

LA RESPONSABILIDAD DEL *HORREARIUS* POR LAS MERCANCÍAS DEPOSITADAS EN LOS ALMACENES

ESTHER DOMÍNGUEZ LÓPEZ Y BELÉN MALAVÉ OSUNA
Málaga - España

LA RESPONSABILIDAD DEL *HORREARIUS* POR LAS MERCANCÍAS DEPOSITADAS EN LOS ALMACENES

1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS.

Resulta dudosa la etimología del término *horreum*, (en latín tardío, *horreus*),¹ que en castellano se traduciría como “almacén”, ya que puede derivar de *hordeum*, que significa cebada, o de la raíz *horrei*, que lleva ínsita la idea de algo desagradable por su oscuridad, dureza o rigor, como la estación invernal, en la que tenía lugar la recolección de aquellos frutos que luego se almacenaban en lugares especialmente habilitados. Así pues, *horreum*, o toma el nombre de las especies allí depositadas (principalmente, *hordeum*), o de las singulares características de la estación en que tenía lugar el aprovisionamiento. En todo caso, parece que originariamente, *horreum* designaba el lugar en que se almacenaba el grano y otros frutos de la tierra recogidos tras las cosechas, y por extensión, productos elaborados a partir de éstos, como el vino,² el aceite, o, incluso, los instrumentos agrícolas.³ En la diversidad del género allí depositado puede estribar la distinción que algunos escritores advirtieron con los llamados *granaria*, dado que la estructura de los edificios que llevan sus nombres se identificaba con facilidad, por sus peculiares rasgos⁴. Aun sin abandonar la impronta rústica con que nació, *horreum* pronto asumiría un carácter urbano, al generalizarse entre las familias su uso para almacenar provisiones y objetos de todo género.

Aunque su planta y construcción variaban en función de las especies acogidas, de tal forma que se asegurara su conservación contra humedades y el calor, el *horreum* puede ser descrito como un complejo de edificios compactos y sólidos, contruidos principalmente en piedra refractaria y más tarde, también con muros de ladrillos de diverso espesor, con escasos vanos. Los edificios, dispuestos de ordinario alrededor de patios, contaban normalmente con dos plantas, de las cuales la baja se destinaba al almacenaje, y la superior a las oficinas y estancias de los empleados. El interior se dividía en diversas *cellae* destinadas a albergar, tanto los distintos tipos

¹ Tan incierta que ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris 1979, s. v. *horreum*, declaran expresamente “Pas d’étymologie”. Entre sus derivados están *horreolum*, *horreaticus* y *horrearius*. ROMANELLI, “*Horrea*”, *D. Ep.* 3 (1922) pp. 967 ss., opina en cambio que la etimología del término es localizable aunque no segura.

² Sen., *Ep.* 114,26; Hor., *Carm.* 3,28,7; Columella, 1,6.

³ Columella, 1,6. ROMANELLI, “*Horrea*”, *D. Ep.* 3 (1922) pp. 967 ss.; THÉDENAT, “*Horreum*”, *DS* 3.1 (1969) pp. 268 ss.

⁴ Por ejemplo, Plin. *NH* 18,73, insiste especialmente en el aspecto de mole que caracterizaba a los *horrea*, mientras que los *granaria* eran edificios mucho más ligeros y pequeños, normalmente de madera, suspendidos en el aire mediante la sujeción de postes y con gran cantidad de vanos para una adecuada ventilación. En idéntico sentido, Varr. *De re rust.* 1,57 (*granaria sublimia*) y Vitruv. 6,9 (*granaria sublimata*). Por oposición a éstos, Columella menciona el *horreum pensile*, en 12,52: *esse oportet pensile horreum, quo imponantur fructus: idque tabulatum simile esse debet granario*.

de frutos cuya mezcolanza no era aconsejable para su conservación,⁵ como otros objetos depositados por los particulares.

A esta descripción se acomodaban la mayor parte de los *horrea publica*, adscritos al servicio de la *Annona* y llamados propiamente *horrea fiscalia* en el siglo V (C.Th. 15,1,12),⁶ cuya titularidad correspondía al Estado como garante del abastecimiento regular de los productos de primera necesidad a los ciudadanos.⁷ Y también los *horrea militaria*, subespecie de los *fiscalia*, destinados a subvenir las necesidades de las tropas y servidos por cuerpos establecidos con carácter permanente.⁸

Con el paso del tiempo, algunos de estos almacenes públicos parecen haber aceptado mercancías de diversa índole, depositadas por los particulares por razones de seguridad (C.Th. 15,1,12). Ello da lugar a la creación, en época de Alejandro Severo, de almacenes públicos para la custodia de dinero, objetos preciosos, así como mercaderías de los comerciantes y objetos en litigio o recibidos en prenda, que pueden asemejarse a las actuales instituciones de depósito existentes en muchas ciudades, fundamentalmente en los puertos (Lampr., *Sev. Alex.* 39; C.10,72,6; C.Th. 12,6,16; 15,1,12). Aunque tales almacenes servían a intereses de los particulares, eran concebidos con fines de munificencia, de tal suerte que el Estado los cedía gratuitamente o, todo lo más, recaudaba una módica tasa. De este perfil difieren aquellos otros almacenes públicos que el Estado, actuando como otro particular más, alquilaba directamente o cedía para su explotación a los privados, aunque siempre bajo su estricto control (*ad ex. los horrea Seiani*, CIL 9471).

La administración de los *horrea annonae*, en un principio encomendada a los ediles, fue atribuida a partir de Augusto al *praefectus annonae*, dependiente en el Bajo Imperio del *praefectus urbi*.⁹ En cada almacén existía además todo un cuerpo de empleados (adscritos a los varios servicios de contabilidad estaban los *tabularii*, los *dispensatores a frumento* y los *mensores*; para la tarea de carga y descarga, los *nauticarii*, los *catabolenses* y los *levamentarii*; encargados de la custodia de las cosas estaban los *custodes* y *apothecarii*), bajo la dirección, primero de un *vilicus*,¹⁰ y después de los *praepositi horreorum*¹¹, responsables en general del recto funcionamien-

⁵ A su vez, éstas se dividían en compartimentos más pequeños llamados *lacusculi* según Colum. 12,52.

⁶ *Horrea fiscalia apud urbem Romam nec non etiam Portus in usus translata privatos cognovimus.*

⁷ Entre los más antiguos figuran los llamados *horrea Sempronia* (CIL 14,4190; Liv., 4,12,16; 35,10,41; 40,51; Plin., *NH* 18,4,1), y los *horrea Sulpicia* -más tarde conocidos como *horrea Galbana*, que fueron sin duda los más importantes y célebres, contruidos sobre terrenos pertenecientes a la *gens Sulpicia* y cuya existencia testimonia Horacio en una epístula dirigida a Virgilio (*Carm.* 4,12,18). Otros eran conocidos por el nombre de los productos que albergaban, como los *horrea chartaria*, destinados a la distribución del papel importado de Egipto (cfr. Plin., *NH* 13,23 s. y 27); los *horrea candelaria*; *horrea piperataria*, contruidos por Domiciano con el fin de abastecer de especias y otros productos procedentes de Egipto y de Arabia, cuyo comercio monopolizaba el Estado romano, como ocurría también con el de la sal (Dio., 72,21).

⁸ De su régimen administrativo nos informa C.Th. 7,4 (*De erogatione militaris annonae*).

⁹ A la responsabilidad del prefecto aluden C. Th. 11,14,1 y C. 10,20,1, 2 y 3.

¹⁰ La *Notitia dignitatis* menciona también un *curator horreorum*, probablemente superior jerárquico de los *vilici* en caso de haber más de uno. Así THÉDENAT, "*Horreum*", *cit.*, p. 271; y ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôt en droit romain*. Paris 1966, p. 16.

¹¹ De ellos se ocupa el C. Th. 12,6.

to de estos almacenes, y de la conservación de las especies allí consignadas.¹² Entre este variopinto personal se encontraba también el *horrearius*,¹³ normalmente un siervo imperial,¹⁴ cuya misión no era simplemente la de custodiar (a ello se dedicaban propiamente los *custodes*), sino la de controlar directamente el almacén o una concreta sección del mismo, organizando las cohortes que de él dependían.¹⁵ En todo caso, parece claro que no era sino uno más de los tantos empleados con que contaba el almacén, y que su responsabilidad se actuaría en el ámbito de esas relaciones internas entre los *praepositi horreorum* y el total del personal adscrito al almacén.

