



**BASES ROMANÍSTICAS DE LOS CONTRATOS AUXILIARES DE LA NAVEGACIÓN.
A PROPÓSITO DE LA LEY 14/2014, DE 24 DE JULIO, DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA**

Romanistic Bases of Auxiliary Contracts to Navigation. Regarding Law 14/2014, Of 24 July, on Maritime Navigation.

Tewise Ortega González

Universidad De Las Palmas De Gran Canaria, Espanha

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0000-715X>

E-mail: tewise.ortega@ulpgc.es

Trabalho enviado em 25 de janeiro de 2022 e aceito em 24 de março de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.02., 2022, p. 692-713.

Tewise Ortega González

DOI: 10.12957/rqi.2022.64894

RESUMEN

El presente estudio pretende analizar de manera sucinta el contrato de practicaje y manipulación portuaria, definidos por la Ley de Navegación Marítima, como contratos auxiliares de la navegación, tratando de establecer las conexiones existentes entre la regulación actual y la actividad que desarrollaban en los puertos los diversos cuerpos profesionales en la Antigua Roma. Por lo que respecta al método, destacar que fundamentalmente se basa en el análisis de fuentes jurídicas y epigráficas romanas y las contenidas en la normativa vigente, en relación a las diversas actividades desarrolladas, la modalidad contractual o el sistema de responsabilidad, para finalmente determinar la influencia del Derecho Romano en la configuración de las tipologías contractuales estudiadas.

Palabras clave: transporte de mercancías, LNM, practicaje, manipulación portuaria

ABSTRACT

The study aims to analyze the pilotage and port handling contract, defined by the Maritime Navigation Law as auxiliary contracts of navigation, trying to establish the existing connections between the current regulation and the activity carried out in the ports by the different professional staff in Ancient Rome. As far as the method is concerned, it should be pointed out that it is fundamentally based on the analysis of Roman legal and epigraphic sources and those contained in the current regulations, in relation to the different activities carried out, the contractual modality or the system of liability, in order to finally determine the influence of Roman Law in the configuration of the contractual typologies studied.

Keywords: freight transport, LNM, pilot service, port handling

1.- INTRODUCCIÓN

El Título V de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, en adelante LNM, recoge los llamados contratos auxiliares de navegación (1) entendiendo por tales, el contrato de gestión naval, el de consignación de buques y practicaaje, y el de manipulación portuaria. Por lo que respecta al contrato de practicaaje, el legislador español nos ofrece una definición clara y precisa del servicio, al definirlo como aquel contrato por el que el *práctico se obliga, a cambio de un precio, a asesorar al capitán en la realización de las diversas operaciones y maniobras para la segura navegación de buques por aguas portuarias o adyacentes*. No ocurre lo mismo al tratar el contrato de manipulación portuaria, ya que la norma no recoge un concepto cerrado, unívoco, sino más bien amplio, ya que entiende por éstas, todas las actuaciones que sean necesarias para colocar las mercancías en el medio de transporte marítimo que las desplaza de un lugar a otro, y las imprescindibles para su descarga, es decir, no sólo consiste en cargar y descargar las mercancías, sino en la realización de actividades diversas en el puerto para la estiba, o una vez finalizado el transporte, hacia los medios terrestres.

La citada norma, ha llevado a cabo una amplia reforma del Derecho Marítimo español, que resulta insuficiente debido a la dispersión y contradicción entre la diversa normativa vigente, dificultando en gran medida la unificación y la homogeneización entre todas ellas. Así, en materia de salvamento, se remite al Convenio Internacional de referencia, y en relación a las obligaciones contractuales derivadas de los negocios jurídicos regulados en dicho cuerpo normativo, nada obsta para que resulten de aplicación las disposiciones del Reglamento Roma I (2). Ahora bien, en el caso del servicio de practicaaje, al presentar una doble naturaleza, pública y privada, sólo van a quedar al arbitrio de las partes, las relaciones contractuales generadas entre el práctico y el naviero, salvo las normas de carácter imperativo establecidas por el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en adelante, TRLPMM, y lo referente a la responsabilidad. Por lo que respecta al contrato de manipulación portuaria, el art. 329 de la LNM, reconoce el derecho de las partes a elegir la *lex contractus* (3), excepto en materia de responsabilidad del operador, donde el legislador español fija una norma de carácter imperativo indisponible por las partes, de modo que pueden regirse por una normativa distinta a la española, aun cuando se trate de una relación puramente interna, pero ajustarse obligatoriamente a disposiciones de la LNM en lo que respecta al régimen de responsabilidad del operador por pérdidas, daño o retraso en la entrega de las mercancías, como

ocurre con el contrato de transporte. En aquellos supuestos donde el contrato carezca de la cláusula de elección de ley, o fuera nula, el artículo 4.1 del citado Reglamento precisa cuál sería la ley aplicable, fijando ocho categorías de contratos, enmarcando el de manipulación portuaria, como contrato de obra, dentro de los llamados contratos de prestación de servicios, siendo en consecuencia, la normativa aplicable en defecto de designación, la “*ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual*”, de conformidad con la letra b del apartado 1 del artículo 4.

En el ámbito del Derecho Romano, no existió un cuerpo normativo propio que diera respuestas a los conflictos suscitados por el desarrollo de la actividad comercial, ya que junto al *ius civile*, fue un elemento más del Derecho Privado. No obstante, a pesar de no gozar de autonomía propia, surgieron instituciones jurídicas y se dictaron normas específicas que ofrecían seguridad a las partes que se relacionaban para celebrar negocios jurídicos no previstos con carácter previo, superando con ello el vacío legal existente (ARIAS RAMOS, 1965, p.63), debido a la labor desarrollada tanto por el pretor como por los jurisconsultos romanos (4).

En la antigua Roma, la actividad de transporte marítimo de mercancías giraba en torno al concepto de *naufragium*, institución en la que se podían circunscribir todas las operaciones tendentes a la evitación del peligro, y aquellas que tuvieran lugar como consecuencia de un incidente en la navegación, de entre las que destacamos, la recuperación y extracción por los *urinatores* de bienes hundidos, las labores de asistencia en los puertos, trasbordo de mercancías y pasajeros, y el remolque de las naves para favorecer el atraque en los puertos, desarrolladas por el cuerpo de los *scaphari*, debiendo precisar, que todas las actividades que se ejecutaban en los puertos o en las orillas de los ríos por personal diverso a aquel que se encargaba de la ejecución del contrato de transporte, tenían la consideración de actividades de salvamento.

