

En torno al supuesto de deje de cuenta del art. 371 del Código de Comercio vigente

Al plantearse el tema del formalismo jurídico, BOBBIO, partiendo de la distinción entre validez y justicia, llega a la fórmula, que no es ningún descubrimiento, de que «una norma puede ser justa sin ser válida, y válida sin ser justa». Un ejemplo de norma válida, pero no justa, sería la que aparece en el artículo 371 de nuestro vigente Código de Comercio. Al menos, nuestra mejor doctrina mercantilista la ha venido calificando de norma no justa.

El artículo 371 reconoce al consignatario del contrato de transporte de cosas por tierra un derecho cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar. Es el denominado por el legislador «deje de cuenta», fórmula de valorar la indemnización por el retraso culpable del porteador en la entrega al consignatario de las mercaderías transportadas.

El artículo 371 del Código de Comercio dice así: «En los casos de retraso por culpa del porteador a que se refieren los artículos precedentes, el consignatario podrá dejar por cuenta de aquél los efectos transportados, comunicándoselo por escrito antes de la llegada al punto de su destino» (1). Este derecho o deje de cuenta, que bien pudiera

(1) "El porteador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario los efectos que hubiese recibido, por el sólo hecho de estar designado en la carta de porte; y de no hacerlo así es responsable de los per-

calificarse de privilegio para el consignatario, es, a la vez, una «obligación durísima», en términos de LANGLE, para el porteador. Obligación que nuestra doctrina mercantilista tradicional encuentra difícil de fundamentar dentro del régimen jurídico del cumplimiento de las obligaciones de nuestro Derecho positivo. Hasta el punto que en los Tratados de Derecho Mercantil es frecuente encontrar la petición de la reforma del precepto, puesto que, a juicio de nuestros autores, reconoce un derecho desorbitado al consignatario. Derecho que, como habremos de ver, carece de antecedentes en nuestro Derecho histórico. Y, según afirman también nuestros mercantilistas, en el Derecho comparado.

El hecho, sin embargo, de que los deseos de reforma del precepto no hayan hasta ahora prosperado y éste siga rigiendo nos lleva a cuestionarnos cuál pudo ser la *ratio legis* que decidió su inclusión en el Código de 1885. Y, si cabe, a sostener en términos de equidad una norma que parece a primera vista no ser justa.

I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DEJE DE CUENTA EN TEMA DE RETRASO EN LA ENTREGA DE LAS MERCADERIAS TRANSPORTADAS

No lo encontramos en nuestro Derecho hasta el Código de Comercio vigente. El viejo Código de Comercio de 1829 regulaba el supuesto de tardanza o retraso culposo en la entrega de las mercaderías transportadas en los siguientes términos: «Estando prefijado el plazo para la entrega, se habrá de verificar dentro de él, y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa; pero excediendo la tardanza del doble del tiempo del plazo convenido, además de esta indemnización pactada previamente, es responsable el porteador de los demás perjuicios que hubieran podido seguirse» (art. 226).

El más somero análisis de esta norma pone de relieve que está totalmente fundada la opinión expresada por el legislador en la Exposición de Motivos del Código vigente, de que este régimen del artículo 226 del

juicios que por ello se le ocasionen" (art. 368). Y artículo 370: "Habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros deberá hacerse dentro de él, y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa.

Código es un régimen «vago y contradictorio» que daba lugar a múltiples controversias en su aplicación práctica.

No contemplaba el caso de que no hubiese sido pactada indemnización para el retraso en la carta de porte. Y, sobre todo, era impreciso y contradictorio a la hora de establecer la indemnización. Insistimos en esto porque el legislador, a la hora de la reforma, pretende acabar, según literalmente nos dice, con las imprecisiones y contradicciones del de 1829.

Será, pues, en el Código de 1885 en donde por vez primera encontremos al deje de cuenta en la esfera del retraso culpable en el cumplimiento de la prestación de entrega de las mercaderías transportadas por el porteador. Es decir: dentro del régimen de cumplimiento de la obligación del porteador en el contrato de transporte de cosas por tierra de entregar la cosa en el término pactado.

¿Cuál fue la *ratio legis* de esta innovación? En la Exposición de motivos se nos dan una serie de argumentos para fundamentar la reforma. Argumentos con los que se intenta justificar la extensión a la esfera del retraso de una institución que aparecía en el régimen de entrega de los efectos transportados con averías. Se nos dice en primer término, ya lo hemos dicho en líneas anteriores, que se quiere acabar con las dudas que en este punto suscita el Código de 1829, se quiere terminar con la imprecisión a que daba lugar «la vaguedad y contradicción» del Código anterior. Y para esto se sustituye el régimen vigente por «disposiciones claras y equitativas», finalidad que, por lo que respecta a la equidad, estima unánimemente nuestra doctrina que no se cumplió. El retraso en la entrega, se sigue leyendo en la Exposición de Motivos, «desata la responsabilidad del porteador; dicha responsabilidad consistirá en pagar la indemnización pactada en la carta de porte». Si no hay pacto acerca de esta indemnización, habrá de abonar los perjuicios seguidos al consignatario por no haber hecho entrega de los efectos transportados al tiempo debido, contra lo que se prescribe en el Código antiguo, que exige un mayor retraso para que proceda la indemnización.

Pero, además de aclarar el régimen de indemnización, quiere el legislador, «para evitar dilaciones y gastos, para impedir la arbitrariedad, poner un límite a esta indemnización, disponiendo que en ningún caso exceda del precio corriente que los efectos transportados tendrían en el día y lugar en que debieron ser entregados». Disposición que rige también en tema de pérdidas y averías. «Y como en compensación a la tasa puesta a las reclamaciones inconsideradas del consignatario, el proyecto le otorga un derecho 'muy valioso' (!) de que hasta el presente ha carecido, el de hacer abandono de los efectos transportados en

favor del porteador, quien vendrá obligado a satisfacer su justa estimación como si realmente se hubiesen perdido o extraviado.»

