

Notas sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español

GABRIEL GARCIA CANTERO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Terminología.—3. Noción provisional de la mediación matrimonial.—4. Indicaciones históricas.—5. Formas de mediación matrimonial.—6. Orientaciones sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho comparado: A) Sistemas germánicos; B) Sistemas latinos; C) Jurisprudencia canónica.—7. La licitud de la mediación matrimonial ante la doctrina científica: A) Doctrina francesa; B) Doctrina italiana; C) La cuestión en la doctrina canónica.—8. El problema de la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español.

1. La falta de una regulación normativa de la mediación matrimonial (1) en nuestro Derecho es fuente de abundantes dudas y per-

(1) La bibliografía fundamental en materia de mediación matrimonial es la siguiente:

ALEMANIA:

GUTSCHEBAUCH, *Der Mäklervertrag nach BGB* (Diss. Leipzig, 1905).

HEINE, *Der Mäklervertrag nach BGB* (Diss. Berna-Leipzig, 1903).

KLUTH, *Die Rechtstellung der Mäkler unter Ausschluss der Ehemäkler nach BGB und HGB* (Diss. Leipzig, 1903).

KOHLER, *Der Ehemakellohn*, publicado en el *Archiv für Bürgerliches Recht*, y reproducido en el volumen *Zwölf Studien zum Bürgerliches Gesetzbuch* (Berlín, 1900), p. 89-108 por donde citaremos. Es el artículo fundamental por haber sido su autor el inspirador del BGB. en este punto

KÖNIG-FACHSSENFELD *Der Mäklervertrag (pactum proxeneticum) im gemeinen Recht* (Diss. Stuttgart, 1896).

SCHINDLER, *Die gewerbmässige Heiratsvermittlung* (Berlín, 1901).

FRANCIA:

BELNEIX, *Le courtage matrimonial* (Th. París, 1912).

DORATS DE MONTS, *La cause immoral* (París, 1956), p. 34-45.

FAGE, *Les agences d'affaires et le droit* (Th. Toulouse, 1928).

FRATANI, *Le courtage matrimonial* (Th. París, 1937).

FOURNOT, *Le courtage matrimonial* (Th. Dijon, 1908).

GEORGEON, *Du courtage matrimonial* (Th. Poitiers, 1911).

HUET, *Courtage matrimonial* (Th. París, 1910).

ROBERT-CHARREAU, *Le courtage matrimonial* (Th. Lyon, 1934).

RUBY, *Le courtage matrimonial* (Th. Grenoble, 1925) (pub. en París).

SIMPLICE, *Les agences de mariage* (París, 1885).

WATH, *Le courtage matrimonial en RTDC*, 3 (1904), 471-492. Es un trabajo fundamental.

plejidades, que se acrecientan, si cabe, al carecer asimismo el propio contrato de mediación de una completa reglamentación tanto en el Código civil como en el Código de Comercio (2).

Por otra parte, ante esta laguna legislativa y jurisprudencial que en materia de mediación matrimonial existe en España, la doctrina científica no ha prestado al tema la suficiente atención. De aquí la razón de ser de este trabajo.

Una de las cuestiones de mayor interés —previa, incluso a la de encontrar una regulación adecuada a la institución— es la de decidir sobre la licitud o ilicitud de esta figura. En efecto, si el tipo negocial por sí mismo ataca la Moral y las buenas costumbres, sería tarea inútil la de preguntarse por su específico régimen jurídico, pues bastaría con aplicar las normas generales de esta clase de negocios.

ITALIA:

CARRARO, *La mediazione*² (Padova, 1960).

GREGO, *Dei mediatori* en *AG* 43 (1889), 3 ss. y 45 (1890), 109 y 139.

LOJACONO, *Appunti sulla licità della mediazione matrimoniale* en *Riv. di dir. matrim. e dello stato delle persone* 2 (1959), 595-620, es el artículo fundamental en la materia.

MOSSA, *Contro la mediazione matrimoniale* en *RDCom.* 35 (1937), II, 193 ss.

MUSATTI, *In tema di prossenetismo matrimoniale* en *RDCom.* 12 (1914), II, 995 ss.

S. v., *Prossenetico* en *NDI*.

SUIZA:

EIGENMANN, *Der Mäklervertrag im schweizerischen Obligationen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Liegenschaftmäkler* (Th. Berne, 1907).

FROSSARD, *Les obligations naturelles et la garantie de leur execution en droit suisse* (Th. Lausanne, 1960).

MINOLA, *Le contrat du courtage spécialement du point de vue du salaire du courtier* (Th. Lausanne, 1921).

TURRETTINI, *Le contrat du courtage et le salaire du courtier* (Th. Gênevê, 1952).

ESPAÑA:

No hay ningún estudio monográfico dedicado especialmente al tema, sino algunas indicaciones generalmente breves contenidas en obras generales, o a propósito de la mediación.

(2) Estado de la cuestión en URÍA, *Derecho mercantil*² (Madrid, 1960), 458 s.; BONET RAMÓN, *Algunas figuras afines al contrato de mandato* en *RGLJ.* 184 (1948), 633 ss.; BONET CORREA, *El contrato de corretaje o mediación* (Comentario a s. 3 junio 1950) en *ADC* 4 (1951), 1617 ss.; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español I* (Barcelona, 1950), p. 734; MARTÍNEZ VAL, *El contrato de corretaje* (Ciudad Real, 1955); VICENTE y GELLA, *Curso de Derecho Mercantil comparado II* (Zaragoza, 1945), p. 58.

Los agentes mediadores de comercio aparecen regulados en los arts. 88 y ss. del Cód. de comercio. Los Agentes de la propiedad inmobiliaria han sido reglamentados por el Decreto 17 diciembre 1948 y Reglamento 6 abril 1951.

Respecto del corretaje en general, afirma PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil II* 2, Barcelona, 1956, p. 401) que se halla en España en la fase de concreción normativa por medio de la jurisprudencia de los Tribunales, y que tal proceso de formación podría acelerarse si la jurisprudencia fuera examinada con una técnica adecuada al Derecho del caso.

Ocurre que en este punto hay una rara unanimidad entre los pocos autores españoles que del tema se han ocupado.

PÉREZ y ALGUER (3) se cuentan entre los primeros que sostuvieron la tesis de que, aunque no exista en nuestro Derecho una norma paralela al parágrafo 656 del Código alemán (que sanciona, en principio, como luego veremos, con la ineficacia a este tipo de negocios), parece indudable que el negocio de corretaje matrimonial es nulo en concepto de contrario a la Moral. Sigue sus huellas el maestro CASTÁN (4), y también, al parecer, RIERA AISA (5) y NÚÑEZ LAGOS (6).

De seguir esta rigurosa doctrina habría que concluir que cualquier tipo de negocio de mediación matrimonial es necesariamente nulo por atentar contra la Moral, lo mismo la mera indicación de la oportunidad para celebrar un matrimonio, que la mediación matrimonial propiamente tal; la realizada por mediador unipersonal, que por una empresa organizada según los métodos modernos de productividad y racionalización del trabajo; tanto la ocasional, como la habitual; la retribuida, como la gratuita (e incluso la realizada con fines nobles y elevados, como la que efectúan determinadas instituciones religiosas). Por descontado que la nulidad recaería igualmente en la que se refiere al matrimonio canónico, como al civil, pues no se ve razón para establecer diferencia alguna.

El régimen de esta nulidad sería, parece, el que establece la regla primera del artículo 1.306 del Código civil, no se aplicaría el artículo 1.305 porque los hechos no constituyen delito ni falta; por otra parte, la ilicitud se encuentra —en esta hipótesis— en la conducta de ambos contratantes, y por ello no sería pertinente la regla segunda del propio artículo. En consecuencia nos encontraríamos en presencia de un negocio jurídico con causa torpe o inmoral, no constitutiva de delito, en el que ninguno de los contratantes podría repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiera ofrecido.

Sin embargo, esta solución no satisface plenamente. A falta de una expresa norma legal, ya sabemos que los Tribunales son parcos en calificar de ilícito o inmoral un negocio, pues una condenación de este género arrastra importantes consecuencias también de orden social. Por otra parte, semejante solución no parece de acuerdo con el actual

(3) PÉREZ y ALGUER, *Notas a Enneccerus* II-2.º (Barcelona, 1950), p. 323.

(4) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral* IV^º (Madrid, 1952), p. 513. Opinión que se reproduce inalterada en la 9.ª edición (Madrid, 1962), p. 510.

(5) RIERA AISA, s. v., *Corretaje en NEJ*, dedica el último apartado de su trabajo al corretaje matrimonial, reproduciendo la opinión de PÉREZ y ALGUER como final del mismo, lo que hace pensar que se adhiere a ella.

