

CONGRESOS

La regulación jurídico-privada de la actividad del transitario en el Derecho español. Un recordatorio (*)

Carlos Llorente Gómez de Segura

Socio de AMYA Abogados
Profesor asociado doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 15.05.07

Aceptado: 14.06.07

Resumen: El transitario es un empresario crucial para la organización de los movimientos de mercancías de carácter internacional y multimodal. A diferencia de lo que sucede en otros países, la situación de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia no es modélica. Por un lado, porque no tenemos regulación del contrato que une al transitario con su cliente. Y, por otro, porque los dos artículos habitualmente aplicados a esta figura (artículos 275 y 379 Ccom) apenas gozan de utilidad al respecto: el primero por estar referido a un comisionista que no es de transporte; y el segundo por ser de aplicación general a la moderna figura del «porteador contractual». La confusión entre nosotros se ha acrecentado, además, por el desencaminado y tardío desarrollo dogmático que este fenómeno ha experimentado. Es tiempo, por tanto, de volver a recordar que esta figura merece atención y que, si así lo entienden los sectores afectados, debería ser objeto de un debate que plantease la necesidad de reformar nuestro Derecho en la materia.

Palabras clave: Transitario, Transporte, Reforma, Legislación.

Abstract: *Freight forwarders are key players in the global and multimodal market of services for the transport of goods. Contrary to our neighbouring countries, Spain lacks regulation of the contract between the freight forwarder and its principal. Additionally, both articles 275 and 379 Code of Commerce, usually applicable to freight forwarders, are of seldom use here. The first one, because it is not contemplating freight forwarding activities. The second one because it addresses a different issue: the role of contracting carriers. The legal confusion among us has been increased simultaneously by a misleading and late scientific approach to the role of freight forwarders. It is about time, then, to remind we are in debt with this figure and, should the interested parties agree, to propose a debate based on the need to revise our legal system in this field.*

Key words: *Freight Forwarder, Transport, Reform, Legislation.*

(*) Se recogen en este trabajo, con mayor detalle y con el consiguiente aparato bibliográfico, las reflexiones expuestas brevemente por su autor en la ponencia introductoria de la III Edición del Foro de Seguros de Transporte «Fernando Tapia», que se celebró en Madrid el día 24 de abril de 2007 y estuvo dedicada al análisis de la problemática jurídico-privada de los transitarios. El autor desea agradecer a D. José María Alcántara, Socio-Fundador de AMYA Abogados, su confianza el encomendarle esta ponencia.

Sumario: I. Introducción.—II. La ordenación administrativa de la actividad de los transitarios desde un punto de vista funcional.—III. La actividad del transitario y su encaje normativo en el Derecho privado español: Punto de partida.—IV. El artículo 379 del Código de Comercio de 1885.—V. El artículo 275 del Código de Comercio de 1885.—VI. Los preceptos de Derecho privado de la LOTT (ROTT).—VII. Una mirada al entorno comparado con finalidad reformadora.—VIII. Conclusión.

I. Introducción

El transitario es un empresario dedicado a la organización de transportes de mercancías por cuenta de sus clientes. Se trata de una figura bien conocida en el tráfico, que opera habitualmente bajo ese nombre (transitario) y que desarrolla funciones muy relevantes para el buen fin de las operaciones de desplazamiento de mercancías entre un sitio y otro.

Si hubiésemos de preguntar a los transitarios, o a quienes forman parte de una organización empresarial de esa naturaleza, que definiesen cuáles son las funciones que, desde un punto de vista negocial, desempeñan en el tráfico, sin duda apenas existirían divergencias en sus respuestas. Un transitario, por un lado, interviene a requerimiento de sus clientes en la contratación de transportes. Pero, además, participa también en la organización y prestación de una serie muy amplia de servicios auxiliares y complementarios del transporte.

Esta caracterización funcional de los transitarios en el tráfico ha sido acogida —con mayor o menor fortuna técnica— por la legislación española de ordenación del mercado del transporte (apartado II infra). En el plano jurídico-privado, sin embargo, el ordenamiento jurídico español sigue mostrándose incapaz de dar una respuesta adecuada a las exigencias de seguridad, justicia y eficiencia que merecen las empresas de este sector de actividad.

Siempre se ha dicho, con razón, que las normas suelen ir por detrás de la realidad. En el caso de los transitarios esta observación es certera —groseramente certera, habría que decir— si se tiene en cuenta que en el siglo XXI la regulación de la actividad de estos empresarios está aún en manos de una normativa originaria de 1885, que, a su vez, tiene su anclaje en normas de 1829. Pero más grave, si cabe, es el hecho de que la interpretación de dichas normas y su aplicación a la figura del transitario, y a los intermediarios del transporte en general, se ha producido a lo largo del tiempo en medio de un clima dogmático de confusión —con su inevitable, pero indeseable, proyección jurisprudencial— que pone aún más de manifiesto la necesidad de impulsar un proceso de reflexión sobre la necesaria convergencia entre la realidad del sector y la configuración normativa de las actividades de los transitarios. Máxime con los tiempos que corren, en los que los transitarios están asu-

miendo progresivamente el desempeño de operaciones logísticas¹, ámbito este igualmente plagado de lagunas e inseguridades de orden jurídico que ponen aún más de manifiesto que la distancia entre la realidad del tráfico y el marco legal regulador de la actividad de los transitarios cada vez es más grande².

Este trabajo pretende ofrecer una síntesis de cuál es la situación actual de la regulación jurídico-privada de la actividad de los transitarios en el Derecho español. Con este objetivo, entre otras cuestiones, se realizará un repaso a los criterios de aplicación de los dos preceptos en los que tradicionalmente se ha pretendido encajar dicha actividad, los artículos 275 y 379 del Código de Comercio, análisis en el que se pondrá de manifiesto el desmedido –y desorientado– esfuerzo doctrinal que hemos realizado en nuestro país para poner orden en esta materia, sin conseguir –lo que es más grave aún– resultados prácticos convincentes para los problemas reales del sector (apartados III a VI infra). Por otro lado, recordaremos cómo una mirada –bien enfocada– a los países de nuestro entorno jurídico más próximo podría habernos ahorrado hace mucho tiempo, y debería ahorrarnos en un futuro no lejano, algunas de las consecuencias no queridas del trabajo científico y jurisprudencial desarrollado en esta materia hasta hace pocos años (apartado VII). Es cierto que la más moderna doctrina española de Derecho del transporte ha realizado investigaciones y propuestas muy adecuadas y certeras en esta materia, de las que somos deudores en esta exposición, pero esas propuestas siguen sin plasmarse en proyectos legislativos que saquen de la incertidumbre jurídica a las empresas de la intermediación en el transporte de mercancías³.

¹ Por ejemplo, W. ZEILBECK, «El transitario, motor de la logística en el transporte», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 535-ss.

² Véase F. L. DE LA VEGA GARCÍA, *Contrato de prestación de servicios logísticos. Delimitación, estructura y contenido*, Cizur Menor 2006. Igualmente, S. NAVAS NAVARRO, «El 'contrato de logística': una nominación social para un contrato atípico», *DerNeg* (1999), mayo, pp. 7-ss.; J. GAITÁN REBOLLO, «El contrato de servicios logísticos: régimen jurídico español», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, pp. 547-ss.; I. DE ALVEAR TRENOR y J. LÓPEZ QUIROGA, «Algunas notas para el estudio del contrato de prestación de servicios logísticos», *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n.º 10, 2005, pp. 59-ss.

³ A estos efectos sobresale el estudio de L. M. PILOÑETA ALONSO, *Las agencias de transporte de mercancías*, Barcelona 1997, que realiza una oportuna y magnífica síntesis de la evolución del Derecho español en esta materia. Otro trabajo reciente y muy valioso, relacionado con esta materia, es el de A. EMPARANZA SOBEJANO, *El concepto de porteador en el transporte de mercancías*, Granada 2003. No deja de ser significativo, en todo caso, que transcurridos diez años desde la aparición del trabajo de PILOÑETA, sigamos aún sin haber cerrado el problema de la regulación jurídica de los transitarios.

Si a quien firma este trabajo le hubiesen dicho en 1990, cuando comenzó a introducirse en la investigación y ejercicio del Derecho del transporte, que diecisiete años más tarde estaría aún hablando –y escribiendo– sobre el problema de la correcta configuración normativa de la actividad jurídico-privada de los intermediarios del transporte, probablemente no se lo hubiera creído. Pero, crédulo o no, aquí estamos de nuevo. Si este trabajo sirve para volver a llamar la atención sobre este asunto y, unido a otras voces, provocar la consiguiente acción (pues de «reflexión» ya estamos bien servidos), nos consideraremos satisfechos.

II. La ordenación administrativa de la actividad de los transitarios desde un punto de vista funcional

Desde la perspectiva de la ordenación jurídico-pública del mercado del transporte, la figura del transitario está regulada por un conjunto normativo integrado por la LOTT (1987)⁴ y el ROTT (1990)⁵, en el que habrá que incluir además algunas otras disposiciones de desarrollo, muy particularmente la Orden del Ministerio de Fomento (OM FOM) de 21 de julio de 2000, que desarrolló el ROTT en materia de agencias de transporte de mercancías, transitarios y almacenistas-distribuidores⁶ y que acabaría por difuminar definitivamente las diferencias funcionales entre el estatuto jurídico-público de estas tres figuras diseñado inicialmente por la LOTT y retocado posteriormente por el ROTT. En la actualidad, los transitarios actúan bajo la autorización de «operador de transporte de mercancías» (artículo 2 OM FOM), lo que les habilita para desarrollar indistintamente cualquiera de las funciones atribuidas a las mencionadas figuras.