El legislador, en definitiva, buscó establecer un procedimiento indemnizatorio rápido que impida la arbitrariedad, que sea límite, a su vez, de la pretensión de indemnización y que «signifique para las dos partes una ventaja», según sus propios términos. Idea que está dentro de los principios que inspira el derecho de obligaciones mercantil. No ha ido más allá. No ha calificado de insólito dentro de nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones al deje de cuenta. Y en ninguna parte habla de compraventa al hacer referencia al deje de cuenta.

Nuestra interpretación de los argumentos esgrimidos en la Exposición de Motivos, sin embargo, nos lleva a destacar algo que más tarde utilizaremos en la defensa de nuestra visión del artículo 371: «el porteador vendrá obligado a satisfacer su justa estimación (la de los objetos transportados) como si realmente se hubiesen perdido o extraviado». Hay una innegable equiparación del supuesto de retraso al de incumplimiento por pérdida o extravío de las cosas transportadas, que puede interpretarse como equiparación del retraso al incumplimiento de la prestación de entrega.

No volvemos a encontrar dentro de nuestro Derecho positivo al deje de cuenta ni en la esfera del transporte por mar ni por aire. De los términos del Código de Comercio cabe definir al deje de cuenta como el derecho concedido por la ley al consignatario en el contrato de transporte de cosas terrestre, en virtud del cual se le faculta para abandonar las mercancías transportadas a favor del porteador, percibiendo de éste el valor de las mismas.

La doctrina mercantil califica al deje de cuenta de medio evaluatorio de los daños y perjuicios sufridos por el retraso, dentro de la línea del criterio que se desprende de la Exposición de Motivos. Pero el deje de cuenta es también algo más que un medio evaluatorio, como habremos de ver (2).

II

EL DEJE DE CUENTA EN TEMA DE RETRASO EN EL DERECHO COMPARADO

En general, la doctrina española que se ocupa del deje de cuenta con una atención más allá de la crítica superficial y fácil, afirma que

(2) Pueden verse las obras de VICENTE Y GELLA, *Manual de Derecho Comparado*, pág. 158 de la edición 4.^a Y GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1962, pág. 242.

no se conoce una institución semejante al deje de cuenta por retraso en la entrega de las mercaderías transportadas en el Derecho comparado.

La afirmación, a mi juicio, sólo en parte es válida. Es necesario ver si cabe establecer analogías entre el deje de cuenta y otros regímenes de derecho que encontramos en otros ordenamientos jurídicos, cosa en la que no se detiene nuestra doctrina.

No he encontrado en el Derecho francés ni en el viejo Código de Comercio italiano una institución semejante ni siquiera en régimen jurídico que presente analogías con la solución de nuestro legislador. Pero creo que ofrece interés detenerse a analizar las soluciones de los Derechos alemán y suizo, porque pueden ayudarnos en el intento de comprensión de nuestro artículo 371.

En el Código suizo, de las obligaciones hay un precepto que equipara el supuesto de retraso al de pérdida o perecimiento de los objetos transportados. Es el artículo 448, que dice así: «El transportista es responsable, como en caso de pérdida y con las mismas reservas, de todo perjuicio resultante de la entrega tardía, de la avería o de la destrucción parcial de la cosa. A falta de pacto especial, la indemnización no podrá exceder de aquella que le sería reconocida en caso de pérdida total.» Y, a su vez, en el artículo 447 se establece: «Si la mercancía perece o se pierde, el transportista debe el valor total, a menos que pruebe que la pérdida o la destrucción total resulte de la naturaleza de la cosa, bien de una falta imputable al expendedor o al destinatario o de las instrucciones dadas...». El régimen, como significa también una equiparación del retardo a la pérdida y la valoración, puede ser, en su caso, la del total valor de la cosa, que es, además, límite de la indemnización cuando nada se ha pactado especialmente.

En el régimen de Derecho alemán, el artículo 429 se limita a establecer que el transportista responde del daño resultante de la falta de observancia del plazo para la entrega. Pero en el sistema general del Código civil se proyecta, en el tema del retraso, la doctrina del interés de la prestación. «Cuando, como consecuencia del retardo, la prestación deviene sin interés para el acreedor—dice el art. 286 del B. G. B.—, éste puede exigir los daños y perjuicios por incumplimiento, rehusando aceptar la prestación.» LARENZ sintetiza el sistema del Derecho alemán en los siguientes términos: «El acreedor puede, previa renuncia a la prestación, aún de posible cumplimiento, pedir indemnización de daños por incumplimiento cuando, a consecuencia de la mora, dicha prestación carece ya de interés para él. En tal caso puede exigir el ser

repuesto en la situación económica en que se hallaría si hubiera recibido la prestación completa y oportuna» (3).

A mi juicio, la solución entra dentro de la línea que en la realidad significa el deje de cuenta, equiparación del retraso al incumplimiento, aunque la mente del legislador alemán y la del español respondan a líneas dogmáticas diferentes. En el fondo, en el deje de cuenta no hay sino el reconocimiento de un hecho incontrovertible: el de que el cumplimiento tardío, aun permitiendo llevar a cabo la prestación, en este caso de entrega de los efectos transportados en perfecto estado, deja sin interés para el acreedor, consignatario, la prestación debida por el porteador.