(6) NÚÑEZ LAGOS, *Condictio ob turpem vel iniustam causam* en *RDN* 9 (1961), núm. 32, p. 7 ss. Este autor se limita a reproducir las opiniones de la doctrina y jurisprudencia francesa, cuyas conclusiones parece considerar aplicables al derecho español.

desenvolvimiento de estas actividades entre nosotros (7), y ocasiona un evidente perjuicio a los mediadores profesionales, quienes corren el riesgo de no percibir su retribución después de haber prestado su actividad. Por estas razones parece oportuno intentar un nuevo planteamiento.

La mediación matrimonial no es actividad que se practique por vez primero en nuestros días; pero las soluciones jurídicas, ni han sido siempre idénticas, ni coinciden tampoco en la actualidad en los diversos países del mundo occidental. Para abordar el tema de la licitud o ilicitud de este tipo de mediación en nuestro Derecho, haré algunas indicaciones históricas y acudiré de un modo especial a las soluciones que se encuentran en el Derecho comparado.

2. Terminología.

Las fuentes romanas denominan "proxeneteta" al mediador, y esta terminología se conserva todavía en el Derecho italiano (la doctrina habla de "Prossenetico matrimoniale", aunque acaso pueda decirse que se trata de una expresión caída en desuso). En Alemania se habla de "Ehemäklevertrag" y "Ehevermittlung", y lo mismo en los demás países de habla alemana. Está muy difundida en Francia la expresión "Courtage matrimonial", mientras que la reciente doctrina italiana prefiere hablar de "Mediazione matrimoniale".

Entre nosotros la expresión proxenetismo se reserva para cierto tipo de actividades inconfesables penadas por la ley. Por lo demás, se utilizan indistintamente las expresiones "Corretaje matrimonial" y "Mediación matrimonial"; estas últimas se emplearán como sinónimas en este trabajo.

3. Noción provisional.

Prima facie cabe decir que mediación matrimonial es la mediación en el matrimonio. Prescindiendo aquí de añejas discusiones acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio, doy por sentado que se trata de un negocio jurídico de Derecho de familia (8). Con base en la definición de mediación ofrecida por el profesor URÍA (9) diré que el contrato de corretaje o mediación matrimonial es aquel por el que una de las partes —el mediador— se obliga a promover o facilitar la cele-

(7) No es infrecuente la publicación de anuncios en la prensa diaria del siguiente tenor: "Casamentera diplomada se ofrece con veinte años de práctica en unir almas solitarias. Dirigirse personalmente a Shirley Booth, Montera, 34, 3.º" (*Arriba* del 6 de febrero de 1962). Desde hace algunos años funciona en San Sebastián una empresa de mediación matrimonial conocida con el nombre de "Interpost".

(8) Cfr. más ampliamente GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español* (Roma-Madrid, 1959), p. 29 s. et ibi bibliografía.

(9) URÍA, *op. cit.*, p. 458.

bración de un determinado matrimonio entre la otra parte —principal o mandante— y un tercero, a cambio de una remuneración que ha de abonar el mandante. Se trata de un contrato atípico *facio ut des*, que produce obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes (cfr. ss. 10 de enero de 1922, 7 de abril de 1926 y 3 de junio de 1950 sobre la mediación en general).

4. *Indicaciones históricas.*

En Roma era practicada la mediación con referencia a toda clase de contratos. No parece que se excluía el matrimonio, pues ULPIANO (10) nos dice que los esponsales se celebraban con frecuencia mediante persona interpuesta. Ha suscitado ciertas dificultades de interpretación cierto texto del propio jurista romano en que se dice: “De proxenetico, *quod est sordidum, solum praesides cognoscere*”, en el que puede verse cierta calificación, al menos peyorativa, para la mediación en general; pero, aparte de que se ha considerado interpolado, una disposición de JUSTINIANO (11) parece dar por supuesta la licitud de la mediación matrimonial.

En plena Edad Moderna se señalan tres decisiones o “arrêts” del Parlamento de París que se pronuncian por la ilicitud de la mediación matrimonial, no obstante invocarse en el pleito el Derecho romano. Interesa detenerse en ellas para comprobar la forma de actuación de los mediadores en su época, y para registrar las razones que se alegan para declararla ilícita.

En el caso resuelto por el arrêt” de 29 de enero de 1591 el mediador actuaba amparándose en un escrito en donde se prometía la suma de cien escudos para el caso de celebración de un determinado matrimonio; el demandado invocaba la derogación de las leyes romanas; el Fiscal oponía también la ilicitud de tales pactos. Aunque en primera instancia fue estimada la demanda por el Preboste, en apelación se revocó la sentencia por el Parlamento (12).

En el supuesto de la sentencia de 28 de agosto de 1665 se trataba de un gentilhomme angevino que había prometido al señor Caveroy abonarle doscientas libras si, gracias a sus buenos oficios, se casaba, antes de Pascua, con determinada señorita; el matrimonio fue celebrado efectivamente, pero con posterioridad a la fecha señalada. El gentilhomme se negó a pagar arguyendo que no se había cumplido el plazo, y que el matrimonio no fue resultado de las gestiones del actor; el mediador opuso que el retraso fue debido exclusivamente a un pre-

(10) ULPIANO, D. 23, 1, 18: *In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur.*

(11) *Codex* V, 1, 6.

(12) MORNAC, *Recueil d'arrêts* 1721, IV, cap. 53.

texto del demandado para no pagar lo prometido. La demanda fue, asimismo, rechazada (13).

Los hechos que dieron lugar a la sentencia de 7 de agosto de 1690 eran los siguientes: El señor Chana, tesorero de Lyon, deseaba casarse con la hija de un rico comerciante lyonés; encontrando resistencia, debido a sus muchos años y a la modestia de sus orígenes, acudió a los buenos oficios del ama de llaves de la citada señorita, firmándole un recibo del tenor siguiente: "Prometo pagar a la señorita Bérardan la suma de mil libras por los trabajos y cuidados que ha asumido para llegar a realizar mi matrimonio. Lyon, 1.º de enero de 1687". Pese a la brillante defensa del abogado Gillet, el Parlamento de París dictó sentencia contraria al mediador (14).

El Parlamento de París niega aplicación a las normas romanas en atención al carácter sacramental e indisolubilidad del vínculo y también parece se tuvo en cuenta la mala fama que, en cuanto a su honorabilidad, habían adquirido los corredores en general (15).

Por esta misma época, sin embargo, un autor francés (16) con referencia a nuestra Patria dice, a modo de contraste, lo siguiente: "Según he sabido, hay en algunas ciudades de España intermediarios matrimoniales que solicitan de los padres que tienen hijas casaderas, qué yerno desean y cuánto quieren dar como dote, igual que a los padres de los jóvenes y a otras personas; muchas jóvenes y muchos jóvenes no se casan por no conocer un partido conveniente, y por ello parece que este medio de advertirnos mutuamente aportaría mucha comodidad al comercio público... En Francia es un defecto de la Policía no tener, como en otros países, mediadores matrimoniales". Se postula, al parecer, el establecimiento de un a modo de servicio público de mediación para los matrimonios.

Según BONNECASE (17) la primera agencia matrimonial se estableció en Francia bajo la Revolución con la denominación de "Bureau de confiance pour les mariages". Esta agencia captaba sus clientes mediante un folleto que se distribuía entre el público. Los interesados debían responder a un cuestionario en el que figuraba el nombre, edad, fortuna, etc., datos todos que —así se aseguraba— eran comprobados por la propia agencia, que los publicaba anónimos en una hoja periódica titulada "L'Indicateur des Mariages". El lector que pensaba haber encontrado lo que le interesaba se dirigía a la agencia, la cual, si la otra parte consentía, ponía a ambos en relación. El importe de la inscripción era de una libra por cada mil de capital, restituible en 3/4 partes si el cliente no contraía matrimonio dentro del año; aparte se

(13) SOFFRE, *Nouveau Recueil* (París, 1682), II, p. 302.

(14) GILLET, *Plaidoyers* 1696, p. 121.

(15) Cfr. RUBY, op. cit., p. 15 s.

(16) AUTOME, *Digeste*³ 1629, p. 811.

(17) BONNECASE, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie* IV (París, 1928), p. 705 ss.

cobraba la suscripción al "Indicateur" (15 libras en París y 21 en provincias).

Hacia 1825 parece comenzó a desarrollar gran actividad la Agencia matrimonial del señor De Foy de quien se dice logró concertar unos diez mil matrimonios. Los honorarios consistían, o bien en una suma fija, o en un porcentaje sobre la dote (generalmente el 5 por 100); pero sólo se percibían de uno de los contrayentes porque las señoritas no pagaban. La lectura de los modelos de contrato (18) que suscribía con los clientes, muestra el progreso logrado en esta actividad negocial, al propio tiempo que explicaba la desconfianza con que fueron mirados por los Tribunales.

