



ALEJANDRO GUZMÁN BRITO  
EDITOR CIENTÍFICO

**APORTACIONES ADICIONALES A  
NUEVOS HORIZONTES EN EL  
DERECHO PRIVADO**

RODRIGO MOMBERG URIBE - ALEXIS MONDACA MIRANDA  
DANIELA JARUFE CONTRERAS - CRISTIÁN AEDO BARRENA

COORDINADORES



UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL NORTE

2017

## ÍNDICE

ABREVIATURAS [p. 7]

PRESENTACIÓN [pp. 9 - 10]

### PRIMERA PARTE CONTRATOS

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, *El “descubrimiento de una intención de las partes del contrato” por el juez: ¿Una entelequia? ¿una “ilusión”? ¿o una ficción?* [pp. 13 - 63]

MOMBERG URIBE, Rodrigo, *La reformulación del rol del juez en los instrumentos contemporáneos del derecho contractual* [pp. 65 - 90]

HERNANDO MENDIVIL Javier, *Límites a la facultad del juez de integrar el contrato en materia de consumidores y usuarios* [pp. 95 - 126]

CARVAJAL, Patricio-Ignacio, *Sobre la naturaleza de las concesiones administrativas y su carácter contractual, con especial referencia a las concesiones municipales* [pp. 127 - 146]

MOMBERG URIBE, Rodrigo, *El principio “pacta sunt servanda” y la cláusula “rebus sic stantibus”: Origen y evolución histórica* [pp. 147 - 166]

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, *Cambio de equilibrio económico del contrato de concesión de obra pública por acto de autoridad* [pp. 167 - 181]

CARVAJAL, Patricio-Ignacio, *La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral.. Aspectos de derecho público y de derecho privado* [pp. 183 - 204]

CAZOR, Kamel, *Los contratos de prestación de salud privada y la jurisprudencia de la corte suprema chilena: Criterios interpretativos e implicancias en las relaciones intersubjetivas privadas* [pp. 205 - 227]

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Algunas consecuencias de la modificación del contrato de seguro en el Código de Comercio y su relación con las normas de la Ley de protección de los derechos del consumidor* [pp. 229 - 235]

© Universidad Católica del Norte, 2017  
ISBN 978-956-17-0735-1

Derechos Reservados  
Tirada: 200 ejemplares

Ediciones Universitarias de Valparaíso  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso  
Calle Doce de Febrero 21, Valparaíso  
E-mail: euvs@pucv.cl  
www.euv.cl

Impresión Salesianos S.A.

HECHO EN CHILE

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La prenda irregular o anómala con desplazamiento de muebles corporales en el derecho chileno* [pp. 237 - 260]

MONDACA MIRANDA, Alexis, *Desde la esencial gratuidad del mandato en el derecho romano hasta su natural onerosidad en el Código Civil de Chile* [pp. 261 - 278]

LAZO, Patricio, *Las acciones personales del propietario: Un problema dogmático del derecho civil desde la perspectiva del derecho romano* [pp. 279 - 292]

## SEGUNDA PARTE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Algunos apuntes sobre lo útil y lo innecesario de la llamada “imputación objetiva” en materia de responsabilidad extracontractual* [pp. 295 - 346]

AEDO BARRENA, Cristián, *La causalidad como imputación objetiva* [pp. 347 - 357]

## TERCERA PARTE DERECHO DE FAMILIA

SALINAS ARANEDA, Carlos, *La pericia en los procesos de nulidad del matrimonio por incapacidad psíquica: el modelo canónico* [pp. 361 - 376]

JARUFE CONTRERAS, Daniela, *Breve comentario a las posibles modificaciones a la ley N° 19.620, especialmente en lo relativo al perfeccionamiento del mecanismo de acceso por parte del adoptado a sus orígenes biológicos y a la revisión de los órdenes de prelación e inserción de nuevos modelos familiares como aptos para la adopción* [pp. 377 - 393]

DEL PICÓ RUBIO, Jorge, *Las transformaciones al derecho de familia. Perspectivas desde las fuentes materiales* [pp. 395 - 409]

ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, *Modificación del cuidado personal de los hijos por obstaculizar el ejercicio del derecho de relación directa y regular* [pp. 411 - 432]

## ABREVIATURAS PRINCIPALES

CCCh.	Código Civil de Chile
CCEsp.	Código Civil de España
CCom.	Código de Comercio
CPol.	Constitución Política
V./ v.	Véase/ véase

## PRESENTACIÓN

El presente libro reúne las ponencias que profesores de derecho civil expusieron en el VIII Seminario de Derecho Civil y en el I Congreso Internacional, denominado “El juez y el contrato”, celebrados en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica del Norte, en sus Escuelas de Antofagasta y Coquimbo, en agosto de 2014.

Los referidos congresos contaron con la participación de un destacado grupo de juristas de nivel nacional e internacional y el programa del seminario se dividió en áreas temáticas. El lector encontrará los trabajos del catedrático de derecho romano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Alejandro Guzmán Brito, director científico de la publicación, del destacado civilista y ex abogado integrante de la Corte Suprema, Jorge Baraona González, de los profesores Patricio Carvajal Ramírez y Marcelo Barrientos Zamorano, de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de los profesores Patricio Lazo González y Rodrigo Momberg Uribe, ambos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Finalmente, intervino el profesor de derecho mercantil de la Universidad de Deusto, Javier Hernando Mendivil y el catedrático de derecho civil de la Universidad de Deusto y uno de los más destacados civilistas en materia de responsabilidad civil de Hispanoamérica, Ricardo de Ángel Yágüez. En la sección del derecho de familia, tuvimos la honorable visita del profesor Carlos Salinas Araneda, de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y de los profesores de derecho Civil Jorge del Picó Rubio y Marcela Acuña San Martín, ambos de la Universidad de Talca. Participaron en el seminario, los profesores de nuestra Facultad, Alexis Mondaca Miranda y Kamel Cazor Aliste, en la sección de contratos, el profesor Cristián Aedo Barrena, en la parte dedicada a la responsabilidad extracontractual y la profesora Daniela Jarufe Contreras, en derecho de Familia.

Finalmente, el presente libro se enmarca y fue organizado en el contexto

del proyecto FONDECYT regular N° 1120611, denominado “La revisión judicial del contrato. Análisis histórico, dogmático y de derecho comparado con perspectivas para el derecho nacional”, cuyo investigador principal es el profesor Rodrigo Momberg Uribe.

La relevancia de los profesores que nos prestigiaron con sus visitas, la importancia del motivo que los reunió y la masiva asistencia motivaron la publicación de las presentes actas. Agradecemos tanto a los profesores participantes, como a la Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso el permitirnos la publicación de uno de los más importantes eventos académicos en el área del derecho civil que se han celebrado en la zona norte del país.

Cristián Aedo Barrena

## PRIMERA PARTE CONTRATOS

EL “DESCUBRIMIENTO DE UNA INTENCIÓN DE LAS PARTES DEL CONTRATO” POR EL JUEZ: ¿UNA ENTELEQUIA? ¿UNA “ILUSIÓN”?  
¿O UNA FICCIÓN?

RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ\*  
Universidad de Deusto, Bilbao, España

I. PROPÓSITO DE LA PRESENTE APORTACIÓN Y MÉTODO DEL ANÁLISIS

1. Cuando se me concedió el honor de participar en el Seminario internacional de derecho civil sobre el tema genérico “El juez y el contrato”, opté, entre las varias posibilidades, por referirme a un extremo que alcanza al momento en el que el juzgador tiene que resolver una controversia de carácter contractual.

Es justamente entonces cuando el juez se ve en la necesidad de decidir sobre dos extremos que, formulados en su orden lógico y cronológico, se podrían sintetizar de la siguiente forma: en primer lugar, el juez debe determinar qué normas legales son de aplicación al caso controvertido; y en segundo término, se ve en la necesidad de llegar a una conclusión sobre cuál fue la *intención común* de los contratantes, a efectos de hacer efectivo el principio de que “*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*”, por utilizar los categóricos términos del artículo 1091 CCEsp.<sup>1</sup>

No obstante, la presente aportación va a tratar sólo sobre el segundo de los extremos propuestos, para guardar razonable extensión y simetría en relación con las demás ponencias de este Seminario.

---

\* Abogado, Catedrático emérito de derecho civil de la Universidad de Deusto, Bilbao, España.

<sup>1</sup> El precepto en cuestión, característico de los códigos de la familia del francés, no hace sino expresar, en términos legales, la idea clásica, con sede en el derecho romano, de que el contrato es una genuina “*lex privata*” para las partes.

La primera de las dos cuestiones propuestas no habría dado mucho que hablar –me refiero a España– hace treinta o cuarenta años, puesto que la legalidad aplicable al contrato era entonces de no difícil localización (el *Código Civil*, el *Código de Comercio* y algunas –no muchas aunque importantes– leyes especiales: *Ley de arrendamientos urbanos*, *Ley de arrendamientos rústicos*, *Ley de venta a plazos de bienes muebles*, *Ley hipotecaria*, etc.).

Pero en la actualidad las cosas han cambiado significativamente.

Y esto, por la concurrencia de regímenes legales (en lo contractual) de diferente procedencia y también de distinta fisonomía. Existen en España reglas jurídicas que, aun formando parte ya del ordenamiento jurídico español, derivan de la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea. Por otro lado, coexisten –sigo hablando de la materia contractual– reglamentaciones legales procedentes del Estado como tal, esto es, leyes de las Cortes Generales del país, con regulaciones privativas o específicas de las Comunidades Autónomas que integran España en su actual conformación política. En algún caso (es particularmente significativo el de Cataluña), puede decirse que una Comunidad Autónoma posee su propio Código Civil. En tercer lugar, por fin, en las últimas décadas ha aumentado de forma muy considerable el número de leyes civiles especiales, que, coexistiendo a su vez con el Código Civil y con el de Comercio, afectan a no pocos extremos de la materia contractual. En algunos casos, se trata de leyes de transposición de Directivas comunitarias. Y esto, sin contar con los Reglamentos del mismo origen, es decir, de la Unión Europea.

Estas circunstancias hacen que hoy no sea tan fácil como en el pasado la labor judicial de decidir qué norma o normas legales han de aplicarse para resolver la controversia que ante el tribunal se discute.

2. Pero, como decía antes, no es ese extremo el que va a ocupar mi atención.

A lo que ahora quiero referirme es a un problema de más calado (y que, como tal, no es *nuevo*), con sede en lo que quizás sea el desafío más importante de un juez cuando tiene que dar respuesta a un conflicto de naturaleza contractual. Esto es, la necesidad de *interpretar* el contrato del que deriva el pleito.

De ahora en adelante, cuando hablo de interpretación aludo a la del juez (o, en general, de un juzgador –que puede ser un árbitro, por ejemplo, o de otro funcionario (un notario, un registrador, un órgano de la Administración)–, pero es obvio que la acción de interpretar puede llevarse a cabo por las propias partes del contrato (por así decirlo, por separado). Es claro que cuando una de esas partes entabla un pleito, pongamos por caso, o las dos llegan a una transacción (solución amistosa), cada parte –de ordinario, su abogado– “construye” su argumentación sobre lo que el contrato (o parte de él) quiere decir. Esto,

sin contar con la llamada “interpretación auténtica”. Pero la interpretación por antonomasia es la judicial.

No parece ser éste un lugar adecuado para plantear los sugestivos aspectos que, en general y desde siempre, suscita la interpretación de los contratos, ni para formular opiniones completas al respecto<sup>2</sup>.

El concreto punto en el que ahora quiero detenerme es el consistente en plantear unas premisas de carácter legal, para luego formular una pregunta (es decir, cuestión en sentido etimológico estricto). Y esto, con el propósito de poner en entredicho (en tela de juicio) una afirmación –en suma, un criterio– con la que venimos conviviendo, valga la expresión, desde siempre.

Me refiero a la circunstancia de que, tanto desde el punto de vista legal como desde el doctrinal, se viene considerando que el contrato debe interpretarse de conformidad con la intención común de los contratantes. Y, de hecho, los tribunales suelen llegar a una conclusión sobre la base de que esa intención común de las partes está ya, por así decirlo, fijada o establecida (por el propio tribunal de cada caso, se entiende).

Mi propósito en este trabajo es el de poner de manifiesto que, probablemente, la realidad con la que nos encontramos en muchos casos es la de que el juez, al resolver una controversia de origen contractual, lleva a cabo un genuino “descubrimiento” de una intención común que hasta el momento de la sentencia había sido una incógnita. O que, incluso, había sido negada o rechazada por una de las partes del conflicto<sup>3</sup>.

A mi juicio, ese “descubrimiento” puede tener más de ilusión (“concepto, imagen o representación sin verdadera realidad, sugeridos por la imaginación o causados por engaño de los sentidos”) que de una cabal y completa percepción de lo que cada parte, por separado, realmente quiso al contratar. Por eso, en el título del presente trabajo acudo a la palabra “suposición”. Y es porque entiendo que, no pocas veces, el pensamiento de una sentencia puede venir más inspirado por lo que constituye “dar por sentada y existente una cosa” (eso significa “suponer”), que por lo que la realidad de los acontecimientos podría hacer entender.

<sup>2</sup> Las construcciones doctrinales españolas al respecto son, como es obvio, abundantísimas. Por eso, me limito ahora a una cita de incuestionable autoridad, que bien puede calificarse, según expresión ya muy asentada, como *la mejor doctrina*. Me refiero a Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I: “Introducción. Teoría del contrato”, 6ª edición, Madrid, Civitas, 2007, pp. 495-513. No se encuentran divergencias significativas entre los autores, salvo en la interpretación del párrafo segundo del artículo 1289 CCEsp., extremo al que me referiré en la parte final de la presente aportación.

<sup>3</sup> Ha de tenerse presente que cuando un tribunal, en última instancia, declara que la intención común de las partes de un contrato fue “x”, ya no hay dudas: esa fue la intención común.



Por eso, en el título utilizo también la palabra *entelequia*, aunque sea despojándola del carácter “irónico” que a dicho vocablo atribuye la acepción segunda del Diccionario de nuestra Academia. Siendo esa acepción segunda la de “cosa irreal”, no quiero decir que la conclusión a la que llegue un juez sobre la intención común sea algo que carece de sustento en la realidad de las cosas, sino que el propósito de mis palabras es el de poner de manifiesto (o al menos sugerir) que –muchas veces– lo que el juez hace es “construir” una intención común, inspirado por el llamado principio de conservación del contrato. Este principio, a mi entender, y aparte de otros significados que se le quieran dar, puede responder a la inevitable percepción del juzgador de que si las partes contrataron, fue por algo. Y “descubrir” ese algo explicaría que el órgano judicial correspondiente haga esfuerzos denodados por hallar una intención común sobre el núcleo mismo del contrato; esto es, sobre lo que las partes quisieron.

No creo incurrir en ninguna exageración cuando afirmo que la búsqueda de una intención común (cuando las partes discuten sobre cuál fue, y más cuando una de ellas niega su existencia) puede tener, por parte del juez, algo de “invención”, pero no en el sentido peyorativo de la palabra, sino en el que deriva de la primera acepción del verbo “inventar”, esto es, hallar o descubrir algo nuevo o no conocido.

Dicho todavía de otro modo, me pregunto si en muchos casos no habrá, en el “descubrimiento” de una (supuesta) intención común algo de “ficción”, motivo por el que también hago uso de esta palabra en el título de la ponencia.

Sin ánimo de cargar las tintas, ni de hacer una utilización abusiva del lenguaje, me atrevería a decir, en efecto, que en muchas ocasiones (repito), la declaración judicial de una intención común puede tener algo de “ficción”, en el sentido (tomado del verbo “fingir”, pero sin matiz de reproche) de dar existencia ideal a algo que realmente no la tiene; quiero decir, que no la tiene con certeza.

En otras palabras, lo que pretendo es poner de relieve que no siempre (o no necesariamente siempre) el proceso intelectual encaminado a determinar si en las partes de un contrato hubo o no una voluntad común entran en juego de verdad elementos de juicio consistentes en indagar sobre “voluntades”. Lo cual me conduce, en definitiva, a plantear de nuevo –si bien con el método de casos al que ahora me voy a referir– la cuestión de trazar la nada fácil frontera (hablo de la realidad, no de los conceptos) entre la interpretación del contrato y lo que se viene denominando integración del mismo; extremo al que dedicaré algunas de las reflexiones finales.

Trasladando al mundo del derecho el significado de la palabra filosófica

“aporía”, acaso pudiera decirse que podemos estar –a veces– en presencia de una de ellas. Porque, en efecto, la declaración judicial de una intención común de los contratantes puede estar aquejada de una “dificultad lógica que presenta un problema especulativo”. Quiero decir que puede haber casos en los que el criterio del juzgador no es susceptible de una fundamentación racional (aquí, racionalidad técnico-jurídica) conducente a una demostración indiscutible o incontestable. Ahora bien, esto último no nos puede extrañar a los juristas; es algo que se halla con harta frecuencia en el discurso jurídico.

3. Con el fin de intentar ilustrar lo que quiero decir, la presente aportación se inspira en un método de casos. Se trata de dos contiendas en las que tuve el honor y la satisfacción (me refiero a la científica o académica) de ser miembro de los correspondientes tribunales arbitrales (en uno de ellos, presidente) que resolvieron las controversias<sup>4</sup>.

Por imperativos del razonamiento (utilizando una expresión cartesiana), mis opiniones se formulan a lo largo de la exposición de cada uno de los casos, dejando otras para el apartado final, a modo de recapitulación o conclusiones.

De otra parte, utilizaré con frecuencia la expresión intención común. Pero –y enseguida volveré sobre ello– la mayor parte de mis razonamientos servirían para hablar de la intención de lo contratantes, sin más.

## II. PRESUPUESTOS LEGALES

Para abordar la cuestión que me ocupa, es necesario tomar como punto de partida las premisas legales del problema (siempre desde el punto de vista del derecho español). Éste va a ser el esquema del presente capítulo<sup>5</sup>.

