

REVISTA EUROPEA DE DERECHO DE LA
NAVEGACIÓN MARÍTIMA Y AERONÁUTICA

Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica

CONSEJO CIENTÍFICO Y DE REDACCIÓN

LEONARD ŁUKASZUK, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Varsovia. Fue Vicepresidente del Tribunal Constitucional de la República de Polonia (*Polonia*)

LEOPOLDO TULLIO, catedrático de Derecho de la navegación de Universidad de Roma La Sapienza (*Italia*)

TADEUSZ WASILEWSKI, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Nicolás Copérnico de Toruń (*Polonia*)

GIORGI PENCHEV, catedrático de Derecho administrativo y del medioambiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Plovdiv (*Bulgaria*)

THOMAS GERGEN, profesor de Derecho internacional privado, Derecho comparado e Historia del Derecho de la Universidad de Saarlandes, Saarbrücken (*Alemania*)

DIANA MARINOVA, profesora de Derecho internacional privado de la Universidad de Economía nacional y mundial de Sofía (*Bulgaria*)

BJARNE MELKEVIK, catedrático de Filosofía y Teoría del Derecho de la Universidad Laval en Québec (*Canadá*)

GÉRARD D. GUYON, catedrático de Historia del Derecho, de las instituciones y de los hechos sociales y económicos. Universidad de Burdeos IV - Montesquieu (*Francia*)

KAZIMIERZ LANKOSZ, catedrático y director del Departamento de Derecho internacional público de la Universidad Jagellónica de Cracovia (*Polonia*)

MACIEJ BARCZEWSKI, catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Gdańsk (*Polonia*)

STAMATIOS TZITZIS, director de investigaciones del Centre National de la Recherche Scientifique. Instituto de Criminología. Universidad Panthéon-Assas, Paris II (*Francia*)

MANUEL J. PELÁEZ, catedrático de Historia del derecho y de las instituciones de la Universidad de Málaga. Director de la revista (*España*)

MARÍA ENCARNACIÓN GÓMEZ ROJO, profesora titular de Historia del derecho y de las instituciones de la Universidad de Málaga. Secretaria de la revista (*España*)

MIRIAM SEGHIRI, profesora ayudante doctora de Traducción e interpretación de la Universidad de Málaga. Vicesecretaria de la revista (*España*)

nº 27
[2010]

Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones. Facultad de Derecho.
Universidad de Málaga.

L'Institut pour la Culture et la Coopération. Montréal. Canadá.

Grupo de Investigación de «Historia de las Instituciones Jurídicas, de los Sistemas Políticos y de las Organizaciones Sociales de la Europa Mediterránea», SEJ-163

BARCELONA 2010

La Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica incorporó, a partir del nº XVIII (2002), el sistema de referees por pares para la publicación de los artículos y posteriormente de noticias y semblanzas de expertos en Derecho de la navegación marítima y aeronáutica, sometiendo cada colaboración recibida a la valoración anónima de los referees, con el fin de asegurar el rigor científico, un adecuado sistema selectivo y la calidad de los textos que han de ser publicados. *Dicho criterio no se aplica a la sección de recensiones.*

Redacción:

Prof. Dr. Manuel J. Peláez, Prof. Dra. María Encarnación Gómez Rojo y Prof. Dra. Miriam Seghiri Domínguez
Facultad de Derecho. Universidad de Málaga.
Campus de Teatinos. Boulevard Louis Pasteur, 24
29071 Málaga (Spain). Tfnos. (95) 2132269, 2132267, 2132270, 2133411
Correos electrónicos: mjpelaez@uma.es, megomez@uma.es y seghiri@uma.es

La presente publicación ha contado con una ayuda para su financiación de la Consejería de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Junta de Andalucía.

Editan: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones (Departamento de Derecho Privado Especial de la Universidad. Facultad de Derecho. Universidad de Málaga). Grupo de Investigación SEJ-163 de Historia de Instituciones Jurídicas. L'Institut pour la Culture et la Coopération (Montréal, Québec). Proyecto de Excelencia «La contratación turística electrónica multilingüe como mediación intercultural: aspectos legales, traductológicos y terminológicos» (HUM-892, 2006-2009. Junta de Andalucía).

Impreso en Zaragoza. Talleres Editoriales Cometa, S.A., Carretera de Castellón, km. 3,400. Polígono Industrial de Montemolín, nave 21. 50013 Zaragoza. Estado español. Tfno. 976416288-976416392. Email: cometa@mail.sendanet.es. Fax: 976595408.

Distribuyen: Librería Proteo. Puerta de Buenaventura, 1. 29008 Málaga. Tfno. 952219407. Email: proteo@libreriaproteo.es
Puvill Libros, S.A. Estany, 13, Nave D-1. 08038 Barcelona. España. Tfno. 932988960. Fax: 932988961. Email: info@puvill.com
Pórtico Librerías. Muñoz Seca, 6. 50005 Zaragoza. España. Tfno. 976557039. Fax: 976353226. Email: concha@porticolibrerias.es
Librería Jurídica y Cristiana Logos. Duquesa de Parcent, 10, 29001 Málaga. Tfno. 952219721.

ISSN: 1130-2127

Depósito legal: Z-3482-10

SECCIÓN DE HISTORIA DE LAS RELACIONES
INTERNACIONALES Y DE LOS TRATADOS

WSPÓŁCZESNE PRAWO MIĘDZYNARODOWE A PRAWA OSÓB POKRZYWDZONYCH (WYBRANE ZAGADNIENIA)

Marek Jan ŁUKASZUK*

1. *Problemy humanizacji współczesnego prawa międzynarodowego*

System prawa międzynarodowego z elementami sposobu tworzenia prawa a także z uwzględnieniem instytucji i sytuacji oraz problemów związanych ze stosowaniem prawa w doktrynie prawa międzynarodowego jest postrzegany m.in. w kontekście zagadnień dotyczących procesu humanizacji prawa międzynarodowego, publicznego¹.

Zarysował się ogólny wpływ praw człowieka na generalia, tj. ogólne założenia prawa międzynarodowego publicznego w XX wieku, na stopniowe oddziaływanie tych praw na efekt jego reformowania i doskonalenia także w innych dziedzinach tego prawa, a nie tylko w obszarze praw człowieka i prawa humanitarnego.

Jest to proces ewolucyjny, nacechowany „przenikaniem” norm prawa humanitarnego do wielu dziedzin prawa międzynarodowego publicznego, choć niekiedy zaledwie w różnym stopniu i częściowo, jak na przykład do prawa morza, prawa lotniczego i prawa kosmicznego, (priorytet – ratowanie życia ludzkiego) a także do prawa ochrony środowiska (prawa do odpowiedniej jego jakości) oraz ochrony praw własności intelektualnej, rozpatrywanej w kategoriach praw człowieka. Czyni tak zwłaszcza UNESCO i ILO. UNESCO bada naruszenia tych praw w dziedzinie praw autorskich, a ILO zajmuje się humanizowaniem zasad międzynarodowego prawa pracy, eliminowaniem pracy dzieci.

Humanizacja współczesnego prawa międzynarodowego publicznego, także w jego relacjach z prawem regionalnym i prawem krajowym państw – to duży obszar problemowy, ukazujący nowe tendencje w tym prawie, odnoszące się przede wszystkim do zagadnień związanych z prawami człowieka (I) oraz ze współczesnym prawem humanitarnym (II).

I. Powstają nacechowane nowatorstwem ujęć merytorycznych i metodycznych prace naukowe dotyczące zwłaszcza szerzej pojętego bezpieczeństwa ludzi, rozpatrywanego w wielu aspektach².

Regulacje prawne i doktryny przechodzą znaczną ewolucję w tej dziedzinie. Dotyczy to samej koncepcji bezpieczeństwa człowieka w obliczu wyzwań świata współczesnego. Powstają nowe „wielowymiarowe” (wielosektorowe) koncepcje bezpieczeństwa, ukazujące silne i słabe strony obecnie obowiązującego prawa międzynarodowego, a także prawa wewnętrznego państw.

Trafnie wskazuje się, iż bezpieczeństwo ludzi, bezpieczeństwo człowieka wiąże się integralnie z rozwojem ludzkości, z procesami demograficznymi, z ubóstwem, a także z potrzebami ochrony godności.

Powstaje pytanie, czy obecny system ochrony praw człowieka w pełni zapewnia potrzeby związane z tak szerzej pojętym bezpieczeństwem człowieka w nowych warunkach cywilizacyjnych i kulturowych. Jakie są tego implikacje, uwarunkowania; czy samo zaoferowanie w rozwoju cywilizacyjnym w wielu regionach świata powoduje narastanie sytuacji konfliktowych, czy

* Master of Law, graduated at the Faculty of Law Maria Curie-Skłodowska University, Lublin, Poland – under the supervision of Professor Dr. Jan Szreniawski.

¹ Proces ten ukazano m.in. w monografii: Teodor Meron, *The humanization of international law*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2006. Zob. także: *Human rights in international law*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007; Laurence Burgogue-Larsen, Amaya Úbeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, „Préface” Sergio Garcia Ramirez, Président de la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, Bruylant, Bruxelles, 2008.

² Zob. Sh. Tadjbakhsh, A. Chenoy, *Human security concepts and implications*, Routledge, Abington, 2006.

mamy też do czynienia z tzw. błędnym kołem związanym z rolą państw i społeczności międzynarodowej w różnych relacjach? Chodzi tu o takie zagadnienia jak:

-Rola państw współczesnych i ich odpowiedzialność za ochronę praw człowieka na własnych terytoriach;

-Problem odpowiedzialności i zaangażowań społeczności międzynarodowej w sytuacjach zaistniałej potrzeby interwencji zewnętrznej związanej z naruszeniami praw człowieka, bezpieczeństwa ludzi.

-Rola pomocy humanitarnej, tj. potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa ludzi, nie tylko przez społeczności państwowe.

Innym problemem jest skuteczność dochodzenia roszczeń przez jednostki o podwójnym obywatelstwie (dual nationals) przed trybunałami międzynarodowymi. Jaki to może mieć wpływ na status danej jednostki na szczeblu międzynarodowym, a nie tylko krajowym.

Problem taki wyłonił się m.in. w czasie ponad 20 lat trwającego orzekania w „The Iran – United States Claims Tribunal” Moshen Aghahosseini w swej monografii z 2007 r.³, dowodzi iż Trybunał ten dał ograniczone wsparcie dla rozwoju międzynarodowych praw jednostki, chociaż w swym procedowaniu dostrzegł ten problem i uwzględnił potrzebę ochrony praw jednostek o podwójnym obywatelstwie. Będzie to niewątpliwie przedmiotem zainteresowania jako znaczący problem dla rozwoju współczesnego prawa międzynarodowego.

Ważnym obszarem problemowym jest także prawo człowieka do kultury i ochrona tego prawa w systemie praw człowieka.

Zagadnieniem tym zajmuje się w kontekście art. 27 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 roku Elsa Stamatopoulou⁴.

Regulacje prawa międzynarodowego i ich obecny kontekst obejmują zagadnienia kultury i problem relatywizmu kulturowego w relacji do zagadnienia tożsamości politycznej.

Dotyczą także problemów występowania zjawisk rasizmu i ksenofobii w kontekście potrzeby zapewnienia, gwarantowania, tolerancji. Dialog między cywilizacjami ma służyć urzeczywistnieniu praw człowieka w szerszym wymiarze.

Innym zagadnieniem jest prawo do uczestniczenia w życiu kulturalnym – w świetle istniejących międzynarodowych uregulowań prawnych oraz praktyki ich stosowania i egzekwowania.

Znacząca jest rola organów, systemu ONZ w propagowaniu tych praw w świetle Deklaracji z 1948 r. oraz konwencji o prawach człowieka. Istotna jest także rola innych organizacji systemu ONZ niż te utworzone przez Pakty praw człowieka z 1966 roku. Wskazuje się także na rolę Urzędu Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka, na rolę UNESCO oraz na działania ONZ związane z prawami do kultury.

Zadawane jest pytanie, czym są owe prawa do kultury? Wskazuje się na normatywną treść prawa do uczestnictwa w życiu kulturalnym. Chodzi to zarówno o koncepcję jak i kontekst społeczny i inne aspekty tego prawa.

Dostrzegany jest fundamentalny charakter prawa do kultury, ale jednocześnie wskazuje się, iż nie każdy obrzęd może być objęty tym prawem, chociaż uwzględniane są różne składniki tego prawa, a zwłaszcza prawo do uczestniczenia w życiu kulturalnym. Wskazuje się na obowiązki państwa w zapewniania warunków do urzeczywistnienia tego prawa oraz zapobieganiu naruszeniom tego prawa. W monitorowaniu praw do kultury powstaje problem, jakie szczegółowe kryteria i wskaźniki należy przyjąć. Wskazuje się na aspekty aksjologiczne, takie jak sprawiedliwość i słusność. Wyodrębniane są niekiedy jako prawa wymagające szczególnej troski – prawa do

³ Wyd. M. Nijhoff Publ., pt. Claims of Dual Nationals and Development of customary International Law. Issues before the Iran-United States Claims Tribunal.

⁴ *Cultural rights in international law. Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights and beyond*, M. Nijhoff Publishers, Leiden, 2007.

kultury przysługujące ludności tubylczej i mniejszościom etnicznym i kulturowym, a także innym grupom społecznym, np. wyznaniowym.

Wskazuje się także na nowy wymiar praw człowieka: wzajemną zależność i relacje między prawami człowieka a pokojem, demokracją i rozwojem⁵,

We współczesnym prawie międzynarodowym publicznym pod wpływem praw człowieka zarysował się rozwój standardów zniesienia kary śmierci w sferze międzynarodowo chronionych praw człowieka⁶.

Tenże autor ocenia, iż granice dopuszczalności kary śmierci w związku z konfliktami zbrojnymi w pewnej mierze („mniej więcej”) odpowiadają w międzynarodowym prawie humanitarnym międzynarodowym standardom praw człowieka. Ale standardy humanitarne protokołów dodatkowych z 1977 r. do konwencji genewskich z 1949 r. wyprzedziły niejako standardy praw człowieka. Rada Gospodarcza i Społeczna ONZ w 1985 roku przyjęła rezolucję w sprawie praw osób skazanych na karę śmierci, które analogicznie rozszerzyła wyłączenie (w pkt. 4) takich kategorii osób jak: kobiety ciężarne, matki małych dzieci, „osoby obłąkane”.

W Protokole XIII do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka wyeliminowano karę śmierci we wszystkich okolicznościach. A współczesne trybunały ad hoc oraz Statut Stałego Międzynarodowego Trybunału Karnego nie przewiduje w katalogu kar kary śmierci. Najwyższą karą jest kara dożywocia za najcięższe zbrodnie. Jest to niewątpliwie wyrazem nowych tendencji w rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego oraz międzynarodowych standardów praw człowieka.

Problemem w rozwoju współczesnego prawa humanitarnego (IHL) są interakcje między (IHL) a innymi dziedzinami prawa międzynarodowego, a zwłaszcza takimi jak: prawa człowieka, prawa uchodźców, prawa kontroli zbrojeń i rozbrojenia oraz handlu bronią, a także międzynarodowym prawem karnym.

Z Międzynarodowym prawem karnym wiąże się m.in. problem nieuprawnionych (bezprawnych) ataków w różnych sytuacjach militarnych działań zbrojnych. W literaturze przedmiotu⁷ zwraca się m.in. uwagę na sposoby w jakich nieuprawnione ataki są wykonywane w czasie działań zbrojnych. Było to przedmiotem badań Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Byłej Jugosławii, bowiem to pierwszy – od czasu zakończenia II wojny światowej międzynarodowy sąd badał i orzekał o zbrodniach popełnionych podczas prowadzonych działań wojennych.

Frits Kalshoven (były oficer marynarki wojennej Danii, odznaczony w 2003 r. Medalem Komitetu Międzynarodowego Czerwonego Krzyża Henri Dunanta) w swej monografii z 2007 r. pt. „Reflections on the law of war” (wydanej w oficynie M. Nijhoffa) zauważa, iż w dotychczasowym rozwoju międzynarodowego prawa humanitarnego wystąpiły takie pozytywne zjawiska jak:

-zniwelowanie luk między regulacjami dotyczącymi międzynarodowych i wewnętrznych konfliktów zbrojnych;

-postępujące uznawanie związków między prawem konfliktów zbrojnych a prawami człowieka;

-uznanie odpowiedzialności karnej jednostek za naruszenie norm międzynarodowego prawa humanitarnego;

-wprowadzenie i rozszerzenie ograniczeń dotyczących użycia specyficznych rodzajów broni (chemicznej, laserowej, min przeciwpiechotnych, etc.).

Ale jednocześnie tenże autor jako cechy negatywne związane ze stosowaniem mph wymienia postępowanie z „więźniami wojny” (prisoners of war) w czasie ich schwytania i przetrzymywania.

⁵ Zob. J. Symonides, „Prawa człowieka wobec wyzwań XXI wieku”, *Sprawy Międzynarodowe-International Relations*, nr 1–2, t. 25, 2002.

⁶ Zob. T. Jasudowicz, *Kara śmierci a konflikt zbrojny – tradycje, stan i tendencje rozwojowe prawa* (2005).

⁷ Zob. Héctor Olásolo, *Unlawfull Attacks in Combat Situations. From the ICTY's Case Law to the Rome Statute*, Nijhoff Publ., Leiden, 2007.

Postuluje stosowanie zasad humanitarnych i praw człowieka także wobec innych osób zatrzymywanych w czasie działań wojennych oraz większą ochronę ludności cywilnej.

Problemem prawa humanitarnego, a także praw człowieka, jest również ochrona personelu w czasie prowadzenia operacji pokojowych. Powstaje kwestia, czy rola tzw. konwencji bezpieczeństwa z 1994 r. nie pozostaje w sprzeczności z ogólnymi postanowieniami prawa międzynarodowego⁸.

Protokół dodatkowy do tej konwencji przyjęty w 2005 r. rozszerzył automatycznie stosowanie tej konwencji na nowe kategorie operacji.

W poprzednich konwencjach włączono przepisy dotyczące zasad praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego. Konwencja z 1994 r. jest aktem wymierzonym przeciwko bezprawiu, tj. przeciw zagrożeniu ze strefy zewnętrznej w jakiej są prowadzone operacje pokojowe, aby zapewnić ich większą efektywność. Chodzi też o staranne przestrzeganie zasad i norm statusu sił pokojowych rozlokowanych w obszarze państwa-gospodarza, według zawartych z nim wcześniej porozumień.

Nowe problemy prawne wyłaniają się w kontekście tzw. wojny z terroryzmem. Sygnalizuje je m.in. „Archiv des Völkerrechts” (tom 40, z. 4, Dezember 2002)⁹. Są to m.in. zagadnienia:

-Zakaz stosowania przemocy a międzynarodowe prawo humanitarne po 11 września 2001 r. (Th. Bruch);

-Terroryzm a prawa człowieka (S. Oeter);

-Czy terroryzm jest przestępstwem w rozumieniu prawnomiędzynarodowym? Czy „wojna przeciw terroryzmowi” – to tylko retoryka polityczna, czy też są to „nowe kontury” „pojęcia wojny” w prawie międzynarodowym? (M. Kutzur);

-Zażegnanie „konfliktu w Afganistanie” jest postrzegane w kategoriach: „między utopią i pragmatyzmem” – wskazuje się na ogólne uwarunkowania prawnomiędzynarodowe problemu tzw. przejściowego administrowania. (T. Marauhn).

Nadal podnoszony jest problem uchodźców w prawie międzynarodowym¹⁰.

Procesy wszczynane na podstawie międzynarodowych skarg zbiorowych – ukazują perspektywę prawne i praktyczne niezbędnych rozwiązań. Jest to bowiem nasilające się zjawisko w regulowaniu sporów międzynarodowych¹¹.

Odnotowywany jest także wpływ praw człowieka na siły zbrojne państw, zwłaszcza w sytuacji kiedy „wojsko jest w koszarach” i podlega odpowiedniemu szkoleniu, bądź wówczas kiedy uczestniczy w operacjach pokojowych poza granicami swego kraju¹². Oczekuje się, iż będzie miało to wpływ na rozwój praw człowieka. Stawia także nowe wyzwania dla prawa oraz przyczynia się do tworzenia nowego „kodeksu postępowania” dla wojska – zgodnego z prawami człowieka.

Badany jest także problem na jaką skalę instrumenty prawne oraz różne mechanizmy w relacjach międzynarodowych w egzekwowaniu międzynarodowej odpowiedzialności karnej pozwalają skutecznie przeciwstawiać się aktom przemocy skierowanym przeciwko dzieciom. Badane jest orzecznictwo Specjalnego Trybunału dla Sierra Leone i Międzynarodowego Trybunału Karnego¹³.

Chodzi tu o:

⁸ Zob. Ola Engdahl, *Protection of Personnel in Peace Operations. The Role of the „Safety Convention” against the Background of General International Law*, Nijhoff, Leiden, 2007.

⁹ Zob. także: J. Symonides, *Debates and Controversies concerning international legal aspects of the struggle against terrorism*, „Żurawia Papers”, Volume 11, Warsaw 2008.

¹⁰ Zob. *The Refugee in International Law*, by G. Goodwin-Gill & J. McAdam, Oxford Univ. Press, Oxford, 2007.

¹¹ Pierwsza praca naukowa na ten temat została opublikowana w 2007 r. w oficynie wydawniczej Oxfordu pod red. H.M. Holzmann i E.K. Jansdottir. Są w niej m.in. analizy porównawcze.

¹² Zob. P. Rove, *The impact of Human Rights Law on Armed Forces*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2006.

¹³ Zob. Karin Arts, *International Criminal Accountability and the Rights of Children*, Cambridge, 2006.

-prawa dzieci w świetle międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych oraz w świetle międzynarodowego prawa zwyczajowego;

-wypełnienie pewnej luki występującej w szkoleniu żołnierzy w zakresie prawa humanitarnego oraz o wzmocnienie odpowiedzialności karnej za czyny wymierzone przeciwko dzieciom;

-odpowiedzialność karną nieletnich – tj. o czyny zbrodnicze popełniane przez tzw. dzieci żołnierzy, naruszających normy prawa międzynarodowego. Chodzi tu zwłaszcza o problem określenia granicy wieku dla odpowiedzialności nieletniego za takie czyny.

„American Journal of International Law” /October 2009, Vol. 103, No 4, p. 647–683/ zamieścił artykuł Galita A.Sarfaty zatytułowany: Why culture matters in international institutions: The marginality of human rights at the World Bank.

Autor, będący adiunktem na studiach z zakresu prawa i etyki na Uniwersytecie Pensylwanii /USA/, zastanawia się nad rolą i statusem kultury w instytucjach międzynarodowych – w kontekście marginalizacji praw człowieka w Banku Światowym. Mimo wywieranej nań presji ze strony czynników wewnętrznych i zewnętrznych Bank ten nie włączył praw człowieka do zakresu swych działań. Sarfaty, na podstawie „badań terenowych” przeprowadzonych w tym Banku, analizuje jego kulturę organizacyjną i stwierdza występowanie w jego działaniach takich biurokratycznych przeszkód jak wewnętrzny system motywacji i spadek poziomu kompetencji fachowych – a zwłaszcza występujące tam różnice w podejściu do zdefiniowania i oceny ważności praw człowieka w misji spełnianej przez Bank Światowy, występujące między prawnikami i ekonomistami – co przeszkadza w przyswojeniu norm praw człowieka przez ten Bank. Ale jednak mimo braku operatywnej polityki prowadzonej w dziedzinie praw człowieka, Bank ten zwraca uwagę na problemy ludności tubylczej świata. Wynika to z treści podręcznika tego Banku, zatytułowanego: World Bank. The World Bank Operational Manual, z lipca 2005 r., w którym pisze się o „zapewnieniu, aby w procesach rozwojowych w pełni respektowano godność, prawa człowieka, gospodarzę i kulturę ludów tubylczych”.

2. Prawa pokrzywdzonych do ochrony prawnej

W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, będącej Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 777 i 778/III, uchwalonej w Paryżu 10 grudnia 1948 roku, w art. 7 postanowiono, iż „Wszyscy są równi wobec prawa i są uprawnieni bez jakiegokolwiek dyskryminacji do równej ochrony prawnej (...)”. A w będących kontynuacją i rozwinięciem tych niezbywalnych uprawnień Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych, przyjętym przez Zgromadzenie Ogólne NZ 16 grudnia 1966 roku, w art. 2 ust. 3 czytamy, iż:

„Każde z Państw-Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się:

a) zapewnić każdej osobie, której prawo lub wolności i uznane w niniejszym Pakcie zostały naruszone, skuteczny środek ochrony prawnej, nawet gdy naruszenie to zostało dokonane przez osoby działające w charakterze urzędowym;

b) zapewnić, aby prawo każdego człowieka do takiego środka ochrony prawnej było określone przez właściwe władze sądowe, administracyjne lub ustawodawcze albo przez jakąkolwiek inną właściwą władzę, przewidzianą w systemie prawnym danego Państwa, oraz rozwijać możliwości sądowej ochrony praw;

c) zapewnić realizowanie przez właściwe władze środków ochrony prawnej, gdy zostały one przyznane”.

Te fundamentalne dla porządku prawnego współczesnego państwa demokratycznego postanowienia zostały przyjęte w regionalnych regulacjach prawnych z zakresu praw człowieka w Europie, Ameryce i w Afryce. Można z nich wywodzić także prawną i aksjologiczną podstawę i motywację do działania instytucji rzecznika praw obywatelskich (ombudsmena) działających w wielu krajach i w systemie ustrojowym Unii Europejskiej na rzecz ochrony prawnej pokrzywdzonych.

W Europie, instytucja rzecznika praw obywatelskich upowszechniła się za sprawą skandynawskiego „Ombudsmena”. A „Europejski Rzecznik Praw Obywatelskich” do rozpatrywania skarg obywateli został ustanowiony Traktatem z Maastricht o Unii Europejskiej w 1992 roku (określany w art. 138E jako „Mediator”). Do jego funkcji należy: „Ujawnianie przypadków niewłaściwego administrowania oraz proponowanie rozwiązań”. Pełni on rolę „pośrednika między obywatelami a władzami UE” i „jest instancją właściwą do przyjmowania i badania skarg obywateli, firm i organizacji z Unii Europejskiej, jak również osób zamieszkałych lub posiadających zarejestrowaną siedzibę w UE”. Ów „europejski rzecznik” jest wybierany przez Parlament Europejski na odnawialną, pięcioletnią kadencję, zgodną z kadencją Parlamentu.

Zadaniem Rzecznika jest badanie przypadków niewłaściwego administrowania w instytucjach i organach UE, co oznacza „niedostateczne lub nieprawidłowe działanie administracji, tzn. sytuacje, w których dana instytucja działa niezgodnie z prawem lub nie przestrzega zasad dobrej administracji, lub też łamie prawa człowieka”. Jako przykłady złego administrowania w oficjalnej publikacji UE pt.: „Jak działa Unia Europejska. Przewodnik po instytucjach unijnych”¹⁴ wymienia się: niesprawiedliwość, dyskryminację, nadużywanie władzy, brak lub odmowa udzielenia informacji, nieuzasadnione opóźnienia, niepoprawność procedur.

Rzecznik europejski może prowadzić dochodzenia na podstawie skarg lub z własnej inicjatywy. Ma działać całkowicie niezależnie i bezstronnie, nie oczekując, ani nie przyjmując poleceń od żadnego rządu lub organizacji.

Skargi do Rzecznika mogą być kierowane dopiero po bezskutecznym zwróceniu się do instytucji lub organu o naprawienie sytuacji związanej z niewłaściwym administrowaniem.

Zakres i formy prawne działania Rzecznika UE są uzależnione od rodzajów sytuacji przedstawianych przez skarżących się.

-W sytuacji, kiedy dana skarga jest już przedmiotem postępowania sądowego, Rzecznik kieruje skarżącego się do właściwego organu, który może mu udzielić stosownej pomocy.

-Niekiedy w celu rozwiązania problemu skarżącego się, Rzecznik UE informuje o nim instytucję lub organ, których dana skarga dotyczy, a jeśli problem ten nie zostanie rozwiązany, podejmuje działania zmierzające do rozwiązania polubownego, satysfakcjonującego podmiot skarżący i naprawiający zaistniałą sytuację.

-W sytuacji, gdy takie działanie okaże się nieskuteczne, Rzecznik ma prawo wystosować do właściwej instytucji zalecenia w celu rozwiązania danego problemu. Jeśli zaś dana instytucja nie przyjmie zaleceń Rzecznika, wówczas tenże przedkłada Parlamentowi Europejskiemu specjalne sprawozdanie. Wówczas Parlament może podjąć odpowiednie działania w trybie procedur politycznych.

W Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, przyjętej w San José 22 XI 1969 roku, zawarto postanowienie dotyczące „prawa do równej ochrony” (art. 24): „Wszystkie osoby są równe wobec prawa. Skutkiem tego, są one uprawnione, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do równej ochrony prawnej”.