Se produce la intervención gubernativa en persecución de cierto tipo de actividades inmorales encubiertas bajo la forma de una agen-

(18) He aquí el texto de los contratos que habitualmente suscribía el señor De Foy con sus clientes de la agencia matrimonial:

"Entre los suscribientes, de una parte Henri-Charles-Napoleon de Foy, agente de negocios patentado de 1.^a clase con el núm. 51, domiciliado en París, rue Bergere, núm. 17, y de otra el señor X se ha convenido lo que sigue:

1.^a) El señor de Foy se compromete, por sí, o por los intermediarios a quienes juzgue conveniente acudir, a realizar todas las gestiones y diligencias necesarias para facilitar el matrimonio de X con Y (nombre, edad, cualidades, domicilio, etc. de la futura contrayente).

2.^a) El señor de Foy será único árbitro de los medios a emplear para la negociación de tal matrimonio; el señor X se remite a la ciencia, experiencia y discreción del señor de Foy.

3.^a) El señor de Foy en ningún caso quedará obligado a indicar las personas escogidas por él como intermediarias. La prueba de su mediación y de sus gestiones se hará por el sólo hecho de la celebración del matrimonio proyectado, y nada podrá alterar el encargo confiado, aunque el mandante actúe personalmente.

4.^a) El señor X por su parte, y en caso de éxito, se obliga por su honor, mediante el presente documento, a pagar al señor de Foy el 5 por 100 sobre la dote de Y, cualquiera que fuese el régimen de bienes, para resarcirle de sus gastos y desembolsos, reconocer su diligencia y asimismo como expresión de gratitud.

5.^a) La suma antes fijada no será susceptible de ninguna reducción ni aumento, ya que los servicios del señor de Foy, sean cuales fueren, han sido valorados así por el mandante.

6.^a) La suma del 5 por 100 sobre la dote de Y será exigible tan pronto se celebre el matrimonio.

7.^a) Caso de que el proyectado matrimonio no tenga lugar, el presente compromiso será considerado como inexistente, y no será debida indemnización alguna al señor de Foy.

Por duplicado y de buena fe. París..."

De la lectura del anterior modelo de contrato de mediación matrimonial se deduce que se otorga en vista de un enlace determinado, pues el mediador se compromete por su parte "a realizar todas las gestiones y diligencias necesarias para facilitar el matrimonio de X con Y" (cláusula 1.^a); se trata, por tanto, de una mediación típica. Lo que se hace ciertamente sospechoso es la clandestinidad con que opera el mediador (cláusulas 2.^a y 3.^a). La forma de fijar la retribución a base de un porcentaje sobre la dote estimulaba, sin duda, al mediador a "la caza de ricas herederas"; la sentencia del Tribunal de la Seine de 6 enero 1830 reduce, en efecto, la cuantía de la retribución en base a reclamación de un cliente del señor de Foy.

cia matrimonial. Según datos de la Prefectura del Sena, se registran 11 agencias en 1868, 16 en 1887, excediendo el centenar en 1896 y superando las 200 en 1934.

A partir del primer tercio de este siglo las agencias matrimoniales se desarrollan con gran pujanza por toda Francia, sin que la Policía logre un control efectivo sobre todas ellas. Los autores distinguen tres tipos por razón de la clase de personas que las frecuentan y por su modo de actuación (18 bis).

Desde hace algún tiempo funciona en España un Instituto Internacional de Relaciones Prematrimoniales con proyección en diversos países hispanoamericanos que cuenta ya, al parecer, con algunos miles de afiliados. Mediante el abono de una cuota de 125 pesetas este Instituto pone en relación al aspirante al matrimonio con una o varias personas que reúnen, en principio, las condiciones solicitadas. Junto a esta actividad retribuida debe mencionarse la que con fines más elevados desarrolla la Revista "El Mensajero del Corazón de Jesús" con sede en Bilbao y carácter gratuito.

5. *Formas de mediación matrimonial.*

Hay que advertir con LOJACONO (19) que en la actualidad las agencias matrimoniales no desempeñan una actividad de mediación pura y simple, sino que prestan también al público servicios de consulta, vigilancia, información, control y representación; se sirven para ello de una vasta y compleja organización central y periférica, según los más modernos dictados de la técnica, comprendido incluso oficinas de "public relations" y consultorios médico-legales.

Si quisiéramos abarcar las formas antiguas y modernas de mediación matrimonial, podríamos comprender:

La mediación matrimonial *de hecho*, frecuente en determinadas regiones, sin vínculo alguno: se hace por razones de afecto, amistad o parentesco y no suscita ningún problema por su carencia de consecuencias jurídicas.

A este tipo puede referirse la moderna inserción de anuncios matrimoniales en periódicos y revistas siempre que por parte de la pu-

(18 bis). Según ROBERT-CHARRERAT, op. cit., p. 22 ss. estos tres grupos de agencias matrimoniales son los siguientes: 1.º) El de las interesadas únicamente en los grandes asuntos (viudas ricas, nobles, altos funcionarios, etc.), las cuales, en razón a la solvencia de sus clientes no exigen el pago anticipado de sus honorarios que suelen valorarse en el 5 por 100 de la dote. 2.º) Las agencias de segunda categoría se dirigen a una clientela más numerosa, pero menos rica, por ello la retribución será menos elevada, pero exigen el pago por adelantado de una cantidad en concepto de primeros gastos, la cual no se devuelve cualquiera que sea el resultado. 3.º) Se incluyen aquí las agencias especializadas en matrimonios que dejan algo que desear, lo que motiva la frecuente intervención de la Policía.

(19) LOJACONO, op. cit., p. 597.

blicación no se asuma ningún otro compromiso que el de la inserción de aquéllos. La relación entre el anunciante y el director del periódico es un contrato de publicidad; los terceros no podrán dirigirse contra la publicación si ésta se hizo por broma, o si el anunciante no responde a las cartas que se le dirigen con base en el anuncio.

Es importante la distinción entre mediación *gratuita* y *retribuida*, que se diferencian por la ausencia o presencia de una remuneración o salario que debe abonarse al mediador o corredor que cumplió su compromiso. La primera —como antes indiqué— se ejerce por móviles altruistas y aun de apostolado; la institución italiana “L’Anello d’Oro” y “Caná de Galilea” son ejemplos bien conocidos de la primera. La segunda es la que suscita los más graves problemas jurídicos y, especialmente, el de su posible ilicitud.

La remuneración pactada puede ser *fija* o *proporcional* a la cuantía de la dote o de los bienes aportados al matrimonio (esta última forma era frecuente en el siglo pasado); puede deberse *en todo caso* o sólo si el matrimonio se celebra, es decir, en el supuesto de *éxito* (luego veremos como muchas objeciones tienen su fundamento precisamente en el hecho de condicionar la retribución a la celebración del matrimonio). En la práctica es frecuente que ambos sistemas se conjuguen con fórmulas diversas, por ejemplo, anticipo para gastos.

Por razón de su objeto la mediación puede referirse al arreglo de las *relaciones patrimoniales* del futuro matrimonio, puede consistir en una *información sobre la ocasión o posibilidad* de celebrar matrimonio, o en *promover la celebración* de un matrimonio; en este último caso, puede tener por objeto un determinado matrimonio con una persona cuyos datos personales se expresan en el propio contrato de mediación, o bien referirse al matrimonio en general.

Por razón del mediador, cabe distinguir el *mediador ocasional* y el que se dedica *profesionalmente* a esta actividad; hay mediadores *unipersonales* y *sociedades* que emplean capitales importantes y utilizan una moderna organización.

Jurídicamente importan menos los medios materiales de que el mediador se vale para cumplir su misión: sus propios ficheros, anuncios en revistas especializadas, su actividad personal, etc.

6. *Orientación sobre la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho comparado.*

En las modernas codificaciones encontramos dos orientaciones fundamentales en esta materia, que para mayor simplificación denominaré sistema germánico y sistema latino. Conforme al primero la mediación matrimonial es un negocio prohibido por la Ley, mientras que en las legislaciones latinas se guarda generalmente silencio sobre este punto, abriéndose paso en la jurisprudencia, en los últimos años, la tesis de la licitud con mayor o menor amplitud. Un sistema aparte lo constituye

el Derecho canónico, pues nada dice la legislación, y la jurisprudencia no tiene oportunidad de ocuparse directamente del tema; únicamente hemos encontrado una sentencia del S. T. de la Rota Romana en la que indirectamente se reconoce la licitud de la mediación matrimonial (si bien el caso procedía de países de misión).

A) En Austria, con base en el § 879-1.º del All. BGB la doctrina (20) considera absolutamente nulo el contrato de mediación matrimonial, que se afirma celebrado "gegen die Guten Sitten" (21), el párrafo 1.174 consagra la irrepetibilidad de lo pagado conscientemente para realizar un acto ilícito (22).

