

InDret

La responsabilidad del naviero por abordaje en el Derecho Romano clásico

Maurici Pérez Simeón

Barcelona, abril de 2001

www.indret.com

Resumen

El examen de los textos sobre la responsabilidad del naviero por un abordaje, cuyo causante inmediato es una persona libre o un esclavo ajeno, permite concluir que una de las razones por las que la acción delictual contra el naviero (que exigía la culpa del causante directo) no fue completamente desplazadas en época clásica por la actio de recepto (que contemplaba una responsabilidad objetiva del naviero) fue que en casos de abordaje sólo podía ejercitarse la primera de estas acciones.

Sumario

- [El problema](#)
- [El abordaje en el Derecho romano: D.9.2,29,2 y 4 \(Ulp. 18 ad Ed.\)](#)
- [Conclusiones](#)
- [Bibliografía](#)

- **El problema**

La mayor parte de Derechos vigentes en la actualidad enfocan la cuestión de la responsabilidad del naviero por los daños que se producen a consecuencia de un abordaje entre embarcaciones¹ como un caso más de responsabilidad del empresario por los actos de sus trabajadores. Esto es así porque, a diferencia de lo que ocurría en ordenamientos jurídicos más antiguos, la responsabilidad vicarial (*vicarious liability*) del empresario no es hoy una excepción reservada a unos sectores económicos determinados, sino que se ha convertido en un mecanismo jurídico de aplicación general.

El Derecho español también enfoca el problema de la responsabilidad del naviero o del propietario² del buque abordante³ como una aplicación con especialidades de la regla contenida en el art. 1903 del Código civil que establece, con carácter general, la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados o con ocasión de sus funciones.

Este reconocimiento generalizado de la responsabilidad del empresario por los actos de sus dependientes se debe a un deseo de extender al máximo los beneficios que este

¹ En el presente artículo utilizamos el término “abordaje” en el sentido estricto de “choque o colisión entre dos o más buques”. Cfr. GÓMEZ CALERO, J. *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992, p. 55, con referencia a otras definiciones clásicas en n. 9. Sobre el sentido técnico-jurídico de abordaje en el Derecho actual, cfr. también RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L. “El abordaje: su concepto y delimitación” *Estudios jurídicos A. Menéndez* (Madrid, 1996), vol. 3, p. 4046 y ss.

² El art. 826 C.Co. hace responsable al naviero, mientras que el art. 3 del Convenio de Bruselas el 23 de septiembre de 1910 sobre abordaje personaliza a la nave como responsable, cosa que suele interpretarse como una referencia al propietario. El C.Co. se aplica en aquellos abordajes que no contengan ningún elemento extranjero que justifique la aplicación del Convenio de 1910. Cfr. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^a I. “Accidentes marítimos: abordaje, naufragio, salvamento y avería gruesa” en ARROYO MARTÍNEZ, I. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.) *La reforma de la legislación marítima*, Pamplona, 1999, p. 191.

Sobre la distinción entre naviero y propietario, vid. ARROYO MARTÍNEZ, I. voz “naviero” en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. 3, Madrid, 1995, p. 4393. Esta distinción tiene un papel importante en el régimen de responsabilidad del C.Co. aunque parte de la doctrina aboga por una reforma legislativa que haga responder solidariamente al naviero y al propietario para resolver el inconveniente que supone para la víctima tener que identificar al naviero. Cfr. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^a I. “Accidentes marítimos...” cit p. 194. En favor de mantener la responsabilidad exclusiva del naviero vid. RUIZ SOROA, J. M. “Reforma del Derecho español el materia de accidentes de la navegación marítima” *Estudios jurídicos A. Menéndez* (Madrid, 1996), vol. 3, p. 4121 y ss.

³ Nos referimos al abordaje culpable simple. Para los demás tipos de abordaje, cfr. CUÑAT EDO, V. “El régimen del abordaje en el Código de Comercio y la posible responsabilidad sin culpa” *Revista Jurídica de Cataluña* (1974) p. 771 y ss. En el C.Co. se conoce, además de las figuras del abordaje culpable simple y del fortuito, también el abordaje dudoso (si no se ha podido demostrar que una de las naves causara el choque - arts. 830 a 832) y la del abordaje culpable común (art. 827). Sobre estos puntos (en especial sobre el abordaje dudoso) cfr. CUÑAT EDO, V. “El régimen...” cit. p. 771 y ss. No sabemos cómo resolvían los romanos esta situaciones y sería vano intentar cubrir el vacío con hipótesis aventuradas. Por ello nos centraremos en el caso del abordaje causado por una de las naves.

instituto puede aportar a las víctimas, así como a una voluntad de explotar al máximo los efectos incentivadores de la prevención de daños que este mecanismo jurídico conlleva. Aunque la mayor parte de estos efectos ya fueron intuitos por muchos juristas desde la antigüedad, el estudio preciso y sistemático de las consecuencias económicas de la *vicarious liability* es obra del análisis económico del Derecho de los últimos decenios.

Según ALAN O. SYKES,⁴ la razón de ser de la *vicarious liability* es, en última instancia, la insolvencia potencial del causante directo del daño y las numerosas ineficiencias que se derivan de este hecho. En ausencia de responsabilidad vicarial, la víctima queda desprotegida si no puede identificar al causante directo del daño o si éste no puede hacer frente al pago de la indemnización. Además, la *vicarious liability* facilita la asignación ideal de responsabilidades entre empleado y empresario, ahorrando costes de contratación innecesarios, y contribuye a incentivar en ambos la toma de precauciones.⁵

Todas estas afirmaciones son aplicables al caso del abordaje entre navíos, aunque hay que tener en cuenta que, en este caso, la responsabilidad vicarial del naviero no podrá aportar tantos beneficios como en otros contextos, ya que éste no puede controlar de cerca el grado de diligencia que ponen el capitán y los marinos en sus decisiones. Posiblemente no le quede más opción que intentar controlar indirectamente el comportamiento de estas personas imponiendo sanciones por acciones susceptibles de provocar accidentes.