En los casos en los que el Estado, actuando como un particular cualquiera, arrendaba los almacenes para su explotación a sociedades constituídas como empresas, a cambio de un canon periódico, no sabemos a ciencia cierta cuál era el papel del que llamamos horreario, pero es de suponer que, puesto al frente del negocio por el propio contratista, tuviera idéntica misión de control directo y supervisión de la actividad desarrollada en estos establecimientos.

En definitiva, creemos poder afirmar sin temor a equivocarnos, que en los *horrea fiscalia* y demás almacenes sometidos de alguna forma al control imperial, la figura del *horrearius* no desempeñaba el crucial papel que juega en los contratos privados, en virtud de los cuales el horreario o almacenista es, en la mayoría de los casos, directamente responsable de los daños o pérdidas sufridas en las cosas depositadas bajo su cargo.¹⁶

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE ALMACENAJE.

La calificación de la relación que une a aquél que permite a otro que deposite determinadas mercancías en un almacén propio o de un tercero, obligándose además a la conservación de las mismas, resulta muy discutida. Durante mucho tiempo, ha sido opinión prevalente entre la doctrina que se trata de una *locatio conductio operis*.

¹² Vid. C.Th. 12,6,5; C. 10,26,1,3 y 3.

¹³ Derivado de *horreum* y alusivo al guardián de los graneros estatales en época imperial. Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., s.v. *horreum*.

¹⁴ CIL 6,8682: *Zosimus Caesaris nostri servus horrearius*; CIL 6,33746: *Primo Caesaris servo horreario*; CIL 9,1545: *Concordius horrearius*.

¹⁵ Tal conclusión la extraemos de la lectura de diversas inscripciones relativas todas a los *horrea Galbana*, de las que resulta que, conforme a la concreta distribución de estos almacenes alrededor de tres patios o *cohors* (CIL 6,338; 339; 588; 710), el personal adscrito a los mismos estaba repartido en tres cohortes, al frente de cada una de las cuales había un *horrearius*: CIL 6,682 y 6,30901 (que testimonian la presencia de tres *horrearii* en los *horrea Galbana*); y CIL 6,30901: *Horreariorum cohortis II Maioris et Diadumeni Caesaris nostri servorum et T. Flavi Crescentis et operarii* (sic) *Galbenses*.

¹⁶ Ignoramos en efecto el régimen aplicable a los casos en que el Estado cedía el uso de los almacenes públicos a los particulares, bien dándolos en arriendo, bien cediendo su explotación, aunque es lógico suponer que en el primer supuesto eran también empleados o siervos imperiales los que se hacían cargo del cuidado de los almacenes públicos, mientras en el segundo quedarían bajo el control del propio *conductor* o de subordinados suyos. Sí consta, en cambio, que el cobro del correspondiente alquiler (entendemos que en el primero de los casos) era asignado a *publicae personae*, como el *procurator exactioni praepositi* de que habla D.20,4,21,1.

ris faciendi,¹⁷ y aunque tampoco faltan autores que avalan la tesis de la *locatio operarum*,¹⁸ hoy parece imponerse la opinión de aquellos que sostienen que se trata de un contrato de *locatio rei*.¹⁹ Esta disparidad de opiniones revela la dificultad de encuadrar la relación que une al *horrearius* con sus clientes en una determinada figura contractual, pues se mezclan aquí elementos propios de diversas relaciones:

Por un lado, supuesto que se cede el uso de un inmueble -o más precisamente, de una estancia particular del mismo- a una persona para que en ella deposite determinadas cosas, y si como se desprende de algunas fuentes, es el “cliente” la única persona que tiene acceso a esa parte del inmueble²⁰, la analogía con la *locatio rei* resulta indiscutible. Ahora bien, a diferencia de lo que normalmente acontece en relaciones de esta índole, el inmueble (en este caso *horrea* o cualquiera de sus partes: *cella*, *arca*, *arcula*, *locus*, *loculus*, *armarium*) permanece bajo el control del *locator*, que asume la obligación de cuidar y conservar los efectos en ellos depositados. En efecto, la obligación del *horrearius* no se circunscribe a la puesta a disposición del almacén al *conductor*, sino que se extiende a la custodia y vigilancia de las cosas, dado que responde en caso de pérdida o deterioro de las mismas -como comprobaremos-. Y tal actividad (desarrollada personalmente o mediante empleados suyos) es ajena, desde luego, a los perfiles típicos de la *locatio rei*. Es más, podemos afirmar que tal labor, lejos de ser accidental, constitutiva en muchas ocasiones la principal razón de ser del contrato de almacenaje, al que se recurría para lograr una seguridad que no podía obtener el particular por sus propios medios. En efecto, son numerosas las noticias que nos llegan, tanto de fuentes literarias como jurídicas, acerca de la habitualidad con que los romanos depositaban en estos almacenes cosas de valor o cuyo uso sólo era esporádico, tales como dinero, joyas u otros objetos preciosos; obras de arte; muebles y demás ajuar doméstico. En definitiva, lo más valioso de sus fortunas, tal como reza en D.1,15,3,2 (“*pretiosissimam partem fortunarum suarum*”).²¹

¹⁷ Tesis defendida entre otros por BRUCKNER, *Die ‘custodia’ nebst ihrer Beziehung zur ‘vis maior’ nach römischen Recht*. München 1889, pp. 222 ss.; HAYMANN, “*Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. 1. Über die Haftung für ‘custodia’*”, ZSS 40(1919) p. 209; PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*. Paris 1926, p. 96 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*. Napoli 1933, pp. 118 s.; WUBBE, “*Zur Haftung des ‘Horrearius’*”, ZSS 76 (1959) pp. 513; y MICHEL, *Gratuité en droit romain*. Bruxelles 1962, p. 71.

¹⁸ Así ROSENTHAL, “*‘Custodia’ und die Aktivlegitimation zur ‘actio furti’*”, ZSS 68 (1951) p. 232; y BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia 1953, p. 489.

¹⁹ Entre los más representativos citamos a VAZNY, “*‘Custodia’*”, *Annali Palermo* 12 (1929) pp. 131 ss.; HUVELIN, *Études d’histoire du droit commercial romain*. Paris 1929, p. 148; CARRELLI, “*In tema de responsabilità per custodia in riguardo ad alcuni studi recenti*”, *Rassegna bibliograf. delle sc. giur.* 6 (1931) pp. 608 ss.; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*. Milano 1938, pp. 225 ss.; THOMAS, “*‘Custodia’ and ‘Horrea’*”, *RIDA* 6 (1959) pp. 374 ss.; ID., “*Return to ‘Horrea’*”, pp. 360 ss.; y CANNATA, “*Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’ nel diritto romano classico*”, *SDHI* 30 (1964) pp. 235 ss.

²⁰ En efecto, los diversos compartimentos del almacén (alacenas, armarios, arcas) quedaban cerrados con llave, según resulta de D.1,15,3,2 (... *cella, effringitur vel armarium vel arca* ...), que, al parecer, eran entregadas al *conductor*: vid. D. 19, 2, 56.

²¹ Por todos, vid. Sen., *Ep.* 45,2; Plin., *Ep.* 8,18; Ap., *Metam.* 4,18 y 5,2; D. 2,13,6, *pr.*; D. 32,84; D. 33,7,20,8; D. 33,7,39 y 40; D. 34,2,32,4; D. 42,1,15,11 y 12; y C.Th. 11,20,3, de algunos de los cuales resulta además que para este tipo de depósitos eran muchas veces preferidos, por su mayor seguridad, los *horrea rustica*.

Y desde esta última perspectiva, la relación adquiere una nueva y más amplia dimensión, que encajaría en la esfera de la *locatio conductio operis* (supuesto que el depósito es remunerado), como así sostienen algunos autores.

