantidad prestada, al menos que eso no hubiese estado previsto en una *stipulatio poena nomine*. Pero el texto, permite el simple pacto como generador de obligaciones vid . Paul Sent 2.14.1 y C. 32.26.2. Esto último, ha sido criticado por PURPURA G., op. cit 294, tras el análisis de D. 46.3.102.1 y h.t 5.2 afirma la irrepetibilidad del pago *usurae ex pacto*, calificando la usura indebida *ex pacto* como supuesto de obligación natural. De ahí la necesidad de concluir una *stipulatio usurarum* para conseguir la tutela procesal y dar formalidad a los acuerdos adoptados por las partes para regular el préstamo.

49 Études d'histoire...p.98 ss.

50 VALERI G., Il pretium e i precedenti romani della assicurazioni Studi riccobono IV, 1936, p. 233 y ss. CHECCHINI A., I precedenti e lo sviluppo storico..., p. 348. DE MARTINO F., Su pretesi precedenti..., p. 231 ss

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

fuera del ámbito del comercio marítimo y de otros riesgos *foenus quasi nauticum*. Como se observa, el *periculum* en el caso del *foenus* es pagado por el *creditor* y, sin embargo, en el caso del *pretium periculi* viene pagado por el deudor en caso de verificarse el evento futuro.

Castresana sólo da una visión parcial del posible antecedente actual del contrato de seguro señalando que el prestamista pretendía obtener un lucro superior al resto de operaciones crediticias, préstamo que interesaba al naviero a fin de obtener el capital suficiente para emprender la travesía, sin arriesgar el capital. Asimismo, señala porque la *pecunia traiecticia* se aleja del seguro: por un lado, por el hecho de que el prestatario no solamente cargaba las mercancías compradas con la pecunia, sino otras que había podido comprar con su propio patrimonio; luego participa también en los riesgos, ya que, el prestamista sólo asumía las mercancías adquiridas con el capital prestado. Otro motivo, deriva del hecho de que en el contrato de seguro la indemnización opera una vez se ha producido el siniestro, mientras que en la *pecunia* se adelanta la pretendida indemnización a la realización efectiva del riesgo, ya que el prestatario actúa como asegurado, y se trasladan los riesgos al prestamista asegurador, y éste recibe, en caso de llegada de la nave, el exceso de interés o prima⁵¹.

En relación a la primera consideración de la autora, debemos puntualizar, por un lado, sí las mercancías que eran transportadas pertenecían a terceros el naviero podía eximirse de responsabilidad derivada de la custodia *salvan fore receperint*, ante determinadas contingencias⁵². De otra parte, hay que traer a colación el hecho de que se hayan perdido por *iactus*⁵³ las mercancías compradas por el prestatario con su patrimonio, a fin de poder salvar las compradas con la *pecunia traiecticia*. Este supuesto, a pesar de no quedar expresamente recogido en las fuentes, supone una contingencia derivada de una avería gruesa, de ahí que el reparto de los daños y la correspondiente contribución a los mismos suponga, en sí misma, un antecedente del llamado seguro mutuo⁵⁴ que concurre con un préstamo marítimo. *A priori*, lo que es evidente, es que del *foenus nauticum* surgieron dos contratos uno crediticio llamado préstamo a la gruesa, en declive hoy en día, y el contrato de seguro propiamente dicho, que también toma aspectos y principios de la contribución de las averías.

Por otro lado, Valeri⁵⁵, se centra en una crítica a Huvelin y al texto que hemos analizado, concluyendo que el *pretium periculi* no se asimila directamente al contrato de seguro, si bien, constituyen el germen o embrión de la estructura del contrato de seguro marítimo que se va a generar en otro ambiente y condiciones económicas más propicias⁵⁶, señalando al

51 CASTRESANA A., op cit. p. 89 ss.

52 Ulpiano 14 Ed, D.4.9.3.1:..., at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit

53 ZAMORA MANZANO J., *Averías y accidentes...*, p.168.

54 IMPALLOMENI G., *Profilo storico*..p.438 ss considera *mutatis mutandi* en relación a la contribución de la lex Rhodia que se podría considerar una “*mutua assicuratrice forzosamente contrattata*”.

55 Il pretium e i precedenti romani della assicurazioni..., p. 238, señala que: “non esiste una assunzione di rischio, di cui l’obbligo del pagamento d’una data somma venga a costituire la eventuale conseguenza. Economicamente, il “quasi nauticum foenus” con la clausola si non convaluerit avrà anche compiuto funzioni assicurative: ma questo é troppo poco, per desumere conseguenze giuridiche concrete”.