2.- LA ACTIVIDAD DE LOS SCAPHARI EN LOS PUERTOS. ASISTENCIA Y SALVAMENTO

Como apuntamos en líneas precedentes, al margen del personal interviniente en la ejecución de un contrato de transporte de mercancías, destacamos por su intensa actividad portuaria al cuerpo de los *urinatores* y los *scaphari*. Como encargados de desempeñar labores de recuperación, extracción y salvamento de mercancías halladas en el mar o en los ríos, arrojadas para evitar un accidente, o como consecuencia de un naufragio, subrayamos a los *urinatores*, los cuales se organizaron a través de corporaciones profesionales para la prestación del servicio remunerado de

extracción y recuperación de mercancías hundidas a raíz de un suceso en la navegación. Al margen de la prestación de este servicio y dadas sus habilidades para la realización de actividades subacuáticas, fueron utilizados como unidades de combate y asalto en guerras, o para determinar el alcance de los daños sufridos por una embarcación encallada o por una avería (ROUGE, 1966, p.200) durante la navegación. Por otro lado, señalamos a los *scaphari*, que al igual que los *urinatores*, destacaron por el desarrollo de labores en los puertos y por su notable participación en las operaciones de asistencia y salvamento, ya sea de modo individual, como empresarios autónomos, o integrados en corporaciones profesionales, como se extrae de diversas inscripciones epigráficas, que revelan la existencia de asociaciones profesionales de barqueros o *scaphari* en el puerto de Ostia (5) y también en Hispania, en la zona de la Bética y en la ciudad de Sevilla, y que se encargaban de asistir a las embarcaciones, remolcando cuando se encontraban en situación de peligro, cuando no podían acercarse a la orilla como consecuencia de la escasa profundidad de las aguas o en las maniobras de atraque a los puertos, mediante el empleo de naves de menor tamaño denominadas *scapha*. Siguiendo a ROUGÉ, los *scaphari* servían de enlace entre las grandes naves y la costa cuando como consecuencia de la escasa profundidad no podían llegar a la orilla sin encallarse y en los puertos realizaban las operaciones de practica favoreciendo las maniobras de atraque al puerto. Asimismo, en los casos de averías, en los supuestos de riesgo o peligro inminente tanto para la nave transportista como para el contenido, asumían el trasbordo de la carga a una nave de menor tamaño.

Las cuatro inscripciones de Hispalis que revelan la existencia de *scaphari* nos lo definen bajo tres formas: *scaphari hispalenses* (6), al desarrollar su actividad en Hispania, *Romulae consistentes* (7), lo que indica su procedencia u origen, así como el hecho de estar constituido en corporaciones profesionales, y los *scaphari qui Romulae negotiantu* (8), los cuáles desarrollaban sus actividades en las proximidades o en el propio río Guadalquivir.

Por lo que respecta a las operaciones que ejecutaban, debemos señalar que la actividad principal consistía en la asistencia a buques de gran tonelaje y con bastante carga a bordo, para conseguir una navegación segura, tanto en las llegadas como en las salidas de los ríos o de los puertos, y cuando existiera riesgo o peligro tanto para la nave como para el contenido transportado, se encargaban de aligerarlas del peso para favorecer las maniobras de atraque.

En los casos de naufragio, accidente, varada o encalladura de la embarcación, y con carácter preventivo, en los supuestos de sobrecarga de las mismas, realizaban el trasbordo tanto de las mercancías como de los pasajeros, favorecían el descenso de éstos últimos trasladándolos hasta la tierra (DE SALVO, 1992, p.269-271), remolcaban a las naves accidentadas para alcanzar la orilla

o el atraque al puerto (9), y si como consecuencia de dichas operaciones se produjera la caída de parte de la carga al mar o a los ríos, estaban facultados para proceder a la recuperación o extracción de las mismas. Asimismo, asumían el transporte del grano y de los alimentos almacenados en los *horrea* ubicados a la orilla del río Tiber o en el puerto de Ostia, hasta los puertos, para el embarque y traslado por otras naves; y de evitar accidentes o daños en las embarcaciones atracadas, manteniendo una distancia mínima entre ellas y procurando el atraque con garantías.

2.1.- TIPOLOGÍA CONTRACTUAL Y CRITERIOS DE RETRIBUCIÓN

Una vez determinadas de manera sucinta las diversas actuaciones que ejecutaban los *scaphari* en los puertos, y haber constatado su constitución en cuerpos profesionales, debemos determinar la modalidad contractual por la que quedaban vinculadas las partes, para establecer no sólo los criterios de remuneración, sino también el régimen de responsabilidad por el desarrollo de la actividad.

Haciendo un rastreo por las fuentes jurídicas romanas, no encontramos disposiciones que de manera específica, se pronuncien sobre una vinculación contractual entre el *navicularius* y los *scaphari*, ahora bien, las inscripciones epigráficas revelan que éstos se constituyeron en cuerpos profesionales para la prestación de los distintos servicios, y, en consecuencia, entendemos que desarrollaban la actividad remunerada en virtud de la celebración de un contrato de arrendamiento, concretamente una *locatio conductio operarum*, ya que podemos identificar los elementos personales, el objeto del contrato y el abono de una remuneración por la asistencia prestada, presupuestos esenciales para la configuración de la mencionada tipología contractual.

En relación a los sujetos, distinguimos por un lado al *conductor*, que es quien desarrolla la actividad –*scaphari*- y por otro, al *locator*, que es la persona que ordena el encargo, pudiendo ser el *navicularius* o cualquier otro personal de navegación, aunque entendemos, por la naturaleza de las actividades que se pueden desarrollar, que los responsables de la celebración de los contratos serían éstos, o el capitán de la embarcación –*exercitor navis*-. Por lo que respecta al objeto, advertir que el servicio podía consistir en la ejecución de cualquiera de las actuaciones enunciadas con anterioridad, y finalmente, en atención a la remuneración, tratándose de un contrato consensual, se rige por el principio de autonomía de las partes, aunque como veremos a continuación, se puede fijar un importe fijo, por la prestación del servicio, y otra variable atendiendo al resultado de la intervención, e incluso, condicionar el pago de la retribución al número o volumen de mercancías trasladadas.

Como supuesto específico de remuneración, nos referimos a la retribución que las fuentes reconocen al profesional que interviene con su propia embarcación, en el salvamento de una nave que no puede continuar navegando como consecuencia de los daños sufridos en la misma por la fuerza del mar.

B.53.8.45: “*Εὰν ἐν τῷ πελάγει πλοῖον τραπή, ἢ διαφθαρή, ὁ ἀποσώζων τι ἐξ αὐτοῦ ἐπὶ τὴν γῆν λαμβανέτω ἀντὶ μισθοῦ, οὗ ἀποσώζει τὸ πέμπτον μέρος.*”

“*si navis in mari correpta vorticibus aut corrupta fuerit, qui aliquid in terram ex ea salvum exportat, mercedis loco rei conservatae quintam partem consequatur.*”

En dicho fragmento, se reconoce el derecho a una retribución determinada a aquellos profesionales que hubieran conseguido el salvamento de la nave, la conservación de la carga contenida en el buque y el arribo en el puerto, y que consistiría en una quinta parte de las mercancías recuperadas o el valor que tuvieran las mismas, si realizamos una aplicación extensiva de lo dispuesto por el jurista Paulo 34 ad. Ed. en D.14.2.2.4 (10) referente a la estimación y valoración de las averías en los supuestos de contribución por pérdidas. Del análisis del texto de los Basílicos, debemos extraer que existe la obligación de retribuir si se consigue evitar el peligro, si se produce el ataque en el puerto, o si se logra la conservación de las mercancías, ahora bien, si no se alcanzan ninguno de los objetivos descritos ¿desaparece la obligación de retribuir aun cuando se hubiera prestado el servicio? No parece lógico realizar una afirmación en ese sentido, cuando hemos acreditado que las partes se obligaban en virtud de la celebración de un contrato en donde fijan el objeto, el contenido, y la contraprestación, con independencia de la consecución de un resultado útil, puesto que la mera participación en las operaciones exige el abono del precio. Cuestión bien distinta es que, habiendo recuperado los efectos, las partes acuerden que la retribución consista exclusivamente en la entrega de las mismas o el importe del valor que les corresponda, siempre que se encuentren en perfecto estado, porque en caso contrario, habiendo recuperado los bienes, si éstos no tuvieran ningún valor o fuera irrelevante, al encontrarse deterioradas o por no cumplir con su finalidad, no tiene sentido reclamar la quinta parte o su estimación, en tanto en cuanto, no sería posible la realización del valor, como se desprende del fragmento de Calístrato recogido en D. 14.2.4.2 (11), donde el jurista afirma que la estimación del valor de las mercancías está condicionado por el precio de mercado, atendiendo por tanto, al estado de aquellas.