Para explicar esta singular composición se han avanzado diversas propuestas: aceptando la tesis de la *locatio rei*, explica Cannata que lo que diferencia esta relación del común alquiler de inmuebles es el fin para el cual se arrienda el almacén, cual sea la conservación de las cosas de los clientes. Así, prosigue el autor, los lugares puestos a disposición de los *conductores* no pueden ser considerados desde su sólo “consistencia muraria”, sino más bien bajo la óptica de su idoneidad para el cumplimiento del aludido fin.²²

Manifestando una orientación diversa, considera Paris que la puesta a disposición del inmueble tiene un carácter instrumental en esta relación -que él califica de *locatio operis*-, en cuanto necesaria para llevar a cabo la labor de guarda y custodia de los objetos consignados en aquél.²³ Otorgando paritaria importancia a ambos aspectos en orden a la denominación de la relación, resuelven otros que se trata de un contrato mixto (*locatio rei-locatio operis*);²⁴ por similar postura se decantan aquellos que denuncian la imposibilidad de encuadrar propiamente esta relación en una de las tres categorías de *locatio* descritas por la doctrina.²⁵

Y en fin, sugiriendo una analogía con el contrato de transporte marítimo, ciertos autores califican el contrato de almacenaje como una *locatio rei*, a la que se añadía una cláusula de asunción expresa de garantía en relación a la salvaguarda de las cosas (*recipere rem salvam fore*).²⁶

Aunque la complejidad del asunto no permita avanzar una propuesta definitiva, pensamos, atendiendo a las consideraciones anteriores, que el contrato de almacenaje desarrollado en los *horrea* romanos constituye más bien un caso particular de *locatio rei*, cuyas peculiaridades le vienen dadas por la cualidad de la cosa arrendada. Lejos de parecer un matiz baladí, esta circunstancia resulta fundamental para determinar la naturaleza jurídica de la relación, ya que en realidad, quien solicita los servicios prestados en un *horreum*, busca, ante todo, ciertas condiciones o aptitudes en el local; tanto es así, que el cliente paga precisamente por el acceso a un lugar seguro en que depositar sus mercancías. *In summa*, el *conductor* paga una contraprestación por el uso de una cosa, pero no una cosa cualquiera, sino de unas especiales características, y obligación del *locator* es mantener las instalaciones en condiciones tales que las hagan óptimas para el uso al que se destina. De hecho, no exis-

²² CANNATA, *op. supra cit.*, pp. 237 s.

²³ PARIS, *op. et loc. cit.*

²⁴ Así, ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*. Paris 1966, pp. 245 ss.; y ROBAYE, *L'Obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*. Bruxelles 1987, p. 124.

²⁵ THOMAS, *ops. et locs. cit.*; y WUBBE, *op. et loc. cit.*

²⁶ DE ROBERTIS, “*Receptum nautarum*”, *Ann. Bari* 12 (1952) pp. 127 ss., y diáfaramente en “*Rosenthal, 'Custodia und die Aktivlegitimation zur actio furti'*”, *IURA* 4 (1953) p. 348; y en el mismo sentido, MAYER-MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum Klassischen römischen Recht*. München 1956, p. 212. Por su parte, HUVELIN, *Études d'histoire, cit.*, p. 148, propone una suerte de *locatio rei* con pacto añadido de custodiar las cosas, que habría devenido tácito con el paso del tiempo.

tió en la historia de la arquitectura romana un conjunto de edificios fortificados que reuniese unas aptitudes de resistencia y seguridad tan acusadas como los *horrea*²⁷. Resulta, pues, que esa actividad de guarda y custodia desplegada por el *locator* o sus empleados, más que consecuencia del contrato celebrado con el cliente, es un presupuesto del mismo, conformando su propio objeto: el cliente arrienda el uso temporal de una cosa sólo porque él la considera segura *a priori*, y siendo así, corresponde al *locator* mantener esas condiciones de seguridad para no frustrar las expectativas del primero. Bajo este perfil y pese a las lógicas diferencias, podemos encontrar en el aludido contrato un precedente remoto del servicio que prestan las actuales cajas de seguridad bancarias²⁸.

Concluyendo, para nosotros, el contrato celebrado entre *horrearius* y cliente encaja perfectamente en el ámbito de la *locatio-conductio rei*, en virtud del cual, el *locator* se obliga a poner a disposición del *conductor* una cosa, que en este caso reúne unas particularísimas características por su seguridad, obligándose el segundo a pagar a cambio una congruente remuneración. Bien pudiera arguirse que detentador material de la cosa sigue siendo el *locator*, contra lo que sería normal en este tipo de arrendamientos, argumento que, sin embargo, no resulta decisivo porque la entrega de las llaves que abren las estancias arrendadas se hace al cliente, lo que en definitiva le faculta para su uso.²⁹ A más de lo expuesto, la tesis se acomoda sin obstáculo a los testimonios de las fuentes, en las que se alude siempre a los clientes como *conductores* en esta relación, y expresamente en 19,2,60,9 y C.4,65,1.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL *HORREARIUS*.

Aspectu primo, las fuentes atribuyen al *horrearius* una responsabilidad que no se corresponde con la normalmente exigible a los arrendadores de cosa, en cuanto sus obligaciones en relación al cliente no parecen circunscribirse al mantenimiento y conservación de la *res* objeto del contrato, sino que abarcaba también a los efectos que en los almacenes depositaban los *conductores*. Es, en efecto, opinión comúnmente aceptada por la doctrina, que el *horrearius* responde de la custodia de los objetos consignados, como *apertis verbis* se reconoce en:

D.19,2,60,9 (*Lab. post. 5 a lav. epit.*): *Rerum custodiam quam horrearius conductoribus praestare deberet, locatorem totorum horreorum horreario praestare non debere puto, nisi si in locando aliter convenerit.*

²⁷ Basta pensar en la planta, distribución y características constructivas en cuanto a los materiales, así como en la gestión cuasi militar de la mayoría de estos almacenes, para avalar tal afirmación.

²⁸ Vid. a propósito, LA LUMIA, *I depositi bancari*. Torino 1913, pp. 196 ss.; THOMAS, “*Custodia and Horrea*”, cit., p. 372; y, GALVEZ DOMÍNGUEZ, *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*. Granada 1997, pp. 5 ss.

²⁹ A propósito del sentido de la expresión “*apud horrea*” en D.18,1,74 (*Pap. 1 definit.*), que siguiendo la opinión mayoritaria de la doctrina hace referencia a la necesidad de que las llaves sean entregadas junto (*apud*) al almacén, vid. ROYO ARPÓN J.M., “*Valor semántico de ‘apud’ en D.18,1,74*”, *Estudios de Derecho Romano en memoria de B.M. Reimundo Yanes* 2 (Burgos 2000) pp. 381 ss., quien propone -atendiendo al valor semántico de la locución- un significado diverso para la misma, esto es, que la transmisión opera desde el momento en que las llaves entregadas correspondan efectivamente a los almacenes, aunque éstos no sean abiertos.

En la relación descrita en el texto intervienen tres sujetos: el *horrearius*; el *conductor*; y el *locator totorum horreorum*. El primero, se afirma, responde de la custodia de las cosas frente al segundo, responsabilidad que no grava -se añade a renglón seguido- al *locator totorum horreorum*, salvo que expresamente se hubiere convenido lo contrario. Se vislumbran por tanto dos relaciones contractuales diversas: un primer contrato celebrado entre el *locator totorum horreorum* y el *horrearius*; y un segundo contrato concluido entre este último y el *conductor*. En lo que hace a la calificación jurídica del contrato concluido entre el horreario y el *locator totorum horreorum*, posiblemente dueño de los almacenes, se reduce a una alternativa: bien considerar que éste último, reservándose el beneficio de la explotación de los *horrea*, ha encomendado su gestión directa al *horreario*, pagándole una *merces* a cambio del servicio prestado (*locatio conductio operarum*); bien considerar que le ha cedido la explotación del negocio, quedando obligado el horreario simplemente a pagar una contraprestación por el uso del almacén. Atendiendo a la propia letra del texto, creemos se trata más bien de un contrato de arrendamiento de cosa o *locatio rei*, cuyo objeto sería evidentemente el almacén considerado en su totalidad (se habla, en efecto, de *locator horreorum*); siendo la segunda de las contempladas relaciones (aquélla que tiene lugar entre el horreario y el cliente), otra locación de cosa, ésta sí cualificada (como expusimos líneas atrás).³⁰

Pero Alzon propone una tercera posibilidad, cual sea la de un sólo negocio realizado entre el *dominus* o *locator totorum horreorum*, y los eventuales clientes, marginando el papel del *horrearius*, al que no atribuye más cualidad que la de ser empleado del primero.³¹ En apoyo de esta teoría, aduce el autor que la locución *totorum horreorum* no puede interpretarse en el sentido de “todo el local entero”, sino más bien como un tipo particular de local no dividido internamente. Apostilla Alzon que si el texto se refiriese al arrendamiento de un almacén, entendido como un *universum*, cuyas partes eran a su vez subarrendadas por el *horrearius*, debería haberse utilizado la expresión más certera de *omnium horreorum*, en cuanto *totus* significa -siempre según el autor- “todo”, en el sentido de un todo entero indiviso. Partiendo de esta interpretación, coincidirían efectivamente los objetos de ambas locaciones, por lo que el autor concluye que, en realidad, nos encontramos ante un sólo contrato.