Finalmente, no queremos dejar de constatar que el régimen del Código civil italiano de 1942 puede llevarnos a soluciones análogas a través de otra fórmula: la del término esencial. En el régimen de este Código, el supuesto de retraso en la entrega de las mercaderías no está regido por disposiciones singulares para el contrato de transporte, sino por los principios generales, siendo un supuesto de mora o de incumplimiento, como vamos a ver. Se distingue en el sistema italiano entre mora e incumplimiento, pero no en todo caso se mantiene la diferencia. Cuando se trata de obligaciones sometidas a término esencial, pactado en interés del acreedor, el retraso se equipara al incumplimiento (artículo 1.457). La esencialidad del término depende de la necesidad que tiene el acreedor no sólo de recibir la prestación, sino de recibirla *tempestivamente*, o sea en el momento pactado, en la mayoría de los casos, porque el acreedor tiene necesidad de la cosa para cumplir, a su vez, con otro sujeto acreedor suyo (así sucede, por ejemplo, en los contratos de Bolsa). La esencialidad del término, o resulta de la naturaleza del contrato, o se establece en el mismo por las partes en atención a una finalidad dada.

Son hipótesis en las que el retardo en el cumplimiento de la obligación vuelve inútil la eventual prestación tardía, de manera que el acreedor puede rehusarla. La regla no tiene lugar cuando el término se pacta en interés de las dos partes, ni en el caso, que la ley no contempla, de que se pacte término esencial en interés del deudor. Si el término no es esencial, no hay sino mora (4).

(3) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, tomo I, pág. 351.

(4) MESSINEO, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, Milán, 1952, páginas 335 y ss.

III

EL DEJE DE CUENTA EN NUESTRO DERECHO POSITIVO EN
MATERIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION DE
ENTREGA DEL PORTEADOR DE LOS EFECTOS
TRANSPORTADOS

En régimen de nuestro vigente Código de Comercio, las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del cargador, si expresamente no se hubiere convenido lo contrario (art. 361). Como consecuencia, serán de cuenta y riesgo de él todos los daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte por caso fortuito, fuerza mayor y vicio propio de las cosas. Excepción: el porteador es responsable de las pérdidas y averías que procedan de las causas expresadas en el artículo 361 cuando se probare que habían ocurrido por su culpa o negligencia. En estos casos, como el porteador está obligado a entregar los efectos cargados en el mismo estado en que se hallaban según la carta de porte, sin detrimento ni menoscabo alguno, el Código establece los siguientes supuestos de responsabilidad:

1) Pérdida de todos o parte de los efectos transportados: abonará el valor de los no entregados, según el que tuvieren en el punto en donde debió hacerse su entrega y en la época en que correspondía hacerla (artículo 363) (5).

2) Si habiéndose perdido sólo una parte de los efectos transportados los que quedaren no pudieren ser utilizados con independencia de los otros, el consignatario podrá rehusar hacerse cargo de los mismos. Hay un supuesto de deje de cuenta (363, 2.º).

3) Averías: a) Que las averías supusiesen únicamente una disminución de valor del género transportado: la obligación del porteador se reduce a la indemnización de la diferencia de valor sufrido (art. 364).

b) Que, por efecto de las averías, quedasen inútiles los géneros para su venta y consumo en los objetos propios de su uso: no está obligado el consignatario a recibirlos, y podrá dejarlos de cuenta del porteador, exigiéndole su valor al precio corriente de aquel día (art. 365).

(5) Es principio típico del régimen de obligaciones de Derecho Mercantil el de la limitación de la responsabilidad del porteador, quien sólo responde de la pérdida real, es decir, del precio de venta que las mercancías transportadas hubiesen tenido en el lugar de su destino. Lo que supone un privilegio para el porteador. Pero evita las dilaciones y complicaciones de una valoración subjetiva que va en contra de la rapidez del comercio.

De este régimen cabe inducir la siguiente doctrina: La equiparación del deje de cuenta—pérdida de parte de los efectos transportados, cuando los que quedan no pueden ser utilizados con independencia de los otros—, y averías—que dejan inútiles los objetos transportados para su uso—, con el incumplimiento por pérdida total de la cosa. En estos casos, el porteador viene obligado a pagar el valor de los mismos al consignatario, valor medido por el que tendrían en el lugar y fecha en que debió de haberse llevado a cabo la entrega.

Es decir: doctrina del interés de la prestación, puesto que ni las mercaderías averiadas ni aquellas que se pretende entregar sólo en parte, cuando no pueden cumplir su fin con independencia de las que se perdieron, satisface el interés del consignatario. La solución está dentro de la que, a través de otras líneas dogmáticas, hemos visto reflejarse en los Códigos alemán e italiano.

No queremos dejar de poner de relieve aquí la opinión de VICENTE Y GELLA, que exprime en su *Curso de Derecho Mercantil comparado* (6). Parece que VICENTE Y GELLA, incluso, extiende el concepto de deje de cuenta al supuesto de pérdida total de las mercaderías transportadas, cuando escribe: «Por lo general, las legislaciones positivas coinciden lógicamente en aceptarlo (al deje de cuenta) en los casos de no entrega o inutilización absoluta, pero rechazan el concederlo en el caso de simple retraso. A mi juicio, hay un error de apreciación en el juicio del profesor GELLA. No puede hablarse de que cuando hay pérdida total de las mercancías transportadas haya un caso de deje de cuenta, ya que técnicamente el deje de cuenta consiste en la obligación para el consignatario de quedarse con las mercancías y abonar su valor. Hay, por el contrario, en el caso de pérdida total, un supuesto de incumplimiento de la obligación de entrega. Lo que sucede es que GELLA, implícitamente, está señalando algo que me importa destacar: que el deje de cuenta, en definitiva, significa una equiparación de la entrega defectuosa al incumplimiento de la prestación, porque la prestación defectuosa puede, como en los casos que especifican nuestros artículos 363, 2.º, y 365, llevarse a cabo, pero no satisface el interés del acreedor, en este caso consignatario. Y VICENTE Y GELLA dice se encuentra en el Derecho comparado «con soluciones análogas a las que en el nuestro se alcanzan a través del deje de cuenta». Pensemos en las que nosotros hemos analizado, aunque en tema de incumplimiento por retraso, pero que responden en esos regímenes examinados a los principios generales sobre incumplimiento de la obligación.