Nieco szerzej zagadnienie to ujęto w Afrykańskiej Karcie Praw Człowieka i Ludów, przyjętej 26 VI 1981 roku w Nairobi. W art. 3 tej Karty czytamy: „1. Wszystkie osoby korzystające z całkowitej równości wobec prawa. 2. Wszystkie osoby będą uprawnione do równej ochrony prawnej”. A w art. 7 postanowiono, iż: „1. Każda osoba będzie miała prawo do rozpatrzenia jej sprawy. Obejmuje to: a) prawo odwoływania się do właściwych organów krajowych w związku z czynami naruszającymi jej podstawowe prawa, tak jak jest to uznane i zagwarantowane w konwencjach, ustawach, zarządzeniach i obowiązujących zwyczajach”. Odwołanie się do prawa zwyczajowego jest na gruncie kultur afrykańskich szczególnie znaczące.

Ochrona prawa człowieka z perspektywy regionalnej jest dość często podejmowana w piśmiennictwie specjalistycznym, co dotyczy m.in. Afryki i Europy.

¹⁴ Luksemburg, 2007, s. 39.

Obszerny analityczny przegląd stanu ochrony praw człowieka w Afryce podjął Frans Viljoen w wydanej w Oxfordzie monografii zatytułowanej „International Human Rights Law in Africa”¹⁵. Problemy postkolonialnej państwowości i tożsamości narodowej zostały ukazane zarówno z perspektywy teoretycznej, jak i praktyki poszczególnych państw Afryki, z zaznaczeniem uwarunkowań i napięć politycznych i społecznych związanych z konfliktami i ubóstwem – co wywiera znaczący wpływ na kształtowanie relacji między prawem krajowym i prawem międzynarodowym w dziedzinie ochrony praw człowieka, a zwłaszcza ochrony osób pokrzywdzonych. W monografii tej ukazano istotne także dla badania skuteczności ochrony praw człowieka w innych regionach skomplikowane relacje i węzłowe problemy występujące na różnych płaszczyznach interakcji między narodowymi i tzw. ponadnarodowymi reżimami prawnymi. Obszar tej problematyki obejmuje instrumenty prawne ochrony praw człowieka – zarówno te powszechne międzynarodowe, jak i regionalne – w danym przypadku afrykańskie – oraz narodowe, należące do prawa krajowego.

W najnowszym piśmiennictwie oficyny wydawniczej Oxfordu na uwagę zasługują także monografie¹⁶ dotyczące teorii interpretowania i praktyki stosowania w państwach Unii Europejskiej – Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podpisanej w Rzymie 4 listopada 1950 roku, a więc tuż przed drugą rocznicą obowiązywania paryskiej Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (z 10 grudnia 1948 roku).

Autorzy tych publikacji podejmują węzłowe, aktualne kwestie prawne dotyczące przesłanek i reguł interpretowania i stosowania regionalnego, europejskiego prawa ochrony praw człowieka i jego podstawowych wolności. George Letsas proponuje stosowanie tzw. teorii wartościującej (evaluative theory) do interpretowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i sytuacji stosowane „wartości interpretacyjne” (interpretative values) w obrębie historii funkcjonowania tej Konwencji – w kontekście analizy znaczących ustaleń orzecznictwa. Autor zachował odpowiednią „równowagę” między analizowanymi przypadkami z praktyki stosowania prawa a wywodami bazującymi na założeniach filozofii prawa. Rozwój gwarancji praw podstawowych w Unii Europejskiej jest związany ze stopniowymi inkorporowaniem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna procesu wdrażania ochrony praw człowieka w Europie, podjęta przez Ann Sherlock, wskazuje na szczególnie znaczenie w tej dziedzinie rozwoju orzecznictwa sądowego w dziedzinie prawa karnego. Autorka skupia zwłaszcza uwagę na problemach: migracji i prawa azylu, ochrony danych osobowych, praw podstawowych oraz dostępu pokrzywdzonych do efektywnych form i środków ochrony ich praw.

Autorzy pracy zbiorowej, dotyczącej uwarunkowań recepcji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, zwracają m.in. uwagę na takie zagadnienia, jak: na ile sędziowie są zainteresowani zwiększeniem ochrony tych praw i wartości, jaki wywiera to wpływ na ewolucję tej Konwencji w jej stosowaniu, w jakim stopniu konstytucje państw uwzględniają prawo traktatowe w zakresie ochrony praw człowieka, w jakiej mierze narodowe, państwowe „czynniki decyzyjne” – tj. rządy, legislatorzy i sędziowie – reagują na postępujące procesy ewolucji europejskiego prawa ochrony praw człowieka, oraz jak ci różni „aktorzy”, działający w obszarze różnych narodowych, państwowych porządków (systemów) prawa mogą podejmować decyzje tak, aby utrudnić, hamować, bądź też wspierać umacnianie statusu tej Konwencji.

Podejmowane w tej publikacji analizy ukazują umiejętnie i trafnie łączone podejście badawcze politologiczne z tymi zaliczanymi do teorii i metodologii współczesnych nauk prawa. Wskazują wyraźnie na utrzymującą się nadal wysoce znaczącą dla ochrony praw człowieka w Europie rolę Konwencji z 1950 roku, a także na zauważalne obecnie kluczowe stadium jej ewolucji w relacji do praktyki obecnej i przewidywanych perspektyw stosowania.

¹⁵ Oxford University Press, 2007, ss. 720.

¹⁶ Są to: George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007; Ann Sherlock, *The European Union and the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2008; Hellen Keller, Alec Stone-Sweet (eds.), *The Reception of the ECHR in the Member States*, Oxford, 2008.

W tym kontekście rozważań na uwagę zasługuje orzecznictwo europejskiego Trybunału Praw Człowieka – także z polskiej perspektywy. Na łamach prasy prawniczej, a także w „Rzeczpospolitej” są sygnalizowane kwestie związane z zaskarżaniem do Trybunału w Strasburgu przewlekłości postępowań sądowych, bowiem „Polacy są w czołówce skarżących się” do tego Trybunału (w latach 1999–2006 – odnotowano 108 wyroków w związku z zarzutami na przewlekłość tymczasowego aresztu, a także 210 wyroków dotyczących przewlekłości postępowania sądowego w Polsce). Rola Trybunału jest jednak postrzegana jako subsydiarna, bowiem przede wszystkim państwa, ich ustawodawstwa, administracja i sądy mają obowiązek zapewniać, aby każda osoba pozostająca pod jurysdykcją ich władz mogła w pełnym zakresie korzystać z praw jej przysługujących na podstawie zarówno konwencji europejskiej, jak i innych regulacji chroniących prawa człowieka. Niektórzy sędziowie¹⁷ sygnalizują, iż nie mają wpływu na obowiązujące prawo i organizację wymiaru sprawiedliwości, wskazując na system procedur sądowych, ciągle zwiększanie liczby przypadków objętych kognicją sądów, niedoinwestowanie i nieodpowiednia organizacja pracy w sądach.

W Polsce, regulacje prawne – konstytucyjne i ustawowe dotyczące prawa osób pokrzywdzonych do ochrony prawnej są w pełni zgodne z powszechnymi i regionalnymi, europejskimi unormowaniami. Zapewniają one zwłaszcza dostęp tych osób do właściwych organów państwa.

[Recibido el 6 de abril de 2010. Aceptado el 8 de junio de 2010].

¹⁷ Zob. Konrad Wytrykowski, „Rzeczpospolita” z 20 października 2008 r.

SECCIÓN DE DERECHO DE LOS TRANSPORTES

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

María SALAZAR REVUELTA*

1. Introducción: creciente importancia de la navegación marítima en el desenvolvimiento de la época comercial romana

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

En especial, el tráfico comercial marítimo experimentó un fuerte desarrollo una vez finalizadas las Guerras Púnicas, más concretamente, a partir de la segunda Guerra Púnica, alcanzando su máximo esplendor con Augusto¹, no sólo –como explica Giménez Candela– “por la paz y libertad de las rutas marítimas libres del asedio de la piratería, sino también por el desarrollo de la vida económica que supuso la expansión de las fronteras y el intercambio con territorios del Imperio y del Oriente, incluso muy lejanos a la *Urbs*”².

Anteriormente primaría un comercio marítimo menor, quizás más centrado en la navegación fluvial o en el pequeño cabotaje costero, y no muy especializado, a través de una red de pequeños comerciantes que atendían a las demandas de determinados productos de primera necesidad en lugares concretos. Las rutas variaban en función de las necesidades económicas; sin existir ningún tipo de especialización de géneros o mercancías, lo que determinaba su porte conjunto sin importar su categoría. Pero, a medida que Roma va conquistando otros territorios surgen nuevas necesidades comerciales que cubrir y tiene lugar también el aprovisionamiento por mar. Igualmente, dada la ausencia de adecuadas vías fluviales internas, el transporte marítimo terminará por prevalecer, con el consecuente aumento del riesgo inherente a este tipo de navegación de largo curso. De ahí que fuera frecuente acudir a relaciones jurídicas como el *foenus nauticum* para financiar las expediciones, supeditando la devolución del dinero prestado a la arribada a buen puerto de la nave; así como a figuras del derecho pretorio como el *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*, que garantizaban una responsabilidad objetiva del empresario marítimo (u hostelero, en el transporte terrestre). Concretamente, la figura del *receptum* surgirá en una época seguramente anterior al siglo I a. C³. Estamos hablando, pues,

* Catedrática de Universidad. Universidad de Jaén.

¹ Sobre el desarrollo del comercio marítimo vid. entre la numerosa literatura: Johannes Hendrik Thiel, *Studies on the history of Roman Sea Power in Republican Times*, Amsterdam, 1949; ID., *Studies on the history of Roman Sea Power before the Second Punic War*, Amsterdam, 1954; Jean Rougé, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris, 1966; ID., *Navi e navigazione nell'Antichità*, Firenze, 1977; José Arias Ramos, “El transporte marítimo en el mundo romano”, en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano*, 2, Valladolid, 1965, pp. 27-63; Amelia Castresana, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*, Salamanca, 1982; Francesco De Martino, *Historia económica de la Roma antigua* (trad. por E. Benítez), Madrid, 1985, especialmente pp. 168 ss. (vol. I); pp. 428 ss. (vol. II); Apollonia Jozyna Maria Meyer-Termeer, *Die Haftung der Schiffer im Griechischen und Römischen Recht*, Zutphen, 1978, en concreto, pp. 147-169; Michael Ivanovich Rostovtzeff, *Historia social y económica del Imperio romano* (trad. por L. López-Ballesteros) I, Madrid, 1998, pp. 336 ss.; Gianfranco Purpura, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Messina, 1996, sobre todo pp. 9 ss. y 267 ss.

² Teresa Giménez Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, p. 130.

³ Vid. María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma. Estudio sobre el 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum': entre la utilitas contrahentium y el desarrollo comercial*, Madrid, 2007, pp. 47 ss.; ID., “La responsabilidad objetiva ex recepto como fundamento jurídico de la protección a

de un momento en el que la navegación marítima está en desarrollo y, en consecuencia, son necesarios medios jurídicos apropiados que resuelvan los problemas que se presentan en la práctica. Bajo esta perspectiva, la decisión pretoria en torno al *receptum*, se encuadraría dentro de las numerosas providencias pretorias dirigidas a estimular el comercio, en concreto, el comercio a gran escala⁴.

Resulta indiscutible que, en un principio, el tráfico marítimo se debiera más a motivos políticos-militares, conquistadores y armamentísticos, pero es cierto que cuando Roma consigue el dominio del Mediterráneo asistimos a una navegación por mar dirigida fundamentalmente al abastecimiento de la *Urbs* y al crecimiento económico. De esta manera, se observa una floreciente navegación libre, por lo menos a partir del siglo I a. C.⁵, y el surgimiento de diferentes rutas comerciales y puertos importantes, salpicados por todo el Mediterráneo, como los de Ostia, Puteoli, Gades, Tingis...⁶, no solamente utilizados para el comercio privado, sino también al servicio público de la *annona*. El transporte de mercancías como el vino, los cereales o el aceite provocan la necesidad de dotar este transporte de un personal especializado, en la medida que surgen necesidades comerciales a gran escala⁷.

Los requerimientos cada vez mayores de *annona* terminarán convirtiendo gran parte del comercio marítimo de los productos de primera necesidad, en un comercio oficial, que alcanzará su punto culminante con la dinastía de los Antoninos, debido sin duda a la paz reinante en los mares, así como a la realización de obras de mejora y acondicionamiento de los puertos para los servicios necesarios de carga y descarga de mercancías. En esta época surgen también los primeros *collegia de navicularii* o *nautae*⁸.

Podemos, así, considerar que el verdadero comercio romano se desarrolla al compás del crecimiento de su derecho marítimo. Ello no significa menospreciar el papel que jugó también el

terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español", en *El Derecho comercial, de Roma al Derecho moderno*, vol. 2, Las Palmas de Gran Canaria, 2007, pp. 899-900; ID., "Receptum nautarum, cauponum et stabulariorum: motivación de la intervención pretoria en el ámbito del transporte marítimo y terrestre", en *Revista General de Derecho Romano*, 8 (junio, 2007), portal de Derecho www.iustel.com; ID., "Configuración jurídica del receptum nautarum, cauponum et stabulariorum y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, 10 (2006), p. 1.089.

⁴ Francesco Maria De Robertis, 'Receptum nautarum'. *Studio sulla responsabilità dell' armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina concernente il 'caupo' e lo 'stabularius'*, Bari, 1952, p. 13.

⁵ Suet. Aug. 98,2.

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

⁷ Vid. estas y otras características del primer transporte marítimo en José Luis Zamora Manzano, *Averías y accidentes en derecho marítimo romano*, Madrid, 2000, p. 25, siguiendo las expuestas por Jean Rougé, *Recherches...cit.*, p. 418-419.

⁸ Teresa Giménez Candela, "Problemas jurídicos del comercio marítimo: la responsabilidad de los 'nautae'", en *Le commerce maritime romain en Méditerranée Occidentale*, Strasbourg, 1990, pp. 36-37, con bibliografía y fuentes al respecto. En torno a las asociaciones gremiales de los navicularii y su evolución vid. Francesco Maria De Robertis, "Il corpus naviculariorum nella stratificazione sociale del Basso Impero. Contributo alla critica del Codice Teodosiano", *Rivista del diritto della navigazione*, 3 (1937), pp. 115-141; Lietta De Salvo, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano I. 'Corpora naviculariorum'*, Messina, 1995, pp. 23 ss.; Dominique Gaurier, *Le droit maritime romain*, Rennes, 2004, pp. 35 ss.; José Arias Ramos, "El transporte marítimo"...*cit.*, pp. 30; 47-48, con doctrina en notas 4 y 29.

comercio terrestre: gran parte del comercio interior donde no existían ríos navegables se llevaba a cabo mediante caravanas de carros (D. 19,2,60,8) y el comercio con Oriente mediante caravanas de camellos (Plin. 12,63-65). Pero también hemos de resaltar su alto coste e inseguridad⁹. Aunque algunas de las dificultades del transporte terrestre fueron atenuadas con la construcción de excelentes calzadas, los transportes fluviales y marítimos fueron preferidos, pese a los riesgos del mar y a la clausura de la navegación en las estaciones con peores condiciones meteorológicas. Y si bien los fletes eran bastante elevados, parece que lo fueron menos que los terrestres¹⁰. De ahí que el transporte por tierra no alcanzara tanta relevancia en Roma como el transporte por mar y, en consecuencia, su regulación en muchas fuentes jurídicas aparezca supeditada al comercio marítimo como simple extensión de éste¹¹.

2. Figuras contractuales del transporte marítimo romano y sus diferentes repercusiones en el ámbito de la responsabilidad contractual

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

Todo el tema ligado a la explotación de la nave para el transporte de mercancías y personas por mar nos remite, según el mayor número de fuentes jurídicas de que disponemos, a la figura de la *locatio-conductio*, en sus diferentes manifestaciones; lo que provoca, a su vez, diversas soluciones procesales que tienen repercusiones en cuanto a la responsabilidad del armador marítimo.

En Roma se pueden observar diversas modalidades de transporte marítimo: de mercancías, de personas¹² o mixto: ya que, en general, en el de personas los viajeros transportarían equipaje o enseres y en el de mercancías, sería frecuente que éstas fueran acompañadas por los propios cargadores o empleados suyos, encargados de vigilar la llegada a su destinatario¹³. De estas diferentes formas que puede adoptar el transporte por mar nos da noticia Ulpiano 28 *ad ed.* en D. 14,1,1,3, dentro del título *De exercitoria actione* (D. 14,1), junto con otras operaciones propias de la *exercitio navis*:

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

Prescindiendo de otras actividades contractuales de la empresa de navegación a las que se refiere el texto (compra de aparejos o instrumental de la navegación— *armamentis emendis*) y de otro tipo de negocios de los que da cuenta D. 14,1,1,7-9¹⁴; la amplitud de la expresión *ad merces vel vectoribus conducendis* revela la diversa tipología de la actividad de transporte ofrecida por el

⁹ Teresa Giménez Candela, *Los llamados cuasidelitos...cit.*, pp. 129–130.

¹⁰ Según testimonia Francesco De Martino, *L'economia...cit.*, p. 408.

¹¹ Como ocurre con la regulación pretoria del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* en D. 4,9 (Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant).

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

¹³ René Robaye, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, p. 60.

¹⁴ Vid. este tipo de negocios en Pietro Cerami, Andrea Di Porto y Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, 2ª ed., Torino, 2004, pp. 255–257.

exercitor navis, que se concreta específicas *locatio conductiones*, como se desprende de las fuentes.

Numerosas referencias textuales nos muestran cómo el transporte marítimo, tanto de mercancías como de personas, se configura en la forma de *locatio-conductio*: bien de la nave entera –las fuentes hablan entonces de *locare* o *conducere navem per aversionem* o *aversione* (D. 14,1,1,5; D. 14,2,10,2); *totam navem* (D. 4,9,3,1; D. 14,2,2 pr.) o, simplemente, de *locare* o *conducere navem* [D. 19,2,61 (64),1]–, bien de determinados espacios o lugares dentro de la nave: *locare loca in navem* (D. 14,2,2 pr.). Bajo todas estas expresiones estamos en presencia de una verdadera *locatio conductio rei*, en la que el *conductor* es el cargador y el *locator*, el *exercitor* o armador, quien arrienda la totalidad o parte de su barco para el transporte de las mercancías, asegurando únicamente el *uti frui* del medio de transporte o de parte del mismo; en cuyo caso, a falta de cumplimiento de su obligación será compelido por la *actio ex conducto* (D. 4,9,3,1). La antigüedad de este acuerdo de voluntades dirigido al transporte marítimo viene confirmada en las fuentes literarias¹⁵.

Igualmente, debió ser muy frecuente recurrir a la *locatio conductio operis* para el transporte por mar de personas o de mercancías¹⁶. Para los viajes de pasajeros se utiliza la expresión: *vectores locare* (D. 14,1,1,12) o *vectores traicere* (D. 4,9,5; D. 14,1,1,12); mientras que para la mercancías se habla de *res perferendas conducere* (D. 4,9,3,1) o *conducere mancipia vehendas* (D. 14,2,10 pr.), *onus vehendum conducere* (D. 19,2,13,1) o *locare merces vehendas* (D. 14,2,2 pr. y D. 19,5,5,1). Aquí, sin embargo, el cargador es el *locator* y el *conductor* es *qui conduxit res perferendas*. Este último está obligado a garantizar el resultado del transporte, es decir, la feliz llegada al puerto de destino; debiendo el *locator* abonar el precio del transporte acordado (*naulum*) sólo al término del traslado. En caso necesario, podrá accionar contra el naviero con la *actio locati* (Ulp. 14 *ad ed.* D. 4,9,3,1).

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

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

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

¹⁵ Por ejemplo, Plauto, *Rudens* 57-59: *Navis clanculum conducitur; quicquid erat, noctu in nauem conportat domo leno*. La doctrina asocia la *locatio-conductio* al transporte marítimo hacia finales del siglo III a. C. y el principio del siglo siguiente, sosteniendo la aparición primigenia de la *locatio navis* o *locatio loci in nave*. Asimismo, se observa que la *locatio mercium vehendarum* –como *locatio operis faciendi*– de uso general en la época de Labeón, aparece ya en papiros egipcios del siglo III a. C. Vid., en este sentido, Dominique Gaurier, *Le droit maritime romain...cit.*, p. 61; Joseph Anthony Charles Thomas, "Carriage by Sea", *RIDA*, 7 (1960), pp. 489 ss.; Apollonia Jozyna Maria Meyer-Termeeer, *Die Haftung der Schiffer...cit.*, pp. 16 ss.; Christoph Heinrich Brecht, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, 1962, pp. 13 ss.; Jean Rougé, *Recherches...cit.*, pp. 385 ss.; Gianfranco Purpura, "Misthopsasia" ed 'exercitores", en *Studi romanistici...cit.*, pp. 274 ss.

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

¹⁷ Otto Lenel, *Palingenesia*, I, p. 514, n. 98.

La solución a través de una *actio civilis in factum*¹⁸ revela la dificultad a la que se enfrentaría la jurisprudencia en la calificación de las relaciones jurídicas del tráfico marítimo y, por ende, el rico desenvolvimiento de éste, dando lugar a causas negociales difícilmente subsumibles en el cuadro de las acciones típicas. Ahora bien, el problema no reside, al menos en este supuesto, en no poder reconducir la *conventio* a un contrato típico (ésta se integra perfectamente en la figura de la *locatio conductio*), sino más bien en elegir entre las dos alternativas posibles de esta relación contractual: *locatio rei* o *locatio operis*, individualizando así la tutela más adecuada para el *dominus mercium*¹⁹. De ahí que el jurista augusteo opte por un "remedio imparcial" a través de la concesión de una acción civil basada en una circunstancia de hecho, con fórmula *in ius concepta* de buena fe, con el fin de evitar que el actor, equivocándose en la elección de la acción derivada del arrendamiento, perdiera el litigio²⁰.

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

Partiendo de un extenso fragmento correspondiente al libro primero de los *Pithana* de Labeón, epitomados por Paulo (D. 14,2,10 pr. –2), se puede observar el interés por parte de la jurisprudencia clásica de tutelar la peculiar figura de la locación marítima, quizá con la finalidad de clarificar sus límites²¹.

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

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

¹⁹ Vid. Riccardo Fercia, *Criteri di responsabilità dell' 'exercitor'. Modelli culturali dell' attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle 'azioni penali in factum contra nautas, cauponas et stabularios'*, Torino, 2002, p. 180, quien se hace eco de las opiniones de Mario Talamana, "La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone, en 'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell' esperienza tardo-repubblicana" (*Atti del Convegno di Copanello 1-4 giugno 1988*), Napoli, 1990, p. 86, o de Roberto Fiori, *La definizione...cit.*, p. 153.

²⁰ Esta acción es identificada por la doctrina con la *actio praescriptis verbis*, lo que llevaría a considerar este particular contrato de transporte dentro de la categoría de los contratos innominados, del tipo *do ut facias*, aunque dicha calificación surgirá en época posterior. Roberto Fiori, *La definizione...cit.*, p. 130, siguiendo en sustancia a Raimondo Santoro, "Il contratto nel pensiero di Labeone", en *AUPA*, 37 (1983), pp. 96 ss.; ID. "Actio civilis in factum", 'actio praescriptis verbis' e 'praescriptio', en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 6, Milano, 1985, pp. 681-717; Walter Selb, "Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian", en *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 5, Milano, 1984, pp. 733 ss.; Filippo Gallo, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi delle categorie contrattuali e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, pp. 230 ss.; Pietro Cerami, Andrea Di Porto y Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano...cit.*, p. 259; Manlio Sargentì, "'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione", en *IVRIS VINCULA. Studi in onore di M. Talamana*, 7, Napoli, 2001, pp. 253 ss.; José Luis Zamora Manzano, *Averías y accidentes...cit.*, pp. 40-41; José Arias Ramos, "El transporte marítimo"...*cit.*, p. 53.

²¹ Seguimos, en este punto, el análisis textual que realiza Roberto Fiori, *La definizione...cit.*, pp. 131 ss.

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

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

Paulo opone a la unívoca solución de Labeón la necesidad de distinguir entre la hipótesis en que el *nauta* se obliga únicamente a poner la nave a disposición del *dominus mercium*, para los esclavos embarcados (*locatio rei*) y el caso en que se obliga a llevarlos al lugar de destino (*locatio operis faciendi*). Sin duda, Paulo se plantearía el problema de la determinación de la calificación del acuerdo de voluntades, siendo posible que conociera previamente la solución labeoniana testimoniada por Papiniano en el texto anterior. Así pues, la interpretación más probable –que se deduce de la última parte del texto (*quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium*)– es que Paulo recurriera a la distinción entre las dos hipótesis de *locationes (rei u operis faciendi)*, no con la finalidad de otorgar una nueva acción ante una elección dudosa de causas negociales (como ocurre en D. 19,5,1,1), sino de reconducir supuestos dudosos a una figura jurídica concreta: la *locatio rei*, como una presunción a favor del *nauta*; dado que, en caso de *locatio rei*, éste no soportaría el *periculum* de la muerte del esclavo²³.

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

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

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

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

Labeón determina que, en cualquier caso, se pagará el *pretium* correspondiente a dos mil ánforas, ya que para él se trata de un supuesto de arrendamiento de la nave en su totalidad (*si conduxisti navem*). Por su parte, Paulo admite esta solución *si aversione navis conducta est*; pero añade que si se convino el porte por el número de ánforas embarcadas (*impositae*) el cargador sólo deberá las efectivamente llevadas a bordo de la nave (*si pro numero – quod portasti*). Aquí, Paulo no está contradiciendo la opinión de Labeón; no propone una solución diversa, sino más específica²⁴: distinguiendo entre la *locatio totius navis* y la *locatio de los loca navis*²⁵; lo que repercutirá en la determinación de la *vectura*, pero no así en el *periculum*, que en la *locatio-conductio navis (totius navis o locorum navis)* corresponde al *conductor*²⁶.

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

Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriorem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis perit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. Idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasses, nec per eum staret, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius.

La hipótesis que plantea el texto es la siguiente: el cargador arrienda una nave para transportar sus mercancías, con la condición de que sean transportadas en esa misma nave (*si ea condicione – portarentur*). El transportista, sin verse obligado por ninguna necesidad y aun en contra de la *condicio* impuesta por el cargador, traslada las mercancías a una nave peor, gobernada por otro armador (*easque merces – transtulit*). Esta segunda nave perece con toda la carga. Labeón, ante este supuesto, otorga una acción *ex conducto locato* contra el primer armador²⁷.

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

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

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

²⁷ Este supuesto no es coincidente con el planteado en Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,2,13,1, en el que el jurista exonera de responsabilidad, en ausencia de toda culpa, al *nauta*, arrendatario de *merces vehendae*, que trasborda las mercancías a otra nave porque no puede subir el *flumen Mintumense* (*Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Mintumense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito*

La naturaleza jurídica del acuerdo de voluntades como *locatio-conductio navis* resulta clara (el cargador es calificado como *conductor*): *si...navem conduxisti*. Sin embargo, este *consensus* va acompañado de la *condicio* de que el *nauta* transporte las mercancías en la nave concreta; lo que nos hace pensar en la existencia de dos arrendamientos: por un lado, de la nave y, por otro, *ad merces vehendas*. A esto se añade la solución procesal dada por Labeón: *ex conducto locato*. Esta extraña expresión hace referencia, en abstracto, a las acciones que pueden nacer de una figura jurídica del arrendamiento²⁸. ¿Se trata, por tanto, de una única acción (*actio locati* o *actio conducti* indiferentemente concedidas)²⁹ y la locución, entonces, es el resultado de una interpolación o una sinécdoque del propio Labeón? o bien ¿corresponden dos acciones al propietario de las mercancías: *ex conducto*, como arrendatario de la nave y *ex locato*, como arrendador en el transporte de las mercancías? Esta última opinión es la que acoge la doctrina mayoritaria³⁰, sin elegir entre una u otra figura (*locatio navis* o *locatio mercium vehendarum*), sino pensando en una relación jurídica "mixta" que se escinde en dos contratos tutelados con acciones diferentes.

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

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

El texto resulta de particular interés no sólo en cuanto a la referencia a la *oneris aversi*, sino también porque se toma como punto de partida para aceptar el origen de la llamada "*locatio-conductio irregularis*". De ahí que haya sido ampliamente comentado por la doctrina³¹, debido, sobre todo, a la variedad de soluciones que plantea y a la dificultad de identificar el pensamiento de Alfeno y Paulo, así como las intervenciones posteriores. En general, podemos aceptar la tesis

domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum). Podemos, pues, presumir en D. 14,2,10,1, que si el *nauta* ha actuado en contra de la *condicio* del *dominus mercium, nulla necessitate coactus* y, además, trasladando las mercancías a una nave peor, ha existido al menos un comportamiento negligente por su parte. En D. 19,2,13,1 se enumeran las diferentes hipótesis que exonerarían al *nauta* de toda responsabilidad: por naufragio de ambas naves sin dolo, ni culpa de los armadores; si el primer armador fue retenido por la autoridad pública y se hubiera visto, por consiguiente, impedido para navegar; por pago de la pena convenida en caso de no entregar las mercancías en el día y la hora señaladas; por imposibilidad de navegar por enfermedad y, en fin, por avería de la nave sin dolo ni culpa del armador. Estos casos de *necessitas* – sin entrar a valorar si algunos constituyen, o no, casos de fuerza mayor – son hechos ajenos a la esfera volitiva del *nauta* y, por tanto, no imputables al mismo.