El argumento de base filológica aducido por el autor no resulta, desde luego, decisivo en tal sentido, pues aun con los matices que quiera, *totorum horreorum* puede sin obstáculo designar el complejo de edificios que conforman los *horrea*, por oposición a las particulares estancias en que los mismos se dividen, como acertadamente puso ya de relieve Robaye.³²

No obstante, en lugar de rechazar sin más la tesis barajada por el autor -como hace un sector de la doctrina-, creemos conveniente matizarla. En efecto, si se trata de un sólo contrato concluido entre el *locator totorum horreorum* y los clientes, siendo el horreario un empleado del primero, resulta cuando menos extraño que se hable

³⁰ Por la hipótesis de dos locaciones *rei* se inclinan autores como CANNATA, “*Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’*”, cit., pp. 239 ss.; THOMAS, “*Return to ‘Horrea’*”, cit., pp. 355 ss.; y, ROBAYE, *L’Obligation de garde*, cit., pp. 100 ss.

³¹ ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts*, cit., pp. 10 ss.

³² ROBAYE, *L’Obligation de garde*, cit., pp. 102 s.

en el texto de una responsabilidad directa del mismo frente a los clientes de aquél (*Rerum custodiam quam horrearius conductoribus praestare deberet*); en todo caso, la misma debería hacerse efectiva frente al propietario bajo cuyas órdenes ejecuta su trabajo, respondiendo éste último ante los *conductores* de la pérdida o deterioro de las mercancías depositadas.

Aun más, aunque la extensión de las obligaciones del horreario dependan del contrato celebrado con el dueño del almacén, ocurre que en la mayoría de los textos que después analizaremos sólo se alude a la responsabilidad del dueño, siendo sin embargo evidente que en la mayoría de los casos la explotación se llevaría a cabo por empleados del mismo (horreario, *custodes*, ...); y si entonces se afirma su responsabilidad por regla general, llegamos a la conclusión que en el texto en examen, en que se establece justamente lo contrario, esto es, la responsabilidad por custodia del horreario frente al *conductor*, aquél no interviene como simple empleado del dueño, sino como persona a la cual éste le ha cedido o arrendado el almacén, obteniendo los beneficios del negocio y, consiguientemente, asumiendo la responsabilidad respecto de las mercancías depositadas.

Por esta razón, consideramos también que el último inciso del texto, que sugiere la posibilidad de que el *locator* se obligue en virtud de pacto expreso, en la misma medida en que lo está el horreario (... *locatorem totorum horreorum horreario praestare non deberet puto, nisi si in locando aliter convenerit*), es ajeno al discurso originario. Si el horreario fuese un empleado del dueño (y siempre, claro está, que tuviese la condición de hombre libre), podría entenderse que su responsabilidad variase en función de lo expresamente convenido en el arrendamiento de servicios. Bajo este prisma, aun podríamos conectar el sentido de la discutida forma verbal *deberet* empleada por Labeón, con la situación que “debiera” ser normal, aunque no siempre aconteciese así. De otra forma, no podemos sino concluir, como la mayoría de la doctrina,³³ que nos encontramos muy posiblemente ante una cláusula de estilo, añadida con gran desatino al texto originario.³⁴

Analicemos ahora otro párrafo del mismo fragmento, en que se contempla la hipótesis de almacenaje de cosas de cierto valor:

D.19,2,60,6: *Locator horrei propositum habuit se aurum, argentum, margaritam non recipere suo periculo; deinde cum sciret has res inferri, passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixit, ac si propositum fuit remissum videtur.*

“El arrendador de un almacén declara expresamente que no asumirá el riesgo respecto de determinadas cosas de valor, como oro, plata o perlas; pero si conociendo luego de su depósito, lo consiente, deberá quedar obligado frente al *conductor*”.

³³ En este sentido, EISELE, “*Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*”, ZSS 13 (1892) p. 152; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit. pp. 118 s.; MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 210; THOMAS, “*Custodia and Horrea*”, cit. p. 378; WUBBE, “*Zur Haftung*”, cit., p. 510; y CAN-NATA, “*Su alcuni problemi relativi a la ‘locatio horrei’*”, cit., p. 239; y ROBAYE, *L’Obligation de garde*, cit., pp. 104 s.

³⁴ Esta es la lectura que se hace del texto en Bas. 20,1,60,9, en que aparece la forma verbal “*debet*”, señalando que la responsabilidad por custodia del horreario constituía una elemento necesario del contrato. A propósito, vid. THOMAS, “*Return to ‘Horrea’*”, cit., p. 354.

Un análisis pormenorizado del texto aconseja dividirlo en dos partes: la primera (desde *locator horrei* hasta *suo periculo*) corresponde exactamente a lo que Labeón afirmaba en el párrafo anterior, y es que la *custodia* (o *periculum custodiae rei*) conforma en términos de *regula* el contenido del *praestare* del horreario³⁵. En efecto, se dice que para que el mismo quede exonerado de tal grado de responsabilidad, debe manifestar *expressis verbis* que no soportará el riesgo de la pérdida de esas determinadas cosas (*non recipere suo periculo*), ordinariamente, haciéndolo constar así en las condiciones de contratación que quedaban expuestas a la entrada del almacén para otorgarles publicidad.

Sólo una precisión: el texto habla de *locator horrei*, sin especificar si el mismo es o no el dueño del almacén, por lo que, siguiendo el razonamiento hilado a propósito del pasaje anterior, podríamos suponer que se trata del propio *dominus*, o de una persona distinta a la cual éste arrendó el uso del almacén, o lo que es igual, le cedió la explotación. Sea como fuere, su responsabilidad resta inalterada.

En la segunda parte del texto (*deinde cum sciret ... remissum videtur*), afirma sin embargo el jurista, que si el *locator horrei* tuvo conocimiento del depósito efectivo de tales objetos de valor, y no se opuso (*deinde cum sciret has res inferri passus est*), quedará obligado frente al *conductor*, en la misma medida que si expresamente lo hubiera admitido (*ac si propositum fuit remissum*).