En este punto, creo que debe distinguirse entre las reglas básicas instauradas por los códigos y los criterios interpretativos construidos por la doctrina.

### 1. Reglas básicas.

Se encuentran en los artículos 1281 y 1289 CCEsp. El primero de ellos reza: “*Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras*

<sup>4</sup> Por este motivo, me expreso a veces en tiempo gramatical de pasado, pero acudiendo al presente cuando se trata de exponer razonamientos o reflexiones personales.

<sup>5</sup> Desde luego, se trata de un capítulo que sólo pretende ser de información para el lector no muy familiarizado con el derecho español.

*parecieren<sup>6</sup> contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas”.*

El precepto transcrito, de acuerdo con una lectura que podría llamarse *precipitada* y a la vez tranquilizadora, sienta un principio que, como tal, parecería no dar lugar a equívocos: la intención de los contratantes lleva al juez a una solución ajustada al sentido literal de las cláusulas del contrato.

No obstante, y esto no es ningún descubrimiento por mi parte, afirmar que “los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes” constituye una notable inversión lógica. En primer lugar, porque concluir en que los términos de un contrato “son claros” es el desenlace de una actividad intelectual de genuina *interpretación*. No parece necesario que insista en la petición de principio que se encierra en la ya clásica máxima “*in claris non fit interpretatio*”.

Un caso de los que a continuación voy a mencionar (el problema de “qué significa un metro cúbico”) me va a servir para poner de relieve que lo de “claros” no parece ser tan fácil de determinar, contra lo que a primera vista pudiera parecer.

Repárese, por otro lado, en que el texto legal habla de “intención<sup>7</sup> evidente” de los contratantes, lo que significa que la voluntad de las partes ha de ser “cierta, clara, patente y sin la menor duda”, según la definición de nuestro *Diccionario*, concorde con lo que manifiesta el artículo 1281 CCEsp., en sus dos párrafos.

Pero no queda ahí todo, porque el primer párrafo del artículo 1281 formula la apostilla de que los términos “claros” del contrato no dejan duda sobre la intención de los contratantes. Tampoco constituye ningún hallazgo por mi parte la observación de que el texto legal habla de la intención de los contratantes; es decir, de todos los contratantes (que de ordinario serán los dos contratantes, al menos según las exposiciones académicas sobre la cuestión)<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Siempre me ha llamado la atención este verbo, que implica tener apariencia o aspecto de algo. Creo que debe observarse que ese vocablo nos coloca en el comienzo mismo de la acción de interpretar, por cuanto el verbo, en casi todas sus acepciones, entraña duda o incertidumbre.

<sup>7</sup> Determinación de la voluntad en orden a un fin.

<sup>8</sup> En el momento actual, no puedo dejar de decir que me parece particularmente aleccionador el régimen de la interpretación del contrato formulado en un trabajo que recientemente me ha llevado a calificarlo como “obra jurídica monumental de nuestros días”. Me refiero VON BAR, Christian - CLIVE, Eric (editors), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, München, 2009, Sellier. Se trata de la “full edition”. El capítulo 8º del libro II es el que se refiere a la interpretación de los contratos (artículos II.8:101 a II.8:202). Con la particularidad, digna de hacerse notar, de que en esos artículos se distingue entre la interpretación de los contratos y la interpretación de “*otros actos jurídicos*”. Considero de máximo interés la consulta de los Comentarios y de

Ahora bien, hablar de intención común no deja de ser una concesión a la “imaginación”, pues cuando el juez hace una determinada interpretación de un contrato, realmente está llevando a cabo una declaración revestida de una gran carga de apreciación subjetiva. Lo que hace que la intención sea el resultado, no la premisa, de la operación de interpretar<sup>9</sup>.

Cuando el artículo 1289 (que cito a continuación) habla de la imposibilidad absoluta de “*resolver las dudas*”, es patente que se refiere a unas “*dudas sobre la intención de los contratantes*” (en plural) en los términos del artículo 1281.

El hecho de que, como digo, ese artículo 1281 utilice el plural (“*intención de los contratantes*”) parecería conducir a la idea (no presente en el Código) de una intención común como única forma de realizar una interpretación correcta. Pero, evidentemente, no es así. De hecho, en la doctrina española únicamente se suele decir “intención común” cuando los autores tratan sobre el carácter (objetivo o subjetivo) de los “criterios interpretativos” de los artículos 1282 a 1288 CCERsp. Es decir, a efectos meramente expositivos<sup>10</sup>.

A mi juicio, y en el fondo, lo terminológico es poco significativo a la luz

---

las Notas que siguen a cada uno de los artículos mencionados, pues los primeros explican la razón de ser de cada precepto proyectado y las segundas contienen un completo análisis –en esta materia– de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea (y de otros que no lo son); v. el vol. 1, 580-603 de la versión en internet. En todo caso, considero muy revelador, a efectos de lo que se sostiene en esta ponencia, el texto del artículo II.8:101: *General rules*. “(1) *A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words.* (2) *If one party intended the contract, or a term or expression used in it, to have a particular meaning, and at the time of the conclusion of the contract the other party was aware, or could reasonably be expected to have been aware, of the first party’s intention, the contract is to be interpreted in the way intended by the first party.* (3) *The contract is, however, to be interpreted according to the meaning which a reasonable person would give to it: (a) if an intention cannot be established under the preceding paragraphs; or (b) if the question arises with a person, not being a party to the contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract’s apparent meaning”.* Repárese en que, en primer lugar, el texto se refiere a la “intención común de los contratantes”. Pero, en segundo término, la norma proyectada admite o da por bueno que la *intención común* puede no ser “establecida”. Mas, en ese caso, y a diferencia de lo que sucede en el CC. español, el contrato no es “condenado” a la nulidad: el texto se remite a una interpretación ajustada al entendimiento de *una persona razonable*.

<sup>9</sup> La carga de apreciación subjetiva que tiene la interpretación está presente, en mi opinión, en la primera acepción del verbo “interpretar” (“explicar o declarar el sentido de algo, principalmente de un texto”). Si quien declara no es el autor del “texto”, es claro que sólo se trata de una “manifestación” (acepción 1ª del verbo “declarar”). Circunstancia que explica que un contrato pueda ser objeto –de hecho, así suele ser muchas veces– de distinta interpretación por parte de diferentes órganos judiciales (por ejemplo, en las sucesivas instancias de un pleito). Cosa no infrecuente, también, en la interpretación de las normas jurídicas; es particularmente revelador el caso de “cambio de criterio interpretativo” por parte de un mismo órgano judicial.

<sup>10</sup> Por referirme de nuevo a Díez-PICAZO (n. 2), p. 498 (donde el autor sitúa la “voluntad común” en los artículos 1281, 505 y 510). Pero no es la locución predominante.

de la gran cuestión que la interpretación implica; es decir, la dualidad interpretación subjetiva-interpretación objetiva. La primera pretende una reconstrucción del propósito de los autores de la regla contractual, mientras que la segunda intenta atribuir a la declaración contractual un sentido obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de lo que los declarantes pudieran querer<sup>11</sup>.

Por su parte, el artículo 1289 CCEsp dice: “*Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo*”<sup>12</sup>.

Como se ha visto, atribuyo a este artículo 1289 el carácter de “regla básica”, no el de norma subsidiaria respecto de los siete artículos precedentes, a diferencia de lo que algunas sentencias (aunque no muy recientes) han dicho. No obstante, también Díez Picazo parece aceptar la idea de que dicho precepto contiene “criterios subsidiarios”<sup>13</sup>. Y si digo “parece” es porque, a pesar del epígrafe que utiliza el autor, lo que éste manifiesta es que el “Proyecto de 1851” otorgó a la interpretación de acuerdo con los usos o las costumbres el carácter de regla subsidiaria. Pero añade que nuestro Código “*no ha seguido este parecer y ha establecido lo que puede llamarse una regla de cierre en la norma contenida en el artículo 1289*”. Y, a mi entender, el que sea una “norma de cierre” (formalmente, la última) no determina ninguna subsidiaridad. Más bien, insisto,

<sup>11</sup> En nuestro Código, ese binomio, así formulado, no se encuentra. Lo único que existe es la posibilidad de atribuir un significado (objetivo o subjetivo) a cada uno de los criterios interpretativos de los artículos 1282 a 1288; extremo en el que, por cierto, las opiniones doctrinales discrepan a veces considerablemente, del mismo modo que discrepan sobre la prevalencia o no de unos criterios sobre otros. En este punto, v. JORDANO BAREA, Juan, *La interpretación de los contratos*, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, I, pp. 309-336.

<sup>12</sup> El artículo 50 CCom. Esp., por su parte, dispone: “*Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en Leyes especiales, por las reglas generales del derecho común*”. Y el artículo 57 contiene una regla que se echa en falta en el Código Civil: “*Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones*”.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 511.

creo que se trata de un precepto capital, que se engarza con el artículo 1281.

Lo complicado en este artículo es desentrañar el significado de la expresión “objeto principal del contrato”, extremo sobre el que trataré en el apartado de recapitulación de este trabajo. A mi juicio, la “intención común” de las partes se concreta en: *i*) como es obvio, que quisieron contratar; *ii*) que sus voluntades coincidieron en el tipo contractual sobre el que acordaron; *iii*) que quedaron suficientemente definidas, en sus rasgos fundamentales, las prestaciones incumbentes a cada parte<sup>14</sup>. Lo que significa que pudo no haber una “intención común” sobre cómo, dónde, cuándo y cuánto debían llevarse a cabo tales prestaciones. E incluso respecto a favor de quién, cuestión que puede entrañar una calificación jurídica del derecho establecido en favor de uno de los propios contratantes<sup>15</sup>.

## 2. Los llamados “criterios interpretativos”.

Interesa poner de relieve que este artículo 1289, último de los que el CCEsp. dedica a la interpretación de los contratos, va precedido (artículo s 1282 a 1288) de sendos preceptos sobre los que la doctrina ha construido una “teoría general de la interpretación”, a su vez inspirada en los términos del ya contemplado artículo 1281.

Así, el artículo 1282 formula el criterio interpretativo consistente en examinar el comportamiento de las partes. Dispone que para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato<sup>16</sup>.

El artículo 1283 contiene una regla de las que se han llamado *interpretación subjetiva*. Dispone: “*Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*”.

El artículo 1284 expresa uno de los criterios ajustados a una llamada *interpretación finalista del contrato*, íntimamente vinculada a la función económico-social y el tipo elegido por las partes para el contrato interpretado o, si se prefiere llamarlo así, la naturaleza del contrato. La norma reza: “*Si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto*”.

<sup>14</sup> Esa definición de las prestaciones puede no tener nada que ver con el significado económico de una determinada, sobre todo si se tiene en cuenta que el simple paso del tiempo, por ejemplo, puede ocasionar una onerosidad no contemplada en el momento de contratar.

<sup>15</sup> Esta última hipótesis concurrió en el segundo de los casos a los que me referiré en esta ponencia.

<sup>16</sup> La jurisprudencia ha declarado que deben valorarse también los actos anteriores.

El artículo 1285 establece que “*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*”. Es decir, se acude a un criterio sistemático, inspirada en el llamado “canon hermenéutico de la totalidad”.

Díez-Picazo<sup>17</sup> incluye el artículo 1286 en la llamada interpretación finalista del contrato, esto es, acorde con su función económico-social. Dice la norma: “*Las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*”.

El artículo 1287 reza: “*El uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*”<sup>18</sup>.

Por fin, el artículo 1288 dispone: “*La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*”. Se trata de una expresión, quizás no muy afortunada, de lo que se ha dado en llamar interpretación *contra proferentem*, que tanto ha dado que hablar y que escribir, sobre todo en el terreno de las llamadas condiciones generales de la contratación; de forma muy particular, en el ámbito del derecho de consumo.

Se observa que las normas citadas utilizan expresiones (sobre todo la de “*se entenderá*”) que, con toda corrección gramatical, pueden significar “deducir”, “creer” o “pensar”.

Todos esos preceptos, desde luego, no son para poder conocer la voluntad de los contratantes, sino para intentar conocerla. Del artículo 1289 se desprende con nitidez que el intento puede resultar fallido o frustrado. Lo que sucede es que esa eventual frustración no conduce a la conclusión “extrema” de que no hubo contrato en el caso de que los criterios interpretativos no sirvan para disipar las “dudas” (quiere decir que sigue sin haber seguridad o certeza) cuando tales dudas recaen sobre “circunstancias accidentales”. Los dos casos

<sup>17</sup> DÍEZ-PICAZO (n. 2), pp. 506-507.

<sup>18</sup> En este punto, creo que interesa recordar que el Código Civil, en su redacción originaria, y al enumerar las fuentes del derecho, se refería a la ley, a la costumbre y a los principios generales del derecho. Pero la reforma del Código por Decreto de 31 de mayo de 1974 dio lugar a que el actual artículo 1, en su apartado 3º, diga (en dos párrafos separados): “*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*”. De acuerdo con esta nueva redacción, esos usos deberían llamarse *no interpretativos* y coincidirían con lo que algún sector doctrinal venía denominando usos normativos, es decir, usos que regulan o reglamentan una determinada situación. Esto es, existiría una distinción conceptual entre los *usos* del artículo 1.3 y los del artículo 1287. No obstante, esa supuesta diferencia ha sido negada por autorizadas opiniones. Por otro lado, debe tenerse presente que, como enseña se dirá, el *uso* puede tener una función “integradora” del contrato, según el artículo 1258.

que describiré más adelante son reveladores de que los respectivos tribunales arbitrales (a pesar de las dudas, es preciso insistir en ello) llegaron, en el primero, a determinar un precio (su cuantía, no su existencia) y en el segundo a declarar el alcance temporal y subjetivo de una “limitación” que, como tal, no se negaba —era imposible hacerlo— por ninguna de las partes de la controversia.

### 3. La integración del contrato.

Puesto que luego he de volver sobre este punto, procede señalar que tal “técnica” encuentra su acomodo en el artículo 1258 CCEsp., que dice: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

## III. UN CASO MUY ILUSTRATIVO: ¿PUEDEN LAS PARTES DE UN CONTRATO TENER UNA INTENCIÓN DIFERENTE SOBRE EL SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN “METRO CÚBICO”?

### 1. El arriesgado mundo de las palabras.

A los juristas no nos resulta extraño que incluso los conceptos más elementales (y, por otra parte, de uso común) puedan ser entendidos de forma distinta por las personas intervinientes en una relación jurídica. Tan es así, que no es raro que los códigos civiles, por ejemplo, se cuiden de establecer el significado jurídico de una palabra. Por ejemplo, el artículo 346 CC. puntualiza el significado de la palabra “muebles” (los propios de una vivienda, pongamos por caso), a ciertos efectos, para distinguirla de la expresión “bienes muebles” en su sentido jurídico más estricto<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> La fórmula de las “definiciones legales” es, en la actualidad, muy frecuente. Sobre todo, cuando se trata de disposiciones cuyo ámbito de aplicación supera las fronteras de un país; esto es, cuando resulta notorio el riesgo de que un determinado vocablo pueda ser entendido de formas diferentes, en función o a la luz de ordenamientos jurídicos *nacionales* distintos. En el plano de los proyectos académicos de armonización legislativa, merece particular mención, a estos efectos, el documento antes citado *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (n. 8). No es sólo que el *borrador* defina cuidadosamente todas las figuras jurídicas que en él se contemplan (por ejemplo, en el caso de cada uno de los contratos regulados), sino que el documento, en su parte final, tiene un Anexo de *definiciones* comprensivo de más de 150 vocablos o conceptos jurídicos de la más diversa naturaleza. Cito unos ejemplos: “acto jurídico”, “invalides”, “simulación”, “beneficiario”, “reclamación”, “condición”, “conducta”, “discriminación”, “cosa corporal”, “daño”, “negligencia”, “bienes muebles”, “obligación recíproca”, “terminación” (del contrato), “posesión”, “día festivo”, etc., etc. Las definiciones contribuyen a fijar el significado de palabras que podrían entenderse de diversas maneras. También a título de ejemplos, observamos cómo en el libro I se determina el alcance que debe darse a la expresión “por escrito”, o a la de “firma”. En el libro II, el capítulo 6º perfila el concepto de la

El caso al que a continuación me voy a referir constituye un ejemplo de algo que también es bien sabido por los juristas: que en muchas ocasiones la realidad supera a la imaginación más ardiente. Digo esto porque, como se verá, en el caso en cuestión la disputa principal de las partes del arbitraje consistió en determinar el significado de la expresión “metro cúbico”.

## 2. Antecedentes.

Don Atenodor M.I. era propietario de una cantera de ofita. La ofita es una roca (coloquialmente, una piedra) particularmente apreciada para ciertos usos. Por ejemplo, tiene cualidades que la hacen especialmente adecuada para dotar de más calidad a la parte superior o visible de carreteras y calles. Su comercialización aumentó notablemente en España cuando empezó la política de tendido o construcción de grandes y estimadas autopistas. La ofita (dato sobre el que hemos de volver) tiene una densidad de 2,1 gramos por centímetro cúbico.

En marzo de 1966, don Atenodor concertó con la sociedad mercantil “Carreteras y Contratas S.A.” un contrato cuyo objeto era la concesión de derechos de explotación de la cantera; es decir, un contrato de los llamados (mal llamados) arrendamiento de cantera, del mismo modo que es frecuente hablar también de arrendamiento de mina. Quizás la expresión “cesión de explotación” sea la más correcta.

