La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D. 19.2.31

Silvestre BELLO RODRIGUEZ

(*Universidad de Las Palmas*)

El trabajo que presentamos versa sobre el estudio de un texto de Alfeno recogido en el D.19.2.31 id. *libro quinto digestorum a Paulo epitomarum.*

Se trata en este texto de la relación jurídica que se constituye con la entrega de cosas fungibles, situación que viene calificada con el término *in creditum iri.*

La doctrina actual sostiene que este término no puede significar otra cosa que un mutuo « *ex superiore causa rem domini manere ex posteriore in creditum iri* » y que en este supuesto de hecho no puede haber más que una doble relación: mutuo por la materia y *locatio* por la obra.

Desde el punto de vista procesal se discute si realmente Alfeno en su *responsum* defiende a los cargadores de mercancías o si por el contrario confunde con sus opiniones a los tribunales.

Uno de los problemas discutidos en D.19.2.31 es el estudio de aspectos tan importantes como son el deposito llamado irregular[1] y la también llamada *locatio conductio irregularis*, texto del jurista Alfeno recogido en su libro quinto del Digesto epitomado por Paulo y cuya reconstrucción por Momsen es seguida por Lenel.

Un análisis descriptivo de D.19.2 para indagar si en sus 62 fragmentos podíamos encontrar algunos aspectos que aclarasen si realmente el contrato de locación es único o si, por el contrario, se podía concluir que existía tripartición nos lleva a pensar, como

[1] BONIFACIO F. *Ricerche sul deposito irregulare.* BIDR 49-50 1947 p.80

otros tantos autores, que en ninguno de los fragmentos se trata esta cuestión además de demostrarnos que con excepción del D.19.2.15.6 [2] la responsabilidad del naviero tiene su origen en el contrato de arrendamiento.

En el titulo 2º del D.19 se observa que las únicas referencias, aparte del texto objeto de estudio, son las siguientes:

En D.19.2.13.1 y 2, ambos textos de Ulpiano lib. XXXII *ad edictum*, donde se plantea la posibilidad de la utilización de la acción de locación en los supuestos de responsabilidad del naviero en los casos de naufragio

En D.19.2.25.7 texto de Gayo, comentarios al edicto provincial, libro X. se analizan situaciones en las que tomando en arriendo una nave para transportar diversos objetos ha de responder por culpa el naviero en virtud del contrato de arrendamiento. Gayo en este texto equipara estas situaciones descritas como diversos objetos a *idemque etiam ad ceteras res transferri potest* lo que nos va acercando a la idea de que el caso de la nave de Saufeyo se trata de un supuesto de *locatio conductio*.

En D.19.2.15.6 texto de Ulpiano 32 *ed*. (vid. nota 2) sin embargo la responsabilidad del naviero se exige en razón de crédito *quam pro mutua* pero al no especificar el texto que se hubiese consignado en bolsa cerrada interpretamos que se trata de un supuesto de deposito irregular.

Volviendo a D.19.2.31 nos planteamos, desde el punto de vista procesal si la respuesta dada por Alfeno responde a exigencias propias de tácticas de defensa o por el contrario a una orientación personal. De la lectura final del texto se deduce que existe culpa pero no resuelve la cuestión desde el punto de vista procesal sobre que acción se podría ejercitar por parte de los acreedores, tampoco se plantea la cuestión de si puede haber duplicidad de acciones o si por el contrario pierden el trigo las personas que lo cargaron.

Nos preguntamos si se podría demostrar que los principios generales de la *locatio conductio*, en este texto que tratamos,

---

[2] D.19.2.15.6 *Item quum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteret, rescriptum est ab Antonino Augusto, non immerito Procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, quum munere vehendi functus non sit; quod in omnibus personis similiter observandum est.*

excluyen el que los Romanos hubiesen admitido que en la *locatio* la propiedad de la cosa fungible arrendada pudiera pasar al transportista cargador [3].

En opinión de Bonifacio[4] concebir el hecho como algo distinto a la locación nos llevaría a consecuencias del todo aberrante e insostenibles.