En consecuencia, consideramos que en dicho supuesto, y en base al principio de la autonomía de la voluntad, los agentes intervinientes en el contrato, pudieron partir del criterio establecido en los Basílicos (1/5 de las mercancías o su estimación) acordando las condiciones del

pago en los supuestos de deterioro, o bien, fijar una cuantía fija, por la mera prestación del servicio, y una variable que estaría en función del valor de las mercancías tras la intervención, sin perjuicio del derecho que asiste a los profesionales, a la *retentio* de los bienes, en los supuestos de incumplimiento de las condiciones contractuales por parte del *locator*.

Por otro lado, cuando la actividad de los *scaphari* consistiera en el transporte de grano desde los *horrea*, o en operaciones de trasbordo, creemos que la retribución podría fijarse atendiendo al número de ánforas trasladadas, apoyándonos en lo dispuesto por Labeón I Pith. A Paulo *Ep.* dichos recopilados por Paulo I en D. 14.2.10.2, en relación al pago del precio en un contrato de transporte con carácter general. Siguiendo al jurista, la remuneración por la prestación del servicio, se establece atendiendo a la capacidad de las naves y al total de ánforas introducidas en las mismas, de modo que, celebrado un contrato de transporte, el cargador debe abonar el precio estipulado según las razones descritas, con independencia de que se ocupe toda la capacidad de la nave con los efectos o sólo parte de ella, puesto que el criterio que determina el coste del servicio es la capacidad de almacenamiento o la cantidad de ánforas efectivamente transportadas, y en base a ello, se debe el precio.

En el resto de situaciones, entendemos que dichas condiciones de retribución eran pactadas por las partes, aunque creemos que el resultado útil y el estado de las mercancías, fueron criterios determinantes para la fijación y el posterior abono de la remuneración, sobre todo cuando se realiza el trasbordo de mercancías y durante el desarrollo de la misma se pierden o se deterioran, o en las operaciones de remolque, si no se consigue la arribada al puerto y tiene lugar el hundimiento del buque y de su contenido.

2.2.- RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD Y *RETENTIO*

La responsabilidad del *scaphari* resultaría exigible en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, o como consecuencia de conductas dolosas o negligentes, ya que responde por el resultado y por la custodia (12) de los bienes, destacando que no incurre en responsabilidad por la pérdida o deterioro de las mercancías, cuando se procede al trasbordo en base a una decisión unilateral del *nauta*, es decir, cuando éste decide que se realice el cambio a una nave de similares características o con una capacidad inferior, sin motivo o causa que justifique dicha decisión, como ocurriría en los casos de peligro para la nave o para la carga (ZAMORA MANZANO, 2018, p. 489-510). En ese supuesto, aun cuando se produce la intervención del cuerpo profesional y la pérdida o deterioro del género, quien asume el riesgo, y en consecuencia, puede ser

objeto del ejercicio de la acción de locación, es el *nauta*, ya que tiene una responsabilidad objetiva y por custodia, tal y como expone en la primera parte del texto el jurista Labeón I Pith. a Paulo *Ep.* 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 periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset”.

En este supuesto, se interpreta que se produce un incumplimiento contractual por parte del transportista, ya que no consigue trasladar las mercancías al lugar convenido, por el hecho de decidir realizar un trasbordo injustificado, de manera unilateral, provocando la destrucción o pérdida del contenido objeto del flete. Por el contrario, si se ordena el trasbordo para asegurar la nave o la carga, al tratarse de embarcaciones de gran tamaño y tonelaje que no podían acceder a los puertos para realizar el atraque, o acceder a los canales de los ríos para continuar con la navegación, y se produce el hundimiento del esquife y el contenido, se establece la obligación de contribuir respecto de aquellos que hubieran salvado sus mercancías al encontrarse éstas en la embarcación asistida, en favor de quienes las hubieran perdido a raíz del trasbordo, como establece en la primera parte del fragmento el jurista Calístrato en D.14.2.4: Calístrato 2 *Quaest.* en D.14.2.4: *“Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham traiectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha summersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his qui in scapha perdiderunt, proinde tamquam si iactura facta esset: idque sabinus quoque libro secundo responsorum probat. contra si scapha cum parte mercium salva est, navis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in nave perdiderunt, quia iactus in tributum nave salva venit”*

En la segunda parte del fragmento, el jurista reflexiona acerca del supuesto en el que se consigue el salvamento de parte de las mercancías tras la intervención de los *scaphari*, sin evitar el hundimiento de la nave, destacando por este hecho, la exención del deber de contribución respecto de los que hubieran salvado las mercancías, en tanto en cuanto ésta obligación sólo es exigible en los supuestos de alijo y siempre que se consiga un resultado útil, es decir, evitar el peligro o el hundimiento de la nave. En esta ocasión, la actuación de los profesionales, se justifica por la necesidad de aligerar la nave y favorecer la llegada a puerto ante el riesgo de accidente, a diferencia de lo que sucede cuando el transportista, de manera unilateral y sin existir peligro, adopta la decisión de proceder al trasbordo.

Llegados a este punto, nos preguntamos qué sucede cuando el *scaphari* presta el servicio y no se produce el intercambio de prestaciones por parte del contratante, es decir, qué derechos o garantías le reconoce el legislador romano al profesional que presta el servicio en los supuestos de incumplimiento o falta de abono del precio pactado en el contrato o los que resultaran exigibles.

Ante el silencio del legislador romano sobre este aspecto, entendemos, aplicando extensivamente lo dispuesto por el jurista Paulo en libr.34 en D.14.2.2.4: “*sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, aestimatio debet haberi, non quanti emtae sint, sed quanti venire possunt*”, que la retribución al *scaphari* queda garantizada, por el reconocimiento del derecho de retención de las mercancías.

3.- EL CONTRATO DE MANIPULACIÓN PORTUARIA. CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERES

Como apuntamos al inicio del estudio, la LNM, ha realizado una profunda reforma del Derecho Marítimo español, que no incluye la normativa portuaria, derogando las disposiciones relativas a la materia contenidas en el Código de Comercio y en la Ley de Transporte Marítimo, estableciendo un sistema de fuentes propio, que la convierte en una disciplina autónoma e independiente, donde el derecho común se aplica con carácter supletorio en último lugar, regulando con exhaustividad y amplitud todo lo referente al concepto de navegación, el contrato de transporte marítimo y aquellos que se desarrollan en tierra, como los llamados contratos auxiliares, así como, aspectos relacionados con la protección del medio ambiente marino, en particular, la lucha contra la contaminación.