Se pactó un plazo determinado (cinco años), acordándose también, como es obvio, los términos económicos. La sociedad arrendataria “arrancaría” ofita de la cantera (es decir, de su estado natural, o “filón”), para luego trasladarla a unas instalaciones próximas en las que aquélla trituraría la piedra para lograr trozos de la misma adecuados a su forma de utilización habitual; es decir, adecuados al modo en el que la ofita se comercializa (trozos de mayor o menor tamaño, pero nunca muy grandes). De hecho, en el arbitraje quedó acreditado que durante los años precedentes al conflicto se habían extraído unas 38.000 toneladas de ofita de tamaños 0-3 y 0-5 (el tamaño menor, conocido como

---

palabra “representación”. Antes, se habían definido conceptos como “oferta”, “aceptación” o “contratos no concluidos mediante oferta y aceptación”. Del mismo modo, al comienzo del libro III se fija el significado de términos como “obligación”, “cumplimiento” o “incumplimiento”. En ese mismo Libro III, se determina el concepto del vocablo “compensación”, a efectos del derecho de obligaciones. Por otro lado, son abundantes los lugares en los que utiliza la palabra inglesa *scope* para expresar con precisión el significado de artículos relativos a una determinada figura jurídica. La oportunidad (mejor dicho, necesidad) de establecer una especie de vocabulario completo y bien definido venía justificada, además, por un fenómeno al que he dedicado atención recientemente, como es el evidente mérito del *Draft*, de haber hecho el enorme esfuerzo (a mi juicio con notable resultado) de conciliar o conjugar los conceptos y los principios del “civil law” y los del “common law”.

“arena”), unas 42.000 toneladas de tamaño 5-12 (denominado gravilla) y más de 300.000 toneladas del tamaño 12-18 (que se suele denominar grava).

Se había acordado que, al final de cada año, la arrendataria pagaría al propietario una cantidad fija o a tanto alzado, basada en una estimación de la ofita extraída. A estos efectos, y para aplicar el precio de “x” pesetas por tonelada, la cantidad de piedra extraída quedó fijada en un sistema de “vales”, en cada uno de los cuales constaría el peso de la carga de cada camión con los que se retiraba la ofita triturada en los diferentes tamaños que antes se han dicho.

Pero ésta no constituía la única forma de satisfacer el precio, porque se convino que, al terminar la duración del contrato, la arrendataria pagaría a don Atenodor un llamado “canon” de 40 pesetas “por metro cúbico de ofita extraída”. Es decir, se estableció una forma de determinación del precio y otra distinta de *pagarlo*.

A lo anterior hay que añadir un dato (que abunda en lo antes dicho sobre la realidad y la imaginación ardiente), objeto también de controversia en el arbitraje. Me refiero a la circunstancia de que, no mucho después de concertarse el contrato, “Carreteras y Contratas” concertó otro con la mercantil “Ofitas de Frúniz S.A.”, por el que esta última se subrogaba en los derechos y obligaciones de la primera, resultantes del “arrendamiento de cantera” concertado con don Atenodor.

En el arbitraje, que por cierto fue promovido por don Atenodor y dio lugar a que fuese el juez quien llevase a cabo la llamada “formalización”, así como el nombramiento de los tres árbitros, don Atenodor sostuvo que el acuerdo de subrogación entre las dos referidas sociedades mercantiles constituía un caso de *cesión de contrato*. Alegó don Atenodor, con todo fundamento, que la cesión de contrato (figura no presente en el Código Civil pero sí contemplada por la jurisprudencia) requiere el consentimiento del que se llama “contratante cedido”, en este caso el propio don Atenodor. Y argumentaba este último que él no había prestado su consentimiento a tal cesión, por lo que —seguía argumentando— él sólo podía considerar como contratante a “Carreteras y Contratas”.

Esta pretensión de don Atenodor fue desestimada en el laudo, por entender los árbitros que había quedado probado que don Atenodor conoció la efectiva subrogación por parte de “Ofitas de Frúniz”, hasta el punto de haber trabajado para esta última sociedad en la planta trituradora próxima a la cantera. Es decir, el tribunal arbitral concluyó que don Atenodor había consentido tácitamente la cuestionada cesión de contrato.

Pero este último episodio al que acabo de referirme revistió muchísimo interés en relación con un extremo capital en materia de interpretación del contrato, cual es la indagación sobre la “voluntad” de las partes.

No parece necesario insistir demasiado en el hecho de que si una de las partes de un contrato es una sociedad mercantil (o, en general, una persona jurídica), hablar de “voluntad” o de “intención” significa inequívocamente referirse a la voluntad o a la intención de al menos una persona física.

Y, como veremos luego, se da la singular circunstancia de que la persona física que había negociado el contrato con don Atenodor en representación de “Carreteras y Contratas” sostuvo en el arbitraje una visión de las cosas o una opinión (en definitiva, una “intención”) distinta de la que mantuvo, también en el arbitraje, la persona física representante de la cesionaria “Ofitas de Frúniz”. Reparará el lector en la singularidad a la que antes me refería, pues aunque el contrato era bilateral (de una parte el arrendador, y de la otra una sociedad arrendataria), el curso de los acontecimientos hizo que la parte arrendataria estuviera constituida sucesivamente por dos sociedades diferentes. Este dato –y no parece necesario insistir más en ello– hace que la propia idea de indagación de la voluntad se torne mucho más compleja que lo que a primera vista parecería, pues obliga a plantear la pregunta sobre de qué voluntad de la parte arrendataria deba hablarse: si sobre la de la sociedad arrendataria original o si sobre la de la mercantil arrendataria que podremos llamar “definitiva” (como consecuencia de la cesión del contrato).

### 3. *Inevitable mención de conceptos que nos dan la física y la geometría.*

Llegado este momento, es inexcusable, como dice el epígrafe, acudir a conceptos al parecer tan ajenos al derecho como son los físicos y los geométricos.

Y esto no es por capricho o veleidad, sino por la forma en la que las partes de este contrato convinieron sus términos económicos.

El precio de la prestación a cargo de don Atenodor (aportar ofita, o, mejor dicho, sufrir una disminución de esta piedra existente en su cantera) se estableció con referencia al término de la explotación por parte de la arrendataria. Y se fijó en función de una unidad de volumen, como es el metro cúbico. Procede recordar lo antes dicho, esto es, que, al término del contrato, la arrendataria pagaría al arrendador la cantidad de 40 pesetas “por metro cúbico de ofita extraída”. Éste era el “canon” por la explotación.

Pero ocurre que, sin perjuicio de ese precio final, las partes habían acordado que la arrendataria pagase al arrendador una determinada cantidad, cada año, en función de las toneladas (unidad de peso) que en ese año hubiera extraído de la cantera la arrendataria. Toneladas que, como antes se ha dicho, derivaban del pesaje de las cargas de ofita que mediante camiones se iban transportando desde la instalación trituradora hasta los lugares de destino de la piedra, determinados por la arrendataria. Esa piedra transportada en camiones, procede

repetirlo, era ya troceada a triturada, según el criterio de tamaño que permite distinguir entre “arena”, gravilla y grava.

Y aquí es donde es necesario acudir a la geometría y a la física, por lo que a continuación digo:

La tonelada, como unidad de peso, no deja lugar a duda, pues significa 1.000 kilogramos.

Pero el peso, como es obvio, no tiene nada que ver con el volumen. Y lo que las partes acordaron como precio final fue en función del volumen, no del peso. En concreto, el contrato se refirió a “metro cúbico de ofita extraída”.

Contempladas las cosas desde el punto de vista de la Geometría, el concepto “metro cúbico” no suscita problemas. Un metro cúbico, acudiendo a nuestro *Diccionario* (sobre la palabra “cubo”), es un “sólido regular limitado por seis cuadrados iguales y que, por tanto, tienen también iguales sus tres dimensiones”. Con la particularidad de que cada lado de los seis cuadrados tiene un metro de longitud. También podría decirse, al margen del *Diccionario*, que un metro cúbico es un poliedro hexagonal regular, cuyas superficies planas miden un metro por todos sus lados.

Este último concepto geométrico no parece ofrecer dificultad, pero las cosas se complican si, como ocurrió en el caso que examino, la geometría se pone en relación con la física. Porque esta última aporta la noción de “densidad”, que es el resultado de dividir la masa (o peso) de un cuerpo y el volumen que ocupa.

En efecto, un metro cúbico de agua, cuya densidad es 1, equivale, en unidad de peso, a una tonelada o 1.000 kilogramos. Pero si la densidad de un objeto es superior a 1, un metro cúbico pesa, evidentemente, más de una tonelada.

Y esto es lo que enfrentó a las partes en la controversia objeto del arbitraje.

### 4. *Aplicación de lo anterior al caso controvertido.*

Según hemos visto antes, la densidad de la ofita es 2,1, lo que significa que el peso de un metro cúbico de esa piedra es 2.100 kilogramos.

Eso es así cuando hablamos de la ofita en su estado natural, es decir (y valga la redundancia) tal y como esa piedra se presenta en la naturaleza: integrando un bloque físico en el que, mediante la simple visión, no es posible distinguir o establecer criterios ni de volumen ni de peso. En la terminología propia de este sector, suele decirse que se trata de piedra “en rama”. Si, por ejemplo, se vende una tonelada de ofita “en rama”, no ha lugar a discusión: quiere decir que se vende un bloque indiviso de esa piedra, de 1.000 kilogramos de peso.

Ahora bien, cuando la ofita se extrae de la cantera y es triturada, lo que era un metro cúbico de esa piedra en su estado natural pasa a tener un volumen

superior, como consecuencia del espacio ocupado por los intersticios existentes entre cada trozo de todos en los que ese metro cúbico ha sido dividido o fragmentado. Evidentemente, si el metro cúbico era una unidad compacta y no dividida, y pesaba 2.100 kilogramos, y luego fuese triturada o troceada, el conjunto de todos los fragmentos seguiría teniendo un peso de 2.100 kilogramos, pero con un volumen mayor.

Por otro lado, y continuando con la física, la relación entre peso y volumen, sea cual sea el objeto del que se trate, depende del volumen de los trozos o fragmentos en los que la totalidad se divide. Cuanto mayor es el volumen de cada fragmento, más volumen ocupan los intersticios entre uno y otro. De forma que, siguiendo con el ejemplo de la ofita, un troceamiento de un metro cúbico en fragmentos muy pequeños haría que el volumen de todos ellos resultase no muy superior al ocupado por esa misma ofita no troceada o “en rama”. Es claro que cuanto menor es el tamaño de cada trozo de la ofita fragmentada, menos intersticios existen, lo que significa que una determinada “pieza” de ofita, como digo sumamente troceada, puede llegar a tener un volumen muy parecido al de esa misma pieza sin fragmentar o triturar.

En el arbitraje al que me vengo refiriendo, se practicó, a iniciativa de los árbitros, una prueba pericial consistente en establecer equivalencias entre volumen y peso de las diferentes formas en las que la piedra del conflicto había sido troceada o fragmentada. De esa prueba pericial derivó el siguiente resultado:

Un metro cúbico “arena” (tamaño 0-5), con un peso de 1.520 kilogramos.

Un metro cúbico “gravilla” (tamaño 5-12), con un peso de 1.360 kilogramos.

Un metro cúbico “grava” (tamaño 12-18), con un peso de 1.320 kilogramos.

##### 5. Interpretaciones de cada una de las partes.

Vencido el plazo de duración del contrato, don Atenodor, como queda dicho, promovió un procedimiento arbitral en el que formuló diversas pretensiones. Pero la que aquí importa es la relativa a la “liquidación económica” del contrato, sobre la base de los dos criterios de pago del precio que antes se han mencionado (distíngase “pago del precio” de “determinación del precio”). Es decir, un “pago a cuenta”, basado en el criterio de “x” pesetas por tonelada de ofita troceada y un segundo pago (la verdadera liquidación), con aplicación de la fórmula de un canon de 40 pesetas por cada “metro cúbico de ofita extraída”.

Don Atenodor, que ya había cobrado el precio que hemos llamado “a cuenta”, sostuvo que por “metro cúbico de ofita extraída” debía entenderse un metro cúbico de piedra en la forma en que se comercializa, esto es, troceada o triturada en los tres tamaños que antes se han dicho (arena, gravilla y grava, de menor a mayor tamaño de cada fragmento).

Por el contrario, la arrendataria alegaba que la expresión “metro cúbico” debía entenderse por referencia a la forma natural en la que la ofita se encuentra en la cantera, es decir, un metro cúbico no triturado o troceado (o sea, en el filón).

La diferencia económica resultante de ambas posiciones era muy notable, puesto que –forzoso es repetirlo– un metro cúbico de ofita no triturada arroja un peso (en definitiva una cantidad de piedra apta para proceder a su trituración) muy superior al de ese mismo metro cúbico, pero ya troceado o triturado. Basta recordar las correspondencias entre volumen y peso que antes he mencionado, resultantes de la prueba pericial practicada. Hemos visto que, por ejemplo, un metro cúbico de “gravilla” pesa 1.360 kilogramos, mientras que, como es obvio, un metro cúbico de ofita “en rama” o no troceada pesa 2.100 kilogramos, como corresponde a la “densidad” de 2,1.

A efectos de determinar cuántos metros cúbicos de ofita se habían extraído de la cantera (en este caso, la palabra “extraído” equivale a la de “sustraído”, puesto que hablamos de la ofita en su estado natural), la arrendataria propuso un sistema muy conocido en el mundo de la minería, en el sentido amplio de la palabra, que consiste en comparar los “perfiles” de la cantera antes de extraerse la ofita con los que tuviera después<sup>20</sup>.

Es claro que la tesis de don Atenodor le era ventajosa, puesto que 40 pesetas multiplicadas por metros cúbicos de ofita triturada conducen a una suma mayor que la resultante de multiplicar 40 pesetas por los metros cúbicos de ofita (“en rama”) en los que la cantera había sido “explotada” (en el sentido de disminuida o reducida).

##### 6. Pruebas practicadas y decisión del tribunal arbitral.

a) Pruebas. Puestos en la necesidad de encontrar una *intención común*, como corresponde a la acción de interpretar, era patente que la aplicación de la regla básica del párrafo primero del artículo 1281 CCEsp. no llevaba a ninguna parte, porque si bien el término “metro cúbico” es *claro*, usando la palabra del precepto, lo que no resultaba claro –en absoluto– era la determinación de qué ofita había de someterse a esa unidad de volumen: podía tratarse de ofita en estado natural o de ofita triturada o troceada.

Tampoco la regla básica del párrafo segundo del mismo artículo 1281 pudo

<sup>20</sup> Por cierto, se habría podido cubicar (medir el volumen) de la ofita triturada, mediante la sencilla operación aritmética de multiplicar la largura, por la anchura y por la altura de la “cama” –parte del camión destinada a la mercancía–, pero ese sistema no habría permitido, al menos de forma directa, establecer el volumen de la piedra antes de ser troceada.

conducir al tribunal arbitral a una decisión, por así decirlo, contundente o incontestable, pues no existían elementos de juicio que permitieran conocer la intención evidente de los contratantes<sup>21</sup>. Así las cosas, haber acudido a otra regla básica, como es la del párrafo segundo del artículo 1.89 CCEsp., habría llevado a un desenlace “sorprendente”: la de que el contrato era nulo. En efecto, era defendible que las “dudas” (por usar la palabra del precepto) recaían sobre el objeto principal del contrato (el precio de la ofita extraída). De otro lado, y siguiendo también el texto de la norma legal, “no podía venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes”. Por ello, en conclusión, como decía, el contrato habría sido nulo.

Pero el tribunal arbitral, como por otra parte ocurre de ordinario en los procedimientos judiciales, no detuvo su razonamiento en el primer paso del proceso intelectual que entraña la interpretación del contrato (“no se sabe si las partes tuvieron una intención común, lo que conduce a que esa intención común no existe”), sino que trató de deducir (o suponer) lo que las partes habían querido, acudiendo para ello a los criterios hermenéuticos del Código Civil<sup>22</sup>.

Para llegar a su fallo, el tribunal arbitral valoró las pruebas que se habían practicado en el procedimiento, en algunos casos por iniciativa o decisión del propio tribunal. Me refiero a ellas en el sub apartado siguiente.

b) La decisión del tribunal arbitral. En el laudo que puso fin al procedimiento, y limitándome a la cuestión que me viene ocupando, el tribunal arbitral estimó la pretensión de don Atenodor; es decir, aceptó la tesis de que

<sup>21</sup> Antes he apuntado una circunstancia que dio al asunto otra singularidad (otra más); por así decirlo, otra “curiosidad”. Me refiero al hecho de que, producidos los correspondientes interrogatorios, el señor Z., miembro del consejo de administración de “Carreteras y Contratas”, y persona que había mantenido las negociaciones preliminares con don Atenodor, no dudó en ningún momento de que el precio que se estaba negociando y sobre el cual recayó el acuerdo se refería a piedra extraída y puesta a punto para ser comercializada; es decir, triturada o troceada. No obstante, el señor S., gerente de “Carreteras y Contratas”, que sólo había intervenido en el contrato para firmarlo (es decir, a efectos puramente formales), manifestó en el procedimiento que él nunca había pensado en otro criterio que no fuera el de la piedra tal y como se extrae de la cantera, es decir, no triturada. Pero ocurre que, además, como se ha dicho, “Carreteras y Contratas” fue luego sustituida en el contrato por “Ofitas de Frúniz”, cuyo representante –ya en el arbitraje– mantuvo la tesis de que el “metro cúbico” se refería a ofita en estado natural. No es necesario decir que “Ofitas de Frúniz” no había intervenido en ninguna negociación con don Atenodor.

<sup>22</sup> La regla del párrafo segundo del artículo 1289 (la que conduce a la nulidad del contrato) es, a todas luces, una norma de máximo rigor. No he hecho ningún análisis estadístico al respecto (que por otra parte sería de dudosa eficacia, sobre todo si se limitase a la jurisprudencia del Tribunal Supremo), ni conozco ningún estudio al respecto, pero creo que se puede afirmar con contundencia que son muy pocos los casos en los que el juzgador resuelve en los términos de la norma en cuestión; es decir, en el sentido de que el contrato es nulo.

“metro cúbico de ofita extraída” significaba metro cúbico de ofita troceada o triturada, que es como se comercializa.

Para establecer la cantidad concreta que la arrendataria debía satisfacer a don Atenodor, el tribunal tomó como referencia el volumen (esto es, cantidad de metros cúbicos) de la ofita que había ido saliendo en camiones desde la instalación trituradora de la arrendataria. Es decir, se trataba de un número concreto de metros cúbicos, lo que en principio habría llevado a una inmediata solución: multiplicar esos metros cúbicos por 40 pesetas.