La exégesis del fragmento que estudiamos ha sido objeto de examen por numerosos romanistas desde diversas perspectivas, tal es el caso del problema de la responsabilidad contractual en el transporte marítimo o el discutido caso del depósito irregular[5] en el sentido en que esta parte del pasaje puede estar interpolada. Otros autores han centrado su atención, como es el caso de Metro[6], en un punto esencial como es establecer la distinción entre *"duo genera rerum locatarum"*.

La primera parte del texto de Alfeno[7], objeto de estudio, no parece ofrecer ningún tipo de duda respecto al tipo de contrato ya que el pasaje dice *In navem Saufeii cum complures frumentun confuderant...* donde se observa que no rige el principio *"pecunia in sacculo signata"*[8] principio que creemos indispensable para calificarlo como contrato de deposito.

El texto continúa diciendo *Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat;* como ya hemos observado el grano se ha mezclado, cuestión esta, que el texto no explica, es decir, realmente no se sabe la razón de la mezcla, no sabemos el porqué de la confusión, si se debe a defecto de embalaje, es decir, mala colocación o estiba defectuosa de la carga o si por el contrario era práctica habitual mezclar el trigo; entendemos que cuestiones como estas son las que han hecho que

[3] D.19.2.39. Ulpianus *(II ad. Ed.) Non solet locatio dominium mutare.*
[4] *ibidem* p. 89.
[5] BONIFACIO *op. cit*. p. 85. Para este autor la frase relativa al deposito irregular contenida en el texto de Alfeno D.19.2.31 es genuina pero con significado diverso, es decir, referida al concepto de *locatio* y en un sentido análogo *idem iuris esse in deposito.*
[6] METRO A. *Locazione e Acquisto della proprietà: La C.D. Locatio-Conductio Irregularis.* Seminarios Complutenses de Derecho Romano 1995, p. 205.
[7] No entramos al igual que hace METRO *op. cit*. p. 207 en las posibles alteraciones del pasaje en cuestión y por comodidad expositiva atribuimos el discurso a Alfeno.
[8] IGLESIAS J. *Derecho Romano Hª e Instituciones.* Ariel Derecho 1990, p. 391.

se pueda dudar del aspecto contractual, lo que conlleva dudar del aspecto procesal.

Entendemos que después de la lectura de esta primera parte nos encontramos ante un contrato de arrendamiento de obra *"locatio operis faciendi"* celebrado entre los dueños del trigo y Saufeyo como cargador o transportista, es decir un contrato donde el *Locator* coloca y el *conductor* conduce. El texto en estudio continúa con la siguiente pregunta *"Quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversis"*. Se está cuestionando si las personas que se han visto perjudicadas por la pérdida de sus mercancías a causa del naufragio, pueden utilizar contra el naviero la acción de mercancía entregada a quién no se debe. Es en nuestra opinión esta pregunta la que puede hacer dudar del tipo de contrato realizado entre las partes y por tanto del tipo de acción a ejercitar. Evidentemente dependiendo del tipo de contrato y por tanto de la acción que se pueda conceder, el grado de responsabilidad del naviero se medirá en relación al tipo de contrato.

El texto continua con la siguiente afirmación del jurista[9] *respondit rerum locatarum duo genera esse* pero no de dos tipos de arrendamiento[10].

Es a partir de este momento cuando la respuesta dada por el jurista nos hace dudar de la configuración contractual aunque a priori pensamos que se trata de una *locatio conductio operis. faciendi*[11]. También nos hace dudar el hecho de que hable primero de locación luego de deposito y finalmente de nuevo de locación.

La pérdida del trigo se debe al hundimiento de la nave, el texto no dice cual fue la causa del perecimiento[12], tampoco parece

---

[9] Seguimos la opinión de METRO *op. cit*. en cuanto a la atribución de la solución "*respondit*" al Jurista Alfeno sin excluir que esté citando la opinión de su maestro Servio Sulpicio Rufo.

[10] VALMAÑA A. *El Deposito irregular en la jurisprudencia romana,* Madrid 1996, p. 21.