En Alemania, dice MINOLA (23), antes del BGB no existía una prohibición legal del contrato de mediación matrimonial, y los tribunales decidían de su licitud caso por caso; en sentido favorable a la licitud se cita una sentencia del Oberlandesgerichts de Karlsruhe de 13 de diciembre de 1895 (24). En la doctrina fue Kohler el paladín de la tesis de la ilicitud, y debido a su influencia logró que, pese a que el primer proyecto de Código mantenía el sistema anterior, la Comisión del Reichstag introdujera el § 656. A juicio de KOHLER (25) tal contrato iría en contra de la esencia y dignidad del matrimonio y violaría los postulados del ordenamiento jurídico; la intervención de un tercero que asume como objeto de un negocio la celebración de un matrimonio suscita idéntica repugnancia que si interviene en el cambio de religión, en el divorcio o en la separación de hecho, o en la designación de heredero; el tercero utilizará para lograr sus fines tanto medios lícitos como ilícitos; KOHLER habla de "Suggestionsverträge" (26). Por su parte, la Comisión del Reichstag en su informe exponía que "la gran mayoría de las personas consideran de modo indudable que la entrega o aceptación de un salario para la mediación en el matrimonio es inmoral o por lo menos indecoroso ("unanständig").

El texto literal del § 656 del BGB es el siguiente:

"No se origina una obligación por la promesa de una comisión por la información de la ocasión para contraer un matrimonio o para la mediación en la celebración de un matrimonio. Lo entregado en base

(20) WOLFF, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts* ⁴ (Wien, 1948), p. 88.

(21) UNGER, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts* ⁴ (Leipzig, 1876), I, p. 490.

(22) Sobre el § 1.174 cir. WOLFF, op. cit., p. 218; UNGER, op. cit., II, p. 228.

El párrafo 879, en la parte que aquí interesa, dice: "El contrato realizado violando una prohibición legal o las buenas costumbres es nulo. Son nulos especialmente los contratos por los cuales: 1.º se conviene alguna cosa para la negociación de un contrato de matrimonio".

(23) MINOLA, op. cit., p. 68.

(24) Está transcrita en KOHLER, op. cit., p. 100 ss., en sus considerandos se impugnan los argumentos de este autor a favor de la ilicitud de la mediación matrimonial que anteriormente había expuesto en su obra *Die Ideale im Recht* (Berlín, 1891).

(25) KOHLER, op. cit., p. 89 ss.

(26) KOHLER, op. cit., p. 95.

a la promesa no puede ser repetido por la circunstancia de que no haya nacido una obligación.

Estas disposiciones valen también para un pacto por el cual la otra parte, con el fin de cumplimiento de la promesa contrae una obligación frente al corredor; especialmente valen para un reconocimiento de deuda”.

Pese a los apasionados alegatos de Kohler parece evidente que el B. G. B. no ha consagrado la inmoralidad de este tipo de mediación. En efecto, hoy día la mayoría de la doctrina alemana (28) entiende que la obligación de remunerar al mediador matrimonial constituye una *naturalis obligatio*, y ¿cómo conciliar esta conclusión con la calificación de inmoral atribuida al negocio por aquel autor? (29). Parece, por tanto, que hay que concluir que se ha seguido una vía media: no es un negocio que atente contra las buenas costumbres, cuya nulidad declara el § 138,1, pero tampoco se concede acción para reclamar lo pactado.

En Suiza ocurrió algo parecido a lo que hemos visto pasó en Alemania; la Comisión de expertos para la revisión del Código de Obligaciones rehusó adoptar un artículo semejante al § 656 del B. G. B., pero el Consejo de Estados emitió un voto particular estimando que el matrimonio no constituía un negocio, sino una relación moral, introduciéndose en consecuencia el artículo 416 que es menos expresivo que el correspondiente del Código alemán.

Dice así el artículo 416 del Código suizo de Obligaciones:

“La negociación de un matrimonio no puede dar lugar a ninguna acción para pago de un salario.”

La doctrina más reciente (30) estima se trata también de una obligación natural, y aún a falta de un texto legal sostiene la no repetición de lo pagado (31).

Dentro de este sistema creo puede también incluirse al Derecho griego. Sabida es la influencia germánica en las disposiciones del Código civil helénico de 1940; sin embargo, en este punto la solución legal es más enérgica que en el B. G. B., ya que conforme al artículo 708 “la promesa de corretaje matrimonial es nula y lo que eventualmente haya sido pagado está sujeto a repetición”. Se afirma, por tanto, netamente, la ilicitud de la mediación matrimonial y su absoluta ineficacia. Dijérase que han sido tenidas plenamente en cuenta las opiniones de Kohler.

(27) Se transcribe en KOHLER, op. cit., p. 91.

(28) ENNECERUS-LEHMANN en el *Tratado de Derecho civil de Enneccerus-Kipp-Wolff* (trad. esp. de Pérez y Alguer), II-2.º (Barcelona, 1950), p. 322.

(29) El razonamiento es de LOJACONO, op. cit., p. 612: “Si se considera la provisión pagada en virtud de un deber moral y social y que, por tanto, es irrepetible, no puede afirmarse que el proxenético tenga una función indigna o no necesitada de tutela jurídica”.

(30) FROSSARD, op. cit., p. 44. Pero, en contra, TURRETTINI, op. cit., p. 60.

(31) Cfr. MINOLA, op. cit., p. 70.

B) Caracteriza a las legislaciones latinas, como antes indiqué, la ausencia de regulación legal de la mediación matrimonial. Ninguno de los códigos francés, italiano de 1865 y de 1942 o español han dictado norma especial sobre la mediación matrimonial. Cuando el supuesto se ha planteado ante los Tribunales, éstos con recurso a las normas generales sobre obligaciones y contratos han ido elaborando una doctrina, que en la actualidad puede considerarse estabilizada en sus líneas generales; en ella han influido dos circunstancias, la amplia difusión social de las agencias matrimoniales y una cierta evolución de la estimación o valoración por la opinión pública de tales prácticas.

a) Francia:

Puede decirse que la jurisprudencia francesa posterior al *Code* ha pasado por tres etapas que brevemente pueden resumirse así:

1.º Durante la primera mitad del siglo XIX no se registra ninguna decisión de la *Cour Suprême* en esta materia; en cuanto a los Tribunales inferiores, unas veces la estiman válida por no ser contraria a la ley (así la *Cour* de Toulouse en ss., de 23 de agosto de 1848 y 23 de marzo de 1853), otras la reputan ilícita e inmoral (como la *Cour* de París en s. de 19 de agosto de 1936), o bien se limitan a reducir el salario del mediador con lo que implícitamente reconocen su inicial licitud (por ejemplo, la sentencia antes referida del Tribunal de la Seine de 6 de enero de 1830).

2.º El famoso asunto Floubert dió lugar a la sentencia de la *Cour Suprême* de 1.º de mayo de 1885, la cual había de originar una dirección jurisprudencial fuertemente restrictiva que se mantendría vigente en Francia durante muchos años.

He aquí los hechos: El señor Fleury, antiguo Notario del Distrito de Niort deseaba casarse con la viuda Marchand, rica propietaria; para lograr sus propósitos suscribió este documento con el señor Floubert: "Prometo pagar a Floubert, comerciante en vinos de Niort, la suma de 6.000 francos si me caso con la señora viuda Marchand, en atención a las gestiones que él realice, bien entendido que si este matrimonio no tiene lugar, esta obligación será nula...". Celebrado el matrimonio proyectado, el mediador se ve obligado a recurrir a los tribunales para obtener la remuneración prometida; sin embargo, pierde el pleito en ambas instancias, siendo, asimismo, desestimado su recurso de casación.

Parece oportuno recoger la motivación de la sentencia de casación:

"El matrimonio en el sistema de nuestra legislación es un compromiso irrevocable que afecta a los intereses más elevados de la familia y de la sociedad, de la cual es base esencial; el consentimiento de los cónyuges que se unen y el de los padres que tienen autoridad sobre ellos debe ser libre, ilustrado, y por tanto, ajeno a toda influencia extraña e interesada que actúe sobre la determinación de unos

u otros. Todo aquello que por su naturaleza comprometa o altere la moralidad o la libertad del consentimiento es por ello mismo contrario al deseo de la ley, al orden público y a las buenas costumbres. Así ocurre con la convención por la cual un tercero, comprometiéndose a realizar gestiones para un matrimonio, estipula a cambio, bajo condición de éxito, una prima calculada, menos en razón de las gestiones prometidas, que en razón al éxito y según la importancia del resultado. A las relaciones destinadas a preparar la sociedad indisoluble a la que cada cónyuge aporta, junto con sus bienes, su persona misma y su vida entera, un pacto de tal naturaleza mezclaría la intervención de un agente dominado por ideas de negociación y de tráfico. Para asegurar el éxito, que es condición de la prima estipulada, este agente podría, aun sin fraude, pesar directa o indirectamente en el consentimiento de los cónyuges o de sus padres, actuando de forma que se disimulen, prevengan, atenúen o combatan, las causas, aun las más legítimas de duda o de negativa”.