No obstante, ese posible desenlace no habría sido del todo correcto (evidentemente, no a la luz de supuestas intenciones o imaginarias voluntades, sino sobre la base de criterios objetivos de “equivalencia”), dado que la ofita había sido triturada por la arrendataria con diferentes criterios de tamaño de cada fragmento. Recuérdese lo antes descrito sobre equivalencias entre volumen y peso de tres tamaños: “arena”, “gravilla” y “grava”. Por eso, lo que el tribunal resolvió fue, para realizar su cálculo numérico, utilizar como referencia (o como multiplicando) un tamaño medio de la ofita triturada; o sea, ni el tamaño más pequeño (la llamada “arena”), ni el mayor (la “grava”).

Como he dicho antes, la regla de la intención común no pudo llevar a ningún puerto. Por eso, el tribunal hizo uso de algunos de los llamados “criterios interpretativos”.

En primer lugar, aunque el tribunal fue informado de que el volumen de la piedra “en rama” constituye un criterio normal entre mayoristas del sector, el sistema habitual de establecimiento del precio en la comercialización de la ofita es en función de su peso, estando la ofita ya troceada. Y, en este punto, el tribunal tuvo en consideración que don Atenodor no era un “profesional” en la concesión de explotación de canteras. De hecho, la del litigio era la única de la que era propietario.

En segundo término, el tribunal valoró también la circunstancia de que en el contrato se había acordado con detalle la forma de establecer el peso de la piedra extraída por la arrendataria, pero no la manera de establecer el volumen en el que la cantera iba a verse progresivamente reducida o disminuida.

Por otro lado, el tribunal otorgó relevante significado a la declaración del testigo señor Z., que, como hemos visto antes, había sido la persona física que mantuvo las negociaciones con don Atenodor, siendo así que ese señor Z. (que ya no trabajaba ni para “Carreteras y Contratas” ni para “Ofitas de Frúniz”), había ostentado el cargo de miembro del consejo de administración de “Carreteras y Contratas”. Y dicha sociedad “Carreteras y Contratas”, como se recordará, fue la, por así decirlo, primera arrendataria, pues luego hubo una cesión de contrato en favor de “Ofitas de Frúniz”.



Por fin, el tribunal arbitral hizo uso del criterio hermenéutico consistente en la llamada “economía del contrato”. En este punto, para el tribunal tuvo relieve (adicional) la manifestación pericial de que el precio de 40 pesetas por metro cúbico de ofita triturada o troceada era –entonces– un precio razonable o *normal* en el mercado de ese tipo de piedra<sup>23</sup>.

#### IV. POSIBLES SIGNIFICADOS DE LA “LIMITACIÓN” IMPUESTA SOBRE UNA FINCA

##### 1. *Cuestión de palabras y cuestión de conceptos jurídicos.*

El segundo caso de los dos que he anunciado tuvo también unos caracteres de marcado interés. Al menos, así me lo pareció entonces y me lo sigue pareciendo<sup>24</sup>.

Como en el caso anterior, concurría también una cuestión de palabras (al menos, la del vocablo “limitación”), pero a la vez (y ésta era la clave de la controversia) había que resolver sobre una rigurosa cuestión de conceptos jurídicos. En este último sentido, el conflicto entrañaba un problema estrictamente dogmático.

##### 2. *Los hechos.*

a) La partición convencional de la herencia de don Venancio. El 12 de febrero de 1943 falleció don Venancio E.C. (por cierto, persona acaudalada), en estado de casado con doña Rosa, de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, llamados doña Isabel, doña Amelia, doña Rosa, doña María Teresa y don Venancio.

En su último testamento, don Venancio E.C. instituyó a su esposa heredera en el tercio de libre disposición, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria, y

<sup>23</sup> El dato que digo a continuación permite hacerse una idea del significado económico de la controversia. El laudo arbitral condenó a Ofitas de Frúniz a satisfacer a don Atenodor la cantidad (redondeando) de 1.600.000 pesetas (con independencia de lo que don Atenodor había cobrado como “precio a cuenta”). De haberse estimado la interpretación de Ofitas de Frúniz, un sencillo cálculo aritmético lleva a la conclusión de que la condena habría sido de algo menos de 1.200.000 pesetas. Esta última cifra es producto de una conversión estimada (evidentemente, no exacta) de la “conversión” en metros cúbicos de ofita en rama de los metros cúbicos (también estimados) de la ofita troceada o fragmentada que había salido en camiones de las instalaciones de “Ofitas de Frúniz”. Aunque, en realidad, lo que el tribunal hizo fue razonar aritméticamente en función de la diferente densidad de la ofita “en rama” (2,1), en comparación con la densidad de la ofita troceada en su medida intermedia; esto es, aquella en la que los trozos o fragmentos se llaman “gravilla”, no “arena” ni “grava”.

<sup>24</sup> Al hilo de aquel asunto, hace ya años que me fue publicado un artículo cuyas referencias son: DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Servidumbre negativa y obligación de no hacer*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LII, 514, 1976, pp. 621-647.

en el remanente de sus bienes a sus cinco hijos, por partes iguales.

En el mismo testamento designó albacea a su esposa, a su hermano don J. y a su hermana política, esposa de don J., doña A.B.L., con facultades normales solidarias. Y contadores partidores, también con facultades solidarias, a los ya citados don J. y su esposa doña A.B.L.

Fallecido don J. antes que don Venancio, doña A.B.L., esposa del primero, llevó a cabo las operaciones particionales, que culminaron en el otorgamiento de la escritura de protocolización del cuaderno particional de 27-V-43.

Con anterioridad al otorgamiento de la escritura particional, en concreto el día 19-V-43, los herederos de don Venancio (su viuda y sus cinco hijos) suscribieron un documento privado que titularon “Condiciones particulares que convienen entre sí los herederos de don V.E.C. (Q.E.P.D.)”.

En dicho documento, la viuda de don Venancio y sus cinco hijos convinieron en la adjudicación de diversos bienes de la herencia del finado. Se adjudicaron a la viuda doña Rosa ciertos inmuebles, un terreno y la casa número 10 de una lujosa avenida de una localidad residencial próxima a una importante ciudad (la denominada “avenida N”).

La casa número 2 bis de la misma avenida se adjudicó pro indiviso a las hijas doña Amelia y doña Rosa.

La casa número 4 de la avenida se adjudicó a las hijas doña Isabel y doña María Teresa<sup>25</sup>.

Lo que importa, a efectos de la controversia que luego se suscitó, es lo que las partes, dentro del referido documento privado, acordaron en relación con la casa número 4. Pactaron lo siguiente: “Se conviene que esta casa tenga como limitación el no poder edificar en el terreno existente delante de su fachada actual, ni avanzar, por tanto, la línea de ésta sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes, comprometiéndose al aceptar su adjudicación esta condición. Se adjudica pro indiviso en el valor en que figura en la testamentaria entre doña I. y doña M.T. de E.”.

Procede ahora dejar constancia de un hecho que no figuraba en el referido documento privado de partición hereditaria, pero que en su momento, y como luego diré, se juzgó relevante para la resolución del conflicto que, muchos años

<sup>25</sup> Repárese en que las casas en cuestión tenían numeración correlativa con cifras pares, como corresponde a la parte derecha de una calle. Entre esos pares estaba la casa 2 bis, que no deja de ser un par. Y cuando hablamos de casas, quiere decir que se trataba de fincas en las que había sendas casas en sentido estricto, que no ocupaban la totalidad de la superficie de la finca respectiva. Debe señalarse también que las casas en cuestión fueron luego objeto de una nueva numeración, aunque se trata de un extremo únicamente relevante a efectos de identificar de forma correcta las tres “casas” cuyos propietarios tenían interés (positivo o negativo) sobre el alcance de la “limitación”.

después, había de suscitarse entre algunas herederas.

Me refiero a la circunstancia de que el pacto antes transcrito (el que establecía la “limitación” de la casa número 4), dijo literalmente que tal “limitación” se aplicaría si no hubiese “autorización de los demás propietarios de las casas colindantes”. Una casa colindante, naturalmente, y siguiendo la numeración, era la 2 bis, que, como se ha dicho, se adjudicó a las hijas doña Amelia y doña Rosa. Pero la otra casa colindante, la número 6, era propiedad de doña A. B. L., que, como también se ha indicado, no era sino hermana política de don Venancio y contadora-partidora de su herencia.; es decir, esta señora no era heredera de don Venancio y no suscribió el convenio de 19 de mayo de 1943.

Pero, volviendo sobre la afirmación de que la realidad supera a la imaginación, y dando lugar a una circunstancia que podría haber enrarecido la controversia arbitral, en 1970, doña A.B.L. vendió esa casa número 6 a don Venancio, hijo y uno de los herederos del llamado también don Venancio; este último era don Venancio E.C., o Venancio padre, de cuya herencia derivó el conflicto que me ocupa.

b) Hechos posteriores. Como se ha dicho, ocho días después de otorgarse el documento privado en cuestión, se formalizó notarialmente la partición de la herencia de don Venancio. Y en la escritura pública correspondiente no se hizo alusión alguna a la “limitación” que sobre la casa número 4 se había pactado en el “convenio” del 19 de mayo anterior.

Tiempo después de otorgarse el documento privado del que he tratado en el sub apartado anterior, ocurrieron hechos como los siguientes.

La casa 2 bis que se había adjudicado por mitades a doña Amelia y doña Rosa, hijas de don Venancio, fue objeto de división, adjudicándose a doña Rosa la parte más próxima a la casa número 4 (o sea, la afectada por la “limitación”). De aquí que doña Rosa fuera una de las partes de la contienda arbitral que luego tuvo lugar.

La casa número 4, que como hemos visto había sido adjudicada en la partición hereditaria a doña Isabel y doña María Teresa, llegó a ser propiedad exclusiva de otra doña Isabel, hija de la señora del mismo nombre que era una de las herederas de don Venancio. Lo ocurrido fue que doña María Teresa falleció, siendo adjudicada a su madre doña Rosa, la viuda de don Venancio, la mitad indivisa de la que la fallecida era titular. Con posterioridad, doña Isabel (hablamos ahora de la hija de don Venancio) adquirió de su madre doña Rosa esa mitad indivisa. Al fallecer doña Isabel madre, la finca –según decía antes– pasó íntegramente y en pleno dominio a doña Isabel (hija), que por ello había de ser la otra de las partes contendientes en el procedimiento arbitral.

En consecuencia, cuando se planteó el conflicto las casas tenían las siguien-

tes numeraciones y los propietarios que también a continuación se indican<sup>26</sup>:

La antigua 2 bis (después 6) era propiedad de doña Rosa, hija y heredera de don Venancio.

La número 4 (luego 8) era propiedad de doña Isabel, hija de doña Isabel (madre) y, por ello, nieta de don Venancio.

La casa número 6 (que luego pasó a ser número 10), era propiedad de don Venancio (hijo), al haberla comprado a su tía doña A.B.L.

c) Los acontecimientos desencadenantes del conflicto. El 28 de diciembre de 1970, doña A.B.L. otorgó acta notarial de manifestaciones en la que, después de referir ciertos hechos relacionados con la herencia de don Venancio E.C., dicha señora decía: “h) Que a través de las referencias que ha obtenido la compareciente de ese su indicado sobrino<sup>27</sup>, en la actualidad la representación de la herencia de doña Isabel E.B.<sup>28</sup> entiende que si bien está obligada a respetar la limitación consignada en el acuerdo privado de 19 de mayo de 1943 en lo que atañe a la finca que pertenece a doña Rosa de E.<sup>29</sup>, no ocurre lo mismo con la que fue de la exponente y que ha enajenado a don Venancio de E.<sup>30</sup>, ante lo cual, y a instancia de este último, al objeto de que quede clara y fehaciente constancia de lo realmente querido y acordado por unos y otros al establecerse dicho acuerdo familiar de 19 de mayo de 1943, doña A.B.L., aquí compareciente, declara solemnemente por ante la fe del suscrito Notario, además de cuanto hasta ahora ha expuesto:

1º. Que todos los firmantes del acuerdo privado repetido de 19 de mayo de 1943 quisieron referirse en la expresada cláusula del mismo no sólo a la casa que se adjudicó a doña Rosa y doña Amelia de E. B., sino también a la casa contigua por el otro rumbo, que era propiedad de la exponente, pues de otro modo no tendría sentido la expresión del convenio que se refería a “las casas colindantes”, debiéndose haber dicho que la limitación sólo operaría a favor de la casa colindante que se adjudicaba en la partición a doña Rosa y doña Amelia de E.B., y no a favor de la propia exponente.

2º. Que el motivo de que el beneficio derivado de dicha limitación llegara

<sup>26</sup> Procede indicar las nuevas numeraciones de cada caso, porque eran las vigentes cuando el arbitraje se desarrolló. Cosa que no impidió, naturalmente, que en el procedimiento se citaran las anteriores numeraciones, esto es, las que había cuando se concertó el documento privado de 19-V-43.

<sup>27</sup> Se refería a don Venancio (hijo).

<sup>28</sup> Recordemos que esta señora era una de las hijas y heredera de don Venancio E.C., y en concreto una de las adjudicatarias de la casa afectada por la “limitación” que nos ocupa. Más tarde, propietaria única.

<sup>29</sup> Es decir, la antigua casa número 2 bis.

<sup>30</sup> Esto es, la casa número 6 antiguo.

también a la casa que era entonces propiedad de la exponente no tuvo en absoluto carácter económico, sino puramente familiar, sin precio o compensación alguna en metálico, pues tratándose de una propiedad de quien era hermana de la viuda de don Venancio de E.C., y viudo a su vez de otra hermana del mismo don Venancio de E.C., y tío de los herederos del mismo, el acuerdo se inspiró en un trato de conjunto de las propiedades a que se refiere, de modo que no pudieran resultar perjudicadas por la partición las dos propiedades colindantes con la casa adjudicada a doña Rosa y doña Amelia de E. B.; y que a mayor abundamiento todos los señores E.B., hijos de don Venancio, trataban a la exponente con singular afecto, siendo éste bastante para justificar que operase a su favor la expresada limitación, máxime cuando era lógico que en el futuro fuese a parar su dicha finca a los propios sobrinos indicados o algunos de ellos.

3º. Que la compareciente no fue extraña a la negociación y concierto del convenio privado de 19 de mayo de 1943; antes al contrario, trató con su hermana y sus sobrinos acerca de su contenido y alcance, mostrándoles entonces mismo su aceptación de cuanto en tal convenio privado se expresaba en lo relativo a su dicha finca.

4º. Que una vez logrado el convenio privado antedicho se pudo proceder seguidamente, como ya he expuesto, a la formalización de la escritura de partición del caudal relicto al fallecimiento de don Venancio de E.C., ajustándose estrictamente a las bases consignadas en el acuerdo privado anterior, si bien las limitaciones antes citadas no se llevaron a escritura pública correspondiente por confiar y considerarse por todos que lo acordado en el seno de la familia en el documento privado sería siempre respetado por unos y otros, como si hubiera constado en escritura pública.

5º. Que, en conclusión, la compareciente estima en pleno vigor y efecto cuanto se acordó en tan repetido documento privado y que, en su consecuencia, la finca por ella enajenada últimamente a don Venancio de E. B. goza a su favor, como derecho anejo a ella, de la servidumbre que se estableció en 1943, sobre la que se adjudicó a doña Rosa y doña Amelia de E.B., pues la exponente, que aceptó en su día el beneficio de la estipulación fijando tal gravamen, no ha renunciado nunca al mismo ni de modo expreso ni de forma indirecta; y que si no había interesado la elevación del documento privado a público para la inscripción registral de la servidumbre fue por considerar que el acuerdo familiar de referencia sería fielmente respetado por todos, dentro, por tanto, de la confianza que en aquel momento concluyó reinando entre unos y otros”.

En síntesis, doña A.B.L., en sus manifestaciones ante notario vino a decir: Que ella, como contadora-partidora de la herencia, y cuñada y tía de los

herederos de don Venancio, había intervenido en las negociaciones familiares que condujeron a tan repetido documento privado de partición hereditaria.

Que, en esas negociaciones, se entendió que la palabra “limitación” constituía una servidumbre.

Que esa servidumbre (de no edificar delante de la fachada) se constituyó en favor de las dos fincas colindantes, a uno y otro lado de la casa afectada por la “limitación”. Es decir, en favor de la casa adjudicada a dos hijas del causante don Venancio, y también en favor de la casa de la que era propietaria la propia declarante doña A.B.L., luego vendida por ella a don Venancio (hijo); en el que, como se ha dicho, concurría la circunstancia de ser hijo y heredero de don Venancio (el causante de la herencia).

Que si los otorgantes del convenio privado no habían hecho constar la existencia de una servidumbre cuando, pocos días después, otorgaron la escritura pública de partición de la herencia, fue porque en todos ellos existía la confianza de que la “limitación” iba a ser respetada por las adjudicatarias de la casa afectada por ella<sup>31</sup>.

Estas manifestaciones de doña A.B.L., efectuadas —como ella misma dijo— a instancias de don Venancio (hijo) obedecían al hecho de que doña Isabel (propietaria de la casa afectada por la “limitación”) albergaba, al parecer, el propósito de vender la finca a un promotor inmobiliario que, por obvias razones de aprovechamiento económico, pretendería construir —en el terreno en el que se situaba dicha casa— un edificio de varias plantas y, además, levantando tal edificio sobre todo el terreno edificable de la finca en cuestión<sup>32</sup>. Es decir, “adelantando” la fachada de la posible edificación hasta el límite (legalmente admisible) de la avenida.

Esa posible construcción intensiva en la totalidad de la finca habría supuesto un notable desmerecimiento de las casas colindantes por ambos lados, puesto que las privaría en buena parte de luces y vistas al mar, amén del contraste constituido por una construcción “densa” y “moderna”, en relación con dos casas (las colindantes por ambos laterales), por así decirlo, señoriales.