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

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

³⁰ Vid. las diferentes opiniones doctrinales en Roberto Fiori, *La definizione...cit.*, pp. 143 ss.

³¹ Entre los estudios más recientes vid. bibliografía contenida en Pietro Cerami, Andrea Di Porto y Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano...cit.*, pp. 265–266.

moderna sobre la autenticidad de todo el desarrollo del discurso de Alfeno³², que a continuación reproducimos:

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

Estamos en presencia de un contrato de transporte marítimo en la forma de la *locatio conductio operis* en el que existe una pluralidad de *locatores* que cargan sobre la nave del transportista (Saufeyo) diversas cantidades de trigo, sin determinar lo que corresponde a cada uno, sino en conjunto. En uno de los puertos de destino, el transportista restituye a uno de los *locatores* su parte, trayéndola de la masa común. Posteriormente, la nave naufraga. La cuestión que se plantea es si los demás *locatores* pueden reclamar sus respectivas cantidades de trigo a través de la *actio oneris aversi* dirigida contra el naviero, porque éste sustrajo parte de la carga para entregarla a uno solo de ellos. El razonamiento de Alfeno –para terminar denegando la acción– se basa en que existen *duo genera rerum locatarum*: aquellas con las que se cumple devolviendo lo mismo (*ut aut idem redderetur*) y aquellas con las que la restitución puede consistir en el *idem genus*. Como ejemplo de las primeras, aduce el caso de las ropas confiadas al batanero o tintorero para que las limpie y de las segundas, la entrega de la plata para que el artesano fabrique vasos o del oro para que haga anillos. En el primer caso, la propiedad de las cosas la sigue teniendo el *locator*; en el segundo, pasa al arrendatario quedando únicamente al arrendador un derecho de crédito sobre éstas. Después, el jurista introduce un caso análogo que sirve para apoyar su opinión: si alguien deposita *pecunia numerata* sin estar *clusa* u *obsignata* el depositario adquiere su propiedad y cumple devolviendo el *tantundem*. Por consiguiente, para este jurista, parece que el *nauta* se hace con la propiedad de la totalidad de la carga, en cuyo caso ha cumplido debidamente cuando reintegra su parte a uno de los *locatores* en el primer lugar de destino (*secundum quae videri – recte datum*) y no procede, entonces, la acción planteada. A partir de aquí, desde *quod si* hasta el final del fragmento, Alfeno prosigue su discurso planteando los distintos remedios procesales según los *genera rerum*: por un lado, si el grano hubiera sido entregado en compartimentos separados

³² Roberto Fiori, *La definizione...cit.*, pp. 67 ss.

(tablones, cestas, toneles), cada cargador seguiría siendo propietario de su respectiva parte y podría entonces *vindicare* el trigo a la tercera persona que lo recibió del *nauta*. Igualmente, se podría accionar contra éste con la *actio furti*, que dejaría entonces inútil o superflua la *oneris aversi* (*supervacuum esse iudicium oneris aversi*). Sin embargo en los casos, como el que se discute, en el que la mercancía deviene propiedad del armador y, por tanto, se puede devolver el *idem genus*, el *nauta* no puede ser compelido ni penalmente, ni por medio de una *actio in rem*, sino sólo contractualmente (en virtud del derecho crédito que los *locatores* tienen respecto al *conductor* propietario de las mercancías), con el límite de la culpa (*sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit, conductorem culpam duntaxat debere...*) y la razón es *nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere*³³.

Teniendo en cuenta estas premisas y como se deduce claramente del tenor literal del texto, no es posible admitir aquí el *iudicium oneris aversi*, porque siendo las mercancías propiedad del *nauta*, cuando éste las restituye a uno de los *locatores* no está sustrayendo a los otros nada (*quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videretur onus esse aversum...*). Tampoco está incurriendo con esta acción en culpa alguna, ya que necesariamente debe restituirse a alguno en primer lugar, aunque mejore su situación con respecto a los demás (*...neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum*).

En torno a este testimonio de Alfeno, referido por Paulo, nos interesa no tanto detenernos, ahora, en la esfera de aplicación de la *actio oneris aversi* en relación con la responsabilidad del *nauta*³⁴ –que, además, caería pronto en desuso en cuanto se generalizara la acción de la *locatio-conductio*³⁵–, sino en la posible introducción o no de una nueva figura de locación marítima, dada la evidente anomalía que constituye en esta figura contractual el hecho de que el *conductor* se convierta en propietario de las cosas dadas por el *locator* para la realización del resultado objeto del contrato³⁶.

Precisamente esta aparente contradicción que se encuentra en el seno de la propia *locatio-conductio*, ha llevado a la doctrina a ensayar diversas calificaciones para la relación contractual descrita en D. 19,2,31. Hay autores que han visto una doble relación: un mutuo que se explicaría por el traspaso de la propiedad de las mercancías al *conductor* y una *locatio operis* por la obra a realizar: el transporte³⁷; otros una *locatio-conductio* ordinaria³⁸; incluso un depósito irregular³⁹.

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

³⁴ En este punto vid. Riccardo Cardilli, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano, 1995, pp. 274-276. Cf., Francesco Maria De Robertis, "D. 19,2,31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana", *SDHI*, 31 (1965), pp. 92 ss. [= *Scritti vari di Diritto romano 1. Diritto privato*, Bari, 1987, pp. 479 ss.].

³⁵ Hipótesis probable, sostenida por René Robaye, *L'obligation de garde...*, cit., pp. 66-67, siguiendo a Otto Lenel, *EP²*, p. 300, en la consideración de que no vendría comprendida en el Edicto juliano y que ya Alfeno Varo la consideraría superflua. En el mismo sentido Paul Huvelin, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, p. 115. Cf., sin embargo, Siro Solazzi, "Appunti di diritto romano marittimo I. Le azioni contro il *nauta*", en *Scritti di Diritto romano*, 3, Napoli, 1960, p. 521, para quien Paulo no habría reproducido una discusión que la redacción definitiva del Edicto habría considerado ociosa y absurda.

³⁶ Tal y como se desprende, por ejemplo de Ulp. 2 *ad ed. D.* 19,2,39: *Non solet locatio dominium mutare...* Se habla de una "indubbia anomalía all'interno del contratto di locazione conduzione", en Pietro Cerami, Andrea Di Porto y Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano...*, cit., p. 265.

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

Sin embargo, la opinión mayoritaria se decanta por calificarla como “*locatio-conductio irregularis*”⁴⁰, precisamente porque hay un traspaso de la propiedad al *conductor* en atención a la naturaleza fungible del objeto. No obstante, Alfeno no estaría pensando en la elaboración de una figura irregular de *locatio-conductio*, sino solamente en reconocer la posibilidad de que su objeto también pudiera venir identificado por el *genus*⁴¹; posibilidad ya admitida con anterioridad por Quinto Mucio⁴². Para la creación de esta figura especial habrá que esperar al derecho moderno, donde la diferencia entre los *duo genera de rei locatae* se traslada a la denominación de la figura jurídica⁴³.

2.2. Alusión al depósito en el transporte marítimo gratuito

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

Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, et locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse...

En el texto se debate la necesidad de la introducción de una acción *in factum*, honoraria (la *actio de recepto*), dada la existencia de acciones civiles para reclamar al *nauta* en caso de incumplimiento de su obligación (*sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit*), es decir, en caso de no restitución o restitución defectuosa de las mercancías en el puerto de destino. En concreto, las acciones civiles que Ulpiano menciona, si media remuneración, son: la *actio conducti* y la *actio locati*, para el arrendamiento de la nave (*locatio-conductio rei*) y para el transporte de las cosas (*locatio-conductio operis faciendi*), respectivamente. Por otra parte, el jurista contempla, siguiendo el parecer de Pomponio, el ejercicio de la *actio depositi* en el supuesto de que las mercancías se reciban gratuitamente, es decir, si no se convino ningún tipo de compensación pecuniaria (*sed si gratis res susceptae sint*,

³⁸ Edoardo De Sanctis, “Interpretazione del fr. 31 D. 19,2”, *SDHI*, 12 (1946), pp. 86 ss.; Léon Robert Ménager, “*Naulum et receptum rem salvam fore*. Contribution a l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en Droit romain”, en *RHD*, 38 (1960), p. 186; Siro Solazzi, *Appunti...cit.*, p. 520.

³⁹ Manlio Sargenti, “Problemi della responsabilità contrattuale”, *SDHI*, 20 (1954), pp. 152-153; Karoly Visky, “La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République”, en *Mélanges De Visscher*, 2, pp. 475-477; Franco Bonifacio, “Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano”, *BIDR*, 49-50 (1947), pp. 128 ss.

⁴⁰ Entre otros, Theodor Mayer-Maly, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, pp. 34 ss.; Umberto Santarelli, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984, en particular, pp. 169 ss. y 234; Alicia Valmaña Ochaíta, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1996, pp. 21-52. En general, sobre esta particular figura, vid. ad ex. Nikolaus Benke, “Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der locatio conductio irregularis”, *ZSS*, 104 (1987), pp. 191 ss.; Mario Talamana, *La tipicità dei contratti romani...cit.*, pp. 75 ss.

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

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

⁴³ Vid. Pietro Cerami, Andrea Di Porto y Aldo Petrucci, *Diritto commerciale romano...cit.*, p. 266.

ait Pomponius depositi agi potuisse). Evidentemente, el hecho de convenir o no un *pretium* por el transporte repercute en el tipo de responsabilidad del *exercitor*, que en caso afirmativo llegaría a la *culpa levis*, mientras que al contrario sólo alcanzaría la *culpa lata*⁴⁴.

A falta de fuentes al respecto, no podemos establecer *a priori* ante qué tipo de depósito nos encontramos. Ulpiano, en D. 4,9,3,1, hace una referencia genérica a esta relación contractual. Hay autores que lo relacionan con el depósito miserable, independientemente de la modalidad de contrato que se conviniera en un principio⁴⁵, ante las numerosas situaciones de riesgo o peligro inminente que conlleva el transporte marítimo⁴⁶. Sin embargo, una cosa es la relación jurídica por la que el depositante entrega las mercancías al *nauta*, confiándole su custodia y posterior devolución en el lugar de destino y otra bien distinta es el depósito de carácter no voluntario que surge ante las situaciones mencionadas y por el que se podría pedir, con la *actio depositi*, el doble del valor de la cosa depositada. Ahora bien, queda abierto el interrogante sobre si un primer depósito hecho con la finalidad del transporte de unas mercancías puede mutar en un depósito necesario con la finalidad de salvarlas de un evento peligroso, si se hace éste último confiando en la misma persona del *nauta*⁴⁷.

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

⁴⁴ Alfredo Rocco, "Le limitazioni alla responsabilità degli armatori", *cit.*, p. 80.

⁴⁵ José Luis Zamora Manzano, *Averías y accidentes...*, *cit.*, pp. 38-39.

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

⁴⁷ El Código civil español considera depósito necesario, además del contemplado por el Derecho romano (aquel que tiene lugar con ocasión de alguna calamidad, como incendio, ruina, saqueo, naufragio u otras semejantes), el que se hace en cumplimiento de una obligación legal (art. 1.781 Cc.) y el de los efectos introducidos por los viajeros en fondas o pensiones (art. 1.783 Cc.: "Se reputa también depósito necesario el de los efectos introducidos por los viajeros en fondas y mesones. Los fondistas o mesoneros responden de ellos como tales depositarios, con tal que se hubiese dado conocimiento a los mismos, o a sus dependientes, de los efectos introducidos en su casa, y que los viajeros por su parte observen las prevenciones que dichos posaderos o sus sustitutos les hubiesen hecho sobre el cuidado y vigilancia de los efectos"). Vid., al respecto, M^a Patricia Represa Polo, *Responsabilidad de los establecimientos hoteleros por los efectos introducidos por los clientes*, Madrid, 2004, pp. 76 ss.; Olga Marlasca Martínez, *Los establecimientos de hospedaje. Estudio histórico. Responsabilidades que derivan para los titulares de los mismos: de Roma al Derecho actual*, Bilbao, 2006, pp. 75 ss.

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

restitución en el lugar y tiempo convenidos, ambos estarían habilitados para ejercitar la *actio depositi*.

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

3. Breve referencia a la configuración de los contratos de transporte marítimo en la tradición histórico-jurídica española

Durante la época romana se había logrado hacer del comercio transmarino una materia jurídica caracterizada por su internacionalidad. Multitud de *negotiatores* recorrían las provincias anexionadas al Imperio estableciendo relaciones mercantiles⁴⁹. Por ello, cuando un derecho mercantil comienza a abrirse camino a través de los usos, costumbres, normas corporativas o *stylus mercatorum*⁵⁰ —convertido el Derecho romano en *ius commune* que resolvía las lagunas a las que la costumbre mercantil no se refería—, las normas del mar constituían ya un conjunto independiente, observado por todos los pueblos navegantes⁵¹.

Cuando la Península Ibérica fue invadida por los bárbaros, éstos recogieron las instituciones romanas y continuaron su desenvolvimiento, yuxtapuestas a sus propias normas; si bien éstas se caracterizan por ser escasas. No encontramos una especial regulación marítima en el Código de Eurico, aunque A. D'Ors atribuye a época euriciana las cuatro leyes que aparecen como *antiquae* en el LV. 11,3,1-4 (de *transmarini negotiatoribus*), que se refieren: a una jurisdicción especial para los mercaderes de ultramar (los *telonarii*)⁵²; a la venta por parte del *negotiator transmarini* de cosas robadas⁵³; a la prohibición de exportar siervos⁵⁴ y a la fijación de una tasa para el alquiler de siervos⁵⁵; asimismo, atribuye a esta misma época del CE, la *antiqua* de LV. 7,2,18, que alude a la prohibición de apropiarse de los despojos de un naufragio (siguiendo modelos romanos al conservar la *poena quadrupli*, típica de la *rapina*)⁵⁶). Como bien expresa este autor, Eurico habría extendido su dominio por toda la costa mediterránea de las Galias y es natural que ello diera ocasión para la reglamentación del comercio marítimo, siendo los puertos de aquella costa, en especial Marsella, de un intenso tráfico comercial⁵⁷. Posteriormente, en el Breviario de Alarico (lib. II) sí se observan claramente dos disposiciones relacionadas con el comercio por mar: una es la *ley Rhodia de jactu*, sobre las cosas arrojadas al mar para salvar la nave, y otra es la *pecunia traiecticia* o préstamo marítimo. Ambas no son más que una remisión

⁴⁹ Juan Beneyto, *Instituciones de Derecho histórico español*, vol. II, *Obligaciones y contratos. Sucesiones. Derecho profesional*, 1ª ed., Barcelona 1930, p. 235.

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

⁵¹ Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación*, Bilbao, 1998, p. 29.

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

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

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

⁵⁵ LV. 11,3,4: *Si transmarinus negotiator mercennarium pro commercio suscepit*.

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

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

al conjunto de normas consuetudinarias que reciben el nombre genérico de *lex Rhodia*, como legislación propia del mar, no sólo en época romana (D. 14,2), sino también en la Alta Edad Media⁵⁸. Por su parte, El *Liber Judiciorum* habla de los mercaderes de "ultra portos" y dice que deben ser juzgados por sus jueces y por sus leyes (lib. XI, título 3, ley 2)⁵⁹.

Como en Italia, en España y el sur de Francia existieron numerosos *negotiatores transmarini* libres y ciudades como Narbona, Marsella y Arlés tenían en los siglos V y VI muy importantes *staplos* o centros de contratación y almacenaje (*Stapelplätze*), base del comercio marítimo y, también, terrestre⁶⁰.

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

Siguiendo en este *iter* histórico a González-Lebrero⁶¹, hemos de mencionar en materia mercantil y marítima las *Costumbres de Valencia* (1250) que contenían importantes normas, como por ejemplo, sobre obligaciones de los tripulantes, la responsabilidad del capitán y los propietarios de los buques, la contribución como consecuencia de la echazón de mercancías, etc. Es, sin embargo, con el *Código de las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio cuando se consigue recopilar casi la totalidad de normas jurídicas esparcidas por el territorio español, recogiendo, por lo que respecta a nuestra materia, los usos y costumbres del comercio marítimo. En concreto, en el Título 9 de la Partida 5 (*De los navios et del precio dellos*), leyes 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 12, encontramos una indudable recepción de la *lex Rhodia*, tal y como aparecía reflejada en el Digesto justiniano⁶². En otras leyes es más difícil establecer una analogía exacta (como en las leyes 1, 2, 9, 10, 11, 13 y 14). No obstante, por lo que respecta, por ejemplo, a la ley 9 en la que se señala la responsabilidad del maestre por los daños que pueda sufrir el cargamento y se estima la culpa o negligencia de éste⁶³ (si navegó fuera de estación; o por sitio peligroso; o encomendó la dirección a personas inexpertas), si bien este exacto esquema no se encuentra en la Compilación justiniana ni en la Glosa boloñesa⁶⁴, no por ello no se puede afirmar que no provenga de cualquiera de estas fuentes⁶⁵.

Es obvio reconocer la importancia de la doctrina jurídica italiana en la elaboración de los usos y costumbres del mar, pero es cierto que estas costumbres presentaban caracteres diferentes según correspondieran al Océano Atlántico o al Mar Mediterráneo (esto es, al Poniente o al Levante, en terminología del momento). No es posible, pues, desdeñar la importancia que

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

⁵⁹ Salvador Mingujió, *Historia del Derecho español*, 3ª ed. revisada, Barcelona, 1943, p. 72.

⁶⁰ Vid. Juan Beneyto, *Instituciones de Derecho histórico español...cit.*, p. 237.

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

⁶² Para un estudio en torno a la recepción del derecho marítimo romano en las Partidas vid. Juan Antonio Arias Bonet, "Derecho marítimo en las Partidas", en *Studi in onore di E. Volterra*, 3, Milano, 1971, pp. 105-121.

⁶³ En la ley 26 del Título 8 de la misma Partida 5: "Come los ostaleros e los aluergadores e marineros son tenudos de pechar las cosas que perdieren en sus casas e en sus navios aquellos que ay res cibieren", se recoge, además, una responsabilidad objetiva, *in solidum*, que alcanza al dueño del navío incluso por el *damnum ab alio datum*. Vid. este tipo de responsabilidad proveniente del Derecho romano y su recepción en las Partidas hasta su regulación actual en María Salazar Revuelta, "La responsabilidad objetiva ex recepto como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español"...*cit.*, pp. 918 ss.

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

⁶⁵ Tal y como opina Juan Antonio Arias Bonet, "Derecho marítimo en las Partidas"...*cit.*, p. 117.

adquirió en la zona del Levante la magnífica obra del *Llibre del Consolat de Mar*, publicado en Barcelona a finales del siglo XIV o principios del XV⁶⁶, traducida al italiano en 1549 y aceptada en todo el Mediterráneo. Su importante difusión demuestra que fue posible utilizar un texto único que sirviera de nexo de unión entre las diversas costumbres utilizadas dentro de esta zona marítima⁶⁷.

Sin duda el descubrimiento de América en 1492 planteó a España la necesidad de una legislación marítima y comercial particular. La creación del Consulado de Burgos (1494)⁶⁸, seguido después por los de Bilbao (1511) y Sevilla (1543), determinó la puesta en circulación del modelo de concesión real del privilegio de ejercer jurisdicción en asuntos de comercio al gremio mercantil, que todavía hubo de conocer un periodo de auge en el siglo XVIII⁶⁹. El comercio con las Indias fue reglamentado y vigilado por la "Casa de Contratación" de Sevilla de donde salieron Ordenanzas como las *Ordenanzas para los seguros marítimos, que formaron el Prior y Cónsules de la Universidad de mercaderes de Sevilla, con respecto a la navegación de las Indias Occidentales* (1555); si bien el ordenamiento principal fue la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, promulgada en 1680⁷⁰.

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

⁶⁶ Vid. *Llibre del Consolat de Mar*, 1407 (manuscrito valenciano de la Arxiu-Biblioteca Municipal de Valencia). Una de las ediciones más completas es la de Ernest Moliné i Brasés, *Llibre del Consolat de mar. Historia del Consolat y de la llotja de Barcelona*, Barcelona, 1914. Ha sido reeditado recientemente por Germà Colón Domènech y Arcadi García i Sanz, en "Textos i Documents" Maior 2, Fundació Noguera, Barcelona, 2001. Vid., asimismo, sobre esta fuente, Vicente Cufiàt Edo, "El llibre del Consolat de Mar: aspectos sustantivos generales", en *En torno al 750 aniversario: antecedentes y consecuencias de a conquista de Valencia*, vol. 2, Valencia, 1989, pp. 31-56.

⁶⁷ Al respecto, vid. Giuseppe Salvioli, *Storia del diritto italiano*, 8ª ed., Torino, 1921, p. 98.

⁶⁸ Vid. Arcadi García i Sanz, "La influencia de los consulados de mar de Barcelona y Valencia en la erección del Consulado de Burgos", *Boletín de la Sociedad Castellonense de Cultura*, 45 (1969), pp. 225-242; José Martínez Gijón, "La jurisdicción marítima en Castilla durante la baja edad media", en *Recueils de la Société Jean Bodin: Les grandes escales (antiquité et moyen âge)*, 32.I (1974), pp. 347-363.

⁶⁹ Carlos Petit, "Derecho mercantil: entre corporaciones y Códigos"...*cit.*, p. 344.

⁷⁰ Antonio Miguel Bernal y Antonio García Baquero, *Tres siglos del comercio sevillano (1598-1868). Cuestiones y problemas*, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación, Sevilla, 1976, pp. 53 ss.; Antonia Heredia Herrera, "Apuntes para la historia del Consulado de la Universidad de Cargadores a Indias en Sevilla y Cádiz", en *Anuario de Estudios Americanos*, 27 (1970), pp. 219-279; ID., "Las Ordenanzas del Consulado de Sevilla", en *Archivo Hispalense*, 171-173 (1973), pp. 149-183.

⁷¹ Carlos Petit, "Derecho mercantil: entre corporaciones y Códigos"...*cit.*, p. 371.

materia normativa diferenciada⁷². Aunque se dictaron para la villa de Bilbao, la jurisprudencia las hizo generales para toda España, traspasando sus fronteras y observándose, así, en las colonias Americanas; de suerte que han sido la base de algunas legislaciones mercantiles hispanoamericanas⁷³.

Este somero recorrido histórico por la formación de nuestro derecho marítimo nos permite advertir cómo, a pesar de las peculiaridades nacionales del comercio, existen instituciones típicas de las transacciones marítimas (como el fletamento, el contrato de seguro, las averías a la gruesa...) que tienen su base en el mundo antiguo, mucho antes de la existencia de las normas mercantiles a las que, por circunstancias quizá fortuitas⁷⁴, van ligadas.

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

Aunque el mandato y el arrendamiento de obras y servicios cubren casi toda la contratación de gestión en nuestro Derecho histórico español, el desarrollo de algunos servicios particulares lleva al nacimiento de determinados contratos. Uno de ellos es el transporte, en virtud del cual una persona, denominada "porteador" conduce o transporta las cosas de otra persona, denominada "cargadora". El contrato de transporte marítimo se desarrolló principalmente en el derecho marítimo medieval bajo la figura del llamado contrato de "fletamento", cuando desde la Baja Edad Media el comerciante deja de acompañar personalmente sus mercancías o cuando procede a arrendar la nave. El "fletamento" pudo configurarse durante la Baja Edad Media como un arrendamiento de cosa o de obra, tal y como lo concibieron los juristas romanos, pero ya durante la propia época medieval se irá conformando tal y como lo concebimos en la actualidad, como un contrato típico de transporte en el que quien cede el barco responde de la mercancía transportada⁷⁵.

Efectivamente, nuestro Derecho histórico configuró el fletamento como contrato de transporte. Así se conceptúa en la doctrina y en las fuentes⁷⁶. En la primera, autores de nuestra tradición jurídica mercantil como Juan De Hevia Bolaños definen el "fletamento" como "el contrato que se

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

⁷³ Salvador Mingujón, *Historia del Derecho español...cit.*, pp. 397-398; Vid. Federico de Zabala y Allende, *El Consulado y las Ordenanzas de comercio de Bilbao con breves noticias históricas del comercio de esta Villa*, Bilbao, 1907; Teófilo Guiard y Larrauri, *Historia del Consulado y Casa de Contratación de Bilbao y del comercio de la Villa*, I, Bilbao, 1913 (reimpr. 1972); Carlos Petit, "Ordenanzas de Bilbao", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, 18, Seix, Barcelona, 1986, pp. 526-538; ID., *La compañía mercantil bajo el régimen de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, 1737-1829*, Sevilla, 1980.

⁷⁴ En expresión de Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, p. 33.

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

⁷⁶ Vid. Fernando Cerdá Albergo, "Los contratos de fletamento: fletamento por viaje, fletamento por tiempo, otras modalidades de fletamento y subfletamento", en AA.VV., *El contrato de transporte*, vol. I., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 89 ss.

hace entre el dueño, ó Maestre de la nave, y el que lleva sus cosas en ella para llevarlas de una parte á otra, y por ello el precio de flete que concertaren...; y asi es un contrato de alquiler, en que el dueño, ó Maestre de la Nave, la alquila al Cargador, para en ella llevar sus cosas por el precio que por ello le dá⁷⁷. En cuanto a las fuentes, ya en el *Llibre del Consolat de Mar* el fletamento ("noliejament") se define por la obligación de transporte asumida por el naviero. Así se desprende, por ejemplo, de los capítulos: XXXII ("De quintalades noliejades"); XXXVI ("Senyor de nau qui noliejará roba de mercaders si estrer se'n volrà"); CC ("De senyor de nau qui darà son loch a altre per noliejar"); CCV ("Mércaders qui noliejaran cantitat de roba o quintalades")...⁷⁸.

Asimismo, en las *Ordenanzas de Bilbao* se determina claramente la causa del fletamento, que no es otra que el transporte de mercancías, en la forma de arrendamiento. Concretamente en su Capítulo XVIII (De los fletamentos de Navios, y conocimientos que hacen los Capitanes, ó Maestres, y su forma) n° 1 se expresa lo siguiente:

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

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

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

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

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

⁷⁷ Juan De Hevia Bolaños, *Curia Philippica, laberintho de comercio terrestre y naval* (primer tomo: *Curia Philippica*, 1ª ed. Lima 1603; segundo tomo: *Laberintho de comercio*, 1ª ed., Lima 1617; publicados conjuntamente desde 1644, en Madrid), concretamente vid. libro III (*Comercio naval*), capítulo 5º (*Fletamento*), n° 1.

⁷⁸ Vid. *Llibre del Consolat de Mar*, 1407 (Arxiu-Biblioteca Municipal de Valencia). También, en su capítulo CXXIX se alude al contrato de trabajo marítimo, aludiendo a las obligaciones del patrono (senyor de nau) con los marineros, como reminiscencia de la *locatio conductio operarum* romana. Según sus disposiciones, el patrono debe pagar al trabajador, sin discutirle, salvo si hubiera sido alistado por consideración a una aptitud particular. Respecto al control del trabajo marítimo merecen recordarse los "gremios del mar" como asociaciones de mutua protección, aún reguladas por las Ordenanzas de la Armada de 1793. Vid. Juan Beneyto, *Instituciones de Derecho histórico español...cit.*, pp. 230-232.

4. Regulación actual en el derecho privado español de los contratos de "utilización del buque": analogías y diferencias con el Derecho romano. Especial referencia a la responsabilidad contractual y extracontractual del armador marítimo

La regulación moderna de los contratos de navegación marítima se presenta, en términos generales, compleja, dada la multiplicidad de figuras jurídicas que intervienen, esto es, la superposición de relaciones contractuales con el medio en el que se materializa el transporte; la pluralidad de personas relacionadas con la explotación del buque; la aparición continua de nuevas figuras del tráfico marítimo; así como, por la innumerable normativa aplicable a dicho transporte: por un lado, de derecho interno, y, por otro, proveniente del derecho convencional internacional⁷⁹. Además, la normativa de nuestro Cco relativa al contrato de fletamento (arts. 652 a 718) no abarca toda la realidad, pues existen otras formas de explotación de buques que no encuentran engarce en el molde legal de la teoría general de los "contratos de utilización del buque"⁸⁰. Bajo esa rúbrica se ha pretendido reunir por parte de la doctrina, a efectos sistemáticos, todos aquellos contratos en los que el buque se utiliza para actividades organizadas empresarialmente. A saber: el arrendamiento de buque a casco desnudo ("bareboat charter"); el arrendamiento de buque armado y equipado ("charter by demise"); el fletamento por tiempo ("time-charter"); el fletamento por viaje ("voyage-charter"); el transporte bajo conocimiento de embarque; el transporte de viajeros o contrato de pasaje; el salvamento y el remolque⁸¹.

