

CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL *RECEPTUM NAUTARUM*, *CAUPONUM ET STABULARIORUM* Y EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD *RECEPTICIA* EN EL DERECHO ROMANO

María Salazar Revuelta

Catedrática Habilitada de Derecho Romano de la Universidad de Jaén

RESUMEN:

La particular responsabilidad *sine culpa* que deriva del *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum* surge, en origen, de un pacto expreso entre las partes, sancionado por el *ius praetorium* a través de una específica *actio in factum*. Dicho *pactum* se configura autónomamente respecto de la relación contractual que rige el transporte marítimo y terrestre: concretamente, *locatio-conductio* y *depositum*. Ahora bien, ya en época clásica tardía comienza a entenderse el *receptum* subsumido en el contrato como elemento natural de éste, tácitamente realizado con la simple recepción o aceptación de las mercancías. Así se sigue concibiendo en época justiniana, si bien encuadrado en la teoría de la culpa, por medio de presunciones de culpa del tipo “*in utendo/habendo* o *adhibendo*”, conforme a la tendencia justiniana de subjetivar el “*periculum* empresarial”. De ahí que la responsabilidad por custodia del derecho clásico pase a ser considerada un tipo de *diligentia* (*diligentia exactissima*) con su único límite en el *casus maior*. En definitiva no se trata más que de una responsabilidad formalmente subjetiva, pero sustancialmente objetiva.

Palabras clave: *Recipere*; *Receptum*; *Receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum*; *Nautae*; *Caupones*; *Stabularii*; Transporte marítimo y terrestre; *Exercitio negotiationum*; *Pactum*; *Ius praetorium*; *Actio de recepto*; *Actio in factum*; Responsabilidad *sine culpa*; Responsabilidad objetiva; “Riesgo empresarial”; Presunciones de culpa; *Diligentia*.

ABSTRACT:

The particular responsibility *sine culpa* which derives from *receptum nautarum*, *cauponum et stabulariorum* originally develops from a specific deal between the parties, protected by *ius praetorium* through a specific *actio in factum*. Such *pactum* takes shape autonomously with respect to the deal which was valid for land and sea transport: that is to say, *locatio-conductio* and *depositum*. Nevertheless, in the late classical period *receptum* starts to be considered as something within the deal, as if it belonged to it. It is understood that simply receiving or accepting the goods involves agreeing on the deal. In Justinian times it is considered in the same way, although it is related to the theory of fault, through presumptions of faults such as *in utendo/habendo* o *adhibendo* according to the Justinian tendency of subjectivizing business *periculum*. Thus, the responsibility for custody in Classical Law is now considered a kind of *diligentia* (*dili-*

gentia exactissima), being *casus maior* the only limit. All in all, It is only a formally subjective responsibility which is substantially objective.

Keywords: *Recipere; Receptum; Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum; Nautae; Caupones; Stabularii;* Land and sea transport; *Exercitio negotiationum; Pactum; Ius praetorium; Actio de recepto; Actio in factum;* Strict Liability; Law of Torts; “Business *periculum*”; Presumptions of faults; *Diligentia*.

Configuración jurídica del *receptum nautarum*, *cauponum* et *stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho Romano

SUMARIO: I. Pacto pretorio y responsabilidad derivada del mismo.- II. Configuración jurídica del *receptum nautarum*, *cauponum* et *stabulariorum*.- II.1. Configuración del *receptum* en época comercial.- II.2. Evolución experimentada por el *receptum* en época clásica.- III. La responsabilidad *ex recepto* en época justiniana.

I. PACTO PRETORIO Y RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL MISMO.

La doctrina mayoritaria¹ viene observando el origen de la responsabilidad derivada del *receptum nautarum*, *cauponum* et *stabulariorum* en la asunción de un pacto expreso entre las partes. Dicho pacto encuentra una particular sanción jurídica en el *ius praetorium*, tal y como consta en los *verba* edictales que reproduce Ulpiano 14 *ad edictum* en D. 4,9,1 *pr.*:

*Nautae caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*².

E, igualmente, en D. 4,9,3,1:

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

Así pues, mediante la atribución por el pretor de una específica *actio in factum* adquiere fuerza jurídica el *pactum* por el cual el armador, posadero o dueño de un estable asumen la responsabilidad de salvaguardar las mercancías recibidas para ser transportadas por mar, así como las demás cosas introducidas en la nave, posada o estable por sus respectivos clientes³.

1 *Vid.*, entre otros, JÖRS, P.- KUNKEL, W., *Derecho privado romano* (trad. por L. Prieto Castro). Barcelona 1937, pp. 342-343; DE ROBERTIS, F. M., *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina concernente il 'caupo' e lo 'stabularius'*. Bari 1952, pp. 58-60; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico* (trad. por J. Santa Cruz Teijeiro). Barcelona 1960, p. 539; MIQUEL, J., *Derecho privado romano*. Madrid 1992, p. 336; ID., "Periculum locatoris. Ricerche in tema di responsabilità contrattuale", *ZSS* 81 (1964), p. 182; ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles 1987, pp. 80 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni di Diritto romano*. Milano 1990, pp. 607-609; MARRONE, M., *Istituzioni di Diritto romano* (2ª ed.). Palermo 1994, pp. 508-511; GUARINO, A., *Diritto privato romano* (11ª ed.). Napoli 1997, pp. 967-968; LA ROSA, F., "Il formalismo del pretore: *constituta e recepta*", *Labeo* 43 (1997), pp. 221-224; PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti con gli imprenditori nel diritto romano classico: il caso del 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum'*, en *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos. Libro homenaje a Fernando Hinestroza* 3 (Colombia 2003), pp. 94-98; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Diritto commerciale romano. Profilo storico* (2ª ed.). Torino 2004, pp. 281-283.

2 La reconstrucción de la fórmula de la acción según LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* 3ª ed. Leipzig 1927 (reimp. Aalen 1985), p. 131, es la siguiente:

C. Aquilius iudex esto. Si paret Numerium Negidium, cum navem exerceret, Auli Agerii res quibus de agitur salvas fore recepisse neque restituisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito.

3 D. 4,9,1,6 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 4,9,1,8 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 4,9,4,2 (Paul. 13 *ad ed.*)

Se trata, entonces, de un simple acuerdo al que el pretor otorga tutela jurisdiccional a través de una *actio in factum*, basada en el hecho de que la mercancía ha sido *recepta salvam fore* y no ha sido restituida, independientemente de la causa y comportamiento del cargador. Efectivamente, a través del *receptum* se asume una responsabilidad por custodia⁴, ya que la cláusula *salvum fore recipiunt*, es una cláusula de asunción expresa de todo *periculum*, exceptuando sólo los casos de *damnum fatale* en virtud de una *exceptio* introducida a partir de Labeón⁵, según refiere el mismo Ulpiano 14 *ad ed.* en D. 4,9,3,1 *in fine*:

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

Estamos, por tanto, en presencia de una responsabilidad absoluta (*omnimodo qui recepit tenetur*) y objetiva (*sine culpa*) de las personas que están al frente de un negocio de transporte o alojamiento, por la no restitución de las mercancías o efectos entregados por sus clientes. La amplitud del objeto de la protección pretoria queda patente en la expresión edictal "*quod cuiusque salvum fore receperint*", citada igualmente por Ulpiano en D. 4,9,1,6 (Ulp. 14 *ad ed.*)⁶. Por lo que se refiere a la no restitución, ésta ha de entenderse en sentido amplio, comprendiendo no sólo los supuestos de no restitución como consecuencia de hurto, sino también los casos en los que las mercancías hayan sido devueltas dañadas o defectuosas, como se desprende de D. 4,9,5,1 (*Gai 5 ad ed. prov.*):

Quaecumque de furto diximus, eadem et de damno debent intellegi: non enim dubitari oportet, quin is, qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recipere videatur.