Probablemente inspirada por las transcritas manifestaciones de doña A.B.L., y mediante requerimiento notarial de 15-IV-72, doña Rosa (propietaria de parte de la casa número originario 2 bis, luego número 6) pretendió que doña

<sup>31</sup> Para un lector no muy familiarizado con el sistema jurídico español, cumple señalar que en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio (con matices) de que una servidumbre no tiene eficacia respecto al adquirente de la finca gravada si dicha *carga* no aparece inscrita en el Registro de la propiedad.

<sup>32</sup> La casa, como tal, ocupaba originariamente una parte no muy grande de la finca, de forma que delante de la fachada de la casa existía un terreno muy apetecible a efectos de lograr un volumen de edificación elevado.

Isabel (dueña de la casa inicialmente número 4, luego número 8) reconociera la existencia de una servidumbre a su favor, siendo predio dominante el perteneciente a la requirente y sirviente el de la requerida.

Doña Isabel rechazó tal pretensión, también por vía notarial.

### 3. Planteamiento de la controversia y posiciones de las partes.

Promovido el arbitraje, las partes mantuvieron las siguientes pretensiones y argumentaciones.

a) Por parte de doña Rosa, propietaria de una de las fincas colindantes con la afectada por la “limitación”. Doña Rosa E.B. sostenía la existencia de un derecho de servidumbre, convencionalmente constituido y de contenido asimilable al de la servidumbre legal de vistas. De la naturaleza real de esta limitación se llegaba a la conclusión de su duración indefinida. Y se solicitaba la elevación a escritura pública del convenio de 19 de mayo de 1943, con vistas a la inscripción de la servidumbre en el Registro de la propiedad. Los argumentos de doña Rosa E.B. eran, en síntesis, los siguientes:

i) Que el texto del convenio de 19-V-43 refleja claramente el propósito de las partes de establecer una limitación sobre un inmueble (un gravamen real) y no una mera obligación entre los firmantes (u obligación personal), sin perjuicio de que, naturalmente, las ventajas derivadas de la limitación jugasen en favor de personas.

ii) Que no obstaba a esta tesis el hecho de que no se hubiera pactado expresamente contraprestación económica, pues la servidumbre convencional puede constituirse gratuitamente. Además, la de este caso tuvo como justificación el deseo de equilibrar el valor de los lotes de la herencia de don Venancio.

iii) Que tampoco era relevante el hecho de haberse constituido la servidumbre en documento privado, pues se trataba de un acto que no requiere forma *ad solemnitatem*.

iv) Que abonaba esta interpretación la que había hecho en acta notarial doña A. B. L., hermana política del testador, contadora-partidora de su herencia y persona, en fin, que había intervenido muy activa y directamente en todas las operaciones que condujeron a la partición de la herencia de don Venancio.

b) Por parte de doña Isabel, dueña de la finca afectada por la “limitación”. Doña Isabel B. E., por su parte, entendía que la limitación establecida en el repetido convenio de 1943 no podía merecer la calificación de derecho real de servidumbre, constituyendo, tan solo, una obligación personal asumida por las adjudicatarias de la casa afectada, en favor de sus hermanas y en consideración a los vínculos de parentesco que con ellas les unían. En consecuencia, se alegaba que el meritado convenio tenía alcance limitado en

cuanto al tiempo y en cuanto a sus beneficiarios. Por lo que se solicitaba de los árbitros que fijasen en su laudo un límite de duración de la limitación pactada. A tal efecto se sugería el plazo de treinta años a contar desde el convenio, plazo ya expirado cuando la controversia se originó.

Basaba esta parte sus peticiones en los siguientes argumentos: principio de libertad de la propiedad; regla según la cual para que se entienda constituida una servidumbre es preciso que quede claro el propósito de las partes de darle tal carácter; el hecho de que, según afirmaba esta parte, el convenio de 1943 hubiese sido redactado por un acreditado notario, circunstancia que excluía la presunta servidumbre, ya que si esto se hubiera querido, sin duda lo habría manifestado claramente el redactor del documento; y se invocaba, en fin, la extraordinaria y desproporcionada onerosidad resultante de la limitación del caso, citándose, a tal efecto, el artículo 1289 CCEsp.

### 4. Consideraciones jurídicas.

a) Formulaciones conceptuales. El nudo del problema quedó, a mi juicio, bien planteado por las partes. Se trataba de determinar si el convenio de 19 de mayo de 1943, en su estipulación segunda, fue constitutivo de un derecho real de servidumbre, o si, por el contrario, solamente engendró una obligación negativa de no edificar, a cargo de las adjudicatarias de la casa número 4 de la Avenida N., y en favor de “los demás propietarios de las casas colindantes”<sup>33</sup>.

La distinción entre derecho real y derecho de crédito es una de las más complejas cuestiones que se plantean en técnica jurídica. Es, además, un claro ex-

<sup>33</sup> Una de las dos partes trajo a colación, en el período de alegaciones, los conceptos de servidumbre personal y de obligación *propter rem*. Sin embargo, la alusión no nos parece del todo correcta. O, más que correcta, sugerente. Porque, por lo que a la primera categoría se refiere (servidumbre personal), además de ser discutida y discutible su configuración dogmática y por tanto su eficacia, no parece la figura aplicable al supuesto debatido, dado que implica una forma de aprovechamiento de cosa ajena que ni conceptual ni históricamente corresponde a una “limitación” como la que nos ocupa. Por lo que respecta a la eventual caracterización de dicha “limitación” como una obligación *propter rem*, cabe decir que esta figura, además de ser ajena a nuestra tradición jurídica y a nuestro derecho positivo, no añadiría nada nuevo a los términos de la contienda aquí planteada ya que, en definitiva, el decir que estamos en presencia de una obligación *propter rem* sólo tendría consecuencias, en su caso, en relación con terceros ajenos al pacto de 1943; y aquí no había tales terceros: recuérdese que don Venancio (hijo), dueño de la casa con el nuevo número 10 (originariamente 6), lo era por haberla comprado a su tía doña A.B.L. en 1970, no por ser heredero de don Venancio (padre); y que dicho don Venancio no fue parte en el arbitraje al que me vengo refiriendo. Para las partes intervinientes en el conflicto, la eventual obligación *propter rem* no tenía otro significado que el de una obligación más, es decir, una obligación normal y corriente, si bien caracterizada por una correlación fáctica (“el deudor es el dueño” - “el acreedor es el dueño”) que en nuestro supuesto es de todo punto irrelevante.

ponente de las dificultades que en un plano superior entraña la diferenciación entre derechos reales y derechos de crédito. Algunas de las objeciones doctrinales que se han emitido contra este último y tradicional binomio encuentran perfecta aplicación en la dualidad que ahora me ocupa. Hasta tal punto es así, que no pocos autores sostienen que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones. E incluso, aun aceptando en un terreno teórico que derecho real y derecho de crédito son cosas diferentes (al menos por razón de sus distintos efectos y de su también diversa reglamentación jurídica en puntos indudablemente importantes), la dualidad “servidumbre negativa-obligación de no hacer” tiene el mérito de mostrar con claridad ciertas incongruencias que resultan de la aplicación tajante de los rasgos que desde siempre se vienen considerando como diferenciales entre derecho real y derecho de crédito. Un ejemplo puede ser, a mi juicio, la distinta actitud que nos imponen ciertos principios técnicos ante el elemento *tiempo de duración* de la relación jurídica. Mientras que aceptamos como indiscutible la perpetuidad de un derecho real (la servidumbre negativa en este caso), nos resistimos a admitir una obligación negativa (la de no edificar de nuestro supuesto) de duración indefinida. De nada nos sirven las posibles semejanzas reales que puedan existir entre dos figuras jurídicas, o la identidad de los móviles que hubieran podido impulsar a las partes intervinientes en una y otra. Lo que nos lleva, un tanto apresuradamente, a afirmar que esta concreta obligación asumida por un sujeto no debe tener una duración indefinida es el hecho (en definitiva, una sutileza técnica) de haber concluido con anterioridad que dicha obligación es fruto de una relación obligatoria y no de un derecho real. Luego tendré oportunidad de volver sobre este punto concreto.

En teoría, los criterios distintivos entre los derechos reales y los de crédito perfilan con cierta claridad la fisonomía de las figuras que estamos considerando. La primera, la servidumbre negativa, como derecho real que es, implica un deber de no actuar que está ligado a la condición de propietario del fundo sirviente; un deber que se transmite con la finca misma a los sucesivos dueños (en su caso, mediante los necesarios instrumentos de publicidad) y que es, por definición, perpetuo. La obligación negativa, por el contrario, deriva de un vínculo personal entre acreedor y deudor, no afecta a terceros (a no ser que juegue el mecanismo de transmisión convencional del crédito o de la deuda), y tiene una duración limitada, que a falta de convenio establecerá discrecionalmente el juez.

No obstante, esta distinción trazada en teoría adolece de un apriorismo: el de suponer que sabemos de antemano cuándo un concreto derecho es de na-

turalidad real y cuándo de carácter obligacional o de crédito. Y tal conocimiento previo –nuestro caso es un ejemplo muy revelador– no siempre se da. Hay, en efecto, supuestos en que el razonamiento debe invertirse: no se trata de aplicar las consecuencias de este derecho real o de este derecho de crédito, sino que el problema consiste en determinar a cuál de las dos categorías corresponde un concreto poder jurídico que la realidad nos suministra.

No hay problema alguno, desde luego, cuando las partes han manifestado expresamente que lo que pretenden es la constitución de un derecho real o de uno de crédito. Pero a falta de esta explícita declaración, la calificación jurídica llevada a cabo por un tercero ajeno al pacto resulta tarea muy comprometida. Sobre todo, si se tiene en cuenta que en nuestro derecho rigen los siguientes principios: *i*) que las partes gozan de absoluta autonomía para dar a sus pactos contenido real u obligacional; *ii*) que se mueven también dentro de la más amplia libertad a la hora de configurar la relación jurídico-real de servidumbre, pues les basta sujetarse a los rasgos genéricos que a esta figura asigna el artículo 530 CCEsp.; *iii*) que, en virtud del principio espiritualista que domina nuestro sistema contractual, los contratantes no se hallan sujetos a ningún requisito de carácter formal para la constitución de un derecho de servidumbre; *iv*) que nuestro sistema publicitario en materia de inmuebles no exige, para la válida constitución de una servidumbre, condición alguna de oponibilidad a terceros, ya que puede nacer, existir y extinguirse con plena eficacia *inter partes* aunque no haya apariencia externa o instrumento de publicidad.

El deslinde entre servidumbre negativa y obligación de no hacer ha sido frecuentemente tratado por la doctrina. Dentro de nuestra patria, y por ser una de las más valiosas aportaciones, cito la de Díez-Picazo<sup>34</sup>. Y entre las ex-

<sup>34</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis (n. 2), 287-288. Escribe este autor: “En las líneas anteriores ha quedado apuntada ya la idea de que como consecuencia de una servidumbre cabe que se imponga al propietario de un predio un deber de tolerancia o un deber de abstención. Surge así la difícil cuestión de deslindar, cuando la omisión y la tolerancia se refieren a la utilización de cosas determinadas, entre servidumbre y obligación. La cuestión es ciertamente compleja, porque de acuerdo con la doctrina tradicional la servidumbre constituye un derecho real, mientras que la obligación da lugar a un derecho puramente personal o de crédito. Para superar esta dificultad, algunos autores han señalado que las llamadas servidumbres negativas son siempre obligaciones, si bien se trata de obligaciones ambulatorias o propter rem. Sin embargo, sea de ello lo que fuere, lo cierto es que cabe, cuando menos, distinguir dos diferentes regímenes jurídicos. En el primero quedan vinculados únicamente un acreedor y un deudor y, en su caso, los herederos de uno y otro. En el segundo caso, en cambio, quedan vinculados quienes quiera que sean en cada momento propietarios de la finca sirviente en favor de quienes lo sean de la finca dominante. Por otra parte, la obligación negativa, como acabamos de señalar, tiene una duración limitada, mientras que las servidumbres son, por su naturaleza, perpetuas. En principio, es a los interesados a quien compete atribuir a su negocio el alcance de constituir una servidumbre o determinar el nacimiento de la simple obligación, puesto que una y otra cosa dependen de su autonomía (cfr.

tranjeras, una de las más clásicas: la de Messineo<sup>35</sup>.

Hay opiniones radicales, como las de quienes niegan la distinción entre derechos reales y de crédito, o reducen sensiblemente el número de los primeros, hasta llegar, ciertos autores, a la conclusión de que no hay más derecho real que el de propiedad. Algún autor, aun admitiendo la distinción, niega que pueda aplicarse a los deberes de no hacer, que creen deben insertarse en todo caso en el terreno de las obligaciones. Pero la doctrina mayoritaria entiende aceptable la diferenciación conceptual entre servidumbre y obligación negativa. Su argumento fundamental es el respeto a la voluntad de las partes, que también en el caso de los deberes negativos –se dice– es soberana y puede dar a los pactos, por tanto, bien un alcance personal y limitado, bien una eficacia real y absoluta. Los posibles problemas prácticos que pueda plantear el respeto al interés de terceros quedarán salvados mediante los sistemas de publicidad inmobiliaria que el ordenamiento jurídico adopte en cada caso.

En consecuencia, para determinar en un caso concreto ante cuál de las dos figuras jurídicas nos hallamos, es obligada la indagación de la voluntad de las partes descubriendo qué efectos quisieron dar al pacto correspondiente.

Ahora bien, la interpretación de todo convenio cuyo alcance sea discutible ha de basarse, según sostiene la doctrina, sobre la idea o principio de libertad de la propiedad; por tanto, se impone una interpretación restrictiva de los términos del acuerdo que puedan engendrar un gravamen real, y en concreto una servidumbre.

El principio de libertad de la propiedad, que en último término descansa

---

artículos 594 y 1.255). Sin embargo, a falta de una expresa declaración de voluntad sobre el particular, el negocio deberá ser interpretado como simple obligación, pues así lo impone el principio de libertad de la propiedad. De otra parte, para entender nacido un derecho real, con efectos frente a terceros, será necesario que se dé cumplimiento a los requisitos para ello establecidos en orden a la forma del negocio y a su publicidad (artículos 1280, 1º y 606)”. Había expuesto este criterio en Díez-Picazo, Luis, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, Tecnos, 1966, II, p. 232. El autor volvió sobre la cuestión en Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, VI: “Derechos reales”, Madrid, Civitas, 2012, pp. 248-249. Desde esa perspectiva de los derechos reales, el profesor Díez-Picazo ha escrito: “No resulta fácil distinguir entre la obligación de dejar hacer, que se corresponde con la que en latín se llama *pati*, y la obligación resultante de la prohibición de hacer. Puede señalarse que el gravamen es una sujeción al derecho real que corresponde a la otra parte. Lo que puede admitir algún tipo de disposición entre aquellos supuestos en que el titular de la servidumbre la ejercita mediante su propia actuación, de manera directa en relación con la cosa (p.ej.: pasar, etc.), y aquellos otros casos en los que la actuación del sujeto pasivo se concreta en la prohibición o en la creación de la situación que la servidumbre busca. Así, en la llamada servidumbre de *altius non tollendi* el propietario del fondo dominante prohíbe al fondo sirviente la construcción de un edificio de altura superior a la que esté determinada”.

<sup>35</sup> MESSINEO, Francesco, *Le servitù*, en CICU, Antonio (director), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milán, Giuffrè, 1949, pp. 53-54.

sobre la enfática fórmula del párrafo primero del artículo 438 CCEsp., constituye uno de los pilares de la ordenación legal del dominio. Nuestro régimen patrimonial es manifiestamente enemigo de toda limitación de la propiedad e incluso incompatible con ciertas formas de vinculación perpetua; de esta mentalidad resulta una tendencia doctrinal y jurisprudencial que propugna la interpretación restrictiva que antes mencionábamos, abonada, por otra parte, por una regla hermenéutica de indudable arraigo (“*odiosa sunt restringenda*”), que bien puede proyectarse, aunque no sea ese su más adecuado campo de actuación, a la interpretación del contrato.

De hecho, en el laudo arbitral se citó jurisprudencia, ya entonces antigua, de nuestro Tribunal Supremo.

Una sentencia de 1897 había dicho: “[...] *en los contratos en que se constituye servidumbre o se establece gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre estos extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente [...]*”.

Otra, de 1927, manifestó que “*es doctrina legal reiteradamente declarada que toda propiedad se supone libre mientras no se prueba la existencia o constitución legal de servidumbre u otro derecho limitativo del dominical que corresponde al propietario*”, por lo que “[...] *al demandado que afirma la existencia de servidumbre como derecho real toca probar la certeza de su aseveración*”.

Otra sentencia, de 1964, había expresado: “[...] *Que para la efectividad del gravamen limitativo del dominio se establezca, de manera clara e indiscutible, en armonía con lo que es y significa el derecho real, una acción erga omnes [...]*”<sup>36</sup>.