(6) Página 518 del *Curso de Derecho Mercantil Comparado*.

IV

EL DEJE DE CUENTA EN EL CASO DE RETARDO EN LA ENTREGA DE LOS EFECTOS TRANSPORTADOS, EN NUESTRO CODIGO DE COMERCIO

He querido destacar el régimen del deje de cuenta en la esfera del cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega, que no es sino la repetición de aquel que ya aparece en el viejo Código de 1829. En este Código, en su artículo 215, se establecía que «si por efecto de las averías quedasen inútiles los géneros para su venta o consumo de los objetos propios de su uso, no estará obligado el consignatario a recibirlos, y podrá dejarlos por cuenta del porteador, exigiéndole su valor al precio corriente de aquel día.

Cuando entre los géneros averiados se hallen algunas piezas que estén en buen estado y sin defecto alguno, tendrá lugar la disposición anterior respecto a los deteriorados, y el consignatario recibirá los que estén ilesos, haciéndose esta segregación por piezas distintas y sueltas, y sin que por ella se divida en partes un mismo objeto.»

Y he querido destacarlo porque, en definitiva, el legislador del Código vigente no «descubrió» el deje de cuenta; lo único que hizo fue reconocer también este derecho extraordinario, según él, al caso del retardo culposo en la entrega de las mercaderías transportadas. ¿Quiere decirse con eso que pretendió equiparar el retraso al incumplimiento? Cuando menos, no es esto lo que se infiere de la Exposición de Motivos, como recordaremos. Por otra parte, es preciso tener en cuenta que en nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones se distingue entre incumplimiento y mora. Al menos, la doctrina que pudiéramos llamar tradicional sostiene esta distinción. Se dice: «La mora es sólo el simple retraso que deja subsistente la posibilidad de realizar la prestación prevista específicamente; es un incumplimiento sólo en cuanto al tiempo, que no autoriza al acreedor a rechazar la prestación tardía, sino sólo para reclamar los daños que por el retraso se le causen.» Esto escribe el profesor GARRIGUES en su *Curso de Derecho Mercantil* (7). Aunque después reconoce que la «especialidad mercantil de la responsabilidad del porteador (aparte de la limitación objetiva de la indemnización en caso de incumplimiento) consiste en la equiparación a voluntad del consignatario, de los efectos de la mora a los del incumplimiento total», «la ley presume la pérdida (art. 371, 1.º y 2.º) y per-

(7) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 237.

mite exigir al porteador su total importe como si se hubiera perdido» (8).

Una tesis distinta se abre paso en nuestra doctrina más moderna. Y así, para DÍEZ PICAZO es un tópico común y generalizado el de que «el mero retraso» no equivale al incumplimiento de la obligación. Esta afirmación, pone de relieve, ha nacido de un error de interpretación de la doctrina jurisprudencial en tema de incumplimiento. Nuestros autores no se ocuparon de analizar y puntualizar las resoluciones jurisprudenciales; de lo contrario, habrían llegado a una conclusión, en parte, distinta. Lo que el Tribunal Supremo ha dicho es otra cosa. En términos de nuestro más alto Tribunal, «*el mero retraso no es en algunos casos equivalente al incumplimiento*» (9). «De esta suerte parece que hay algunos casos en que el retraso es equivalente—a efectos de la acción resolutoria—al incumplimiento verdadero y propio, y otros casos en que no lo es.» Lo que sí que no es fácil, advierte este autor, es decidir cuándo y porqué se produce esta equivalencia. En la esfera del Derecho Mercantil, que a nosotros especialmente importa, hay ciertos supuestos en los que el término es esencial, de tal manera, que la prestación se habrá de cumplir en el día fijado, o nunca. «La falta de cumplimiento en tal fecha exacta produce la resolución del contrato, o sea, origina que el vínculo jurídico quede desatado y se vuelva a la situación que existía antes de ser contraído.» Lo que, siguiendo la línea de pensamiento de nuestra doctrina mercantil, por ejemplo, puede resumirse diciendo, como LANGLE, que «la esencialidad del término significa que el acreedor tiene derecho a rechazar el cumplimiento tardío dando el contrato por resuelto» (10).

Con frecuencia he pensado en el más sencillo de los casos que pueden darse en la esfera de la contratación mercantil: el del comerciante que ha adquirido las mercancías, que, a su vez, debe en fecha determinada entregar a su acreedor porque las ha adquirido para su reventa. Si las recibe en cualquier otra fecha a aquella estipulada en atención a su propia obligación de cumplimiento, la prestación es posible, pero no satisface su interés. Hay un caso indiscutible de incumplimiento de la obligación.

Podemos seguidamente cuestionarnos cómo se ha proyectado el deje de cuenta en nuestro Código de Comercio en el régimen del retraso cul-

(8) ID., *op. cit.*, págs. 238 y 242.

(9) DÍEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, Madrid, 1960, separata del "Anuario de Derecho Civil". Y *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Madrid, 1970, págs. 610 y ss.