Resulta, pues, que frente a lo que se deducía literalmente de la primera parte del fragmento, el horreario no puede aceptar el depósito de las mencionadas cosas sin asumir a la vez el riesgo de su pérdida o menoscabo, ya que el simple hecho de aceptar el depósito de las mismas equivale a aceptarlas a su riesgo.³⁶ El único presupuesto para que se afirme su responsabilidad consiste en haber consentido que tales cosas fueran depositadas en el almacén, y tal caso resulta equiparado a una renuncia al propósito que el mismo tenía de *non recipere suo periculo*. Así entendido, el discurso de

³⁵ Opina ROBAYE, "L'Obligation de garde", cit. p. 127 s., que la extrema plasticidad del término *periculum* impide establecer una concreta equivalencia con el término *custodia*, pues -siempre según él- designa simplemente aquél sobre el cual va a recaer el daño, ya acontezca sin que medie culpa del mismo, ya se deba a una falta propia, o incluso a dolo, rechazando de esta forma la tesis comúnmente sostenida, según la cual el texto en examen hace referencia al *periculum custodiae*, esto es, a la responsabilidad por custodia. En realidad, el autor se ve obligado a mantener tal hipótesis en cuanto sostiene, por un lado, que tal grado de responsabilidad era accesorio o adicional en este contrato; y, por otro, que la *custodia* es una responsabilidad subjetiva, derivada de una particular falta de cuidado o negligencia: *neglegentia in custodiae rei*. Frente a esto, y aunque efectivamente el término *periculum* es empleado en las fuentes como sinónimo de responsabilidad sin alusión al concreto límite de la misma, su genuino significado, del que ni siquiera se ha desprendido en nuestros días, impide circunscribirlo a aquellos supuestos de daño o incumplimiento conectados directa o indirectamente con el comportamiento del sujeto, abarcando también y principalmente eventos de procedencia externa que dan lugar a la verificación del resultado lesivo o al incumplimiento de la obligación. En definitiva, puede tratarse, bien de una asunción total de riesgo (*omne periculum*, D.13,6,5,3), bien de un riesgo limitado por eventos constitutivos de fuerza mayor (es el caso de los obligados por la custodia de la cosa -*periculum custodiae*-, de los que se habla en textos como D.4,9,5,pr., relativo al *nauta*, *caupo* y *stabularius*; D.18,6,1,1 y 15,1, ambos referentes al *periculum venditoris*; y D.47,2,14,16 y 17, en que se mencionan algunos detentadores de cosa ajena que responden igualmente por custodia), pero en todo caso se conecta con criterios objetivos de responsabilidad, y tal es el caso de la así llamada *custodia* técnica, como resulta de los textos que seguidamente veremos, en los que se fija como único límite de la responsabilidad del horreario los eventos constitutivos de fuerza mayor.

³⁶ En este sentido, CANNATA, "Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei'", cit., pp. 246 s.; y, ROBAYE, L'Obligation de garde, cit., pp. 127 s.

la primera parte del texto podría haberse detenido en el término *recipere*, sin por ello alterar en forma alguna el sentido práctico de la disposición.

En idéntico sentido -creemos- debe interpretarse una enigmática cláusula de una *lex horreorum*, cuyo contenido ha sido reconstruido por Mommsen en la forma que sigue:

“Quisquis in his horreis conductum habet, elocandi et / [substituendi ius non habebit. Invectorum in haec horrea cu]stodia non praestabitur”.³⁷

De ella se deduce la prohibición para el *conductor* de subarrendar o ceder a terceros el uso de los *horrea*, afirmándose seguidamente la exclusión de la responsabilidad por custodia del *locator horrei* respecto de tales mercancías.³⁸ Tal regla se muestra acorde con lo dispuesto en la última cláusula de la misma *lex horreorum*:

“Quisquis habens conductu]m horreum su[a ibi] reliquer(it) et custodi non adsignaver(it), horrearius sine culpa erit”,

que alude a la necesidad de consignar, previamente al acto de depósito, las mercancías y objetos ante el *custos*, so pena de correr con todos los riesgos de la pérdida o deterioro de las cosas. Es decir, cualquiera sea el motivo de la pérdida o menoscabo de las mercancías (robo, daños ocasionados por terceros, vicios de la construcción), el *horrearius* no queda en absoluto obligado frente al *conductor* si no fueron registradas,³⁹ tal como se deducía también del texto de Digesto en examen.⁴⁰

Interpretando la citada frase de la *lex*, “*Invectorum in haec horrea cu]stodia non praestabitur*”, como una exclusión general de la responsabilidad del horreario por las cosas depositadas, algunos autores sostienen que la norma habría hecho alusión, en fragmentos no conservados, a cierta relación de cosas, sólo respecto de las cuales el almacenista no respondía por custodia. Entre ellos, Thomas y Cannata prefieren a la reconstrucción de Mommsen, aquella otra perfilada por Huvelin y Mitteis, que rezaría así:

“[...auri argenti margaritarum cu]stodia non praestabitur”.⁴¹

Desde luego, es claro que sacada de su contexto, la frase de Mommsen sugiere una exoneración que no puede mantenerse por contraria a la propia esencia de este

³⁷ FIRA 3, *Negotia*, 145, a).

³⁸ Vid. en este sentido, ROMANELLI, “*Horrea*”, cit. p. 983.

³⁹ A propósito de las formalidades del registro, cfr. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts*, cit., pp. 120 s.; y ROBAYE, *L'Obligation de garde*, cit., p. 117, n. 80.

⁴⁰ En efecto, en el inciso *horrearius sine culpa erit*, el término culpa no designa un criterio propio de responsabilidad, sino que debe ser interpretado en el sentido atécnico o vulgar de que el horreario declina absolutamente su responsabilidad respecto de esas cosas.

⁴¹ La reconstrucción propuesta por Huvelin nos llega a través de MICHALON, *Des lieux de dépôts d'objets précieux dans l'antiquité et de la location des coffres-forts à Rome*. Paris 1910, a su vez citado por GIRARD, *Textes*⁴, p. 850. Similarmente, sugiere MITTEIS, *Ber sächs. Ges. d. Wiss.* 62 (1910) p. 270, n. 1; *Grundzüge*, p. 259, n. 3: “*auri argente cu]stodia non praestabitur*”. Entre los que aceptan tal reconstrucción, podemos mencionar a PARIS, *La responsabilité de la custodia*, cit., p. 105, n. 2; además de los ya citados THOMAS, “*Custodia and Horrea*”, cit., p. 372, n. 8; ID., “*Return to 'Horrea'*”, cit., p. 361; y CANNATA, “*Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei'*”, cit., pp. 245 ss.

instituto, pues como bien se deduce de diversas fuentes ya citadas, los ciudadanos acudían a los establecimientos de depósito precisamente para poner a buen recaudo cosas de valor cuya seguridad no podían garantizar en sus propias casas⁴². Más lógico resulta entonces entender que tal exoneración se refería a cosas concretas, respecto de las que el horreario podía declinar su responsabilidad, como así lo afirmaba también Labeón. Pero a esta interpretación de la mentada cláusula de la *lex horreorum* pueden oponerse fundamentalmente dos razonamientos:

Primero, que en el fragmento legal conservado se excluye simplemente la responsabilidad por custodia del horreario (*custodia non praestabitur*), regla que contrasta con la deducida del fragmento labeoniano, que no admitía la posibilidad de un depósito de tales objetos sin asumir a la vez el riesgo de su custodia. *In extremis*, la facultad arbitrada pretendidamente por la *lex* vuelve inútil la institución que tratamos, pues es inconcebible un depósito de cosas de valor, realizado evidentemente con fines de seguridad, en el cual el horreario decline su responsabilidad; aparte la posibilidad de escudarse en un hipotético ladrón para dejar de restituir las cosas almacenadas.

Segundo, si como resulta de las partes conservadas del fragmento de la *lex*, se había hecho alusión inmediatamente antes a la prohibición de subarrendar el uso de los *horrea*, no entendemos qué sentido tendría en este contexto la alusión a la hipótesis que aquellos autores proponen; más lógico es pensar que el inciso iba también referido al supuesto de la sublocación, excluyendo la responsabilidad del horreario por la custodia (*cu]stodia non praestabitur*) de los efectos depositados contra la interdicción. Así entendido, el discurso guarda una total coherencia interna, al tiempo que se elimina la contradicción con el fragmento de Digesto en examen.

Todo sumado, el riesgo por los daños o pérdida de las cosas depositadas en los almacenes debe soportarlo el *locator horrei* o el *horrearius*, tal como declaraba expresamente el analizado D. 19, 2, 60, 9, salvo que expresamente se haya rechazado el depósito de ciertos objetos de valor, posibilidad prevista en D.19,2,60,6 (*non recipere aurum, argentum, margaritam*). En todo caso, presupuesto necesario de su responsabilidad es que se efectue la consigna o registro de las mercancías, y así se deduce con claridad, tanto de la *lex horreorum*, como de la segunda parte del referido texto de D.19,2,60,6.