Asimismo, este *periculo teneri ex causa praetoria* surge en el caso del transporte o alojamiento tanto lucrativo como gratuito, conforme lo determinado en D. 4,9,6 *pr.* (*Paul. 22 ad ed.*)⁷:

4 Este es el sentido con el que se han de entender las siguientes expresiones: *res custodiae eorum committere* (D. 4,9,1,1); *qui custodiae gratia navibus praeponuntur* (D. 4,9,1,3); *eum recipere custodiam* (D. 4,9,1,8) o *custodiae nomine tenentur* (D. 4,9,5). Vid. MÉNAGER, L. R., "Naulum et receptum rem salvam fore. Contribution a l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes en Droit romain", en *RHDFE* 38 (1960), pp. 407-408; SARGENTI, M., "Problemi della responsabilità contrattuale", *SDHI* 20 (1954), pp. 151-152; ROBAYE, R., "Responsabilité objective ou subjective en droit romain. Questions de terminologie et de méthode", *TR* 50 (1990), p. 357; HERRERA BRAVO, R., "Planteamientos generales sobre responsabilidad por custodia en el Derecho romano, en la tradición romanística y en la Codificación", *RDP* (1993), pp. 651 ss.; BURDESE, A., *Manuale di Diritto privato romano* (4ª ed.). Torino 2002, p. 493; FÖLDI, A., "Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung ex recepto nautarum cauponum stabulariorum und der Haftung für custodia", *RIDA* 40 (1993), pp. 263 ss.; FERCIA, R., *Criteri di responsabilità dell' 'exercitor' . Modelli culturali dell' 'attribuzione di rischio e regime della nossalita nelle 'azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios'*. Torino 2002, pp. 186 ss.; TALAMANCA, M., *Istituzioni...cit.*, p. 609, quien es más prudente, llevando la *custodia ex recepto* a época tardo-clásica

5 Según la *communis opinio* esta *exceptio* labeoniana se refiere, en primer lugar, sólo a los casos de naufragio y piratería, extendiéndose más tarde a todos los supuestos de fuerza mayor. En cualquier caso, dicha extensión ya habría operado en época de Ulpiano, ya que éste habla de *damnum fatale* y *vis maior* en general, aplicando también la excepción a *caupones* y *stabularii*. Vid. por todos MÉNAGER, L. R., *op. cit.*, pp. 407, nt. 164; PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, pp. 83-84; CERAMI, P.- DI PORTO, A.- PETRUCCI, A., *op. cit.*, pp. 274-275. Cf. DE ROBERTIS, F. M., "Ancora sul receptum nautarum", *RDN* 26 (1958), pp. 256-257.

6 *Ait praetor: 'quod cuius salvum fore receperint': hoc est quaecumque rem sive mercem receperint. inde apud Vivianum relatum est ad eas quoque res hoc edictum pertinere, quae mercibus accederent, veluti vestimenta quibus in navibus uterentur et cetera quae ad cottidianum usum habemus.*

7 El texto parece referirse, sin embargo, a la *actio damni adversus nautas, caupones, stabularios*. No obstante es lógico pensar que Paulo en su comentario edictal sobre la *actio legis Aquiliae*, aludiera también

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

El carácter esencialmente extenso y riguroso de la responsabilidad *ex recepto* se observa, además, en la imposibilidad por parte del *nauta*, *caupo* o *stabularius*, como *dominus negotii*, de liberarse de la misma a través de la *noxalis deditio* del esclavo o *filiusfamilias* autor del hurto o daño. Así se contempla en D. 4,9,3,3 (Ulp. 14 *ad ed.*):

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

No obstante, en la parte final de este texto (*sin vero – dabitur*) se confirma que si la actividad comercial se ejerce sin la voluntad del titular del negocio, éste podrá ver reducida su responsabilidad en los límites del peculio. Sólo aquí se observa una atenuación de la rigurosa responsabilidad asumida a través del *receptum*.

Evidentemente la fuerza mayor eximiría totalmente de responsabilidad a *qui recipit salvum fore*; pero también éste podría rehusarla o limitarla mediante una explícita declaración “de descargo” comunicada preventivamente al cliente. Tal y como se puede observar en D. 4,9,7 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*):

Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit. sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

Con todo, hay que hacer notar que la severidad de esta responsabilidad sólo se observa dentro del estricto ámbito del ejercicio de la empresa o negocio de que se trate (*navis*, *caupona* o *stabulum*), ya que como expresa Ulpiano en 14 *ad ed.* (D. 4,9,3,2): *ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur* o en 18 *ad ed.* (D. 4,9,7 pr.): *ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit...* De modo que el *periculum* que surge a cargo del armador (extensible a los demás comerciantes: *caupones* y *stabularii*), debe considerarse sinónimo de “riesgo empresarial”⁸. Se trata de un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad que hace responder al titular de la empresa de los hurtos o daños producidos en las cosas de los clientes, no porque exista un comportamiento negligente por su parte, sino por el simple hecho de que estos eventos se hayan producido en el desarrollo de la propia actividad comercial.

En este orden de cosas, la acción pretoria derivada del *receptum* permitiría una indemnización al *simpulum* por el valor que tuviera la cosa hurtada o dañada en el momen-

a la *actio* pretoria *de recepto* y que posteriormente los compiladores operaran su simplificación insertándola en el título dedicado al *receptum*. La influencia de éste, con su extensa y severa responsabilidad, se dejaría sentir ya en los juristas de época clásica tardía, impregnándose de su disciplina. En este sentido FERCIA, R., *op. cit.*, pp. 218-221. También para SARGENTI, M., *Osservazioni sulla responsabilità del 'exercitor navis' in Diritto romano*, en *Studi in memoria di E. Albertario* I (Milano 1953), p. 561: “conviene pure riflettere che l'autore del passo scrive quando già l'ordinamento romano si è profondamente permeato dei principi che disciplinano la responsabilità dell' armatore per mezzo dell' *actio recepticia*...”

⁸ *Vid.* esta expresión en SERRAO, F., “La responsabilità per fatto altrui in Diritto romano”, *BIDR* 66 (1963), p. 26; ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell' età commerciale. Forme giuridiche di un' economia mondo*. Pisa 1989, pp. 102-103.

to de emitirse la sentencia condenatoria (*quanti ea res erit*); lo que se deduce del carácter reipersecutorio de esta *actio in factum* que precisa Ulpiano 14 *ad ed.* en D. 4,9,3,4:

Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo dabitur.

Por otro lado, como parece desprenderse de D. 4,9,1,7 (Ulp. 14 *ad ed.*), no se considera relevante a efectos de otorgar la protección pretoria que el cliente que concluye el *receptum* y consigna las cosas sea o no propietario de las mismas:

Item Pomponius libro trigensimo quarto scribit parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi. et ideo si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit.

En el texto, Ulpiano, apoyándose en el parecer de Pomponio, atribuye la legitimación activa de la *actio de recepto* al acreedor pignoraticio que ha recibido las cosas en prenda a cambio de un préstamo dado por él a otra persona para pagar el importe de su fletamento.

Igualmente, en D. 4,9,4,1 Paulo (13 *ad ed.*) dice expresamente:

Si nauta nautae, stabularius stabularii, caupo cauponis receperit, aequo tenebitur.

De forma que el pretor y, posteriormente, la jurisprudencia en su labor de *interpretatio iuris* habrían considerado como parte débil de la relación jurídica a cualquier persona, independientemente de su categoría profesional, otorgando una protección amplia desde el punto de vista subjetivo.

II. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL *RECEPTUM NAUTARUM, CAUPONUM ET STABULARIORUM*.

II.1.- Configuración del *receptum* en época comercial.

El *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* se inserta en la parte introductoria del Edicto, en la rúbrica *de receptis* (§ 49)⁹, junto con el *receptum arbitri* y el *receptum argentarii*¹⁰.

9 LENEL, O., *EP*³, cit p. 131.

10 La inclusión conjunta de estos tres *recepta* en la misma rúbrica edictal ha sido largamente debatida por la doctrina de todos los tiempos, siendo no obstante como expresa RÜDDORFF, *Die Prozessöffnung nach dem Edict*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 4 (1864), pp. 108 ss., una de las más arbitrarias combinaciones que se pueden encontrar en el Edicto. Existen opiniones que abordan la cuestión desde el modo de constitución de los *recepta*, dividiéndose fundamentalmente entre las que sostienen el formalismo como característica común y las que, al contrario, sostienen su naturaleza de promesas informales. Entre las primeras se encuentra a KNIEP, *'Praescriptio' und 'pactum'*. Jena 1891, pp. 143 ss.; BRUNS, C., *Das 'constitutum debiti'*, en *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 1 (1861), pp. 23-130, especialmente 83 ss. (= *Kleinere Schriften von G. Bruns*, 1. Band, Weimar, Hermann Böhlau, 1882, pp. 221-312); KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte* II. Leipzig 1901, pp. 758 ss.; SCHLOSSMANN, S., *Litiscontestatio. Studien zum römischen Zivilprozess*. Leipzig 1905, pp. 176 ss.; PEROZZI, S., *Istituzioni di Diritto romano* II. Roma 1928, pp. 235 ss.; 374 ss. *Vid.*, por todos, LA ROSA, F., *op. cit.*, pp. 214 ss. Destaca la tesis de BÜRGE, A., *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, *ZSS* 104 (1987), pp. 528 ss., quien aceptando el carácter formal de los *recepta*, explica el elemento común de conexión entre

No disponemos de datos fehacientes para establecer con exactitud la fecha de aparición de este edicto. Razones de orden terminológico nos llevan a situar su nacimiento en un momento histórico previo a época clásica: concretamente la palabra *nauta* —que en derecho clásico se refiere al simple marinero— en el edicto es empleada como sinónimo de *exercitor navis* o armador (D. 4,9,1,2). Lo que demuestra que el edicto sobre el *receptum* debió surgir en época anterior al comercio de época clásica, menos desarrollado, donde el *exercitor* es además marinero, esto es, tiene que dirigir él mismo su nave¹¹. Los orígenes, por tanto, más remotos de la responsabilidad *ex recepto* vendrían referidos al *receptum nautarum*, en una época seguramente anterior al siglo I a. C., ya que la figura jurídica no debió ser utilizada para el transporte fluvial y sí para el marítimo, presumiblemente en razón de los mayores peligros que éste presentaba¹².