Más recientemente, se encuentran otras sentencias del Tribunal Supremo que aluden a la libertad de la propiedad, a veces para aplicar tal principio y en otras ocasiones para rechazarlo a la luz de las circunstancias del caso enjuicia-

---

<sup>36</sup> Este criterio merece, a mi juicio, alguna consideración, pues creo que su formulación literal peca de exagerada. Parece deducirse de las palabras del Tribunal Supremo que para la existencia de un derecho real, como lo es el de servidumbre, se requiere que las partes que la convienen establezcan de manera expresa una acción *erga omnes*, es decir, que explícitamente señalen que el derecho por ellas establecido puede ser ejercitado mediante una acción de tal carácter. Pero no me parece posible aceptar esas palabras de modo literal. Resulta, en efecto, desproporcionado pretender que las partes tengan que hacer uso de un tecnicismo –cual es la mención de la acción *erga omnes*– para considerar que sólo entonces han establecido de verdad una figura de carácter real. La acción *erga omnes* es uno de los efectos que resultan de ser un derecho real, y no de otra clase, pero entiendo que no es preciso que los constituyentes tengan que hacer referencia a esta circunstancia, puramente refleja o deducida para crear válidamente, si así lo quieren, un poder jurídico de eficacia real. Lo que sí parece más aceptable –y esto es lo que constituyó la *ratio decidendi* del fallo– es que la constitución de una servidumbre exija que las partes quieran gravar el predio sometido o sirviente –y así lo manifesten– de manera perpetua y con independencia de la identidad de los sucesivos dueños de las fincas intervinientes (la afectada por el gravamen y la beneficiada por él).

do. Así, por ejemplo, las sentencias de 27 de junio de 1986 (núm. 416), de 11 de noviembre de 1988 (núm. 841), de 13 diciembre de 2001 (núm. 1164), de 22 de enero de 2008 (núm. 38), de 16 de mayo de 2008 (núm. 343) y de 22 de diciembre de 2008 (núm. 1218)<sup>37</sup>.

b) Algunas reflexiones personales. Cuando el jurista, ante un caso concreto, intenta llevar a cabo una función de análisis de cualquier figura o institución, examina primero los datos objetivos que tiene a su alcance. Luego reúne o coordina adecuadamente esos datos, hasta descubrir su “naturaleza jurídica”. El siguiente paso del proceso consiste en dar a esa realidad que ante él se presenta un “nombre jurídico”; en verdad, lo que hace es encasillar el supuesto de hecho en alguno de los moldes (meros conceptos) que su propia formación técnica pone a su disposición; son conceptos prefabricados, de una fisonomía más o menos perfilada por obra de la ley, de la doctrina de los tribunales o de la de los autores; así, ante uno u otro supuesto decide, por ejemplo, que esto es una permuta, o una donación por razón de matrimonio, o un derecho de uso, o un legado de residuo, o un caso de acrecimiento. El paso final viene cuando concluye que a este supuesto, dotado de tal naturaleza jurídica y de tal nombre, le es aplicable esta concreta reglamentación jurídica (regulación *en derecho*).

Todo este proceso es teóricamente irrefutable. Pero encierra un grave peligro para el jurista: el de que éste, que quiéralo o no no puede desprenderse de su formación (con su algo de deformación) profesional, sienta excesiva atracción por los conceptos y dé a sus razonamientos un desmedido sentido técnico, sin reparar en que ni los conceptos ni la técnica jurídica dominan el discurrir normal de la vida, ni unos y otra pertenecen a la formación y a la cultura del común de los mortales.

En el caso que ahora contemplamos, por ejemplo, el juzgador desarrolla toda su actividad en función de un propósito bien definido: determinar si en la cláusula debatida se constituyó un derecho real de servidumbre negativa o una obligación de no hacer. Pero obsérvese que los dos términos de esta disyuntiva, al igual que los de aquella otra, más amplia, en que ambos tienen su asiento (derecho real-derecho de crédito) son conceptos técnicos que de ordinario no son conocidos -aunque acaso puedan intuirlos- por quienes otorgan convenios del estilo del que ahora me ocupa.

El planteamiento del conflicto, muy parecido a tantos otros que encontramos en la vida real, no deja de ser curioso. En efecto, las partes, debidamente asesoradas por juristas -sus respectivos letrados-, formulan al juez una pre-

gunta en unos términos técnicos que casi con toda seguridad podemos afirmar que ignoraban cuando concertaron el convenio. Le preguntan si lo que ellas mismas constituyeron hacía casi treinta años fue un derecho real o un derecho de crédito. Y no es que la cuestión les interese por razones de rigor jurídico, o a causa de una curiosidad de profano, sino que lo que les importa son las consecuencias que van a resultar según el juzgador se incline por una u otra calificación. Y aquí es donde se observa esa cierta incongruencia que antes apuntaba, porque resulta que el juzgador, para llegar a la calificación técnica exacta (derecho real o derecho de crédito), ha de tener en cuenta, precisamente, las consecuencias de que los propios contratantes quisieron revestir el pacto que concertaban (si querían que surtiese efectos a perpetuidad o sólo por cierto tiempo, si pretendían vincularse ellos solos u obligar o beneficiar también, etc.). Por otra parte, como el jurista se ve constreñido por ciertas reglas o principios de carácter exclusivamente técnico-jurídico, bien puede suceder que al llevar a cabo su análisis desfigure, porque no tiene otro remedio, la verdadera voluntad de las partes. Imaginémoslo, por seguir con nuestro ejemplo, que los signatarios del convenio de 1943 hubieran querido que la limitación acordada tuviese una duración indefinida, pero en tanto en cuanto la casa gravada, o la beneficiaria, o ambas a la vez, siguiesen perteneciendo a sus respectivas adjudicatarias o a sus herederos. Esta última circunstancia impediría al juzgador considerar que lo que se convino fue un verdadero derecho real -al quedar descartada explícitamente la eficacia *erga omnes* del pacto en cuestión-, por lo que se vería irremisiblemente abocado a la tesis del derecho de crédito y de la correlativa obligación de no hacer. Pero he aquí que en el terreno de las obligaciones de este tipo (de no hacer) domina el principio doctrinal según el cual no cabe admitirlas por tiempo indefinido o limitado. En su virtud, el juzgador tenderá a hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1128 CCEsp. para fijar el plazo de duración de la obligación, y señalará uno concreto, más o menos largo pero siempre en disconformidad con lo que las partes, según nuestra hipótesis, quisieron y manifestaron.

Por lo que hace a nuestro caso, creo que se impone una actitud de suma cautela cuando se trata de declarar la existencia de un derecho de servidumbre, dados los notables efectos que de este derecho real derivan.

No considero necesario, desde luego, que los contratantes utilicen el apelativo técnico de la figura (“servidumbre”), y tampoco que hagan uso de otras expresiones, también técnicas, que induzcan a pensar en ella y no en otra institución. Pueden ser expresiones como las siguientes: “efectos reales”, “efectos o acción *erga omnes*”, o simplemente “derecho real”.

Pero sí estimo obligado pedir que los contratantes describan con suficiente

<sup>37</sup> Fuente: Cendoj.

claridad –cualesquiera que sean los términos usados– los rasgos definitorios de esta clase de derecho. En concreto, cuando las partes no utilicen términos técnicos representativos del contenido de la servidumbre, entiendo que es inexcusable la concurrencia de dos requisitos: *i*) la voluntad de permanencia o continuidad de la figura constituida; y *ii*), la pretensión de que el convenio concertado siga desplegando sus efectos aun en el caso de que los predios interesados pasen a manos diferentes de las de los dueños actuales. Y en cuanto a este segundo extremo, todavía cabe, a mi juicio, algún matiz, ya que no es razonable pedir que el individuo medio haga tan largas previsiones. Lo que a mi entender se precisa y basta para poder hablar de servidumbre es que exista el propósito de establecer una ventaja, no en favor de una persona actual, ni aun de sus herederos, sino en beneficio de una finca, como elemento que contribuye a su enriquecimiento o revalorización material o a su más fácil o cómoda utilización. Dicho de otro modo, entiendo que es necesario que conste de alguna forma la voluntad de las partes de hacer del beneficio que se establece algo inherente al predio favorecido. No es preciso que dicha voluntad sea explícita; puede ser tácita, manifestada a través de una conducta o deducida de hechos concluyentes; pero en todo caso ha de ser una voluntad clara y precisa. A mi modo de ver, sólo es posible aplicar los caracteres típicos de la servidumbre (sobre todo la perpetuidad y su eficacia contra y a favor de quienquiera que sea propietario de una y otra fincas) cuando consta de modo indubitado que los contratantes se representaron estos efectos y consintieron en ellos.

##### 5. Algunos elementos de juicio para la interpretación de aquel “convenio” entre herederos.

Vuelvo al caso objeto de análisis. Se trata de descubrir en él, haciendo uso de todos los elementos interpretativos a nuestro alcance, cuál fue el propósito que movió a las partes cuando suscribieron el pacto de 1943. Y como observaciones previas a esta actividad interpretativa creo oportuno formular las siguientes:

*a*) Como antes he dicho, no podemos orientar nuestra indagación en el sentido de intentar descubrir si los contratantes pretendieron constituir un derecho real, o si, por el contrario, lo que quisieron fue establecer una obligación (que implica su correlativo, un derecho de crédito). Creo, mejor, que lo que se ha de preguntar es el alcance temporal que las partes quisieron dar a la “limitación” acordada (si había de mantenerse por poco tiempo, o por mucho, o para siempre); del mismo modo, será necesario saber si las partes tenían conciencia de que el pacto sólo les obligaba o beneficiaba a ellas mismas, o si, en otro caso, tenían la convicción de que la limitación había de ser soportada por

quien fuera propietario en cada momento y en beneficio de los dueños de las fincas colindantes, quienesquiera que éstos fuesen.

*b*) En segundo lugar, y en aplicación de las palabras del artículo 1281 CCEsp., hay que notar que en este caso, a mi entender, los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes. En efecto, éstos expresan con gran precisión lo que quieren: que las adjudicatarias de la casa número 6 no construyan por delante de la línea de la fachada del edificio sin autorización de los dueños de las fincas contiguas. La “limitación de no edificar” está más que suficientemente representada. Pero sobre lo que *sí* hay oscuridad en los términos, y por tanto, dudas acerca de su interpretación, es sobre la total intención de las partes: no queda expresado suficientemente el alcance temporal y el radio de acción o eficacia que se pretende dar a dicha limitación.

Hago esta observación porque el artículo 1282 CCEsp. y la cardinal regla interpretativa que en él se contiene (primacía de la intención sobre las palabras) parecen estar animados por la idea de una contradicción o incompatibilidad entre intención y palabras usadas (“*si las palabras parecen contrarias*”). Pero no se alude al supuesto de que las palabras reflejen la intención, pero no toda ella.

En nuestro caso se trata de buscar una intención en parte no expresada, pero en ningún caso incompatible o contradictoria con la que *sí* se explicitó.

*c*) En último término, creo obligado manifestar que, después de haber utilizado los diversos medios interpretativos, llego a la personal convicción de que las partes, al suscribir el convenio de 1943, probablemente ni siquiera se plantearon –ni en su fuero interno ni externamente– las preguntas que ahora decimos que son fundamentales, visto el caso desde fuera y transcurrido ya un muy largo plazo.

En efecto, como en tantas otras ocasiones el intérprete corre el riesgo de poner en la intención, si no en la boca, de los contratantes, ideas, propósitos o designios ajenos a la representación de las cosas que aquéllos tuvieron *in mente* en el momento de contratar.

Supongamos, al menos como hipótesis aplicable a nuestro caso, que los firmantes no ya no se hubieran planteado entre sí (por tanto, de forma exteriorizada) la cuestión relativa a la duración y alcance personal de la limitación convenida, sino que incluso ni siquiera se hubieran planteado a sí mismos tales preguntas cuando suscribían el convenio.

Caben por tanto, y así debe pensarlo el intérprete, dos primeras posibilidades: *i*) que los contratantes llegasen a un acuerdo unánime sobre los extremos que ahora nos ocupan, y que sin embargo no manifestasen expresamente tal acuerdo; en este caso, la función interpretativa lo es en un sentido puro y



propio, pues lo que intenta es llegar a saber cuál fue aquel acuerdo; *ii*) la otra posibilidad es la de que los contratantes no se hubieran planteado o hecho cuestión de aquellos extremos, en cuyo caso ha de ser el juzgador quien integre aquella “laguna del contrato”; pero obsérvese que en esta segunda alternativa no podemos decir con rigor que la función del juzgador sea la de interpretar el contrato (considerado como concurrencia de consentimientos), ya que vana sería su pretensión de hallar una voluntad que por hipótesis no ha existido; más bien diríamos que en este caso el juzgador lleva a cabo una “integración objetiva” del contrato, entendido ahora éste como regla u ordenación de comportamientos para un futuro más o menos dilatado.

Y aún es posible una tercera hipótesis: la de que los contratantes se hubieran planteado internamente en el momento de contratar las preguntas o extremos que ahora se ofrecen ante nosotros (duración y extensión de la limitación), pero que se las hubieran resuelto a sí mismos (sin salir por tanto de la esfera de su interioridad) de forma distinta. Por ejemplo, creyendo o dando por supuesto las adjudicatarias de la finca afectada por la limitación que ésta sólo les obligaría mientras viviesen las adjudicatarias en las casas colindantes, o mientras se mantuviera la configuración de estas últimas, o hasta que dejasen de surtir efectos otros acuerdos insertos en el convenio de 1943, etc. Y, por el contrario, dando por supuesto las beneficiarias de la limitación que ésta duraría por siempre, siendo un factor ventajoso de su propiedad y por tanto inherente a ella, indiferente a los posibles cambios de titularidad en el dominio de la finca gravada y, en consecuencia, susceptible de aprovechar también a cualquier futuro dueño de sus propias fincas.

En esta tercera hipótesis, y en base a una concepción voluntarista del contrato, habría que afirmar que la estipulación que estamos comentando fue nula, por no existir coincidencia entre las voluntades de ambas partes. Las dos quisieron contratar, pero persiguiendo cada una de ellas una cosa distinta en extremos de capital importancia –por lo que se refiere al punto concreto de la “limitación” impuesta sobre una de las fincas–: una quería que fuese perpetua ventaja para su propio inmueble, y la otra sólo pretendía quedar obligada para con los demás contratantes y en todo caso por tiempo limitado.

Dentro todavía de este tercer supuesto imaginario, y a pesar de mi primera afirmación, se hace difícil sostener la tesis de la nulidad de la cláusula debatida. En primer lugar, porque cualquiera que fuese la representación que a sí mismas se hicieran las partes sobre la duración y alcance de la “limitación” en el momento de convenirla, lo cierto y evidente es que quisieron implantarla, observación que nos remite a la facultad integradora que en favor del juez establece al artículo 1128 CCEsp. En segundo término, porque la nulidad de

esta particular cláusula podría conducirnos fácilmente a la tesis de la nulidad de todo el convenio de 1943, con sólo entender que el pacto por el que se establecía la limitación sobre aquella finca era “objeto principal del contrato” o uno de sus objetos principales (en aplicación del párrafo segundo del artículo 1289 CCEsp.).

#### 6. *La interpretación de aquel “convenio”.*

En primer lugar, llama la atención la fecha del documento, que puede ser muy significativa de los propósitos que sus firmantes albergaban al suscribirlo. Se convino el acuerdo el 19 de mayo de 1943, sólo ocho días antes de la formalización notarial de las operaciones particionales de la herencia de don Venancio. La proximidad de las fechas hace pensar que el cuaderno particional estaba ya redactado cuando se firmó el documento que nos ocupa, y su propio encabezamiento (“Condiciones particulares que convienen entre sí”) induce a suponer que lo que los contratantes pretendieron con él fue ordenar de un modo satisfactorio para todos ciertos aspectos referentes a la utilización o explotación de los bienes constitutivos de la herencia de don Venancio. Pero se trata de aspectos o cuestiones de carácter más bien secundario, pues se ve que lo fundamental, las adjudicaciones de bienes, habían sido ya acordadas con anterioridad. Son además cuestiones que podríamos llamar perezosas o de corto alcance. Pensemos, por ejemplo, en el señalamiento de rentas o en el pacto sobre la forma de pagar al chófer jubilado. Parece, en suma, que se está considerando el estado actual de las cosas y un futuro muy próximo, nada más. Todo ello, por supuesto, referido al momento en el que el pacto se firmó.

Por otra parte, del tenor literal del convenio no se extraen conclusiones contundentes. La redacción del debatido párrafo segundo del apartado segundo, así como su sentido dentro del contexto de todo documento, autorizan a sustentar una y otra tesis

Existen en la redacción literal del convenio ingredientes de sentido preponderantemente obligacional (“*condiciones particulares que convienen*”, “sin autorización de los demás propietarios”, “*comprometiéndose al aceptar su adjudicación esta condición*”). Tiene, en cambio, apariencia de figura jurídico-real la expresión “*que esta casa tenga como limitación*”, que encabeza el párrafo discutido, si bien es cierto que esta última frase y su alusión a “la casa” pueden entenderse como mera referencia indirecta a los adjudicatarios de la misma, que resultan designados después de enunciarse la limitación, no antes.

También puede tener algún significado para el intérprete, ocupado en la difícil misión de hallar una verdad que nunca sabrá con certeza si lo fue en realidad, el hecho de que la limitación discutida no se introdujo en las operacio-

nes particionales de la herencia de don Venancio. Esta circunstancia no basta, desde luego, para negar eficacia real al pacto de que venimos tratando, pero sí puede ser, a falta de otras pruebas, un indicio revelador de que lo que las partes quisieron al establecerlo no fue sino asegurarse de que el cambio de titularidad de la casa número 4 (cambio resultante de la misma partición hereditaria) no iba a afectar a la configuración del solar en que se hallaba sita; en otras palabras, de que sus adjudicatarias no iban a perturbar las luces y vistas de las que ya entonces venía gozando la casa número 2 bis. Pero no creo que del pacto en cuestión se hubiera querido hacer un instrumento de cambio de la condición jurídica del inmueble (de libre, convertirlo en gravado), ya que este propósito debió haber tenido entonces unas consecuencias suficientemente gravosas para justificar su inclusión en el cuaderno particional de la herencia, llamado a ser inscrito en el Registro de la Propiedad<sup>38</sup>.

Habría sido interesante saber si, como alegó una de las partes, el “convenio” fue redactado por un notario (desde luego, habría sido fuera de su condición de fedatario). Se trata de un extremo que no quedó acreditado. Pero, de haber sido así, se robustece la tesis de que no se constituyó una servidumbre, pues ese presunto autor habría puesto en conocimiento de los firmantes (con arreglo a la lógica) la notable diferencia entre un derecho real de servidumbre y una mera obligación.