[11] VALMAÑA A. *op. cit*. p. 48 arrendamiento en el que lo único que varia no es el negocio jurídico y por tanto la denominación de los sujetos, sino el hecho de que las cosas sean de tal naturaleza que impliquen la transmisión de la propiedad o no, al deudor

[12] De los autores estudiados es METRO *op. cit*. p. 206 quien también observa que el texto no precisa las razones por las que la nave se hunde, indicando que posiblemente se pudo tratar de una tempestad o de una avería.

preocupar si el naufragio ha sido por causa fortuita o fuerza mayor, lo que facilitaría establecer el posible grado de culpa de los responsables de la nave.[13] Nos parece que de la lectura del texto resulta difícil establecer el grado de responsabilidad dado que en el mismo no parece que el naviero deba responder por culpa lo que pudiera interpretarse como una relación contractual de arrendamiento y que por lo tanto nos tendríamos que limitar a analizar la relación entre contrato y acción.

En opinión de Sargenti[14] el transporte marítimo estaba encuadrado por los romanos en el esquema de la *locatio conductio*, pero cuando se refiere al D.19.2.31, texto que este autor califica como famoso y difícil[15], sostiene que en el final de la República el embarque de mercancías en la nave de otro no se realizaba mediante un contrato de arrendamiento, aún cuando los criterios seguidos demostraban, como la noción de contrato de locación, aun cuando existía, no abarcaba al transporte. Quizá la frase *Respondit rerum locatorum duo genera esse* concretamente *aut eiusdem generis redderetur* es lo que hace dudar a Sargenti de que la relación contractual sea *locatio conductio*. Nosotros pensamos que se trata de arrendamiento en toda su extensión aún cuando se trata de cosas fungibles. Es la primera parte del *responsum* de Alfeno la que nos lleva a pensar como lo hace entre tantos autores. Fiori[16] en que se trata de un contrato de arrendamiento con la particularidad de que se devuelve *idem genus.*

Volviendo a la parte del texto

> *Respondit rerum locatarum dua genera esse, ut aut idem redderetur(sic uti 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.*

---

[13] Para las complejidades de Derecho Marítimo romano, vid. *Averias y Accidentes en Derecho Marítimo Romano.* ZAMORA J.L. Edisofer 2000.

[14] SARGENTI M. *Problemi della responsabilità contrátuale.* SDHI n.20 1954 p. 152.

[15] METRO A. *La c.d. locatio-conductio irregularis.* Seminarios Complutenses de Madrid. VII. 1995. En opinión de METRO se trata de uno de los fragmentos más estudiados y discutido de toda la Compilación Justinianea.

[16] FIORI R. *La definizione della locatio conductio.* Università di Roma La Sapienza. Publicación dell'Istituto di Diritto Romano e dei Diritti dell'Oriente Mediterráneo. Napoli. 1999.

De esta última frase, los términos *ex superiore causa, ex posteriore causa* nos hacen pensar que Alfeno está pensando en todo momento en un contrato de arrendamiento.

En este punto planteamos de nuevo la consideración contractual de deposito o locación, es difícil entender que la referencia introducida por Alfeno del deposito sea una calificación jurídica del hecho, si Alfeno habla explícitamente de transporte es difícil imaginar la finalidad de la carga de mercancías en la nave si no es con la finalidad de transportarla de un lugar a otro[17].

Sostenemos que Alfeno tenia clara la distinción entre el esquema general de la *locatio conductio* y una figura particular donde, de forma excepcional, se transmite la propiedad lo cual se podría interpretar como que no se han tenido en cuenta las fuentes que atestiguan la existencia a finales de la República del tema debatido por la jurisprudencia posterior como es establecer el limite entre compraventa y arrendamiento. En opinión de Amirante[18] que estudia las fuentes jurídicas en la República, en la rica casuistica plautiana, la *locazione* aparece ya articulada en, *locatio rei, operarum* y *operis.* Aun cuando se habla de modo no formal, era ya exigible.