• ***El abordaje en el Derecho romano: D.9.2,29,2 y 4 (Ulp. 18 ad Ed.)***

- a) En la Roma clásica los problemas que ha apuntado ALAN O. SYKES se daban también, con la dificultad añadida de que no era posible trasladar a voluntad el riesgo a un tercero, ya que no existía un mercado de seguros de responsabilidad civil.

Aunque los juristas romanos no disponían de los medios de análisis económico actuales, es innegable que fueron conscientes de que la responsabilidad exclusiva del causante directo del daño era insatisfactoria para la víctima. Las fuentes, sin embargo, no son muy explícitas a la hora de informarnos sobre la solución concreta que dieron a esta cuestión, quizás porque el problema tenía una importancia secundaria en el mundo romano, en el que muchos de los marinos que trabajaban en los barcos eran esclavos del naviero. En estos casos, la responsabilidad del naviero no era vicarial *stricto sensu*, ya que, al ser el causante del daño un ser carente de patrimonio, el naviero respondía por efecto de su derecho dominical y no por un mecanismo de responsabilidad por *factum alienum*.

⁴ Voz “*vicarious liability*” en *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* (dir. P. Newman), vol. 3, Londres/Nueva York, 1998, p. 675 a.

⁵ Sobre estos y otros efectos de la *vicarious liability*, vid. SYKES, A. voz *vicarious liability* cit. p. 674 b y 675 a.

Sabemos que los juristas romanos eran reticentes a aceptar que una persona pudiera ser responsable *ex delicto* por un hecho ajeno⁶ en el que no había participado de ninguna forma⁷ y que, por ello, no se admitía con carácter general una imputación de la responsabilidad delictual análoga a la del vigente art. 1903 C.c.⁸ Existían en el Edicto algunas acciones que permitían demandar a algunos empresarios (entre los que se contaba el naviero) por algunos daños causados por subordinados, pero la opinión dominante es que no podía ejercitar en caso de abordaje. Según esta tesis, la víctima del abordaje habría debido conformarse con la acción de la Ley Aquilia contra el causante material del daño, sin tener opción a exigir responsabilidad alguna al naviero.

Sin embargo, hay unos textos del Comentario de Ulpiano al Edicto que dejan entrever un panorama distinto:⁹

D.9,2,29,2 Ulp. 18 ad Ed. - *Si navis tua impacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immitendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.*

[D.9,2,29,2 Ulpiano, del libro 8 del Comentario al Edicto - Si tu nave me¹⁰ ha infligido un daño al chocar contra mi barca,¹¹ se pregunta qué acción me

⁶ En la mentalidad romana no debe entenderse como responsabilidad por actos ajenos la del *dominus* por los daños causados por sus esclavos y la del *pater* por los que hubieran causado los *filiifamilias*, ya que, al no tener esclavos ni hijos de familia patrimonio propio, no actuaban en la vida jurídica y económica de forma autónoma, sino como apéndices del *dominus* o del *paterfamilias*.

⁷ Cfr. por todos, ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ciudad del Cabo / Múnich, 1990, p. 1120 y ss.

⁸ En el marco de los contratos de buena fe, la responsabilidad de una de las partes por actos de sus dependientes era admitida con más facilidad que en el marco de la responsabilidad delictual porque el amplio margen que tenía el juez para condenar en este tipo de acciones hacía sencillo tener en cuenta las actividades de subordinados a la hora de fijar la indemnización por incumplimiento contractual. Cfr. KNÜTEL, R. *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, S.Z. 100 (1983) p. 340 y ss.

⁹ En la primera mitad de nuestro siglo, numerosos romanistas consideraron espúrea gran parte de estos dos fragmentos y tendieron a reconstruirlos de acuerdo con sus respectivas concepciones de la *culpa* y de la *actio legis Aquiliae clásica*. Ninguna de estas construcciones es aceptable desde la perspectiva del paradigma hoy vigente. Vid., p. ej., DE MARTINO, F. "In tema di stato di necessità" en *Diritto, economia e società nel mondo romano*, vol. 1 (Diritto privato), Nápoles, 1995, pp. 375 ss.

¹⁰ Sobre el sentido de *damnum mihi dedit* vid. DAUBE, D. "On the use of the term *damnum*" en *Studi Solazzi*, Nápoles, 1948, pp. 103 y 109.

¹¹ Con el término de origen griego *scapha* se designaba a unas barcas ligeras, que frecuentemente se desplazaban con dos remos y con una vela. Eran usadas con frecuencia por los pescadores. Cfr., p. ej., Livio 44,42. En el caso expuesto se está pensando, posiblemente, en un buque mercante que, al realizar la maniobra de entrada o salida de un puerto, aborda una pequeña barca de pesca o de transporte. Pueden verse fotografías de los restos arqueológicos de varios barcos mercantes romanos descubiertos en abril de 1999 en la estación de San Rossore de Pisa en <http://www.archaeology.org/9907/etc/pisa.html>. Sobre la navegación

correspondería. Y Próculo dice que, si estuvo en manos de los marinos que no sucediera, y se ha producido con su *culpa*, hay que demandar a los marinos por la Ley Aquilia, porque poco importa que hubieras causado el daño haciendo chocar la nave, o llevando el timón hacia la nave,¹² o con tu mano, porque de todas estas maneras me produces un daño;¹³ pero si, habiéndose roto una soga, o al no gobernar nadie la nave, ésta hubiera chocado, no se puede demandar al dueño.]