(10) LANGLE, *op. cit.*, págs. 14 y 15 del tomo III.

pable. Aparece, como vimos, en el artículo 371. Este precepto atribuye al consignatario de las cosas transportadas, para el caso de que éstas le sean entregadas con retraso culpable, una doble posibilidad. Puede el consignatario recibir las mercancías entregadas fuera de tiempo, en cuyo caso el artículo 371, párrafo segundo, regula el régimen de indemnización por el retraso, estableciendo el límite de la misma. En este caso, la indemnización lo es por demora.

La segunda posibilidad es el reconocimiento de un derecho llamado por el legislador «deje de cuenta» o abandono, por el cual el consignatario recibe del porteador el importe total de los efectos como si éstos se hubieren perdido o extraviado, quedándose el porteador con los mismos.

El ejercicio de este derecho de abandono está sometido a una serie de condiciones que lo limitan. En primer término, el derecho de abandono no juega en todo caso, siendo una facultad excepcional para nuestro legislador, para nuestro Tribunal Supremo y para nuestra doctrina, se aplica con carácter restringido.

El deje de cuenta es un remedio subsidiario, que sólo puede actuarse cuando no se ha pactado indemnización para el caso de retardo en la entrega de las mercaderías, como se infiere del artículo 370 y ha declarado en más de una ocasión el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la Sentencia de 15 de octubre de 1924. Y es un derecho cuyo ejercicio está sometido a una serie de requisitos o condiciones. Requisitos que tienen su justificación, según la doctrina, en su naturaleza excepcional dentro de nuestro sistema de cumplimiento de las obligaciones.

Son condiciones sin las que no tienen lugar:

1) Que el retraso en la entrega de las mercaderías sea consecuencia de la culpa o negligencia del porteador. Así lo establece expresamente el artículo 371 y así lo ha reconocido una abundante jurisprudencia, entre otras la Sentencia de 30 de junio de 1925.

2) Es preciso que haya expirado el plazo pactado para la entrega, «habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros habrá de hacerse dentro de él...» (art. 370 y Sentencia de 15 de noviembre de 1921 entre otras).

3) El artículo 371 exige, además, que para que pueda tener lugar el deje de cuenta: *a)* habrá de comunicar el consignatario al porteador el ejercicio del derecho de abandono, *por escrito y antes de la llegada de las mercaderías al punto de destino*. Requisitos confirmados en repetidas ocasiones por el Tribunal Supremo (así en las Sentencias de

15 de noviembre de 1921, 26 de febrero de 1926 y 30 de junio de 1925) (11).

El ejercicio del derecho de abandono por el consignatario da lugar a una obligación para el porteador, la de quedarse con las mercancías transportadas abonando «el total importe de los efectos como si se hubiesen perdido o extraviado», según nos dice el mismo artículo 371. El valor de los efectos no es aquel que tuvieren para el consignatario, sino que, como es principio general en la esfera de las obligaciones mercantiles, está objetivamente determinado, es el precio que aquéllos tendrían de haberse vendido en el día y lugar en que hubieron de entregarse. Numerosos fallos del Tribunal Supremo abundan en esta doctrina del Código de Comercio: así las Sentencias de 27 de noviembre de 1924 y 26 de junio de 1930.

Dentro de este orden de ideas que acabamos de exponer, nos encontramos también con el criterio restrictivo para su aplicación que recogen tanto el Tribunal Supremo como nuestros mercantilistas. Dada, repetimos, su naturaleza excepcional, a juicio de los mismos, no tendrá lugar sino cuando concurren todos los requisitos examinados y no se extenderá a otros supuestos sino a aquellos para los que la ley lo estableció expresamente, es decir, en los casos contemplados en los artículos 363, 2.º; 365, 2.º, y 371. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de mayo de 1925, declaró que el deje de cuenta es de aplicación restrictiva a los transportes mercantiles, «... sin que tal derecho de rehúsa pueda ser aplicado a actos de otra naturaleza en los que por no dominar con tanta intención el ánimo de lucro rigen disposiciones de menor severidad». La tesis del Tribunal Supremo abona la doctrina del interés de la prestación, al distinguir entre la distinta naturaleza del transporte civil y mercantil destacando como el fin de lucro que inspira la relación mercantil impone un distinto régimen más severo, yo diría más riguroso, pues viene a aplicarse a finalidades diversas.

(11) Dentro de esta doctrina nuestros mercantilistas concluyen el criterio restrictivo con que debe ser aplicado el deje de cuenta en tema de retardo en la entrega. URÍA lo piensa sometidos a: 1) Cuando el contrato haya establecido plazo para la entrega; 2) cuando sin el plazo se trate de un retraso culposo, notoriamente incompatible con los usos mercantiles y las exigencias del tráfico; 3) que en todo caso deba de llevarse a cabo ANTES de la llegada de los efectos transportados al punto de destino. URÍA insiste en este punto en atención a un fallo del Tribunal Supremo, en el que a primera vista parecía haberse admitido un caso de deje de cuenta en el que no se cumplía esta condición. Pero es necesario poner de relieve que la Sentencia de 16 de marzo de 1926 si reputó válido un deje de cuenta ejercitado después de la llegada de las mercancías a su destino, es porque en aquel caso se daba la circunstancia de que el consignatario ignoraba este hecho, con lo que entendió que seguía cumpliéndose el espíritu del artículo 371, pág. 501 de su *Manual de Derecho Mercantil*, citado.

Abundando en el ejemplo que en líneas anteriores expusimos, el transporte mercantil, por regla general, impondrá la necesidad del incumplimiento del plazo de entrega para que quede satisfecho el interés del acreedor del transporte. En el transporte civil, por el contrario, será regla general que la entrega de los objetos transportados fuera del plazo estipulado no torna imposible la satisfacción de la prestación.