Debe observarse que en la época en que se dictó esta sentencia no regía en Francia el divorcio vincular; pese a ello, y frente a la opinión de Ripert (32), estimo no constituye ésta una circunstancia decisiva para el problema que nos ocupa, pues en Italia —que nunca admitió el divorcio con ruptura de vínculo, la jurisprudencia no ha visto en ello un obstáculo para reconocer la licitud de la mediación. De todos los argumentos utilizados en esta resolución, el que parece determinante (33) es el de la subordinación del salario del mediador a la obtención de un resultado favorable.

3.º Un tímido cambio de orientación parece iniciarse en la sentencia de la *Cour Suprême*, de 20 de abril de 1904. Pero con anterioridad algunos Tribunales de instancia se habían atrevido a declarar la licitud de la mediación matrimonial; así, el Tribunal de Lisieux en s. de 21 de enero de 1903, sentando la doctrina de que “la causa por la cual un agente matrimonial estipula una comisión para el caso de éxito en un proyecto de matrimonio, no es necesariamente ilícita, y debe cumplirse siempre que no esté viciada por dolo o por fraude”, y en parecidos términos el Tribunal de Pau en s. de 9 de agosto de 1904, mereciendo ambas decisiones un comentario de

(32) PLANIOL, Nota en *Dalloz Périodique* 1908, 2, 81 ss. Escribe este autor: “El restablecimiento del divorcio, la creciente facilidad con que se admite por los Tribunales y el uso cada vez más extendido que se hace han cambiado la situación”. Parece, pues, darse a entender que como en la época en que Planiol escribe está vigente el divorcio vincular, ya no hay inconveniente en reconocer la licitud de un contrato de mediación matrimonial, pues el posible vicio del consentimiento tiene ya fácil arreglo con la ruptura del vínculo. El argumento no es nada concluyente, pues, en todo caso, la falta de libertad del consentimiento matrimonial tiene su encuadre adecuado en la teoría de las nulidades. Estimo, por tanto, que la posición a adoptar frente a la mediación matrimonial es idéntica, ya se trate de un régimen divorcista, ya de un régimen no divorcista.

(33) Cfr. RUBY, op. cit., p. 37.

Planiol (34). También debe notarse que por la vía de la gestión de negocios y aún dominante la teoría de la ilicitud, los Tribunales inferiores venían concediendo con base en el artículo 1.375 del *Code* el reembolso de gastos y una pequeña suma en concepto de indemnización a favor del mediador.

La sentencia de la *Cour Suprême* de 1904 parece inicia el abandono de la doctrina de la ilicitud, si bien en el caso concreto no accede a la demanda del mediador por falta de prueba de los gastos y desembolsos realizados. De cualquier forma, a partir de esta fecha, los Tribunales inferiores admiten ya francamente la licitud de esta figura, aunque con un criterio más bien restrictivo; puede citarse la sentencia de 13 de diciembre de 1912 de la *Cour* de Bordeaux (35).

La nueva orientación se consagra definitivamente en la sentencia de la *Cour de Cassation*, de 27 de diciembre de 1944, que declara lo siguiente:

“El compromiso asumido frente a un mediador matrimonial para el caso de que sus gestiones condujesen a la conclusión de un matrimonio, no es una obligación sin causa, ni una obligación con causa ilícita, ni tampoco se ha demostrado ni alegado que el mediador haya recurrido a maniobras dolosas.”

Se ha producido así un giro total en la jurisprudencia, si se tiene en cuenta la doctrina sentada por la antes citada sentencia de 1855. Explica Dorat de Monts (36) las razones de este cambio jurisprudencial exponiendo que los tribunales se han encontrado frente a una institución que, lejos de desaparecer después de la condena por ellos pronunciada, no ha hecho otra cosa que desarrollarse; no pudiendo prohibirla eficazmente, la han reglamentado rígidamente. El propio autor expone los límites dentro de los cuales se admite por la jurisprudencia francesa la mediación matrimonial: 1.º El corredor debe limitarse a la labor de acercamiento, 2.º Los honorarios nunca podrán estar en función del capital de la dote, 3.º El pago de la

(34) PLANIOL, op. últim., cit. Para este autor la verdadera razón que impulsa a la jurisprudencia francesa a mostrarse tan severa con las agencias matrimoniales se debe a que sus operaciones aparecen sospechosas, los matrimonios por ellas preparados están rodeados de fraudes y violencias, es el dolo organizado. Pero estima que el sistema de dejar tales operaciones al control de los Tribunales es preferible al del B. G. B., pues conforme a éste cabe que queden impagadas gestiones llevadas lealmente, mientras que un corredor poco honesto puede conservar su comisión si la ha percibido por adelantado.

(35) Puede leerse en sus considerandos: “La promesa fundada sobre una negociación matrimonial no es necesariamente ilícita; la misión del corredor debe consistir sólo en la aproximación de las dos familias, poniendo a las partes en disposición de celebrar matrimonio si les parece bien; esta simple misión de intermediario, que no se critica cuando se realiza gratuitamente, tampoco debe serlo cuando el corredor ha actuado lealmente; la remuneración del corredor debe ser proporcionada a su trabajo, su actividad y los desembolsos realizados; más allá, carece de causa”.

(36) DORAT DE MONTS, op., cit., p. 45.

remuneración no, puede subordinarse a la celebración del matrimonio y 4.º) Los Tribunales se reservan un control sobre la cuantía de la comisión estipulada.

b) Bélgica.

Ya se comprende que dada la amplia comunicación doctrinal y jurisprudencial entre Francia y Bélgica, las soluciones en este último país no han de diferir mucho de las francesas. Con todo, el tratamiento de la mediación matrimonial no es absolutamente idéntico en ambos países.

En una primera etapa los Tribunales belgas se pronuncian por la nulidad. Se cita como ejemplo característico la sentencia del Tribunal de 1.ª Instancia de Bruselas de 31 de enero de 1883, en la que puede leerse: "Considerando que el matrimonio no es contrato ordinario; que por su naturaleza es ajeno a todo interés económico y no puede anularse ni por dolo, ni por fraude; que el vínculo que crea es un vínculo entre las almas; que los compromisos que de él nacen son irrevocables y afectan a los intereses más elevados de la familia y de la sociedad de la que es base; para conservar la pureza de su carácter es preciso que el consentimiento de los cónyuges que se unen y el de los padres que lo han autorizado sea libre, ilustrado y, por tanto, ajeno a toda influencia extraña interesada en actuar con finalidad de lucro sobre la determinación de unos y de otros; y que todo lo que por su naturaleza tienda a comprometer la moralidad y la libertad del consentimiento es, por ello mismo, contrario al orden público y a las buenas costumbres". Fácil es de observar cómo en esta sentencia se reiteran argumentos de la sentencia francesa de casación de 1855.

En una segunda fase, que tiene por punto de partida una sentencia del Tribunal de Mons de 29 de marzo de 1893, los Tribunales se muestran más favorables a las reclamaciones de los mediadores. La resolución últimamente citada no ve nada de ilícito o inmoral en la interposición entre dos personas para concluir un matrimonio libremente consentido, ni en hacerse indemnizar los gastos hechos y el tiempo perdido en este trabajo. En idéntico sentido se pronunció el Tribunal civil de Nivelles en sentencia de 11 de febrero de 1901, declarando el corretaje matrimonial lícito en sí mismo.

Pero en el tercer período la tesis de la validez puede decirse que pierde terreno ante los Tribunales belgas, pues la primera vez que se planteó la cuestión en casación fue resuelta en sentido negativo. Así puede leerse en la sentencia de la *Cour de Cassation* de 16 de marzo de 1905: "Procurar el consentimiento para el matrimonio es algo que está fuera del comercio por afectar al estado de las personas. No es natural ni legal que un intermediario ponga precio a la voluntad de una persona de contraer matrimonio con otra, como si el disponer de sí misma, de su futuro y de toda su vida fuese para ella una cuestión del mismo orden que la disposición sobre una parte de su patrimonio. Un convenio que pone en juego tales intereses y los entrega al azar de

las intrigas y de las maniobras que puede inspirar la codicia a quien debe beneficiarse de ello, o bien perder su tiempo, afanes y gestiones en caso de fracaso, no puede parangonarse con la mediación referida a cosas que están en el comercio: reconociéndole validez se viola el artículo 1.128 del Código civil y por vía de consecuencia los arts. 1.131 y 1.133 del mismo código". No deja de sorprender esta decisión, pues, como ya vimos, por esta época comienza a iniciarse un cambio de rumbo en la jurisprudencia francesa. De cualquier forma, la doctrina más reciente (37) se inspira decididamente por las soluciones actuales de la jurisprudencia gala, aceptando las prudentes conclusiones de DORAT DE MONTS.

c) *Italia*:

Pese a que el Código civil de 1942 regula con gran detalle el contrato de mediación (arts. 1.754-1.765), ninguna norma se refiere expresamente a la mediación matrimonial. Últimamente se señala una Circular reservada del Ministerio del Interior de 21 de noviembre de 1952, dando instrucciones a los Prefectos para que no permitan en adelante la apertura de nuevas agencias matrimoniales, con base en consideraciones de orden público y moral. Pero, aparte el evidente carácter administrativo de la disposición y su mínimo rango legislativo, la doctrina ha impugnado vigorosamente la citada Circular, poniendo en duda su legitimidad formal (38).