D.9,2,29,4 Ulp. 18 ad Ed. - *Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.*

[D.9,2,29,2 Ulpiano, del libro 8 del Comentario al Edicto - Si una nave hubiera hundido a otra que venía hacia ella, Alfeno dice que corresponde la acción del daño antijurídico o bien contra el timonel o bien contra el piloto. Pero si la nave hubiera recibido tal impulso que no pudo ser frenada, no debe darse ninguna acción contra el dueño. Pero si se hubiera hecho con *culpa* de los marinos, considero que basta la de la Aquilia.]

- b) El tema más difícil de estos textos¹⁴ es la determinación de los responsables del daño causado por el impacto entre las dos naves. En concreto, nos interesa el problema de si el *dominus navis* debe responder por los daños causados por su buque, independientemente de que él haya intervenido o no personalmente en la navegación.

El parágrafo 4 del texto que acabamos de reproducir nos informa de que, en los últimos años de la República,¹⁵ el jurista Alfeno determinó que si una nave colisionaba con otra y le causaba daños podían ser demandados como responsables con la *actio legis Aquiliae*¹⁶ el timonel (*gubernator*) o el piloto (*ducator*).

antigua pueden consultarse en la red los apuntes de J. S. ILLSEY *History and Archaeology of the Ship* (<http://www.history.bangor.ac.uk/shipspecial/shlecmen.htm>)

¹² Esta frase es difícil de entender. A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO Y J. BURILLO (*El Digesto de Justiniano*, Pamplona, 1968, vol. 1 ad h. l.) la traducen como "levando anclas", aunque *serraculum* no sea propiamente el ancla sino el timón. Quizás sea más apropiado el sentido que se le da en BEHRENDTS, O./ KNÜTEL, R./ KUPISCH, B./ SEILER, H. H. *Corpus iuris Civilis. Text und Übersetzung*, vol. 2, Heidelberg, 1995, p. 753, donde se considera que *serraculum ad navem ducere* significa "das Steuerruder zu betätigen".

¹³ Literalmente: "recibo un daño por mediación tuya". La persona de "tu" se percibe como el vínculo entre el hecho causal y el resultado dañoso.

¹⁴ En el presente trabajo dejaremos de lado el análisis de la culpa de los causantes directos del abordaje y la cuestión del deslinde entre el ámbito de la *actio legis Aquiliae* y las acciones útiles, ya que el estudio de estas cuestiones superaría el espacio de que disponemos.

¹⁵ Alfeno Varo fue *consul suffectus* el año 39 a.C. Vid. KUNKEL, W. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952, p. 29.

¹⁶ La expresión *lege Aquilia agere* (o *ex lege Aquilia*) se refiere al ejercicio de la acción directa. Así, p. ej., SCHIPANI, S. *Responsabilità...* cit. p. 134.

La palabra latina *gubernator* designa, en general, la persona que es responsable del movimiento de una nave.¹⁷ El *gubernator* posiblemente cogía personalmente el timón en algunas maniobras difíciles¹⁸ pero parece que, en general, su función consistía en dar las órdenes pertinentes a los marineros que se ocupaban de manejar las velas, los remos y el timón, tal como nos lo expone Séneca (*Epistolae ad Lucilium* 95,7):¹⁹

“*Atqui gubernatorem facit ille, qui praecipit: sic move gubernaculum, sic vela submitte, sic secundo vento utere, sic adverso resiste, sic dubium communemque tibi vindica*”

[“Pero quien hace de *gubernator* es quien ordena: mueve así el timón, despliega así las velas, benefíciate así del viento favorable, resiste así el contrario, aprovecha así el variable e irregular”].

El término *ducator* es un término de uso infrecuente en el latín clásico. Algunos humanistas²⁰ pensaban que era sinónimo de *dux* (comandante) y, por ello, lo asimilaban, en un sentido genérico, con el capitán de la nave.²¹ Posiblemente se trata de un vocablo muy genérico que se refiere en general a cualquier persona que guíe o conduzca la nave.²²

¹⁷ Así, entre otros, MOSCHETTI, C. *Gubernare navem, gubernare rem publicam* en *Studi Senesi* 16, Milán, 1966, p. 15 y ss. MOSCHETTI admite, de todas formas, que el término *gubernator* y su equivalente griego *kybernetes* no son siempre unívocos y en ocasiones se refieren tan sólo a la persona que físicamente maneja el timón. En el Digesto, sin embargo, parece referirse a una persona con un papel directivo dentro de la nave.

No es fácil traducir *gubernator* en este sentido al español. En la traducción del Digesto, de I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo del Derecho civil*, Barcelona, 1889, vol. 1, ad h. l.) y en la de A. D'ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO Y J. BURILLO (*El Digesto de Justiniano*, cit., vol. 1 ad h. l.) se opta por traducir *gubernator* siempre como “timonel”.

¹⁸ Así, CASSON, L. *Ships and Seamanship in the Ancient World*, Princeton (New Jersey), 1971, p. 318 n. 80.

¹⁹ Si no había a bordo un *magister navis* que se ocupara de supervisar todo lo referente al buen funcionamiento de la nave, desde el acomodo de los pasajeros hasta la compra de provisiones o la contratación de marineros, el *gubernator* se ocupaba, por regla general, también de estos asuntos. Vid. MOSCHETTI, C. *Gubernare*. loc. cit. Vid., no obstante, la crítica de GUARINO, A. “Magister et gubernator navis” en *Labeo* 11 (1965) p. 36 y ss.

Acerca de los demás cargos y oficios usuales en una nave del mundo greco-romano cfr. CASSON, L. *Ships...* cit. p. 314 y ss.