56 Desde el punto de vista de la aparición del seguro con prima, se supone que al principio del siglo XIV, los *mercaderes sedentarios* inventaron un nuevo tipo de contrato, cuando descubrieron que no existían formas satisfac-

respecto, que la génesis del mismo se observa en el desplazamiento de riesgos que afectan a todos los intereses comprometidos en la expedición y en la existencia de una prima de aseguramiento. Sin embargo, Valeri omite toda referencia a la aportación de la *Lex Rhodia* en el reparto de los riesgos, elemento imprescindible en el seguro mutuo o de mutualidad, ya que los componentes implicados en la expedición al estar sometidos a unos mismos riesgos y un peligro común, necesitan de la asociación de intereses.

A este respecto, Checchini no niega que el instituto del *foenus* contenga unos principios del futuro contrato de seguro a prima, pero se opone a la existencia de un verdadero contrato accesorio de seguro adjunto al mutuo⁵⁷. Por otro lado, De Martino, considera que ni en modo directo, ni mediante el empleo de otros tipos contractuales, el Derecho romano conoció el contrato de seguro, ni siquiera para los riesgos marítimos, aunque no puede decirse que existiera una falta de instrumentos técnicos, a partir de los cuales se desarrollara⁵⁸.

Corroborando estas posiciones doctrinales, teniendo presente que, a pesar del desconocimiento en el Derecho romano del contrato de seguro, existieron los elementos y las herramientas jurídicas previas a su posterior conformación. Es difícil tratar esta materia sin utilizar convencionalismos modernos que muchas veces pueden llegar a conclusiones erróneas, si bien, creemos que la estructura del *foenus nauticum* nos permite, en cierta medida, aportar los elementos del contrato de seguro moderno junto a otros institutos como la contribución al riesgo, en base a los siguientes argumentos:

- Por un lado, la referencia al *pretium periculi* del texto de Scévola D.22.2.5 inserto en la rúbrica de *náutico foenore*, que constituye una cuasi prima retributiva del riesgo, constituye el germen de la prima de seguro actual, representada, como hemos visto, por una suma fuerte de intereses, si bien, constituye en concreto, el precedente del seguro a prima fija.
- Asimismo, el capital de la *pecunia traiecticia*, configura *a sensu* contrario, la suma indemnizatoria que en el contrato de seguro actual paga el asegurador al verificarse el evento dañoso.
- Además, en relación a los riesgos, éstos no sólo giran en torno al prestamista *in náutica pecunia ex ea die periculum spectat creditorem, es quo navem navigare conveniat* (D.22.2.3), también hay que tener presente la importancia de la regulación contenida en la *lex Rhodia* y en el ordenamiento jurídico romano que permite el fraccionamiento y la atomización de los riesgos en los supuestos de echazón y otras contingencias que no dejan de ser el antecedente del seguro mutuo.

torias de transferencia y división del *periculum*. En este contexto, los comerciantes aprendieron que las mercancías solían llegar correctamente a puerto y que muy pocas veces se perdían; si bien, necesitaban valorar la posibilidad de esas pérdidas. No debía resultar fácil de calcular, los aseguradores medievales carecían de bases estadísticas que les permitieran evaluar los riesgos y por ello elevaban sus tarifas en el momento en que les llegaban noticias de peligros marítimos o guerras.

57 CHECCHINI A., *I precedenti e lo sviluppo...*, p. 346 considera que: l' istituto contenga il primo germe del futuro contratto di assicurazione a premio non negò: ma che contenga già un vero contratto accessorio di assicurazione, riunito a quello di mutuo, mi pare si debba assolutamente escludere.

58 DE MARTINO F., *Su pretesi precedenti dell'assicurazione...*, p. 232

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

- Finalmente, aunque no existía el contrato de seguro, existe un intervencionismo estatal, que se agudiza en época postclásica, con la asunción de los riesgos en los supuestos de transporte público que operaba al servicio de la *annona* y otros servicios, que ya hemos visto, en relación con el abastecimiento de tropas militares en las provincias, a fin de dar incentivo y constituir un acicate a los empresarios navieros.