En consecuencia, los transitarios (*rectius*, los «operadores de transporte de mercancías») podrán realizar una amplia gama de actividades de organización e intermediación en el sector del transporte, ya se trate de transportes internos o internacionales, y en relación con cualquier modo de transporte (no sólo el terrestre, por tanto). Una mera lectura de los preceptos de la LOTT y el ROTT en esta materia basta para confirmar la extensión de las tareas encomendadas a estos operadores, aunque sería recomendable que en una futura reforma de la legislación ordenadora se sistematizasen adecuadamente estos aspectos para evitar al usuario de esta normativa la ingrata labor de tener que componer el puzzle normativo actualmente vigente por lo que

⁴ Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE núm. 182, de 31 de julio de 1987).

⁵ Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (BOE núm. 241, de 8 de octubre de 1990).

⁶ BOE núm. 185, de 3 de agosto de 2000.

respecta a la identificación de las funciones de los operadores de transporte que antes operaban bajo las denominaciones de agencias de transporte, transitarios y almacenistas-distribuidores. Si, además, la nueva regulación pudiera realizar algún apunte acerca de la evolución del sector hacia la asunción de tareas logísticas, qué duda cabe que mejor.

A los efectos de este trabajo, no obstante, lo que importa es destacar no sólo el reconocimiento normativo de la figura del transitario como operador del mercado del transporte de mercancías en España, sino también, y sobre todo, la asignación a este empresario de un estatuto jurídico-público que, en su vertiente funcional, viene a recoger una realidad del sector de la intermediación del transporte, en la que el transitario interviene tanto con respecto a la contratación del transporte como en la realización de tareas auxiliares y complementarias de éste, tales como, sin ánimo de ser exhaustivos, el cumplimiento de las formalidades administrativas ligadas al transporte, el depósito o almacenamiento de mercancías, su consolidación y desconsolidación, la coordinación de las diversas fases del transporte (en particular, el tránsito, la reexpedición, el trasbordo y las diferentes operaciones terminales), la recepción, consignación y puesta a disposición de los transportistas o de los destinatarios de las mercancías transportadas, etc.⁷. Es cierto que no siempre se habrá de corresponder el contenido del estatuto jurídico-público definido, en su ámbito funcional, por la legislación ordenadora con la amplia gama de actividades que los operadores del transporte puedan llevar a cabo o deseen llevar a cabo en el mercado (pues, como se ha dicho, la realidad va más deprisa que la norma), pero lo cierto es que no puede decirse que, a estos efectos, la legislación española plantee un panorama señaladamente distinto del que opera en otros ordenamientos de nuestro entorno (menos aún en el contexto europeo armonizado en el que se desarrollan desde hace algún tiempo las actividades de transporte).

El aspecto más criticable de la legislación ordenadora de la actividad de los operadores de transporte de mercancías (transitarios) en nuestro país se destaca, precisamente, cuando esta legislación se aparta de su vocación jurídico-pública u ordenadora y aborda cuestiones de Derecho privado, en especial cuando se aventura a imponer al transitario un determinado modo de actuación con ocasión de su intermediación en la contratación del transporte solicitado por sus clientes⁸. Pero ya habrá ocasión más adelante (apartado VI) de abordar esta cuestión, para ponerla en contexto con el marco jurídi-

⁷ Una descripción normativa de estas funciones, que es la seguida en el texto, se recoge en el artículo 167.1 ROTT respecto de los transitarios; o en el artículo 159 ROTT, referido a las agencias de transporte.

⁸ En general, sobre esta crítica, L. J. CORTÉS, «Los aspectos mercantiles del transporte terrestre en la legislación vigente. La adecuación del Código de Comercio a la realidad actual», en *Jornadas de estudio del nuevo marco ordenador de los transportes terrestres*, Barcelona 1989, pp. 161-ss. = *ADM* (1989) VII, pp. 181-ss.

co-privado que viene gobernando esta situación en el ordenamiento jurídico español desde el siglo XIX, al que dedicamos los apartados que siguen.

III. La actividad del transitario y su encaje normativo en el Derecho privado español: punto de partida

Pocas cosas se pueden asegurar acerca de la regulación de la actividad del transitario (o de los intermediarios del transporte, en general) en el Derecho español, pero las que se pueden destacar son claras:

A diferencia de lo que sucede en los ordenamientos de nuestro entorno (apartado VII), no existe en el Derecho español una regulación legal del contrato entre el transitario y su cliente.

Los únicos preceptos «aplicados» en nuestro Derecho (lo de que sean «aplicables», ya se verá más tarde) a estos operadores de transporte de mercancías son los artículos 275 y 379 Ccom, 120.2 y 126.1 LOTT y 159.2 y 167.2 ROTT.

Se trata, por lo que puede verse, de un reducidísimo bagaje normativo, que, además, no ha sido precisamente modélico, como demuestra, y a esta cuestión dedicaremos las páginas siguientes, la discusión dogmática que en torno al fenómeno de la intermediación en el transporte se ha venido desarrollando en nuestro Derecho hasta épocas muy recientes⁹.

IV. El artículo 379 del Código de Comercio de 1885

El artículo 379 Ccom es el último de los preceptos que nuestro Código de Comercio dedica al contrato mercantil de transporte terrestre en el Título VII de su Libro II.

En él se establecen dos mandatos interrelacionados:

En primer lugar, se dice que «las disposiciones contenidas desde el artículo 349 en adelante», es decir, todas las referidas al contrato de transporte terrestre, «se entenderán del mismo modo con los que aun cuando no hicieren por sí mismos el transporte de los efectos de comercio, contrataren hacerlo por medio de otros, ya sea como asentistas de una operación particular y determinada, o ya como comisionistas de transportes y conducciones».

Y en segundo lugar, se establece que dichos operadores de transporte «en cualquiera de ambos casos quedarán subrogados en el lugar de los mis-

⁹ En cierto modo podría decirse que esa discusión no ha sido exclusiva de nuestro ordenamiento, pues también se ha planteado en otros lugares, pero, a nuestro modo de ver, la reflexión allende nuestras fronteras ha producido frutos más positivos, y tempranos, tanto en un plano dogmático como en el de su proyección legislativa y judicial.

mos porteadores, así cuanto a las obligaciones y responsabilidades de éstos como respecto a su derecho».

Durante mucho tiempo, el debate doctrinal en torno al alcance del artículo 379 del Código de Comercio de 1885 ha constituido una de las constantes temáticas más recurrentes –y polémicas– de nuestro Derecho del transporte¹⁰. Desde que apareciese codificada, por vez primera, en el artículo 232 del Código de Comercio de 1829 (precedente del artículo 379 Ccom) la figura del «comisionista de transporte», la doctrina española de todos los tiempos ha intentado ofrecer una explicación convincente acerca de la posición jurídica que ocupa dicho operador en el contexto de los fenómenos de intermediación en el transporte de mercancías.

Con afán simplificador, o de síntesis, que es la pretensión central de este trabajo, podrían clasificarse en dos grandes grupos las opciones doctrinales que se han gestado en torno a la interpretación del artículo 379 Ccom.

Una primera posición doctrinal es la de quienes, influidos por una interpretación basada en el Derecho francés, entendieron que el «comisionista de transporte» regulado en el artículo 379 Ccom es un verdadero comisionista que interviene en la contratación del transporte por cuenta ajena (se le aplicarían, por lo tanto, los artículos 244 Ccom y ss.) y a quien la Ley (es decir, el propio artículo 379 Ccom) somete a una cláusula de garantía («*star del credere*») tácita e inderogable a favor del comitente/cargador¹¹. Esta posición fue apoyada por una significativa y muy autorizada doctrina¹² y, posteriormente, también habría de ser recibida en las decisiones de nuestros tribunales¹³.

La otra posición, algo más heterogénea, estaría integrada por quienes consideran que el «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom es, en realidad, un empresario del sector del transporte que asumiría frente a su cliente el estatuto jurídico de un porteador (o posición parecida o asimilable). Y aunque no ha habido unanimidad entre estos autores acerca del tipo

¹⁰ También el artículo 378 Ccom se refiere a estos operadores de transporte, pero, dado el alcance material de este precepto, la polémica doctrinal se ha centrado sobre todo en el artículo 379 Ccom.

¹¹ Sobre la imperatividad del artículo 379 Ccom, ha habido, no obstante, opiniones contrarias: por todos, A. RECALDE CASTELLS, *El conocimiento de embarque y otros documentos de transporte. Función representativa*, Madrid 1992, pp. 369-370. En un mismo sentido, F. SÁNCHEZ CALERO y J. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho mercantil*, II, 29 ed., Madrid 2006, p. 213.

¹² J. GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, 7.ª ed., Madrid 1979, pp. 210-ss. También la apoyan R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 2001, p. 317 y SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, pp. 213 y 438. Igualmente, E. LANGLE Y RUBIO, *Manual de Derecho mercantil español*, III, Barcelona 1959, p. 591.

¹³ Entre otras sentencias, STS 11.10.1986 (RJ 5780), SAT Cataluña 16.07.1988 (RJC-J, 1988, IV, pp. 984-ss.), SAT Cataluña 7.10.1988 (RJC-J, 1989, I, pp. 128-ss.), SAT Cataluña 4.10.1989 (RGD, 1990, abril, n.º 547, pp. 2687-ss.)

de relación jurídica que vincularía al cargador con el «comisionista de transporte» (contrato de transporte, contrato atípico de expedición, etc.)¹⁴, hoy en día el liderazgo de opinión dentro de este grupo corresponde a quienes ven claramente a un porteador en la figura del «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom, porteador que estaría vinculado a su cliente, por tanto, por un contrato de transporte (artículos 349 Ccom y ss.). Esta postura habría de recibir un espaldarazo dogmático definitivo cuando el Profesor ANÍBAL SÁNCHEZ ANDRÉS señaló en 1991, con esa inteligente sencillez de la que hacía gala, que el comisionista del artículo 379 Ccom «es un verdadero porteador»¹⁵. En realidad, SÁNCHEZ ANDRÉS, con esa frase, estaba sacando a la luz una posición presente ya entre nosotros desde hacía tiempo, de un modo u otro, y que había quedado ensombrecida, seguramente, por la autoridad de quienes postulaban la teoría de la comisión de garantía; posición que ponía de manifiesto que la sustentación francesa de esta teoría había estado descaaminada y que, como ya apuntó en su momento el Profesor JESÚS RUBIO GARCÍA-MINA¹⁶, debió haberse centrado en los antecedentes germánicos del artículo 379 Ccom, a través de su conexión con el artículo 232 Ccom de 1829, cuya doctrina¹⁷ mayoritariamente apoyaba una interpretación de dicho precepto en línea con la que propugna nuestra doctrina más reciente, como ha recordado certera y oportunamente LUIS MANUEL PILOÑETA ALONSO¹⁸.