²⁰ Vid. SUÁREZ DE MENDOZA, J (“*Commentarii ad Legem Aquiliam*” G. Meerman Thesaurus, La Haya, 1751, p. 162): “...*Et observatum aliis jam est, ducatorem posuisse pro duce. Nam Veteres ducere, et ducare indifferenter usi fuerunt...*”.

²¹ Para otros, en sentido estricto era sinónimo de *dominus navis*, de propietario del buque. Vid. p. ej. el *Vocabularium iuris utriusque* de VICAT, B. PH./SCOT, A./KAHL, J./BRISSON, B./ Y HEINECIO, J. G., 2ª ed., Nápoles, 1760, p. 140. Esta identificación de *ducator* y *dominus navis* es, en el fondo, un intento de simplificar la exégesis de nuestro texto, ya que misteriosa la *actio in dominum* no sería otra cosa que la *actio legis Aquiliae* ordinaria dirigida contra el *ducator*.

²² Así, I. GARCÍA DEL CORRAL (*Cuerpo...* cit. vol. 1 ad h. l.) lo traduce por “conductor”. A. D'ORS et al. (*El Digesto...* cit. vol. 1 ad h. l.) prefieren “capitán”. Nosotros hemos optado por “piloto”, por un lado, porque pensamos que no es un cargo muy distinto del de *gubernator* y, por ello, convenía usar un término sinónimo de “timonel” y, por otro lado, porque deseamos enfatizar que las competencias del *ducator* se encontraban esencialmente en la esfera del movimiento de la nave y no en el ejercicio de poder sobre las personas o las cosas de a bordo.

Por otro lado, en este mismo párrafo 4 *in fine* y en el primero que hemos transcrito (D.9,2,29,2 Ulp.18 ad Ed. [Próculo]) se afirma, de forma más genérica, que pueden ser responsables por la *actio legis Aquiliae* todos los marinos (*nautae*). Aunque el término *nautae* designa, en palabras del propio Ulpiano (D.4,9,1,2, lib. 14 ad Ed.) “...*omnes, qui navis navigandae causa in nave sint...*” [“...todos los que están en la nave para hacer navegar la nave...”],²³ en nuestro contexto, debe considerarse referido sólo a toda persona que tenga una función en el barco que afecte a su movimiento, ya sea controlando físicamente los remos, velas, etc., ya sea dando las órdenes pertinentes. No tiene sentido pensar en *actio legis Aquiliae* dirigida contra *nautae* que no tengan ninguna influencia en el rumbo del barco,²⁴ como los vigilantes de la nave y de las mercancías o los camareros (*diaetarii*).²⁵

Si tomamos este sentido estricto de *nauta*, podremos afirmar que Alfeno y Próculo (seguidos en época tardo-clásica por Ulpiano) pensaban que, si una nave chocaba contra otra y le ocasionaba daños, debía demandarse con la *actio legis Aquiliae* como responsables a aquellas personas que tuvieran un control sobre el movimiento de la nave causante del daño, por lo general el *gubernator* o el *ducator*.

- c) Esto no obstante, en los dos textos citados al principio se menciona también una misteriosa acción intentada *in dominum* (contra el dueño). Esta expresión ha representado durante siglos un escollo importante en la comprensión del texto y son muchos los romanistas que han optado por dejarla de lado en sus estudios sobre responsabilidad aquiliana.²⁶ La situación actual de las fuentes no permite llegar a una conclusión segura acerca del sentido de estas palabras, pero creemos que algunos textos del Digesto pueden servir de base para proponer una hipótesis con un grado importante de verosimilitud.

El primer problema consiste en determinar quién es este *dominus*. Podría pensarse en el propietario de un esclavo que ejercía de *gubernator* o de *ducator* en una nave. La acción *in dominum* sería la acción que corresponde contra el propietario de un esclavo por los daños provocados por éste a terceros.²⁷ Aunque esta hipótesis no es del todo descartable, parece bastante improbable, porque en ningún momento se menciona en los textos que los causantes del daño sean esclavos. Más bien da la impresión de que Ulpiano estuviera pensando en un *dominus navis*.²⁸

Si interpretamos el término *dominus navis* como referido a cualquier persona que ostente el derecho de propiedad sobre la nave, deberemos aceptar que, para Ulpiano, el propietario de un buque, por el mero hecho de serlo, se hacía

²³ En este texto Ulpiano contrapone el sentido ordinario del término “*nauta*” al sentido estricto que tiene esta palabra en el edicto del pretor referido al *receptum nautarum*, donde se refiere exclusivamente al *exercitor*; esto es, a la persona que explota económicamente una nave.

²⁴ Así, p. ej., SCHIPANI, S. *Responsabilità...* cit. p. 347.

²⁵ Estos dos tipos de *nautae* aparecen mencionados en D.4,9,1,3 Ulp. 14 ad Ed.

²⁶ H. HAUSMANINGER, p. ej., en *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 4ª ed., Viena, 1990 menciona nuestro texto en las páginas 16, 22, 26 y 31, pero no hace referencia alguna al problema de la acción *in dominum*. Vid. también, recientemente, ZAMORA MANZANO, J. L. *Averías y accidentes en el Derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, p. 64 ss.

²⁷ Sobre este tema, vid. ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations...* cit. p. 1118 y ss.