La jurisprudencia, tanto referente al Código derogado como al vigente, no ha seguido en esta materia una línea uniforme.

Un criterio restrictivo acusan las siguientes sentencias de Casación:

"El tercero no puede pretender una remuneración porque el matrimonio no es uno de los usuales contratos para los que sea posible la intervención pecuniariamente interesada de extraños para asegurar y poner de acuerdo las voluntades de los contrayentes" (S. de 24 de agosto de 1915).

"Es ilícita como contraria a las buenas costumbres la obligación asumida frente al mediador en la hipótesis de que su actividad sea eficaz y el matrimonio se lleve a efecto; la ingerencia del tercero ataca a la libertad" (S. 12 de diciembre de 1935).

En la misma línea debe citarse, por su modernidad, la sentencia del Pretor de Vignale Monferrato de 2 de noviembre de 1957, según la

(37) RENARD-VIEUJEAN-HANNEQUART, *Théorie générale des obligations en Les Nouvelles. Corpus Iuris Belgici. Droit civil IV* (Bruxelles 1957), p. 400 s. Opinión estos autores que, pese a la ausencia de decisiones jurisprudenciales, la nulidad sólo debe declararse cuando exista un atentado real a la libertad de consentimiento; será nulo el contrato cuando el mediador ha estipulado honorarios proporcionados a la dote que recibirá la futura esposa, pues atenta a la dignidad del matrimonio; también parece indiscutible la ilicitud cuando el corredor ha estipulado honorarios fijados de antemano, pero subordinados al buen éxito de la gestión; pero en los demás —concluyen— parece quedar exento de todo reproche y debe admitirse su validez.

(38) LOJACONO, op., cit., p. 598 s.

cual: "El contrato de mediación es nulo por ser contrario a las buenas costumbres; el abono espontáneo de la remuneración prometida constituye el cumplimiento de una obligación natural no productora de acción".

Siguen, en cambio, tendencia opuesta otras sentencias, tanto de instancia como de casación:

Así el Tribunal de Nápoles declaró en sentencia de 15 de junio de 1914 que era lícita la obligación de remunerar al mediador matrimonial si los medios utilizados por éste eran lícitos y honestos y la remuneración pactada no era excesiva.

La Casación en sentencia de 26 de noviembre de 1936 reconoció también el derecho a remuneración cuando la actividad se reduce a procurar el primer acercamiento entre los contrayentes y se desarrolla luego en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Mas recientemente, el mismo Tribunal ha declarado en sentencia de 30 de julio de 1951 que si bien es objetivamente inmoral, y por tanto ilícito, el proxenético cuantas veces se resuelva en una prestación directa o indirecta sobre el consentimiento de los cónyuges, no es, sin embargo, ilícito el pacto de una compensación por el arreglo de las relaciones patrimoniales, y por el simple hecho de presentar o acercar a dos personas con fines de matrimonio, siempre que se pacte con independencia de la celebración del mismo.

C) En el caso resuelto por la sentencia del Tribunal de la Sagrada Rota Romana de 21 de junio de 1941 *coram* Heard, se trataba de un matrimonio celebrado en la India utilizando los servicios de un mediador, a quien se encargó buscar una mujer virgen, y por la cual se abonó, según costumbre, la cantidad de 20 rupias y 5 vestidos; celebrado el matrimonio se descubrió que estaba embarazada por obra de su tutor, marido de su hermana; se castigó el incesto y fue solicitada antes los Tribunales eclesiásticos la nulidad del matrimonio por error en la persona (error de cualidad redundante en la persona: *Volo ducere virginem quam puto esse Imeldam*), la cual fue concedida. En lo sentencia no se planteó directamente el problema de la licitud de la mediación matrimonial, sino que parece se da por supuesta (39).

7. *La licitud de la mediación matrimonial ante la doctrina científica.*

Dada la similitud de planteamiento, vamos a fijarnos especialmente en las opiniones expuestas por la doctrina francesa e italiana en sentido favorable y contrario a la ilicitud de la mediación matrimonial. Anteriormente he indicado el influjo decisivo de KOHLER en el momento de la codificación alemana; lo propio puede decirse de LAURENT

(39) Puede leerse en esta sentencia: "Cum Eleazarus Somra Xalxo, actor in causa, annus natus esset circiter 23, patruus eius David Budhu etiam in matrimonium iungendum esse consuit, ideoque, iuxta morem patriae, *mediatorem* Prenschand Patras Zirki elegit ipsique praecepit virginem in sponsam nepotis adquirere..."

sobre la jurisprudencia belga o de MOSSA, en cierta medida, respecto a la italiana. Es normal que los Tribunales, en cuanto a las materias no reguladas por la ley, se hagan eco de las doctrinas preponderantes en el momento de dictar sus resoluciones.

A) *Doctrina francesa:*

FERRIÈRE (40) expone la doctrina anterior a la codificación. Proxenetista —dice— es un mediador de una venta, de un matrimonio o de cualquier otro negocio. Observaremos solamente que un proxenetista por razón de matrimonio no puede en derecho exigir el pago de lo que se le ha prometido; la ejecución y cumplimiento de una tal promesa depende enteramente de la honradez y liberalidad de aquellos a quienes se ha prestado el servicio, por muy beneficioso que pueda parecer el matrimonio que se ha concertado; tales pactos son ilícitos. Se recoge aquí, por tanto, la doctrina que aparece en los “arrêts” del Parlamento de París, antes expuesta. En el mismo sentido ROUSSEAUD DE LA COMBE (41) dice que en Francia no cabe convenir sobre esta materia, y los proxenetistas que logran concertar matrimonios sólo pueden aspirar a que se les dé lo que buenamente sea.

Después del *Code* Napoleón la doctrina de la ilicitud de la mediación matrimonial se sostiene por un grupo de autores prestigiosos, en su mayor parte pertenecientes al siglo XIX; con el lenguaje altisonante de la época condenan la institución considerándola contraria a la Moral y a las buenas costumbres, al par que atentatoria a la libertad matrimonial y rebajadora de la dignidad del matrimonio. He aquí algunos ejemplos:

Para LAROMBIÈRE (42): “tales pactos que rebajan el matrimonio a los términos viles de una especulación o de un tráfico, que tienden a violar su libertad, a alterar su dignidad y carácter moral, hieren nuestros sentimientos más delicados y repugnan profundamente a nuestras costumbres”.

DEMOLOMBE estima (43) se trata de un pacto de *quota dotis* contrario al orden público.

A juicio de GLASSON (44) sólo está permitido interponerse a los terceros cuando su intervención es el resultado de un efecto sincero y desinteresado”.

Por su parte LAURENT (45) dice que el matrimonio da lugar a un vínculo entre las almas, pero las almas ni se venden ni se alquilan, es el afecto el que las une.

(40) FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique* II, s. v. *Proxénète*, p. 459.

(41) ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Dictionnaire*⁴, 1769, s. v. *Proxénète*.

(42) LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 1857, I, art. 1.133.

(43) DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, XXIV, 1891, 335.

(44) Citado por ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 57.

(45) Laurent, cit., por ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 59.

RIPERT (46) en su conocida obra “La règle morale dans les obligations civiles”, constata, a principios ya de este siglo, que la jurisprudencia condena estos contratos en nombre de las buenas costumbres porque pervienten actos que sólo deberían estar inspirados en pensamientos morales; la inmoralidad del contrato —prosigue— proviene, no del acto del agente, que puede ser un hombre perfectamente honrado, sino del envilecimiento del matrimonio transformado en un negocio en el que está interesado un tercero; por su parte, la tendencia favorable al reconocimiento de su licitud, le parece una prueba de que la laicización del matrimonio ha degradado el valor moral de la institución.

En una Tesis Doctoral publicada en 1934 resumía así su autor (47) las principales objeciones contra la validez de la mediación matrimonial:

- es un obstáculo a la plena libertad del consentimiento,
- debe presumirse el fraude por parte del mediador,
- es un contrato que infringe el orden público, pues al corredor le parecerán buenos todos los medios,
- el cálculo de honorarios conforme a un porcentaje sobre la dote es inmoral,
- finalmente, y como argumento secundario, el mediador promete una actividad en materia que es *extra-commercium*.