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

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

⁸⁰ El problema reside, según Rafael Padilla González y Manuel Clavero Ternerero, "Transportes", en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, (coord. G. J. Jiménez Sánchez), 11ª ed., Madrid 2006, p. 516, en poder superar las graves dificultades que coinciden en imposibilitar la detección de lo que sea o no transporte marítimo y que resumen en las siguientes: "1º. En el Derecho marítimo la práctica contractual suele alejarse de los modelos legalmente tipificados; 2º. Ciñéndonos al campo específico del transporte marítimo, no ha existido ni existe una noción clara de la naturaleza del contrato a través del cual normalmente se canaliza: el contrato de fletamento; 3º. Una tercera dificultad consiste en la difícil determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones contractuales que la práctica hace nacer; 4º. Por último, en el caso concreto del ordenamiento jurídico español, aún se agrava más, si cabe, la determinación de cuáles sean los contratos de utilización del buque. Y ello, primero, porque se trata de una legislación antigua, y, segundo, porque la normativa misma del C. de c. no es en absoluto clara".

⁸¹ Vid., en torno al tema, Fernando Cerdá Albero, *Los contratos de fletamento...cit.*, p. 87; Ignacio Arroyo Martínez, "Contratos de utilización del buque y la aeronave: arrendamiento y fletamento", en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil* (director A. Menéndez) 3ª ed., Navarra, 2005, p. 953.

4.1. La primera forma que encontramos originaria del Derecho romano la constituye, sin duda, el "arrendamiento del buque" ("demise charter" o "bare-boat charter", del derecho anglosajón). Se trata de aquel contrato por el cual el titular del dominio de un buque cede al arrendatario el uso o goce del mismo por un tiempo dado y a cambio de un precio determinado. Se distinguen dos modalidades: el arrendamiento de buque armado o equipado ("charter by demise") y el de casco desnudo ("bareboat charter"). La diferencia está en la cesión o no de las relaciones laborales, esto es, si la dotación contratada por el arrendador pasa a manos del arrendatario o éste tiene que hacerlo por sí mismo. En ambos casos el arrendatario deviene naviero o titular de la empresa de navegación⁸². Éste, al utilizar el buque, se expone a incurrir en responsabilidades contractuales y extracontractuales; ya que, al igual que en el Derecho romano, el *periculum in the locatio-conductio navis* (sea *totius navis*, o *locorum navis*) recae sobre el *conductor*⁸³.

Este contrato no está contemplado en las normas del Código de comercio, por lo que se acude, normalmente, al Cc., pues no difiere del concepto de la *locatio-conductio rei*, regulado en los arts. 1.554 Cc. y ss.⁸⁴, sin apartarse de la normativa común, salvo en los aspectos imprescindibles que supone la singularidad de la cosa arrendada y las modalidades de las prestaciones⁸⁵. Además, la importancia de estos contratos es menor en relación a los contratos de fletamento, sin llegar a tener la consideración de contratos mercantiles de utilización de buques al no ser estrictamente contratos de empresa⁸⁶.

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

La discusión en torno a la naturaleza jurídica de estos contratos de fletamento ha constituido una cuestión clásica en la doctrina, existiendo diferentes posiciones a nivel conceptual⁸⁷. Algunos autores afirman la identidad de la prestación objeto de ambos fletamentos: consistente en el transporte o transferencia de las mercancías de un lugar a otro⁸⁸. Otros, en cambio,

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

⁸³ María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, p. 78.

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

⁸⁵ Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, pp. 343 ss.

⁸⁶ Vid. Fernando Valenzuela Garach y Francisco Javier Valenzuela Garach, "Arrendamientos mercantiles", en AA.VV., *Lecciones de Derecho mercantil*, (coord. G. J. Jiménez Sánchez)...*cit.*, p. 500.

⁸⁷ Vid., un resumen de estas posiciones en Carlos Górriz López, "La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo", *Anuario de Derecho Marítimo*, 15 (1998), p. 143, nt. 34.

⁸⁸ José M^a Ruiz Soroa, Santiago Zabaleta Sarasúa y Manuel González Rodríguez, *Manual de Derecho del transporte marítimo*, 2^a ed., Bilbao, 1989, p. 67; José M^a Gondra Romero, "El *time-charter* en el sistema de los contratos de utilización del buque", en *Diritto Marittimo*, 1984, pp. 765 ss. Cfr. Fernando Sánchez Calero,

observan una diferencia de matiz en cuanto al objeto del contrato. Así, la prestación objeto del "time-charter" la constituiría la navegación misma, mientras que la del "fletamento por viaje" sería la entrega de la mercancía en el puerto de destino. En este caso, el viaje tendría carácter adjetivo, mientras que en aquél sería considerado como elemento sustantivo⁸⁹. Desde esta perspectiva, el "time-charter" comprendería una obligación de resultado, siendo una locación de obra, cuya *opus* no sería más que los viajes a cumplir. El fletante sería deudor de un "hacer" específico, cual es, la navegación, que implica el aporte de un complejo de medios humanos y materiales, destinados a producir un resultado; pero que, al mismo tiempo, representa una utilidad de contenido económico para él.

La polémica se ha suscitado –como observa Cerdá Albero⁹⁰– por influjo de la construcción italiana del fletamento a partir del Codice della navigazione de 1942, en el que se distingue –"no sin artificio", en palabras del autor– la actividad de la navegación con respecto a la del transporte. El art. 384 del Codice della navigazione incluye las dos especies de fletamento (por viaje y por tiempo) en el arrendamiento de obra, cuya causa reside en la navegación del buque fletado, sin asumir las obligaciones de transportar y custodiar las mercancías. Así, entre nosotros, algunos autores han considerado, sobre todo por lo que respecta al contrato de "fletamento por tiempo" –donde ha calado más el concepto italiano de fletamento–, que el fletante se obliga a procurar la navegación del buque sin asumir el resultado del transporte.

Por otro lado, cierta doctrina ha visto en el time-charter con "demise" (esto es, con entrega de la gestión náutica y comercial del buque) un contrato de arrendamiento de cosa; otros, observan un arrendamiento mixto de cosa y servicios e, incluso, un fletamento sin transporte. Ello sin añadir ciertas posturas minoritarias. Siguiendo a R. Padilla González y M. Clavero Ternerero: "Tal vez pueda afirmarse que el 'time-charter', como contrato que aparece con idéntico contenido en todas sus manifestaciones prácticas, no existe más que en la literatura jurídica. Por ello conociendo que ciertos formularios contienen un verdadero contrato de transporte (p. ej., la póliza *LINERTIME*) y otros posiblemente no (p. ej., la póliza *BALTIME*), nos abstenemos de ejercicios retóricos"⁹¹.

Y es que el "time-charter" como figura *sui generis*, típica del derecho marítimo, no aparece recogida entre los contratos marítimos de nuestro ordenamiento positivo, con independencia de que algunos autores apliquen directamente las normas del "fletamento por viaje" al "fletamento por tiempo". Para I. Arroyo Martínez, salvo los artículos 658.2 y 652.8 Cco., referidos al cálculo del flete por unidad de tiempo, parece más acertado la aplicación analógica, limitada a los supuestos donde haya identidad de razón. Pero, en la realidad, predominan las pólizas uniformes (*BALTIME*, *NYPE*, *ASBATIME*, *SHELLTIME* o *GENTIME*), habida cuenta el carácter dispositivo del contrato⁹².

En cuanto al "fletamento por viaje" o, simplemente, "fletamento", la regulación de nuestro Cco. es dispositiva (arts. 652 a 692) y lo habitual es cerrarlo de acuerdo con las pólizas tipo, en función del viaje que se ha de realizar y del cargamento que se ha de transportar⁹³. Si bien el "fletamento" no es un contrato formal, sino que se perfecciona por el consentimiento y su

"Consideraciones sobre la clasificación de los contratos de explotación del buque", en *Estudios en homenaje a Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 1.049 ss.; Manuel Broseta, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1978, pp. 752 ss.; Rodrigo Uría, *Derecho mercantil*, Madrid, 1958, p. 766.

⁸⁹ Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, p. 358.

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

⁹¹ Rafael Padilla González y Manuel Clavero Ternerero, "Transportes"...*cit.*, p. 521.

⁹² Ignacio Arroyo Martínez, "Contratos de utilización del buque y la aeronave"...*cit.*, p. 956.

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

regulación se confía a la autonomía de la voluntad. La emisión de la póliza no es un requisito esencial, sino probatorio de la existencia y condiciones del contrato (arts. 653 y 654 Cco.).

A pesar de que nuestro Código de comercio acoja una multiplicidad de configuraciones posibles de fletamento⁹⁴, la mayor parte de nuestra doctrina y jurisprudencia lo enmarca dentro del tipo contractual del transporte⁹⁵, al ser éste la causa común, bien sea de mercancías, bien de pasajeros⁹⁶. Se configura, por tanto, dentro del tipo contractual del transporte, toda vez que la prestación esencial es la de entregar las cosas en destino y la obligación fundamental del fletante es poner el buque a disposición (total o parcial) del fletador para conseguir el resultado del transporte requerido por este último.

Esta obligación de resultado se infiere claramente del articulado del Código, ya que el artículo 657 Cco. recoge la obligación del capitán de fletar otro buque que "reciba la carga y la portee a su destino", cuando el buque originario quedare inservible durante el viaje. Dicho artículo permite a los cargadores acudir a la autoridad judicial para que apremie al capitán para aprobar el contrato de fletamento correspondiente en caso de omisión de éste. En palabras de C. Górriz López: "La importancia del precepto reside en configurar el buque como un medio en función de un fin: el transporte (...) y la entrega de las mercancías incólumes en destino"⁹⁷. Esta tesis, no obstante, no está exenta de críticas, entre las que destaca la alusión a la determinación del flete en función del éxito de la operación de los artículos 659 y 660 del Cco. Estos artículos calculan el flete en base a la distancia recorrida por el buque, obteniendo el fletante una remuneración proporcional a su esfuerzo; lo que chocaría con el fletamento, identificado como obligación de resultado. La doctrina ha salvado esta contradicción aduciendo que la remuneración atendería a los resultados parciales. Si bien en una obligación de resultado es difícil hablar de "resultados parciales", se ha acudido a la especialidad del tráfico marítimo para explicar el pago del flete en proporción a la distancia recorrida, tratándose de una regla tradicional que encuentra su fundamento en los especiales riesgos que asume el naviero en este tipo de transporte⁹⁸.

Efectivamente, estos preceptos del Cco. recuerdan el juicio de Labeón, antes visto, (recogido en Ulp. 32 *ad ed.* D. 19,2,13,1) de exonerar de responsabilidad al *nauta* –arrendatario de *merces vehendae*– que transborda las mercancías a otra nave porque no puede subir el *flumen Minturnense*⁹⁹. Supuesto que no tiene nada que ver con el expuesto, también anteriormente¹⁰⁰,

⁹⁴ Efectivamente, bajo el nombre genérico de fletamento subsisten en el Código de 1.885 formas tradicionales de fletamento en su evolución histórica: el fletamento del buque por entero (art. 652.7) y el fletamento-transporte de mercancías (arts. 652.8; 658.3). De ahí la importancia de la determinación del buque (art. 652.1), pero, en realidad, la mayor parte de preceptos (art. 657; 660; 661) se manifiestan hacia la absoluta preeminencia del transporte de las mercancías como finalidad última. Vid. Rafael Padilla González y Manuel Clavero Ternero, "Transportes"...*cit.*, p. 522. Si bien nada impide dedicar atención especial al vehículo en el contrato de transporte, sin que por ello se desnaturalice la relación contractual típica (Cf. Carlos Górriz López, "La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo", *cit.*, p. 150, en apoyo de Jesús Rubio, *El fletamento en el Derecho español*, Madrid, 1953, p. 422).

⁹⁵ Vid. bibliografía contenida en Carlos Górriz López, *Ibid.*, p. 145, nt. 35.

⁹⁶ El Código de Comercio incluye también bajo la regulación genérica del fletamento, en la sección 1ª del Título III del Libro III, el contrato de transporte de pasajeros. Inclusión injustificada para algunos autores [Vid. Carlos Górriz López, "La noción del porteador en la regulación del transporte marítimo", *cit.*, p. 148, remitiéndose a Ignacio Arroyo Martínez, "Notas sobre el contrato de pasaje marítimo", en *Anuario de Derecho Marítimo*, 10 (1993), p. 278]; pero comprensible para otros, como Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...**cit.*, p. 377, puesto que eran los dos contratos más conocidos en el mercado marítimo en la época inmediatamente anterior a la aprobación del Código. La Exposición de Motivos se orienta en la misma dirección al dividir el transporte marítimo en fletamento, cuando tiene por objeto mercancías y, pasaje, en el caso de personas y equipajes.

⁹⁷ Vid. Carlos Górriz López, *Ibid.*, pp. 147-148.

⁹⁸ Jesús Rubio, *El fletamento en el Derecho español...**cit.*, pp. 60-61.

⁹⁹ Vid. *supra*. nt. 27.

¹⁰⁰ Vid. *supra*. 2.1.

en Lab. 1 *pith. a Paul. epit.* D. 14,2,10,1, en el que, en contra de la condición impuesta por el cargador, el *nauta* traslada las mercancías, sin necesidad, a una nave peor y, como consecuencia, de ello perecen. Aquí, sí se presume un comportamiento negligente que da lugar a responsabilidad y que tendría repercusiones en el pago de la *vectura*; pero, en ningún caso, se desvirtuaría la naturaleza jurídica de la relación contractual: la *locatio mercium vehendarum*, esto es, el pago de una *merces* por el transporte de las mercancías indemnes. Así pues, cabe sostener la compatibilidad entre la naturaleza jurídica del contrato de fletamento como arrendamiento de obra, cuya *opus* es la entrega de la carga en el puerto de destino, y la remuneración en función de los resultados parciales¹⁰¹.

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

Al margen de esta responsabilidad objetiva, la propia que nace del contrato de fletamento es –como se deriva también directamente del Derecho romano– una responsabilidad que llega hasta la culpa¹⁰⁴: propia del incumplimiento de un contrato de arrendamiento y de la configuración del fletamento como una modalidad de transporte, de forma que una obligación del fletante es responder de los daños que le sobrevengan a la carga por impericia, culpa o negligencia del capitán y tripulación (arts. 587; 618.1 y 620 Cco.)¹⁰⁵.

En consecuencia, tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual, como extracontractual, la responsabilidad del fletante alcanza, no sólo a los actos realizados por sí mismo, sino también a los de sus dependientes. El origen de esta regla general de responsabilidad del principal por los daños y perjuicios causados por sus empleados y auxiliares o dependientes, radica en la

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

¹⁰² Vid. Rafael Padilla González y Manuel Clavero Terner, “Transportes”...*cit.*, p. 524.

¹⁰³ Al respecto, María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, pp. 50 ss.; ID., “Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome: légitimation active et passive pour l'action du 'receptum nautarum, cauponum et stabulariorum'”, en *Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, vol. 65 (Dijon, 2008), p. 53.

¹⁰⁴ María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, p. 103.

¹⁰⁵ Vid. Ignacio Arroyo Martínez, “Contratos de utilización del buque y la aeronave”...*cit.*, p. 964.

denominada *culpa in vigilando* o *in eligendo*¹⁰⁶ del derecho justinianeo, que encontramos claramente formulada en 1.4.5.3¹⁰⁷ y que condicionará el posterior desarrollo histórico de la responsabilidad por los hechos de los dependientes¹⁰⁸.

Sin embargo, para el "fletamento a tiempo" la jurisprudencia viene aplicando el mismo régimen del Cco. en materia de responsabilidad *ex recepto* y responsabilidad por culpa, con inversión de la carga de la prueba¹⁰⁹. Pero ha de advertirse que, en el fletamento por tiempo, el ámbito de la responsabilidad por daños a las mercancías se acorta al período del traslado marítimo de las mismas. El fletante, pues, responde de las consecuencias dañosas irrogadas al cargamento durante su transporte y derivadas de los actos culposos propios y de sus dependientes¹¹⁰.

Llegados a este punto la costumbre de incluir cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad es cada vez más patente. La tajante prohibición de exoneración o limitación de responsabilidad del capitán, contenida en el art. 620.1 Cco., choca con la póliza *BALTIME* 1939, según la cual el fletante responde por su propia conducta culposa, pero se exonera absolutamente de las faltas de sus dependientes. Otro tanto ocurre con las pólizas, como la *GENTIME*, que remiten a las Reglas de la Haya-Visby, conforme a las cuales el fletante no responde de las faltas náuticas cometidas por la dotación y sólo responde por sus faltas comerciales¹¹¹.

4.3. Merece también la pena detenernos –aunque sea de forma somera– en la naturaleza jurídica y el régimen de responsabilidad del llamado "contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque", sólo con el objeto de observar sus peculiaridades y, como no, las reminiscencias romanas que subyacen en el mismo. Como tal no figuraba en las legislaciones mercantiles decimonónicas, que lo canalizaban dentro de la modalidad del fletamento. En su definición clásica se trata de aquel contrato por el que una persona (porteador) asume, mediante un determinado precio, la obligación de transportar, por mar de un lugar a otro, mercancías bajo su propia custodia¹¹². La prestación fundamental del transporte es la de entregar en destino las mercancías cuya custodia se asume desde que se le hace entrega de las mismas "en el muelle o al costado a flote en el puerto en donde se cargue, hasta que lo entregue en la orilla o en el muelle del puerto de la descarga" (art. 619 Cco.). En este sentido, la responsabilidad se extiende, como en la responsabilidad *ex recepto* del Derecho romano, al perecimiento o destrucción de las mercancías que aún no habiendo sido introducidas

¹⁰⁶ Vid. Ignacio Sancho Gargallo, "Transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque"...*cit.*, p. 76.

¹⁰⁷ *Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in navi aut caupona aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret: Cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur, in his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.*

¹⁰⁸ María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, pp. 214 ss.; ID., "Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano", *cit.*, pp. 1.097 ss.

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

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

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

¹¹² Definición dada por Rafael Padilla González y Manuel Clavero Terneró, "Transportes"... *cit.*, p. 525.

en la nave, fueron aceptadas como objeto del *receptum nautarum* (D. 4,9,1,8; D. 4,9,3, pr.; D. 4,9,3,2)¹¹³.

Varias son las diferencias que ha observado I. Arroyo Martínez, que separan este tipo de contrato de los demás vistos: a) En primer lugar, el objeto inmediato del contrato es la mercancía y no el buque, como en el arrendamiento de buque, ni tampoco la navegación o el viaje, que son el objeto de los fletamentos; b) En segundo lugar, la prestación fundamental del servicio de transporte se integra de tres obligaciones principales: el desplazamiento marítimo, la custodia y la entrega de la carga en el puerto de destino. En los demás contratos de utilización del buque, estas prestaciones pueden celebrarse al margen de la obligación del transporte. Bastará recordar ejemplos como la explotación de buques con fines de investigación y exploración marítima, tendido de cables submarinos, prospección petrolífera, actividades deportivas, etc.; c) En tercer lugar, el transporte de mercancías se puede documentar en póliza de fletamento o bajo conocimiento de embarque. La primera se reserva para el tráfico libre, de cargamentos homogéneos que ocupan la capacidad total del buque (en los contratos de fletamento); mientras que el conocimiento de embarque se utiliza más para el tráfico regular, relativo a mercancías heterogéneas que ocupan espacios limitados dentro de una carga general; d) Por último, el transporte en régimen de conocimiento de embarque se rige por una disciplina uniforme, imperativa e internacional (Reglas de La Haya-Visby y Reglas de Hamburgo), dirigida a proteger a los cargadores frente a las cláusulas de exoneración de la responsabilidad¹¹⁴. Por su parte, el fletamento se rige por la autonomía de la voluntad, sin que exista una regulación internacional y uniforme¹¹⁵.

El Convenio de Bruselas de 1924 no recoge ningún principio general de responsabilidad del porteador, limitándose a enumerar los supuestos de responsabilidad y exoneración de ésta. La LTM, al trasponer las normas de este Convenio las completó con un principio general: "El porteador será civilmente responsable de todas las pérdidas, averías o daños sufridos por las mercancías y, en general, de las indemnizaciones a favor de tercero a que diere lugar la conducta del capitán, en relación con las cargas del buque, salvo los casos de exoneración de que traten los arts. 8 y 9" (art. 6 LTM). Se trata, pues, de una presunción de culpa, que admite prueba en contrario. De esta forma, el porteador puede quedar exonerado de responsabilidad si acredita haber empleado la debida diligencia (art. 8.2 LTM)¹¹⁶.

Muchas de las causas de exoneración de la responsabilidad del art. 8 LTM tienen su origen en el Derecho romano¹¹⁷. Nos detendremos en las llamadas "faltas náuticas", pues es donde

¹¹³ María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, pp. 54 ss.; ID., "Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome"...*cit.*, pp. 63-64; ID., "Configuración jurídica del *receptum nautarum*, *cauponum* et *stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano", *cit.*, pp. pp. 1093 ss.

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

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

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

¹¹⁷ Por ejemplo, la fuerza mayor, los hechos de guerra, motines... [art. 8 letras d), e), f), g), h), j), k)]. Las reglas de Hamburgo, sin embargo, omiten relación alguna de causas de exoneración del porteador. Lo que, en muchos casos resulta irrelevante, pues implican ausencia de culpa por parte del porteador y sus empleados. Pero, en cualquier

mejor podemos observar la particularidad de la responsabilidad contractual y extracontractual en este tipo concreto de transporte. Así, el principio que rige para el contrato de transporte en general de la responsabilidad del empresario marítimo por los hechos atribuibles a sus auxiliares o dependientes (derivada de la culpa *in vigilando* o *in eligendo* justinianea), es ajena al "transporte en régimen de conocimiento de embarque", por influencia de las Reglas de la Haya-Visby. Así, el art. 8.III a) LTM exonera de responsabilidad al porteador en los casos de daños en la mercancía por "actos, negligencia o falta del capitán, marinero o personal destinado por el porteador a la navegación o a la administración del buque". Pero no de "los actos, negligencia o faltas del personal citado en relación al manejo, cuidado y custodia del cargamento". La norma distingue, pues, entre los faltas en las funciones propias de la navegación o cuidado del buque (abordajes, naufragios, varadas, etc.) y las derivadas de la custodia de las mercancías (estiba, desestiba, manipulación y cuidado, etc). En el primer caso, nos encontramos ante verdaderas faltas náuticas, de las que no responde el porteador; mientras que en el segundo, estamos ante faltas comerciales, de las que sí responde por el hecho de sus empleados¹¹⁸. En parangón con la responsabilidad nacida del *receptum nautarum* romano, D. 4,9,1,2 (Ulp. 14 *ad ed.*) también deja bien claro que el *exercitor navis* se obliga únicamente por sí mismo, o a través de su *magister navis* o factor mercantil, o bien si autorizó específicamente a algún marinero a concluir el *receptum*; puesto que, si bien la actividad de los marineros (*simples nautae*) está relacionada con las artes de la navegación, éstos también podían desempeñar funciones de naturaleza mercantil como, por ejemplo, concluir contratos de transporte con los pasajeros o los propietarios de las mercancías. De manera que debemos entender que sólo en estos casos obligaban al armador¹¹⁹.

4.4. Finalmente, nos referiremos dentro de los contratos de utilización del buque al contrato de "pasaje" o transporte marítimo de personas. Su definición es unánime en la doctrina como contrato consensual en virtud del cual una persona, denominada transportista o porteador, se obliga a trasladar por mar de un lugar a otro, a otra persona, llamada pasajero, a cambio de una remuneración (precio o flete). Se encuadra, por tanto, dentro del contrato de transporte, en general, pues el pasaje tiene por finalidad el traslado de un lugar a otro dentro del tiempo y el modo convenidos; de forma que el porteador asume una obligación de resultado¹²⁰. Esta calificación no se desvirtúa por el hecho de que el porteador se obligue a proporcionar al pasajero un camarote o cabina y la manutención necesaria, porque esas obligaciones son prestaciones accesorias de la fundamental que es el transporte¹²¹. En consecuencia, nos

caso, pueden simplificar el enjuiciamiento. Vid. Ignacio Sancho Gargallo, "Transporte de mercancías en régimen de conocimiento de embarque"...*cit.*, pp. 75 ss.

¹¹⁸ Vid. Ignacio Arroyo Martínez, "Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y la aeronave"...*cit.*, pp. 977 ss.; Ignacio Sancho Gargallo, *Ibid.*, pp. 76-77.

¹¹⁹ María Salazar Revuelta, "Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome"...*cit.*, pp. 54 ss.; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...**cit.*, pp. 120 ss.

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

¹²¹ Ignacio Arroyo Martínez, "Notas sobre el contrato de pasaje marítimo", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al prof. Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995, p. 192, con la doctrina mayoritaria al respecto. Para este autor está claro que los llamados viajes de crucero marítimo, que tanto auge han adquirido en la actualidad, no son más que contratos de pasaje marítimo, siendo elemento u obligación esencial el traslado de la persona y no la prestación de los servicios complementarios (obligaciones derivadas del alquiler de la cabina o camarote,

encontramos ante una locación de obra, consistente en el *opus* indivisible del transporte, cuya ejecución se manifiesta con el desembarco del pasajero en destino, sano y salvo¹²².

Nuestro Cco., como la mayoría de las normativas decimonónicas, sitúa el pasaje en la sección "De los pasajeros en los viajes por mar" (arts. 693-705), enmarcado dentro del Libro III "Del comercio marítimo", en el Título III. "De los contratos especiales del comercio marítimo" y en el apartado o sección Primera, sobre el fletamento (arts. 652-718), figura ésta a través de la cual nuestro Código de Comercio canaliza las diversas formas de utilización de los buques¹²³. Pero, ante todo, el pasaje es un contrato dominado por la autonomía de la voluntad y el principio de la libertad contractual; de manera que prevalecen los pactos de las partes frente a la letra de la ley. De ahí que la contratación en masa conduzca al pasajero a la aceptación sin discusión de condiciones generales ya consumadas, en la misma compra del billete. No obstante, los Convenios internacionales sobre la materia y, concretamente, el de Bruselas de 29 de abril de 1961 y el de Atenas de 13 de diciembre de 1974 sobre transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, modificado por el Protocolo de Londres de 19 de noviembre de 1976 (en vigor desde el 30 de abril de 1989), se pronuncian hacia la defensa del pasajero, estableciendo nulas las estipulaciones contractuales que exoneren o disminuyan la responsabilidad del transportista¹²⁴.

Por otro lado, es de aplicación también la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios, de 19 de julio de 1984 o la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, siempre que las condiciones de la contratación se hayan emitido de forma impresa a modo de contrato de adhesión. A este respecto, –al igual que en el Derecho romano, que considera como parte débil de la relación contractual a cualquier persona, incluso al comerciante o empresario que hubiera concluido el *receptum nautarum*, dentro de su ámbito comercial (Paul. 13 *ad ed.* D. 4,9,4,1)– la condición de empresario no es excluyente, a priori, de la de consumidor o usuario. Lo esencial para la aplicación de la ley es que dicho empresario sea el destinatario final del objeto del contrato. Asimismo, en Roma, podían ser dignos de protección del Edicto *de receptis* otros *exercitores* o titulares del negocio de la navegación que hubieran concluido un *receptum nautarum*, para el traslado de sus mercancías o personas, con otros colegas del mismo ramo empresarial¹²⁵.

Por último rige la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre Contrato de seguro, por vía supletoria en caso de seguro obligatorio de viajeros¹²⁶.

manutención, etc.). *Ibid.*, pp. 194 y 201 ss. Del mismo autor, vid. "Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y de la aeronave"...*cit.*, p. 981.

¹²² Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, p. 474.

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

¹²⁴ Para una panorámica de los diferentes convenios internacionales en materia de seguridad marítima y responsabilidad del transportista en el contrato de pasaje o transporte marítimo de personas, vid. M^o Encarnación Gómez Rojo, "Normativa histórica convencional internacional reguladora del contrato de pasaje marítimo en relación a la seguridad y a la responsabilidad del transportista", en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, 25 (2008), pp. 3.732-3.740, con amplia bibliografía.

¹²⁵ María Salazar Revuelta, "Les sujets intervenant dans le transport de marchandises et/ou de personne à Rome"...*cit.*, p. 65; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, pp. 131-132.

¹²⁶ Sobre esta ley y sus modificaciones vid. Francisco José Sánchez-Gamborino, "Contrato de transporte y contrato de seguro de transporte", en AA.VV., *El contrato de transporte*, vol. I,...*cit.*, pp. 461 ss.; ID. *El seguro de transporte*, Madrid, 2001. Por lo que concierne a los antecedentes históricos de esta ley, vid. Francisco Javier Tirado Suárez, "Seguro de transportes terrestres", en *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y a sus modificaciones*, Pamplona, 1998, pp. 829-832.

En cuanto a los sujetos que intervienen en este tipo de transporte no se encuentran definidos por nuestro Cco. Hay que acudir al Convenio de Atenas (en su artículo primero) para encontrar una clara definición de los mismos. Por un lado, el transportista es toda aquella persona física o jurídica que concierne un contrato de transporte por cuenta propia o por cuenta ajena. Es indiferente si el transporte se hace con medios propios o ajenos, lo importante es que quien realice el transporte tenga los medios a su disposición, bajo cualquier título, como armador o naviero del buque, fletador por tiempo o por viaje, arrendatario o subarrendatario¹²⁷. Ahora bien, pensamos que las relaciones entre el transportista y el personal colaborador en el transporte se siguen rigiendo –como en el Derecho romano– mediante *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios, constituyéndose la tripulación en *locatores* al servicio del *exercitor navis*¹²⁸.