El contrato de manipulación portuaria es definido por la Ley en el art. 329 de la LNM, como aquella actividad por la que “*un operador se compromete, a cambio de un precio, a realizar todas o alguna de las operaciones de manipulación de las mercancías en puerto previstas en esta ley u otras de similar naturaleza*”, entendiéndose por puerto marítimo, al amparo de lo dispuesto en la LPEMM, el “conjunto de espacios terrestres, aguas marítimas e instalaciones que, situado en la ribera de la mar o de las rías, reúna condiciones físicas, naturales o artificiales y de organización que permitan la realización de operaciones de tráfico portuario, y sea autorizado para el desarrollo de estas actividades por la Administración competente”. Al mismo tiempo, según el artículo 3, se consideran puertos comerciales “los que en razón a las características de su tráfico reúnen condiciones técnicas, de seguridad y de control administrativo para que en ellos se realicen actividades comerciales portuarias, entendiéndose por tales las operaciones de estiba, desestiba, carga,

descarga, transbordo y almacenamiento de mercancías de cualquier tipo, en volumen o forma de presentación que justifiquen la utilización de medios mecánicos o instalaciones especializadas”. En ese sentido, quedan excluidos los puertos de pesca, de refugio, y los puertos deportivos y de recreo. Finalmente, la norma alude también a los llamados puertos de interés, para referirse a aquellos que gozan de una relevancia en el sistema portuario español, por el volumen de actividades comerciales que realizan, y si éstas afectan notoriamente a más de una Comunidad Autónoma, por su importancia estratégica para la economía del país, por el carácter internacional de las mismas, y porque por su posición geográfica y las condiciones técnicas con las que cuentan, ofrecen seguridad el tráfico marítimo.

Partiendo de la definición del contrato anteriormente expuesta, podemos afirmar que nos encontramos ante un contrato consensual, bilateral, oneroso, sinalagmático, desarrollado en un espacio concreto, la zona portuaria, y cuyo contenido se configura conforme al principio de la autonomía de la voluntad, salvo lo referente a la responsabilidad por pérdidas, daños o retrasos en la entrega de las mercancías, que como veremos tiene carácter necesario y es indisponible por las partes. Al mismo tiempo, es un contrato auxiliar, que no tiene carácter accesorio y que goza de autonomía propia, a pesar de que sea tarea difícil desligarlo del acuerdo de transporte de mercancías, bien porque los trabajos de manipulación en el puerto son fundamentales para dar cumplimiento a dicho contrato (13), o porque uno o varios de los sujetos que intervienen en dichas operaciones pueden intervenir tanto en uno como en otro contrato.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 330 de la LNM, el contrato de manipulación portuaria puede consistir en “*operaciones de carga, descarga, estiba y desestiba a bordo de los buques, así como las de recepción, clasificación, depósito y almacenamiento en muelle o almacenes portuarios, y las de transporte intraportuario. Igualmente, podrá incluir las operaciones materiales similares o conexas a las anteriores*”. Al margen de lo dispuesto por la LNM, se podrá entender como operaciones de manipulación en el puerto, otras actividades no enunciadas en la norma, que aparezcan reconocidas en otro cuerpo legal (14), como las maniobras de trasbordo, tal y como reconoce el propio legislador en el artículo 329, destacando que para la ejecución y cumplimiento de dichas actividades se debe atender “*a la normativa vigente que le sea de aplicación*”.

Aunque parezca una obviedad, creemos oportuno advertir que cuando hablamos de operaciones de manipulación portuaria, nos referimos a aquellas actividades que se desarrollan por los operadores en el puerto, y no las que se ejecuten fuera del mismo, aun cuando quienes las realicen tengan la consideración de operadores portuarios. En estos supuestos, no sería de aplicación las disposiciones contenidas en la LNM, sino lo dispuesto en el Código Civil atendiendo a la

modalidad contractual ejecutada. Asimismo, La LPEMM o TRLPPEMM, distingue entre actividades de tráfico portuario y los llamados servicios portuarios, distinguiendo en este último cuatro categorías, los servicios generales, los comerciales, los de señalización marítima y finalmente, los servicios portuarios, recogidos en la Sección 4, art. 130-131, del Capítulo III donde el legislador refleja las funciones comprensivas del concepto de carga y estiba, de descarga y desestiba, y la actividad de trasbordo de mercancías, entendiendo por ésta última, todas aquellas operaciones materiales necesarias para retirar las mismas de un buque y situarlas en otro vehículo de misma o distinta naturaleza, es decir, comprende la desestiba y descarga del primer vehículo, el transporte horizontal para su aproximación a otro medio de transporte y la carga y estiba en este último. Ahora bien, las operaciones de entrega y recepción de mercancía, depósito, remoción y traslado que no se puedan incluir dentro de la acción de los servicios portuarios descritas, tendrán la consideración de servicios comerciales, y, en consecuencia, requerirán de autorización administrativa.

Para que nos encontremos ante esta modalidad contractual, es imprescindible que se produzca la contratación de tales operaciones, para su ejecución por personal cualificado, puesto que, si el porteador asume la realización de las mismas dentro del contrato de transporte, no estaríamos ante un contrato de manipulación portuaria y no se aplicaría su contenido. Cuestión bien distinta, es que éste último se comprometa, a su riesgo, a la realización de las operaciones mediante la subcontratación del servicio a empresas especializadas en el sector, en cuyo caso podemos diferenciar, un primer contrato, de transporte de mercancías, y un segundo de manipulación portuaria, ambos perfectamente compatibles, y con autonomía propia.

Respecto a los sujetos intervinientes en la relación jurídica, identificamos, por un lado, a la parte contratante, que puede ser el fletador, el cargador o incluso el propio porteador que asume la realización de tales operaciones, a su riesgo, realizando la correspondiente subcontratación; y por el otro, al operador portuario. Respecto de éste último, es oportuno señalar que con carácter previo a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014 (15), asunto C-576/13, que aboga por la liberalización (16) del sector y rechaza la necesaria pertenencia al SAGEP (“Sociedad Anónima de Gestión de Estibadores Portuarios”), las empresas privadas debían contar con una licencia administrativa e integrarse en el capital social de la SAGEP, es decir, si en la terminal se precisaban trabajadores para las operaciones de carga y descarga del buque, las empresas debían dirigirse a la Sociedad, para que ésta procediera a la provisión de los trabajadores. A raíz de la STJUE, y los RDL 8/2017 y RDL 9/2019, se crean los Centros Portuarios de Empleo, y tiene lugar una cierta liberalización del sector, decimos cierta, porque a pesar de tener varias opciones, como tener los trabajadores en plantilla, usar los servicios de una empresa de trabajo temporal o realizar

contrataciones temporales a través de los Centros Portuarios, lo cierto es que el recurso a las dos primeras opciones, es prácticamente inexistente, quizás o sólo, para la realización de actividades complementarias, pero no para las operaciones propias del contrato de manipulación, por lo que dichos Centros de Trabajo, a pesar de que no se exige a las empresas privadas la pertenencia como socio con carácter obligatorio, sino voluntario, vienen siendo como los sucesores de la Sociedad.

Por lo que respecta a la formalización del contrato, señalar que el legislador no ha impuesto el cumplimiento de determinadas formalidades para dotar de validez al contrato entre el operador y quien encarga el servicio, siendo suficiente un acuerdo verbal. Sólo y con carácter dispositivo, prevé la entrega de la documentación justificativa de la recepción de las mercancías para su manipulación donde se indique su condición y cantidad, o bien, un “*mero acuse de recibo donde conste la fecha y la firma del operador*”, sin que la omisión o la ausencia de dicha entrega afecte a la validez del negocio jurídico celebrado. En cualquier caso, si no se opta por ninguna de las dos posibilidades, se presume, salvo prueba en contrario, que el operador recibe las mercancías en condiciones óptimas. Consideramos que, en la praxis, para evitar incurrir en responsabilidades que no le corresponden, el operador se ocupa de dejar constancia por escrito de las mercancías que recibe y del estado de éstas. Por su parte, si es el empresario el que procede a la entrega o depósito de las mercancías, la entrega del documento justificativo no tiene carácter dispositivo sino obligatorio, pudiendo el operador elegir entre la emisión del recibo escrito o la prestación de un mero acuse de recibo, de conformidad con lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 332. En definitiva, no representa un título valor como ocurre con el documento de embarque, sino que prueba la celebración de un contrato entre las partes y el estado de la carga en el momento de la recepción por el operador portuario.