²⁸ Así ya la glosa. Vid. glosa ad “*in dominum*” en D.9,2,29,4 (ed. Venecia, 1581).

responsable de los daños que con él se causaran, independientemente de que hubiera participado o no en la elección de los marinos o en la dirección de la nave.²⁹ En otras palabras: la mera titularidad dominical bastaría para imputar al *dominus navis* la responsabilidad por los daños causados en los abordajes que hubieran tenido lugar con *culpa* de los marinos.³⁰

De ser cierta esta interpretación, podríamos pensar que con la expresión *actio in dominum* Ulpiano quería referirse a una acción *in factum* que se concedía contra el propietario de la nave, que debía responder, quizás, dentro de los límites del valor del buque.³¹

Es innegable que esta exégesis es atractiva porque se apoya en la interpretación usual y técnica del término *dominus* y de ninguna forma puede ser descartada con rotundidad. Sin embargo, no es fácil de integrar dentro del marco de la responsabilidad por daños del Derecho romano clásico, porque la responsabilidad del dueño de un objeto inanimado³² por los daños que con él se causen, fundada exclusivamente en la existencia del derecho de propiedad, es extremadamente excepcional³³ y se trata de situaciones en las que el propietario tiene el deber de mantener algún objeto en buen estado. Los daños causados por abordaje, por contra, no se deben, salvo casos excepcionales, a una deficiente conservación de la nave, sino más bien a una falta de habilidad en su manejo.

²⁹ Este es el sentido que parece darle al texto MAC CORMACK en “Aquilian culpa” cit. p. 217 y ss.

La responsabilidad del propietario de la nave no se admite en nuestro C.Co., aunque sí en la mayor parte de tratados internacionales. Vid., p. ej., art. 2 del Reglamento internacional para prevenir los abordajes hecho en Londres el 20 de octubre de 1972.

³⁰ Esta interpretación es defendida, entre otros, por S. SCHIPANI (*Responsabilità...* cit. p. 189 y ss. n. 36), quien, siguiendo a GHIONDA, considera que se hace responsable al propietario de la nave por una razón puramente económica, que buscaría ante todo la protección de la víctima.

³¹ En D.39,2,7,1 Ulp. 53 ad Ed. se nos dice claramente “...cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non deberent onerare...” Este texto implica que si interpretásemos la *actio in dominum* como una acción dirigida contra el propietario deberíamos admitir que la responsabilidad queda limitada al valor de la nave. Esto no se nos dice en el texto, y deberíamos considerarlo implícito.

³² Podría pensarse en una extensión de la responsabilidad aquiliana por medio de una *actio in factum* por daños causados por buques en la línea de la *actio de pauperie* (cfr. LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, 1927, § 75 [p. 195]). Con esta acción se hacía responder al propietario de un cuadrúpedo de los daños que éste hubiera causado, independientemente de que en el momento en que éstos ocurrieron el cuadrúpedo se encontrara efectivamente bajo el control de su dueño. Sin embargo, en nuestro caso, la nave es un objeto inanimado que no causa daños por ella misma, sino que tan sólo es un instrumento mediante el cual la persona que la controlaba o que hubiera debido hacerlo ha causado un daño.

³³ Vid. un caso, en sede de *cautio damni infecti* (caución por el daño temido), que nos relata el propio Ulpiano (D.39,2,7,1 Ulp.53 ad Ed.). Se trata del caso de una casa que se derrumba sobre una finca vecina antes de haberse prestado la caución. Al propietario se le hace responsable del daño, aunque se le permite optar por la derelicción de su inmueble. Cfr. D.39,2,6 Gai. 1 ad Ed. prov. A veces la caución puede exigirse, además del propietario, también de otros titulares de derechos reales. Cfr., p. ej., D.39,2,5,2 Paul 1 ad Ed.; D.39,2,9,4 Ulp. 53 ad Ed. y D.39,2,13,1 Ulp. 53 ad Ed. Esto no quita que el responsable en último término sea el propietario.

Por estas razones parece más probable que la expresión *dominus navis* se refiera al naviero,³⁴ persona que técnicamente recibía el nombre de *exercitor* o *navicularius*.³⁵ El *exercitor* era aquella persona que explotaba económicamente una nave, ya fuera su propietario, ya tuviera su uso por otro título (arrendamiento, usufructo, etc.).³⁶ En el lenguaje ordinario, sin embargo, se utilizaba el término *dominus navis*³⁷ (o en griego *kyrios* o *despotes*³⁸) para referirse al *exercitor* (en griego *naukteros*), independientemente de que *stricto sensu* fuera o no el propietario del buque. Con frecuencia el *exercitor* debía de ser también el propietario de la nave y por ello no debía de ser raro que se le aplicara, aunque fuera *per abusionem*, la expresión *dominus navis*.³⁹

El uso abusivo de estos términos como sinónimo de *exercitor* aparece en la frase final de un texto del jurista Africano, compilado en sede de *actio exercitoria* (D.14,1,7pr. lib. 8 quaest.): “... *non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari*.”⁴⁰ Teniendo en cuenta que Africano escribió sus *questiones*, en tiempos de Adriano (117-138 d.C.) o de Antonino Pío (138-161 d.C.),⁴¹ la utilización del término *dominus navis* en este texto podría llevarnos a suponer que, hasta la época tardo-clásica (finales del s. II d.C., principios del s. III d.C.), la utilización propia y precisa de los términos *exercitor* y *dominus navis* no se consideraba un asunto

³⁴ En la reciente traducción alemana del Digesto (BEHREND, O./ KNÜTEL, R./ KUPISCH, B./ SEILER, H. H. *Corpus iuris...* cit. p. 753 y s.) se opta con gran acierto por traducir *dominus* como “Schiffseigner”. Este término tiene un sentido algo ambiguo, entre propietario y naviero, como el español “bajelero” que, según el Diccionario de la lengua española (21ª ed. Madrid, 1992) significa: “dueño, patrón o fletador de un bajel”.