Por lo que respecta al pasajero en el contrato de pasaje, dicho contrato exige traslado de personas a cambio de un precio, aunque puede existir el contrato de transporte de personas sin mediar éste, esto es, gratuitamente¹²⁹, lo que ocurre en los casos de transportes de empleados de los transportistas, de funcionarios públicos, de personas mercedoras de un premio, etc. y lo que no ha de confundirse con el polizonaje (regulado por el Convenio Internacional sobre polizonas, de 10 de octubre de 1957). La falta de obligación de pagar el precio del viaje no altera la esencia del contrato, siendo de aplicación las normas del régimen legal correspondiente¹³⁰. Existe, asimismo, un supuesto de pasajero que sin contratar el pasaje tiene tal consideración, siempre que reúna los siguientes requisitos: a) acompañar determinadas mercancías, como vehículos o animales vivos; b) ampararse en un contrato de transporte de mercancías y c) viajar con el consentimiento del porteador. Se trata de una ampliación de la noción de pasajero que responde –como indica I. Arroyo Martínez– más a motivos humanitarios o de protección que a razones técnico-jurídicas¹³¹.

Un tema arduo lo constituye, sin duda, la responsabilidad del porteador. Se parte de la base de que el pasajero debe llegar a su destino –al igual que en el transporte de cosas– “sano y salvo”. No existe en nuestro Cco. normativa específica al respecto, en cuanto a los daños y perjuicios causados en la persona del pasajero (lesiones o muerte), sin embargo la doctrina es unánime en cuanto al reconocimiento de la obligación del porteador de velar por la seguridad de su pasajero; influida, sin duda, por el Derecho romano, pues éste no distinguía al pasajero de una mercancía más a efectos de la responsabilidad del transportista. Además, se observa como la tradición histórica confirma esta tesis sin solución de continuidad hasta la época

¹²⁷ Ignacio Arroyo Martínez, “Notas sobre el contrato de pasaje marítimo”...*cit.*, p. 205, nt. 13 con bibliografía al respecto.

¹²⁸ Vid. Dominique Gaurier, *Le droit maritime romain...cit.*, pp. 52 ss.; José Luis Zamora Manzano, *Averías y accidentes...cit.*, pp. 35-36.

¹²⁹ El Convenio de Atenas regula la responsabilidad del porteador cuando se haya causado daños a personas transportadas gratuitamente. Vid. Ignacio Arroyo Martínez, “Notas sobre el contrato de pasaje marítimo”...*cit.*, p. 193.

¹³⁰ Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, p. 484. En Roma, en cambio, el transporte gratuito se enmarca dentro de la figura del depósito. Y tan sólo se hace referencia a él –como hemos visto *supra* 2. 2.– con respecto al transporte de mercancías en un pequeño inciso dentro de D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 *ad ed.*); de manera que podemos conjeturar que esta figura jurídica debió ser menos utilizada en la práctica del transporte marítimo que la *locatio-conductio*. María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...cit.*, pp. 88 ss.

¹³¹ “Notas sobre el contrato de pasaje marítimo”...*cit.*, p. 204, nt. 12. Dicha extensión fue introducida a instancia de Francia, prevaleciendo la presencia física a bordo sobre la formalización del contrato. Vid. el Documento LEG/CONF. 4 WP 13, sobre el Convenio de Atenas de 1974. La posibilidad de que los *viatores* acompañaran a sus mercancías no fue ajena tampoco para el Derecho romano, sobre todo aparece testimoniada en la figura del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y, en concreto, en el transporte terrestre, que, por lo demás, se rige por las mismas normas del marítimo (D. 4,9,3,2). Vid. el sentido amplio otorgado al término *stabulum*. María Salazar Revuelta, *Ibid.*, pp. 92 ss.

codificadora¹³². En el transporte internacional, España ratificó (BOE 6 de mayo de 1987) el Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar, de 13 de diciembre de 1974, así como el Protocolo de 19 de noviembre de 1976, que lo modifica (BOE de 9 de octubre de 1990). El Convenio considera responsable al transportista siempre que la muerte o lesiones del pasajero ocurran durante el transporte y resulten de culpa o negligencia de aquél o de sus dependientes, en caso, por ejemplo, de abordaje, naufragio, varada, explosión, incendio, deficiencia de navegación del buque..., correspondiendo al pasajero demostrar dicha negligencia (art. 3). En cambio, el art. 6 del Convenio exime de responsabilidad al transportista cuando la muerte o lesiones se deban a culpa o negligencia de la propia víctima¹³³.

En el mismo sentido, el porteador responde de toda pérdida o daño sufrida en el equipaje de sus pasajeros, siempre que el perjuicio ocurriera durante el transporte y sea imputable a culpa o negligencia del porteador o sus empleados o agentes. Está exento, sin embargo, si el perjuicio se produjo en la estación marítima, muelle o instalación portuaria; limitándose, pues, su responsabilidad a la fase propiamente acuática del transporte¹³⁴. Lo que ocurría, al principio, en el Derecho romano con las acciones penales *in factum, adversus nautas, cauponas et stabularios*, que limitaban la responsabilidad al lugar concreto donde se ejercitaba el negocio (D. 4,9,7 pr.), pero que llega a ampliarse con la introducción de la figura del *receptum nautarum* a todas aquellas cosas aceptadas por el transportista, aun no habiendo sido todavía embarcadas (D. 4,9,1,8; D. 4,9,3 pr.; D. 4,9,3,2). De todas formas, la extensión de la responsabilidad recepticia al equipaje o efectos personales de los viajeros debió ser, en un principio, extraña a la previsión del Edicto pretorio sobre el *receptum*, ya que en D. 4,9,4,2 (Paul. 13 *ad ed.*) recurre a la accesión para ampliar la protección edictal a los objetos de uso personal de los pasajeros¹³⁵.

¹³² En opinión de Ignacio Arroyo Martínez, "Notas sobre el contrato de pasaje marítimo"...*cit.*, p. 217, nt. 24 la regulación del Código de Comercio (arts. 693 a 705) "resulta incompleta y desfasada en algunos aspectos respecto de la evolución doctrinal y del mismo derecho convencional internacional".

¹³³ No podemos obviar –como observa Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...**cit.*, p. 481– la situación particular de gran libertad que disfruta el pasajero a bordo y que obliga al transportista a aumentar su vigilancia (en nuestro régimen interno, el naviero está obligado a concertar un seguro obligatorio que cubra las responsabilidades por muerte, daños a la persona del viajero y retraso, RD. 1575/1989, de 22 de diciembre) y que, por otra parte, disminuye también su responsabilidad ante la eventualidad de que dicho pasajero obre culposamente.

¹³⁴ A este respecto es de obligada referencia, en nuestro derecho interno, el art. 703 del Cco.: "El pasajero será reputado cargador en cuanto a los efectos que lleve a bordo, y el Capitán no responderá de lo que aquél conserve bajo su inmediata y peculiar custodia, a no ser que el daño provenga de hecho del Capitán o de la tripulación". Este artículo establece la analogía del equipaje con la mercancía del contrato de transporte de cosas, en el caso de que aquél no fuera acompañado directamente con el pasajero y bajo su custodia inmediata. De forma que podemos entender que el transportista asume la responsabilidad de la pérdida o daños que sufra el equipaje de su pasajero que sea guardado en bodega (salvo que pruebe vicio del propio equipaje, culpa del pasajero, caso fortuito o fuerza mayor); mientras que, con respecto al equipaje de mano, sólo será responsable por hechos culposos atribuibles directamente a él, a su capitán o tripulantes. No será responsable de las pérdidas y sustracciones de dinero, títulos, alhajas u objetos de valor del pasajero que no hayan sido entregados en depósito directamente a él, principio usual en el ámbito de la hostelería. Vid. Rodolfo A. González-Lebrero, *Ibid.*, p. 483. A esta normativa hay que añadir también el art. 3 del Convenio de Atenas, que viene a ampliar la parca regulación que ofrece nuestro Cco. En líneas generales, distingue la responsabilidad del equipaje de camarote, al que aplica las mismas normas que para la responsabilidad por muerte o lesiones del pasajero; y el equipaje que no es de camarote, en el que se establece una presunción *iuris tantum* de culpa del porteador. Vid. Ignacio Arroyo Martínez, "Transporte marítimo y otros contratos de utilización del buque y la aeronave"...*cit.*, p. 983; Rafael Padilla González y Manuel Clavero Ternero, "Transportes"...*cit.*, p. 527.

¹³⁵ María Salazar Revuelta, "Configuración jurídica del *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* y evolución de la responsabilidad recepticia en el Derecho romano", *cit.*, pp. 1.093-1.097; ID., *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...**cit.*, pp. 203-204 y 105 ss.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad *ex contractu*, con la prueba del daño y de la culpa o negligencia del contratante¹³⁶. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado sobre la compatibilidad de las acciones contractuales y extracontractuales nacidas del mismo hecho, a elección del perjudicado¹³⁷. En el Derecho romano también está clara, por un lado, esta concurrencia electiva entre las acciones penales *in factum* y la acción del *receptum nautarum*, si bien ambas otorgaban una responsabilidad *sine culpa e in solidum*; pero, por otro lado, existe también una concurrencia acumulativa entre las acciones contractuales típicas y la *de recepto*: las primeras, dirigidas al cumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes, mientras que la segunda sería más bien utilizada para la obtención de la indemnización al *simplum* de las cosas perdidas o dañadas¹³⁸.

4.5.- Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, cabe hacer unas genéricas consideraciones conclusivas en torno a la responsabilidad del armador y sus limitaciones en nuestro ordenamiento jurídico (al margen de las diferentes cláusulas convencionales del régimen internacional¹³⁹).

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

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

Por lo demás, en este régimen de responsabilidad contractual, resultan aplicables las normas generales sobre responsabilidad de nuestro Cc. (arts. 1.101 ss.), en concreto el artículo 1.104 que hace responder cuando no se preste “la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”¹⁴⁰.

En cuanto a la responsabilidad extracontractual, el Código de Comercio no contiene disposiciones generales sobre la responsabilidad del armador, por lo que cabe remitir a la normativa civil. Frente a la responsabilidad ilimitada consagrada en el art. 1.911 Cc., el mismo Cco. de 1885 recoge la tradicional institución de la limitación de responsabilidad del propietario del buque. A pesar de las críticas que ha recibido, la limitación de responsabilidad del comerciante marítimo continúa siendo un principio del tráfico marítimo universalmente aceptado¹⁴¹.

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

¹³⁶ Ignacio Martínez, “Notas sobre el contrato de pasaje marítimo”. ...*cit.*, p. 217.

¹³⁷ Vid., por ejemplo, SSTS de 17 de febrero de 1956 (Aranzadi 1103) y de 31 de mayo de 1982 (Aranzadi 2610).

¹³⁸ María Salazar Revuelta, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma...*...*cit.*, pp. 170 ss.

¹³⁹ Vid. en Carlos Górriz López, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo aéreo y multimodal)*, Bolonia, 2001, pp. 31 ss.

¹⁴⁰ María Salazar Revuelta, “La responsabilidad objetiva *ex recepto* como fundamento jurídico de la protección a terceros en el Derecho comercial romano y su recepción en el Código civil español”...*cit.*, pp. 922-926.

¹⁴¹ En torno al tema, Justino F. Duque Domínguez, “La limitación de responsabilidad del naviero en el Código de Comercio”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al prof. Manuel Broseta Pont*, tomo I, Valencia, 1995, pp. 935-936.

ratificados por el armador y siempre que las reclamaciones se refieran a indemnizaciones resultantes de la custodia de las mercancías¹⁴².

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

RESUMEN

El artículo nos muestra la creciente importancia que la navegación marítima adquiere en la Roma de la época comercial y cómo el Derecho romano arbitra diferentes figuras contractuales para el transporte por mar, que repercuten de distinta manera en la responsabilidad del armador o transportista. Así, se analiza la figura de la *locatio-conductio* como contrato paradigmático en el ámbito del transporte de mercancías y/o personas por mar, además de la figura del *depositum*, cuando el transporte es gratuito, determinándose los diferentes instrumentos procesales aplicables en cada caso. Después de hacer un somero recorrido por la formación de nuestro derecho marítimo en la tradición histórica, se aborda la regulación actual en el derecho privado español de los llamados contratos de "utilización del buque", con el objeto de marcar sus analogías y diferencias con el Derecho romano; dado que a pesar de las peculiaridades nacionales del comercio, existen instituciones típicas de las transacciones marítimas (como el fletamento, el contrato de seguro, las averías a la gruesa...) que tienen su base en el mundo antiguo, mucho antes de la existencia de las normas mercantiles a las que, por circunstancias quizá fortuitas, van ligadas.

ABSTRACT

This article shows the increasing importance which marine navigation gains in Rome during the commercial age, and how Roman law arbitrates different contractual models for sea transport, with diverse effects on the responsibility of the shipowner or haulage contractor. Thus, it is analyzed the figure of the *locatio-conductio* as a paradigmatic contract for sea transport of goods and/or people, as well as the figure of the *depositum*, when transport is free of charge, and it is determined the different legal tools applicable to each case. After a brief summary of the making of Spanish sea law throughout the historical tradition, it is dealt with the present regulation of the so-called contracts of 'use of ship' according to Spanish private law, with the aim of marking their analogies and differences with Roman law; given that despite the national peculiarities of commerce, there exist typical institutions of marine transactions (such as affreightment, insurance contract, general averages...) which have their origin in the ancient world, long before the existence of the mercantile rules they, due to circumstances perhaps fortuitous, are linked to.

PALABRAS CLAVE – KEY WORDS

Castellano: Derecho mercantil o comercial romano – Derecho marítimo – *locatio navis* – *locatio mercium vehendarum* o *vectorum vehendorum* – responsabilidad del armador marítimo – *stylus mercatorum* – arrendamiento de buque a casco desnudo – arrendamiento de buque

¹⁴² Estas cuestiones en Rodolfo A. González-Lebrero, *Curso de Derecho de la navegación...cit.*, p. 264-265; Justino F. Duque Domínguez, "La limitación de responsabilidad del naviero"...*cit.*, pp. 935 ss.; Carlos Góriz López, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías...cit.*, pp. 475 ss. (especialmente, pp. 533 ss.).

armado y equipado – fletamento por tiempo – fletamento por viaje – transporte en régimen de conocimiento de embarque – transporte de viajeros o contrato de pasaje – salvamento y remolque – Convenios internacionales. *Inglés*: Roman commercial or mercantile law – sea law – *locatio navis* – *locatio mercium vehendarum* or *vectorum vehendorum* – responsibility of the shipowner – *stylus mercatorum* – bareboat charter – charter by demise – time-charter – voyage-charter – bill of lading transportation – travelers transportation or ticket agreement – salvage and tugging – International Conventions. *Francés*: Droit commercial romain – Droit maritime – *locatio navis* – *locatio mercium vehendarum* ou *vectorum vehendorum* – responsabilité de l'armateur – *stylus mercatorum* – location d'un navire coque nue – location d'un navire équipé et armé – affrètement à temps – affrètement au voyage – transport sous connaissance – transport de voyageurs ou contrat de transport – sauvetage et remorquage – Conventions internationales.

[Recibido el 13 de Mayo de 2010. Aceptado el 24 de Mayo de 2010].

SECCIÓN DE DERECHO PRIVADO DE CONTENIDO
COMERCIAL ALEMÁN

DEUTSCHE UND INTERNATIONAL ARBEITENDE VERWERTUNGSGESELLSCHAFTEN

Thomas GERGEN*

Bevor die Verwertungsgesellschaften in Deutschland sowie international arbeitende Gesellschaften dargestellt werden, gehen wir allgemein auf ihre Funktion ein. Der Gesetzgeber hat im UrhWahrnG¹ vom 9. September 1965, das mit dem UrhG² am 1. Januar 1966 in Kraft trat, gewisse Pflichten der Verwertungsgesellschaften geregelt.

1. Die Funktionen der Verwertungsgesellschaften

Die Verwertungsgesellschaften nehmen kollektiv die Rechte der Urheber durch Einzel- oder Pauschalverträge mit den Verwertern über die Erlaubnis zur Nutzung bestimmter Werke in einer bestimmten Nutzungsart wahr. Bei vielen Verwertungsarten ist es nämlich dem Urheber wegen der Allgegenwart und Flüchtigkeit des geistigen Gutes nicht möglich, mit allen in Frage kommenden Verwertern Verträge abzuschließen. Um all diese Verwertungsvorgänge zu erfassen und bei fehlender Lizenz zu verhindern, schlossen sich Urheber und Verleger, später auch die Inhaber verwandter Schutzrechte zu Verwertungsgesellschaften zusammen. Im sog. Wahrnehmungsvertrag lassen sich die Verwertungsgesellschaften die Rechte und Ansprüche der Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten einräumen. Außerdem regelt der Wahrnehmungsvertrag die Wahrnehmungsbedingungen. Je nach Rechtsform der Verwertungsgesellschaft sind die Satzung bzw. der Gesellschaftsvertrag und die Verteilungspläne Vertragsbestandteil³.

Eine Inhaltskontrolle findet gem. §§ 307-310 BGB statt. Der Wahrnehmungsvertrag ist, obwohl nicht geregelt, ein mannigfaltiger Typenvertrag. Von der Rechtsprechung wird er als urheberrechtlicher Nutzungsvertrag *sui generis* bezeichnet, der Elemente des Auftrags, insbesondere bzgl. der fremdnützigen treuhänderischen Rechtsübertragung, sowie des Gesellschafts-, Dienst- und Geschäftsbesorgungsvertrages enthält.

Die Inhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten räumen der Verwertungsgesellschaft die ausschließlichen Nutzungs-, Einwilligungsrechte und Vergütungsansprüche ein und erteilen den Auftrag zu ihrer treuhänderischen Wahrnehmung. Den Verwertern überträgt die Verwertungsgesellschaft sodann einfache Nutzungsrechte und kann unbefugte Nutzungen verbieten. Auch der Urheber selbst darf seine Rechte ohne ihre Genehmigung nicht mehr nutzen. Der Vertrag erstreckt sich auf bereits geschaffene und auf künftige Werke. Die Rechte an neuen, ja selbst unbekanntem Nutzungsarten, werden teilweise durch eine Einbeziehung künftiger Vertragsänderungen eingeräumt. Genaue Regelungen dazu finden sich in § 31 UrhG.

Die Gesellschaften überwachen die Werknutzungen und ziehen die in den Verträgen festgelegten Entgelte von den Verwertern ein. Wenn die Verwertungsgesellschaften die Einnahmen an ihre Rechteinhaber aufgrund der Verteilungspläne ausschütten, behalten sie lediglich einen Aufwendungsersatz, nicht aber einen Gewinnanteil zurück. Der Schwerpunkt der Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften liegt bei den Zweitverwertungsrechten, in deren Bereich eine massenhafte Werknutzung stattfindet. Das UrhWahrnG regelt im Einzelnen ihre

* Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

¹ Gesetz zur Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten = Urheberrechtswahrnehmungsgesetz.

² Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte.

³ Statt vieler: Schmid/Wirth/Seifert-Seifert, *Urheberrechtsgesetz - Handkommentar*, 2. Aufl. 2009, Einleitung zum UrhWahrnG sowie das Literaturverzeichnis S. 29-31.

Verpflichtung, Vergütungen kollektiv auszuhandeln, einzuziehen und angemessen zu verteilen. Die Verwertungsgesellschaften nehmen nicht nur die Rechte von deutschen, sondern auch die Rechte von Ausländern wahr. Die deutschen Verwertungsgesellschaften schließen mit ausländischen Gesellschaften Gegenseitigkeitsverträge, in denen sie den ausländischen Verwertungsgesellschaften ihre Rechte zur Wahrnehmung übertragen⁴. Die ausländischen Gesellschaften übertragen wiederum den deutschen die von ihnen verwalteten Rechte. Die jeweilige nationale Gesellschaft zieht das für die Nutzung in ihrem Land fällig werdende Entgelt ein und verrechnet ihre Einnahmen mit den Einnahmen der ausländischen Gesellschaft. Auf diese Weise ist etwa die deutsche GEMA in der Lage, das Weltrepertoire „kleiner“ Rechte an Millionen von Musikwerken wahrzunehmen. In Deutschland haben die Verwertungsgesellschaften, außer im Bereich der Filmverwertung, eine faktische Monopolstellung. Soweit sie Gegenseitigkeitsverträge mit ausländischen Verwertungsgesellschaften abgeschlossen haben, besitzen sie in ihrem Tätigkeitsbereich für den nationalen Bereich praktisch ein Weltmonopol und verfügen damit über das Weltrepertoire. Dies hat zum Vorteil, dass die Werknutzer nicht im Einzelfall den Urheber und dessen Adresse ausfindig machen und mit ihm einen Schriftwechsel führen müssen, sondern sie können die Nutzungserlaubnis von einer allgemein bekannten Verwertungsgesellschaft erhalten. Für Urheber und Werknutzer am günstigsten ist, wenn für ein bestimmtes Verwertungsgebiet nur je eine Verwertungsgesellschaft besteht, weil die Werknutzer dann von ihr die Erlaubnis zur Benutzung aller Werke dieses Gebietes erhalten können und weil Verwaltungskosten erspart bleiben. Wenn die Gesellschaften unangemessen hohe Vergütungen fordern und die Einnahmen nicht gerecht verteilen, dann ist dies nachteilig; hiergegen hilft das Mittel der Staatsaufsicht.

2. Die in Deutschland arbeitenden Verwertungsgesellschaften

Insgesamt sind heute inzwischen 12 Verwertungsgesellschaften zu unterscheiden.

-GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, Sitz der Generaldirektionen in Berlin und München). Sie ist die älteste und wirtschaftlich bedeutendste unter den bestehenden Gesellschaften und nimmt die Rechte der Komponisten, Textdichter und Musikverleger an Werken der Musik wahr⁵. Die GEMA, einzige Verwertungsgesellschaft im musikalischen Bereich, nimmt insbesondere das musikalische Aufführungsrecht, das Senderecht, das Recht der öffentlichen Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger sowie von Hörfunk- und Fernsehsendungen, das mechanische Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht und das Herstellungs- bzw. Synchronisationsrecht an Filmen und Multimedia-Datenträgern samt Vorführungsrecht wahr. Beim Aufführungs- und Senderecht sowie dem Recht der öffentlichen Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger beschränkt sich die GEMA auf die Wahrnehmung der sog. „kleinen“ Rechte (= konzertmäßiges Aufführungsrecht, d.h. die Befugnis, ein Werk der Musik durch persönliche Darbietung öffentlich zu Gehör zu bringen), während die „großen“ Rechte (Rechte der bühnenmäßigen Aufführung und Sendung dramatisch-musikalischer Werke) durch den Urheber selbst oder einen Bühnenverlag wahrgenommen werden. Auch die grafischen Rechte, d.h. Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an Noten, werden nicht durch die GEMA wahrgenommen.

-VG-WORT (Verwertungsgesellschaft Wort, Sitz: München). Sie nimmt die Rechte der Wortautoren und ihrer Verleger wahr und lässt sich insbesondere folgende Rechte einräumen: Das Recht der Wiedergabe durch Bild- und Tonträger sowie von Hörfunk- und

⁴ Zu den Copyright-Ländern vgl.: Thomas Gergen, Anfänge und Entwicklung des Copyright-Systems in England und den USA, in: *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica* XXVI (2009), S. 3803-3809.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte und Entwicklung: Thomas Gergen, GEMA, VG Wort, VG Bild-Kunst: Anfänge, Entwicklungen, Herausforderungen, in: Wendt/Wittinger/Reiss (Hg.), *Festschrift für Wilfried Fiedler („Staats- und völkerrechtliche Abhandlungen der Studiengruppe für Politik und Völkerrecht“)*, Berlin 2010.

Fernsehsendungen, den Vergütungsanspruch für Bild- und Tonaufzeichnungen, die Pressespiegelvergütung, die Fotokopiervergütung, die Vergütung für die Übernahme von Originaltexten in Schulbüchern, die Ausleihantieme, das Rechte an vertonten Sprachwerken, das Vortrags- und das kleine Senderecht, das Recht zur integralen Kabeleinspeisung und die EDV-Verwertung. Während die GEMA Erst- und Zweitverwertungsrechte wahrnimmt, verwaltet die VG-WORT mit Ausnahme des kleinen Senderechts (§ 20 UrhG) nur Zweitverwertungsrechte! Das kleine Senderecht nach § 20 UrhG beinhaltet das Recht zu Sendungen von Texten aus einem verlegten Werk, die im Fernsehen die Dauer von 10 und im Hörfunk die Dauer von 15 Minuten nicht überschreiten dürfen. Nicht darunter fallen szenische oder bildliche Darstellungen und/oder Dramatisierungen sowie Lesungen aus dramatischen Werken.

Die Erstverwertungsrechte, d.h. das mechanische und grafische Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht (also v.a. Vertrieb von Büchern etc.) sowie das Aufführungs- und Senderecht mit Ausnahme des kleinen Senderechts, räumen die Autoren direkt ihren Verlagen ein.

-GVL (Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten. Sitz: Berlin). Die GVL nimmt die Rechte der ausübenden Künstler (§ 73 UrhG), der Veranstalter (§ 81 UrhG), der Tonträgerhersteller (§ 85 UrhG) und der Hersteller von Videoclips wahr (vgl. § 2 der Satzung der GVL). Es handelt sich also um „Verwandte Schutzrechte“, die im zweiten Teil des Urheberrechtsgesetzes geregelt sind. Das Inkasso (Forderungseinzug) hat die GVL der GEMA übertragen.

-VG-MUSIKEDITION (Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung von Nutzungsrechten an Editionen/Ausgaben von Musikwerken e.V., Sitz: Kassel). Sie dient der Wahrnehmung der Rechte an Erst- und Neuausgaben urheberrechtlich freier Musikwerke für Verfasser, Herausgeber und Verleger (siehe dazu §§ 70 und 71 UrhG).

-Die bildenden Künstler haben insbesondere zur Geltendmachung des Folgerechts und der Ausleihantieme die VG-BILD-KUNST mit Büros in Bonn und Berlin ins Leben gerufen. Sie nimmt auch in ihrer Berufsgruppe III. die Rechte der so genannten Jungfilmer wahr.

-VFF (Verwertungsgesellschaft der Film- und Fernsehproduzenten mbH, Sitz: München). Sie nimmt hauptsächlich die Rechte an Eigen- und Auftragsproduktionen, also Film- und Fernsehrechte, der Rundfunkanstalten wahr.

-VGF (Verwertungsgesellschaft für Nutzungsrechte an Filmwerken m.b.H.). Gegenstand des Unternehmens ist die treuhänderische Wahrnehmung von Rechten und Vergütungsansprüchen, die sich aus dem UrhG in Verbindung mit den internationalen und/oder zweiseitigen Abkommen für Filmhersteller, Urheber, Fernsehproduzenten, Videogrammersteller ergeben oder auf diese übertragen sind sowie die Verteilung der erzielten Beträge an die Berechtigten. Die Vergütungen werden nach Abzug der notwendigen Verwaltungskosten an die Berechtigten ausgezahlt. Der Geschäftsbetrieb der VGF ist nicht auf Gewinn gerichtet (so § 2 der Satzung).

-GWFF (Gesellschaft zur Wahrnehmung von Film- und Fernsehrechten, Sitz: München). Diese Gesellschaft verwaltet die Rechte an deutschen und ausländischen Filmen (so § 2 der Satzung der GWFF).

-GÜFA (Gesellschaft zur Übernahme und Wahrnehmung von Filmaufführungsrechten m.b.H., Sitz: Düsseldorf). Sie nimmt sich der Übernahme und treuhänderischen Wahrnehmung von Rechten und Ansprüchen an, die sich für die Hersteller bzw. Rechteinhaber von Filmen vornehmlich erotischen Inhalts aus dem UrhG ergeben.

-VG-MEDIA. Gesellschaft zur Verwertung der Urheber- und Leistungsschutzrechte von Medienunternehmen m.b.H. mit Sitz in Berlin. Sie ist die zweitjüngste Verwertungsgesellschaft, die von den Kabelnetzbetreibern Vergütungen für das Kabelweitersenderecht einkassiert (so § 2 der Satzung).

-GVU (Gesellschaft zur Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen, Sitz: Hamburg).

-VG Werbung und Musik m.b.H. mit Büro in München: Sie ist die jüngste Verwertungsgesellschaft und erhielt 2004 die Erlaubnis, Rechte im Bereich der Musik

wahrzunehmen, soweit sie im Zusammenhang mit Werbung steht, also in einer Domäne, in der auch die GEMA Rechte wahrnimmt.

Es gibt noch folgende international arbeitende Verwertungsgesellschaften:

-CISAC (Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs) mit Sitz in Paris. Dies ist eine internationale Dachorganisation der Verwertungsgesellschaften, die im Jahre 1926 gegründet wurde.

-BIEM (Bureau International des Sociétés gérant les Droits d'Enregistrement et de Reproduction Mécanique) mit Sitz in Paris. Sie besteht seit 1929 und ist ein Zusammenschluss von Verwertungsgesellschaften, der dem Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen und der Ausarbeitung von Normverträgen für die nationale Vergabe von Nutzungsrechten an die Tonträgerhersteller dient.