Hoy en día creemos, y ésta es también nuestra postura, que la tesis del «porteador (contractual)» es la más correcta de todas las que se han propuesto acerca de la configuración jurídica de la posición del «comisionista de

¹⁴ Véanse, entre otros muchos, además de lo que se citarán más adelante, M. BROSETA PONT y FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Manual de Derecho mercantil*, II, 13.ª ed., Madrid 2006, pp. 152-153; A. DÍAZ MORENO, en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Derecho mercantil*, 11.ª ed., Barcelona 2006, p. 613; igualmente, R. PADILLA GONZÁLEZ y M. CLAVERO TERNERO, «Transporte», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones de Derecho mercantil*, 11.ª ed., Madrid 2006, pp. 507-508; M. GARCÍA-AMIGO, «La relación contractual de transporte entre las agencias y sus usuarios: legislación y condiciones generales de la contratación», *RDM* 38 (1964) 311; E. SECO CARO, «El comisionista de transportes», *RDM* 98 (1965) 237; F. VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, II, 3.ª ed., Barcelona 1990, p. 309. Igualmente, A. DÍAZ DOMÍNGUEZ, *Tratado elemental de Derecho mercantil*, II, Granada 1908, p. 456; J. DE BENITO MAMPEL, *Derecho mercantil*, Madrid 1922, pp. 205-ss.; y L. BENITO, *Manual de Derecho mercantil*, II, Madrid 1924, pp. 763-ss.

¹⁵ «Artículo 1601 CC.», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Madrid 1991, p. 1215. Con anterioridad, véase, del mismo autor, «El transporte combinado de mercancías», *RDM* 135-136 (1975) 75.

¹⁶ *Sainz de Andino y la Codificación mercantil*, Madrid 1950, pp. 142-143.

¹⁷ Entre otros, M. CARRERAS Y GONZÁLEZ, *Elementos del Derecho mercantil de España*, Madrid 1860, p. 48; P. GONZÁLEZ HUEBRA, *Curso de Derecho mercantil*, I, 3.ª ed., Madrid 1867, p. 89; N. SÁNCHEZ-MATA Y L. FERNÁNDEZ Y AFABA, *Exposición del Derecho mercantil de España y de las principales naciones de España y América*, 1.ª ed., Salamanca 1884, p. 127.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 73-ss.

transporte» del artículo 379 Ccom¹⁹. Y éste no es, además, un mero debate dogmático de orden teórico, sin repercusiones prácticas, porque, como se entenderá con facilidad, no es lo mismo que a un empresario que actúa en la intermediación de los transportes de mercancías se le atribuya *ex lege* la responsabilidad derivada del contrato de transporte en cuya intermediación ha intervenido, de la que no podrá escapar por tratarse de un régimen inderogable, que, por el contrario, la propia Ley reconozca que al intermediario del transporte que, así queriéndolo (expresa o implícitamente), asuma las consecuencias del resultado del transporte, deba considerársele porteador y deba, por tanto, responder como tal frente a su cliente (con quien estará vinculado por un contrato de transporte). En este sentido, el artículo 379 Ccom, en su interpretación más acertada, vendría a reconocer que el concepto de porteador es independiente de que el transporte se haga o no con medios propios de dicho porteador. Lo relevante será su voluntad de asumir las obligaciones propias de tal operador.

Dicho lo cual, en todo caso, tampoco creemos que lo afirmado hasta ahora sea para «echar las campanas al vuelo», al menos desde la perspectiva de este estudio, dedicado al análisis de la regulación jurídico-privada («*if any*») del transitario en el Derecho español. Porque, al margen del acierto de la teoría dominante acerca del artículo 379 Ccom, la pregunta que debemos hacernos es si constituye este precepto un modelo suficiente de regulación de la figura del transitario y, en suma, del contrato que vincula a este operador con su cliente. En la medida en que se entienda que el transitario ha actuado como porteador, podría contestarse afirmativamente, por lo que acabamos de ver, lo siguiente: la relación con su cliente sería la propia de un contrato de transporte. Ahora bien, ese precepto ni ofrece un marco de regulación de la actuación del transitario cuando ésta vaya más allá de la mera contratación del transporte, ni permite responder a la pregunta de si es posible en el ordenamiento español una actuación del transitario como mero intermediario cuando no quiera actuar como porteador (dicho esto con independencia de lo que se verá más adelante con respecto a la regulación de esta figura prevista en el sistema LOTT-ROTT). Nuestra opinión conclusiva, por lo tanto, sobre este particular aspecto, es que el artículo 379 Ccom no es que no ofrezca una regulación suficiente de la figura transitario (o de los intermediarios del transporte de mercancías, en general). Es que no la ofrece en absoluto. En suma, hemos dedicado décadas a un debate dogmático, desencaminado des-

¹⁹ Y la que mejor se adapta a las tendencias contemporáneas más asentadas del sector del transporte mundial. Por todos, véase S. ZUNARELLI, *La nozione di vettore (Contracting carrier ed actual carrier)*, Milano 1987. Llama la atención por esta razón que nuestra mejor doctrina (URÍA-MENÉNDEZ, *Curso cit.*, p. 317) en los albores del siglo XXI no haya valorado esta significativa innovación y se limite a recoger las posiciones expresadas por el Profesor URÍA en su conocido Manual desde hace mucho tiempo. Han reconocido su cambio de postura expresamente, por el contrario, BROSETA-MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 113.

de un principio, para llegar a la conclusión de que el «comisionista de transporte» del artículo 379 Ccom no es un comisionista sino, en todo caso, un porteador ¿Dónde queda, por tanto, la figura del mero intermediario de transporte que, como veremos, se conoce en otros países de nuestro entorno? Enlazaremos con esta cuestión más adelante, pero antes detengámonos en la otra «peculiaridad» de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia.

V. El artículo 275 del Código de Comercio de 1885

Si la discusión dogmática en nuestro ordenamiento acerca de la figura de los intermediarios de transporte hubiese finalizado en el artículo 379 Ccom no deberíamos sentirnos demasiado insatisfechos. Al fin y al cabo, y aunque ellos cerrasen este capítulo mucho antes que nosotros, otros ordenamientos también han conocido debates similares. Ahora bien, como dijimos al iniciar este análisis, en el Código de Comercio español hay un segundo precepto que se ha utilizado en el contexto de la «batalla» dogmática en pos de la búsqueda de la verdadera naturaleza del «comisionista de transporte». Nos referimos al artículo 275 Ccom²⁰ (complementado con el artículo 274 CCom)²¹. Y es que, precisamente, uno de los aspectos más curiosos (pero inexplicables) de todo el debate acerca de la configuración jurídica de los intermediarios del transporte en el Derecho español es el que plantea este precepto, que tampoco ha gozado entre nosotros de una interpretación unívoca por parte de nuestra doctrina y tribunales.

Al igual que sucede con el artículo 379 Ccom, el artículo 275 Ccom ha sido objeto de interpretaciones divergentes que pueden agruparse en torno a dos grandes grupos de opinión. Veámoslas.

²⁰ El artículo 275 se encuentra integrado dentro de la Sección Primera («De los comisionistas»), Título II («De la comisión mercantil»), del Libro II («De los contratos especiales del comercio»), del Código de Comercio de 1885. Su tenor literal es el siguiente:

«El comisionista que, en concepto de tal hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador en las conducciones terrestres y marítimas.

Si contratarse en nombre propio el transporte, aunque lo haga por cuenta ajena, quedará sujeto para con el porteador a todas las obligaciones que se imponen a los cargadores en las conducciones terrestres y marítimas».

²¹ Artículo 274 Ccom:

«El comisionista encargado de una expedición de efectos, que tuviere orden para asegurarlos, será responsable, si no lo hiciere, de los daños que a éstos sobrevengan, siempre que estuviere hecha la provisión de fondos necesaria para pagar el premio del seguro, o se hubiere obligado a anticiparlos y dejare de dar aviso inmediato al comitente, de la imposibilidad de contratarle.

Si durante el riesgo el asegurador se declarase en quiebra, tendrá el comisionista obligación de renovar el seguro, a no haberle prevenido cosa en contrario el comitente».

1. *Tratamiento unitario de los artículos 275 y 379 CCom*

En primer lugar, un significado sector de nuestra doctrina ha venido entendiendo que los artículos 275 y 379 Ccom contemplan una misma figura de «comisionista de transporte»²², es decir, la de ese comisionista, intermediario profesional del transporte, que responde del resultado final de la operación de transporte en la que ha intervenido, en virtud de una cláusula legal, tácita e inderogable de «*star del credere*» (comisión de garantía). Y la explicación que ofrecen para coordinar la aplicación de ambos preceptos sobre una misma figura de «comisionista de transporte» es la de que, por un lado, el artículo 379 Ccom vendría a regular la relación entre el comitente (cliente) con el «comisionista de transporte», mientras que, por otro lado, el artículo 275 Ccom estaría contemplando la relación del «comisionista de transporte» con el porteador que efectúa el traslado.