Concretamente, debemos considerar probable la opinión tradicional que sostiene la anterioridad de este edicto respecto del que introduce la *actio exercitoria* en el último siglo de la República (D. 14,1,1,9)¹³ o la 2ª mitad del siglo II a. c.. Aunque tampoco podemos establecer con seguridad la fecha de aparición de esta acción y su relación temporal con la acción de *recepto*, ambas vendrían recogidas en el Edicto de Salvio Juliano dada su diversa finalidad práctica, junto con las *actiones in factum furti et damni adversus nautas, cauponas et stabularios*, cuya datación podemos situar, en cambio, con anterioridad a nuestro edicto¹⁴. No cabe duda, por tanto, que ya en el último periodo de la época republicana existieron una gran variedad de recursos jurídicos otorgados por el pretor, acordes con la preocupación de incentivar el comercio.

Se inserta, así, el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* dentro del llamado “periodo comercial” —que la doctrina sitúa, aproximadamente, entre mitad del siglo III a. C. Y mitad del siglo III d. C.¹⁵— caracterizado por el surgimiento y desarrollo de una economía de mercado, basada en los intercambios comerciales dentro y fuera de Roma.

éstos en su obligatoriedad no jurídica. Como defensores de una naturaleza informal destacan MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du préteur*. Paris 1958, pp. 125 ss.; PETRUCCI, A., ‘*Mensam exercere*’. *Studi sull' impresa finanziaria romana (II secolo a. C.-metà del III secolo d. C.)*. Napoli 1991, pp. 197 ss., en particular a favor de la naturaleza informal del *receptum argentarii*. No obstante, al margen de estas tesis, cabe observar como punto de contacto importante en estos tres *recepta*: la asunción de una específica responsabilidad por incumplimiento que no va a depender de circunstancias subjetivas, sino de la simple prueba de la existencia del *pactum* entre las partes, así como su exigibilidad a través del *ius honorarium*.

11 A favor de este argumento se encuentran ROBAYE, R., *L'obligation de garde...cit.*, p. 79; MÉNAGER, L. R., *op. cit.*, pp. 178 ss.; PETRUCCI, A., “Problemi della traduzione al cinese dei testi del titolo D. 4. 9. La responsabilità *ex recepto* nel contratto di trasporto in diritto romano e nel diritto civile moderno”, *Index* 24 (1996), p. 459. *Vid.*, asimismo, GUARINO, A., “*Magister e gubernator navis*”, *Labeo* 11 (1965), pp. 37-43. En general, sobre el término *exercitor* en el lenguaje jurídico de las fuentes romanas *vid.* FÖLDI, A., “La responsabilità dell' avente potestà per atti compiuti dall' *exercitor* suo sottoposto”, *SDHI* 64 (1998), pp. 179 ss.

12 *Vid.* CENDERELLI, A., Recensión a MEYER-TERMEER, A. J. M., *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*. Zutphen 1978, en *TR* 49 (1981), p. 183.

13 GOLDSCHMIDT, “*Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*”, *ZTHR* 3 (1858), p. 61, nt. 1, seguido de HUVELIN, P., *Études d'histoire du droit comercial romain*. Paris 1929, pp. 157-158. En la misma línea DE MARTINO, F., *Historia económica de la Roma antigua* (trad. esp. E. Benítez). Madrid 1985, p. 174, nt. 52. Cf. SOLAZZI, S., “*L' età dell' actio exercitoria*”, *RDN* (1941), p. 212; ID., *Appunti di diritto romano marittimo*, en *Scritti di Diritto romano* 3 (Napoli 1960), p. 515, nt. 45.

14 Éstas últimas, anteriores al edicto de M. Terencio Lúculo sobre la rapiña y, por tanto, al 76 a. C. (DE MARTINO, F., *Historia económica...cit.*, p. 174) y, asimismo, anteriores al edicto sobre el *receptum*; el cual dada su mayor amplitud y condiciones de ejercicio, habría hecho inútiles las dos acciones penales, si éstas no hubieran ofrecido la ventaja de la condena al *duplum*, según opina SOLAZZI, S., *Appunti...cit.*, pp. 513-515, quien observa la prioridad histórica de las acciones penales *in factum* en el hecho de que el *nauta* no respondería, con éstas, de los hurtos o daños acaecidos fuera de la nave y, sin embargo, con la *actio de recepto* sí; así como en la intransmisibilidad a los herederos de las primeras, posibilidad que ya se contempla con la segunda.

15 HUVELIN, P., *op. cit.*, pp. 1ss.; SERRAO, F., *Impresa...cit.*, p. 17; ID., *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, 1ª parte. Napoli 1984, pp. 23 ss.; FERCIA, R., *op. cit.*, p. 211; CERAMI, P.-

En su primitiva configuración, el *receptum* aludiría a una declaración de voluntad concreta y explícita del naviero, posadero o dueño de la caballeriza comprometiéndose a devolver las cosas de sus clientes *salvas*. Esta concepción sobre el modo de concluir el *receptum* se apoya etimológicamente en el significado del verbo *recipere* traducido como “prometer” o “prometarse”¹⁶. De las múltiples acepciones que tiene este verbo, la doctrina –en apoyo de los textos jurídicos¹⁷– ha venido refiriendo al *receptum nautarum, cautionum et stabulariorum* por un lado, el sentido material de “aceptar” o “recibir” y, por otro, el técnico-jurídico de “prometer” u “obligarse”, conectando a éste último, el significado de “responder de”¹⁸. No hay, sin embargo, ninguna contradicción entre estos sentidos; ambos implican la recepción de las cosas con la correlativa obligación de devolverlas intactas. La discusión doctrinal a raíz de los significados que puede revestir el verbo *recipere* se centra, entonces, en determinar cómo se formaliza dicha promesa.

Si bien no existen testimonios directos que nos confirmen la existencia de determinadas formalidades en la conclusión del *receptum*, tesis recientes¹⁹ sostienen su carácter formal, basándose en la aparición en las fuentes extrajurídicas del verbo *recipere* junto con otros que sí conllevan la realización de determinadas solemnidades (por ejemplo, *spondere, promittere, polliceri*)²⁰. No tan reciente es, sin embargo, la teoría de Huvelin²¹ que entiende que el *receptum* se comprendió primitivamente en una *stipulatio*, antes de convertirse en un pacto provisto de acción por el derecho pretorio²².

No obstante, sí podemos deducir claramente de las fuentes jurídicas que se trata de un pacto autónomo, respecto de la relación contractual en que normalmente se configuraba el transporte marítimo: *locatio-conductio navis; locatio conductio mercium vehendarum* o, también, depósito: *si gratis res susceptae sint*. Así se desprende de D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad. ed.*):

DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *op. cit.*, pp. 19-33; PETRUCCI, A., “Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli *institores* ed i *magistri navis* nel diritto romano dell’età commerciale”, en *IVRA* 53 (2002), pp. 17-18.

16 No aceptamos, pues, las tesis que observan la responsabilidad *ex recepto* como efecto inmediato y único del hecho dañoso de la falta de restitución y, por tanto, de una intervención administrativa del pretor fundada en su *imperium*; de forma que la naturaleza de la *actio in factum* sería, en un principio, penal y sólo una evolución posterior la separaría del ámbito de las acciones *ex delicto* para encuadrarla en las acciones contractuales. *Vid., ad ex.* SARGENTI, M., *Osservazioni...cit.*, p. 568-571.

17 D. 4,9,1,8 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 4,9,3 pr. (Ulp. 14 *ad ed.*).

18 *Vid.* estas acepciones en ROBAYE, R., *L’obligation de garde...cit.*, p. 81.