-BEL (Bureau for European Licensing) mit Sitz in München. Dieses hat die Rechtsform einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) und wurde 1995 von den nationalen Verwertungsgesellschaften für musikalische Urheberrechte zum Zwecke der zentralen Lizenzierung der mechanischen Rechte gegründet.

-AGICOA (Association de Gestion Internationale Collective des Oeuvres Audiovisuelles), Sitz: München. Dies ist die einzige Verwertungsgesellschaft, die übernational organisiert ist und der die Filmproduzenten ihre Kabelweiterverbreitungsrechte übertragen.

Schließlich gibt es noch Inkassostellen, die aber keine Verwertungsgesellschaften sind:

-die ZPÜ (Zentralstelle für private Überspielungsrechte bei der GEMA), für Rechte nach § 54 I UrhG.

-die ZBT (Zentralstelle Bibliothekstantieme bei der VG-WORT)

-die ZFS (Zentralstelle Fotokopieren an Schulen bei der VG-WORT)

-die ZVV (Zentralstelle für Videovermietung bei der GEMA), für Rechte nach § 27 UrhG.

-die ZWF (Zentralstelle für die Wiedergabe von Fernsehsendungen), die die Verwertungsgesellschaften GÜFA, GWFF, VG Bild-Kunst und VGF gemeinsam bilden. Zweck der Gesellschaft ist die Verwaltung der von den einzelnen Mitgliedern wahrgenommenen Rechte der Zweitverwertung von Filmen, nämlich das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach § 22 UrhG, sowie das Recht der Kabelweiterleitung nach § 20b UrhG, soweit letzteres dadurch betroffen ist, dass der Betreiber einer Verteileranlage zugleich den Nutzern die Empfangsgeräte zur Verfügung stellt, etwa bei Fernsehanlagen in Hotels, Krankenhäusern oder Strafvollzugsanstalten.

-ARGE Drama (Arbeitsgemeinschaft zur Geltendmachung von Kabelweisersenderechten an Bühnenwerken), die von GEMA und VG-WORT in gemeinschaftlicher Geschäftsführung organisiert ist.

Schließlich zu erwähnen ist noch die

-CMMV, die Clearingstelle Multimedia für Verwertungsgesellschaften von Urheber- und Leistungsschutzrechten GmbH. Diese Informationsvermittlungsstelle, die die Verhandlungen zwischen Herstellern und Verwertern von Multimediaprodukten und -leistungen einerseits und den Rechteinhabern andererseits fördern soll, wurde 1996 gegründet, um den Bedürfnissen des Multimediemarktes gerecht zu werden.⁶

3. Der Gesetzgeber und die Verwertungsgesellschaften

Das Wahrnehmungsgesetz sieht für Verwertungsgesellschaften eine Konzessionspflicht, einen Wahrnehmungszwang, einen Abschlusszwang und die Staatsaufsicht vor.

a) Die Konzessionspflicht (§ 1 WahrMG)

⁶ Vgl. dazu: Schmid/Wirth/Seifert-Seifert (Fn. 3), *Einleitung zum UrhWahrMG*, Rdnrn. 26-48.

Wer Nutzungs-, Einwilligungrechte oder Vergütungsansprüche für Rechnung mehrerer Urheber oder Leistungsschutzberechtigter zur gemeinsamen Auswertung wahrnehmen will, gleichviel ob die Wahrnehmung im eigenen oder fremdem Namen erfolgt, bedarf der Erlaubnis. Dies gilt sowohl für juristische Personen und Personengemeinschaften, die eigentlichen Verwertungsgesellschaften, als auch für natürliche Personen. Auf letztere sind die für Verwertungsgesellschaften getroffenen Bestimmungen sinngemäß anzuwenden. Wird die Auswertung von Rechten für eigene Rechnung wahrgenommen (wie etwa bei den Verlagen), bedarf es keiner Erlaubnis. Die Erlaubnis wird vom Deutschen Patent- und Markenamt (§ 18 Abs. 1 WahrnG), im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt (§ 18 Abs. 3) auf schriftlichen Antrag erteilt. Sie darf nur versagt werden, wenn die Satzung nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, wenn eine der vertretungsberechtigten Personen nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt oder falls die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft eine wirksame Wahrnehmung der ihr anvertrauten Rechte oder Ansprüche nicht erwarten lässt (§ 3). Die Erlaubnis muss widerrufen werden, wenn ein gesetzlicher Versagungsgrund unbekannt war oder später eingetreten ist und dem Mangel nicht rechtzeitig abgeholfen wird. Außerdem, wenn die Gesellschaft einer gesetzlichen Verpflichtung trotz Abmahnung durch die Aufsichtsbehörde wiederholt zuwiderhandelt (§ 4).

b) Der Wahrnehmungszwang (§ 6 Abs. 1 WahrnG)

Auf Verlangen der Rechteinhaber von Urheber- und Leistungsschutzrechten sind die Verwertungsgesellschaften verpflichtet, die zu ihrem Tätigkeitsbereich gehörenden Rechte und Ansprüche, die sie in ihrer Satzung festgelegt haben, zu angemessenen Bedingungen wahrzunehmen, wenn den Rechteinhabern eine wirksame Wahrnehmung der Rechte und Ansprüche auf andere Weise nicht möglich ist. Diese Verpflichtung besteht nach dem Wortlaut nur gegenüber Deutschen, Staatsangehörigen von Staaten des europäischen Wirtschaftsraums und solchen Ausländern, die ihren Wohnsitz im Inland haben. Doch auch für die Staatsangehörigen von Mitgliedsstaaten der internationalen Urheberrechtskonventionen (Revidierte Berner Übereinkunft und Welturheberrechtsabkommen) ist bei konventionsfreundlicher Auslegung für verwertungsgesellschaftspflichtige Rechte ein Wahrnehmungszwang anzunehmen. Die Verteilung der Einnahmen, die durch einen Verteilungsplan geschieht, darf nicht willkürlich erfolgen und ihre Grundsätze müssen in der Satzung verankert sein. Im Verteilungsplan sollen kulturell bedeutende Werke und Leistungen bevorzugt berücksichtigt werden. Die Verteilung unter mehreren Anspruchsberechtigten an einem Werk erfolgt nach festen Quoten. Die Gesellschaft soll nach Möglichkeit Vorsorge- und Unterstützungseinrichtungen für die Wahrnehmungsberechtigten schaffen (§ 8 WahrnG). Dieses, obwohl international verbreitet, wird als verfassungswidrige Enteignung kritisiert. Dieser „Sozialabzug“ wird von einigen Autoren als nicht gerecht angesehen.

c) Der Abschlusszwang (§ 11 Abs. 1 WahrnG).

Eine Verwertungsgesellschaft ist verpflichtet, jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen Nutzungsrechte einzuräumen. Jede Wahrnehmungsgesellschaft ist verpflichtet, auf schriftliches Verlangen Auskunft zu erteilen, ob sie Nutzungsrechte an einem bestimmten Werk oder Einwilligungrechte oder Vergütungsansprüche für bestimmte Rechteinhaber wahrnimmt (§ 10).

Für die Veranstalter von öffentlichen Wiedergaben hebt § 13a WahrnG die schon aus dem Urheberrecht folgende Pflicht hervor, vor der Veranstaltung die Einwilligung der Verwertungsgesellschaft einzuholen. Nach der Veranstaltung müssen sie ihr ein Programm übersenden, damit sie die Gebühren auf die Urheber verteilen kann. Für Rechtsstreitigkeiten gegen die Veranstalter wegen Verletzung eines von einer Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Rechtes legt § 17 einen ausschließlichen Gerichtsstand fest: Zuständig ist nämlich das Gericht, in dessen Bezirk die Verletzungshandlung vorgenommen worden ist oder der Veranstalter seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Allerdings können gem. § 105 UrhG die

Landesregierungen für mehrere Bezirke ein Amts- und ein Landgericht für Urheberrechtsstreitsachen bestimmen.

d) Die Staatsaufsicht (§§ 18-20 WahrnG)

Das Deutsche Patent- und Markenamt in München hat als Aufsichtsbehörde darauf zu achten, dass die Verwertungsgesellschaft nicht ohne Konzession tätig wird und ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt. Die Konzession ist in § 1 WahrnG geregelt. Das Deutsche Patent- und Markenamt kann von der Verwertungsgesellschaft Auskunft und Vorlage geschäftlicher Unterlagen verlangen, kann einen Beauftragten in die Sitzungen der Organe entsenden und kann den zur Vertretung der Verwertungsgesellschaft berechtigten Personen die Ausübung ihrer Tätigkeit untersagen, sowie ihre Abberufung verlangen (§ 19). Außerdem legt § 20 der Verwertungsgesellschaft eine umfassende Unterrichtungspflicht auf. Die Wahrnehmungsberechtigten haben einen vor den Verwaltungsgerichten durchsetzbaren Anspruch auf Tätigwerden der Aufsichtsbehörde. Mängel der Staatsaufsicht führen jedenfalls zur zivilgerichtlichen durchsetzbaren Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG. Neben der Aufsicht durch das Patentamt unterstehen die Verwertungsgesellschaften einer Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt nach den Vorschriften des GWB und durch die EG-Kommission nach Art. 81, 82 EG-Vertrag, ferner einer vereinsrechtlichen Aufsicht nach den §§ 33 Abs. 2, 43 Abs. 4 BGB.

RÉSUMÉ

La protection des droits d'auteur est un sujet important dans nos jours. En Allemagne, deux lois de 1965, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1966, protègent les droits d'auteur et définissent le statut et les fonctions des sociétés gérant, comme par exemple la GEMA, les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique. Mais il y en a d'autres tels que la VGWORT pour la protection des textes et la VG BILD-KUNST pour les images.

ÜBERSICHT

Der vorliegende Beitrag handelt von den Verwertungsgesellschaften in Deutschland sowie international arbeitenden Gesellschaften zum Schutz des Urheberrechts. Dabei interessieren Entstehung und Aufgaben der jeweiligen Gesellschaften wie hauptsächlich GEMA, VGWORT oder VG BILD-KUNST sowie ihre Rechte und Pflichten im Dienste des Urheberschutzes.

KEY WORDS-PALABRAS CLAVE

Droit d'auteur – Sociétés gérant les droits d'auteurs – Verwertungsgesellschaften – Urheberrechtsgesetz (1965) – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (1965) – GEMA – VGWORT – VG BILD-KUNST

[Recibido el 9 de Febrero de 2010. Aceptado el 10 de Mayo de 2010].

NOTICIARIO

A new book on the Protection of the Marine Environment in Bulgaria

George PENCHEV

In 2009 in Bulgaria was published a very useful book, entitled 'Legal Protection of the Bulgarian Marine Areas from Pollution' (in Bulg.)¹. The author, professor Simeon Bozhanov, is a lecturer in Environmental Law, as well as in The Law of the Sea (national and international aspects) and in The European Law in the Faculty of Law at Free University in Bourgas. Except his lecturer's and scientific experience, he has a impressive practical experience in the field of environmental protection in Bulgaria. He was the first legal advisor to the Committee on the protection of Nature Environment (now Ministry of Environment and Waters) during 1986 – 1990, and also during 1990 – 1997 he was legal advisor to the President of Bulgaria on the problems of the environmental protection. Prof. Bozhanov is an author of 5 books and over 100 articles mainly in the field of the Environmental law as well as the Law of the Sea (marine environment protection aspects).

The reviewed book consists of preface, 3 chapters, conclusions and list of used literature. Chapter I (p. 13 - 78) is related to the protection of the World Ocean as well as the protection of the Black Sea from pollution under International and National Law of the Sea. The following problems are evaluated: a) the global character of 'ecological challenges' related to the state of the marine environment; b) the international agreements for prevention of the World Ocean from pollution and especially UN Convention on the Law of the Sea; c) the legal notion 'pollution of the marine environment'; d) EU marine environment protection policy and legislation; e) the regional co-operation for the protection of the Black Sea from pollution; f) the state of marine environment under Bulgarian jurisdiction.

Chapter II (p. 79 - 152) is dedicated to the legal measures for the prevention of the Bulgarian marine areas from pollution under national and international treaties to which Bulgaria is a party. An analysis of following problems is conducted: a) the protection of marine environment from pollution from different sources; b) the rights and duties of the Bulgarian state authorities for prevention of the pollution of marine environment in the Bulgarian part of Black Sea; c) the control on the pollution of the marine environment; d) conditions for the implementation of measures against pollution of the marine environment, including in case of danger for that pollution.

In Chapter III (p. 153 - 190) are evaluated different forms of liability for pollution of the marine environment. The analysis covers: a) civil liability, including its implementation in Bulgaria and the possibility for using of funds and insurance, as well as compensation under private agreements TOVALOP and CRISTAL; b) administrative liability; c) penal liability under Bulgarian law.

Finally some general conclusions from the examined national and international regulation in this field and recommendations for improvement of the existing Bulgarian legislation are made (p. 191 - 195).

In the reviewed book, the major scientific contributions could be mentioned:

- the suggestion de lege ferenda for the adoption of National Strategy on the protection of marine environment in Bulgaria (p. 66);
- the suggestion de lege ferenda for the Ministry of Environment and Waters to be a controlling (competent) authority in cases of oil spills in Bulgarian territorial sea waters instead of the Ministry of Transport, Informational Technologies and Communications (nowadays competent authority) (p. 77);

¹ Божанов, Симеон. Правна защита на българските морски пространства от замърсяване. София, Издателство "Деметра", 2009, 203 с.

-the comprehensive analysis of the rights and duties of Bulgaria as a 'country of flag', 'coastal country' and 'country of port' in the lights of national and international Law of the Sea (p. 111 – 112, 122 – 125 and 130 - 131);

- the suggestion de lege ferenda for the improvement of the provisions of Bulgarian Marine Areas, Internal Waterways and Ports Act, 2000 and Merchant Shipping Code, 1970 (175 - 178);

- the suggestion de lege ferenda for the improvement of the provisions of Bulgarian Penal Code of 1968 related to the protection of sea waters from pollution (p. 188 - 189).

After the abovementioned features and contents of the reviewed book could be made a conclusion that it is very interesting and useful not only for lawyers, but also for the ecologists as well.

ОБОБЩЕНИЕ

През 2009 г. в България беше публикувана една полезна книга с наименование „Правна защита на българските морски пространства от замърсяване“. Авторът ѝ, проф. Симеон Божанов е преподавател по екологично право, по морско право (национални и международноправни аспекти) и по европейско право в Бургаския свободен университет. Рецензираната книга се състои от увод, 3 глави, заключение и списък на използваната литература. Глава I (с. 13 – 78) е свързана с опазването на Световния океан и в частност на Черно море от замърсяване по националното и международното морско право. В нея са разгледани следните проблеми: а) глобалният характер на „екологичните предизвикателства“; б) международните споразумения по опазване на Световния океан от замърсяване и в частност Конвенцията на ООН по морско право; в) правното понятие „замърсяване на морската среда“; г) законодателството и политиката на Европейския съюз по опазване на морската среда; д) регионалното сътрудничество по опазване на Черно море от замърсяване; е) екологичното състояние на българските морски пространства. Глава II (с. 79 – 152) е посветена на правните мерки за опазване на българските морски пространства от замърсяване по националното право и международните договори с участието на България. Анализирани са следните проблеми: а) опазването на морската среда от замърсяване от различни източници; б) правата и задълженията на българските компетентни органи за предотвратяване на замърсяването на морската среда в българския участък на Черно море; в) контролът върху замърсяването на морската среда; г) предпоставките за предприемането на мерки при опасност от замърсяване или настъпило замърсяване на морската среда. В Глава III (с. 153 – 190) са изследвани различните видове юридическа отговорност за замърсяване на морската среда. Анализът обхваща: а) гражданската отговорност, включително по българското право и възможността за използването на фондове и застраховки, както и обезщетенията по частните споразумения TOVALOP и CRISTAL; б) административнонаказателната отговорност; в) наказателната отговорност по българското право. Накрая са направени някои по-общи изводи от изследваната правна уредба и препоръки за усъвършенстване на българското законодателство (с. 191 – 195). Могат да бъдат посочени следните приноси в рецензираната книга: а) препоръките de lege ferenda за приемане на Национална стратегия по опазване на морската среда в България (с. 66); б) предложението de leg e fer enda Министерството на околната среда и водите да бъде компетентен контролен орган в случаите на нефтени разливи в българските териториални морски води вместо Министерството на транспорта, информационните технологии и съобщенията, което е компетентния орган понастоящем (с. 77); в) детайлният анализ на правата и задълженията на България като „държава на знамето“, „крайбрежна държава“ и „държава на пристанището“ в светлината на националното и международното морско право (с. 111 – 112, 122 – 125 и 130 – 131); г) предложенията de lege ferenda за усъвършенстване на Закона за морските пространства, вътрешните водни пътища и пристанищата от 2000 г. и

Кодекса за търговското корабплаване от 1970 г. (с. 175 – 178); д) предложението de lege ferenda за усъвършенстване на разпоредбите на Наказателния кодекс от 1968 г., свързани с опазването на морските води от замърсяване (с. 188 – 189). В заключение може да се изтъкне обстоятелството, че рецензираната книга е много интересна и полезна не само за юристите, но и за еколозите.

KEY WORDS- КЛЮЧОВИ ДУМИ

морско право – закон за околната среда – замърсяване на морската среда.

[Recibido el 10 de Abril de 2010. Aceptado el 25 de Mayo de 2010].

*Journées françaises du droit européen des contrats vom 22.-23. Januar 2009 an
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster*

Thomas GERGEN

Aus Anlass des Frankreich-Nordrhein-Westfalen-Jahres 2008/09 und im Anschluss an die französische Ratspräsidentschaft, unter der die Arbeiten am Gemeinsamen Referenzrahmen weiter vorangetrieben wurden, organisierten *Reiner Schulze* und *Gerald Mäsch* am Centrum für Europäisches Privatrecht (CEP) der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster ein zweitägiges Kolloquium, bei dem die jüngsten Entwicklungen im französischen und europäischen Vertragsrecht dargestellt und diskutiert wurden.

Der Staatssekretär im Nordrhein-Westfälischen Ministerium der Justiz *Jan Michael Söffing* führte zusammen mit *Reiner Schulze* in die Tagung ein. In seinem Vortrag „Le droit européen des contrats et son influence sur le droit national des États membres“ vertiefte *Gerald Mäsch* jeweils für das primäre als auch für das sekundäre Gemeinschaftsrecht dessen Einflüsse auf das nationale Recht der Mitgliedsstaaten. Des Näheren setzte er sich mit der deutschen und der französischen Rechtsordnung auseinander und beleuchtete dies anhand des allgemeinen Rechts der Nicht-Diskriminierung aufgrund der Nationalität. Konkret warf er die Frage des § 239 BGB auf, wonach das Stellen einer deutschen Bürgerschaft offenbar gegen Art. 12 des Vertrags von Rom verstoße. *Mäsch* plädierte für eine Voll- statt für eine Mindestharmonisierung, um insbesondere das Vertrauen der Verbraucher als auch der Unternehmer in das Recht zu stärken, und um den grenzüberschreitenden Handel gegenwärtig wie auch in Zukunft zu erleichtern. Sehr lehrreich war auch das Referat von *Denis Mazeaud*, Université Panthéon-Assas, Paris II, der anhand mehrerer Beispiele aufzeigte, wie die Cour de cassation sich am Europarecht inspirierte („Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français“). Das höchste französische Zivilgericht ließ sich dabei in seinen Entscheidungen von einer ökonomischen Analyse des Rechts leiten. Denn war bis 1995 Frankreich der Regel gefolgt, dass der Preis nicht einseitig von einem Vertragspartner bestimmt werden konnte, vertrat die Cour de cassation von nun an die Position, dass der Preis auch einseitig festgelegt werden darf. 1998 ermöglichte die Cour de cassation überdies, dass ein Vertragspartner den Vertrag auf seine Kosten und Risiken auflösen kann, was bis zu jenem Datum nur in der Entscheidungsgewalt des Richters lag. Das im französischen Zivilrecht verankerte Prinzip, dass der Richter einen Vertrag nicht wegen unvorhergesehener Umstände ändern durfte, gestaltete die Cour de cassation 1992 um, als sie die Möglichkeit schuf, den Vertrag neu auszuverhandeln. Zu jener Zeit waren die Prinzipien der Lando-Gruppe bereits bekannt. *Mazeaud* prophezeite auch für die Zukunft Einflüsse des Europarechts in der höchstrichterlichen französischen Judikatur, insbesondere durch die Leitlinien von *liberté, sécurité* und *loyauté*. Den französischen Mythos der „cause“ sah er zugunsten des „intérêt“ schwinden. In diese Richtung ging auch der Vortrag von *Guillaume Wicker* von der Universität Montesquieu, Bordeaux IV, mit dem Titel „La réforme du droit français du contrat: de la cause à la causalité juridique“. *Wicker* qualifizierte „cause“ bzw. „intérêt“ in erster Linie als erklärendes Prinzip (principe explicatif). Er plädierte für ein allgemeines Prinzip wie „cause“ oder „intérêt“, das sich aufdränge, weil es unmöglich sei, von vornherein die Vielzahl der unterschiedlichen Anwendungen des Prinzips der Kausalität (causalité) vorherzusehen. Spezialregeln hätten zwei Nachteile: zum einen, dass das Recht als Momentaufnahme unabänderbar festgelegt würde, ohne dass man es in der rechtsprechenden Praxis ändern könne. Dagegen streite zum zweiten der Aspekt des zu starken Formalismus des Rechts. Das allgemeine Prinzip spreche allerdings wiederum nicht gegen die Einführung von Spezialregeln, wobei aber eine allgemeine Regel stets beibehalten werden müsse.

Paul Barthélemy, Avocat au Barreau de Paris, sprach über „L'influence du droit européen sur le droit français à travers l'exemple du droit du crédit“. In seinem Referat stand der Code de la consommation (Verbrauchergesetzbuch) im Vordergrund, d.h. der Verbraucherkredit und die persönlichen Sicherheiten wie die Bürgschaft.

Juliette Gest, Magistrate au Ministère de la Justice, Paris, referierte zu „Les travaux préparatoires du projet de Cadre commun de référence sous la présidence française du Conseil de l'Union européenne“, sodann sprach *Zoé Jacquemin* von der Université Panthéon-Assas, Paris II, über „Le projet français des principes du droit européen des contrats révisés“. Die Diskussion über den Gemeinsamen Referenzrahmen stand unter der Leitung der rumänischen EuGH-Richterin *Camelia Toader*. Bei Referaten und Diskussion stand im Vordergrund, dass die Europäische Kommission bereits festgelegt hatte, dass sie kein einheitliches europäisches Schuldrecht schaffen wolle und dass das Verbraucherrecht den Vorrang habe. Außerhalb des Bereichs der Verbraucherverträge sollen Sonderverträge im Gemeinsamen Referenzrahmen nicht vorrangig behandelt werden. Allerdings dürfe nicht ausgeschlossen werden, dass Sonderverträge, die unter den gemeinschaftlichen Besitzstand fallen, zu einem späteren Zeitpunkt in den Gemeinsamen Referenzrahmen einbezogen werden könnten. Zweckdienlich sei es, den Gemeinsamen Referenzrahmen als ein entwicklungsfähiges Instrument im Dienste der Gemeinschaftsgesetzgeber aufzufassen und seine regelmäßige Überprüfung vorzusehen (so der Bericht des Ausschusses für Zivilrecht an den Rat der EU über die Festlegung eines Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Vertragsrecht vom 7.11.2008).

Jean-Claude Bonichot, Richter am Europäischen Gerichtshof, beleuchtete danach die Schwierigkeiten eines europäischen Privatrechts aus dem Blickwinkel des Verfassungsrechtes („Les difficultés d'un droit privé européen du point de vue du droit constitutionnel“). *Bonichot* betonte dabei die Notwendigkeit einer einheitlichen Terminologie, um die Rechtseinheit nicht zu gefährden.

Reiner Schulze synthetisierte zum Schluss Probleme und Perspektiven des europäischen Vertragsrechts im Hinblick auf die gehaltenen Referate, die voraussichtlich in der European Review of Contract Law (ERCL) publiziert werden.

[Recibido el 13 de Febrero de 2010. Aceptado el 24 de Mayo de 2010].

DICCIONARIO CRÍTICO DE EXPERTOS EN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA Y AERONÁUTICA (VIª PARTE)

JAN BALICKI [nº 56] ♂ ♀
(1909-1990)

Marek Jan Łukaszuk

[I]. El profesor doctor Jan Balicki nació el 2 de mayo de 1909 en Lwów. Estudió en la Universidad Jan Kazimierz de Lwów, superando los exámenes para el ejercicio de la profesión de abogado en 1938. Hasta 1940 trabajó tanto en la abogacía como en servicios jurídicos. Después de la Segunda Guerra Mundial, se dedicó primero al periodismo y luego por completo a la profesión jurídica como abogado. Desde 1949 hasta 1966 estuvo en el servicio diplomático polaco. Fue asesor jurídico de los trabajos de las comisiones de supervisión internacional, primero en Corea y luego como jefe en Laos. Entre 1957 y 1965 fue embajador de Polonia en los Países Bajos. Anteriormente, entre 1950 y 1957 prestó sus servicios como docente en la Escuela Principal del Servicio Exterior de Varsovia, Polonia. En 1950 obtuvo el grado de doctor en ciencias jurídicas. Su director de tesis fue el profesor doctor Ludwik Gelberg¹. El tema de su tesis doctoral fue el armisticio coreano en la teoría y en la práctica y se publicó en 1956 (*Rozejm koreański w teorii i praktyce: wybrane problemy prawne*). Durante su actividad diplomática en los Países Bajos trabajó también como docente impartiendo conferencias en algunas Universidades de los Países Bajos y en la *Grotius Society* de la Haya.

[II]. En Polonia, durante diez años (1966-1977), Balicki fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad María Curie-Skłodowska (UMCS) de Lublin y también trabajó como asesor científico en el Instituto de Ciencias Jurídicas de la Academia de Ciencias Polaca de Varsovia. Llegó a ser miembro de la Sociedad Polaca de Autores (ZAKS) y de la Comisión Principal de los Crímenes nazis. Publicó manuales y otros libros en el campo del Derecho internacional público y privado como *Problemy kolizyjne prawa małżeńskiego* (Warszawa, 1959), sobre el conflicto de leyes en el Derecho matrimonial; *Międzynarodowe prawo prywatne* (Lublin, 1976), en torno al Derecho Internacional privado o *Problemy kolizyjne prawa spadkowego* (Warszawa, 1963), en relación con el conflicto de leyes en Derecho sucesorio. Como profesor de Derecho dirigió una tesis doctoral sobre el estatus legal de los canales internacionales marítimos. También ha publicado libros sobre el racismo y el apartheid y algunos han sido traducidos al ruso y al húngaro, en concreto el dedicado al racismo en Sudáfrica (1951). Uno de los libros de mayor relieve académico (desde el punto de vista del Derecho internacional privado) era el que trataba sobre la discriminación racial a la luz del Derecho internacional, *Dyskryminacja rasowa w świetle prawa międzynarodowego* (Wrocław, 1972). Otro trabajo significativo fue una monografía sobre la noción de agresión en el Derecho internacional, titulada *Pojęcie agresji w prawie międzynarodowym* (Warszawa, 1952). Tiene cuatro libros, más conocidos, (en coautoría con su esposa Janina y con Maria Bogucka) dedicados a la historia y cultura de los Países Bajos.

[III]. Tanto la experiencia intelectual como la práctica diplomática, desde su actividad en los Países Bajos, las describe el profesor Balicki en sus famosos libros: *Jak to w dyplomacji ładnie* (Warszawa, 1980 y 1986) y *Alarm dla ambasad* (Warszawa, 1988), así como en sus personales memorias diplomáticas *Jedna szansa na tysiąc*. Esta breve biografía del profesor Balicki ha sido preparada teniendo como base el ensayo de Anna Przyborowska-Klimczak publicado en el libro, editado por ella misma, con el título *Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji UMCS (1949-*

¹ Ver Leonard Łukaszuk, "Ludwik Gelberg (1908-1985)", en "Diccionario crítico de expertos en Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica", en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, nº 25 (2008), pp. 3.777-3.778.

2009), Verba, Lublin, 2009, pp. 11-18 [trad. del inglés al castellano y revisión de los textos en polaco por Patricia Zambrana Mora].

JAN BIAŁOCERKIEWICZ [nº 57] †
(1945-2008)

Tadeusz Wasilewski
Marcin Kaldunski

[I]. Tras una larga y grave enfermedad, el 25 de febrero de 2008, el profesor Jan Białocerkiewicz falleció en Toruń. Ha sido reconocido como una autoridad en Derecho internacional público y ha desarrollado también una valiosa labor como docente. Nació el 24 de diciembre de 1945 en Chłopotynie, provincia de Zamość. En 1947, se trasladó con sus padres a los "Territorios Recuperados" (*Ziemia Odzyskana*, en polaco), graduándose en la Escuela Superior de Lidzbark Warminski en 1965. Pronto se matriculó en la Escuela de Magisterio, concluyendo sus estudios en 1968. Entre 1970 y 1974 se graduó en Derecho en la Universidad Nicolás Copérnico con excelentes resultados. Tras su graduación continuó sus estudios jurídicos en la Universidad de París I, con una beca del gobierno francés. Entre 1988 y 1991 completó tanto la formación judicial como la de asesor jurídico con muy buenas calificaciones. Seguidamente, se dedicó a trabajar como asesor jurídico.