De delimitar el contenido exacto de la responsabilidad del almacenista se ocupan los textos que seguidamente relacionamos. Veámoslos:

D.19,2,55, *pr.* (Paul.2 *sent.*): *Dominus horreorum effractis et compilatis horreis non tenetur, nisi custodiam eorum recepit; servi tamen eius, cum quo contractum est, propter aedificiorum notitiam in quaestionem peti possunt.*

⁴² Nos parece desacertada la conclusión que ROMANELLI, “*Horrea*”, *cit.*, p. 984, extrae de D.19,2,60,6, en el sentido de afirmar que por regla general no todas las mercancías podían ser depositadas, en cuanto de la custodia de algunas (precisamente las de más valor) el *locator* podía excluir su responsabilidad, cuando lo único que contempla el texto es la posibilidad que efectivamente decline su responsabilidad de forma expresa, sin que ello sea la norma general. Es más, el mismo autor reconoce en páginas precedentes (pp. 967 ss.) la habitualidad de con que las cosas de valor eran llevadas a estos almacenes con fines de seguridad.

“El dueño de los almacenes forzados y robados no queda obligado, a no ser que se encargara de su custodia; pero los esclavos de aquél con quien contrató pueden ser reclamados para ser sometidos al tormento, con objeto de que presten declaración en relación a los edificios”. Prácticamente idéntico resulta el texto de una constitución de Alejandro Severo, contenida en el Código justiniano, que da noticia de sendos rescriptos de los emperadores Antonino Pio y Caracalla:

C.4,65,4, *Imp. Alexander A. Arrio Sabino. Ex divi Pii et Antonini litteris certa forma est, ut domini horreorum effractorum eiusmodi querellas deferentibus custodes exhibere necesse habeant nec ultra periculo subiecti sint. Quod vos quoque adito praesides provinciae impetravitis. qui si maiorem animadversionem exigere rem deprehenderit, ad Domitium Ulpianum praefectum praetorio et parentem meum reos remitteret curabit. Sed qui domini horreorum nominatim etiam custodiam repromiserunt, fidem exhibere debent.*

“Hay cierto rescripto del Divino Pio y de Antonino (Caracalla), en virtud del cual es preciso que los dueños de almacenes forzados exhiban los guardianes a los cuales deben deferirse estas querellas y, por lo demás, no soportan riesgo alguno (...) Pero si los dueños de los almacenes se comprometieron a responder de su custodia, quedan obligados por ello”.

Identificando en ambos casos al *dominus horreorum* con el *horrearius*, algunos autores extraen las siguientes conclusiones de los textos citados: en primer lugar, que la hipótesis de la *effractura*, que interpretan en el sentido de robo cualificado, constituía un evento de fuerza mayor ajeno al contenido de la responsabilidad por custodia y del cual, por ende, no respondía el horreario; en segundo lugar, y acorde con lo anterior, rechazan la genuinidad de aquellos incisos que sugieren la posibilidad de asumir expresamente tal riesgo (D.19,2,55, *pr.*: *nisi custodiam eorum recepit*; C.4,65,4,: *qui dominum horreorum nominatim custodiam repromiserunt*); pues siendo la responsabilidad por custodia un elemento natural del negocio, les resulta inadmisibles tanto la necesidad de asumir expresamente tal responsabilidad, como aun el hecho de que la misma comprendiese eventos constitutivos de fuerza mayor, como la *effractura*.⁴³ Entre éstos, Cannata recurre a una distinción entre dos tipos de *effractura*, de donde deduce que originariamente el texto excluía la responsabilidad del horreario en caso de *effractura latronum* (es decir, de fuerza mayor), y que los posteriores retocadores de los textos, relacionando tal exoneración con la simple *effractura*, añadieron al discurso la referencia a un pacto expreso, con el objetivo de transformar en facultativa la que hasta entonces era normal responsabilidad del mismo.⁴⁴

Frente a esto, un análisis contrastado de los diversos testimonios que ofrecen las fuentes, a propósito de las diversas hipótesis de robo, lleva a Robaye a concluir que la *effractura* no puede considerarse como una fuerza mayor, pues ni siquiera en caso de que fuese perpetrada por más de una persona, ni aun cuando éstas fuesen

⁴³ Así, entre otros, PARIS, *La responsabilité de la custodia*, cit., p. 114; ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 119 s.; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, cit., pp. 229 s.; y WUBBE, “Zur Haftung des Horrearius”, cit., pp. 514 ss.

⁴⁴ CANNATA, “Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’”, cit., pp. 256 ss.

armadas, podría asimilarse al *latrocinium*. A este respecto, describe el autor las diferencias que separan tal hipótesis del *incursus latronum* o *adgressura latronum*, supuesto éste -asegura- sí constitutivo de fuerza mayor, como se reconoce *apertis verbis* en diversos textos:⁴⁵ fundamentalmente, mientras la *effractura*, al implicar en todo caso discreción y rapidez, requiere la intervención de pocas personas, aunque adiestradas en la habilidad de descerrajar puertas sin llamar la atención, el *latrocinium* representa la forma opuesta en el procedimiento, entiéndase, una banda de personas que se sirven de la violencia armada para conseguir los fines delictivos propuestos. Y cree el autor encontrar una confirmación ulterior de tal teoría en textos como Coll.10,9,1: “*periculum vis maioris vel effracturae latronum*” y C.4,65,1: “*periculum vis maioris vel effractura latronum*”, de los que deduce una contraposición entre la *effractura* y la *vis maior*.

Con todo ello pretende demostrar Robaye: por un lado, que la *custodia*, tal como resulta de aquellos controvertidos incisos -cuya genuinidad lógicamente defiende-, era una responsabilidad adicional en este contrato; y, por otro, demostrado que la *effractura* no puede en absoluto equipararse a la fuerza mayor, que tal evento quedaba comprendido en el ámbito de la custodia, entendida además por el autor, como responsabilidad por *neglegentia in custodiendo*, y por tanto, distinta de la simple culpa, a la que ordinariamente quedaba -siempre según Robaye- sujeto el horreario.

Manifestando una orientación en parte diversa, entiende Thomas que sólo estaría interpolado el inciso contenido en C.4,65,4, pero no el relativo del texto de Digesto, por cuanto éste último haría referencia a la posibilidad para el *dominus horreorum*, persona distinta -asegura- de aquél *cum quo contractum est*, de asumir la responsabilidad por custodia frente a éste último, es decir, el *horrearius*. Y añade el autor que la *custodia* exigida a ambos tendría un contenido diverso, pues mientras en el caso del horreario ésta iría referida a las cosas depositadas en el almacén, la *custodia* de la que podría responder el dueño, en caso de asumirla por pacto, recaería sobre el edificio en sí, formando parte de su *dominica potestas (custodia domus)*.

Antes de comentar los argumentos esgrimidos por todos estos autores, es conveniente avanzar algunas reflexiones en torno al término *effractura*:

El vocablo, compuesto de *frango* (=romper, quebrar o abatir), verbo de análogo significado que *rumpo* (=fractura mediante estallido, y que en castellano podría traducirse por destrozar haciendo pedazos o arrancar desgarrando el objeto), y precedido de la partícula *ex* (la cual tiende a asimilarse delante de -f), que le confiere un valor intensivo relacionado probablemente con la idea de movimiento de fuera adentro, lleva ínsito, sin necesidad de más precisiones, la idea de violencia.⁴⁶ En efecto, podemos traducir el término *effractura* por rotura, pero no una cualquiera, sino más bien una que implica necesariamente el completo destrozo, que no acaece más que violentamente, y que en relación a las puertas de los *horrea* podía consistir en arrancarlas, sacándolas de sus goznes, o en abatirlas con instrumentos pesados, requiriendo la acción conjunta de varias personas. Por tanto, y aunque no se excluya la posibilidad de que la *effractura* pueda consistir, en algún caso, en un simple descerraja-

⁴⁵ C.4,24,6 y 4,34,1.