19 LA ROSA, F., *op. cit.*, pp. 217 ss.; BÜRGE, A., *op. cit.*, p. 530; FÖLDI, A., “Anmerkungen zur Zusammenhang...”, *cit.*, p. 266, nt. 5; p. 276.

20 Liv. 1,38,2: *Deditisne vos populumque Collatinum... in meam populumque Romani dicionem? Dedimus. At ego recipio*. Liv. 8,19,1: *...ut in fidem reciperentur*; Liv. 10,40,11: *...in semet ipsum religionem recipit*; Caes. *Bell. Gall.* 3,21,3: *...legatos ad Crassum mittunt, seque in deditonem ut recipiant petunt...*; Caes. *Bell. Alex.* 32,3-4: *...adventienti Caesari occurrerunt seque ei dederunt, Caesar in fidem receptos*; Macrob. *Sat.* 39,12: *...cum votum recipere dicit...*; Cic. *Pro Scauro* 11,26: *...patrocinium recepissem*; Quint. *Inst. orat.* 5,6,1: *Ius iurandum litigatores aut offerunt suum aut non recipiunt oblatum...*; Cic. *Phil.* 5,51; *Ad fam.* 13,17,3; 13,50,2; Cic. *Phil.* 2,79; 5,51; *Ad fam.* 13,10,3; Cic. *Ad Att.* 13,1,2; *De leg. agr.* 2,103; Plaut. *Mil. glor.* 229-230: *Tu unus si recipere hoc ad te dicis, confidentias nos inimicos profligare posse*; 230-231: *dico et recipio ad me*. *Vid.* HEUMANN, H.-SECKEL, E., “*Recipere*”, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*. (Jena 1891). Graz, 1958, pp. 493 ss.

21 *Op. cit.*, pp. 153 ss.

22 Opinión apuntada anteriormente por GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pp. 331 ss. y seguida, entre otros, por WILINSKI, A., *D. 19,2,31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, en *Annales Universitatis Marie-Curie-Sklodowska* 7 (1960), pp. 369 y 372; ARIAS RAMOS, J., *El transporte marítimo en el mundo romano*, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al prof. I. Serrano y Serrano 2* (Valladolid 1965), p. 48 y, recientemente, por CARVAJAL, P. I., *El receptum nautarum*. Tesis doctoral dirigida por A. Castresana Herrero (Salamanca 2005), pp. 123-128.

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

Después de afirmar que el edicto del pretor otorga una *actio in factum* en caso de no restitución de las cosas *receptae*, Ulpiano se plantea la utilidad de esta intervención pretoria, ya que se puede accionar por la misma causa a través del *ius civile* (*sed an sit necessaria – quia agi civili actione ex hac causa poterit*). Posteriormente, concreta cuáles son las acciones civiles aplicables: si el transporte marítimo se encuadra en un arrendamiento de la totalidad de la nave (*locatio conductio rei*), el *conductor* tiene a su disposición la correspondiente acción de conducción para reclamar las cosas que faltan (*si tota navis locata sit – ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*); si en cambio el armador ha tomado las cosas en arrendamiento para transportarlas, entonces se podrá ejercitar contra él la *actio ex locato* (*si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur*). Por último, si el transporte es gratuito, la acción utilizada, siguiendo la opinión de Pomponio, no puede ser otra que la *actio depositi* (*sed si gratis res susceptae sint – depositi agi potuisse*). A continuación, Ulpiano sigue exponiendo las causas que habrían llevado al necesario surgimiento de la acción *ex recepto*, cuya introducción tanto sorprende: por un lado, se trata de reprimir la *improbitas* característica de este *genus hominum* que se dedican a la navegación (*nisi forte – reprimendae improbitatis hoc genus hominum*), motivación que, por otro lado, el mismo jurista repite hablando de la *maxima utilitas* del edicto en D. 4,9,1,1 (Ulp. 14 *ad. ed.*); pero, más allá de la nota moralista existe la razón técnico-jurídica de que en la *locatio-conductio* se responde por culpa y en el depósito sólo hasta el límite del dolo y, sin embargo, en base a este edicto, *qui recepit* responde en cualquier caso (*omnimodo*) y, además, *sine culpa* de la destrucción o el daño de las cosas que recibió, salvo que *damno fatali contingit*. La intervención pretoria sancionada a través de la *actio ex recepto* introduce, pues, una responsabilidad especial.

La autonomía del *receptum* se infiere, por tanto, de la existencia de un específico edicto pretorio que lo contempla y que nos ha llegado gracias a los comentarios jurisprudenciales en un título, también específico, del Digesto: *Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant* (D. 4,9); de la concesión de una *actio in factum* determinada expresamente por el pretor para estos casos: *Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo* (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4,9,1 *pr.*); e, igualmente, de la posibilidad recogida en la misma *laudatio edicti* de optar por concluir el *receptum* o no; decisión que se deja al arbitrio de los propios *nautae, caupones* o *stabularii*: *ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant...* (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4,9,1,1).

Por su parte, la acción *de recepto* traería consigo ventajas procesales respecto a las acciones *bonae fidei*. En primer lugar, el actor sólo tendría que alegar que había entregado al comerciante demandado las mercancías, *salvum fore*, y que habían sido restituidas en estado defectuoso, incompletas o simplemente no habían sido restituidas. La carga de la prueba se invierte, siendo el demandado el que tiene que alegar la eximente de fuer-

za mayor (si la introdujo mediante la *exceptio* correspondiente) o probar el comportamiento doloso o negligente del demandante. Por su parte, el *iudex* tampoco tiene que entrar a valorar la causa de la pérdida o el daño, sólo limitarse a verificar la existencia del *receptum* entre las partes y fallar en consecuencia. Además, la *actio de recepto* no sólo evitaría al demandado dificultades probatorias, sino que, como acción resarcitoria, le aseguraba una indemnización al *simplum*, pero del total valor de las cosas pérdidas o deterioradas, cuya estimación tenía lugar en el momento de la sentencia. Por el contrario, en el *iudicium bonae fidei* derivado de las acciones civiles *locati, conducti* o *depositi* sería admisible una disminución del *quantum* indemnizatorio, ya que en estos *iudicia* el *iudex* puede tener en cuenta toda una serie de circunstancias que eviten o atenúen la *condemnatio*. Si bien estas acciones civiles se referirían no sólo a las mercancías transportadas y demás enseres de los pasajeros, sino también a su propia persona, sirviendo así para hacer valer las prestaciones recíprocas que surgieran de la relación contractual²³.

II.2.- Evolución experimentada por el *receptum* en época clásica.

Admitida su naturaleza de pacto autónomo, las fuentes jurídicas revelan la evolución de la figura del *receptum* en cuanto a la forma de concluirlo: así, siendo en origen un pacto expreso, más tarde comienza a surtir sus efectos de una forma tácita, a través de la mera aceptación de las cosas introducidas en la nave, posada o cuadra. El puente de paso —como expresa Miquel²⁴— habría estado en la interpretación amplia de la cláusula *receptum salvum fore*, entendiendo *receptum* en el sentido de recibir las cosas depositadas. En este sentido debemos examinar lo determinado en D. 4,9,1,8 (Ulp. 14 *ad ed.*):

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

Aquí, el jurista plantea una cuestión que debió ser debatida por la jurisprudencia, en torno a si la conclusión del *receptum* y la responsabilidad derivada de él surgen con la *adsignatio* de las cosas al armador, o bien basta simplemente con el hecho mismo de ser enviadas a la nave, aun sin consignación expresa.

El interrogante que plantea el texto revela dos fases distintas en el modo de contraer el *receptum*: una primera, en la que no se podría prescindir de una declaración expresa (y, quizá, solemne) de la asunción de la responsabilidad por parte del *nauta, caupo* o *stabularius*; y una segunda en la que, sin embargo, sería suficiente la entrega de las cosas para hacer nacer la responsabilidad.

El hecho de que Ulpiano se cuestione si el *nauta* responde sólo de las cosas que le hubieran sido entregadas personalmente o, al contrario, por todo lo que sin serle entregado materialmente se introdujo en la nave, refleja una interpretación jurisprudencial restrictiva de la cláusula edictal que presupone cuanto menos la *adsignatio* y que todavía en tiempos del jurista severiano no habría sido del todo superada; o bien

23 A diferencia del *receptum*, los negocios del *ius civile* irían dirigidos a regular globalmente el transporte marítimo o terrestre. Vid. MAGDELAIN, A., *op. cit.*, p. 148; DE SALVO, L., *Economía privada e pubblici servizi nell'impero romano I. I corpora naviculariorum*. Messina 1995, p. 307; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. M., *El 'receptum argentarii' en el Derecho romano clásico. Una propuesta de análisis*. Madrid 2004, pp. 188-191; ID., "La responsabilidad del naviero: *receptum nautarum, periculum y custodiam praestare*. Fundamentos de derecho romano clásico", *Derecho de los negocios*. Año 14, nº 154-155 (2003), pp. 23-24.