III. BREVE REFLEXIÓN FINAL SOBRE LA EVOLUCIÓN Y NOTA CONCLUSIVA

Excedería nuestro cometido comentar todas y cada una de las vicisitudes del Derecho intermedio sobre la evolución ulterior, si bien haremos una breve reflexión al respecto dado que las previsiones del ordenamiento jurídico romano constituyen parte del armazón jurídico del desarrollo ulterior de la legislación medieval que se va a ir generando en torno a los institutos analizados, principalmente *foenus nauticum*⁵⁹ y la contribución, como se reflejan en las Partidas 5.9.3 a 12, donde se aborda el reparto de daños en relación a los accidentes y averías⁶⁰, en las ordenanzas para los seguros marítimos que formaron el Prior y los Cónsules de la Universidad de mercadores de Sevilla y la casa de contratación de Sevilla⁶¹ con respecto a la navegación de las Indias occidentales⁶², y en cuanto al resto del acervo mercantilistas como las Ordenanzas de Burgos de 1538, Bilbao 1531 y 1737. Posteriormente, en nuestro Código de comercio de 1885 aparece una regulación detallada de la avería gruesa y del *foenus nauticum* como figuras tendente a atenuar y eliminar los riesgos comerciales del transporte por mercancías por mar, en las que incide la regulación romana y a su vez conforman el contrato de seguro actual.

⁵⁹ El *foenus nauticum* considerado también usurero en el Decretal de Gregorio IX, *Naviganti vel eunti ad nundinas certam mutuans pecuniae quantitatem eo quod suscipit in se periculum recepturus aliquid ultra fortem usurarius est censendus. Ille quoque quid at X solidos ut alio tempore totidem sibi grani, vini, vel olei mensura reddantur: quae licet tunc plus valeant, utrum plus vel minus solutiones tempore fuerint valiturae verisimiliter dubitatur non debet ex hoc usurarius reputari. Ratione huius dubii etiam excusatur qui pannos, granum, vinum, oleum, vel alias mercem vendit, ut amplius, quam tunc valeam in certo termino recipiat pro eisdem si tamen ea tempore contractus non fuerat venditurus.*

⁶⁰ ZAMORA MANZANO J., *Averías y accidentes...* p. 75 ss.

⁶¹ Ord.37.1 destaca la importancia de asegurar los riesgos para poder desempeñar el transporte "...no habiendo aseguradores, no habría quien osase cargar, y osase aventurar a perder lo que se cargase. Y por esto conviene que haya muchos aseguradores que aseguren a otros lo que cargen y que entre los cargadores y aseguradores haya mucha verdad y llaneza" y también ord.37.6 "la nulidad de seguros por fraude o una vez producida la pérdida de la nave... que si algunos asegurasen después de la pérdida de la nao o naos, o la pérdida hubiere sido en lugar que a la lengua por hora por tierra lo pudiese saber el asegurador en tal caso que el seguro sea ninguno..."

⁶² Existieron también las llamadas escrituras a riesgo como instrumento de financiación en el comercio con América, particularmente en Canarias ante la carencia de seguros marítimos, se utilizaron hasta 1737 préstamos a la gruesa mediante escrituras a riesgo de ida, cuyo pago se realizaba en las Indias y también las de ida y vuelta ampliamente testimoniadas en el Archivo histórico provincial de las Palmas en protocolos notariales entre 1690 y 1725, vid. al respecto TORRES SANTANA, *El riesgo en el comercio canario-americano 1690-1725* en *Derecho y el mar en la España moderna*, Granada, 1995, p. 81 ss. Sobre la evolución en el Derecho medieval vid. IMPALLOMENI G., op cit. 440 ss. Id. En relación a la especulación del riesgo y el traspaso convencional vid. BENEDETO, *Appunti per una ricerca sul contratto di assicurazioni marittima*, Studi G. Grosso IV, Torino, 1981, p.485 ss.

La avería gruesa trata de lograr la división de riesgos y la contribución, y en ella encontramos el seguro mutuo, donde la puesta en común de los riesgos no suprime el aleas⁶³; por otro lado, en el préstamo a la gruesa, se permite la financiación de la expedición basándose en los principios observados ya en el Derecho romano, nos encontramos con la dispensa del reembolso de la suma prestada en caso de accidente o fortuna de mar, o en su caso, si la expedición llega a buen puerto, la restitución del capital y el pago de intereses extraordinarios al prestamista; este se asemeja, como ha puesto de manifiesto la doctrina mercantilista actual, al contrato a prima fija⁶⁴. Se aprecian numerosas semejanzas entre el préstamo actual y el seguro ya que se integran los elementos del riesgo, su desplazamiento, la prima e indemnización, si bien, ésta última, en el seguro se entrega a *posteriori* en caso de que se produzca el siniestro y no anticipadamente como en el préstamo a la gruesa recogido en el art.719 del CCo⁶⁵.