⁴⁶ Vid. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., s. vv. *ex* y *frango*.

miento, realizado de forma clandestina y sin emplear una *vis cualificada*, tal como sugiere el autor, es claro que tal no puede considerarse como la regla general, pues la etimología del término apunta precisamente hacia la dirección opuesta. *In extremis*, y en palabras de Cannata, tratándose de *effractura latronum* nos encontramos desde luego ante un supuesto de *vis maior*.⁴⁷

Retomemos ahora las argumentaciones referidas por aquellos autores: en primer lugar, creemos muy verosímil la posibilidad, apuntada por Thomas, de que en la relación descrita en el texto interviniesen tres, y no dos personas, contra la opinión de un sector representativo de la doctrina. A favor puede aducirse simplemente la contraposición que se hace entre la responsabilidad del *dominus horreorum* y la de aquél *cum quo contractum est*, obligado en todo caso -según resulta- a exponer a sus esclavos guardianes. No podemos empero compartir con el mismo Thomas la tesis que sostiene acerca de las dos formas de custodia: la del propietario, por un lado, y la del horreario (según él, aquél *cum quo contractum est*), por otra, pues en el ámbito de la *custodia* técnica, que siguiendo su misma argumentación pesa sobre el horreario, queda comprendida por razones obvias la vigilancia del propio edificio.⁴⁸ O de otra forma, suponiendo que no se trate de un supuesto de fuerza mayor, debe quedar entonces comprendido en el ámbito de la normal responsabilidad por custodia, y de ésta no parece haber dudas que responde el horreario. Podría aun entenderse que el texto se refiriese a la posibilidad de que tal responsabilidad fuese asumida mediante pacto por el *dominus*, como excepción a la regla habitual, pero si fuese el *dominus horreorum* un arrendador de cosa en relación a aquél, y si el propio horreario dispusiera materialmente del almacén, encargándose además de contratar con los clientes, la conclusión a la que se llega resulta bastante dudosa: ¿cómo podría entenderse que el propietario se hiciera cargo de la guarda y vigilancia de un almacén que, habiéndolo arrendado, salió de su esfera de control del *conductor*? Si el dueño no dispone materialmente de la cosa, no puede en modo alguno custodiarla y, tampoco, y por la misma razón, puede responder de su custodia, pues tal grado de responsabilidad está íntimamente conectado con la homónima actividad, por cuanto se fundamenta en la aptitud de la misma para evitar el acaecer de ciertos eventos que hacen imposible el cumplimiento de la obligación. A fuer de lo expuesto, se afirma sólo en relación a deudores que detentan cosas ajenas y pueden por tanto vigilarlas y custodiarlas para hacer posible su restitución. Pero menos aun se entiende que los clientes se vean obligados a reclamar por los eventuales daños en sus mercancías a una persona ajena al contrato de almacenaje. El razonamiento es idéntico al ya hilado a propósito de D.19,2,60,9, cuando llegábamos a la conclusión que el inciso en que se sugería tal hipótesis estaba interpolado. En todo caso, y de haber contemplado Paulo tal eventualidad, es claro que la cláusula habría tenido poca, por no decir ninguna eficacia práctica.

Ni suponiendo que el horreario fuese empleado del *dominus* encontramos una explicación lógica del texto, pues para la hipótesis en que aquél contratara directamente con los clientes, puede oponerse la última de las referidas objeciones; y suponiendo que hubiera contratado el dueño a través de su empleado, debería haberse afirmado sin más su responsabilidad, dado que la *custodia* es, como resulta de las fuen-

⁴⁷ CANNATA, *op. et loc. supra cit.*.

⁴⁸ Objeción avanzada ya por CANNATA, *op. cit.*, p. 257, n. 73.

tes, un elemento sustancial del contrato de almacenaje, contra lo pretendido, entre otros, por Robaye: en efecto, así se dice *apertis verbis* en el ya citado D.19,2,60,9, y así se deduce también de la interpretación contrastada de D.19,2,60,6 y las referidas cláusulas de la *lex horreorum*, así como de otros fragmentos de los que seguidamente nos ocuparemos (Coll. 10,9,1 y C.4,65,1), en los que se alude a la *vis maior* como único límite de su responsabilidad.⁴⁹

En resumen, sólo caben tres opciones: que Paulo quiso poner de relieve, como ya hiciera Labeón, que el horreario, responsable de la custodia de las cosas almacenadas frente a los clientes, incluida en ella la *effractura*, no tiene derecho a dirigir luego reclamación alguna frente al *dominus*, salvo que así se hubiera establecido; en este caso el inciso podría salvarse pero eliminando del mismo la mención a la *custodia*. Segundo, que el jurista contemplaba la posibilidad de que el dueño eventualmente asumiera la responsabilidad por custodia en lugar del horreario, en cuyo caso resultaría más lógico identificar al horreario con un empleado del primero, encargado entre otras cosas de contratar con los clientes. Pero cabe una última opción que, para nosotros, representa la solución más viable, y es entender que el texto hacía alusión a una hipótesis de fuerza mayor, respecto de la cual el dueño no quedaba obligado más que a exponer a los esclavos *custodes* de aquél con quien había contratado (horreario), a fin de que proporcionasen información sobre los acontecimientos, como así se confirma sin obstáculos en D.1,15,3,2;⁵⁰ admitido tal supuesto, también podrían salvarse los incisos eliminando la referida alusión a la *custodia*.

Esta última interpretación es la que mejor encaja con el significado originario del término, pues para nosotros la *effractura*, implicando siempre el elemento de una *vis* cualificada, es catalogable entre aquellos eventos *cui humana infirmitas resistere non potest*, como ya expusimos. También casa con las noticias que nos llegan de

⁴⁹ Se demuestra que Robaye construye toda su teoría acerca de la *effractura* y su diverso significado en relación a la *vis maior*, simplemente con el fin de encajar tal eventualidad en el ámbito de la responsabilidad por custodia, y así salvar la genuinidad de aquellos incisos que avalan su tesis del carácter adicional, no normal, de tal grado de responsabilidad, que circunscribe, además, al ámbito de la culpa. Del argumento aducido por el autor en conexión directa con los fragmentos que analizamos, nos ocupamos en texto. Por lo demás, aunque no podamos abordar ahora el problema del carácter objetivo o subjetivo de la responsabilidad por custodia, *vexata quaestio* a la que aún hoy no se ha logrado dar una respuesta del todo satisfactoria, sí podemos al menos rechazar la tesis de aquellos que, como Robaye (Ferrini; Lusignani; Mitteis; y Voci), circunscriben tal criterio de responsabilidad al ámbito de la culpa, por cuanto se trata de una teoría hilada en abierto contraste con los testimonios de las fuentes. Sobre esta particular cuestión, *vid.* fundamentalmente: HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*. Jena 1907; KÜBLER, “Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im Klassischen römischen Recht”, *Festgabe Gierke* 2 (1910); HAYMANN, “Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht 1. Über die Haftung für custodia”, *ZSS* 40 (1919); PARIS, *La responsabilité de la custodia*, *cit.*; VAZNY, “Custodia”, *Annali seminario giuridico dell’università di Palermo* 13 (1926); ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, *cit.*; WIEACKER, “Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts”, *ZSS* 54 (1934); LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore*, *cit.*; TALAMANCA, “Custodia (dir. rom.)”, *ED.* 11 (1962); METRO, *L’Obbligazione di custodire nel diritto romano*. Milano 1966; y, CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano* 1. Milano 1966; *ID.*, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*. Catania 1996.

⁵⁰ D.1,15,3,2: *Effracturae fiunt plerumque in insulis in horreisque, ubi homines pretiosissimam partem fortunarum suarum reponunt, cum vel cella effringitur vel armarium vel arca: et custodes plerumque puniuntur, et ita divus Antoninus Erucio Claro rescripsit. ait enim posse eum horreis effractis quaestionem habere de servis custodibus, licet in illis ipsius imperatoris portio esset* (Las fracturas se hacen por lo general en los bloques de pisos y en los almacenes donde los hombres confían la parte más preciosa de sus fortunas; cuando se rompe un compartimento, o un armario, o un arca, son castigados los guardianes ...).

otros textos, que delimitan con más precisión el contenido de su responsabilidad. El primero de ellos, una constitución imperial atribuida a Caracalla, es recogido a su vez, de manera sustancial, en un pasaje de la *Collatio*. Analicemos a continuación la problemática que plantean:

C.4,65,1: *Imp. Antoninus A. Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur. his cessantibus si quid extrinsecus ex depositis rebus inlaesis horreis perierit, damnum depositarum rerum sarciri debet. PP. prid. non. Ian. Antonino A. IIII et Balbino cons.*

“El propietario de almacenes no está obligado a responder ante los arrendatarios por el riesgo de fuerza mayor o fractura llevada a cabo por ladrones. No teniendo lugar estos casos, si hubiera perecido alguna de las cosas depositadas por causa extrínseca, quedando indemnes los almacenes, entonces debe resarcir el daño”.