24 "Periculum locatoris..." *cit.*, p. 182.

demuestra que existía disparidad de opiniones a este respecto²⁵. No obstante, la solución que acoge Ulpiano es la de considerar que la responsabilidad *ex recepto* nace únicamente del hecho de llevar o cargar las cosas en la nave, esto es, de su introducción en la misma (*in navem illatae sunt*). Se hace eco, así, de la opinión que con anticipación Viviano había apuntado de la siguiente manera, según Paulo 13 *ad ed.* (D. 4,9,4,2):

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

El jurista hace una interpretación extensiva del objeto del *receptum* destinando la protección edictal no sólo a las mercancías introducidas en la nave para su transporte, sino también a las demás cosas de uso cotidiano de los viajeros, tales como ropa, enseres o provisiones diarias²⁶; aunque estas cosas hubieran sido introducidas en la nave después de embarcadas las mercancías objeto del transporte y aunque, respecto de ellas, no se hubiera pagado *vectura* alguna; ya que, como dice el texto, se consideran accesiones de los bienes objeto del transporte (*quia haec ipsa ceterarum rerum locationi accedunt*)²⁷.

Ulpiano utiliza, además, el verbo *infero* que se traduce por “llevar dentro”, “cargar” o “introducir”, para explicar que la responsabilidad *ex recepto* alcanza también a aquellas cosas, que no habiendo sido *adsignatae*, han sido *illatae* (o *collatae*), esto es, introducidas en la nave, aunque no hayan sido *impositae*. Apoya este razonamiento el que el propio Ulpiano 14 *ad ed.*, en D. 4,9,3 pr., basándose en una opinión de Pomponio, extienda esta responsabilidad a las cosas que aún no habiendo sido introducidas en la nave, hubieran perecido *in litore*. Y ello es así, *quas semel recepit*, es decir, porque el *nauta* aceptó su recepción, aunque todavía no las hubiera embarcado:

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

No existe contradicción alguna entre este texto y el anterior, como ha querido ver un sector doctrinal²⁸. El término *recipere* debe ser entendido, por consiguiente, en sen-

25 PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, p. 97; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *op. cit.*, p. 283; RUSSO RUGGERI, C., *Viviano giurista minore?* Milano 1997, pp. 91-93.

26 *Vid.* D. 4,9,1,6 (Ulp. 14 *ad ed.*).

27 Se extiende, así, el régimen de la responsabilidad *ex recepto*, de forma tácita, a aquellas cosas que no siendo objeto del transporte mismo y, por tanto, no estando aseguradas expresamente por el *receptum*, son también recibidas a bordo. *Vid.* ZAMORA MANZANO, J. L., *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*. Madrid 2000, p. 58. El empleo del adverbio *etiam* (*etiam ad eas res hoc edictum pertinere*) hace pensar que la consideración de los efectos personales o equipaje de los viajeros debía ser extraña, en un principio, a la previsión del edicto. En caso contrario, tampoco se explicaría que Viviano, para afirmar su aplicación a estos objetos de uso personal de las personas embarcadas haga uso del principio de la *accessio*. De esta opinión son, entre otros, DE ROBERTIS, F. M., “La responsabilità del *nauta*. Recensión a Brecht, C. H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*. München 1962”, *Labeo* 11 (1965), pp. 384-385 [= *Scritti varii di Diritto romano I* (Bari 1987), pp. 648-649]; ARANGIO-RUIZ, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2ª ed. revisada). Napoli 1987, pp. 107 ss.; ROBAYE, R., *L'obligation de garde...cit.*, p. 211; recientemente CARDILLI, R., *Il ruolo della dottrina nella elaborazione del 'sistema': l'esempio della 'responsabilità contrattuale'*, en *Roma e America. Diritto romano comune I* (1996), p. 106; RUSSO RUGGERI, C., *op. cit.*, pp. 89 ss.; PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, p. 80, con bibliografía en nt. 13; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *op. cit.*, 273, con bibliografía en nt. 37. *Cf.* D'ORS, A., *Derecho privado romano* (5ª ed. revisada). Pamplona 1983, p. 572; GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado romano II. El derecho de las obligaciones. El derecho de la sucesión por causa de muerte. El derecho de las liberalidades*. Santiago de Chile 1996, p. 174; BRECHT, C. H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*. München 1962, pp. 83 ss.

28 LUSIGNANI, L., *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano. I. Il 'receptum nautarum, cauponum stabulariorum'*. *Gli altri casi di 'locatio-conductio'*. Modena 1902, pp. 24 ss.

tido amplio, comprendiendo también aquellos casos en los que las mercancías –aun sin ser introducidas en la nave– se encuentran en un lugar controlado por el *nauta* o sus auxiliares: como la costa, el muelle o puerto. La entrega de las cosas, aquí, se ha de considerar tácita²⁹, siempre que el *nauta* –personalmente o a través de sus empleados a bordo– hubiera asumido la responsabilidad por custodia respecto de ellas³⁰. En consecuencia, tanto el simple hecho de introducir las cosas en la nave (posada o establo), como enviarlas para su introducción, aun sin consignación expresa, parece hacer surgir la responsabilidad por custodia del *exercitor*³¹.

La dificultad surge, entonces, en determinar la prueba de la conclusión del *receptum*. Si admitimos, al menos en una fase de su evolución, que la declaración de voluntades deviene tácita, el hecho de que las mercancías fuesen *in navem missae* (D. 4,9,1,8), o incluso *in litore* preparadas para su carga (D. 4,9,3 pr.) sería suficiente para entender realizado el *pactum* con la consecuente asunción de la responsabilidad.

No obstante, en este punto resulta interesante analizar el sentido del término griego χειρέμβολον al que Ulpiano (14 *ad ed.*) alude en D. 4,9,1,3:

Et sunt quidam in navibus, qui custodiae gratia navibus praeposuntur; ut ναυφύλαχεξ et dietarii. si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos huiusmodi officio praeposit, committi eis permittit, quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρέμβολον appellant. sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur.

La primera parte del texto es útil para determinar la legitimación pasiva de la *actio de recepto*, ejercitable contra el *exercitor* aun cuando las cosas de los clientes hubieran sido recibidas por determinadas categorías de marineros encargados de específicas funciones de custodia, como los “*naufaelakes*” (guardianes de la nave) o los *dietarii* (guardianes de los camarotes o despenseros), ya que *qui eos huiusmodi officio praeposit, committi eis permittit*. Así pues, continúa el texto con la frase que contiene la misteriosa expresión³²: *quamquam ipse navicularius vel magister id faciat, quod χειρέμβολον appellant*, completando el discurso precedente. Esto es, los marineros encargados de funciones de vigilancia en la nave tienen el permiso tácito de tomar en consigna las cosas de los viajeros o pasajeros, aunque el *navicularius* o el *magister navis* hayan hecho lo que llaman χειρέμβολον que, por otra parte, como se afirma seguidamente, no parece que sea necesario para hacer nacer la responsabilidad *ex recepto* de éstos (*sed et si hoc non exercet, tamen de recepto navicularius tenebitur*).

El problema que, entre otras cosas, ha dividido a la doctrina está en la interpretación del término griego χειρέμβολον; ya que unos lo entienden como una *manus injectio* y otros se refieren a él como un *ostrakon* o documento cerámico en el que se indicaba la mercancía recibida, esto es, una especie de talón de embarque. A su vez, dentro de la primera hipótesis no faltan múltiples interpretaciones: desde quienes lo ven como un acto simbólico de interposición de manos, a través del cual se asumiría la responsabilidad por custodia de las cosas recibidas³³; o como una palmada o apretón de

29 ARANGIO-RUIZ, A., *op. cit.*, p. 116.

30 ROBAYE, R., *L'obligation de garde...cit.*, pp. 84-85.

31 *Vid.*, al respecto, LÓPEZ-AMOR, M., ‘*Receptum argentarii*’. ‘*Receptum nautarum, couponum, stabulariorum*’, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al prof. J. L. Murga Gener*. (Madrid, 1994), p. 723.

32 En palabras de MARTINI, R., *XEIPEMBOAON* (*Noterella in margine al 'receptum nautarum'*), en *Studi in onore di E. Volterra*. (Milano 1971), p. 199, ya que dicho término ha sido objeto de larga discusión doctrinal para encontrar su verdadero significado.