Al igual que ocurre con la actividad desarrollada tanto por los *navicularii* como por los *scaphari*, el contrato de manipulación portuaria, es un contrato de arrendamiento de obra, que obliga al operador portuario a la realización efectiva de las operaciones contratadas, siendo insuficiente el mero despliegue de medios, a la restitución de las mercancías y a responder por los daños causados a las mercancías, en base a la responsabilidad por custodia inherente al contrato, excepto cuando el porteador asuma dicha función, en cuyo caso, como veremos responde éste en primer lugar y ejercita el derecho de repetición frente al operador. Esa responsabilidad por custodia lleva a afirmar, respecto de la naturaleza jurídica del contrato, que estamos en presencia de un contrato de arrendamiento de obra al que le son de aplicación algunos aspectos referentes al contrato de depósito (SALINAS, 2021, p.230).

De forma sintética, debemos advertir que la regulación del contrato contenido en la LNM, establece una serie de obligaciones a cumplir por los sujetos intervinientes en la relación jurídica, destacando por parte del cliente que contrata el servicio, el deber de entrega de las mercancías, el abono del precio convenido, o el que corresponda de acuerdo a los reglamentos y usos, y todos aquellos aspectos que hayan introducido en el acuerdo en virtud del principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos. Por su parte, el operador debe colaborar en la recepción de las mercancías, con independencia de quien haya contratado el servicio, si el cargador, el porteador o el destinatario, realizar las tareas inherentes y necesarias para dar cumplimiento, respondiendo por falta de diligencia, respetar y cumplir la normativa que resulte de aplicación, y cuando realiza la actividad por encargo del cargador o el destinatario, pero recibiendo las mercancías por parte del porteador, se compromete a efectuar las protestas sobre el estado y condición de las mercancías. .

3.1.- RESPONSABILIDAD DEL OPERADOR Y DERECHO DE RETENCIÓN

Las operaciones de manipulación portuaria, según el artículo 331 de la LNM, pueden ser contratadas con el operador tanto por los cargadores o destinatarios de las mercancías como por el armador o, incluso, por cualquier persona que hubiese asumido la obligación de verificación de las mercancías. Al amparo de un contrato de transporte, y atendiendo a la responsabilidad exigida al porteador, correspondería a éste la contratación de las operaciones desde que recibe las mercancías en el puerto de origen, hasta la puesta en disposición de las mismas al destinatario o persona designada al efecto (responsabilidad *port to port*) a menos que por imperativo legal o reglamentario hayan tenido que intervenir en el proceso, empresas u organismos, en cuyo caso, se exime de responsabilidad durante el periodo de intervención de éstos. En ese sentido, observamos como el contrato de transporte marítimo, puede consistir sólo en el traslado de las mercancías de un lugar a otro, o bien, puede llevar aparejada la realización de otras actividades que pueden poner en riesgo los bienes u objetos transportados y sobre las cuáles se ha tenido que legislar, bien para liberar al porteador o para determinar el grado de responsabilidad del mismo ante posibles eventualidades.

Así, la LNM, siguiendo las disposiciones contenidas en las Reglas de la Haya Visby (Convenio de Bruselas de 1924), en adelante, RHV, establece que, salvo pacto en contrario, en los supuestos de carga y estiba en el puerto de origen y la desestiba y descarga en el puerto de destino, si se ha convenido un contrato de fletamento, responde el fletador, que asume esas operaciones a su costa y riesgo, y si se ha celebrado un contrato de transporte en régimen de conocimiento de embarque, la responsabilidad la asume el porteador. Ahora bien, si nos apoyamos en el apartado

tercero del artículo 218 de la LNM, aun cuando se pacte que la estiba corre a riesgo del fletador / cargador, corresponde al porteador la obligación de responder por las consecuencias derivadas de “una estiba defectuosa que comprometa la seguridad del viaje”, ya que, en cualquier caso, el capitán del buque transportista debe supervisar la estiba, con independencia de quien haya realizado la operación, especialmente si puede comprometer la seguridad del viaje.

El régimen de responsabilidad del operador portuario es de carácter necesario o imperativo, privando de validez a las posibles cláusulas que el operador pudiera insertar en los contratos que celebre, que impliquen una exclusión o exoneración, o por las que podría beneficiarse de un régimen de responsabilidad menos gravoso que el previsto en la LNM, el cual encuentra su fundamento en el principio de culpa o negligencia presunta, por incumplir con la obligación de entrega, ya sea por daño o por pérdida, o por un retraso en la entrega de las mismas. Ahora bien, nada impide que se reconozca la eficacia de las disposiciones que se hayan incluido en el contrato que impliquen un endurecimiento de la responsabilidad o sean más rigurosas.

En relación a la responsabilidad del operador durante la manipulación de las mercancías, destacar que ésta no será exigible, al menos de manera directa, sino en virtud del ejercicio del derecho de repetición, cuando quien contrata el servicio es el porteador (o transportista) y no el cargador, ya que, en tales supuestos, aun existiendo dos contratos, el porteador va a asumir los daños causados incluso como consecuencia de tales operaciones, de conformidad con el régimen del transporte.

Al margen de las excepciones, la norma fija un régimen de responsabilidad exigible desde el momento en el que el operador se hace cargo de las mercancías, hasta la entrega o puesta a disposición de las mismas a la persona designada para ello (art. 333.1 LNM). Se trata de una responsabilidad limitada (17) a los daños, pérdida de las mercancías o retrasos en la entrega, de la que el porteador sólo se puede exonerar si adopta las medidas necesarias para evitar los efectos, y prueba que los hechos son producto de circunstancias ajenas al mismo, como sería en los supuestos de caso fortuito, tal y como prevé el artículo 333 de la LNM, es decir, que la responsabilidad descansa en la culpa o negligencia, con inversión de la carga de la prueba. No obstante, el apartado segundo del citado precepto, establece una presunción *iuris tantum*, dado que se admite que, si el operador portuario no recibe aviso de la existencia de daños o pérdidas en las mercancías, dentro de los tres días laborales siguientes a la entrega, cuando sean aparentes, o quince días naturales, cuando no lo sean, las mercancías han sido entregadas en perfecto estado, o en la “*misma condición descrita en el recibo de recepción*”.

Sin perjuicio de las obligaciones que le corresponden por el desarrollo de la actividad, cuando actúe por cuenta de los cargadores o destinatarios de las mercancías, al amparo de lo dispuesto en el art. 330.2, deberá responder de los perjuicios que se pudieran ocasionar por la omisión o la realización extemporánea de la denuncia del estado o condición de las mercancías, o de la protesta al porteador o al consignatario de la pérdida o de los daños, en los tiempos previstos: dentro del día laborable siguiente, cuando se trate de daños aparentes, en los tres días laborables siguientes, si no lo fueran, o bien, cuando se haya producido un retraso en la entrega, en el plazo de diez días laborables siguientes a la entrega, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 de la meritada norma.