Del examen del titulo II del D. 19 no se deduce que se conociera la tripartición[19] de este contrato de locación, sino más bien el carácter unitario o todo lo más de una bipartición como en nuestro ordenamiento jurídico[20]. Nos resulta difícil entender que se hable de una *locatio conductio irregularis* en la etapa final de la república cuando la jurisprudencia romana de referida época no conocía la tripartición o al menos es lo que se deduce de la lectura, entre otros, de Arangio Ruiz.

---

[17] METRO A. *op. cit*. p. 209. En su opinión no tendría ningún sentido el deposito de mercancías en una nave atracada en puerto, tanto más cuando la cuestión demuestra que el contrato ha cumplido su función ya uqe se habla de restitución de mercancías.

[18] AMIRANTE L. *In tema di locazione*. BIDR III vol. I 1959 p. 22.

[19] AMIRANTE L. *op.cit*. Este autor citando a Arangio Ruiz sostiene que la tripartición del contrato en *locatio, rei, operis, operarum* no aparece en el texto gayano, relativo al contrato ni tampoco en el tit. del D.19.2.l y que parece que era ya conocido por la jurisprudencia romana clásica y justinianea. La terminología indica que en el pensamiento jurídico romano *locator* es siempre aquel que entrega la *res* tanto en el caso en que la entrega se hace en su interes como en el supuesto en que se realice en interés del *conductor*.

[20] Art. 1.542 Cc. El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios.

Partiendo del reconocimiento del contrato de locacion como contrato consensual nos preguntamos si realmente estaba jurídicamente protegido. Amirante[21] sostiene que la protección para este tipo de contrato sería la misma que procesalmente se ofrece en los supuestos casos de estipulación y nos preguntamos si Amirante está pensando en un contrato real. Otros autores sostienen estar en condiciones de mantener la existencia del contrato consensual ya desde el tiempo de la *legis actiones* y en este caso ¿cual ha de ser el medio de tutela procesal? Descartamos la idea de la utilización de la protección jurídica considerando aquella relación como un contrato real (mutuo) que estaría protegido por una *condictio.*

En D.19.2.1 se dice que la *locatio et conductio quum naturalis sit et omnium gentium non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.* Este texto de Paulo nos lleva a excluir la utilización de acciones propias del *Ius civile* y creemos que desde el punto de vista procesal se ha de resolver a través del procedimiento formulario *et omnium gentium.* Es en este punto donde nos planteamos la siguiente cuestión: Hemos sostenido en esta breve comunicación la postura de que se trata de una *locatio conductio* y que excluimos la idea del contrato de deposito irregular. Creemos que la jurisprudencia de final de la república más que indagar sobre el nomen "della singola fattispecie concreta," cuidaba el remedio procesal buscando a través del mismo un resultado optimo en el desarrollo del proceso.

Respecto a la responsabilidad, la parte final del texto, donde se refiere al caso en que las *res locatae* pasarían a la propiedad del arrendatario, lo que en nuestra opinión desvirtua el caracter de *locatio conductio*, plantea el problema de la responsabilidad en grado de culpa, excluyendo por tanto la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, es decir, se eximiría de responsabilidad al conductor. De ser así, no se entendería el principio según el cual el obligado a la restitución de cosas pertenecientes a un *genus* responde también en el caso fortuito.

Es en nuestra opinion importante determinar el tipo de negocio jurídico, es decir, importa establecer si la relación contractual está basada en un contrato de depósito, hipótesis que finalmente descartamos en el sentido que elaborar un concepto general de

[21] AMIRANTE L. p. 15.

contrato irregular es reconocer la falta de algún elemento esencial en el tipo general del mismo. En opinión de Longo[22] Alfeno no pensaba en el depósito irregular pero sí es posible que pensase en el mutuo. Creemos que si se tratase de depósito, en caso de litigio deberían ser protegidas las partes en el mismo mediante la acción propia de depósito donde excepcionalmente el *periculum* correría a cargo del depositario; si fuera depósito el limite sería el dolo, si se tratase de un deposito irregular se utilizaría probablemente la *condictio* o la *actio depositi*, cuestiones todas estas que no se aclaran en el texto en estudio.