33 DE MARTINO, F., ‘*Note di diritto romano marittimo. Lex Rodhia III*’, *RDNav* 4 (1938), pp. 201 ss.; DE ROBERTIS, F. M., *Receptum nautarum...cit.*, Bari 1952, pp. 60 ss.; ROUGÉ, J., *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*. Paris 1966, p. 383.

manos en señal de fidelidad³⁴; hasta los que lo consideran como un gesto o señal con la mano dando la orden a los marineros de cargar las mercancías³⁵. Esta última tesis encuentra su explicación en la descripción que Rostovtzeff hace de un fresco de un monumento funerario de Ostia, en el que se muestra un pequeño barco mercante cargado de sacos de trigo. De pie, en la popa, está el capitán (*Farnaces magister*). Un cargador echa trigo de un saco a otro más grande, delante de dos hombres que presencian la operación. Aparece el nombre de uno de ellos (*Abascantus*), sujetando el saco. En la proa, sentado junto a otro saco, un cargador alza la mano y dice *feci*, mientras otras dos personas traen nuevos sacos de la orilla al barco. Para Rostovtzeff, *Abascantus* es el *navicularius* (propietario del sepulcro), quien probablemente se encontraba al servicio de la *annona*; y el individuo que se encontraba a su lado debía ser un funcionario imperial: el *ensor frumentarius*³⁶. Sin embargo, según Martini³⁷, el sujeto que hace el gesto con la mano es el propio armador, quien alza precisamente la mano derecha, no ya como orden para sus colaboradores marítimos, sino como gesto simbólico de asunción de la responsabilidad para el transporte de las mercancías que se están cargando. No obstante las explicaciones que plantea la fuente pictórica no dejan de ser meras conjeturas.

La otra interpretación doctrinal³⁸ se basa en la asonancia del término χειρέμβολον con otros como χειρόγραφον o σύμβολον, que ha llevado a entenderlo como un documento escrito expedido por el armador o el capitán del barco, como una especie de “recibo de la carga” o “talón de embarque”. Lo que, a juicio de Robaye³⁹, parece a primera vista conforme a las necesidades del tráfico comercial, de forma que este recibo constituiría para el cliente una prueba del *receptum* más segura que el simple apretón de manos. Ahora bien, ¿se trata de una formalidad realizada en el momento de asumir la responsabilidad o de un documento únicamente probatorio?

La última frase de D. 4,9,1,3 (*sed- tenebitur*) resulta significativa a este respecto, ya que determina la irrelevancia jurídica del χειρέμβολον y, por tanto, su carácter accesorio. Entendido el χειρέμβολον como talón de embarque o recibo de carga⁴⁰, más que sellar el *pactum*, lo probaría⁴¹, conforme a una práctica que sería habitual ya en época avanzada sobre todo en relación con el transporte marítimo al servicio de la *annona* imperial⁴². Si admitimos, en cambio, la interpretación del χειρέμβολον como un simple

34 MÉNAGER, L. R., *op. cit.*, p. 200.

35 Interpretación dada ya por ALCIATO, A., *Parerga iuris*. Lib. I, cap. 44, en Opera IV. Lugduni 1560, 103.

36 ROSTOVITZEFF, M., *Historia social y económica del Imperio romano* (trad. por. L. López-Ballesteros) tomo I. Madrid 1998, pp. 419-420.

37 *Op. cit.*, p. 206.

38 Encabezada por D'ORS, A., “χειρέμβολον”, *Humanitas* 2 (1948-49), pp. 254 ss.

39 *L'obligation de garde...cit.*, p. 84.

40 Quienes lo interpretan como un talón o recibo de embarque tienen que leer *non extet* (“scriptura primaria” que se encuentra en la Bononiensis), en lugar de *non exercet* (“scriptura secundaria” del manuscrito florentino). *Vid.* ARIAS RAMOS, J., *op. cit.*, p. 56, razonando del siguiente modo: “no podía aplicarse *exercere*, por otra parte, a un acto intermitente y accesorio” como el que implica el χειρέμβολον, puesto que este verbo “lleva siempre por objeto una actividad continua y principal: una profesión (*exercere usuras, medicinam, navem*, etc.)”. *Cf.* MARTINI, R., *op. cit.*, p. 198.

41 *Cf.* LÓPEZ-AMOR, M., *op. cit.*, p. 723, para quien “podría ser expresivo, cuando existiese, de que el naviero había asumido la obligación de responder por custodia; sin embargo... no puede considerarse su falta como signo evidente de la inexistencia del *receptum*”

42 Así parece desprenderse de *Impp. Arc. et Hon. AA. Eusebio PP. C. 11,2 (1),2 (4): Comperimus naucleros susceptas species in negotiationis emolumenta convertere. ideoque decernimus, ut intra annum quas susceperint inferant species et securitates reportent, quae etiam diem illationis edoceant, ut intra alterum annum eis reddantur, a quibus species praestitae sunt*; donde se hace referencia a la presentación de resguardos que indiquen el día de la entrega de las *species*, ya que como dice el texto se demostró que los patrones

gesto simbólico de autorización al embarque o de asunción expresa de la garantía, es más fácil suponer que su no realización no conllevara importantes consecuencias en orden a la responsabilidad asumida por el *exercitor*; sobre todo si tenemos en cuenta que, con el paso del tiempo, la declaración de voluntad derivada de la conclusión del *receptum* terminará por entenderse tácitamente incluida en la propia recepción de las mercancías.

El texto refleja, así, la tendencia evolutiva experimentada en el régimen del *receptum*: que de declaración expresa del *exercitor*, acaba por requerir únicamente el simple hecho de la aceptación a bordo de la nave, posada o cuadra, de las mercancías, equipaje o animales de los clientes, bien por el propio *exercitor*, o bien por alguno de sus empleados o auxiliares a los que otorgara la específica tarea de custodiar estas cosas. De esta aceptación derivaría implícitamente la responsabilidad *ex recepto*⁴³.

Por consiguiente, de pacto autónomo –adherido al contrato de transporte o alojamiento– el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* pasa a convertirse en *naturale negotii*, como cláusula de estilo implícita en el propio acuerdo entre el cargador y el transportista, o entre el posadero o el *stabularius* y sus respectivos clientes⁴⁴. Aunque algunos autores⁴⁵ sostengan que esta transformación sólo pudo haber tenido lugar en época postclásica o justiniana, hoy la mayoría de la doctrina⁴⁶ entiende –apoyándose en las fuentes analizadas– que debió ser ya en el tardo derecho clásico cuando el *receptum* comenzara a realizarse tácitamente.

Quienes consideran que aún en época de Ulpiano no habría operado dicha transformación, configurándose todavía el *receptum* como pacto independiente aducen lo expresado en D. 47,5,1,4 (Ulp. 38 *ad ed.*):

Quod si receperit saluum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.

El texto recoge la posibilidad de ceder la legitimidad activa para la *actio furti* al armador o posadero que hubieran asumido mediante *receptum* la salvaguarda de las cosas de sus clientes, ya que *quia recipiendo periculum custodiae subit*. Sin embargo,

de naves invierten en provechos de su negociación las especies recibidas. Igualmente, como pone de manifiesto ZAMORA MANZANO, J. L., *op. cit.*, p. 71 la documentación del acto de carga de la mercancía sería importante en caso de averías y accidentes marítimos para conocer cuál había sido la mercancía arrojada y poder realizar, posteriormente, la liquidación correspondiente entre los cargadores. Incluso en el derecho marítimo medieval aparece la figura del escribano –que el autor (p. 72) asimila al *dietaarius*–, como funcionario público dando fe de los actos del patrón de la nave (Partida 5,9,1; Ordenanza sobre policía y navegación de Jaime I; Estatuto marítimo de Venecia; Estatuto marítimo de Marsella; Ordenanza marítima de Trani). Pero, lo cierto es que, como señala ARIAS BONET, *Derecho marítimo en las Partidas*, en *Studi Volterra* 3 (1971), p. 116, “las fuentes romanas y bizantinas no hablan de él”.

43 LÓPEZ-AMOR, M., *op. cit.*, p. 727.

44 Como ya pusieran de manifiesto, entre otros PARTSCH, “Der Ediktale Garantievertrag durch *receptum*”, *ZSS* 29 (1908), p. 406; HUVELIN, P., *op. cit.*, p. 153: “La promesse de garantie *salvam fore* étant devenue de style, on devait tendre s’en passer, et imposer la responsabilité qui en decoulait me aux *nautae* qui n’avaient fait aucune promesse, ni par affiche, ni autrement”. Posteriormente, VAN OVEN, J. C., *Recensión a De Robertis, Receptum nautarum...cit.*, pp. 423 y 427; ID., “*Actio de recepto et actio locati*”, *TR* 24 (1956), p. 156. Entre la doctrina más reciente cabe citar: PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, p. 95; ID., “Problemi della traduzione al cinese dei testi del titolo D. 4. 9...” *cit.*, p. 464; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *op. cit.*, p. 281.