A modo de breve reflexión final, podemos señalar que en el Derecho romano se fijan los instrumentos jurídicos y técnicos que conforman las medidas tendentes a garantizar y asegurar el comercio marítimo mediante la atenuación e incluso la eliminación de los riesgos, no sólo mediante el fraccionamiento o la contribución de los mismos según las previsiones de la regulación de la echazón contenida en D.14.2, que conforma el antecedente del seguro mutuo o de mutualidad⁶⁶, sino también en el *foenus nauticum*, de la cual se configuran los elementos estructurales del seguro de prima fija actual; *pretium periculi* (del D.22.2.5) como *quasi-prima* retributiva, *periculum creditoris* y traslado de los riesgos hasta la llegada de la nave a buen puerto, y la cantidad del préstamo que entregaba al prestamista que derivará en la indemnización del seguro; por tanto, no dejan de ser dos instituciones vecinas, en las que se da una inversión en el procedimiento de desplazamiento de los riesgos. Es evidente la presencia de los instrumentos técnicos para afrontar en el Derecho romano siniestros importantes y sobre todo garantizar las expediciones marítimas, que como hemos visto, también quedan garantizadas por el intervencionismo estatal en la asunción de los riesgos. Pero también hay notables influencias de parte de los elementos de los institutos que evolucionaron tanto de la distribución de los riesgos en las averías como en el *foenus*, que han facilitado

63 Así en nuestro código de comercio se establece en su art. 812: a satisfacer el importe de las averías gruesas o comunes contribuirán todos los interesados en el buque y el cargamento existente en él al tiempo de ocurrir la avería.

64 HILL PRADOS C., *Los clubs de protección e indemnización en el campo del seguro marítimo*, Barcelona 1992, 21 y ss establece el análisis de la avería gruesa y el préstamo como antecedentes del seguro a prima fija y a mutualidad. Sobre los intereses asegurados en el derecho moderno vid. GABALDÓN GARCÍA JL.- RUIZ SOROA JM., *Manual de la navegación* p.870 ss.

65 Se reputará como préstamo a la gruesa o a riesgo marítimo, aquel en el que, bajo cualquier condición, dependa el reembolso de la suma prestada y el premio por ella convenido, del feliz arribo a puerto de los efectos sobre que esté hecho, o del valor que obtengan en caso de siniestro. Vid. nota 67 sobre el proyecto de la Ley General de Navegación marítima que suprime toda referencia a esta figura.

66 En el artículo 1792 ya derogado del C.Civil antes de la reforma señalaba que: “pueden asegurarse mutuamente dos o más propietarios el daño fortuito que sobrevenga en sus bienes respectivos. Este contrato tiene el nombre de seguros mutuos y cuando en él no se haya pactado otra cosa, se entiende que el daño debe ser indemnizado por todos los contratantes en proporción a sus bienes que cada uno tiene asegurado”.

La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo

la distribución y atomización del riesgo en diferentes figuras en el derecho moderno como el coaseguro⁶⁷ y reaseguros.

En este contexto, y en relación a la distribución del riesgo y su aseguramiento, no podemos olvidar la importancia, hoy en día de los P&I o *Pandi, Protection and Indemnity Clubs*, asociaciones de armadores y fletadores que aportan en común sus recursos para hacer frente a las pérdidas sufridas por sus socios, que parecen tomar muchos de los principios de la contribución romana. Así, las primas de mutualidad pagadas por sus miembros cada año bastan para satisfacer todas las reclamaciones, reaseguros y gastos del P&I durante el año operativo salvo aquellos en los cuales haya que pagar la *supplementary call*. Así el P&I Club protege en proporción del buque por avería gruesa, y los gastos especiales o salvamento no recuperables bajo la póliza de casco en virtud a que el valor establecido para el buque en el ajuste de avería gruesa, excede el valor del mismo en la póliza de casco.

67 La reforma que opera con el Proyecto de ley de navegación marítima aprobada el 29 de noviembre de 2013 en el boletín del Congreso de los diputados 121/00073 hace desaparecer la figura del préstamo a la gruesa manteniendo la regulación de los seguros art.436 al 497 y la hipoteca naval art.176 al 194.