La tesis de la licitud tuvo sostenedores antes de la Codificación. El famoso abogado GILLET la defendió arduosamente en el caso resuelto por la sentencia del Parlamento de París de 7 de agosto de 1690. También he citado anteriormente la curiosa opinión de AUTOMNE.

Después del Código, la corriente doctrinal favorable a la licitud tarda en manifestarse, pero se produce vigorosamente a principios del presente siglo.

La inicia WAHL (48) quien subraya que la actuación del mediador no ha de traducirse necesariamente en una influencia decisiva sobre el consentimiento de los futuros contrayentes; no parece contrario al orden público provocar la conclusión de un matrimonio que, en sí mismo, es inimpugnable; la mera posibilidad de maniobras fraudulentas no debe dar lugar en todo caso a la nulidad; la misión del mediador no consiste en contraer un matrimonio, sino en poner a sus clientes en situación de poderlo contraer; aquélla no tiene por objeto el matrimonio mismo, sino únicamente facilitar, entre dos personas de sexo diferente, los “pour-parlers” con vistas al matrimonio; el mediador se obliga a una prestación de hacer consistente en poner a su cliente en relación con tercera persona proporcionándole información sobre la misma; por último, no deja de señalar WAHL que los servicios prestados por los mediadores son efectivos e indiscutibles.

(46) RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles* (cito por la cuarta edición publicada en 1949), p. 52 y 54.

(47) ROBERT-CHARREAU, *op.*, cit., p. 60.

(48) WAHL, *op.*, cit., p. 475 ss.

Luego la doctrina de la licitud se sostiene únanemente por autores como DEMOGUE, JOSSERAND, SAVATIER y BONNECASE (49). En la doctrina monográfica sobre el tema se encuentran opiniones muy matizadas. RUBY (50) afirma ser imposible el declararse totalmente adversario o partidario de la validez del corretaje matrimonial en razón a que existen diversas formas de mediación que exigen, a su vez, soluciones diferentes; es ilícito el contrato de compromiso matrimonial en virtud del cual el intermediario recibe un salario subordinado al éxito de su gestión; reputa por el contrario, lícito el contrato de mediación matrimonial por virtud del cual el intermediario recibe una remuneración proporcional a los gastos ocasionados, al trabajo prestado o al tiempo consagrado, háyase o no obtenido éxito. ROBERT-CHARRERAU (51) no considera necesaria una intervención legislativa, sino que atribuye a los Tribunales un amplio poder de decisión para determinar, caso por caso, la licitud o ilicitud del corretaje matrimonial. FRATANI (52) observa que este contrato ha penetrado ya en las costumbres francesas y que la declaración de su nulidad por los Tribunales sólo conducirá a que los corredores exijan fuertes provisiones de fondos; estima que acudir a un mediador matrimonial no implica forzosamente tener intención de hacer prevalecer las consideraciones pecuniarias en el matrimonio a contraer; a su juicio, los adversarios han confundido la causa y los motivos.

En un trabajo muy reciente sobre la causa inmoral, sistematiza DORAT DE MONTS (53) los diversos supuestos: 1.º Si el corredor ha estipulado honorarios proporcionados a la dote, se trata de un contrato inmoral; 2.º Subsiste la inmoralidad en el supuesto de que la remuneración independiente de la cuantía de la dote sólo se debiera en caso de éxito; 3.º Sólo se admite la licitud de la mediación cuando la retribución es independiente de la cuantía de la dote y el corredor se limita a poner en relación los dos candidatos al matrimonio sin influir en su consentimiento.

En resumen: puede afirmarse que es hoy doctrina corriente en Francia la de la licitud de la mediación matrimonial, pero dentro de límites muy restringidos; así aparece recogida en la doctrina manualística más reciente (54).

(49) DEMOGUE, *Traité des obligations* II, 1923, núm. 802; JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, 1930, II, núm. 135; SAVATIER, *Effets et sanctions du devoir moral* (Th. París, 1916); BONNECASE, op., et loc., cit.

(50) RUBY, op., cit., p. 88 ss.

(51) ROBERT-CHARRERAU, op., cit., p. 135.

(52) FRATANI, op., cit., p. 44, 49, 124.

(53) DORAT DE MONTS, op., cit., p. 34 ss.

(54) CARBONNIER, *Droit civil* (París, 1955), I, p. 293 y 300, alude brevemente a esta institución, insistiendo en la necesidad de salvaguardar hasta el fin la libertad de cada uno de los contrayentes; mantiene una concepción restrictiva del corretaje matrimonial, a saber, sólo el acercamiento, sin que se comprometa a procurar el consentimiento del otro. MAZEAUD, *Droit civil I* (París 1955) se ocupa de la mediación matrimonial al estudiar la formación del vínculo. MARTY-RAYNAUD, *Droit civil I* (París 1956), p. 555 subrayan que

B) Italia:

Aquí la doctrina aparece mucho más dividida. En 1934 publicó MOSSA (55) un verdadero manifiesto contra la mediación matrimonial: "La salvaguarda de la Moral —dice— está en la aplicación fiel de la proclamada ilegitimidad de la mediación matrimonial. Ya se la considere ilícita por ser contraria a las buenas costumbres, según la tradición latina, o como una relación de conveniencia jurídicamente imperfecta, y que origina actuaciones de hecho entre las partes... es seguro en toda caso que la moral italiana será respetada verdaderamente si los Tribunales se declaran al margen de la mediación en el matrimonio".

Más ponderado es CARRARO (56) en reciente obra sobre la mediación en general, quien debe tener en cuenta la regulación actual del contrato de mediación en el Derecho italiano. A su juicio, hay dos tipos de razones que se oponen a la admisibilidad de la figura, unas de orden técnico-jurídico y otras de fondo. El "affare" a que alude el artículo 1.754 (57) del código vigente debe tener naturaleza patrimonial, y por tanto, la mediación matrimonial no cabe en el esquema legal del "contratto di mediazione". Pero además considera que la mediación matrimonial es, en sí misma, contraria a las buenas costumbres; es un negocio ilícito en sí mismo con independencia de la forma en que el mediador desarrolle su actividad: considera, en cambio, lícita la mediación referida a los bienes y la que tiene por objeto el simple acercamiento entre las partes cuando la remuneración no se condiciona a la celebración del matrimonio.

En la literatura institucional BARASSI (58) estima, si bien incidentalmente, que la mediación matrimonial es nula, y MESSINEO (59) abraza fuertes dudas acerca de su licitud, pues, afirma, el considerar lícita la actividad del mediador movida por una finalidad de lucro, se envilece el matrimonio y se le convierte en un negocio.

Pero dentro de la misma literatura institucional no deja de haber decididos partidarios de la licitud. BARBERO (60) se plantea las dos

si este tipo de operaciones se prohíben, se corre el riesgo de originar mayores abusos.

Es notable que estos autores tratan de la mediación al ocuparse del consentimiento matrimonial, respondiendo acaso a la vieja idea de que esta actividad puede viciarlo.

(55) MOSSA, op., cit., p. 201.

(56) CARRARO, op., cit., p. 262.

(57) He aquí el texto literal del artículo 1.754 del Código civil italiano de 1942: "Es mediador el que pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio ("affare"), sin estar vinculado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación".

(58) BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*⁴ (Milano, 1955), p. 180.

(59) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*⁵ II 1 (Milano, 1950), p. 39. En el vol. I, p. 585, se pronuncia claramente por la inmoralidad del pacto.

(60) BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*⁵ (Torino, 1958), I, p. 569.

cuestiones fundamentales: ¿es lícita la mediación matrimonial?, de serlo ¿es relevante a los fines de realización del propósito negocial?; en su opinión, podrá decirse que repugne, pero no podrá encontrarse la norma que la prohíba; la obra de persuasión desplegada por el mediador no podrá calificarse de coacción, a menos que adopte las formas de violencia o induzca a un error relevante, y si tal actividad no se prohíbe cuando se realiza desinteresadamente, no se ve en qué forma el “interés” añada algo de jurídicamente ilícito. Respondiendo a la segunda pregunta, sostiene BARBERO que tampoco se ve, de no ser lícita, cómo no sea jurídicamente relevante, y relevante *in toto* sin la reserva de que la actividad mediadora se limite a facilitar el primer encuentro de los futuros cónyuges o la estipulación de las convenciones patrimoniales.

Ha sido sin embargo LOJACONO (61) quien se ha enfrentado a fondo con el tema, tratándolo monográficamente. Acaso no sea totalmente convincente su argumentación para eludir la dificultad planteada por la definición de la mediación en el artículo 1.754 del C. c. de 1942, pues entiende que el matrimonio es también un “affaire” con relevancia económica; la única nota específica de la mediación matrimonial es la falta de intereses contrapuestos entre las partes; objeto de la obligación asumida por el mediador no es el matrimonio sino la utilidad del servicio que aquél presta; la causa y los motivos de la mediación matrimonial son distintos de la causa y motivos del matrimonio que puede contraerse después; la mediación matrimonial no es algo jurídicamente irrelevante, regulado exclusivamente por los usos sociales, ni tampoco una obligación natural; de ser contraria al orden público habría que decir que la norma violada sería el principio de libertad matrimonial, que tiene un acusado sentido ético; pero con igual rigor debería llegarse a prohibir toda asistencia y guía por parte de los padres, parientes y amigos en la elección matrimonial, y asimismo toda iniciativa de extraños, aunque sean beneméritos y de absoluta confianza; hay que concluir por la licitud de este contrato, que tiene su razón de ser en las insuficiencias o dificultades que la vida moderna ofrece para la directa conclusión de los matrimonios.