45 Vid. MEYER-TERMEER, A. J. M., *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*. Zutphen 1978, pp. 201 ss., con bibliografía al respecto.

46 ARANGIO-RUIZ, V., *op. cit.*, pp. 103 ss.; ROBAYE, R., *L’obligation de garde...cit.*, p. 84; MARRONE, M., *op. cit.*, p. 511; RUSSO RUGGERI, C., *op. cit.*, pp. 91 ss.; FÖLDI, A., “Anmerkungen zur Zusammenhang...”, *cit.*, p. 267 ss. Vid. demás bibliografía contenida en PETRUCCI, A., *Ancora sulla protezione dei contraenti...cit.*, p. 95, nt. 45; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *op. cit.*, p. 284, nt. 57.

de estas palabras de Ulpiano no podemos deducir necesariamente una referencia al *receptum* como negocio autónomo. La expresión *recipiendo periculum custodiae subit* puede ser análoga a la recogida en D. 4,9,1,8: *recipere custodiam quae in navem illatae sunt*; esto es, puede hacer alusión a la asunción de la responsabilidad *salvum fore* mediante simple recepción de las cosas de los clientes. Incluso admitiendo que el jurista se refiera aquí al carácter autónomo del *receptum*, ello sólo demostraría –como determina una opinión reciente⁴⁷– que la tendencia arriba indicada no habría del todo madurado: pudiéndose optar, entonces, por configurar el *receptum* todavía separadamente del contrato de transporte o alojamiento, o bien entendiéndolo de forma tácita con la recepción de las cosas, según la tendencia que progresivamente se iba consolidando⁴⁸.

III. LA RESPONSABILIDAD EX RECEPTO EN ÉPOCA JUSTINIANEA.

Además de estos cambios en la forma de concluir el *receptum* –que se observan ya en época clásica tardía y que llevan al *praestare custodiam* a integrarse en la estructura contractual– la responsabilidad *ex recepto* sufre una sustancial transformación: de garantía contractual a obligación legal. Ello es consecuencia de la progresiva confusión que se produce entre la *actio de recepto* y las *actiones penales in factum*⁴⁹ dada la tendencia postclásico-justiniana a construir acciones generales de responsabilidad rompiendo el esquema riguroso de los tipos clásicos⁵⁰. De forma que la responsabilidad objetiva que conlleva el *receptum* nacería, entonces, del simple hecho de que los objetos recibidos en la nave, posada o cuadra hubieran sido dañados o hurtados. Esta tendencia explica que las únicas referencias que tenemos de la *actio damni in factum* se encuentren en el título “*Nautae caupones stabularii ut recepta restituant*” del Digesto (concretamente en D. 4,9,6 y 7) y se manifiesta, incluso, en la misma denominación de este título: donde ha desaparecido la expresión *salvum fore* de la rúbrica edictal: “*quod cuiusque salvum fore receperint*”⁵¹.

El régimen justiniano se caracteriza, pues, por la desaparición de la neta diferenciación entre las distintas acciones que en el derecho clásico concretaban la responsabilidad del *nauta*, *caupo* y *stabularius*⁵². Así, la separación entre acciones penales *in factum* y sus correspondientes civiles, por lo que se refiere a la noxalidad, también deviene más tenue⁵³. Es significativo al respecto D. 47,5,1,5 (*Ulp. 38 ad ed.*):

Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcir-

47 PETRUCCI, A., *Ibid.*, p. 98; CERAMI, P.-DI PORTO, A.-PETRUCCI, A., *Ibid.*, p. 283.

48 Asimismo, la posibilidad que se recoge al final de D. 4,9,7 *pr.* (*Ulp. 18 ad ed.*) a favor del *exercitor* de exonerarse de toda responsabilidad mediante la oportuna *praedictio*, nos hace pensar que Ulpiano está considerando ya el *receptum* implícito en la relación contractual de que se trate; puesto que, como determina ROBAYE, R., *L'obligation de garde...cit.*, p. 86. “...s’il s’agissait encore d’une convention expresse, il suffirait au *nauta* de ne pas y souscrire pour arriver au même résultat”.

49 GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos*. Madrid 1990, pp. 142-143.

50 GALOPPINI, A. *La responsabilità per fatto dei dipendenti: formazione ed evoluzione della fattispecie*, en ‘*Scintillae Iuris*’. *Studi in memoria di Gino Gorla* 3 (Milano 1994), pp. 2.149-2.150.

51 VAN OVEN, J. C., *Recensión a De Robertis, Receptum nautarum...cit.*, p. 427.

52 SARGENTI, M., *Osservazioni...cit.*, pp. 577-578.

53 FERCIA, R., *op. cit.*, pp. 32-33, nt. 25.

co, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.

Aquí Ulpiano diferencia entre el hecho delictivo cometido por un esclavo propio y el cometido por un esclavo ajeno, equiparando este último a un auxiliar o dependiente libre. En el primer caso, el *exercitor* puede liberarse de su responsabilidad entregando en *noxal* al *servus* delincuente. En cambio, en el segundo caso no procede la *actio noxalis* y el *exercitor* resulta *nomine tenetur in solidum*. Si entendemos el texto genuino la acción dada *noxaliter* no sería otra que la *actio furti*⁵⁴. No obstante, recientemente⁵⁵ se ha puesto de manifiesto el carácter postclásico o prejustiniano de la alusión a la noxalidad, referida no ya a la *actio furti civilis*, sino a la *actio furti in factum*. Es obvio que la flexibilidad del nuevo proceso justificaría la aplicación de los principios propios de las acciones civiles a las pretorias; suavizada, por otro lado, la distinción entre *ius civile* e *ius honorarium*⁵⁶.

Pero donde, sin duda, se refleja más claramente el *iter* evolutivo hacia la concepción bizantina de la responsabilidad del *nauta*, *caupo* y *stabularius* es en I. 4,5,3; con su correspondiente en D. 44,7,5,6 (Gai. 3 *aur.*)⁵⁷:

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

En opinión de Serrao⁵⁸ es posible evidenciar en el texto, en cuanto a la reconstrucción de la disciplina del *quasi maleficio* dos partes yuxtapuestas que se corresponden con dos responsabilidades divergentes: por un lado, la primera parte del texto (*Item – exerceret*) hace coincidir el *quasi ex delicto teneri* con la concepción clásica de la responsabilidad objetiva, según el criterio de imputación objetiva del riesgo empresarial: el *exercitor* resulta obligado *quasi ex delicta* si cualquiera de sus dependientes pertenecientes a la empresa hubiera cometido el hecho delictivo. La segunda parte (*cum enim – videtur*) conectaría, en cambio, la responsabilidad del *exercitor quasi ex maleficio* a un criterio subjetivo de negligencia o imprudencia, que el autor califica de “*culpa in eligendo*” o “*in vigilando*”, por el hecho de haber contratado al servicio de su empresa *mali homines*⁵⁹.

54 Vid. GIMÉNEZ CANDELA, T., *Los llamados cuasidelitos...cit.*, p. 142.

55 Al respecto vid. FERCIA, R., *op. cit.*, pp. 137-140; 158-159.

56 Además, como expresa PETRUCCI, A., *Recensión a FERCIA, R., Criteri di responsabilità dell' exercitor*. Torino 2002, en *Iura* 53 (2002), p. 334: “Nel diritto classico infatti la responsabilità dell' *exercitor* prescindeva dallo status personale del marinaio (D. 4,9,7 pr.)”.

57 Ambos textos son idénticos salvo la frase final de las *Instituta: in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit* (que no aparece en el Digesto y que los compiladores añadirían, quizás, sobre la base de la *actio damni in factum*) y la variante “*de damnum aut furto*” sustituida en las *Instituta* por “*de dolo aut furto*”. Sobre esta variante hay diferentes hipótesis. Vid., por todos, COMA FORT, J. M., *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*. Madrid 1996, p. 196-197, nt. 511.

58 “La responsabilità per fatto altrui...”, *cit.*, pp. 32-33 ; *Impresa...cit.*, pp. 108 ss.