Merece atención, también, la opinión que doña A. B. L., contadora-partidora de la herencia, expresó en el acta notarial de 28 de diciembre de 1970. Una de las partes contendientes, en concreto la que sostuvo la tesis del gravamen real, puso el acento en el criterio manifestado por dicha señora. Pero su testimonio, con ser muy respetable, no parece suficiente para crear una cabal convicción de que, en efecto, los contratantes quisieron atribuir a su convenio las consecuencias que resultan de un derecho real. Cuando dicha señora habló, en un único lugar, de servidumbre y de inscripción registral, se refería a su apreciación personal acerca del alcance de la figura controvertida, pero no aportó dato objetivo alguno que permita llegar a la convicción de que su parecer fuera también el de los contratantes<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> La alegación de que si no se formalizó notarialmente aquel pacto (y con ello la pretendida servidumbre) fue por razones de confianza familiar, no parece muy estimable cuando una de las partes la contradice; sobre todo, si se tiene en cuenta que en el cuaderno particional sí se recogieron otras limitaciones (“un derecho de luces y vistas” y un derecho de paso de vehículos en la zona limítrofe entre las casas 2 y 2 bis), generadoras de dos derechos –sobre todo el segundo– de un contenido económico y de una onerosidad muy inferiores a los que hubiera deparado una servidumbre sobre la casa número 4 (aun teniendo en cuenta la mentalidad y el valor del suelo de aquel entonces).

<sup>39</sup> Recordemos que la referida doña A. B. L. no fue parte en el convenio de 19 de mayo de 1943; y,

Por otro lado, es muy significativa la circunstancia de que al convenir la limitación se dijese que los dueños de la casa afectada no podían avanzar la línea de su fachada “sin autorización de los demás propietarios de las casas colindantes”. Las casas colindantes eran la 2 bis y la 6 (en numeración de entonces: luego, la 6 y la 10); la 2 bis formaba parte de la herencia y fue adjudicada a dos herederas; la 6, en cambio, pertenecía a doña A. B. L., la referida señora contadora-partidora, que por tanto no era heredera. Llama la atención, por ello, que en el pacto se estableciese la limitación en favor de los dueños de las dos casas colindantes. Habría sido comprensible que las herederas, cuyos intereses se hallaban en juego en el convenio, hubieran acordado la limitación sólo en su provecho; es decir, que las herederas adjudicatarias de la casa número 4 aceptasen la limitación en favor de las adjudicatarias de la casa colindante número 2 bis, que eran también herederas y firmantes del pacto; no se comprende, en principio, que también se hiciese acreedora del beneficio a la dueña de la casa número 6, que en rigor era una extraña al convenio, aunque fuese una contadora-partidora de la herencia y cuñada del causante. Este detalle mueve a pesar que el discutido convenio ha de entenderse inserto en el marco de un mero acuerdo entre familiares, llamado a surtir efectos mientras esas mismas circunstancias familiares se mantuviesen, y, por tanto, carente de la perpetuidad y del carácter absoluto que califican a un derecho –y correlativo gravamen– real.

De no ser así, es decir, si estuviésemos en presencia de un verdadero derecho real, no encuentro sentido al hecho de que la dueña de la casa afectada tuviese que soportar el gravamen en favor de un hipotético propietario de la casa que entonces pertenecía a doña A. B. L., y que fuese absolutamente ajeno a la familia; por ejemplo, un tercero a quien A. B. L. hubiera vendido su inmueble. La hipótesis es todavía más chocante si se piensa que los dueños de la casa 2 bis podían haber renunciado, por su cuenta y con independencia de aquel imaginario propietario de la casa número 6, a la ventaja resultante de la existencia de la “limitación” debatida.

La parte que sostenía la tesis de la servidumbre invocó también la escritura de 21 de junio de 1947, por la que la entonces dueña de una mitad indivisa de la casa número 4 vendía su parte a la propietaria de la otra mitad, doña

aunque no fuera extraña a él, e incluso aunque pudiera haber intervenido en su preparación, lo cierto es que de aquel acuerdo sólo surgió una estipulación en su favor, acordada por motivos de afecto familiar y sin contraprestación alguna por su parte. Y a pesar de que su ulterior aceptación le legitimó (artículo 1257, párrafo segundo, CCEsp.) para exigir el cumplimiento del pacto, es obvio que su pretensión no puede exceder en ningún caso del exacto contenido de la limitación que se estableció sobre la casa número 4, que es precisamente lo que se debatía. El mismo hecho de ser la declarante parte interesada en la cuestión discutida priva a sus palabras de la presunción de objetividad que habrían merecido en otro caso.

Isabel<sup>40</sup>. Pues bien, en dicha escritura de venta la vendedora “*hace constar que según convenio con los dueños de las fincas colindantes [...] la edificación que existe en la finca no se puede adelantar más hacia la Avenida N, para no privar de luces y vistas a las otras dos fincas con las que, como se ha dicho, colinda por el este y el oeste la aquí descrita*”<sup>41</sup>.

#### 7. Decisión del laudo.

El laudo arbitral concluyó diciendo: “[...] *estimamos que las partes, si bien dejaron claro el propósito de la ‘limitación’ del caso, no la describieron con esos caracteres de perpetuidad y eficacia contra y en favor de terceros que son naturales en un derecho real, y quizá más tratándose de una servidumbre. En resumen, nos vemos forzados a extraer una conclusión negativa, muy poco satisfactoria por cierto pero única a nuestro alcance: la de que la limitación acordada no tiene ni en su origen, ni en su formulación, ni en su contexto histórico, los rasgos típicos de un derecho real de servidumbre. La falta de una deseable claridad en el pacto de 1943, conciliada con postulados constantes en la doctrina y en la jurisprudencia, nos lleva a concluir que estamos ante una obligación negativa, con todas las consecuencias que de esta calificación se derivan*”.

<sup>40</sup> Recordemos que la casa en cuestión –la afectada por la “limitación”– fue adjudicada por mitades indivisas a dos de las hijas del causante, concretamente a doña María Teresa y a doña Isabel. Falleció pronto la primera, y su dominio pasó a manos de su madre y única heredera, doña Rosa. Esta última, por medio de la referida escritura de 1947, vendió su participación en la propiedad de la casa a la otra condueña, su hija doña Isabel.

<sup>41</sup> Sin embargo, considero que este hecho no aporta ningún argumento concluyente, ya que lo único que de él se desprende con certeza es que la vendedora de la mitad indivisa (esposa del causante, madre de la compradora y firmante como esta última del convenio de 1943) se consideraba vinculada por la “limitación” establecida en dicho convenio. Es probable que la misma vendedora juzgase que la compradora también se hallaba sujeta por la “limitación” –cosa que no tiene nada de extraño si se piensa que dicha compradora se hallaba afectada por ella desde un primer momento, ya que en el repetido convenio se le adjudicó directamente una mitad de la casa en cuestión–, pero ni por un motivo ni por otro encuentro argumentos para sostener que la vendedora, o la compradora, o las dos a la vez, creyesen hallarse sujetas por un gravamen de las características de un derecho real. Lo único que explícitamente reconocen es que existe una “limitación” en favor de los dueños de las casas colindantes (se vuelve a repetir el plural de “casas”, no “casa”), pero esto no constituye ninguna novedad, supuesto que nadie negó la autenticidad del documento de 1943, y supuesto también que lo que se discutía en el arbitraje era el alcance o significado jurídico de tal “limitación”. Que las partes firmantes de la escritura se refiriesen a ella dándole el equivoco nombre que se le dio en el convenio de 1943 (el de “limitación”, precisamente) no debe extrañarnos, si se tiene en cuenta que el referido convenio era todavía muy reciente: la escritura que comentamos es de 1947. A mi juicio, esta interpretación se ve refrendada por el hecho de que en la misma escritura (de 1947), y en el capítulo de “cargas” se dijese: “*Sólo afecta a la finca la limitación que se ha expresado a seguido de su descripción*” (es decir, la de no poder adelantar la fachada, etc.). Estimo que no es ésta la mención característica de una servidumbre, máxime si se tiene en cuenta que aquí interviene ya un notario autorizante y que en la práctica notarial existen fórmulas muy claramente representativas de lo que es y significa un gravamen de carácter real.

Pero, además, era necesario que el laudo estableciese la duración de la “limitación” del caso, no sólo por exigencias dogmáticas (por tratarse de un derecho de crédito), sino porque, al no establecer los firmantes del “convenio” un plazo indefinido de duración, ni un tiempo limitado y concreto, había que suponer –con arreglo a los criterios que resultan en la observación del normal proceder humano– que las partes que suscribían el convenio lo hacían proyectándolo en función de sus propias vidas, es decir, pensando en ellas mismas y en las de los demás que participaban en el pacto. Por ello, en aplicación de la obligación que impone al juez el artículo 1128 CCEsp. (establecer un plazo de duración), el laudo estableció: “*A nuestro juicio, y como antes decíamos, un buen criterio puede ser el de mantener la vigencia de la obligación mientras dure la vida de los firmantes del convenio, acreedores y deudores, según los casos, de las obligaciones que en él se establecieron. No por un pretendido carácter vitalicio de los derechos allí surgidos, sino en atención al pensamiento –válido a falta de otro mejor– de que los contratantes acordaron las diferentes estipulaciones en función de la identidad y circunstancias de cada uno de ellos. Esta reflexión hace que, al menos, no sea exagerada la decisión de mantener en pie aquellas cláusulas durante la existencia de todos los que las convinieron. Fallecidos todos ellos, o al menos los beneficiarios de cada una de las singulares estipulaciones y los obligados por ellas, puede entenderse que los respectivos derechos y deudas han de quedar definitivamente extinguidos*”.

#### V. RECAPITULACIÓN: ARGUMENTOS PARA FORMULAR LA CONCLUSIÓN

Decía en el apartado introductorio de este trabajo que, por exigencias del razonamiento, era oportuno dejar para el final algunos argumentos encaminados a sostener lo que la presente aportación propone. Es decir, que es muy sutil la línea que separa una interpretación en la que el juzgador puede superar las “dudas” sobre la intención común de los contratantes, de aquella otra en la que el juez llega a la conclusión de que esa intención común “no puede ser conocida”.

##### 1. ¿Qué es el “objeto principal del contrato”?

a) Algunas opiniones de la doctrina. Procede recordar las dos reglas que contiene el artículo 1.289. Primera regla: cuando “*absolutamente fuere imposible*” resolver las dudas interpretativas mediante la aplicación de los criterios hermenéuticos de los artículos 1282 a 1288, y esas dudas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, se resolverá, si el contrato fuere gratuito, en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

La segunda regla dispone que si las dudas recaen sobre el *objeto principal del contrato* (y el texto legal dice enfáticamente: “*de suerte que no pueda venirse sin conocimientos de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes*”), el contrato será nulo.

Repárese en que la segunda de esas reglas, formulada gramaticalmente de manera negativa, presupone, *a sensu contrario*, que los criterios interpretativos de los artículos 1282 a 1288 pueden servir para llegar al conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes.

Esta última apreciación lleva consigo, a mi juicio, la notable carga de “suposición” (o de entelequia) que supone cualquier interpretación judicial del contrato; esto es, un desenlace que no sea concluir que el contrato es nulo.

Dada la abismal distancia que existe entre que el juez declare cuál fue la intención de los contratantes y la de que, por el contrario, manifieste que no hubo ninguna intención común, el *quid* de la cuestión reside en determinar el significado de la expresión “*objeto principal del contrato*”.

A este respecto, me permito resumir algunas opiniones doctrinales.

Entre los autores de mediados del siglo pasado, no era infrecuente que la doctrina, al referirse al artículo 1289, se limitase a remitirse a los artículos precedentes, pero sin ahondar en el significado de “*objeto principal*”. Así, en Castán, autor de referencia en aquella época<sup>42</sup>.

Poco después, se encuentra una opinión de interés en Lacruz Berdejo<sup>43</sup>. Consideró que por “objeto principal del contrato” ha de entenderse la “causa” del artículo 1272: aquella sobre la cual convergen las voluntades de las partes y que representa el tipo contractual. Añadía el autor: “La nulidad se produce únicamente cuando el desconocimiento de la ‘intención o voluntad de los contratantes’ acerca de la ‘causa’ persiste tras la aplicación de los recursos interpretativos de los artículos precedentes, y entonces es absoluta y sui generis, en cierta relación con el negocio incompleto”. Se trataba de una opinión original, puesto que la doctrina es unánime al considerar que los elementos esenciales del contrato son el consentimiento, el objeto y la causa. El artículo 1261 CCEsp. dice: “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes. 2º Objeto cierto que sea materia del contrato.*”

<sup>42</sup> CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, III: “Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general”, 9ª edición, Madrid, Reus, 1958, pp. 429-430. El autor, en el epígrafe, se limitó a aludir a la “equidad contractual”, quizás para expresar que el precepto examinado tiende a un desenlace de “equivalencia”, pero sin más análisis. Existen varias ediciones posteriores de la obra.

<sup>43</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, 2ª edición, Barcelona, Bosch, 1987, p. 294. Existen ediciones posteriores.

3º *Causa de la obligación que se establezca*”.

Se advierte, pues, que, según el precepto que acabo de mencionar, el objeto y la causa del contrato se diferencian con claridad. Por eso, es posible que, al interpretar las palabras “objeto principal”, del artículo 1289, Lacruz Berdejo atribuyera al vocablo “objeto” uno de los significados de nuestro *Diccionario*; en concreto, el que dice que es “fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación”. Dicho de otro modo, probablemente el autor se apartaba del significado que la palabra “objeto” tiene cuando nos referimos a los elementos esenciales de un contrato<sup>44</sup>.

Opinión parecida se encuentra en López y López<sup>45</sup>. Escribió: “Creo que también aquí objeto hay que entenderlo en el sentido de fin, fin principal del contrato, que no es otro que la causa en sentido objetivo. Ello equivale a decir que circunstancias accidentales son todas aquellas que no afecten a la consecución del fin que el ordenamiento jurídico predispone para el contrato puesto en vida por los interesados”.

Jordano Barea opinó que la expresión “objeto principal del contrato” equivale a los elementos esenciales del contrato<sup>46</sup>. Dijo: “Por el contrario, en el supuesto de dudas sobre extremos o elementos esenciales del contrato (objeto y causa) que imposibiliten la reconstrucción del consentimiento contractual —el cual, precisamente, recae sobre ellos (v. el artículo 1262)— el negocio será radicalmente nulo o inexistente (arg. ex artículo 1261 a contrario sensu). Aquí la intención o voluntad común de los contratantes, imposible de alcanzar, tendrá una función o eficacia puramente negativa”. Se observa, pues, que en este caso el autor, al referirse al “objeto”, lo entiende en el sentido propio de la teoría general del contrato, esto es, como un concepto distinto de la causa<sup>47</sup>.

El “objeto principal” del contrato se identificó de nuevo con la causa por

<sup>44</sup> La misma expresión que la de la 2ª ed. de la obra de Lacruz Berdejo fue adoptada por RAMS ALBESA, Joaquín como LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, *Elementos de derecho civil. Derecho de obligaciones*, II/1º/: “Parte General. Teoría general del contrato”, 3ª edición, Barcelona, Bosch, 1994, p. 528.

<sup>45</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel M., “Comentario al artículo 1.289”, en ALBALADEJO, Manuel - DÍAZ ALABART, Silvia (directores), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2ª edición, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995, XVII/2, p. 73.

<sup>46</sup> JORDANO BAREA, Juan B., “Comentario al artículo 1289”, en *Comentarios del Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis - BERCOVITZ, Rodrigo - SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, II, p. 518.

<sup>47</sup> En el lugar citado de aquel trabajo, pocos renglones antes, el autor había escrito: “Diverso tratamiento tienen las dudas sobre los elementos accidentales del contrato (condición, plazo, modo) que cuando éstas versan sobre puntos o elementos esenciales (objeto y causa)”.

parte de Almagro Nosete<sup>48</sup>. Escribió: “La segunda hipótesis contempla la imposibilidad interpretativa, pero referida al ‘objeto principal del contrato’, empleado este concepto, según entiendo, como la causa del contrato. En este caso, dada la gravedad de las dudas que afectan a la esencia del contrato, el legislador, de manera redundante, advirtiendo sobre la importancia de la sanción (de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cual fue la intención o voluntad de los contratantes’) decreta la nulidad del contrato. La nulidad del contrato es, desde luego, la única consecuencia a que puede llegarse, puesto que lo que hay es una mera apariencia de contrato al no poder concretarse uno o varios de esos elementos esenciales. Se trata, por tanto, de nulidad radical o inexistencia”<sup>49</sup>.

En el *Sistema* de Díez-Picazo y Gullón<sup>50</sup>, los autores interpretan “*objeto principal*” como “*la finalidad que las partes se propusieron alcanzar*”.

El Profesor Albaladejo, apartándose radicalmente de la estructura de nuestro Código, e incluso de sus *conceptos* (puesto que en él no existe una disciplina del negocio jurídico, ni del acto jurídico, y ni siquiera de la declaración de voluntad), “extrae” el estudio de la interpretación (así como el de la *integración*) del lugar en el que la doctrina lo sitúa habitualmente; es decir, en la teoría general del contrato. Albaladejo opta por “construir” una teoría general del negocio jurídico, que es donde coloca el concepto de *interpretación*<sup>51</sup>.

Al referirse al artículo 1289, que ahora me ocupa, Albaladejo dijo que el párrafo segundo de dicho precepto “*no se refiere a la interpretación, y ni siquiera dispone el sentido que habrá de atribuirse a la declaración, sino que se limita a decretar la nulidad de ésta por ininteligible*”<sup>52</sup>.

b) Interpretación propiamente dicha e interpretación integradora. No es necesario (ni ahora oportuno) extenderse sobre la distinción entre interpretación e integración del contrato.

<sup>48</sup> ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, “Comentario al artículo 1289”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador), *Comentario del Código Civil*, Barcelona, Bosch, 2006, VI, pp. 755-756.

<sup>49</sup> El autor, al referirse al problema que me ocupa, utilizó el epígrafe de “límites del principio de conservación del contrato”.

<sup>50</sup> DÍEZ PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 10ª edición, Tecnos, Madrid, 2012, II/1, p. 80.

<sup>51</sup> ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I: “Introducción y parte general”, 2º: “La relación, las cosas y los hechos jurídicos”, 14ª edición, Barcelona, Bosch, 1996, pp. 343-363. Por eso, la interpretación no se encuentra en el lugar que podría esperarse: ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, II: “Derecho de obligaciones”, 14ª edición, Madrid, Edisofer, 2011.