Esta es una postura que ha sido acogida, además, en nuestros tribunales, en varias ocasiones. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la STS de 4.12.1942, en la que se afirma que «es obligado tener en cuenta que la acción se ejercita como consecuencia de un transporte de mercancías al amparo de preceptos terminantes del Código de Comercio, en que la Agencia a quien representa O. ejerce una función de comisionista de transportes, de contenido característico que precisa el artículo 275 de dicho cuerpo legal; y en este aspecto, sin que en este trámite pueda resolverse acerca del alcance de las relaciones que median entre él, su comitente y el destinatario de la mercancía, lo cierto es, a efectos de competencia, que debió entregarse en Osuna y que por el incumplimiento de esta obligación procede, apoyándose en el artículo 379 del repetido Código de comercio (...)»²³.

Con mayor claridad aún se aprecia esta vinculación entre ambos preceptos en la SAT Cataluña de 16.07.1988, en su Fundamento de Derecho IV, donde se mencionan los artículos 275 y 379 Ccom en un supuesto que el tri-

²² La expresión más destacada de esta posición corresponde a GARRIGUES, *Curso cit.*, II, p. 211, seguido por SÁNCHEZ CALERO/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *op. cit.*, p. 213. También aparece en J. GÓMEZ CALERO, *El transporte internacional de mercancías*, Madrid 1984, p. 149, nota 448; LANGLE, *Manual cit.*, III, pp. 307 y 474. Una opinión similar se puede deducir de sus exposiciones, porque analizan conjuntamente los artículos 274, 275, 378 y 379 Ccom al estudiar la «comisión de transporte», en la doctrina más antigua: S. DEL VISO, *Leciones elementales del Derecho mercantil de España*, 3.ª ed., (por S. SALOM Y PUIG), Valencia 1886, pp. 165-ss.; MARTÍN-VEÑA Y RANERO, *Tratado de Derecho mercantil español*, Madrid 1891, pp. 127-ss. y 158; F. ÁLVAREZ DEL MANZANO, A. BONILLA Y SAN MARTÍN, y E. MIÑANA Y VILLAGRASA, *Tratado de Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, II, Madrid 1916, pp. 224-ss.; R. ESPEJO DE HINOJOSA, *Curso de Derecho mercantil*, 8.ª ed., Barcelona 1931, pp. 466 y 495; G. AVILES, *Derecho mercantil*, Madrid 1941, pp. 285 y 296; A. DELIBES CORTES, *Elementos de Derecho mercantil*, Valladolid 1941, pp. 157 y 198; G. AVILÉS y J. M. POU, *Derecho mercantil*, Barcelona, 1947, pp. 406-ss y 410.

²³ RJ 1406.

bunal califica de «comisión de transporte»²⁴: «supuestos especiales de comisión, entre los que debe ser objeto de especial consideración a los fines de esta litis la llamada comisión de transporte, cuyos requisitos y efectos han sido detalladamente examinados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1986, declarando que tal comisión implica que el comisionista no se obliga a realizar el transporte por sí o por medio de sus dependientes, sino a contratarlo con un porteador o empresario que asume directamente la obligación de llevarlo a cabo, es decir, que no tiene el comisionista la condición de porteador, limitándose a cumplir la comisión, cuyo negocio ejecutivo es el contrato de transporte y no el transporte mismo, al recaer la realización de éste sobre el porteador efectivo, aunque el Código de Comercio, para proteger la posición del comitente, establezca las disposiciones especiales que dimanen de lo establecido en sus artículos 275, 379 y concordantes».

O en la SAP Barcelona de 4.10.1989, que vuelve a citar expresamente de manera conjunta a los artículos 275 y 379 Ccom en un caso de «comisión de transporte»²⁵. Esta última sentencia es muy explícita al afirmar que «el comisionista de transporte queda sometido a un régimen especial de responsabilidad más amplio y riguroso que el comisionista ordinario, puesto que (...) responde frente al comitente como si fuera porteador, en cuya posición jurídica se subroga respondiendo del incumplimiento del contrato de transporte, y frente al porteador se compromete a todas las obligaciones propias del cargador (artículo 275-2 en relación con el 246)».

Y un ejemplo más, entre otros similares, es el que proporciona la SAP Palma de Mallorca de 24.01.1990²⁶.

Pero no sólo en las sentencias precedentes resulta notoria la vinculación que nuestros tribunales asumen que existe entre los artículos 275 y 379 Ccom. Hay otras decisiones judiciales en las que también se aplica el artículo 275 Ccom en supuestos en los que se está produciendo con claridad la intervención de un «comisionista de transporte». En estas sentencias el tribunal no entra a considerar si se trata o no de una «comisión de transporte» de las contempladas en el artículo 379 Ccom, pero de su relato fáctico puede deducirse con meridiana claridad que, en efecto, se trata de ese operador que actúa como intermediario profesional en la contratación del transporte y asume la responsabilidad que deriva de su resultado. Resulta lógico, por otra parte, que en estas sentencias el tribunal respectivo no se pronuncie sobre el artículo 379 Ccom, ni lo mencione siquiera, porque en los pleitos a los que se refieren estas decisiones, el tribunal apoya su argumentación en el artículo 275 Ccom por tratarse, precisamente, el litigio objeto de atención por el tribunal de una reclamación derivada de la relación contractual entre el por-

²⁴ *RJC-J* (1988), IV, p. 986.

²⁵ *RGD* (1990), abril, n.º 547, p. 2688.

²⁶ *RGD* (1991), enero-febrero, n.º 556, p. 845.

teador y el «comisionista de transporte». Lo cual encaja en la posición dogmática ahora analizada, a la que estos tribunales se han adherido inequívocamente.

En este sentido, puede citarse la SAT Cataluña de 14.04.1983, en la que se contempla un supuesto que tiene por objeto una «comisión mercantil ... (en la que se pacta) ... la obligación de obtener la comisionista demandada (...) por cuenta y a nombre del actor comitente la licencia de exportación de las mercancías vendidas, el cumplimiento de las formalidades de aduanas y la gestión del transporte de aquéllas –lo que implica una comisión de transporte del artículo 275 del repetido Código que, en general, obliga también al comisionista a cuidar de la ejecución del transporte por el porteador»²⁷.

La SAT Madrid de 31.05.1983, por su parte, aborda un caso en que el comisionista de un transporte internacional, que contrató en nombre propio, está obligado a pagar los portes, según el artículo 275²⁸.

En un mismo sentido, la SAT de Cataluña de 30.06.1986, por otro lado, se expresa al respecto con meridiana claridad: «del conjunto de toda la prueba practicada y apreciada de una forma razonada y unitaria como recomienda el Tribunal Supremo (...) extraemos la consecuencia de que entre C., S. A. (...) y S., S. A., comisionista de F., S. A., pero actuando en su nombre propio, posibilidad que recogen los artículos 246 y 275 del Código de Comercio (...) realizaron (...) un contrato de transporte (...) ocupando en dicho contrato C., S. A., la posición de porteadora y S., S. A., la de expedidora o cargadora (...) y como la comisionista S., S. A., contrató en nombre propio y no declaró quién era su comitente, quedó obligada de un modo directo en aquel transporte aéreo, como si el negocio fuera suyo (artículo 275 del Código de Comercio), y dentro de dicho convenio a S., S. A. le corresponde como cargadora, frente a la porteadora, la obligación de pagar el precio del transporte»²⁹.

2. La autonomía del artículo 275 Ccom respecto del artículo 379 Ccom

Frente a la posición descrita en el apartado precedente, otros sectores doctrinales no han ahorrado esfuerzos a la hora de criticar la supuesta vinculación de los artículos 275 y 379 Ccom. Por regla general, se ha afirmado que resulta extraño que un precepto que regula la relación cargador v. porteador (artículo 275 Ccom), que es, por norma, un contrato de transporte, esté situado entre aquellos preceptos que el Código de Comercio dedica al contrato de comisión, mientras que el otro precepto en juego (artículo 379 Ccom), que está pensado, supuestamente, para la relación comitente v. comisionista, es

²⁷ *RJC-J* (1983), III, pp. 652-ss.

²⁸ *RGD* (1985), mayo, n.º 488, p. 1363.

²⁹ *RJC-J* (1986), n.º 4, pp. 108-ss.

decir, un contrato de comisión, tenga su sede sistemática en el Título VII del Libro II del Código de Comercio, en el que se regula el «contrato mercantil de transporte terrestre».

De aquí que hubiese juristas que comenzaran a preguntarse si acaso ambos preceptos no estarían refiriéndose a figuras distintas de «comisionistas», llegándose a concluir que el artículo 275 Ccom, en realidad, estaría contemplando aquel supuesto en que el encargo de contratar un transporte que se le hace al comisionista no constituye la labor principal de éste, sino que se trata de un pacto adicional a otro tipo de comisión (p. ej., de compra-venta) para cuya ejecución es necesaria esa contratación del transporte con un porteador. Esta posición parte de la investigación realizada en su momento por SECO CARO, quien vio con claridad en el texto de la Exposición de Motivos del Código de Comercio de 1885 la explicación de la distinción entre una y otra figuras³⁰. En dicha E. de M. se afirma, en efecto, que «partiendo del distinto carácter que ostenta el comisionista que para cumplir su encargo ha de contratar el transporte de las mercancías de su comitente y el verdadero comisionista de transportes, equipara al primero con el cargador en las conducciones terrestres o marítimas cuyos derechos y obligaciones deberá cumplir». En suma, frente al operador del artículo 379 Ccom, el comisionista del artículo 275 Ccom sería un tipo de comisionista distinto, a veces llamado «comisionista de expedición», pero que no sería en modo alguno un profesional de la intermediación en el transporte. Esta posición ha sido adoptada por un importante sector de nuestra doctrina y puede considerarse, sin lugar a dudas, como la posición dominante³¹. No ha tenido, sin embargo, demasiada fortuna por lo que a su acogida jurisprudencial se refie-

³⁰ *Op. cit.*, pp. 252-ss.