[II]. El 1 de septiembre de 1974 comenzó su carrera académica en la cátedra de Derecho internacional de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Nicolás Copérnico. Toda su carrera académica ha estado indisolublemente unida a la Facultad. El 24 de octubre de 1978 defendió su tesis doctoral sobre el impacto de la Organización Internacional del Trabajo en la unificación del Derecho laboral. Posteriormente, el 27 de marzo de 2000, consiguió el grado de doctor habilitado en el ámbito del Derecho internacional público gracias a su monografía sobre el estatus legal de los extranjeros a la luz de las normas internacionales. El 1 de mayo de 2002, Jan Białocerkiewicz obtuvo una plaza de Profesor Asociado en la Universidad Nicolás Copérnico y, en 2008, alcanzó la condición de catedrático en ciencias jurídicas. Desafortunadamente, el 29 de febrero de 2008, la enfermedad le impediría recibir el nombramiento del Presidente de la República Polaca, ya que en ese mismo día se celebró su funeral.

[III]. Su labor como docente e investigador se concentró en la Universidad Nicolás Copérnico. Aquí desveló y desarrolló su pasión y entrega por el estudio del Derecho Internacional. Sin embargo, sostuvo también numerosos contactos con otras instituciones académicas y científicas. Desarrolló un trabajo docente adicional en las Universidades de Warmia y Mazury en 1999. Además, cooperó con el Instituto Polaco de Asuntos Internacionales de Varsovia, con el *Silesia Institute* de Opole y con la Academia Polaca de Ciencias (Departamento de Gdańsk). Recibió numerosos premios por sus logros académicos y docentes, incluyendo la concesión del Tercer Grado del Ministerio de Ciencia, Educación Superior y Tecnología en 1982 y numerosos reconocimientos del Rector de la Universidad Nicolás Copérnico, en particular, la concesión de dos Primeros Grados en 2005 y 2006. Jan Białocerkiewicz fue también distinguido con la Cruz de Bronce al Mérito y la Medalla de Oro de los 40 años de los Amigos de la Sociedad de Naciones Unidas.

[IV]. El profesor Białocerkiewicz ha publicado más de cien trabajos, entre los que se encuentran seis monografías, dos comentarios y tres manuales de Derecho internacional. A lo largo de su carrera académica ha llevado a cabo investigaciones tanto sobre cuestiones interdisciplinarias, incluyendo Derecho económico internacional, Derecho laboral internacional o Derecho internacional del medio ambiente, como sobre temas que hunden sus raíces en el clásico Derecho internacional público.

[V]. La materia que más llamó su atención fue el Derecho internacional público de acuerdo a su sistemática clásica. Se especializó también en áreas que guardaban conexión con el Derecho constitucional y con otros dominios nacionales. Los resultados fueron varios artículos y su tesis doctoral. Esta última ha sido frecuentemente citada por abogados internacionalistas y especialistas en Derecho constitucional y laboral. Las organizaciones internacionales fueron otro de los intereses del profesor. De ahí surgió una extensa y valiosa monografía sobre las organizaciones europeas y sus normas jurídicas. Su último trabajo relativo a estas organizaciones fue un estudio sobre las sanciones de Naciones Unidas publicado en una obra colectiva, *Naciones Unidas. Balance y Perspectivas*, editada por el profesor Janusz Symonides en 2006. Jan Białocerkiewicz estuvo también profundamente interesado en el Derecho económico internacional lo cual dio frutos en dos sucesivas monografías: *Powstanie i rozwój prawa międzynarodowego gospodarczego: studium z zakresu doktryny i źródeł* (Toruń, 1987), en torno al desarrollo del Derecho económico internacional, a partir del estudio de las doctrinas y de las fuentes normativas y *UNCTAD - jej rola w kształtowaniu nowego międzynarodowego ładu ekonomicznego* (en colaboración con Marian Iwanejko, Toruń, 1983), sobre el papel de la UNCTAD en la configuración del orden económico internacional. Ha publicado además varios artículos y estudios. Uno de ellos, concerniente a la definición del Derecho económico internacional, es especialmente significativo por sus aspectos teóricos.

[VI]. Por último, pero no menos importante, hay que referir sus investigaciones sobre los aspectos teóricos y prácticos del estatus legal de los extranjeros. Sin ninguna duda, sus trabajos científicos relativos a los extranjeros tuvieron un carácter pionero. Aparte de su extensa y destacable monografía, publicó dos excelentes comentarios, el primero a la Ley Polaca de extranjería de 1998 y el segundo a la ley que reformaba la anterior de 2001. El comentario incluía normas internacionales y europeas. Finalmente publicó una extensa monografía relativa al nuevo Derecho polaco sobre extranjeros, *Nowe polskie prawo o cudzoziemcach* (Toruń, 2003) que era un completo análisis de la nueva regulación polaca sobre la materia hasta 2003. El profesor Jan Białocerkiewicz trató también el Derecho fluvial internacional y se ocupó de definir, en sentido amplio, el entorno natural humano. Entre sus muchos trabajos sobre dichos temas, es especialmente significativa una monografía sobre el estatus legal del animal y los derechos de los animales y su protección jurídica, publicada en 2005. Entre los intereses científicos del profesor estaban igualmente otros problemas actuales como el terrorismo internacional, la construcción del muro israelí o los contactos diplomáticos polacos con los países del norte de Europa. Hay que indicar que además publicó un valioso manual de Derecho internacional público del que han aparecido tres ediciones, en 2003, 2005 y 2007.

[VII]. Białocerkiewicz fue un diligente cultivador del Derecho internacional con gran capacidad de investigación. Su insaciable pasión, combinada con una visión excepcional, daría lugar a cientos de publicaciones en Derecho internacional. Dotado de un intelecto agudo, disfrutaba solucionando toda clase de problemas académicos y de cualquier tipo. La meticulosa metodología empleada en sus análisis daría lugar a las precisas y razonadas conclusiones que abundan en sus trabajos. Jan Białocerkiewicz fue un docente destacado y respetado. Sus clases y seminarios eran seguidos por numerosos estudiantes con gran interés. Enseñó y escribió con igual rigor, inspirando a muchos alumnos a dedicarse a una carrera en Derecho internacional a los que seguiría apoyando incluso después de dejar su cargo. Siempre respetó tanto a sus compañeros como a sus alumnos. Magníficamente ilustrado y continuamente dispuesto a ayudar a todos. Su inoportuna muerte fue una verdadera tragedia. Uno sólo puede imaginar cuánto podría haber contribuido al desarrollo del Derecho internacional. Sin embargo, el excelente volumen de trabajo que deja tras de sí, sin duda, seguirá influyendo en la doctrina del Derecho internacional y en los cursos impartidos en la Universidad Nicolás Copérnico. Queremos aprovechar esta oportunidad para agradecer al profesor Jan Białocerkiewicz que haya

compartido sus conocimientos y experiencia a través de sus trabajos. Le echaremos mucho de menos [trad. del inglés al castellano por Patricia Zambrana Moraf].

HENRYK DE FIUMEL [nº 58] ♂
(1925-1986)

Leonard Łukaszuk

[I]. El profesor doctor Henryk de Fiumel, antiguo miembro del Parlamento polaco y juez del Tribunal Constitucional de su país, nació el 17 de junio de 1925 en Chelm (Polonia). Estudió en la Facultad de Derecho de Varsovia, finalizó sus estudios de Máster en Derecho en 1949 y obtuvo el doctorado en 1960. Años más tarde, en 1967, presentó la monografía sobre el Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECON) como un estudio de derecho internacional y superó el examen de acceso al cuerpo de docentes de la Facultad de Derecho de Varsovia donde, en 1981, fue nombrado Catedrático de Derecho internacional. De este modo, de Fiumel fue un reconocido teórico y abogado polaco tanto de derecho internacional como constitucional.

[II]. De Fiumel fue docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Varsovia y en el Departamento de Derecho internacional (1950-1970) así como en el Instituto del Estado y del Derecho de la Academia Polaca de las Ciencias en Varsovia (1970-1986). A su vez, desempeñó el cargo de codirector del Consejo Científico del mencionado Instituto. También fue cofundador y vicepresidente del Comité de Iniciativas Científicas y Sociales de la Academia Polaca de las Ciencias. A la par, perteneció a grupos de expertos de carácter nacional e internacional y participó, como autor de artículos a la par que organizador, en seminarios y conferencias internacionales, que versaban sobre cuestiones franco-polacas en materia de Derecho internacional del COMECON. También fue director del *Anuario Polaco de Derecho Internacional*. Como juez del Tribunal Constitucional polaco sólo su actividad fue reducida, durante un corto período (1985-1986), hasta su fallecimiento el 17 de junio de 1986. También fue miembro del Parlamento polaco (Seym) y secretario de la Asociación Parlamentaria del Partido Democrático. Participó, asimismo, como miembro de la rama polaca de la Unión Interparlamentaria y fue miembro de organizaciones sociales y de consejos municipales polacos. Un hombre con logros tan significativos que le valieron ser galardonado en varias ocasiones con las más altas condecoraciones del Estado polaco.

[III]. De Fiumel publicó dos monografías principales, algunos capítulos en libros y editó cinco libros colectivos donde él también participó como autor. Además, cuenta con artículos en revistas internacionales como la del COMECON, muchos de ellos redactados en polaco, francés, checo y ruso. Su actividad investigadora y publicaciones se centraron en los aspectos legales de la actividad del COMECON, la responsabilidad económica del Estado, el Derecho económico internacional, los aspectos legales de la cooperación económica franco-polaca, las organizaciones económicas internacionales, los tratados internacionales para la integración internacional, el Banco Internacional de Cooperación Económica o la cooperación internacional de las empresas del COMECON y su especialización.

[IV]. El profesor de Fiumel fue un reconocido experto legal en asuntos relacionados con el COMECON en Polonia. Cooperó, así, *inter alia*, con Jerzy Jakubowski (1930-1982), profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Varsovia y especialista en Derecho internacional privado y Derecho mercantil así como en el campo de las organizaciones económicas internacionales del COMECON.

[V]. Todas las monografías escritas y editadas por de Fiumel se encuentran disponibles para su consulta en la Biblioteca Nacional Polaca de Varsovia. Algunos de sus títulos más relevantes se recogen a continuación:

- *Rada Wzajemnej Pomocy Gospodarczej. Studium prawnomiędzynarodowe (Consejo de Asistencia Económica Mutua. Un estudio de Derecho internacional)*, Servicio de publicaciones de la Academia Polaca de las Ciencias, Varsovia, 1967.

- *Prawnomiędzynarodowa odpowiedzialność majątkowa państw (Responsabilidad pecuniaria del Estado en Derecho internacional)*, Editorial Ossilinium, Wrocław, Varsovia, 1978.

- *Colloque Juridique Franco-Polonais. Droits économiques et sociaux des citoyens. Aspects juridiques de la coopération économique franco-polonais*, Poznań, Varsovia, 1980.

- *Informator o studiach 1969 (Folleto informativo para el estudio 1969)*, Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Varsovia, 1969.

- *Pravovyye problemy sotrudniczestva stran czlienov SEV v oblasti planirovanija (Problemas legales de la cooperación de países del COMECON en el ámbito de la planificación)*, Editorial Ossilinium, Wrocław, Varsovia, 1987.

- *Problemy odpowiedzialności majątkowej państw RWPG. Materiały z międzynarodowej sesji naukowej (Problemas en torno a la responsabilidad económica del Estado. Material para sesiones científica internacionales)*, Varsovia, 1975.

- *Sootnoszenie objazatielstv po miežgosudarstviennym dogovoromi objazatielstv chozjajstviennyh organizacij po zaključajemym meždu nimi kontraktam v ramkach SEV (Organización mutua entre organizaciones estatales y sus tratados internacionales firmados con el COMECON)*, Instituto del Estado y del Derecho de la Academia Polaca de las Ciencias, Varsovia, 1987.

[VI]. Los artículos del profesor de Fiumel han sido publicados, asimismo, en revistas científicas como *Państwo i Prawo (Estado y Derecho)*, *Studia Prwnicze (Estudios de Derecho)*, *Polish Yearbook of International Law, Prawo w handlu zegranicznym (Derecho y Comercio Internacional)* o *Pravni otázky vnějšich vstahů společenstv i členskich států RVHP (Aspectos legales de las relaciones internacionales de sociedades y estados miembros del COMECON)* [trad. del inglés y del polaco al castellano por Miriam Seghiri].

HERZY PIEŃKOS [nº 59] 8 8
(1932-2003)

Leonard Łukaszuk

[I]. El profesor Jerzy Pieńkos trabajó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Varsovia de 1995 a 2003 a la par que dictó conferencias sobre Derecho internacional público en el Instituto Internacional de Derecho. Nacido el 25 de noviembre de 1932 en Varsovia, se licenció en Filología Románica y Clásica así como en Derecho por la Universidad de Varsovia. En 1970 obtuvo el grado de Doctor en Derecho y, unos años más tarde, en 1981, superó las pruebas de acceso al cuerpo de docentes de la Facultad de Derecho de Adam Mickiewicz de la Universidad de Poznań, que le habilitaban para impartir docencia, para, a partir de 1995, pasar a ser profesor del Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho y Economía de la Universidad de Varsovia.

[II]. Conocido, no sólo en Polonia sino también en el extranjero como "el hombre del Renacimiento", al publicar un manual de latín o diccionarios de terminología jurídica para abogados en latín, francés, inglés y alemán. Sus logros en la difusión del conocimiento del Derecho así como de la economía y cultura del Derecho han sido de gran relevancia tanto a nivel teórico como práctico. Estudió en universidades de Francia, Suiza y Bélgica, de ahí su conocimiento de otras lenguas. Sus logros científicos han sido fructíferos y cuenta con sendas publicaciones. Así, en 1993, recibió el galardón de "Hombre internacional del año" por parte del Centro Bibliográfico de la Universidad de Cambridge. Ha sido miembro y ha dirigido diversas

sociedades y comisiones de Derecho internacional y de Traducción. Trabajó como abogado, cooperó con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Polonia y, también, fue experto jurista para la privatización de sendas empresas públicas polacas.

[III]. Los temas que abordó en su investigación trataban la problemática de la sucesión de Estados y la legislación en conflictos armados. Asimismo, dictó seminarios y conferencias sobre derecho internacional, legislación de organizaciones internacionales así como relaciones y tratados internacionales. Ha sido investigador visitante en universidades de Alemania, Francia, Bulgaria, Rusia, Canadá, Bélgica, Suiza, República Checa, Países Bajos y la antigua Yugoslavia. De esta forma, entre las principales publicaciones de Jerzy Pieńkos sobre derecho internacional destacan:

- *Prawo międzynarodowe publiczne (Derecho internacional público)*, editado en 2004, *post mortem*.

- *Précis de Droit International Public*, 1970.

- *Wpływ wojny na obowiązywanie umów międzynarodowych ze szczególnym uwzględnieniem traktatów pokoju po II wojnie światowej (El impacto de la guerra en la fuerza vinculante en los tratados internacionales, con particular atención a los tratados de paz posteriores a la Segunda Guerra Mundial)*, 1973.

- *Pojęcie i typy sukcesji państw w odniesieniu do umów międzynarodowych w świetle prac kodyfikacyjnych Komisji Prawa Międzynarodowego ONZ (Noción y clasificación de Estados nuevos en tratados internacionales a tenor de los trabajos de codificación de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU)*, 1979.

- *Teoria i kodyfikacja sukcesji państw w odniesieniu do traktatów (Teoría y codificación de la sucesión de Estados en los tratados)*, 1979.

[IV]. Esta breve bibliografía se ha redactado a partir del artículo publicado por el Dr. Karol Karski, "Profesorowie Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego 1808-2008", en el volumen editado por el profesor Grażyna Bałtruszczyńska, Lexis Nexis, Warszawa, 2008, p. 345-347 [trad. del inglés y del polaco al castellano por Miriam Seghir].

RECENSIONES

A.A.V.V., *Liber amicorum en honor al Dr. Enrique Mapelli López*, Buenos Aires, Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial, Imp. Lara Producciones Editoriales, 2007, XXXI + 556 págs.

En el presente volumen dirigido a homenajear a ese gran jurista y singular tratadista del Derecho aeronáutico que es Enrique Mapelli López¹ colaboran diversos especialistas en Derecho aéreo con artículos, de desigual contenido y valor, procedentes de distintos países: Argentina, España, Venezuela, Perú, Uruguay, Colombia, Ecuador, Panamá, Paraguay y Honduras². En concreto se trata de Mario O. Folchi, "Ensayo sobre un humanista excepcional", pp. XIII-XXVIII; Jorge Álvarez Méndez, "Responsabilidad patrimonial del Estado, la administración federal de Aviación de los Estados Unidos de América y las líneas aéreas nacionales", pp. 1-17; Jorge Francisco Bianchi Hamann, "¿Debe retribuirse en todos los casos la asistencia aeronáutica?", pp. 19-45; Mario Casanova, "Autonomía, particularismo o especialidad del Derecho aeronáutico", pp. 47-90; Gloria Argentina Castro Alvarado, "Legislación aeronáutica hondureña", pp. 91-101; Judith Castro Jozami, "Justicia y responsabilidad aeronáutica: antagonistas del Derecho aeronáutico", pp. 103-110; Roxana Corbran, "Aéreo Ecología Jurídica", pp. 111-128; Marta Cutillas Mapelli, "Aspectos civiles y procesales del incidente aéreo provocado por pasajero insubordinado", pp. 129-163; Marina Donato, "Nuevos fenómenos antijurídicos que afectan al sistema de aviación civil internacional y su repercusión en los derechos del usuario", pp. 165-194; Javier Eleizalde Peña, "El transporte aéreo en Venezuela", pp. 195-210; Juan Carlos Faidutti, "Enrique Mapelli", pp. 211-212; Manuel Augusto Ferrer, "Semblanza de un amigo", pp. 213-214; María del Luján Flores, "La fragilidad del infinito", pp. 215-235; Augusto Fuster Colunga, "Centenario de la aviación – Transporte aéreo: pasado, presente y futuro", pp. 237-240; Alicia Presto de González y Marta Gaggero Montaner, "Reflexiones acerca de billete electrónico", pp. 241-275; Rodolfo A. González-Lebrero, "Accidentes e incidentes de aviación", pp. 277-285; María Cristina Grunauer de Falú, "Breves consideraciones respecto a la contaminación sonora causada por la actividad aérea de las infraestructuras aeroportuarias", pp. 287-306; María Jesús Guerrero Lebrón, "Las reclamaciones por irregularidades en el transporte aéreo de equipajes", pp. 307-340; María de Ángel Iglesias Vázquez, "La Sentencia de 10 de enero de 2006 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (asunto 344/04): las líneas de bajo coste, el Reglamento (CE) 261/04 y el Convenio de Montreal de 1999", pp. 341-354; Miguel H. Mena Ramírez, "La globalización en el transporte aéreo", pp. 355-392; Alicia N. Miguel, "El billete electrónico", pp. 393-399; José Ramón Morales Rodríguez, "La responsabilidad de las compañías aéreas por incumplimiento del contrato de transporte a la luz de la jurisprudencia española", pp. 401-433; Orlando Eduardo Natiello, "El fenómeno de la 'desintermediación' en el transporte aéreo comercial", pp. 435-449; Francisco Navarrete, "Cuarenta años en la evolución del transporte aéreo", pp. 451-465; José Daniel Parada Vázquez, "Algunos aspectos jurídicos a

¹ Ver sobre él, Mario O Folchi, "Reflexiones sobre algo más que un ensayo para un Diccionario de Derecho Aeronáutico" [sobre el conocido libro de Luis Tapia Salinas y Enrique Mapelli], en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, VIII (1992), pp. 1.471-1.475; Concepción Serrano, "Enrique Mapelli deja la Presidencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial (1ª Parte)" y "(2ª Parte)", en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, XII (1996), pp. 1.758-1.759 y XIII (1997), pp. 1.834-1.836; Manuel J. Peláez, "Enrique Mapelli, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial", en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, V-VI (1990-1991), pp. 773-774 y Peláez, "Juristas universales e internacionales, originarios de Málaga (Tercera Parte)", en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, noviembre de 2009, en línea, en www.eumed.net/rev/cccss/06/mjp.htm pp. 5-9, 22 y 43-47.

² Distinto de este homenaje a Enrique Mapelli es el que se le tributó en Sevilla con ocasión de las XXXI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial los días 20 al 23 de marzo de 2007, que luego se ha recogido en el volumen colectivo, coordinado por Mario Folchi, María Jesús Guerrero Lebrón y Agustín Parra Madrid bajo el título *Estudios de Derecho aeronáutico y Espacial*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, 587 págs.

considerar a propósito del homenaje al doctor Enrique Mapelli”, pp. 467-473; Diego Pardo Tovar, “La regulación andina sobre los derechos de los pasajeros”, pp. 475-490; María Victoria Petit Lavall, “La gestión de los aeropuertos españoles”, pp. 491-535; Dante L. Ricchiutti, “La modernización del Convenio de Roma de 1952 sobre daños a terceros en la superficie”, pp. 537-550 y Jorge Rubén Rosas (Panamá), “Las comunicaciones aéreas y marítimas a través del Istmo de Panamá”, pp. 551-556.

La edición de este homenaje ha sido coordinada por Mario O. Folchi que preside la Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial, que goza de personalidad jurídica desde 1969, quien considera a Enrique Mapelli un “humanista excepcional”, que a lo largo de su vida profesional desde la Asesoría Jurídica de Iberia, se convirtió en un experto internacional de primera magnitud en el Derecho aeronáutico. Después del argentino Videla Escalada (1918-2007), es sin duda Mapelli quien más ha aportado en lengua castellana a esa ciencia. Para Mapelli el *Derecho Aeronáutico* de Videla en cinco volúmenes es la más completa y enjundiosa obra sobre la materia hasta ahora publicada. No obstante, parece desconocer Mapelli la obra coordinada por Stephan Hobe y Nicolai von Ruckteschell, el *Kölnher Kompendium Luftrecht*³, que es un tratado mucho más significativo a la vez que extenso. Otra cosa distinta es que, lógicamente, es una obra coordinada y con muchos colaboradores, mientras que Videla escribe el tratado por sí solo y en una época y con unos medios donde era más difícil llevarlo a cabo. Folchi mantuvo un trato fecundo con E. Mapelli “desde Buenos Aires a Madrid y desde Bayreuth y Budapest hasta Ushuaia y Miami” (p. XXVI).

El embajador Juan Carlos Faidutti consideraba que no puede haber una reunión de expertos en Derecho Aeronáutico en la que no esté presente Enrique Mapelli López. “La autoridad que impone –señala–, los conocimientos que imparte, siempre con una modestia muy propia de él. Pero, al escucharlo, la modestia desaparece ya que sus palabras son y serán una clase magistral de esa rama del Derecho que tanto ama y a la que ha dedicado gran parte de su vida” (p. 211). Pero es Manuel Augusto Ferrer quien resalta “el retrato de un hombre de honor, que eligió siempre el camino derecho de la vida, despreciando andariveles subalternos que pudieran procurarle una efímera ventaja” (p. 214).

El magistrado José Daniel Parada Vázquez destaca en su colaboración en este libro colectivo “Algunos aspectos jurídicos a considerar a propósito del homenaje al doctor Enrique Mapelli”, precisando cómo “Enrique Mapelli durante más de treinta años dirigió la asesoría jurídica de la Compañía de Bandera de España, además de presidir innumerables actos doctrinales, sobre todo en el área Iberoamericana, Europa, y otros ámbitos” (p. 470).

De los artículos doctrinales aquí recopilados nos han parecido los más sugerentes los arriba indicados salidos de la pluma de Mario Casanova, que presta una particular atención a la doctrina italiana –Antonio Ambrosini (1888-1983)⁴ y Antonio Scialoja (1879-1962)–, francesa y argentina y entra a fondo en los clásicos; Roxana Corbrán que se detiene en la aéreo ecología jurídica; Marta Cutillas Mapelli, quien delimita con claridad meridiana el concepto de “rabia aérea” o “air rage” y las medidas que pueden adoptarse para evitar este tipo de incidencias, señalando

³ Stephan Hobe y Nicolai von Ruckteschell, editores de *Kölnher Kompendium Luftrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008, 2009 y 2010, 3 vol., 208 + 1.494 + 898 pp.

⁴ Ver H. Slotemaker, “M. le professeur Antonio Ambrosini”, en *Studi in onore di Antonio Ambrosini*, Milano, 1957, pp. 87-91; Hector A. Perucchi, “Ambrosini y sus trabajos en la Argentina”, en los mismos *Studi in onore di Antonio Ambrosini*, pp. 485-495; Manuel J. Peláez y María E. Gómez Rojo, “Epistolario del Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica del siglo XX (Iª parte)”, en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, XVIII (2002), pp. 2.535-2.541; Peláez, “Antonio Ambrosini (1888-1983)”, en *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, XXI-XXII (2005), pp. 3.370-3.376, n.º 1 del “Diccionario crítico de expertos en Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica” y Peláez, “Tres hermanos que fueron grandes juristas, servidores del fascismo, luego integrados en la democracia republicana italiana: Gaspare (1886-1985), Antonio (1888-1983) y Vittorio Ambrosini (1893-1971)”, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, octubre de 2008, en línea, www.eumed.net/rev/cccss/02/mjp.htm. pp. 1-15.

que existen además otros términos para designar esta nueva institución jurídica aeronáutica, hablando de "furia en el cielo", "fiebre de cabina" o "síndrome del pasajero incontrolable" (p. 163); Alicia Presto de González y María Gaggero Montaner, en torno al billete electrónico; María Jesús Guerrero Lebrón sobre reclamaciones por pérdida y deterioro del equipaje; María del Ángel Iglesias Vázquez, sobre las líneas aéreas de bajo coste; José Ramón Morales Rodríguez, por la cantidad de jurisprudencia reciente que maneja y María Victoria Petit Lavall por la claridad con que nos describe las transformaciones experimentadas en la gestión aeroportuaria española.

Desde su atalaya de los 89 años, Enrique Mapelli ha sido el español que ha cultivado en el siglo XX el Derecho aeronáutico con mayor acierto de resultados, traducidos en una verdadera montaña de trabajos publicados. Es posible que alguien lo supere en el siglo XXI en nuestro país, pero de momento, transcurridos los dos primeros lustros del mismo, la obra de Mapelli sigue ahí en un primer plano en una miniárea jurídica que cada vez es más cultivada.- Miriam SEGHIRI [Recibido el 18 de junio de 2010].

A.A.V.V., I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo 6 e 7 de Março de 2008. O contrato de transporte marítimo de mercadorias, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Editorial Almedina, Coimbra, 2008, 412 págs.

Bajo la coordinación de Manuel Januário Da Costa Gomes se recogen las diferentes ponencias que dieron cuerpo a las Primeras Jornadas de Derecho Marítimo de Lisboa dedicadas al transporte marítimo de mercancías. La dirección de las mismas fue llevada a cabo por el profesor António Menezes Cordeiro, contando a su vez con la asistencia de reputados especialistas en la materia tanto nacionales como extranjeros. La iniciativa para sufragar la celebración misma se debió al Instituto Portuario y de Transportes Marítimos.

António Menezes Cordeiro comienza con una introducción al Derecho de los transportes partiendo de lo que él denomina dogmática básica, los aspectos institucionales y materiales, así como una clara referencia a las fuentes tanto nacionales como internacionales de su regulación. Clasifica, más tarde, las diferentes modalidades contractuales en materia de transportes, distinguiendo entre mercancías y pasajeros. Tras esta escueta clasificación y al final de su estudio se detendrá en la evolución y regulación del contrato de transporte, atendiendo a la normativa existente en el Código Civil y en el Código de Comercio de la República portuguesa. Seguidamente, cita los Convenios Internacionales aplicables a la materia, sin olvidar los transportes ferroviarios y los aéreos.

Mário Raposo será el encargado de mostrar las especialidades relativas al transporte marítimo de mercancías, partiendo de una perspectiva histórica al analizar la universalización de su regulación hasta llegar a la unificación del Derecho marítimo material. En la primera parte de su intervención realiza una referencia al Derecho interno de Portugal, partiendo del Convenio de 1924 ratificado por Portugal en diciembre de 1931 y su repercusión en su legislación interna, citando diferentes disposiciones resultantes de su aplicación. La segunda parte es un catálogo descriptivo de diversas figuras relacionadas con la temática principal de las Jornadas, entre las que destacamos: el Tribunal competente y la ley aplicable a la materia, el retraso en la entrega de las mercancías transportadas, la entrega de las mismas, o la carga y descarga entre otras.

Marco Lopez de Gonzalo, profesor en la Universidad de Milán, desarrolla la legislación aplicable al Derecho marítimo, la importancia de las interpretaciones de los Convenios reguladores, así como de las cláusulas existentes y su repercusión.