<sup>52</sup> ALBALADEJO, M..(n. 51), p. 350.

Acudiendo otra vez a la autoridad de Díez-Picazo<sup>53</sup>, considero muy convincente su criterio de distinguir, incluso en la estructura de su obra, entre lo que constituye la interpretación del contrato de lo que él denomina “la reglamentación contractual”, tema que incluye dentro del más amplio sobre “el contenido del contrato”.

Al referirse precisamente a la reglamentación contractual, el autor desarrolla el concepto de integración del contrato. Con fundamento en el artículo 1258 CCEsp. (cuyo texto he citado en el apartado 1 de esta ponencia y que está fuera de los preceptos que el Código dedica a la interpretación), el profesor escribe: “Se puede hablar, entonces, de una integración del contrato, para aludir a la objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, atendiendo a cada una de las fuentes de que las diferentes reglas contractuales pueden proceder. Esta construcción se realiza objetivamente y no es, por consiguiente, una reconstrucción que se haga a partir de o como desarrollo de la voluntad contractual. En este sentido, como ha señalado acertadamente Rodotà, no es exacto hablar de lagunas del contrato, utilizando un paralelismo, dudosamente oportuno, con los problemas de las lagunas de la ley. El contrato no se integra porque las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata, de una objetiva ordenación de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes”.

No obstante, otra muy autorizada voz de nuestra doctrina desarrolla el concepto de integración del contrato inmediatamente después del de interpretación. Así, en Lacruz Berdejo<sup>54</sup>. Considero de interés reproducir las primeras palabras de este autor al tratar sobre la integración: “Sin haber una frontera rígida, sí hay una clara distinción entre interpretación e integración, dirigida la una a discernir las dificultades de expresión de la voluntad de los contratantes, y la otra a resolver las planteadas por la falta de voluntad (y de norma legal) relativamente a un problema concreto. La tarea de la interpretación, de determinar el alcance de la voluntad de los contratantes, es una parte del cometido más complejo de discernir la entera virtualidad del contrato, producto éste de la interacción de la voluntad, las leyes, y las otras fuentes de integración del arreglo de intereses convenido entre las partes”<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> DÍEZ-PICAZO (n. 2), p. 429.

<sup>54</sup> LACRUZ BERDEJO (n. 43), pp. 296-304.

<sup>55</sup> Al tratar sobre la *integración* del contrato, el autor denomina “heterointegración” a la consistente en aplicar el ya citado artículo 1.258, que remite –como hemos visto también– a la buena fe, al uso y a la ley.

Pero ha de advertirse a la vez que el propio Díez-Picazo, después de desarrollar los llamados “criterios interpretativos”, hace referencia a un concepto que podría denominarse “mixto”, como es el de “interpretación integradora”.

Esta última noción fue propuesta en nuestra doctrina por Vattier<sup>56</sup>. El autor comenzó su estudio diciendo: “Al estudiar el tema de la interpretación del contrato nos hemos encontrado con la idea sorprendente de que la interpretación integrativa o integradora –denominación por la que optamos– es, para algunos, irrelevante en nuestro derecho, y queremos salir al paso aquí a esta idea que nos parece tan inexacta como incongruente con los datos de nuestro Código Civil. Recordemos que la doctrina moderna ha identificado, al lado de la clásica distinción de la interpretación subjetiva y objetiva, *categorías nuevas, y se suele hablar, aparte de la calificación, de interpretación propia, verdadera o estricta, de integración y, en fin, de interpretación integradora*”.

Al terminar su exposición, Vattier afirmó que una mirada rápida a la jurisprudencia permitirá comprobar la virtualidad práctica de la interpretación integradora, pues los tribunales, al interpretar el contrato, no sólo despliegan su contenido implícito y determinan sus efectos, sino que llegan, incluso los nuestros, hasta a modificar lo acordado por los contratantes.

En ese lugar, Vattier, después de un resumen de las doctrinas inglesa y francesa, mencionó, en apoyo de su tesis, algunas sentencias del Tribunal Supremo<sup>57</sup>.

La tesis de Vattier fue recogida en la doctrina posterior. Por ejemplo, en Díez-Picazo<sup>58</sup>, que, no obstante, formuló sus reservas al respecto. Escribió: “*La interpretación integradora, así concebida, se distingue nítidamente de la interpretación en sentido estricto, pero ha de distinguirse también de la integración del contrato, más arriba aludida, porque la integración completa el contrato en aplicación de las normas y reglas ordenadas por las propias fuentes de integración (la buena fe, el uso de los negocios y la ley dispositiva), en tanto que la interpretación integradora busca la reconstrucción o el llenado de las lagunas a partir de la propia declaración de voluntad contractual*”<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> VATTIER FUENZALIDA, Carlos, *La interpretación integradora del contrato en el Código Civil*, en *Anuario de Derecho Civil*, 40/1, enero-marzo de 1987, pp. 495-524.

<sup>57</sup> Al referirse a la sentencia de 3 de febrero de 1986, Vattier consideró que la “equidad permite restablecer el equilibrio, operación que no puede ser otra que la interpretación integradora del contrato con apoyo en el artículo 1.289 CC.”.

<sup>58</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, I: “Introducción. Teoría del contrato”, 6ª edición, Madrid, Civitas, 2007, p. 508.

<sup>59</sup> Díez-Picazo dice a continuación: “Que en nuestro Código Civil existen reglas que conducen a una interpretación integradora es algo que no puede dudarse a la vista de lo que establece el párrafo

No obstante, la idea fue acogida por algún autor posterior. Por ejemplo, por Jordano Barea, que, comentando el artículo 1.287 (el que se refiere al “uso o costumbre del país”), consideró que, en su segunda parte, dicho precepto recurre a los usos en una función de interpretación integradora, que no hay que confundir con la integración de un contrato incompleto o lagunoso, aunque las fronteras entre una y otra categorías sean muchas veces difíciles de trazar en la práctica<sup>60</sup>. Y considero significativo que Lacruz Berdejo<sup>61</sup>, “separando” el artículo 1.287 CC. de los llamados *criterios interpretativos*, llevara ese artículo 1.287 al terreno de la *integración del contrato*<sup>62</sup>.

c) Observaciones sobre la interpretación, en los dos casos examinados. Con ocasión -y motivo- del relato de los dos *casos* que he descrito con anterioridad (apartados 2 y 3), he tenido oportunidad de formular algunas sugerencias en torno a las peculiaridades de ambos conflictos.

Pero todavía cabe, a mi juicio, alguna reflexión adicional.

a) Los dos casos, a mi juicio, ofrecen la oportunidad de proponer -aunque con diferentes palabras- la “pregunta” a la que me he referido en el preámbulo de la presente aportación. Esa pregunta (y casi es inevitable la reiteración) es la de si será o no verdad que cuando el juzgador declara que la “intención común” de los contratantes fue una determinada (la llamada “X”, que por definición ha sido rechazada o negada por uno de los litigantes), en realidad lo que

---

segundo del artículo 1.288. No obstante, C. Vattier ha expresado la idea de que constituyen módulos de interpretación integradora todos los que en el Código pueden reconocerse como criterios de interpretación subjetiva. Conclusión probablemente demasiado radical, que será necesario ir enjuiciando al examinar cada uno de esos concretos criterios”.

<sup>60</sup> JORDANO BAREA, Juan B, “Comentario al artículo 1289”. En *Comentarios del Código Civil*, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido - DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis - BERCOVITZ, Rodrigo - SALVADOR CODERCH, Pablo (directores), Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, II, pp. 516-517.

<sup>61</sup> LACRUZ BERDEJO, (N. 43)

<sup>62</sup> La expresión “interpretación integradora” fue utilizada también por ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, I: “Introducción y parte general”, 2: “La relación, las cosas y los hechos jurídicos”, 14ª edición, Barcelona, Bosch, 1996, p. 353; al exponer su criterio sobre interpretación e integración. Escribió el autor: “Mediante la interpretación únicamente se establece el sentido de lo declarado, pero en la declaración puede no haberse regulado todo lo necesario. En tal caso hay que seguir uno de los dos caminos: 1º O el de completar lo que la declaración no estableció, a base de obtener de la voluntad declarada la que presumiblemente (porque es la más congruente con ella) corresponde para el punto no regulado, por ser la que se le habría dado, de haberlo contemplado específicamente. 2º O el de, dejando la laguna en la regulación voluntaria, es decir, negocial, acudir supletoriamente para llenarla a lo dispuesto en las normas jurídicas. De esos dos caminos –completar la declaración con su propia sustancia o dándola por incompleta suplir sus vacíos con regulación legal– el primero se llama integrar la declaración. De lo que se sigue que en puro rigor la integración no es interpretación (de la declaración). Pero en un sentido amplio forma parte de ella pudiendo calificarse de interpretación integradora”.

el juzgador ha hecho ha sido “crear”, “construir” o simplemente “imaginar” tal intención común.

Si la contestación es afirmativa, la pregunta siguiente es: ¿no será que en el ánimo del juzgador ha hecho mella un cierto “horror al vacío”, esto es, una especie de rechazo radical de que *no hubo contrato*? En otros términos, una especie de inclinación natural hacia lo que pomposamente llamamos *principio de “conservación del contrato”*<sup>63</sup>.

b) El caso de los “metros cúbicos”, probablemente, habría podido resolverse —como de hecho ocurrió— con criterios de interpretación en sentido estricto.

No había duda alguna de que, siendo oneroso aquel contrato de “concesión de la explotación de cantera”, tenía que haber un precio en favor del propietario. Tampoco existía duda sobre la fórmula *literalmente* utilizada por las partes para la determinación del que llamaremos “precio final”: 40 pesetas por metro cúbico de ofita extraída. Tampoco cabía plantearse la cuestión de qué significa “un metro cúbico”. El problema residía en decidir cómo se medía ese metro cúbico, esto es, si “en rama” (o en el filón), o en ofita troceada o triturada, que es como se comercializa y utiliza (esto último, sobre todo en obras públicas).

Y es aquí donde se planteaba en toda su crudeza el problema de la “*intención común*”.

Como he apuntado más arriba, no parece insensato entender que pudo no haber una intención común. Es decir, que no sobrepasa los límites de lo razonable suponer que, en el momento de contratar, para la arrendataria el “metro cúbico” significaba esa medida de volumen, pero en cantera o “en rama”; y que para el arrendador, “metro cúbico” era de ofita triturada.

Por otro lado, la “duda” se incrementaba al tener en consideración que, para los pagos a cuenta, las partes habían convenido un sistema de “x” pesetas por tonelada, es decir, utilizando una medida de peso, no de volumen.

Así las cosas, considero que era razonable resolver la controversia con la aplicación de uno de los “criterios interpretativos” CC. (el del artículo 1287), para, al hilo de la regla básica del artículo 1.289, en su párrafo primero, establecer un criterio de decisión fundado en la “*mayor reciprocidad de intereses*”<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Téngase presente que la cuestión que planteo tiene sentido —también— en la hipótesis de que lo resuelto por los correspondientes tribunales arbitrales hubiera sido lo contrario de lo que decretaron. Es decir, si en el caso del “metro cúbico” se hubiese decidido que esa expresión de medida se refería a la ofita “en rama” (o no triturada) y si en el caso de la “limitación” de una finca se hubiera determinado que lo acordado por las partes fue la constitución de un derecho real de *servidumbre de no edificar*.

<sup>64</sup> Aquí entra en juego, aunque en el Código no se utilice esta expresión, la idea (que siempre me ha parecido muy valiosa) de “la economía del contrato”.

Recuérdese, no obstante, que algún autor entiende que el artículo 1287 constituye un elemento de integración, no de interpretación.

Ahora bien, ¿podría alguien decir que la solución adoptada en el laudo fue *realmente* una consecuencia de haber conocido los árbitros cuál fue “la intención o voluntad de los contratantes”?

A mi juicio, la respuesta es negativa. Lo que me mueve, volviendo al título de esta ponencia, a hablar de entelequia, ilusión o ficción.

Lo que ocurre, a mi entender, es que el principio de conservación del contrato tiene mucho más peso del que pudiera parecer. Expresado en términos más realistas: ¿podía de verdad el tribunal arbitral haber declarado nulo el contrato en cuestión, de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1289 CCEsp., cuando hacía cinco años que la cantera había sido explotada? Porque, entre otras cosas, si esa hubiese sido la “solución”, en todo caso habría sido necesario determinar cuánto debía pagar la arrendataria al arrendador, pues la realidad era la de que la cantera se había visto disminuida o reducida.

Dicho de otro modo, en este caso el precio (su montante, no su existencia) no podía considerarse “objeto principal del contrato”, lo que excluiría la aplicación de la tan citada regla del párrafo segundo del artículo 1289.

d) No era el mismo el problema planteado por el segundo de los casos, es decir, el de la “limitación” que afectaba a una casa integrante de una herencia.

En aquel segundo conflicto, no se discutía (no había posibilidad de hacerlo) en qué consistía la “limitación”: la propietaria de la casa afectada por ella no podía construir delante de la fachada de la casa sin autorización de los propietarios de las dos fincas colindantes.

Pero había una cuestión en la que no repararon ni el autor del “convenio privado” entre herederos, ni las propias partes otorgantes del documento, ni el notario que, pocos días después, autorizó la escritura pública de partición de la herencia. La cuestión, procede repetirlo, era la de si esa “limitación” era sólo expresiva de una obligación de no hacer o si, por el contrario, entrañaba la constitución de una servidumbre negativa.

Aquí, el problema era mayor para los árbitros del conflicto, porque su decisión implicaba considerables consecuencias jurídicas. Si optaban por la tesis de la servidumbre negativa, ya no se trataba de una “obligación”, sino de un gravamen de carácter permanente (no es lo mismo que indefinido) y que, además, surtiría todos sus efectos quienquiera que fuese el propietario de la finca afectada por la “limitación”.

No creo que ese segundo caso fuera un supuesto conducente a la integración del contrato, pues ésta presupondría que hubo realmente un contrato como consecuencia de una definida intención común.

En aquel segundo caso podía existir un problema de naturaleza jurídica, con cierta *proximidad* al concepto de “causa”. Lo que ocurre es que no se trataría de la *causa del contrato* (aquí, plenamente subsumible en el artículo 1274 CCEsp.<sup>65</sup>), sino de una cosa algo más compleja, como es la calificación jurídica del propósito negocial que inspiró la voluntad de las partes al concertar el “convenio” entre herederos de 1943.

Digo esto porque la duda podía estar fundada en el significado que se atribuya a las palabras “objeto principal del contrato”, del artículo 1289, párrafo segundo.

Era claro que había una intención común, pero -paradójicamente- sobre un extremo que fue el que motivó el conflicto. Esa intención común fue sin duda la de establecer una “limitación” sobre “una casa”. Pero, dado que la controversia recayó precisamente sobre la naturaleza jurídica de esa “limitación”, no parece inoportuno plantearse la cuestión de si la diferente naturaleza jurídica que propugnaron las partes en el arbitraje tiene cabida en el “objeto principal del contrato”. Si la respuesta fuese afirmativa, y se entendiera que los “criterios interpretativos” de los artículos 1282 a 1.288 no permitían conocer cuál fue la intención o voluntad común de los contratantes, como ya he apuntado más arriba, el desenlace habría sido la declaración de nulidad del acuerdo<sup>66</sup>.

Pero ese imaginario desenlace, a su vez, llevaría a la notable contradicción de negar que las partes quisieron que hubiera una “limitación”.

Así las cosas, es tentadora la idea de que el tribunal arbitral hizo uso de una interpretación integradora, concepto que también a mí me suscita reparos pero que da que pensar.

O mejor: es probable que lo que el tribunal arbitral hizo fue (sobre la base de una intención común de constituir “una limitación”) llevar a cabo un acto de integración con fundamento en el artículo 1258 CCEsp.

En ese caso, el elemento o criterio de integración habría sido “la ley”. Se habría tratado de la aplicación del principio de libertad de la propiedad, en el sentido de que la existencia de un gravamen de carácter real ha de quedar clara e incuestionablemente acreditada, circunstancia que, a mi entender, no concurría, en absoluto, en aquella controversia.

<sup>65</sup> También con el propósito de simple ilustración, v. el artículo 1274: “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor*”.

<sup>66</sup> ¿Y qué decir de la totalidad del “convenio”, si, como una de las partes alegó, la “limitación” obedecía a la finalidad de “equilibrar” las adjudicaciones hereditarias del caso?

e) Y termino con una reflexión que está en la raíz de la presente ponencia: Creo que en ninguno de los dos casos propuestos en este trabajo podría decirse que la resolución de los respectivos laudos fuera el resultado de la “comprobación” –por parte de los respectivos tribunales arbitrales– de la existencia de una intención común. Más bien entiendo que los dos tribunales “supusieron” una imaginaria intención común. Y que lo hicieron con el fin de dar a cada uno de los conflictos una solución ponderada y razonable. En definitiva, una solución justa<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> Ya al terminar, hago la advertencia de que la palabra “intención” aparece muy pocas veces en nuestro Código Civil. Se halla en dos artículos que no se refieren al contrato, y luego se encuentra, como hemos visto, en el artículo 1281 (dos veces) y en el 1289, donde los términos intención y voluntad se formulan como sinónimos. Esto, a diferencia de lo que ocurre con la palabra consentimiento, frecuente y predominante en el libro IV; mientras que el término voluntad es el más frecuente en la reglamentación de las sucesiones (título 3º del libro III). Es claro el contraste con la terminología del common law, en el que la intention es el vocablo sobre el que gira la doctrina de la formación del contrato y la de su eficacia (incluyendo la interpretación). Me ocupé de la presencia de las palabras *consentimiento*, *voluntad* e *intención* en nuestro Código Civil en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La autonomía de la voluntad y la evolución de las formas de prestar el consentimiento”, en AA.VV. Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado, Madrid, Consejo General del Notariado - Wolters Kluwer España, 2012, IV, pp. 3-174.