Todavía en esta línea de ideas, que intento ir destacando en apoyo de mi tesis final, quisiera aportar un argumento más. Sólo que debo hacer una salvedad: la de que debo confesar el desconocimiento de «primera mano» de la fuente a que me voy a referir. Recoge el profesor VICENTE Y GELLA en una nota a pie de página que aparece en su *Manual de Derecho Mercantil comparado*, en el que dedica algún interés especial al deje de cuenta, una Orden ministerial de 9 de agosto de 1958, que yo no he podido encontrar, que no se cita por ningún otro autor y que, según VICENTE Y GELLA, «viene a atenuar el régimen del artículo 371. Según esta norma, el derecho de rehúsa o deje de cuenta sólo podrá ejercitarse cuando el tiempo empleado exceda del duplo ordinario o normal más sobre el plazo que en su caso establezca la tarifa de aplicación. Para los retrasos inferiores, esta norma concede al destinatario una indemnización que se calcula en relación con los portes y según el tiempo de retraso producido. Por excepción, el derecho de rehúsa podrá ejercitarse al término del plazo ordinario más el sobreplazo cuando se trata de pescado fresco, ganado vacuno, cabrío, de cerda, hortalizas frescas y frutas y legumbres frescas». Recojo esta norma fundada en la autoridad del señor VICENTE Y GELLA, porque abona en la intención del que la dictó la tesis que yo sostengo.

V

NATURALEZA JURIDICA DEL DEJE DE CUENTA

El artículo 371 concede al consignatario, acreedor del transporte, un derecho: el de exigir al porteador el valor de las cosas transportadas, abandonándoselos. A la vez, impone una obligación para el consignatario: la de tener que quedarse con las cosas transportadas, abonando el valor de las mismas al consignatario.

El derecho y la obligación, respectivamente, del consignatario y del porteador no nacen del contrato de transporte, sino de la ley. Este derecho, nacido del artículo 371, es un derecho anómalo, para nuestra doctrina, de difícil fundamentación. Y con rara unanimidad, el Tri-

bunal Supremo y los autores que hemos consultado califican al deje de cuenta como una compraventa o como una compraventa forzosa. Es seguramente esta solución la más sencilla. El porteador se ve obligado a comprar los efectos transportados al consignatario; hay una venta en la que el legislador impone, además, el límite del precio a pagar por las mercancías. Seguramente es el Tribunal Supremo el que inicia esta doctrina, pues hay una vieja Sentencia de 10 de diciembre de 1894, citada por casi todos los autores que se ocupan, aunque sea incidentalmente, del tema, que así la califica. «Implica—dice el Tribunal Supremo—el deje de cuenta una verdadera venta forzosa, por virtud de la cual el porteador queda dueño de la cosa abandonada y obligado a pagar su justo precio al consignatario.» Este criterio lo recoge GAY DE MONTELLA. Nuestra doctrina posterior también participa del mismo. A mi juicio, no es ocioso recoger estas opiniones, aun cuando, repito, sean uniformes. VICENTE Y GELLA la califica de «venta forzosa impuesta por la ley, y en virtud de ella, la empresa que se encargó del acarreo deviene propietaria de las cosas transportadas, con la obligación de abonar al interesado el valor total de los efectos como si se hubiesen perdido o extraviado». Añade que «es también un medio de evaluar daños y perjuicios». Y también esto es repetido por los demás autores (12). URÍA, ratificándose en esta línea de pensamiento, escribe: «La consecuencia del abandono es que el porteador deberá satisfacer el total importe de los géneros inutilizados o no entregados a su debido tiempo.» «Implica, en definitiva, una especie de venta forzosa, que resulta, sin duda, excesivamente gravosa para el consignatario» (13). LANGLE entiende que es «un derecho durísimo, porque equivale a comprar a la fuerza las mercancías que él no necesitaba» (14). Hay en los términos de LANGLE como una reserva a calificarlo abiertamente de venta, quizá porque es LANGLE uno de nuestros mercantilistas más conocedores del Derecho Civil; cuando menos, de los que más piensan las instituciones mercantiles dentro del marco único de un Derecho privado. El doctor GARRIGUES califica al derecho de abandono o deje de cuenta como «verdadera venta forzosa de la mercancía por el porteador, la cual excluye, por tanto, toda otra indemnización» (15).

Pese a la rara unanimidad de nuestra doctrina mercantil, y pese a la autoridad de nuestro Tribunal Supremo, no creo, sin embargo, que sea defendible la concepción del deje de cuenta como una compraventa forzosa. A esta idea les ha conducido el que los efectos de la compra-

(12) VICENTE Y GELLA, *op. cit.*, pág. 158.

(13) URÍA, *op. cit.*, pág. 501.

(14) LANGLE, *op. cit.*

(15) GARRIGUES, *op. cit.*, pág. 242.

venta y los del derecho que el artículo 371 establece son los mismos: el porteador adquiere una cosa que paga al consignatario. Pero aquí terminan las analogías. La doctrina de la omnipotencia del legislador no puede cambiar la naturaleza de las instituciones. Decía bien WELZEL cuando afirmaba que era sólo el pecado del positivismo. La declaración contenida en el artículo 371 no puede decidir que entre consignatario y porteador tenga lugar una venta forzosa de los efectos transportados (16). Por otra parte, yo no recuerdo que en la Exposición de Motivos se hable de compraventa forzosa cuando se comenta el deje de cuenta.