El intercambio de conocimientos y desarrollo del Derecho marítimo portugués y europeo contó con la descripción del transporte marítimo en España de la mano de Ignacio Arroyo Martínez, abogado y catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Autónoma de Barcelona así como Presidente de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Tras los agradecimientos

oportunos a la organización de las Jornadas, insistió en la necesidad de fomentar las relaciones bilaterales en nuestro Derecho marítimo entre España y Portugal, concretamente entre la Universidad de Lisboa y la de Barcelona. Parte de su intervención la dedicó al concepto de contrato de transporte marítimo de mercancías: fletamento, ya que para el Derecho español no existe una regulación diferente y separada entre el fletamento y el transporte, como sí ocurre en la legislación portuguesa. Define el contrato de transporte marítimo como un pacto en virtud del cual una parte, denominada porteador, se obliga a cambio de un precio llamado flete, a trasladar mercancías de un lugar a otro por vía marítima; a su vez fletamento es un contrato en virtud del cual una parte, fletante, se obliga a navegar mediante un precio llamado flete a los destinos designados por el fletador. Ignacio Arroyo continúa con la realidad económica como dato imprescindible para comprender la regulación española en esta materia, aportando cifras relativas al tráfico de pasajeros, buques mercantes de transporte, flota pesquera, navegación deportiva e industria de construcción y reparación naval. A continuación, realiza un análisis exhaustivo del Código de comercio de 1885 y de la legislación especial de 1949 como fuentes legales. En su exposición añade el examen de un supuesto concreto, a modo de ejemplo, en relación a la responsabilidad del consignatario por daños a las mercancías en el contrato de transporte marítimo, mostrando, sin duda, su experiencia docente.

El seguro marítimo es el tema objeto de la intervención de Pedro Romano Martínez, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. Describe de forma concisa los diferentes riesgos y peligros que hacen precisa su existencia, tales como los riesgos del mar, responsabilidad civil por daños a terceros, financieros y de construcción, entre otros. Seguidamente distingue los seguros terrestres de los seguros marítimos, realizando una nueva descripción de los posibles daños que contemplan los seguros marítimos tanto en embarcaciones como en relación a las mercancías transportadas. Pedro Romano clasifica los seguros marítimos de la siguiente forma: seguro de daños, seguro de casco y de mercancías y seguros mutuos, realizando una completa descripción de cada uno de ellos así como de la legislación aplicable a sus especialidades.

La siguiente aportación a las Jornadas es ofrecida por Luís de Lima Pinheiro, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, versando sobre el derecho aplicable al contrato de transporte marítimo de mercancías. En su exposición se detiene en el análisis del Convenio de Bruselas de 1924, de los Protocolos de 1968 y de 1979, del Convenio de Hamburgo de 1978, así como del de Ginebra de 1980.

Las cartas de garantía en el transporte marítimo de mercancías es el punto principal de la intervención de Alfredo Calderale, profesor de la Universidad de Foggia. Su análisis se centra en la regulación establecida por el Convenio de Bruselas de 1924 hasta llegar al de Hamburgo de 31 de marzo de 1978.

Será Francisco Costeira Da Rocha, Juez de Distrito, quién analice la limitación de la responsabilidad en el transporte marítimo de mercancías. En el cuadro normativo que propone, menciona el Convenio de Bruselas de 1924 y los Protocolos de 1968 y 1979, sin olvidar realizar una alusión a la legislación nacional y a los Decretos aplicables. Destaca la importancia del cálculo del *quantum* indemnizatorio, tras conocer los daños resultantes de la demora en la entrega de las mercancías transportadas. Incide, más tarde, en la pérdida de los beneficios y su relación con la responsabilidad del transportista, todo ello ilustrado con algunos casos prácticos.

Duarte Lynce de Faria interviene a continuación describiendo las garantías del transportista marítimo de mercancías, partiendo del concepto de contrato de transporte de mercancías por mar que establece el Decreto Ley 352/86, de 21 de Octubre, que determina que es aquél en el que una parte se obliga en relación a otra a transportar determinada mercancía de un puerto a otro distinto mediante una retribución pecuniaria denominada flete. Duarte Lynce clasifica las principales garantías existentes, insistiendo en su importancia en el moderno Derecho marítimo.

Las Jornadas continúan con la aportación de Vasconcelos Esteves, Profesor de la Escuela Náutica Infante Don Henrique, quién examina el fletamento de naves para el transporte de mercancías. Da comienzo con la distinción de los contratos existentes, para más tarde proceder al estudio de la naturaleza jurídica del fletamento y del transporte marítimo. Sin duda, la parte más importante de su intervención es la clara exposición que realiza sobre las obligaciones de las partes contratantes.

Eliane M. Octaviano Martins, Profesora del Curso de Máster en Derecho y Coordinadora del Curso de Posgrado en Derecho Marítimo y Portuario de la Universidad Católica dos Santos, será quién añade la regulación del transporte de mercancías en el Derecho brasileño, así como su relación con el Derecho marítimo internacional.

La normativa de la Unión Europea en relación al transporte marítimo de mercancías, es el objeto principal de la exposición que seguidamente realizó Malgorzata Nesterowicz, Doctora en Derecho por la Universidad de Nicolás Copérnico de Toruń, Polonia. Introdujo su intervención citando los principios aplicables al transporte marítimo: principio de libre competencia y principio de libre prestación de servicios. El desarrollo de la política común de transporte marítimo de la Unión Europea da contenido al resto de su participación en las Jornadas, cuya principal nota descriptiva sería su carácter extenso, mencionando al detalle la regulación europea existente en la materia.

El punto y final de las Jornadas corrió de la mano de Manuel Januário Da Costa Gomes, quién culminó las diferentes aportaciones realizadas con ponencia sobre el transporte puerto a puerto. Partió de la aplicación del Convenio de Bruselas de 1924 hasta terminar con las soluciones que el Derecho comparado ofrece. A modo de conclusión menciona el proyecto UNCITRAL/Comité Marítimo Internacional sobre el transporte de mercancías por mar (ya sea en su totalidad o parcialmente) como instrumento necesario en la moderna concepción del Derecho marítimo y su coexistencias con las nuevas tecnologías. Dado el éxito logrado en la celebración de las Primeras Jornadas de Lisboa de Derecho Marítimo, Manuel Januário da Costa Gomes anunciaba su intención de organizar unas II Jornadas en el 2010.-María del Carmen GARCÍA BERNAL [Recibido el 15 de junio de 2010].

Enrique GONZÁLEZ MATAS, *Los Estados Unidos del Mundo. Un ideal de siglos ya posible*, Málaga, Editorial Arguval, 2010, 160 págs.

El autor, doctor en Historia y licenciado en Ciencias Políticas y Sociología, tiene una larga trayectoria en el tema de las utopías, habiendo publicado *Utopías sociales contemporáneas* y una novela-ensayo, *Cosmorrepública*, donde muchas de las ideas que aparecen en el libro que comentamos se encontraban incluidas. En su república universal se adentraba en un futuro donde ya se había instituido el Gobierno Mundial. Sin embargo, en este ensayo parte de la realidad presente del 2010 y, además, amplía los argumentos e introduce nuevos hechos para justificar la exigencia de un Orden Global más racional y humano que acabe con el desorden mundial actual.

El título de este libro, *Los Estados Unidos del Mundo*, lleva como subtítulo *Un ideal de siglos ya posible*. Un ideal de siglos, porque como demuestra en el capítulo I, el sueño de unidad de la Humanidad en una sola sociedad política no es nuevo; se viene manifestando a través de los tiempos, frecuentemente enlazado con la necesidad de un Gobierno Mundial. Como ejemplo pone al filósofo Zenón de Citio, que vivió entre el siglo IV y III a. C., quien escribió: "No deberíamos vivir en Estados o poblaciones divididas..., sino creer que todos los hombres son nuestros compatriotas y conciudadanos: no debería haber más que una forma de vida y un orden estatal". Desde entonces –explica el autor– se ha venido repitiendo la imagen renovada de ese

deseo de unidad humana que se manifiesta en las voces de destacados pensadores, donde sobresale el ideal cosmopolita de Inmanuel Kant, en el siglo XVIII.

En el capítulo II del libro desarrolla el argumento de que existe un proceso histórico constante hacia la integración progresiva de la sociedad humana; proceso que divide en varias fases, siendo la primera la dispersión de la especie humana desde África por la superficie terrestre en un periodo impreciso de miles de años, hasta la época actual en que puede hablarse de una sociedad humana interrelacionada, como entidad sociológica real.

En ese proceso de integración de la Humanidad a través de los tiempos han actuado positivamente una serie de factores, como los descubrimientos y exploraciones de la Tierra hasta su total conocimiento; el avance de las técnicas de producción y de los medios de transporte y sobre todo del comercio que han propiciado el acercamiento de los individuos y de los pueblos. Otros factores integradores han sido el desarrollo de las ciencias naturales y de las ciencias sociales que han permitido conocer nuestro mundo y la forma de vida de otros pueblos, de sus creaciones artísticas y culturales. En ese proceso de integración sobresale el progreso de los medios de comunicación de masas, que ha hecho posible relacionar a todos los puntos de la Tierra dentro de una red mundial informativa, hasta el punto de poder hablar de la aldea mundial interconectada. Otro factor decisivo de integración de la Humanidad ha sido el desarrollo político y social en la defensa de los derechos humanos, hasta alcanzar en 1945, tras la 2ª Guerra Mundial, la creación de la Organización de las Naciones Unidas y en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, hito sin precedentes en la historia de la Humanidad. A nuestro entender el planteamiento que hace el autor acerca del progresivo proceso de integración de la Humanidad constituye su aportación más original.

Pero ese proceso de integración de la sociedad humana ha adquirido, desde fines del siglo XX, mayor relevancia gracias al fenómeno de la globalización, que no es sólo económica, sino que abarca todos los sectores: la tecnología, la política, la sociedad y la cultura.

La globalización, que no es una realidad enteramente nueva –como dice González Matas–, sino que se viene conformando a través de un largo proceso de mundialización del conocimiento e interrelación de los pueblos, le permite hablar en el capítulo III de la existencia de una civilización universal cosmopolita; civilización que –utilizando su metáfora– es semejante a un gran río que recibe el aporte de todas las civilizaciones y culturas pasadas y presentes, ya que la herencia científica, tecnológica, artística, filosófica, religiosa..., transmitida de generación en generación, fecundada por los distintos pueblos, se manifiesta hoy con mayor presencia en toda la sociedad globalizada, compartiendo todos los habitantes del planeta ritmos musicales, modas en el vestir, tendencias generales en el arte, pautas de consumo de productos, intercambio de ideas y creencias religiosas, etc.

En el capítulo IV, tras analizar la crisis del Estado-nación, que ha perdido gran parte de su pretendida soberanía por estar sometido a problemas globales que sobrepasan las fronteras nacionales, reclama el autor la necesidad de una República Federal Mundial o Estados Unidos del Mundo, con una constitución Universal que sea aprobada democráticamente por el pueblo de la Tierra, nueva entidad política y social, ya en formación, según sostiene.

En el capítulo V justifica la necesidad de esa nueva República Universal con el fin de abordar y resolver los graves problemas globales, como son: el desorden económico internacional (que hoy estamos padeciendo y cuya amenaza –dice el autor– permanecerá si no se construye un Orden internacional efectivo); la degradación del medio ambiente y su consiguiente cambio climático en el planeta; la amenaza nuclear y de las armas de destrucción masiva; la colonización del espacio exterior a la Tierra, que puede ser ejercida por una sola potencia con afán hegemónico o imperialista, y la amenaza constante de los derechos fundamentales de las personas. Así como otros problemas globales que van surgiendo, como es el caso del terrorismo internacional.

Los problemas globales, como se repite insistentemente, necesitan soluciones globales, y ello no es posible –según afirma González Matas– con solo conferencias, declaraciones y acuerdos que luego no se cumplen, sino que debe existir una Organización política global y democrática, con un Gobierno Mundial. Como apoyo argumentativo cita el autor al papa Benedicto XVI, quien en su encíclica *Caritas in veritate* dice: «urge la presencia de una verdadera *Autoridad política mundial*, Autoridad que debe estar reconocida por todos y gozar del poder efectivo para garantizar a cada uno la seguridad, el cumplimiento de la justicia y el respeto de los derechos».

Pero esa organización supranacional o Estados Unidos del Mundo tiene que elevarse –como afirma en el capítulo VI– sobre las bases firmes de una estructura política federal, una economía ecológica global y solidaria, un sistema social mundial justo, y, sobre todo, debe estar inspirado y dirigido por una ética humanista cosmopolita; ética que debe impregnar la educación integral de los ciudadanos del mundo. Un ciudadano con espíritu global y local que sea capaz de aunar el patriotismo por su pueblo y por la Tierra, pues ya es hora –dice– de admitir que nuestro planeta es nuestra patria común, con sus ríos, sus bosques, sus montañas, su atmósfera, sus mares... La Tierra es nuestra casa común.

Los ciudadanos del mundo –como afirma en el último capítulo del libro– deben aprender a vivir y convivir en el ámbito de una civilización universal, cosmopolita, globalizada, interconectada, multicultural y multiétnica (de hecho –señala– ya estamos entrando a grandes pasos en esa nueva civilización).

Este ensayo, que consta como es tradicional de una introducción, un desarrollo y una conclusión, se extiende en esta última parte haciendo un resumen de las ideas principales y trata finalmente de responder a la pregunta de si esa República Universal o Estados Unidos del Mundo no es sencillamente una utopía. Aclara que el término “utopía”, inventado por Tomás Moro, significa etimológicamente “no lugar”, es decir, lugar o realidad que no existe; pero no significa que no puede existir. Añade que el término utopía se ha ido cargando de diversos significados. Dos principales: “Plan ideal irrealizable” o, también, “Proyecto de una sociedad mejor”; y ese proyecto puede ser irrealizable o posible, considerando que lo que ayer parecía inalcanzable hoy es ya posible: volar por el espacio y llegar a la Luna era hace años un sueño imposible; oír la voz y ver la imagen de otra persona que nos habla desde miles de kilómetros era una fantasía hace décadas; conseguir que todos los Estados del mundo se reúnan hoy en una Asamblea General de las Naciones Unidas era la ensoñación de unos locos visionarios; la creación de la Unión Europea, a partir del Tratado de Roma de 1957, doce años después de enfrentarse en los campos de batalla Alemania, Francia, Italia, el Reino Unido, Bélgica, ... era un proyecto ilusorio formulado desde el siglo XVII por algunos soñadores, llamados “utópicos”.

Basándose en esos ejemplos, el autor dice que la esperanza en la constitución de una República Universal y su Gobierno Mundial no es un sueño quimérico (a pesar de las grandes dificultades que habría que resolver) sino que es posible y que, además, es actualmente una exigencia moral y racional ante los graves problemas mundiales y el desorden internacional, los cuales reclaman una acción común, responsable y solidaria.

Este ensayo ambicioso en su planteamiento y muy bien escrito, finaliza con las notas aclaratorias correspondientes y con una amplia bibliografía de las cuestiones que aborda. –José MARTÍN PINTO [Recibido el 23 de junio de 2010].

Margarita SERNA VALLEJO, *Los viajes pesquero-comerciales de guipuzcoanos y vizcainos a Terranova (1530-1808): régimen jurídico*, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 2010, 358 págs.

Margarita Serna Vallejo es catedrática de Historia del derecho y de las instituciones de la Universidad de Cantabria, mediante el sistema de habilitación. El presente trabajo formó parte de

su segundo ejercicio a unas habilitaciones de cátedra de universidad en las que resultó propuesta y, dicho estudio, debidamente modificado, fue presentado al Premio Jesús María de Leizaola de 2009, en el que consiguió el correspondiente accésit. Cuenta con un gran *curriculum vitae*: 5 libros como única autora, 22 artículos y 16 capítulos de libros. Su tesis sobre *La publicidad inmobiliaria* es muy importante y llega hasta las 809 páginas en su versión impresa con los apéndices y bibliografía. Es muy difícil hacer una tesis de historia del Derecho privado tan extensa.

En la base de este trabajo aquí presentado se encuentran sus estudios anteriores como su libro y artículo sobre los *Rôles d'Oléron*, que son igualmente muy significativos, con conocimiento de las importantes aportaciones de Krieger y Zeller. Lo referente a las fechas de redacción de los *Rôles* pienso que estaba probado por Krieger y Arcadi García i Sanz.

También parte de investigaciones sobre las pesquerías ya habían sido publicadas, pero hay otras cuyo alcance se nos oculta ya que están inéditas y de cuyo conocimiento tenemos noticia porque la autora así lo indica en la bibliografía final.

Lo del *Diccionario de parlamentarios de Cantabria*, obra de la que Serna es coautora, está muy bien hecho, aunque una buena parte de los parlamentarios no son juristas, sino industriales, comerciantes, hacendados, agricultores, tipógrafos, ganaderos, etc. No he visto la indicación de cuáles son los que ha elaborado Margarita Serna, ya que las voces no van firmadas. Es decir, ¿quién lo ha escrito de los 7 colaboradores? De los juristas que ha escrito para los diccionarios de juristas o maritimistas, aparecidos en esta misma sede de la *Revista Europea de Derecho de la Navegación Marítima y Aeronáutica*, nos consta que están bien hechos. El de Vitoria es bueno, pero inferior al de Truyol Serra para *Juristas Universales* o al que se ha publicado en el tomo III del *Diccionario crítico de juristas* en 2008 por el catedrático de Derecho eclesiástico del Estado, José Miguel Viejo Ximénez.

Los modos de citación que está empleando últimamente y que emplea en este trabajo Margarita Serna son los propios de la Ciencia Política y la Sociología, y no hemos visto que hayan tenido mucha entrada en el mundo del Derecho, y en particular entre los historiadores del Derecho en Francia y en Italia.

El trabajo publicado es un estudio de gran entidad titulado *Los viajes pesquero-comerciales de guipuzcoanos y vizcaínos a Terranova (1530-1808): régimen jurídico*. Es materia que –como acabamos de indicar– ya ha abordado en otras ocasiones con acierto, indirectamente, o directamente referidos a la temática.

Es un estudio de amplio espectro cronológico pues abarca varios siglos.

El planteamiento y esquema de la investigación son magníficos, aunque hay un predominio de la visión histórica general.

El tratamiento jurídico de la nave, la propiedad de la misma, el condominio, la construcción de los buques está logrado, pero construido en planteamientos de síntesis a los que llega Margarita Serna, fruto de un esfuerzo intelectual y de una madurez que demuestra en su trabajo.

El modo de citar el Digesto, XIV, II, patentiza que es cita indirecta. Debe ser D. 14, 2, 1–10, y concretando, D. 14, 2, 1 (Paul., *Sent. lib. II*) o D. 14, 2, 2 (Paul., *Ad Edict. lib. XXXIV*). Luego lo cita de otro modo, ya ajustado, al menos parcialmente, al nuevo sistema de citación. Las Partidas tampoco se citan o se deberían citar como lo hace la autora.

Recoge varias veces voces de semblanzas procedentes del quizás y sin quizás, junto con el *Dizionario biografico degli italiani*, el mejor diccionario biográfico del mundo, en versión francesa *Dictionnaire Biographique du Canada en Ligne* (con ese título específico, pero todas las veces se equivoca y pone *en line*, que forma parte del título del diccionario; en su versión inglesa es *Dictionary of Canadian Biography Online*).

¿Qué decir del tratamiento del préstamo a la gruesa, seguro marítimo, fletamento, avería gruesa o de la echazón? Son instituciones de Derecho marítimo que tienen un tratamiento doctrinal histórico amplísimo en el Derecho comparado.

En el Apéndice está recomendado que al transcribir se acentúe como se hace modernamente tanto en lengua castellana como en catalán (además en esta lengua uno debe ajustarse a la corrección ortográfica que introdujo Pompeu Fabra), aunque es cuestión discutible. La autora no lo hace.

Respecto a la bibliografía es muy amplia, pero hay demasiada bibliografía española. Citar además el libro de Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del Derecho Mercantil*, habiendo cientos de trabajos referidos al Derecho marítimo positivo español e internacional, no se entiende muy bien. Si se recogen los específicos referidos a Guipúzcoa y a Vizcaya.

Francamente esto de citar los artículos en el caso de Arcadi Garcia i Sanz (1926-1998), y no los libros, no lo entiendo. Garcia i Sanz es autor de media docena de libros de Historia del derecho marítimo importantísimos, donde estudia la institución consular, el préstamo a la gruesa, el seguro marítimo, las naves, las galeras y la empresa de navegación, las comandas marítimas –mejor que los trabajos de Martínez Gijón– y de una Historia de la marina catalana: no se cita ninguno, se mencionan sus artículos, sus contribuciones menores. Luego se hace eco de todas las versiones que, en forma de artículo, ha publicado Aquilino Iglesia Ferreirós sobre el *Llibre del Consolat del Mar*, pero este autor no hace preferencialmente un estudio contractual, sino de la fuente, manuscritos, etc. De Pierre Chaunu menciona un artículo de 1953, cuando lo realmente interesante es su tesis doctoral publicada en varios volúmenes sobre Sevilla y el Atlántico, que es donde dice el mayor y más útil número de cosas. De Kellenbenz el interesante no es el libro sobre el desarrollo económico de la Europa continental, sino el dedicado a las naves y a los contratos.

Afirmaciones o consideraciones con las que no está de acuerdo esta recensionadora serían:

1.ª) “Desde fechas tempranas, los tres aspectos de la empresa económica de Terranova quedaron sujetos al marco normativo conforme al cual habrían de regirse en los siglos siguientes”. No está nada claro este asunto y merece matizaciones.

2.ª) La influencia del teórico Derecho del mar de matriz holandesa en las pesquerías vascas en Terranova en los siglos XVI y XVII. Nos parece algo atrevido.

3.ª) La tendencia hacia la estatalización del Derecho mercantil en el siglo XVI con carácter universal, no nos convence. Sí se produce en la Francia en la segunda mitad del siglo XVII, con la Ordenanza del comercio terrestre y la Ordenanza de la Marina. Pero, es, en Francia y en sus colonias.

4.ª) A veces, en su texto y referencias observamos algunas ideas desenfocadas, ya que se sitúan al mismo nivel a autores vivos y a grandes juristas del siglo XVII.

5.ª) Es habitual, y así se hace y lo hace la autora escribir en castellano Hugo Grocio; será Hugo el Grande o Huig de Groot, o Hugo Grotius, pero no italianizarle el apellido, Grocio, cuando es holandés, como se hace por parte de otros con Pietro della Bellaperica en castellano, cuando es francés, de Orléans, Pierre de Belleperche.

6.ª) Invocar como doctrina segura sobre el Derecho internacional público de los siglos XVII y XVIII el manual de Julio González Campos y Paz Andrés Sáenz de San María puede no ser correcto, pero qué duda cabe que esas dos personas, el fallecido González Campos y la catedrática de la Universidad de Oviedo, se encuentran entre los más reconocidos dentro del Derecho positivo español. Luego en el siglo XVIII la autora centra el problema mucho mejor en cuanto a la libertad de navegación, pesca e intercambios comerciales vascos con Terranova, y a las limitaciones establecidas por las autoridades inglesas.

7.ª) En la parte jurídica del trabajo también hay mucha consideración histórica-general no propiamente jurídica, aunque la aportación es significativa.

8.ª) El estudio jurídico de la Compañía para la pesca de la ballena de San Sebastián da la impresión de que no se haya intuido bien. Es descriptivo de la evolución de dicha Compañía.

9.ª) Respecto a los contratos mercantiles, podría haber perfilado mejor, ya que existe una base doctrinal importante, lo que es el alquiler o locación, lo que es fletamento y lo que es el

transporte propiamente dicho, y luego asentarlos conceptualmente referido a las escrituras de los contratos que maneja. Aunque la autora sí dice que "predomina la noción de arrendamiento del barco sobre la idea del transporte de mercancías". Hay tres o cuatro momentos, locación, fletamento, transporte de mercancías y de personas (contrato de pasaje), no dos, ni uno, aunque se utilice el término genérico de fletamento.

10.^ª) La autonomía de la voluntad de los contratantes en los fletamentos no sólo se da en el caso del modelo del tráfico con Terranova, sino que es característica general de la propia institución. Lo del fletamento ya tiene enjundia jurídica, pero hay mucha cosa escrita y publicada sobre el particular. Se deberían racionalizar y aplicar a este caso unos conceptos ya muy claros sobre fletador, fletante, y sus respectivas obligaciones, navegabilidad del buque, la reparación y la institución del pilotaje (hay una tesis doctoral de Antoine Mercantetti, *Le pilotage maritime en Europe. Histoire des législations sur le pilotage*, Aix-en-Provence, 1987, de más de seiscientas páginas, que lo dice todo sobre la Historia del pilotaje; no se cita, aunque no es fácil de localizar).

Desde otros considerandos, nos parece interesante la idea de que la obligación de realizar pesquerías aparezca en el contrato de fletamento y además como obligación tanto del fletador como del fletante.

El flete tiene un tratamiento correcto. El tema de estadias y sobrestadias no lo resuelve la autora, aunque a lo mejor no se contemplaba en las escrituras que recogen los contratos de fletamento, como dice la propia Serna Vallejo, y es posible que no existiera ni siquiera como institución reglada en ese ámbito comercial.

En general, señalamos que se asiste a una carencia abundante de notas a pie de página que tendrían que recoger los resultados de la doctrina que es muy numerosa.

Recreándonos en Arcadi Garcia, y regresando de nuevo al admirado hombre de Vall d'Uixó, sobre cambios y préstamos marítimos hay una aportación conceptual institucional valiosísima de Garcia i Sanz que desconoce la autora. Ese mismo libro sobre los cambios y seguros marítimos en dos tomos no lo ha manejado; por contra, cita un artículo importante del autor de 1995, pero donde revuelve multitud de problemas es en el libro, que está a la firma con María Teresa Ferrer i Mallol.

"El origen del seguro marítimo guarda relación...", afirma la autora. El origen está perfectamente estudiado y el primer contrato está localizado. Es un contrato recogido en acta notarial de 22 de abril de 1329 de la localidad italiana de Grosetto. Desde 1884 en que se publicó no se ha descubierto ningún otro anterior. Lo descubrió Enrico Bensa. Es la partida de nacimiento del seguro en general y del marítimo en particular. Sobre la Historia del seguro marítimo hay docenas de trabajos que le hubieran permitido a la autora un marco conceptual más amplio y generoso.

Estas observaciones no empecen que nos encontremos ante uno de los libros más importantes de historia de Derecho marítimo publicados en Europa en los últimos cuatro lustros. Se ha de decir que el libro está dedicado al maestro de la autora, Juan Baró Pazos, Catedrático de Historia del derecho y de las instituciones de la Universidad de Cantabria, y Decano de su Facultad de Derecho, con el que Margarita Serna ha sabido adentrarse en las profundidades abisales del Atlántico y abrir nuestros ojos a Terranova y las costas continentales canadienses que antes que por los franceses fueron tierras holladas por marinos de Guipúzcoa, de Vizcaya y de los territorios marítimos vascos de la actual República Francesa.-Miriam SEGHIRI [*Recibido el 19 de junio de 2010*].

SUMARIO

SECCIÓN DE HISTORIA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y DE LOS TRATADOS	3901
“Współczesne prawo międzynarodowe a prawa osób pokrzywdzonych (Wybrane zagadnienia)”, por Marek Jan Łukaszuk	3903
SECCIÓN DE DERECHO DE LOS TRANSPORTES	3911
“Relaciones contractuales atinentes a la navegación romana y su proyección actual en el derecho privado español”, por María Salazar Revuelta	3913
SECCIÓN DE DERECHO PRIVADO DE CONTENIDO COMERCIAL ALEMÁN	3945
“Deutsche und international Arbeitende Erwertungsgesellschaften”, por Thomas Gergen	3947
NOTICIARIO	3953
“A new book on the Protection of the Marine Environment in Bulgaria”, por George Penchev	3955
“Journées françaises du droit européen des contrats vom 22.-23. Januar 2009 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster”, por Thomas Gergen	3959
DICCIONARIO CRÍTICO DE EXPERTOS EN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN MARÍTIMA Y AERONÁUTICA (VIª PARTE)	3961
“Jan Balicki (1909-1990)”, por Marek Jan Łukaszuk	3961
“Jan Białocerkiewicz (1945-2008)”, por Tadeusz Wasilewski y Marcin Kaldunski	3962
“Henryk de Fiumel (1925-1986)”, por Leonard Łukaszuk	3964
“Herzy Pieńkos (1932-2003)”, por Leonard Łukaszuk	3965
RECENSIONES	3967

A.A.V.V., <i>Liber amicorum en honor al Dr. Enrique Mapelli López</i> , Buenos Aires, Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial, Imp. Lara Producciones Editoriales, 2007, XXXI + 556 págs., por Miriam Seghiri	3969
A.A.V.V., <i>I Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo 6 e 7 de Março de 2008. O contrato de transporte marítimo de mercadorias</i> , Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Editorial Almedina, Coimbra, 2008, 412 págs., por María del Carmen García Bernal	3971
Enrique GONZÁLEZ MATAS, <i>Los Estados Unidos del Mundo. Un ideal de siglos ya posible</i> , Málaga, Editorial Arguval, 2010, 160 págs., por José Martín Pinto	3973
Margarita SERNA VALLEJO, <i>Los viajes pesquero-comerciales de guipuzcoanos y vizcainos a Terranova (1530-1808): régimen jurídico</i> , Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 2010, 358 págs., por Miriam Seghiri	3975