³⁵ Hay otros textos en el Digesto en los que se nos presenta un *dominus navis* que, según podemos deducir por el contexto, también es naviero. Pero en ellos es clara la razón por la que el jurista opta por hablar de *dominus*. En D.39,4,11,2 Paul 5 sent. (= P.S.5,1A,12) se nos dice que el *dominus navis* que transporta objetos ilícitos quedará sometido a la pena de confiscación de la nave. Esta pena es aplicable, naturalmente, sólo si el contrabandista fuera a la vez *dominus* y *exercitor*, ya que, si se tratara de un *exercitor* que tuviera el uso de la nave por un título distinto del de dominio, la confiscación de ésta no le perjudicaría directamente a él, sino al propietario. Por otro lado, en los textos referentes a la *Lex Rhodia*, el *dominus navis* es el propietario del buque *stricto sensu*, porque es quien tuvo su bien (la nave) en peligro cuando se tuvo que lanzar la carga al mar. Vid. p. ej. D.14,2,2pr y 2 Paul. 34 ad Ed.

³⁶ D.14,1,1,15 Ulp. 28 ad Ed. “...*exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum*”. Vid. también G.4,71.

³⁷ Cicerón *De inventione* 2,154 [Loeb].

³⁸ Vid. p. ej. Artemidoro *Epistula Clementis* 14,2 (en REHM, B. *Die Pseudoklementinen*, vol. I *Homilien*, Berlín, 1953 p. 16). En la versión latina el *despotes* se traduce como *dominus*

³⁹ Podría pensarse que término *dominus* fuera una introducción post-clásica, ya que en esta época el término *dominium* tendió a adquirir un carácter genérico y se empleaba como sinónimo de *possessio* e, incluso, de otras situaciones de mera tenencia. Cfr. LEVY, E. *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia, 1951, p. 19 y ss.). No puede descartarse completamente que en época post-clásica el término *exercitor* fuera sustituido por *dominus* para simplificar el texto, aunque, hoy por hoy, no tenemos pruebas claras de ello.

⁴⁰ Se trata del caso de un *magister navis* que tomo en préstamo una cantidad de dinero que es en parte para aplicarla a la reparación de la nave y, en parte, a otros usos. Africano afirma que sólo podrá ejercitarse la *actio exercitoria* contra el naviero que designó al *magister navis* por la cantidad que se aplicó a la reparación de la nave, ya que el resto se considera un préstamo hecho personalmente al *magister*, que es ajeno a la actividad profesional que tiene encomendada. Cfr. también D.14,1,1,8-11 Ulp.28 ad Ed.

⁴¹ Vid. LENEL, O. *Palingenesia iuris Civilis*, vol.1, Leipzig, 1889, p. 2, n. 1.

primordial, al menos en aquellos contextos en los que no provocaba ambigüedad.⁴² El uso de *dominus navis* en los textos que estamos examinando se explicaría porque Ulpiano, jurista tardo-clásico, estaría recogiendo la frase de una obra de un jurisperito anterior, posiblemente Próculo (en D.9,2,29,2) o Alfeno (en D.9,2,29,4).⁴³

- d) Esta acción *in dominum*, entendida como *in exercitorem*, no puede ser una *actio legis Aquiliae* porque no encaja en el estricto régimen general de la responsabilidad aquiliana, que se basa en los principios de causalidad inmediata y de culpabilidad del responsable. El *exercitor* no siempre iba a bordo,⁴⁴ y, aunque viajara en la nave, no intervenía en la determinación del movimiento de ésta, y, por ello, la acción mencionada debe ser necesariamente otra.

Lo más probable es que se trate de la *actio damni in factum adversus nautas*.⁴⁵ Conocemos esta acción principalmente por dos breves fragmentos que los compiladores insertaron al final del título D.9,4, y parece que podía utilizarse para hacer responder a los navieros de los daños causados por los componentes de la dotación de la nave.

El título del Digesto en el que los compiladores incorporaron estos textos (D.9,4) está consagrado a una acción distinta: la *actio de recepto*,⁴⁶ la acción por la que se hacía responder objetivamente al naviero si no podía restituir en perfecto estado los bienes embarcados. El hecho de que los compiladores unieran en un solo título del Digesto textos correspondientes a dos acciones clásicas distintas (la *actio de recepto* y la *actio damni in factum adversus nautas*) indica que su intención era fusionarlas en una nueva y reformada *actio de recepto* justinianea.⁴⁷

Cabe pensar que, en el marco de esta reforma, los compiladores eliminaran de entre *adficior* y *sed*, en el parágrafo 2, y de entre *ait* y *sed* en el 4, una referencia a la *actio damni in factum adversus nautas*, que aparecía como *actio in dominum*. Esta sería

⁴² El argumento más importante en contra de la identificación de nuestro *dominus* con un *exercitor* es que Ulpiano, en su comentario al Edicto (cfr. LENEL, O. *Palingenesia...* cit., vol. 2, p. 422 y ss. en especial libros 18 (p. 519 y ss.) y 28 (p. 579 y ss.)), muestra una precisión notable a la hora de distinguir y de utilizar distintamente los términos *dominus* y *exercitor*.

⁴³ La atribución de la frase "*sed...actionem*" a Alfeno es defendida por A. WATSON (*The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 239), aunque no es improbable que Ulpiano citara a Alfeno indirectamente (cfr. SCHIPANI, S. *Responsabilità...* cit. p. 188 n. 32).

⁴⁴ Tenemos testimonio de *exercitores* (o *naukleroí*) que viajaban a bordo de la nave en Actos de los Apóstoles 27,11, Luciano (Navig.7,9 [Loeb Lucian VI]), Plutarco *Pompeyo* 73,3 [Loeb], Ateneo 5,207c [Loeb]. Parece, sin embargo, que no iban en la nave en el caso referido por Demóstenes *In Lacritum* 35,10,11,18 y 20.

⁴⁵ Cfr. LENEL, O. *Das Edictum...* 3ª ed. cit. § 78 (p. 205). Vid. sobre el régimen de esta acción GIMÉNEZ-CANDELA, T. *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 129 y ss.

⁴⁶ Cfr. LENEL, O. *Das Edictum...* 3ª ed. cit. § 49 (p. 131).