Sería extraño, dice Longo[23] que Alfeno guardase silencio respecto y en torno a unas circunstancias tan extrañas respecto a la institución del depósito puro.

Nos planteamos, al margen de lo ya discutido por otros estudiosos si Alfeno dá en su *respondit* la opinión propia de unjurista o lo hace por el contrario como un orador. Nos cuestionamos si se está utilizando en la respuesta de Alfeno un método propio de los filósofos o quizás el común de cualquier jurista, es decir, nos preguntamos si Alfeno está aportando soluciones en favor de argumentos sobre el fondo de la cuestión.[24]

Desde el punto de vista de contienda judicial se podría plantear si existe un problema doctrinal de fondo o una cuestión externa que afecta al desarrollo de un hipotético litigio.

Entendemos en definitiva, que el punto crucial de esta controversia, desde nuestro punto de vista, no es tratar de aclarar si se trata de *rerum locatarum duo genera esse* o si cuando el jurista habla de *idem iuris esse in deposito* se trata de una interpolación como ya se ha dicho o es consustancial a su discurso de carácter lógico sistemático, sino del significado propiamente jurídico para defender los intereses de los cargadores exigiendo por tanto responsabilidad al naviero o eximiéndole de ella. Es decir utilizar una acción contractual como es el caso de la acción de locación o bíen creemos que siempre se podría utilizar una *actio in factum* por

---

[22] LONGO, *Appunti su depostio irregula.* BIDR Roma 1906 p. 139.
[23] LONGO *op. cit*.
[24] Un ejemplo de los distintos enfoques en el tratamiento de cuestiones litigiosas, lo encontramos en la "Causa Curiana". Vid. *De Conservando iure civile: Los antangonismos forenses en la Causa Curiana.* TORRENT A. BIDR vol. XXVIII. 1986 p. 145.

los daños causados por las pérdidas. Es nuestra opinión aún cuando no aparezca en el texto, que existiría una cláusula, dadas las características de la *locatio* para garantizar ¿asegurar? la mercancía transportada.

Desde un punto de vista contencioso-judicial es verdaderamente jurídico el responsum de Alfeno, nos preguntamos si aporta argumentos jurídicos dirigidos a resolver un litigio entre dos partes como son los cargadores y Alfeno.

Quizá del discurso de Alfeno se puedan extraer argumentos técnico–jurídicos, si interpretamos que las fórmulas son instrumentos verbales con efectos jurídicos. Es el jurista quién puede interpretarlas y las interpretaciones de un negocio no deben prescindir de una valoración comparativa y selectiva de las formulas disponibles. ¿Se podría predicar que la actuación de Alfeno se dirige a mantener criterios propios del *ius civile* o por el contrario pensaba en una solución *naturalis sit et omnium gentium*.? ¿Proporciona, nos preguntamos, la respuesta del jurista Alfeno seguridad jurídica para sucesivos casos.?

Desde el punto de vista procesal la respuesta dada por Alfeno nos parece confusa, es decir, no nos parece que el jurista aclare si defiende o no a los cargadores sino más bien que su respuesta pueda confundir a quién ha de juzgar, como fuente aplicable por los tribunales, quizá por la utilización de términos carentes de tecnicismo así como de expresiones faltas de significados.

Algunos autores han creído como es el caso de Fiori[25], en la posibilidad de utilizar acciones penales o acciones reipersecutorias. Plantea este autor que desde el punto de vista penal la utilización de la *actio furti* excluye la posibilidad del ejercicio de la *actio oneris aversis*. Nosotros mantenemos el carácter consensual del contrato, es decir, existe a nuestro juicio contrato de locación y por tanto compete la acción contractual como es la acción de locación. En este punto Sargenti[26] no se muestra de acuerdo puesto que en su opinión no es necesario utilizar una acción contractual sino que bastaría con una acción reivindicatoria. ¿Que se pretende con la utilización de la acción de locación?. Entendemos que la

[25] FIORI R. *La definizione della locatio conductio.* p. 80.
[26] SARGENTI M. *op. cit*. *Problemi della responsabilitá contrattuale...* p. 152.

devolución del genero transportado o por el contrario la correspondiente indemnización.