En mi modestísima opinión, y frente a tanta autoridad, creo que no es posible sostener que el derecho llamado deje de cuenta por el legislador pueda calificarse de compraventa ni siquiera forzosa. Hay términos que son irreductibles. La compraventa supone siempre un acuerdo de voluntades libremente emitidas que no existe en el caso del deje de cuenta, en el que el porteador no es libre para aceptar o no los bienes transportados por él y abonar su precio al consignatario. Es el consignatario el que, facultado por la ley para abandonar las mercancías transportadas, exigiendo su valor al porteador, o aceptarlas exigiendo la indemnización por los daños originados por el retraso, da lugar a que surja, a su vez, la obligación para el porteador de quedárselas y abonar su precio. Este «derecho de opción» (como lo ha calificado el Tribunal Supremo) puede originar simplemente, cuando se decide por el abandono, la obligación del porteador. Si la doctrina española califica de durísimo este derecho de deje de cuenta, mirándolo con recelo, debería haberse cuestionado si tendrían que aplicarse, con una posible agravación de la situación del porteador, las normas de la compraventa.

Pero, además, es necesario cuestionarnos, antes de calificarlo de compraventa forzosa, si verdaderamente cabe hablar de tales compraventas.

No es nueva la idea de la compraventa forzosa, porque no lo es la de los contratos forzosos. Siempre que nos encontramos con situaciones que, en distinta medida, imponen la necesidad de contratar, se ha hablado de contrato forzoso. Es típico el ejemplo del médico, al que, no habiendo otro a quien recurrir, se «obliga» a atender a un enfermo. Sin embargo, será en nuestros días cuando cobre fuerza la idea de los «contratos forzosos». Son las nuevas circunstancias socioeconómicas —como ahora tanto gusta decirse— las que impondrán la necesidad de estudiar el fenómeno. El dirigismo y la masificación se proyectan en la

(16) HANS WELZEL, *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, 1962.

esfera de la contratación tradicionalmente abandonada a la libre iniciativa de los particulares, limitando la autonomía de la voluntad, imponiendo, en cierta medida cuando menos, el contenido de los contratos. Todo esto lleva, por la línea del menor esfuerzo, hasta la idea de «contratos forzosos». No quiero que sea mi opinión desnuda de autoridad la que se oponga a un criterio mantenido por una brillante doctrina; por eso voy aquí a referirme a dos autores que con absoluto conocimiento de causa han llevado a cabo la crítica de esta figura: el contrato forzoso.

MOREL estudia los contratos forzosos, y para él sólo hay contrato forzoso cuando se impone el contrato a una persona al margen de toda oferta por parte suya y en provecho de una persona determinada (17). Pero hay todavía más: «... hay muchos casos en los que, sin que haya existido jamás contrato entre las partes, la ley establece entre ciertas personas una relación a la que atribuye carácter contractual». Esta es la que califica de relación contractual de carácter legal (18). El profesor DÍEZ PICAZO va más allá en su estudio de los contratos forzosos. Para este autor no cabe hablar de contrato sino cuando dos personas, voluntaria y autónomamente, acuerdan crear entre ellas una relación jurídica. La relación jurídica que nace de él, es su efecto, es una realidad nueva. Donde hay imposición no puede hablarse de contrato. Cuando no existe acuerdo de voluntades y la voluntad de una de las partes, o la de ambas, se desconoce, y pese a ello nace una relación jurídica, habrá otra cosa, pero no contrato. Para DÍEZ PICAZO tampoco puede aceptarse el concepto expresado por MOREL de «relaciones contractuales de origen legal», ya que existe una contradicción entre legal y contractual. Si ambas hacen referencia a su origen, se excluyen. Es necesario distinguir entre contrato y relación jurídica para comprender el fenómeno. El contrato es un acto privado mediante el cual se crean relaciones jurídicas bilateral y voluntariamente; es una especie del *genus* negocio jurídico, que continúa siendo la forma más importante de creación de las relaciones privadas. Pero, junto al contrato, al negocio jurídico, hay muchas otras formas de constitución forzosa de relaciones jurídicas. Relaciones idénticas a las que nacen del contrato, variando sólo la fuente de producción, voluntaria en un caso, forzosa en otro. Acto de constitución y relación constituida son estruc-

(17) MOREL, *Le contrat imposé*, en "Le droit privé français milieu du XIX siècle", París, 1951, pág. 124. De acuerdo con la doctrina de MOREL, el deje de cuenta sería una relación contractual de origen legal. Consignatario y porteador vendrían obligados a constituir una relación de compraventa por imposición del artículo 371.

(18) DÍEZ PICAZO, *Los llamados contratos forzosos*, en "Anuario de Derecho Civil", 1956, págs. 100 y 101.

tural y funcionalmente distintas. La constitución es un acto y la relación una situación, un estado (19). Dentro de esta línea de principios, el negocio jurídico es el acto de constitución voluntaria y autónoma de las relaciones jurídicas. En los casos de constitución forzosa no se tiene en cuenta la voluntad de sus titulares, sino que hay una voluntad superior que se impone, y las partes tienen que acatarla.

Finalmente, se señalan varios tipos de «forzosidad». Hay relaciones unilateralmente forzosas cuando el mandato es solicitado, instado por uno de los sujetos, que podemos llamar sujeto activo. El segundo sujeto no interviene, no se tiene en cuenta su voluntad. Dentro de este orden de relaciones cabría incluir al deje de cuenta. Relación unilateral forzosa que nace de un imperativo legal, pero sólo en cuanto que es instada por una de las partes: el consignatario. Y, al ejercitar éste su derecho, da lugar a unos efectos que se imponen a la voluntad del porteador, del obligado. Por otra parte, abundaría en esta posición el hecho de que el deje de cuenta es una facultad limitada, condicionada por la ley. Es también en este aspecto una facultad legal que se reconoce al consignatario.

No obstante lo sugestivo de la construcción que, acogiéndonos a la doctrina de Díez Pícazo, podríamos concluir, yo, personalmente, creo que el deje de cuenta es otra cosa. Que hay que pensarlo dentro del sistema de cumplimiento de las obligaciones.