C) Advertí al principio que en nuestro Derecho la mediación matrimonial podía también considerarse desde el punto de vista del Derecho canónico, si bien en la doctrina canónica no suele tratarse de este tema. El propio LOJACONO (62) ha estudiado el problema de si el mediador matrimonial puede incurrir en simonía, llegando a una solución negativa; en efecto, falta el elemento material porque objeto del pacto no es el sacramento del matrimonio, pues el cliente no compra del mediador el consentimiento para las nupcias de un tercero, ni tampoco la persona misma de este último en su aptitud para la procreación de la prole; análogamente, tampoco vende su propio consentimiento ni

(61) LOJACONO, *op.*, et loc., cit.

(62) LOJACONO, *op.*, cit., p. 606 s.

la propia persona al mediador; donde no existe una *res spiritualis in obligatione* tampoco puede haber simonía; falta también el elemento síquico porque el cliente no tiene derecho al matrimonio por haber abonado la remuneración al mediador, y ésta no constituye el contravalor fijado por las partes al sacramento.

7. *El problema de la licitud de la mediación matrimonial en el Derecho español.*

En los apartados anteriores he presentado un panorama doctrinal y jurisprudencial, lo más completo posible, acerca de la licitud de la mediación matrimonial. Una atenta consideración de las diversas soluciones propuestas en el Derecho comparado, persuade de la necesidad de un examen cuidadoso del problema en el Derecho español. Ante la existencia de una laguna legal cabe pensar que el legislador de 1889 —que descuidó también la regulación del contrato de mediación en general— no consideró necesario dictar normas sobre la mediación matrimonial, ni en sentido prohibitivo, ni en sentido permisivo; cabe también suponer que el legislador no dictara una norma especial por entender aplicables las normas generales de los negocios *contra bonos mores*; pero cabe, finalmente, mantener la tesis de la licitud de este contrato, posible al amparo de la libertad del pacto del artículo 1.255 del Código civil. En estos momentos el intérprete es libre de optar por cualquiera de las dichas soluciones, en espera de una decisión legal o de la formación de una doctrina jurisprudencial en la materia.

Por mi parte encuentro carentes de solidez los argumentos empleados para fundamentar la ilicitud, mientras que me parecen convincentes las razones aducidas en favor de la licitud.

Este contrato, se dice, es contrario al orden público por violar el principio de la libertad matrimonial (recogido por ej. en los artículos 43, 83-2.º, 101-2.º C. c.). Ahora bien, si el matrimonio contraído como resultado de la mediación de un tercero está afectó de alguno de los vicios aludidos (los de error o violencia suelen ser los más frecuentes), nada impide que se impugne con base en los preceptos indicados, y que al propio tiempo se exija la responsabilidad correspondiente al mediador en vía civil, o, incluso, penal. Pero que tal ocurra en algún supuesto, ello no debe servir de base para condenar en bloque la institución, ya que no puede afirmarse que, en todo caso, la mediación matrimonial conduzca necesariamente a una irregularidad en la celebración de las nupcias.

Los contratantes que intervienen en el corretaje, se alega, negocian sobre una *res extracommercium*; el estado civil —y el matrimonio origina el *status familiae* que es uno de los más importantes de la persona— está fuera del comercio de los hombres (artículo 1.814). Sin embargo, el que utiliza los servicios de un mediador matrimonial no parece contratar directamente sobre su estado civil actual o futuro; no se obliga a casarse con la persona que le indique o proporcione el corredor, o que acaso él mismo ha sugerido al mediador (como en fórmu-

las que antes vimos se han empleado en épocas anteriores), en todo momento conserva su libertad matrimonial y, precisamente, la subordinación del pago de la retribución al hecho de la celebración se alega como garantía última de aquella libertad matrimonial (63).

También se aduce que este contrato es contrario a la Moral por violar directamente las buenas costumbres. Ahora bien, aunque se acepta cierta relatividad en la noción de *boni mores* (64) (no los principios abstractos de la Moral de una religión determinada, o de una doctrina filosófica, sino los principios concretos vigentes en una sociedad determinada), me parece cierto que hoy día, en la sociedad española, y en materia matrimonial están vigentes los criterios de la Moral católica. Pero nada dice el Derecho canónico en contra de este pacto; antes bien, una sentencia rotal, de modo indirecto reconoce su validez. Por otra parte, ciertas instituciones religiosas la practican con fines elevados y ausencia de lucro. Ciertamente que en el juicio sobre la inmoralidad de una convención intervienen en buena medida elementos de hecho (65), pero por las razones expuestas me parece problemático que se condene la mediación matrimonial con base en la Moral católica.

No creo necesario acudir a la noción de obligación natural, como viene impuesto en los sistemas de orientación germánica, pues reputo plenamente eficaz desde el punto de vista jurídico la obligación nacida de un negocio jurídico de mediación matrimonial. Por otra parte, no existe en España la dificultad derivada de una rígida regulación legal del contrato de mediación, como ocurre en el Código italiano de 1942.

La causa y objeto de la mediación no deben confundirse con la causa y objeto del matrimonio que puede, o no, subseguir a aquélla. En la mediación, la causa para el mandante será (art. 1.274 C. c.) el servicio que le presta el corredor (una labor de información, de acercamiento o de promoción), y para el mediador, la retribución convenida. En cuanto al objeto, es obvio que el corredor no puede prometer el consentimiento para el matrimonio de un tercero (esta promesa sería algo jurídicamente irrelevante), sino únicamente su propia actividad (66).

(63) LOJACONO, op., cit., p. 619.

(64) MESSINEO, op., cit., I p. 585. En la doctrina belga opinan RENARD-VIEUJEAN-HANNEQUART, op., cit., p. 354 que las buenas costumbres son "en general, un conjunto de reglas de conducta, fundadas sobre el sentimiento del deber, de la dignidad de la persona humana, de la honestidad o del pudor público, admitidas por todos los ciudadanos cualesquiera que sean sus opiniones religiosas o filosóficas".

Lo dicho en el texto no prejuzga, sin embargo, mi opinión sobre la noción de "buenas costumbres" en el Derecho español.

(65) CARRER, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume* en RTDP. 3 (1949), 46.

(66) Ya lo expresó a principios de siglo, PLANIOL, op., cit., p. 81: "El objeto del contrato: nada tiene en sí mismo de inmoral. No es el consentimiento lo que constituye el objeto de la promesa del agente; lo que él promete es actividad personal, sus informaciones, su habilidad; promete un hecho personal. Bajo la condición de actuar honradamente, tal compromiso

Suele ser también objeto de censura el que la retribución del mediador esté subordinada a la efectiva celebración del matrimonio (por otra parte, es doctrina reiterada en sentencias de 2 de diciembre de 1902 y 3 de junio de 1950 que en el contrato de mediación en general el corredor sólo tiene derecho a cobrar su remuneración en el caso de éxito). La cláusula se establece por los mediadores para "estimular" a sus clientes, al propio tiempo que se hace valer como una prueba de "eficacia". Ahora bien, el propio Código permite en ciertos casos el legado *si non nuberis* (art. 793, 2) e implícitamente también el sometido a la condición *si nupseris*, por lo cual no parece repugne el que la celebración de un matrimonio vaya unido a la obtención de un lucro patrimonial por otra persona.

Mayores reservas puede suscitar el pacto, frecuente en otras épocas de que la remuneración fuese un porcentaje de la dote o bienes que la mujer aportase al matrimonio; pero ello puede subsanarse con un control por los Tribunales de los honorarios o retribución del mediador, sin necesidad de decretar la nulidad del contrato de mediación.

En resumen: ante la mediación matrimonial, realizada sobre todo por empresas organizadas científicamente, cabe expresar sentimientos de desagrado y aun de repugnancia instintiva (67), pero no cabe negar que prestan indudables servicios a la sociedad y que por ello no parece conveniente declarar su ilicitud.

parece que debe ser válido. La misión de los intermediarios es tan necesaria en el matrimonio como en las operaciones comerciales; sólo que la mayoría de las veces estos intermediarios actúan por pura liberalidad o por efecto. ¿Por qué excluir siempre por motivos preconcebidos y sin examen de los hechos la posibilidad de una remuneración?"

(67) WAHL, op., cit., p. 482.