59 FERCIA, R., *op. cit.*, pp. 16-17; 42-43, 51 ss., prefiere hablar, más que de “*culpa in eligendo*” o “*in vigilando*”, de “*culpa in habendo/utendo/adhibendo*” porque del texto se desprende claramente que la responsabilidad deriva no de la mala elección de los auxiliares, sino simplemente de haber utilizado *mali homines* para el ejercicio del negocio: “Tuttavia, ove si verifici il *delictum*, la complessiva formulazione della

Es probable que la expresión *aliquatenus culpa* sea una intervención postclásica de la obra gayana y que las Instituciones operaran ya sobre un texto alterado. La doctrina mayoritaria ha visto en esta expresión no una referencia a una responsabilidad subjetiva dependiente de un acto propio del *exercitor*, sino una “cierta culpa”⁶⁰, una “culpa presunta”⁶¹ o una presunción legal, absoluta (*iuris et de iure*) de culpa⁶², que resulta del solo hecho de haber utilizado *mali homines* en el ejercicio de la empresa. Como observa Fercia⁶³, “*ali-*” significa que nos encontramos ante un “simulacro” de un *quatenus* de culpa: *aliquatenus* afirma, pues, la existencia de un “grado” de culpa no individualizable, precisamente porque *nullum est maleficium*. De esta manera, a través de la creación de sutiles presunciones de culpa motivadas por una mala elección de los empleados, dependientes o subalternos, los compiladores asumirían el contenido de la custodia clásica⁶⁴.

Efectivamente, en el derecho clásico el pretor crea (primero, con las acciones *in factum adversus nautas, caupones et stabularios* en el ámbito penal y, posteriormente, en el contractual, con la *actio de recepto*) un criterio de imputación de la responsabilidad por el “riesgo empresarial”, sin necesidad de indagar en la conducta o comportamiento del titular de la empresa, a quien las normas edictales le hacían directa y objetivamente responsable. Sin embargo, en el derecho justiniano se utiliza como nuevo criterio sistemático la culpa⁶⁵. Se tiende a subjetivar el *periculum navis exercendae*. Pero no se trata más que de un criterio de responsabilidad formalmente subjetivo, ya que sustancialmente sigue siendo objetivo⁶⁶.

A esta predisposición de reconducir la responsabilidad objetiva a presunciones de culpa obedecen las interpolaciones que encontramos en D. 4,9,7,4 (Ulp. 18 *ad ed.*) o D. 47,5,1,5-6 (Ulp. 38 *ad ed.*).

En la primera se determina, respecto de la *actio damni in factum: Hac autem actione suo nomine exercitor tenetur, culpa scilicet suae, qui tales adhibuit...*⁶⁷. Se

fonte induce a ritenere che l'*exercitor* automaticamente risponderà del fatto illecito degli ausiliari, indipendentemente dal rilievo di una sua eventuale buona o cattiva scelta, cui il testo non fa riferimento alcuno” (p. 42). Cf. PETRUCCI, A., Recensión a FERCIA, R., *cit.*, pp. 342-343.

60 PARICIO, J., *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid 1987, pp. 39 y 46; ID. *Notas sobre los cuasicontratos y cuasidelitos*, en *Estudios en homenaje al prof. F. Hernández-Tejero* 2 (Madrid 1992), pp. 447-451. Cf. BURDESE, A., “Rec. a Paricio, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico*. Madrid 1987”, en *SDHI* 56 (1990), pp. 446.

61 CANNATA, C. A., *Sul problema della responsabilità in diritto romano*. Catania 1996, pp. 95 y 105, nt. 85.

62 DE ROBERTIS, F. M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione I*. Bari 1983, pp. 435 ss.; ID. *Receptum nautarum...cit.*, pp. 78 ss; 174 ss.

63 *op. cit.*, p. 38

64 TALAMANCA, M., “Custodia (diritto romano)”, *EdD* 11 (1962), p. 563.

65 Entre otros, *vid.* LENEL, O., “*Culpa lata und culpa levis*”, *ZSS* 38 (1917), pp. 263 ss.; DE ROBERTIS, F. M., “*Exactissima diligentia*”, *SDHI* (1959), pp. 110 ss.; SCHIPANI, S., *Responsabilità 'ex lege Aquilia'. Criteri di imputazione e problema della culpa*. Torino 1969.

66 En ambos periodos, clásico y justiniano, se puede hablar, apoyándonos en FÖLDI, A., *Appunti sulla categoria dei quasi-delitti*, en *IVRIS VINCULA. Studi in onore di M. Talamanca* 3 (Napoli 2001), pp. 426-427, de una verdadera y propia responsabilidad por hecho ajeno que constituye el germen de la moderna responsabilidad por delitos cometidos por los empleados de transportistas y hoteleros.

67 ...: *et ideo et si decesserint, non relevabitur. servorum autem suorum nomine noxali dumtaxat tenetur: nam cum alienos adhibet, explorare eum oportet, cuius fidei, cuius innocentiae sint: in suis venia dignus est, si qualesquales ad instruendam navem adhibuerit*. A juicio de GIMÉNEZ-CANDELA, T., *Problemas jurídicos del comercio marítimo: la responsabilidad de los 'nautae'*, en *Le comerce maritime romain en Méditerranée occidentale*. (Strasbourg 1990), p. 45: “...los Compiladores, por un lado, fundaron su responsabilidad en la *culpa*, y, por otro lado, considerando que había menos *culpa* respecto de los esclavos propios introdujeron la posibilidad del abandono noxal de los mismos. Ahora bien, la idea de una *culpa*

trata de la “*culpa in adhibendo*” o “*in utendo*” que encontramos también en D. 47,5,1,5 (Ulp. 38 *ad ed.*) para la *actio furti in factum*: ...*nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset...*⁶⁸ y que constituye el criterio por el que el deudor responde del hecho ilícito de sus auxiliares.

D. 47,5,1,6 (Ulp. 38 *ad ed.*), por su parte, sostiene de la responsabilidad del posadero respecto los *inhabitatores*, porque igual que sus empleados o auxiliares, *quodammodo elegit, qui non reiecit*⁶⁹. Aquí, el verbo parece aludir a la “*culpa in eligendo*”. En cualquier caso, se trata de una responsabilidad objetiva que aparece en las fuentes “enmascarada”⁷⁰ por referencias más o menos explícitas a la culpa.

Bajo esta perspectiva, el carácter objetivo de la responsabilidad *ex recepto* del derecho clásico permanece⁷¹ –influido y, a veces, confundido con las acciones penales *in factum*⁷²–, si bien insertado en el nuevo concepto de responsabilidad contractual que comenzaba en época postclásica a reelaborarse según criterios subjetivos. Así la responsabilidad por custodia pasará a ser considerada un tipo particular de *diligentia* (*diligentia exactissima*) con su único límite en el *casus maior*⁷³.

in eligendo aparece ya en las *res cottidianae* de Gayo (...). En nuestra opinión este texto no está interpolado, sino que nos conserva una reflexión personal de Gayo para justificar la responsabilidad objetiva del empresario. De esta reflexión, que no tenía mayor alcance, los Compiladores extrajeron un nuevo planteamiento de aquella responsabilidad, que desvirtuó el régimen de la *actio adversus nautas* clásica”.

68 *Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat. cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit? et cur liberi quidem hominis nomine tenentur in solidum, servi vero non tenentur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo, qualis esset, in servo vero suo ignoscendum sit ei quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit. si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur.*

69 *Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae causa ibi sunt: iten eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat. namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. in navi quoque vectorum factum non praestatur.*

70 En expresión de FERCIA, R., *op. cit.*, p. 17.

71 Tal y como pone de manifiesto SCHULZ, F., *op. cit.*, p. 540: “El *receptum nautarum*, etc., en su forma justiniana (de pacto implícito) es el único pacto pretorio que sobrevive y ha sido mantenido como modelo de la responsabilidad del transportista y del posadero en el Derecho continental moderno”.

72 Permanecen, por tanto, en época justiniana, todos los instrumentos jurídicos que observamos en el derecho clásico para hacer responder al *nauta*, *caupo* y *stabularius* de los daños y hurtos cometidos en el ejercicio de su empresa. Lo que, como pone de manifiesto, COMA FORT, J. M., *op. cit.*, p. 204, “resulta innecesario en esta época al no existir diferencias prácticas” pero que “puede justificarse, como en tantos otros casos, por la fuerza de la tradición”.

73 En opinión de D’AMICO, G., *La responsabilità ‘ex recepto’ e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*. Napoli 1999, p. 24, (apoyándose en LUZZATTO, G. I., “Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale”, *BIDR* 63 (1960), pp. 58-59): “L’emergere poi della distinzione –già sopra segnalata– tra *casus maiores* e *casus minores*, e la considerazione solo dei primi come limite della responsabilità *ex recepto*, segnalerebbe per altro verso l’intenzione di mantenere almeno da un punto di vista pratico un carattere sostanzialmente (se non anche formalmente) ‘oggettivo’ alla responsabilità in questione”.