VI

CRITICA DEL DEJE DE CUENTA Y DE LA DOCTRINA EN TORNO AL MISMO

Seguramente sin mucho acierto he intentado ir destacando a lo largo de mi estudio sobre el deje de cuenta aquellos criterios del propio legislador, expuestos en la Exposición de Motivos del Tribunal Supremo y de la doctrina, con los que no estoy de acuerdo. Y aquellos que pueden de algún modo venir a fundamentar mi propia posición sobre esta institución jurídica. No quisiera reincidir en los mismos sino sólo en la medida en que fuera absolutamente necesario hacerlo.

El análisis y la reflexión sobre el artículo 371 me llevan a conclusiones que están encuadradas en una dogmática diferente a la tradi-

(19) Ver Díez Pícazo, *Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil*, pág. 90.

cionalmente mantenida por la doctrina sobre retraso e incumplimiento, como ya he hecho notar en algunos lugares de este trabajo.

En primer lugar, creo que no es posible sostener en términos absolutos, como se ha venido haciendo, la falta de equidad del artículo 371. Lo grave de este precepto no es que otorgue ese derecho de abandono al consignatario, sino que se lo reconozca en todo caso, como parece desprenderse del tenor literal del mismo. Y esto porque, aun dentro de la hipótesis del retraso culpable, es necesario distinguir también en buena doctrina entre retraso que permite todavía, con el cumplimiento tardío, la satisfacción del interés del acreedor, y retraso en que el cumplimiento tardío torna inoperante la prestación.

En segundo lugar, no puedo participar de la tesis que concibe al deje de cuenta en tema de retraso como un derecho anómalo dentro de nuestro sistema positivo. No. Al deje de cuenta es necesario pensarlo precisamente encuadrado dentro del sistema de cumplimiento de las obligaciones, cosa que han olvidado los autores, aunque no han dejado de afirmar que es «un medio de evaluación de los daños y perjuicios sufridos por el retraso en la entrega de los efectos transportados» (20).

El deje de cuenta aparece en tres ocasiones en nuestro Derecho positivo, las tres en el régimen del cumplimiento de la obligación de entrega de las cosas transportadas, y esto porque responde a la mecánica de este contrato, como habremos de ver seguidamente. Es la fórmula legal en que se traducen tres supuestos de incumplimiento de la obligación de entrega del porteador. En el primer caso (arts. 360, 2.º, y 365, 2.º), se trata de los supuestos de averías debidas a culpa y negligencia del porteador, averías que dejan inútiles los géneros para su venta y consumo en los objetos propios de su uso, y de entrega parcial de los efectos transportados cuando no puede utilizarlos con independencia de los otros. El legislador, al reconocer el deje de cuenta, no hace sino reconocer la equiparación de la entrega parcial o con averías a la falta de entrega y establecer el modo de evaluar el daño. En el segundo, retraso culpable en la entrega, también hay equiparación del retraso en la entrega al incumplimiento. El hecho de que el derecho concedido al consignatario sea opcional no hace sino confirmar la tesis. Es el consignatario el único que puede decidir si todavía le interesa o no el recibir las mercancías fuera del plazo pactado en el contrato, y si le interesa o no aceptar el cumplimiento de la prestación tardía. En este caso, el criterio por nosotros sostenido entra plenamente en la doctrina del retraso que en su momento expusimos. El retraso

(20) Basta leer las obras citadas de GARRIGUES, LANGLE, VICENTE Y GELLA y URÍA.

algunas veces es equivalente al incumplimiento. En la esfera de las obligaciones mercantiles está reconocido el principio del término esencial. Si bien no es sostenible el que en todo caso haya de tener el término en las obligaciones mercantiles este carácter—aunque, como acertadamente mantiene VICENTE Y GELLA, sería más acorde con la naturaleza de las relaciones mercantiles que lo fuera siempre—, hay supuestos específicos que son de término esencial. Y uno de ellos lo sería el contemplado por el artículo 371: la entrega con retraso de las mercaderías transportadas cuando se ha fijado un término para la misma. Si las partes fijan un término para la entrega, por regla general, para el consignatario habrá un interés en recibirlas dentro de ese plazo. Si ejercita el derecho de deje de cuenta, no viene sino a confirmar que el término para la entrega tenía para él este carácter. La entrega tardía habrá frustrado el fin del contrato de compra que llevó a cabo el consignatario, pues las mercancías transportadas fueron adquiridas por la necesidad de poseerlas en la fecha estipulada en el contrato de transporte.

Finalmente, vamos a detenernos en lo que de especialidad tiene el deje de cuenta. El contrato de transporte terrestre es un contrato de arrendamiento de obra, por el cual el porteador se obliga a ejecutar el transporte de las mercancías de acuerdo con lo estipulado en la carta de porte. El incumplimiento del contrato supone, en el caso del retardo en la entrega, cuando el término es esencial, una causa de resolución del contrato. Y éste, hemos dicho, parece ser el supuesto del artículo 371. El consignatario exigiría, como en el caso de pérdida, el valor de los objetos transportados. Pero como, dada la naturaleza del transporte, incide en su cumplimiento la relación del consignatario con las cosas transportadas—que le pertenecen—, si ha de exigir el valor de las mismas, puesto que ya no le interesa recibirlas fuera del plazo estipulado en el contrato, habrá de abandonarlas al porteador, lógicamente, ya que, de lo contrario, tendría las mercancías y el valor de las mismas. Esto es lo que el deje de cuenta significa, la fórmula que exige el contrato de transporte para que pueda tener lugar en el caso de retardo culpable, el régimen del incumplimiento de la obligación del porteador de entrega, la resolución del contrato por incumplimiento.

TERESA PUENTE MUÑOZ
Profesor adjunto de Derecho Civil