³¹ R. URÍA y A. MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid 2001, Madrid, p. 317 («el comisionista sólo se obliga a expedir las mercancías como operación complementaria e incidental, y de ahí que el Código limite su obligación y, en consecuencia, su responsabilidad»); L. ANGULO RODRÍGUEZ, «Contratos de colaboración», en G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.), *Lecciones cit.*, p. 389; DÍAZ MORENO, *op. cit.*, p. 612; VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, p. 309 («distinto es el caso regulado en el artículo 275 C. de co. (...) que en nuestra opinión regula una comisión de venta con expedición, en cuyo caso el comisionista asume las obligaciones del cargador frente al transportista, pero tampoco garantiza el cumplimiento de las obligaciones de éste frente al vendedor-comitente. En suma, no es ni comisión de transporte ni comisión de garantía»). Igualmente, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *RDM* 135-136 (1975) 75 y BROSETA-MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 112-114. Aunque esta posición doctrinal es relativamente reciente, ya era posible adivinar una concepción similar en las expresiones de algún autor clásico: L. BENITO Y DE ENDARA, *Lecciones de Derecho mercantil*, Madrid 1889, p. 186. Debe ponerse de manifiesto, en todo caso, que no todos los partidarios de esta nueva interpretación del artículo 275 Ccom comparten el mismo punto de vista sobre la naturaleza jurídica del comisionista de transportes del artículo 379 Ccom.

re³², pero no creemos que la explicación de esta situación derive tanto (aunque algo habrá) de la inevitable dependencia de nuestros tribunales respecto de la autoridad doctrinal de quienes propugnaron en su día un tratamiento unitario de los artículos 275 y 379 Ccom, cuanto de la propia (e insoportable) levedad práctica del artículo 275 Ccom, como tendremos ocasión de poner de manifiesto en breve.

3. *El verdadero significado y valor del artículo 275 Ccom*

Por las razones esgrimidas en el apartado precedente, la interpretación del artículo 275 Ccom que ahí se ha esgrimido parece la más aceptable de todas las propuestas. Sin embargo, si la indagación sobre el verdadero significado y valor normativo de este precepto se hubiese detenido en la conclusión de que el comisionista del referido artículo es un tipo de comisionista distinto del que se regula en el artículo 379 Ccom, bien podríamos afirmar que el esfuerzo realizado para llegar a tal conclusión habría sido insuficiente. Basta con una lectura superficial del artículo 275 Ccom para que se ponga de manifiesto que hay algunas cosas en ese precepto que no encajan en el marco de un sistema normativo coherente. Así, p. ej., ¿tiene algún significado particular el que el segundo párrafo de este artículo reproduzca el mandato general del artículo 246 Ccom sobre la actuación del comisionista en nombre propio? ¿Tiene relevancia alguna que el Código de comercio se preocupe por regular la figura de un comisionista que, para cumplir con su encargo, debe contratar un transporte? ¿Era verdaderamente necesario? ¿Por qué el Código de Comercio de 1885 optó finalmente por incluir a este tipo de comisionista entre su regulación frente al aparente silencio de su predecesor de 1829 al respecto? ¿Responde ese precepto a las exigencias reguladoras de empresarios como los transitarios?

La respuesta a estos interrogantes, como ha puesto de manifiesto nuestra doctrina más reciente en la materia, no pertenece a ningún arcano de la interpretación jurídica. Es, simplemente, el resultado de un proceso histórico de

³² En la SAT de Zaragoza de 8.06.1977, no obstante, se describe un supuesto de hecho similar al tratado, pero sin hacerse mención al artículo 275 Ccom: «y acreditado en autos que el demandado (...) contrató en su propio nombre, pero por cuenta de la entidad demandante, el transporte de determinadas partidas de cebada desde el domicilio de la actora hasta el lugar en que radica el establecimiento mercantil del demandado, para ser revendidas con la prima del 20 por 100 de su importe, es claro que el contrato celebrado entre las partes reviste, no la naturaleza de un contrato de corretaje, sino la de una comisión mercantil en la que el comisionista demandado obra en nombre propio pero por cuenta ajena, típica del artículo 246, razonamiento contra el que no pueden prevalecer las alegaciones del demandado reducidas, en síntesis, a que no pudo revender las mercancías transportadas, pues lo que en la litis se reclama es el precio del transporte y no el de las mercaderías vendidas, que es objeto de otro procedimiento entablado».

gestación normativa, no demasiado afortunado, que pone de manifiesto como, en ocasiones, la labor legislativa también cuenta con su «*skeleton in the closet*», arrastrando consigo los mejores esfuerzos dogmáticos.

Permítaseme, por tanto, hacer un relato de los orígenes del artículo 275 Ccom para llegar, posteriormente, a una serie de conclusiones que den respuesta a las preguntas que se han formulado hace un instante.

(a) ORDENANZAS DE BILBAO

Prescindiendo de indagar en antecedentes más remotos, y de escasa eficacia investigadora en este caso, nos centraremos en las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737, uno de los monumentos de la legislación mercantil española anterior a la época de la codificación³³.

De entre todas las disposiciones recogidas en esas Ordenanzas interesa destacar las que integraban su Capítulo XII, que llevaba la siguiente rúbrica «De las comisiones de entre mercaderes, modo de cumplirlas, y lo que se ha de llevar por ellas». Los veinte números, o reglas, que comprendía dicho Capítulo recogían, con un lenguaje propio de la época, la regulación de algunos aspectos centrales de la intervención en el comercio, con efectos jurídicos, de los comisionistas o «comisionarios», es decir de aquellos que «ejercen o negocian, ya con su nombre, ya bajo una razón y nombre social, por cuenta de un comitente»³⁴.

El número I del Capítulo XII de las Ordenanzas establecía, en particular, que las comisiones podían ser «de diferentes especies»³⁵. Pero, en realidad, si se tiene presente el desarrollo económico de la época, no parece que las distintas actividades desempeñadas por aquel entonces por los comisionistas hubieran podido llegar a alcanzar, cada una de ellas, un estatuto jurídico definido y conformado según una particular estructura empresarial autónoma y

³³ J. GARRIGUES, «Mandato y comisión mercantil en el Código de comercio y en el proyecto de reforma», *RCDI* (1928) 805. Igualmente, P. GÓMEZ DE LA SERNA y J. REUS GARCÍA, *Código de Comercio anotado y concordado*, 4.^a ed., Madrid 1863, p. 16; ÁLVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado cit.*, II, p. 215; y A. FORNIES BAIGORRI, *La vida comercial española, 1829-1885. Instituciones, doctrina y legislación mercantil*, Zaragoza 1968, p. 41.

³⁴ E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo*, III, 3.^a ed., Valencia 1837, p. 53.

³⁵ ÁLVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado cit.*, II, p. 216. QUIRÓS, J. M., *Guía de Negociantes. Compendio de la legislación mercantil de España e Indias* (edición de P. PÉREZ HERRERO), México 1986, p. 170, recoge en el número 1 del artículo 2, Capítulo IV, de su Guía la afirmación siguiente: «Cuatro especies de comisiones son las que ordinariamente se acostumbran en el comercio: la primera en que se le da la facultad y encarga a cualquier negociante que compre y remita al comitente por su cuenta algunas mercaderías; la segunda en que se le mandan efectos para que proceda a su venta como personero del remitente; la tercera para que reciba y remita dentro o fuera del reino los que se le envíen con este objeto; y la cuarta para el cobro de letras de cambio, libranzas, escrituras o pagarés».

especializada. En realidad, los comisionistas de las Ordenanzas de Bilbao, gestores «a distancia»³⁶ de los negocios de sus comitentes, participaban por regla general en un variado conjunto de operaciones que, desarrollándose preferentemente, como se ha dicho, en torno a la compra y/o venta de mercancías para sus clientes, podían incluir, además, su participación en el depósito y custodia de dichos bienes y en la contratación de su traslado, entre otras muchas actividades complementarias³⁷. De ahí, por ejemplo, la expresión empleada por el Número II del citado Capítulo XII de las Ordenanzas: «Si fueren los géneros ó mercaderías *que así se compraren* para conducirse por tierra». Parece indudable, en cualquier caso, que las Ordenanzas de Bilbao contemplaban ya la figura de ese comisionista que, con ocasión de su encargo, debía intervenir, además, en la contratación del transporte de las mercancías negociadas por cuenta de su comitente. El vínculo con el artículo 275 Ccom, y con su interpretación más aceptada, resulta claro, por tanto³⁸.

(b) LA GÉNESIS DEL ARTÍCULO 275 CCOM EN EL PROCESO HISTÓRICO DE FORMACIÓN DEL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1885

La aportación de las Ordenanzas de Bilbao a la investigación de esa figura de comisionista que, a juicio de la doctrina más acertada, contempla el artículo 275 Ccom, no es con todo suficiente para explicar el origen y estructura del vigente precepto del Código de 1885.

Tampoco lo es el recurso al Código de Sainz de Andino (1829), porque si bien éste llegó a desempeñar un papel fundamental en la definición del significado y alcance del vigente artículo 379 Ccom, basado en el artículo 232 del Código de 1829, no aporta datos relevantes por lo que respecta a la configuración de un tipo de comisionista como el del artículo 275 Ccom³⁹.

El punto de partida de esta investigación debe centrarse en el Proyecto de Código de Comercio de 1858, formado por PABLO GONZÁLEZ HUEBRA⁴⁰. Este Proyecto contaba con un amplio y curioso Libro II, compuesto de una única Sección («De la comisión») integrada por 61 artículos, de los que inte-

³⁶ RUBIO, *Sainz de Andino cit.*, p. 141.

³⁷ GARRIGUES, *Mandato cit.*, p. 805 señala que en las Ordenanzas de Bilbao «no hay un concepto general de comisión, sino tan sólo una regulación de la comisión de venta de mercaderías».

³⁸ SECO CARO, *op. cit.*, p. 240.

³⁹ Sí lo hace, por el contrario, respecto del vigente artículo 274 Ccom. Basado en el artículo 168 del Código de 1829.