⁴⁷ Esto no obstante, la *actio in factum adversus nautas* aparece mencionada expresamente en las Instituciones de Justiniano (I.4,5,3) y no es sencillo determinar por qué esta acción aparece ahí en la sede que le corresponde, mientras que en el Digesto no se le dedica ningún título. Este es uno de los muchos misterios que envuelven el régimen clásico de las acciones contra los *exercitores navis*.

la razón por la que el *sed* del párrafo 2, en su habitual significación adversativa, no encuentra acomodo en el sentido general del pasaje.⁴⁸

Así pues, en el tenor originario del comentario ulpiano al Edicto posiblemente se afirmaba que, además de la acción civil contra el *gubernator* o contra el *ducator*, las víctimas del daño tenían a su disposición también otra alternativa: demandar al *dominus* (léase *exercitor*) con la *actio damni in factum adversus nautas*.

Generalmente se asume que esta acción, al igual que la *actio de recepto*, sólo podía ejercitarse en época clásica por los daños causados a bienes embarcados⁴⁹ y, por lo tanto, no habría sido aplicable a los daños ocasionados en un abordaje, que se causan con la nave, pero fuera de ella. Esta idea se fundamenta en las palabras *in nave* que encontramos en D.4,9,7pr (Ulp. 18 ad Ed.) y en D.44,7,5,6 (Gaius 3 lib. aureorum).

Sin embargo, es probable que algunos juristas clásicos, interpretando ampliamente la expresión *in nave*, consideraran que la *actio damni in factum adversus nautas* también era aplicable a los daños causados por la dotación en caso de abordaje, quizás porque tomaban como punto de referencia no el lugar en el que tuvo lugar el daño, sino aquél en el que estaba quien lo causó. Posiblemente ésta era la opinión de Ulpiano y de los juristas a los que sigue y se encontraba expuesta en las frases que los compiladores suprimieron.

• Conclusiones

En el Derecho romano clásico algunos juristas (Ulpiano y muy probablemente ya Alfeno y Próculo) consideraban que, en los casos de abordaje de una nave causado por la dotación con *culpa*, la víctima del daño podía ejercitar contra el naviero la *actio damni in factum adversus nautas*. No parece que fuera un inconveniente que la fórmula de esta acción exigiera que el daño se hubiera causado *in nave*, posiblemente porque estas palabras se interpretaban referidas al lugar desde el que actuaban los que lo causaron, y no al lugar en el que hubiera acaecido el impacto.

La *actio damni in factum adversus nautas* no presuponía intervención alguna del naviero en los hechos que causaron el daño, y tampoco su *culpa*, pero implicaba siempre la *culpa* de los marinos causantes inmediatos del daño.⁵⁰ Por ello, Ulpiano no admite su

⁴⁸ J. CUYACIO (“Observationes et emendationes” 25,10 en *Opera Omnia*, vol. 3, Venecia, 1758, p. 671) resolvió el problema de este *sed* atribuyéndole un excepcional significado conjuntivo. Esta solución nos parece bastante forzada y mucho más difícil de defender que la hipótesis de una alteración textual.

⁴⁹ Vid., p. ej., ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations* cit. p. 1122: “...sea carriers, innkeepers and stablekeepers were strictly liable if their customer’s property was damaged or stolen by one of their employees...”

⁵⁰ Nada nos dicen los textos de una eventual acción de resarcimiento del *dominus navis* contra el *nauta*. Esta acción debía depender de las relaciones jurídicas que unieran a estas dos personas: si el *nauta* era un esclavo del *dominus navis*, el resarcimiento no era posible, porque el esclavo no tenía patrimonio, pero la punición corporal del esclavo culpable quedaba completamente a la discreción del amo; si el *nauta* era libre o era un esclavo ajeno, el

ejercicio cuando la colisión ha tenido lugar, por ejemplo, porque un golpe de viento inesperado ha acelerado excesivamente la nave o porque, sin *culpa* de nadie, el barco ha quedado a la deriva.

En estos casos, la víctima no puede recurrir a la *actio de recepto*. Aunque esta acción haga responder al naviero en todo caso, independientemente de que concurra *culpa* alguna, a excepción tan sólo de algunos eventos de fuerza mayor, la *actio de recepto* está expresamente limitada en su fórmula a los bienes que constituyen el *receptum*, esto es, los bienes embarcados y, por lo tanto, no es ejercitable en casos de abordaje.

De todas formas, estas dificultades técnicas para imputar al naviero una responsabilidad objetiva sin *culpa* habrían podido ser superadas por los juristas de diversas maneras, si hubieran querido hacerlo. Si no lo hicieron es porque intuyeron que la responsabilidad objetiva no podía contribuir de forma alguna a evitar los abordajes.⁵¹

Aunque ninguno de los juristas romanos pudo leer a R. A. POSNER⁵² ni tampoco pudo utilizar los métodos de análisis económico que éste usa en su obra, sí eran perfectamente conscientes de que la responsabilidad objetiva no suele ser un mecanismo jurídico satisfactorio en los casos de responsabilidad delictual como el que nos ocupa, ya que intuían que, en presencia de un conflicto de actividades como el nuestro, no hay razones para pensar que el causante del daño está en mejor posición que la víctima para evitar los accidentes, reduciendo su nivel de su actividad.

Dejando aparte el caso evidente de un mercante que es a la vez potencial abordante accidental y potencial víctima, incluso en el caso de las barcas de pesca que faenan cerca de la orilla a riesgo de ser abordadas accidentalmente por los mercantes, no hay razones para pensar que una disminución del tráfico de mercantes evitará más accidentes que una disminución del número de barcas de pesca.