Respecto al régimen de responsabilidad y sus limitaciones, dispone el artículo 335 que “*será aplicable a toda acción que persiga una indemnización por daños, pérdidas o retrasos experimentados, independientemente de cuál sea el procedimiento en que se ejercite la acción, así como su fundamento, sea contractual o extracontractual y tanto si se dirige contra el manipulador portuario o contra los auxiliares que éste emplee para el cumplimiento de su prestación*”. Vemos como el legislador realiza una previsión expresa de los supuestos que originan la responsabilidad, independientemente del procedimiento al que se acuda para reclamarlo y de cómo se hayan generado las obligaciones. Entendemos con ello, que lo que se pretende evitar es el recurso a fundar las reclamaciones en la existencia de una obligación extracontractual para eludir la aplicación de la normativa que regula la responsabilidad del operador y sus auxiliares, por el desarrollo de las actividades de manipulación portuaria.

Por lo que respecta a la limitación de la responsabilidad, la LNM se apoya en las RHV, previstas para exigir responsabilidad al porteador de las mercancías, pero con una serie de especialidades. En ese sentido, en los supuestos de daños o pérdidas en las mercancías, siempre que no exista dolo o negligencia grave, se limita la responsabilidad a dos derechos especiales de giro por kilogramo de peso bruto de mercancía dañada, o en el caso de retraso en la entrega, a una suma equivalente a dos veces y media la remuneración que debía abonarse por la prestación del servicio (art. 334 LNM). En cualquier caso, la cuantía de la indemnización por retraso o por pérdida, no podrá superar la suma que se le impondría al operador en el caso de que se produjera la pérdida total de la mercancía, es decir, dos derechos especiales de giro (DEG).

Finalmente, se reconoce al operador portuario, el *ius retentionis* sobre las mercancías que se encuentren en su poder, en tanto en cuanto no perciba la retribución pactada por la prestación del servicio, que no se sujeta a las limitaciones que se le imponen al porteador para poder ejercitar este mismo derecho, y que al mismo tiempo le va a permitir consolidar un derecho de depósito y posible

venta de las mercancías, realizando una aplicación extensiva de lo dispuesto en el artículo 237 de la LNM, que se refiere al porteador. En ese sentido, entendemos que el operador portuario, no sólo va a poder exigir el precio pactado en el contrato, sino también los retrasos o los posibles gastos en los que pudiera incurrir, mientras permanezcan bajo su custodia, así como la enajenación de las mercancías, interpretación que realizamos a pesar de que el legislador no se refiere expresamente a ello, únicamente reconoce el derecho de retención hasta el cobro, y en ese sentido, justificamos el reconocimiento implícito de dichas facultades en base a la existencia de un derecho real de depósito construido sobre las bases de la institución jurídica recogida en el Código Civil, que otorga al depositario el derecho de retener en prenda el bien u objeto “hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito”.

4.- ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONTRATO DE PRACTICAJE EN LA LNM

Al amparo de lo dispuesto en el TRLPEMM y en la LNM, podríamos definir el practicaaje como aquel de servicio de asesoramiento prestado por un marino profesional, denominado práctico, al capitán para facilitar la entrada y salida en los puertos, o cualquier otra maniobra que se desarrolle dentro del espacio portuario o aguas adyacentes, y siempre cuando se trata de garantizar la seguridad marítima. Asimismo, como advertimos *ab initio*, esta modalidad contractual, tiene una doble naturaleza, ya que por un lado es un servicio portuario de carácter público, desarrollado por profesionales cualificados en un régimen de gestión indirecta, dirigida a proteger el interés público, procurando una navegación segura en las proximidades de los puertos, donde existe un riesgo superior, y minimizar los daños causados por los buques en ese mismo entorno. Por otro lado, tiene carácter privado, más flexible, cuando regule las relaciones empresariales generadas en virtud de la celebración de un contrato consensual (arrendamiento de servicios) entre el naviero y el práctico, a través del capitán, y que se rige por el principio de autonomía de la voluntad. Con carácter previo a la regulación actual, la obligación del práctico era una obligación de resultado, mientras que la Ley de Navegación Marítima, lo concibe más como un arrendamiento de servicios (PACHECO, 2018, p.672-674), al tratarse de un mero asesoramiento en la realización de maniobras de aproximación o fondeado. No se trata de una obligación de resultado porque el práctico no debe responder en caso de que su intervención no haya favorecido la consecución del fin perseguido, como se extrae de lo dispuesto en el art. 328 de la LNM y analizaremos en materia de responsabilidad.

En consecuencia, la regulación pública-administrativa la encontramos en el TRLPEMM y la jurídica privada, en el Capítulo III del título V de la LNM (arts. 325-328) y subsidiariamente en las disposiciones del Código Civil.

Habida cuenta que lo que intentamos es buscar las conexiones existentes entre las actividades que desarrollaban en los puertos los *scaphari* al contratar con el capitán o el naviero tales operaciones, nos limitaremos a destacar lo establecido al respecto por la LNM. En ese sentido, señala la norma en el artículo 326, que las operaciones de practicaje deben planificarse conjuntamente entre el capitán y el práctico, y ejecutarse, respetando dichos deberes recíprocos, de entre los cuáles se encuentra también el deber de información constante y continua, y la obligación de asesoramiento al capitán de las maniobras adecuadas de una manera exacta y adecuada, teniendo en cuenta todos los factores, ya sean directos o indirectos y que puedan tener incidencia en las operaciones. Si se presta desde el propio buque, debe obtener el consentimiento expreso o tácito del capitán para dar instrucciones directas de maniobras o realizarlas por sí mismo, ya que, el hecho de que se encuentre físicamente en el buque, no sustituye la “superior autoridad del capitán en todo lo que tiene que ver con el gobierno y dirección náutica de la nave”, ya que incluso en tales supuestos, siempre recae sobre el capitán la realización de las maniobras correspondientes de aproximación al puerto.

La existencia de esas obligaciones recíprocas, y la superioridad del capitán, se reflejan en el establecimiento del régimen de responsabilidad por daños durante la ejecución del practicaje, siendo la regla general la imputación de responsabilidad al práctico, sin perjuicio de aplicar reglas de proporcionalidad. En ese sentido, la norma reconoce la responsabilidad exclusiva del práctico cuando se produzcan daños o accidentes como consecuencia de su actuación, es decir, por su inexactitud, error, u omisión a la hora del asesoramiento en los momentos decisivos, debiendo en todo caso, probar el que lo alega, la responsabilidad exclusiva de éste o la participación directa en la causación del daño. Sin embargo, también se puede declarar una responsabilidad compartida, cuando no sea posible individualizar la incidencia de la actuación de cualquiera de ellos en el incidente, daño o suceso, como establece el art. 328 de la LNM, “*los daños y accidentes causados al buque o a terceros por inexactitud u omisión en el asesoramiento que el práctico debe prestar al capitán serán imputables a aquel, sin perjuicio de la concurrencia de culpa que pueda apreciarse cuando el capitán haya incurrido en error o negligencia en el seguimiento de las instrucciones recibidas*”, siendo una responsabilidad solidaria que afecta no sólo al capitán, sino también al armador (art. 328.4 LNM), sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el práctico cuando como consecuencia de la labor desempeñada, se produjeran daños sobre los cuáles deba responder con

terceros contratantes (p.ej, cuando el naviero se compromete a transportar mercancías y éstas se pierden o de deterioran como consecuencia de la realización de maniobras asesoradas por el práctico).