⁴⁰ Los textos de los Proyectos que se mencionan en el texto están tomados del volumen segundo del *Libro Conmemorativo del Centenario de Código de Comercio*, Madrid 1991, pp. 105-ss., en el que se recoge, además, el importante estudio de M. MOTOS GUIRAO, y J. BLANCO CAMPAÑA, «Proceso histórico de formación del Código de comercio», pp. 9-ss.

resan, a los efectos de este análisis, sus artículos 29 y 32⁴¹. El primero porque refleja, casi en su plena literalidad, el tenor del actual artículo 275 Ccom, en su primer párrafo. Y el segundo, porque responde al vigente párrafo segundo de dicho artículo, si bien con un *cambio* de relevancia que señalaremos enseguida.

El artículo 29, en efecto, señalaba que «el que en concepto de comisionista tenga que remitir efectos a otro punto debe contratar el transporte llenando las obligaciones que se imponen al cargador al tratar de las conducciones terrestres y marítimas». El contraste con el párrafo primero del vigente artículo 275 no admite duda, por tanto. Son casi idénticos.

El artículo 32, por su parte, decía que «el comisionista que contrate en nombre propio el transporte de mercancías aunque lo haga por cuenta ajena contrae para con el cargador las obligaciones que se imponen a los porteadores en las conducciones terrestres y marítimas». Aquí tampoco admite duda la comparación con el párrafo segundo del vigente artículo 275 Ccom. La estructura gramatical del mandato es la misma, pero, como puede observarse, las palabras «cargador» y «porteador» aparecen situadas en lugares distintos.

El posterior Proyecto de Código de Comercio de 1875, «antecedente crucial»⁴² del Código de 1885, habría de recoger, respectivamente, en sus artículos 287 y 288, la regulación futura de los artículos 274 y 275. El segundo de ellos, en particular, fundiría el texto de los artículos 29 y 32 del Proyecto de González Huebra, en sus párrafos primero y segundo respectivamente, pero seguiría manteniendo las palabras «cargador» y «porteador» en el lugar previsto en el Proyecto de 1858.

⁴¹ En el contexto de esta descripción histórica sobre el origen del artículo 275 Ccom y de la particular figura de comisionista allí regulada, también puede mencionarse el artículo 31 del Proyecto de 1858, entroncado con el artículo 168 del Ccom de 1829, antecedente del vigente artículo 274 Ccom. Aquel precepto decía: «El comisionista que tenga orden y fondos para asegurar los efectos que se transporten debe cumplirla y repetir el seguro si quiebra el asegurador avisando al comitente pero sin esperar su contestación.— No encontrando asegurador o no teniendo fondos debe avisarle y esperar sus instrucciones». Otro precepto en este contexto es el artículo 30 del Proyecto de 1858, que no pasaría finalmente a ser texto vigente, en cuya virtud «el encargado de contratar un transporte en concepto de cargador no debe ejecutarlo con personas insolventes o desconocidas sin que respondan por ellas otra que sea conocida e insolvente». Parece recordarse aquí, en cierto modo, la tradición «garantista» de las Ordenanzas de Bilbao (Capítulo XII, Número II), que, para cada contratación del transporte, exigía la intervención de un Corredor de Arrieros «para que quedase asegurada la hacienda que se enviare, respecto de las fianzas que tienen dadas los tales corredores para estos casos» (véase, en este mismo sentido, la Guía de Comerciantes de Quirós: Capítulo IV, art. 2.º, números 3 y 4) (QUIRÓS, *op. cit.*, pp. 170-ss.). También, finalmente, cabría citar el artículo 33 del Proyecto de 1858, entroncado con el artículo 378 Ccom vigente.

⁴² MOTOS-BLANCO, *Proceso cit.*, p. 72.

Finalmente, el último Proyecto de Código de Comercio de 1882⁴³ reprodujo en sus artículos 276 y 277, casi en su misma integridad textual, los vigentes artículos 274 y 275 Ccom, pero, ahora sí, con la importante novedad del intercambio definitivo de las palabras «cargador» y «porteador» en el texto del párrafo segundo del artículo 277 (posterior 275).

¿Por qué se produjo esta modificación? Una opinión que, en principio, parece acertada es aquella que considera que el redactor de 1882 entendió que podía existir una reiteración entre lo que preceptuaba el artículo 381 del Proyecto (futuro artículo 379 Ccom) y el párrafo segundo del artículo 288 del Proyecto de 1875 y decidió, por tanto, cambiar la colocación de las palabras referidas⁴⁴. Ahora bien, lo que no se entiende, entonces, es cómo el prelegislador de 1882-1885 no se dio cuenta de que, con esa modificación, se mantenía en el Código un mandato ya presente, con carácter general, en otro precepto, el artículo 246 Ccom, que contempla la actuación del comisionista en nombre propio. Como se ha dicho, de la Exposición de Motivos del Código de 1885 se deduce, en interpretación de una significada doctrina, que la permanencia del artículo 275 Ccom en el texto final de este cuerpo legal se hizo con la finalidad de distinguir al comisionista que para cumplir su encargo ha de contratar el transporte de las mercancías de su comitente (artículo 275 Ccom) del verdadero «comisionista de transporte» (artículo 379 Ccom)⁴⁵. Ahora bien, salta a la vista que tan sólo el primer párrafo del artículo 275 Ccom puede ser explicado de esa manera. Su párrafo segundo, por el contrario, constituye una anomalía, un resto desencajado del proceso de formación legislativa del Código de 1885, que, además, es inoperante por superfluo y reiterativo.

(c) SÍNTESIS

A la luz de lo expuesto, queda, por tanto, indemne de este proceso histórico-legislativo el primer párrafo del artículo 275 Ccom, que será aplicable a aquellas personas que contratan un transporte con ocasión –y como complemento– del ejercicio de su actividad principal como comisionistas, y que es un precepto que estará referido a la relación contractual de comisión que vincula al comitente con su comisionista (expedidor) y que servirá, en su caso, como criterio de medida del grado de diligencia con el que dicho comisionista ha desempeñado el mandato que se le ha encomendado («deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador»).

⁴³ MOTOS-BLANCO, *Proceso cit.*, pp. 73-ss.

⁴⁴ SECO CARO, *op. cit.*, pp. 255-ss. La reiteración se explicaría porque tanto el artículo 381 del Proyecto de 1882 (futuro artículo 379) como el artículo 288, párrafo segundo, del Proyecto de 1875 estarían pensando en ese comisionista (de transporte) que responde como porteador frente a su comitente-cargador.

⁴⁵ SECO CARO, *op. cit.*, pp. 255-ss.

Poco bagaje es éste, en todo caso, para asegurar que nuestro ordenamiento cuenta con una regulación suficiente de los fenómenos de intermediación y organización de operaciones de transporte. El artículo 379 Ccom, como hemos visto, no regula esta figura, sino que se limita a decir que será porteador quien asuma contractualmente la obligación de llevar a cabo el transporte, aun cuando luego el traslado pactado se lleve a cabo por medio de terceros. Y esto podrá suceder cuando, por voluntad propia, tanto un transportista como un operador de transporte de mercancías (agencia de transportes, transitarios, etc.) decidan recurrir a la intervención de ese tercero en la ejecución del transporte. Y por lo que respecta al alcance del artículo 275 Ccom tampoco creemos que sea un precepto imprescindible para conceder la necesaria seguridad jurídica al sector. Como hemos visto, este precepto, cercenado por la mitad en cuanto a su eficacia normativa se refiere, tan sólo ofrece alguna sustancia normativa en su primer párrafo, pero, por un lado, no está contemplando la intervención de intermediarios profesionales del transporte (como son los transitarios) y, por otro, hasta cabría plantearse si lo que dice ese primer párrafo no podría extraerse de las obligaciones que, de modo general, configuran la posición jurídica de quienes actúan en el tráfico como comisionistas.

VI. Los preceptos de derecho privado de la LOTT (ROTT)

En su afán bienintencionado por actualizar algunos aspectos de la regulación jurídico-privada del transporte terrestre en nuestro ordenamiento, la LOTT, y posteriormente su Reglamento (ROTT), también han incidido sobre la configuración iusprivatista de los intermediarios (operadores) de transporte de mercancías (agencias de transporte y transitarios). Lo cierto, sin embargo, es que, con respecto a estos operadores, el efecto último de la actuación legislativa no ha sido tanto el de conseguir la actualización de su régimen jurídico como la perpetuación del *statu quo* impuesto por la doctrina tradicionalmente dominante con respecto al artículo 379 Ccom (tesis de la comisión de garantía).

Los preceptos más relevantes de esta normativa, a los efectos que aquí interesan, son los artículos 119, 120, 126 LOTT y 159, 160, 167 y 168 ROTT⁴⁶. No es nuestra intención realizar ahora un análisis específico sobre el significado y alcance de esta normativa (y sobre sus contradicciones y problemas interpretativos), que dejamos en manos de doctrina más autorizada⁴⁷, pero sí poner de manifiesto que, a la luz de lo que establecen estos precep-

⁴⁶ F. M. SÁNCHEZ GAMBORINO y F. J. SÁNCHEZ ORTIZ, «Los ‘transitarios’ en la nueva ordenación de los transportes terrestres», *RGD* (1988) 5324.

⁴⁷ E. VALPUESTA GASTAMINZA, «Naturaleza jurídica de la comisión de transporte tras la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres», *CDC* (1991), septiembre, n.º 9, pp. 87-ss.

tos, y dado su rango normativo, la posición actual del ordenamiento jurídico español es la de considerar que los «intermediarios de transporte» allí regulados son verdaderos *comisionistas* que actúan *ex lege* en nombre propio tanto frente al cargador como frente al transportista de las mercancías que son objeto de traslado y que, por tanto, responden como porteadores frente al cargador y como cargadores frente al porteador. Y éste es un régimen que, salvo algunas particularidades originariamente previstas para los transitarios (artículo 126.1b LOTT y 167.2 ROTT) o de la inicial discusión sobre la proyección nacional o internacional y del alcance modal de su labor, es aplicable a todos los operadores de transporte de mercancías.