Por esta razón los juristas romanos no tuvieron ningún interés en forzar una responsabilidad vicarial objetiva del naviero, mientras que, por ejemplo, en el caso de una casa que amenazaba ruina, sí consideraron que el propietario estaba en mejor posición para evitar daños que la potencial víctima (el vecino) y, por ello, sí le impusieron una responsabilidad delictual sin *culpa*.

resarcimiento debía de encauzarse, generalmente, por vía de las correspondientes acciones contractuales, con frecuencia las derivadas de un *locatio-conductio*.

⁵¹ Los juristas romanos no tienen profundos conocimientos de lo que hoy en día se denomina “ciencia económica” y sería absurdo defender que practicaban un análisis económico del Derecho. Sin embargo, es indudable que tienen conciencia de que ciertas medidas jurídicas tendrán unos efectos económicos.

Por otro lado, aunque no puedan interpretarse las decisiones de los juristas romanos en clave de análisis económico del Derecho, sí es posible observar si la estimación de efectos (*effect evaluation*) a la que nos lleva el análisis económico de un instituto jurídico (contextualizado, evidentemente, en los parámetros de la economía del mundo antiguo) concuerda con los efectos económicos reales de los que nos informan las fuentes históricas. En este sentido, vid. HIRSCH, WERNER Z. *Law and Economics. An Introductory Analysis*, 3ª ed., San Diego / Londres, 1990 p. 10. De hecho, esta *effect evaluation* más que poner a prueba los institutos jurídicos romanos, somete a juicio los métodos de análisis económico del Derecho, ya que permite comprobar su exactitud en un contexto real.

⁵² POSNER, RICHARD A. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Boston/Toronto, 1986, p. 165 ss.

Estas conclusiones quizás puedan ser una contribución a resolver una cuestión que, en palabras de DE ROBERTIS,⁵³ “*rimane tra i problemi più oscuri della nostra disciplina*”: ¿por qué se mantuvieron las acciones *in factum adversus nautas* en época tardo-clásica, si las víctimas de daños disponían de la *actio de recepto*? Si nuestras hipótesis son acertadas, acabamos de ver una de las razones: porque la *actio de recepto* no servía para demandar al *exercitor* en los casos de abordaje y la *actio in factum adversus nautas* sí.

• **Bibliografía**

GÓMEZ CALERO, J. *Derecho de las averías y de los accidentes marítimos*, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, J.L. “El abordaje: su concepto y delimitación”, en *Estudios jurídicos A. Menéndez*, vol. 3, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M^a I. “Accidentes marítimos: abordaje, naufragio, salvamento y avería gruesa” en ARROYO MARTÍNEZ, I. / BELTRÁN SÁNCHEZ, E. (dirs.) *La reforma de la legislación marítima*, Pamplona, 1999.

ARROYO MARTÍNEZ, I. voz “naviero” en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. 3, Madrid, 1995.

CUÑAT EDO, V. “El régimen del abordaje en el Código de Comercio y la posible responsabilidad sin culpa” en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1974.

NEWMAN, P. (dir.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 3, Londres/Nueva York, 1998.

ZIMMERMANN, R. *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Ciudad del Cabo / Múnich, 1990.

KNÜTEL, R. *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, S.Z. 100, 1983.

DE MARTINO, F. “In tema di stato di necessità” en *Diritto, economia e società nel mondo romano*, vol. 1 (Diritto privato), Nápoles, 1995.

DAUBE, D. “On the use of the term *damnum*” en *Studi Solazzi*, Nápoles, 1948.

J. S. ILLSEY, *History and Archaeology of the Ship*, en <http://www.history.bangor.ac.uk/shipspecial/shlecmen.htm>.

A. D’ORS, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA GARRIDO Y J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano*, vol. 1 ad h. I, Pamplona, 1968.

BEHREND, O., KNÜTEL, R., KUPISCH, B., SEILER, H. H., *Corpus iuris Civilis. Text und Übersetzung*, vol. 2, Heidelberg, 1995.

KUNKEL, W. *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar, 1952.

⁵³ DE ROBERTIS, F. M. *Receptum nautarum*, Bari, 1952, p. 140 y ss.

- MOSCHETTI, C. *Gubernare navem, gubernare rem publicam* en Studi Senesi 16, Milán, 1966.
- SCHIPANI, S. *Responsabilità... cit*
- GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo del Derecho civil*, vol. 1, ad h. 1, Barcelona, 1889.
- CASSON, L. *Ships and Seamanhip in the Ancient World*, Princeton (New Jersey), 1971.
- GUARINO, A. “Magister et gubernator navis” en *Labeo* 11, 1965.
- SUÁREZ DE MENDOZA, J. “Commentarii ad Legem Aquiliam” G. Meerman Thesaurus, La Haya, 1751.
- VICAT, B. PH., SCOT, A., KAHL, J., BRISSON, B., y HEINECIO, J. G., *Vocabularium iuris utriusque*, 2ª ed., Nápoles, 1760.
- H. HAUSMANINGER, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, 4ª ed., Viena, 1990.
- ZAMORA MANZANO, J. L. *Averías y accidentes en el Derecho marítimo romano*, Madrid, 2000.
- LENEL, O. *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, 1927.
- REHM, B. *Die Pseudoklementinen*, vol. I *Homilien*, Berlín, 1953.
- LEVY, E. *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Filadelfia, 1951.
- LENEL, O. *Palingenesia iuris Civilis*, vol.1, Leipzig, 1889.
- A. WATSON (*The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965).
- GIMÉNEZ-CANDELA, T. *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990.
- WERNER Z., *Law and Economics. An Introductory Analysis*, 3ª ed., San Diego / Londres, 1990.
- POSNER, RICHARD A. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Boston/Toronto, 1986.
- DE ROBERTIS, F. M. *Receptum nautarum*, Bari, 1952.