Si se declara la responsabilidad del práctico, ésta es limitada, de acuerdo a las reglas de limitación de responsabilidad de armadores y prácticos, de conformidad con el apartado 4º del artículo 328, y que consiste en 20€ por unidad de arqueado bruto de buque, siendo el tope máximo de un millón de euros (art. 281 TRLPEMM)

5.- REFLEXIONES FINALES

En el desarrollo del presente estudio, hemos podido constatar como el Derecho Romano, a pesar de no contar con un conjunto normativo propio y autónomo, que regulara las vicisitudes y las diversas casuísticas derivadas de la actividad comercial, particularmente la relativa al contrato de transporte marítimo, no era ajena a la realidad y se preocupó por ofrecer una regulación, contenida tanto en fuentes jurídicas como literarias, que a día de hoy nos permite afirmar que muchos de sus principios y normas influyen en la configuración de la legislación marítima vigente. Dicha influencia, la advertimos a la hora de analizar las disposiciones que sistematizan las operaciones de manipulación portuaria y el contrato de practicaje en la LNM, pues son un trasunto fiel de la normativa que regulaba la actividad de salvamento realizada por los *scaphari*, en relación a la modalidad contractual, ya que tanto en el derecho romano, como en el actual, la tipología negocial que los vincula es un contrato de arrendamiento, apoyado en el principio de la autonomía de la voluntad, del que surgen obligaciones recíprocas para los intervinientes, los sujetos que pueden contratar los servicios, generalmente, el capitán o el naviero, el régimen de responsabilidad y sus limitaciones, así como el derecho a la *retentio* de las mercancías en los supuestos de incumplimiento del pago del precio por parte del *locator*.

6.- NOTAS

- 1.- Con carácter previo a la regulación de estos contratos por la LNM, la doctrina se refería a los mismos como contratos accesorios, negando el carácter autónomo reconocido en la actualidad. (GONDRA ROMEO, 1970, p.14, LÓPEZ RUEDA, 2005, p 80, GABALDÓN GARCÍA-RUIZ SOROA, 2006, LÓPEZ RUEDA, 2016)
- 2.- El Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales se presenta como el instrumento que constituye el marco contractual europeo en el ámbito del Derecho Internacional Privado, referido a obligaciones nacidas de contratos civiles o mercantiles, quedando fuera las originadas entre particulares en la esfera de la persona, familia o derecho hereditario. Dicha norma, que tiene alcance general en todos los Estados miembros, es decir, tiene eficacia *erga omnes*, aunque no sea la de un Estado miembro, salvo las excepciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 288.2 del TFUE, persigue, entre otros objetivos, unificar criterios de determinación de la ley aplicable. Aunque el Reglamento reconoce el derecho a elegir la normativa de aplicación, la designación de la normativa aplicable está sujeta a una serie de límites fijados por el art. 3.3 y 3.4 del Reglamento, con el objeto de proteger a la parte más débil de la relación jurídica, para respetar las llamadas leyes de policía, o para la evitación de fraudes. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 2020).

3.- La elección de la normativa que va a regir el contrato de manipulación portuaria en todo o en parte, y el Tribunal en caso de litigio, se puede designar en cualquier momento, e incluso ser objeto de modificación, como se extrae del art. 3.2 del citado Reglamento, aunque para ofrecer una mayor seguridad jurídica a las partes, es conveniente que se realice antes de la celebración del mismo.

4.- Sobre la existencia o no del derecho comercial como disciplina autónoma e independiente del *ius civile*, destacar que existe una importante discusión doctrinal al respecto. Se han elaborado varias teorías de las que destacan las realizadas por Huvelin, Goldschmidt, Bercovitz, en las que se ponen de manifiesto las diferentes concepciones al respecto. Haciendo una exposición sucinta de alguna de las opiniones, el profesor Bercovitz entiende que la ausencia de un derecho mercantil responde no sólo a la flexibilidad del sistema jurídico sino también a la existencia del *ius gentium*, que no se concibió como una rama autónoma sino integrada dentro del Derecho Romano, que se encargaba de dar respuesta jurídica a aquellas situaciones derivadas de la actividad comercial que no habían sido contempladas por el *ius civile*. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, 1971- CERAMI, P.- PETRUCCI, A., 2010)

5.- CIL 14.409= Orelli 4109 “...item corpor(atorum)-scaphariorum et lenuncularior(um) trayecto(us) Luculli et dendrophorum et togato(rum) a foro et de sacomar(is)...” A diferencia de las corporaciones profesionales existentes en Hispania, los cuerpos de *scaphari* que operaban en Ostia no parecen haber estado adscritos a un puerto determinado de modo que podían desarrollar su actividad indistintamente en uno u otro puerto.

6.- CIL 2.1180, (WALTZING, 1896)

7.- CIL 2.1183. Ibidem

8.- CIL 2.1168, CIL 2.1169

9.- v. *remulco*=“*remulco dicitur quum scaphae remis navis magna trahitur*”, v. *promulco*=“*agi dicitur navis, cum scaphae ducitur fune*”, (FESTUS, 1965, p.244,346). Observamos como ambos términos tienen significados análogos y se emplean para referenciar el acto de remolque. Por su parte, la LNM distingue tres modalidades de contrato de remolque, siendo el remolque de fortuna, el que más se asemeja a la actividad de asistencia que desarrollaban los *scaphari* en los puertos, en tanto que se presta en supuestos extraordinarios que no llegan a constituir un salvamento, y que se realizan para evitar daños en las naves, art. 305 LNM.

10.- Paulo en libr.34 en D.14.2.2.4: ““*Portio autem pro aestimatione rerum quae salvae sunt et earum quae amissae sunt praestari solet, nec ad rem pertinet, si hae quae amissae sunt pluri veniri poterunt, quoniam detrimenti, non lucri fit praestatio. Sed in his rebus, quarum nomine conferendum est, aestimatio debet haberi non quanti emptae sint, sed quanti venire possunt*”.

11.- Calístrato 2 Quast. en D. 14.2.4.2: *Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae in navi remanserunt, deteriores factae sunt...Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio praesente rerum...”.*

12.- La documentación de la carga y el control del porte, son aspectos fundamentales en esta modalidad contractual, para entre otras cuestiones, establecer la indemnización que se obtendrá en sede de *actio ex recepto*, en los supuestos de incumplimiento. Respecto a la necesaria documentación de la carga embarcada y la recepción de las mismas, particularmente, lo referente al χειρέμβολον como documento que hacía las veces de talón o resguardo que garantizaba y aseguraba seguridad al transporte, sus diversas interpretaciones doctrinales y la necesaria documentación de las mercancías entregadas (ZAMORA MANZANO, 2018)

13.- (GABALDÓN GARCÍA, 2012, p.637) Considera que estas operaciones “en todo caso, constituyen la fase inicial o final de un transporte y, frecuentemente, la vía de conexión de éste con otro modo de transporte (terrestre o fluvial).