Coll.10,9 (Paul. l. resp.5 sub tit. ex loc. et cond.): ‘Imp. Antoninus Iulio Agrippino. Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. His cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet. Prop. IIII non. Nov. Antonino IIII cons.’ Paulus respondit: satis praepositam constitutionem declarare his, qui horrea locant, maiorem vim imputare non posse.

“.... . Paulo responde: esta constitución muestra suficientemente que quienes arriendan almacenes no pueden ser obligados por la fuerza mayor”.

La interpretación de estos de últimos textos no plantea, en principio, grandes problemas: la responsabilidad del *dominus horreorum*, dado el amplio sentido del verbo *perire*, abarca cualquier supuesto de perecimiento de la cosa, ya sea por sustracción o por destrucción total o parcial (tal como precisa Marcelo en D.50,16,9),⁵¹ quedando únicamente limitada por eventos constitutivos de fuerza mayor. El adverbio *extrinsecus*, en el contexto en que se inserta, tiene un valor intensivo que viene a reforzar la idea que se deduce de la primera parte del texto de la constitución: excluida la fuerza mayor, el *dominus horreorum* responde si por otra cualquiera causa (*extrinsecus*) tuviese lugar la pérdida o destrucción de las cosas depositadas en los

⁵¹ El extenso significado del verbo *pereo* (=perecer, desaparecer, ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., s.v. *eo*), sinónimo de *perdeo* (=perder, destruir, arruinar, ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique*, cit., s.v. *do*) queda atestiguado por textos como: D.13,6,5,14, en que se emplea *pereo* como sinónimo de robo, o D.13,6,17,5, que puede interpretarse, bien en referencia a un supuesto de hurto, bien de *amissio rei*, o en general a cualquier tipo de pérdida. En cuanto a la inclusión de daños que no comportan una pérdida total de la cosa, parece haber existido discrepancia de opiniones constatada en D.50,16,9 (*Ulp. 5 ad ed.*): *Marcellus apud Iulianum notat verbo ‘perisse’ et scissum et fractum contineri et vi raptum*, de donde resulta que frente a la tesis contraria de Juliano, Marcelo consideraba incluidos también los casos de daño consistentes en un *scindere* (separación o ruptura violenta), o en un *frangere* (romper, quebrantar), e incluso a los supuestos de robo con violencia (*iniuria*).

almacenes, siempre que éstos -añade- quedasen ilesos.⁵² Este último inciso (*inlaesis horreis*) parece confirmar una idea que ya expusimos a propósito del término *effractura* y su equiparación, en términos de responsabilidad, a los supuestos de fuerza mayor. En efecto, de la expresión se deduce que el perecimiento no haya acontecido mediante daño o violencia al almacén o alguna de sus partes, confirmándose que la simple *effractura* (forzamiento o quebrantamiento de los accesos a las mercancías), sin más precisiones, es bastante para excluir la responsabilidad del *dominus horreorum*.

Y si como se deduce de todos estos textos, el almacenista respondía de todos aquellos eventos que con una adecuada actividad de vigilancia se podrían haber evitado (*custodia* técnica), *a fortiori* respondería cuando el incumplimiento de sus obligaciones en relación a las mercancías depositadas, estuviese conectado directa o indirectamente a su propio comportamiento o al de alguno de sus empleados. Así se deduce por analogía de numerosos textos en que se alude a la responsabilidad de diversos *conductores operis* (equiparables, en este punto, al horreario), por daños avenidos a la cosa, por culpa propia o de aquéllos que están a su servicio: *ad exemplo*, D.4,9,7, *pr.*, D.44,7,1,5 y D.47,1,5, *pr.* (relativos al *nauta*, *caupo* y *stabularius*); o, D.19,2,25,7 (referido a la responsabilidad de otros transportistas).

Y como supuesto al margen de la responsabilidad *ex contractu* del almacenista, podemos referir en último lugar el contemplado en D.9,3,5,3 (*vid.* en el mismo sentido D.9,3,1,4), en que se afirma la posibilidad de ejercitar frente al mismo una *actio in factum* en caso de daños causados a terceros por objetos arrojados a la vía pública desde el almacén, sin entrar a valorar la autoría material del hecho “delictivo” (*actio de effusis et deiectis*).

4. CONCLUSIONES.

A la vista de las fuentes examinadas, llegamos a la conclusión que, al menos en los *horrea publica*, aquél a quien llamamos *horrearius* no jugaba más papel que el de simple encargado del control y supervisión de la actividad desarrollada en estos establecimientos. Siendo así, su responsabilidad se actuaría en el seno de las relaciones internas que ligan a los *domini* (o a funcionarios imperiales a quien estaba encomendada la gestión y administración de los *horrea publica*) con sus empleados, aunque desconocemos los pormenores de las mismas.

Más difícil resulta empero identificar al horreario en aquellos establecimientos que los particulares destinaban al depósito de objetos y mercancías, habida cuenta de la imprecisión con que en las fuentes son designadas las distintas personas que intervenían en esta relación. De que los clientes eran los *conductores* de la relación, en el sentido que arrendaban el uso del almacén o de alguna de sus partes (*cella*, *arca*,

⁵² Frente a WUBBE, “Zur Haftung des ‘Horrearius’”, *cit.*, pp. 513 ss., cuya interpretación gira en torno al vocablo *extrinsecus*, requiriéndose, por tanto, que concurran dos condiciones: que no haya *effractura* y que la pérdida provenga de una causa externa, nosotros pensamos que el término no hace sino redundar en la idea expresada inmediatamente antes en el texto (*his cessantibus*). Es decir, debe interpretarse como “fuera de los casos contemplados como *vis maiores*”, por lo que en realidad se podía haber prescindido del mismo, como análogamente opina CANNATA, “Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’”, *cit.*, pp. 253 ss., que califica el adverbio como un auténtico pleonismo, propio -añadiríamos nosotros- del peculiar estilo literario de estas constituciones.

armarium), no cabe duda alguna; pero, tratándose de la persona con quien contrataban, mientras en algunos textos se hace referencia expresa a la figura del *horrearius*, en otros se alude junto a éste al *locator tototum horreorum* o al *locator horrei*, figura a la que también se refieren de forma exclusiva otros pasajes, dando la impresión de ser él el obligado frente a los clientes; aunque la mayoría de los textos aluden al *dominum horreorum*, sólo una vez contrapuesto a aquél *cum quo contractum est*, apareciendo las demás como único sujeto obligado frente al *conductor*.

Ad summam, el horreario sería aquél que los textos hacen responsable de la custodia de las mercancías depositadas, aunque éste pudiese ser a veces el propio *dominus horreorum* o *locator horrei*, o una persona distinta a la cual aquéllos habían cedido la explotación de los almacenes. En efecto, en muchas ocasiones la gestión de los *horrea* privados era llevada a cabo por el propietario de los mismos, aunque suponemos, siguiendo el ejemplo de los *horrea publica*, que no directamente sino a través de empleados suyos, a quienes se encomendaba el mantenimiento y conservación de las instalaciones, a fin de preservar su aptitud en relación a la seguridad de las mercancías depositadas. Otras veces, el dueño cedería a otra persona (bien individual o constituida en sociedad) la explotación del negocio, que las fuentes refieren como *locator horrei* o simplemente como *horrearius*.

En todo caso, se admite sin problemas que su responsabilidad era por custodia, en cuanto respondía por los daños o pérdidas acontecidas como consecuencia de eventos evitables con una adecuada actividad de guarda y vigilancia de las cosas. A *fortiori*, las fuentes aluden como único límite de su responsabilidad a la *vis maior* y, aunque se discute, también parece que quedaba exonerado en caso de robo con *effractura* o quebrantamiento especialmente violento de los accesos a los almacenes o a sus dependencias.