Esta normativa establece, además, un régimen sancionador para el supuesto de que los operadores de transporte de mercancías vulneren su obligación de contratar el transporte en nombre propio, tal y como establece el artículo 140.18.1 LOTT⁴⁸, al caracterizar como infracción muy grave la realización de actividades de agencia de transporte, transitario o almacenista distribuidor incumpliendo el requisito de efectuar la intermediación en la contratación de transportes terrestres en calidad de comisionista en nombre propio, contratando en su propio nombre con los cargadores o usuarios y los titulares de autorizaciones de transporte, asumiendo frente a aquéllos la posición de transportista y frente a éstos las obligaciones y responsabilidades propias del cargador.

Cabría preguntarse si la inderogabilidad de este sistema de contratación en nombre propio tiene sus límites en la aplicación del régimen administrativo sancionador que acabamos de ver. O dicho de otro modo, que una cosa es que se sancione administrativamente el incumplimiento de dicha obligación y otra que, en el puro ámbito contractual, sea permisible la contratación sin sujeción a la obligación de actuar en nombre propio. Pero, al margen de otras consideraciones, no nos parece de recibo hacernos este tipo de planteamientos si a lo que realmente aspiramos es a tener un régimen normativo claro, seguro y eficaz aplicable a la actuación de los operadores de transporte de mercancías. Sonroja, en cierto modo, tener que recurrir a este tipo de argucias, que si bien ponen de manifiesto la «perspicacia» de nuestros juristas, en el fondo lo que subrayan es la existencia de un régimen legal inadecuado y que merece ser «repensado»⁴⁹.

⁴⁸ En su versión de la Ley 29/2003, de 8 de octubre (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2003).

⁴⁹ Un ejemplo de los problemas que plantea esta cuestión la pone de manifiesto MANUEL M. VICENS MATAS, «Régimen jurídico y responsabilidad del transitario. Un posible nuevo enfoque de la problemática que suscita», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gamborino*, Madrid 2005, p. 534, cuando alude a que la modificación del artículo 140.18.1 LOTT, hecha en 2003, en la que ahora sólo se alude a los transportes *terrestres* en dicho precepto, implica la supresión para los transitarios de la obligación de contratar en nombre propio cuando se trate de transportes *marítimos* o *aéreos*, al considerarse únicamente como conducta sancionable contratar en nombre y por cuenta de los clientes en el ámbito de los transportes terrestres.

VII. Una mirada al entorno comparado con finalidad reformadora

Normalmente, cualquier estudio que se precie de coherencia metodológica aborda los aspectos de Derecho comparado en una fase previa de la correspondiente investigación. Aquí no lo hemos hecho de ese modo porque nuestro estudio, por su origen y por su finalidad, tiene unas pretensiones distintas, sin perjuicio de subrayar la existencia entre nosotros de magníficas síntesis comparatistas en esta materia, a las que nos remitimos⁵⁰.

El recurso a los modelos comparados en nuestro caso, además, no tiene otro objeto que el de poner de manifiesto si la situación del ordenamiento español en esta materia es asimilable o no a la de los ordenamientos de otros países de nuestro mismo entorno jurídico y económico⁵¹. Y la respuesta, tajantemente, como por otro lado ya se ha adelantado, ha de ser negativa. Todos estos ordenamientos, sin duda, partieron de planteamientos normativos parecidos o próximos a los de nuestro país, pero ya desde estadios primigenios de su evolución otorgaron a la regulación de las actividades de intermediación en el transporte un papel relevante que hace palidecer la posición española, situándola en un plano secundario que no se compeadece con el papel que los intermediarios del transporte (los transitarios) deben desempeñar en un mercado global, que es, por otro lado, su ámbito natural de actuación. Y es que los principales ordenamientos de nuestro entorno (Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos, países anglosajones, etc.) poseen, por regla general, una regulación del contrato de expedición, cuyo prestador característico es un comisionista (o transitario) que, además de realizar un amplio conjunto de actividades auxiliares y complementarias del transporte, no responde, salvo en determinadas circunstancias previstas legalmente, del resultado del transporte en cuya contratación ha intervenido. Son los profesionales conocidos como «*Spedizioniere*»⁵², «*Spedi-*

⁵⁰ Véase, por todos, PILONETA, *op. cit.*, pp. 39-ss.

⁵¹ Aunque ya ha transcurrido tiempo desde su publicación, sigue siendo un buen punto de partida sobre esta cuestión (teniendo en cuenta los cambios producidos desde entonces), el trabajo editado por IDIT, *Les auxiliaires de transport dans les pays du marché común*, Rouen 1977.

⁵² Arts. 1737 CC y ss. (Contratto di Spedizione). En general, véase, F. CHIOMENTI, «Spedizione (Contratto di)», en *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, Milano 1990, pp. 284-ss. y M. V. COZZI, *Le operazioni accessorie al contratto di spedizione*, Milano 1992. Para apreciar la evolución de esta materia en el Derecho italiano, véase, entre otros muchos, F. CARNELUTTI, «Figura giuridica dello Spedizioniere (Corte d'Appello di Venecia, 4 dicembre 1908)», *RDComm* (1909), 2, 193; ID., «Ancora sulla figura giuridica dello spedizioniere (Corte di Cassazione di Firenze, 2 agosto 1908)», *RDComm* (1910), 2, 12; A. ASQUINI, «Sugli elementi distintivi del contratto di spedizione», *Scritti Giuridici*, II, Padova 1939, pp. 39-ss.; V. ANGELONI, «Sulla disciplina giuridica del contratto di spedizione», *Scritti Giuridici*, Milano 1956, pp. 843-ss.; G. BONAVERA, «Sulla cosiddette 'operazioni accessorie' dello spedizioniere», *DirMar* (1957) 504; V. BUONOCUORE, «Il contratto di spedizione (Rassegna di dottrina

teur»⁵³, «Transitaire»⁵⁴, «Freight Forwarder»⁵⁵, cuya configuración normativa tiene poco que ver con la otorgada por nuestro ordenamiento a las agencias de transporte y a los transitarios⁵⁶.

Desde un punto de vista comparatista, por tanto, nuestro país, sin duda, suspende el examen. Y no entendemos por qué debe ser esto así, al margen de reconocer la incidencia que sobre este particular ha tenido, lógicamente, el subdesarrollo de las actividades de transporte en nuestro país, hoy felizmente superado. Resultaría lógico, por tanto, que en los tiempos actuales hubiese ya surgido entre nosotros algún debate sustancioso acerca de la

e di giurisprudenza 1943-1957)», *Diritto e Giurisprudenza* (1957) 609; G. TRABUCCHI, «Le prestazione dello spedizioniere e l'obbligazione di risultato», *RDCiv* (1982), 2, 315; M. BRONZINI, «Trasporto e spedizione. Problema nuovi, rapporti fra le parti ed i terzi», *Il Nuovo Diritto* (1983) 509; C. ROSELLO, «Diligenza dello spedizioniere e responsabilità pere mala electio del vettore», *DirMar* (1983) 345; F. CHIOMENTI, «Il carico della merce da trasportare quale prestazione accesoria dello spedizioniere (Corte di Cassazione, n. 4943, 12 agosto 1988)», *RDComm* (1989), 2, 247; ID., «La lettera di ventura come prova decisiva Della presenza di un contratto di trasporto anziché di spedizione (Corte di Cassazione, n. 9993, 11 ottobre 1990)», *RDComm* (1991), 2, 411; F. BIANCA, «Ancora in tema di distinzione tra prestazione di spedizioniere e prestazione di vettore», *DirTrasp* (1992) 191.

⁵³ La regulación del contrato de expedición («*Speditionsgeschäft*») en el vigente Derecho alemán reformado en 1998 (TRG) está recogida en los §§ 453-466 HGB (Fünfter Abschnitt). Por todos, K. H. THUME, «Das neue Transportrecht», *BB* (1998) 2117, especialmente 2120-ss.; y R. HERBER, «Die Neuregelung des deutschen Transportrechts», *NJW* (1998) 3297, especialmente 3307-ss. Para el régimen precedente puede consultarse el conocido trabajo de J. G. HELM, *Speditionsrecht*, Berlin-New York 1986.

⁵⁴ Incluso en los ordenamientos de corte francés, que se precian de tener cierta particularidad en este ámbito, es posible encontrar una figura de mero intermediario de transporte («*transitaire*»), sin perjuicio de las complicaciones conceptuales que, a efectos comparatistas, pueda plantear la existencia en estos ordenamientos de una figura, distinta de aquella, como la del llamado «*commissionnaire de transport*». La bibliografía sobre esta materia es extensísima: F. COULOMB y M. SAVY, *Les auxiliaires de transport. Approche bibliographique*, París 1987. Con un cierto criterio evolutivo y selectivo de problemas, véase, P. MALETTERRE, *Les transitaires*, thèse, Marseille 1927; P. BAILLY, «La commission de transport», en J. HAMEL, *Études de Droit commercial*, París 1948; R. RODIÈRE, «Études sur la commission de transport», *RTDCom* (1957) 1 y 535; E. COUTRET, «Le commissionnaire de transport et la Convention de Genève (CMR)» *BT* (1973) 237; L. BRUNAT, «Commissionnaire ou transporteur», *BT* (1976) 446; P. Y. NICOLAS, *Le statut juridique des transitaires*, thèse, Rouen 1977; L. BRUNAT, «Un problème ardu á résoudre au coup par coup: la qualification juridique des auxiliaires de transport», *BT* (1982) 422; A. CHAO, «Le commissionnaire de transport, variation sur une definition», *BT* (1988) 477; INSTITUTE DU TRANSPORT ROUTIER, *Les auxiliaires de transport*, Bruxelles 1988.