14.- En ese sentido, debemos destacar que la LPEMM o TRLPPEMM, distingue entre actividades de tráfico portuario y los llamados servicios portuarios, distinguiendo en este último cuatro categorías. Por un lado, menciona los servicios generales, donde se incluyen todos aquellos servicios que disfrutaban los usuarios del puerto sin previa solicitud, siendo necesarios para dar cumplimiento a las funciones de las Autoridades portuarias, como el servicio de policía, alumbrado, limpieza, entre otros (art. 106). Por otro lado, los servicios comerciales y de señalización marítima, comprensiva de actividades comerciales, industriales o de servicio que se desarrollan en la zona portuaria, y todas las operaciones relacionadas con los dispositivos instalados para mejorar la seguridad de la navegación (art. 137-139). Finalmente, los denominados servicios portuarios, recogidos en la Sección 4, art. 130-131, del Capítulo III donde el legislador refleja las funciones comprensivas del concepto de carga y estiba, de descarga y desestiba, y la actividad de trasbordo de mercancías, entendiendo por ésta última, todas aquellas operaciones materiales necesarias para retirar las mismas de un buque y situarlas en otro vehículo de misma o distinta naturaleza, es decir, comprende la desestiba y descarga del primer vehículo, el transporte horizontal para su aproximación a otro medio de transporte y la carga y estiba en este último. Ahora bien, las operaciones de entrega y recepción de mercancía, depósito, remoción y traslado que no se puedan incluir dentro de la acción de los servicios portuarios descritas, tendrán la consideración de servicios comerciales, y, en consecuencia, requerirán de autorización administrativa.

15.- En la sentencia de 11 de diciembre de 2014 (C-576/13) Comisión Europea contra Reino de España, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 49 TFUE. Empieza recordando que la vulneración del principio de libertad de establecimiento no exige que la medida nacional sea discriminatoria respecto de los nacionales de otros Estados miembros. Basta que obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de este principio. Y es lo que sucede en este caso. La obligación de inscribirse en una SAGEP y de participar en su capital, así como de contratar con carácter prioritario y en un número mínimo a los trabajadores que le ponga a su disposición desincentiva a las sociedades estibadoras extranjeras a establecerse en España para desarrollar una actividad de manipulación de mercancías en los puertos de interés general. Reconoce que pueden existir restricciones válidas. Pero necesitan estar amparadas por una razón imperiosa de interés general, ser adecuadas para conseguirla y no ir más allá de lo necesario. Sin embargo, considera que no concurren esos requisitos. El TJUE admite que la protección de los trabajadores puede ser una razón válida, pero reprocha a España que no haya demostrado la necesidad de las medidas para conseguir ese objetivo y que existan otras menos restrictivas. “De este modo, por ejemplo, tal como sugiere la Comisión, cabría la posibilidad de prever que sean las propias empresas estibadoras las que, pudiendo contratar libremente trabajadores permanentes o temporales, gestionen las oficinas de empleo que han de suministrarles su mano de obra y organicen la formación de esos trabajadores, o la posibilidad de crear una reserva de trabajadores gestionada por empresas privadas que funcionen como agencias de empleo temporal y que pongan trabajadores a disposición de las empresas estibadoras”. Por eso, concluye que los preceptos del TRLPEMM van más allá de lo necesario y no están justificados.

16.- El actual marco legal de la estiba se encuentra compuesto por el Real Decreto Ley 8/2017, de 12 de mayo, mediante el cual se modifica el régimen de los trabajadores del servicio portuario de manipulación de mercancías para así dar cumplimiento a la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014. Por otra parte, está el Real Decreto Ley 9/2019, de 29 de marzo por el que modifica la Ley 14/1994 de 1 de junio, por el que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal para su adaptación a la actividad de la estiba portuaria y se da por finalizada la adaptación legal del régimen de los trabajadores para prestar el servicio portuario de manipulación de mercancías.

17.- Si en el desarrollo de tales operaciones se producen daños a personas, a bienes, a la propia terminal, no se aplica lo dispuesto en la LNM sino las reglas generales en materia de responsabilidad derivadas del contrato celebrado y/o en su caso las normas en materia de responsabilidad extracontractual, y salvo que se pacte lo contrario, no se establecen limitaciones en relación a las cuantías, como si ocurre en los supuestos descritos, averías, daños o pérdidas.

7.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARIAS RAMOS, José, El transporte marítimo en el mundo romano. Separata del Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serrano, Valladolid, 1965.
- ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, Curso de Derecho Marítimo (Ley 14/2014, de Navegación Marítima), 3ª Ed., Pamplona, 2015, p. 665 y ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo:
 - “Notas sobre el origen histórico del Derecho Mercantil”, en Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues, Vol I, Madrid, 1971.
 - Tratado de contratos, Tomo I, 3ª Ed. Valencia, 2020.
- CERAMI, P.- PETRUCCI, A., Diritto commerciale romano. Profilo Storico, Turín., 2010.
- DE SALVO, Economia Privata e Pubblici servizi nell’Imperio Romano, I corpora naviculariorum, Messina, 1992.
- DE ROBERTIS, F., “Storia de la corporazioni e del regime associativo nel mondo romano”. IURA 25, 1974, pp. 117-131



- DU CANGE, v. scapha- scapharum, *Glosarium mediae et infimae latinitatis*, vol. 6, 1954, p. 335
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis., Ruíz Soroa, José María: *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GABALDÓN GARCÍA, José Luis, *Curso de Derecho marítimo internacional*, Madrid, 2012, p. 637.
- GLARE, P.G.W, v. scapha,, v. retentio, *Oxford latin dictionary*, v. 2, 1982, reimp. 2012. p 1873
- GONDRA ROMEO, José María: *Régimen jurídico de las operaciones de carga y descarga en el tráfico marítimo*, Tecnos, Madrid, 1970.
- LÓPEZ RUEDA, Francisco Carlos.:
 - “Del contrato de manipulación portuaria” en *Comentarios a la Ley 14/2014, de 24 de julio de navegación marítima*, directores ARROYO MARTÍNEZ, I- RUEDA MARTÍNEZ, J.A, Madrid, 2016, pp.1042-1073
 - “El régimen jurídico de la carga y descarga en el transporte de mercancías”, *Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco*, 2005.
- PACHECO CAÑETE, Matilde; “El contrato de practicae: Naturaleza jurídica del contrato y responsabilidad del práctico por los daños producidos durante la ejecución del practicae”, en *El derecho marítimo de los nuevos tiempos*, Pamplona, 2018.
- PENDÓN, Esther, *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho Romano*, Madrid. 2002.
- ROUGE, Jean, *Recherches sur la l'organisation du commerce maritime en méditerranée sous l' empire romain*, París, 1966.
- SALINAS ADELANTADO, Carlos., *Manual de Derecho Marítimo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.
- SCHIAPPOLI, D., “Il ius naufragii secondo il diritto della Chiesa”, *RDN*, v. 4, 1 parte, 1938, p. 140 y ss.
- WALTZING, J.P, *Corporations professionnelles chez les romains*, tomo II, 1896.
- ZAMORA MANZANO, José Luis:
 - “El salvamento y la asistencia marítima en el derecho romano y su evolución ulterior”. *RIDA* 48, 2001, pp. 385-392.
 - “La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo, en la Actividad de la Banca y los negocios mercantiles en el Mare Nostrum”, Pamplona, 2015, p. 35-53.
 - “Derecho Romano y transporte Marítimo: antecedentes del Bill of Lading y del documento electrónico del transporte”, en *Atas do XX Congresso Internacional e do XXIII Congresso Ibero-Americano de Direito Romano*, Lisboa, 2018 pp. 489-510.

Sobre a autora:

Tewise Ortega González

Doctora en Derecho y profesora colaborada del Área de Derecho Romano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria.

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA, Espanha

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0000-715X>

E-mail: tewise.ortega@ulpgc.es