Mantenemos que Saufeyo no está obligado a devolver igual cantidad; de reconocerlo estaríamos admitiendo la transmisión de la propiedad y plantearíamos por tanto la cuestión a través de la *condictio*[27] y admitiríamos la relación jurídica como mutuo o depósito irregular, así como tampoco admitimos la posibilidad de que pudiera tratarse de un tema de dominio en razón de accesion.[28] Estamos de acuerdo con buena parte de la doctrina en atribuir a Alfeno o Seyo la paternidad sustancial de *duo genera rerum locatarum* teniendo como consecuencia la aparición de una categoría de *res* que puede ser sustituida.

La jurisprudencia de la última etapa republicana, a la luz del texto estudiado admitia la *locatio conductio* tambien en aquellos negocios en los que de alguna manera se realizaba la transmisión de la propiedad de un bien fungible, como es en este caso el trigo, es decir lo que hace que pase a la propiedad del *conductor* es el hecho de la mezcla de la carga.

Notas conclusivas

Desde el punto de vista contractual, descartamos que se trate de un depósito irregular ya que estamos de acuerdo con Wieslaw[29] en que aún cuando la expresión depósito irregular sea admitida universalmente en nuestros días por los romanistas, no hay que olvidar que la figura del depósito irregular no es un término de acuñación romana, desconocido también para los glosadores; es en el Derecho justinianeo donde se confirma la existencia del deposito irregular, existencia claramente confirmada por los textos de la masa papinianea D.16.3.

En nuestra opinión el texto excluye que se trate de un depósito. Nuestra lectura es que Alfeno tomó el depósito como modelo o ejemplo de la evolución o desarrollo del contrato.

---

[27] En caso de admitir esta posibilidad estariamos de acuerdo con el punto de vista de SARGENTI según el cual Alfeno no tuvo en mente el contrato de arrendamiento, desarrollando la idea de la transmisión de la propiedad.

[28] D.19.2.39 *Ulp libro II(4) ad Ed - Non solet locatio dominium mutare.*

[29] WIESLAW L. *Le dépot irregulier.* RIDA 3. s. 1974 XXI p. 215.

Sostenemos que se trata de un contrato de arrendamiento como queda expuesto en la primera parte del texto, donde Alfeno se refería a cosa entregada en virtud de un contrato de arrendamiento y donde unas veces la r*es* pasa a propiedad del *conductor* y otras permanece en la propiedad del dueño. *Ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri.*

Pensamos que el jurista parte de que la propiedad se mantiene en manos del *locator* y que en el desarrollo del contrato "relación jurídica obligacional" se engendra un derecho de crédito y por tanto una *actio in personam*; esto es al menos lo que nos parece deducir de la lectura de la expresión concreta del parrafo *ex superiore causa ex posteriore.*

Desde el punto de vista de la responsabilidad, entendemos que la responsabilidad del transportista en este caso particular no podrá ser la propia de un contrato de arrendamiento en sentido amplio ya que no podemos olvidar que se trata de un tipo particular de arrendamiento y que el texto tampoco precisa si se trata de un caso de *vis maior*.

Desde el punto de vista procesal, descartamos la utilización de la *actio oneris aversi* y por supuesto la posibilidad de utilizar la *actio furti*; entendemos que Saufeyo devolvió la parte de la mercancía a quien se debía y que no se trata de un delito de hurto aún cuando este texto apareciera en el libro de los hurtos de Alfeno. Nos decantamos por la utilización de las acciones propias del contrato de arrendamiento planteando la cuestión de si ejercitando siempre la acción contractual *in personam* se reclama la cosa (o lo que de ella quede) locada o los daños ocasionados por el incumplimiento del contrato, sin descartar la posibilidad de la utilización de una *actio in factum*. No podemos olvidar que *locatio et conductio, quum naturalis si et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio venditio.*

Finalizamos este breve trabajo recordando el carácter abierto y progresivo y como no, atemperado a nuevos modos en los que triunfa el principio de la libre forma contractual, frente a la angostura y rigidez de los viejos moldes.