⁵⁵ D. J. HILL, *Freight Forwarders*, London 1972; G. H. ULLMAN, «Ocean Freight Forwarders in the United States», *7 J. Mar. L. & Com.* 708-717 (1975-1976); W. TETLEY, «Responsibility of Freight Forwarders», *ETL* (1987) 79; D. GLASS, «Freight Forwarding», en D. YATES (Ed.), *Contracts for the Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London 1993, Part 7.

⁵⁶ En otros ordenamientos, H. J. M. SARAIVA, «El 'transitario' (u organizador del transporte) en Portugal: un desafío ante el año 1992», *RGD* (1990) 6647.

necesidad de contar con una regulación semejante a la de nuestros homólogos extranjeros (o incluso superadora de algunos de sus postulados, a la luz de la moderna ampliación de las actividades características de los transitarios en el nuevo marco logístico).

Cuando se redactan estas páginas, precisamente, hay en nuestro país dos propuestas de reforma legislativa que afectan al Derecho del transporte. Una es la del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima⁵⁷ y otra, en un estadio algo menos avanzado, la propuesta de reforma del régimen regulador del contrato de transporte terrestre. Ahora bien, comenzando por esta última, hay que decir que los impulsores del proyecto se han centrado en la reforma de la regulación del contrato de transporte terrestre y no han contemplado abordar una reforma más amplia que incluyese, por ejemplo, la regulación *ex novo* del contrato de expedición⁵⁸. Y tampoco se puede decir otra cosa de la reforma marítima, que se limita a mencionar al transitario dentro de su regulación del contrato de consignación de buques (artículos 350-355), para contemplar la posible actuación en calidad de tal del consignatario de buques. O en el artículo 367, dentro de las normas sobre el contrato de manipulación portuaria (artículos 260-369), para considerar al transitario como parte distinta del manipulador portuario regulado en esos preceptos.

En cierto modo, la inactividad de nuestros prelegisladores podría estar justificada por el carácter sectorial de sus propuestas. Ciertamente, parecería más conveniente ofrecer una regulación del contrato de expedición de aplicación general a los distintos modos de transporte y que tuviese en cuenta esa moderna dimensión logística y multimodal que caracteriza a la actividad de los intermediarios del transporte. No obstante, sigue llamando poderosamente la atención que, a pesar de que voces autorizadas, como la de F. SÁNCHEZ CALERO, pusieran de manifiesto hace ya mucho tiempo la oportunidad de regular el contrato de expedición⁵⁹, no se haya generado aún el correspon-

⁵⁷ Texto publicado en el BOCG de 10 de noviembre de 2006 (en fase de enmiendas en el momento en que se redacta este trabajo).

⁵⁸ Uno de los modelos inspiradores de estos trabajos ha sido el TRG-HGB alemán, que abordó en 1998 tanto la reforma de su regulación del contrato de transporte como del contrato de expedición, como se acaba de decir, si bien, hay que señalar que se trataba de reformas de textos legislativos ya existentes y no de propuestas de regulación *ex novo* de una determinada realidad contractual. Sobre la reforma alemana, entre nosotros, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «La nueva regulación del contrato de transporte en Alemania. Transportrechtsreformgesetz (TRG)», *RDM* (1999) 1601.

⁵⁹ Lo hizo en su trabajo sobre «El Código de Comercio y los contratos mercantiles», *Centenario del Código de Comercio*, I, Madrid 1991, pp. 211-ss. Un intento de construcción de la figura, desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, es la de C. PASCUAL ARRANZ, «El contrato de expedición», *RJC* (1958) 499, donde aplica los artículos 244 Ccom y-ss. (contrato de comisión) a la figura que denomina «expedicionista», mero comisionista que se dedica profesionalmente a intermediar en la contratación del transporte por cuenta ajena. Se trata claramente de una posición muy vinculada a los modelos comparados (italiano y alemán, preferentemente).

diente debate dogmático, predecesor necesario e inevitable del posterior trabajo prelegislativo.

Donde sí se han producido intentos serios por ofrecer una regulación del transitario, sobre todo en su faceta de organizador de operaciones multimodales, es en el plano internacional. No han sido, sin embargo, esfuerzos que hayan producido resultados ciertos hasta la fecha. Poco nuevo puede decirse ya del fracaso del Convenio de Ginebra de 24 de mayo de 1980 sobre transporte multimodal⁶⁰. O del fracaso también, aunque algo más reciente, del Convenio de Viena de 1990 sobre operadores de terminales de transporte⁶¹. Quedaría alguna esperanza en los resultados de los trabajos que actualmente están en manos de UNCITRAL, pero, a fuer de ser sinceros, y una vez conocido el alcance de este «macro» Proyecto⁶², pocas posibilidades creemos que tenga de ver la luz, al menos mientras no se ajuste a los requerimientos de los titulares de los intereses en juego, que, particularmente los del sector marítimo, son preponderantes en estos momentos. Seguirán, por tanto, los transitarios sujetos a la operatividad práctica de los documentos de transporte multimodal (que tan buen juego han dado hasta el momento, no obstante) integrados en el marco de *ius cogens* de la correspondiente normativa aplicable⁶³.

⁶⁰ C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «El contrato de transporte multimodal internacional de mercancías», en A. L. CALVO CARAVACA y L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (Drs.) y P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Contratos internacionales*, Madrid 1997, pp. 583-ss.

⁶¹ En general, S. M. CARBONE, «Il ruolo e la nuova normativa uniforme dell'operatore terminalista», *DirMar* (1992) 919; D. J. HARTEN, «Das internationale Übereinkommen über die Haftung der Terminal Operator im internationalen Handelsverkehr und seine Anwendbarkeit auf die deutschen Güterumschlagsbetriebe», *Schriften zum Transportrecht*, Band 7, Neuwied 1993; S. K. CHATTERJEE, «The UN Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade: the End of the Himalaya Clause», *JBL* (1994) 109; D. MORÁN BOVIO, «Responsabilidades en la terminal de transporte», en AA.VV., *El transporte terrestre nacional e internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, IX, 1997, pp. 291-ss. Desde una perspectiva previa y más amplia: AA.VV., «Symposium on Terminal Operations and Multimodalism», *64 Tul. L. Rev.* 281-629 (1989).

⁶² Nos referimos al llamado «Proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcial-mente] [marítimo] de mercancías».

⁶³ Hay, no obstante, posiciones recientes que postulan la liberación de los operadores de transporte multimodal respecto de ese marco imperativo («*ius cogens*») de la legislación aplicable al transporte. Véase, en este sentido, J. RAMBERG, «The Future Law of Transport Operators and Service Providers», en F. MARTÍNEZ SANZ (Dir.) y M.^a V. PETIT LAVAL (Coord.), *I Congreso Internacional de Transporte en el Siglo XXI*, Valencia 2005, pp. 765-ss. Del mismo autor, «New Orientations of Multimodal Transport», presentación (inédita aún) en las *XV Jornadas de Derecho Marítimo de San Sebastián* (Mayo 2007).

VIII. Conclusión

El transitario es un empresario que desempeña una actividad de extraordinaria relevancia en la organización de los movimientos de mercancías en un contexto global y multimodal. No es de extrañar, por tanto, que en los países más destacados de nuestro entorno, esta figura cuente, al menos, con una regulación básica configuradora de su posición jurídica.

En España no sucede lo mismo, porque ni existe regulación del contrato de expedición, ni los preceptos supuestamente aplicables a esta situación, los artículos 275 y 379 Ccom, tienen demasiada utilidad en este contexto; en el primer caso por no estar referido a una actividad profesional como la de los transitarios, sino a otra de carácter complementario («*ancillary*»), y en el segundo por tratarse de un precepto que si bien acoge, felizmente para nuestra dogmática, la moderna figura del porteador o transportista «contractual» apenas aporta nada a la estructuración jurídica global de la genuina actividad transitaria. Lamentablemente, además, el esfuerzo dogmático desarrollado entre nosotros para arrojar alguna luz sobre este panorama normativo no ha sido precisamente ejemplar, por haber estado desencaminado durante mucho tiempo y por haberse puesto de manifiesto tardíamente la escasez de nuestro bagaje normativo.

Intuitivamente, en este contexto cabría pensar en la oportunidad de abordar un proceso legislativo que concluyese con la concesión a los transitarios de un marco regulador estable y seguro de sus actividades empresariales. Este marco, a similitud de lo que ocurre en el entorno comparado, podría configurarse sobre la base de normas preferentemente dispositivas que pudieran ser complementadas adecuadamente con las correspondientes condiciones generales de la contratación elaboradas por las organizaciones empresariales del sector (como p. ej., las ADSP alemanas, AVC 2002 holandesas, etc.). Se podría, o se debería incluso, plantear la posibilidad de recoger en esa normativa las tendencias más recientes en cuanto a la configuración moderna de un empresario habituado a actuar en un contexto internacional y cuyas funciones se han ido ampliando durante las últimas décadas (logística)⁶⁴. Evidentemente, la voz del sector transitario debe jugar un peso relevante en este proceso. Y es aquí donde en ocasiones se percibe, más allá de un fondo común de acuerdo sobre la necesidad de ofrecer una solución normativa a los problemas del sector, una cierta heterogeneidad de posiciones. Hay quienes claramente postulan la necesidad de una reforma, pero en

⁶⁴ A. XERRI SALOMONE, «Aspectos evolutivos del transporte en el sistema italiano: del 'receptum' a la logística», *Actualidad jurídica del transporte por carretera. In Memoriam F. M. Sánchez Gomborino*, Madrid 2005, pp. 557-ss. Igualmente, desde otra perspectiva, F. BOCCHINI, «L'evoluzione di una prassi contrattuale: spedizione e distribuzione di prodotti», *RDCiv* (1984) 2, pp. 11-ss.

otras ocasiones se oyen voces que aceptan el *statu quo* normativo actual, en las que puede entreverse un cierto «síndrome de Estocolmo» con respecto a la aplicación inexorable de la tesis de la comisión de garantía a los transitarios, cuyas consecuencias sobre la regulación de las operaciones de intermediación de transporte en nuestro país son bien evidentes.

