



LA FORMACION DEL CONTRATO

Tesis doctoral realizada por:

Salvador DURANY PICH.

Dirigida por:

Dr. Pablo SALVADOR CODERCH.

Catedrático de Derecho Civil de la Universitat Pompeu Fabra.

Barcelona. Universitat Pompeu Fabra. 1993.

IV

EL MOMENTO Y LUGAR DE FORMACION DEL CONTRATO

IV. EL MOMENTO Y LUGAR DE FORMACION DEL CONTRATO

1. Introducción: el caso de la Sentencia TS de 29.9.1981.

El 15 de diciembre de 1975 Serafín Aguilar Arbenia arrendó un local en Zaragoza a Angel Aznar Paniagua. En este contrato se incluyó una cláusula de opción de compra a favor del arrendatario, en virtud de la cual durante los dos primeros años de arriendo poseía una opción de compra del local por 2.000.000 pts., y a partir del tercer año el precio sufriría un aumento en función del índice de la vida según el Instituto Nacional de Estadística.

El 14 de diciembre de 1977 Angel Aznar ejercitó su derecho de opción y requirió notarialmente a Serafín Aguilar para que se presentase en la notaría el 26 siguiente con el objeto de firmar la escritura de compraventa y hacerse cargo del talón allí depositado. El mismo día 14, el notario y el optante se personaron en el domicilio de Serafín para hacerle entrega del requerimiento, pero al no abrir nadie la puerta, lo efectuaron por correo certificado y con acuse de recibo, siendo recibido por su destinatario el 16.12.1977.

El optante, Angel Aznar, mantenía que el contrato se perfeccionó el 14 de diciembre al emitir su declaración. El arrendador, por su parte,

alegaba que hasta que él no tuvo conocimiento de ella, el día 16, no se perfeccionó, y como llegó fuera de plazo, el contrato no fue formado.

El Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, en Sentencia de 19.12.1978, desestimó la demanda al considerar que la opción fue ejercitada extemporáneamente. La Audiencia Territorial de Zaragoza, en Sentencia de 26.6.1979, la revocó y estimó la demanda, considerando que la opción fue ejercida de manera tempestiva. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 29.9.1981³⁶⁷, no dio lugar al recurso.

A lo largo del trabajo se ha hecho notar que la solución a algunos problemas dependía del momento de formación del contrato. Así pues, según se sostenga que el contrato se perfecciona cuando el aceptante emite la declaración de voluntad o cuando el oferente la recibe, serán unas u otras las consecuencias que se derivarán. En este capítulo se va a estudiar cómo está resuelta la cuestión en nuestro ordenamiento, cuál es la opinión de la doctrina, cuál la postura de la jurisprudencia, y, finalmente, si es necesario replantear la cuestión, en qué sentido y por qué motivos.

2. Teorías sobre el momento de formación.

Como las distintas soluciones tradicionalmente propuestas ya se han analizado con cierto detenimiento en trabajos anteriores, este apartado tiene como objetivo únicamente dejar breve constancia del estado de la

³⁶⁷Sentencia TS de 29.9.1981 [(Ponente: Sr. José M^a GOMEZ DE LA BARCENA LOPEZ). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (septiembre 1981). nº 337. pp. 273 a 280]. Aranzadi (1981), 3247.

cuestión, sin ánimo de profundizar en su análisis, tarea para la cual se puede acudir a la literatura de referencia³⁶⁸.

Tradicionalmente, los contratos han sido clasificados, en cuanto a su formación, como contratos entre presentes y contratos entre ausentes o por correspondencia, utilizando una terminología que inducía a error y pecaba de esquemática. Por esto, modernamente se ha propuesto una clasificación diferente, que no pone el acento en la situación de las personas, sino en el tiempo que tarda la declaración desde que se emite hasta que se recibe³⁶⁹. Así, se habla de contratos entre presentes (de formación instantánea o sucesiva) y contratos entre personas ausentes (de formación instantánea -teléfono o télex, y últimamente fax- o sucesiva -carta y telégrafo-).

Los contratos entre presentes no suscitan problemas, pues el lugar es el mismo y respecto al tiempo no hay solución de continuidad entre una declaración y otra.

Sin embargo, los contratos entre ausentes sí que ofrecen una dificultad, a saber, la distribución del riesgo debido al espacio de tiempo que media entre ambas declaraciones de voluntad. Básicamente son cuatro

³⁶⁸La literatura básica de referencia es la siguiente: COCA PAYERAS. Artículo 1.262. pp. 451 y ss.; LALAGUNA. Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil. pp. 1138 y ss.; PUIG BRUTAU. Fundamentos. pp. 191 y ss.; Carlos ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. La Ley (1982-4). pp. 1253-1271; ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. pp. 147 y ss.

³⁶⁹Inicialmente propuesta por MORENO QUESADA [La oferta de contrato. pp. 10 y ss.], fue inmediatamente suscrita por ROVIRA/PALOMAR [Ibidem. pp. 148 y ss.], aunque prefiriendo emplear la expresión "entre personas distantes" en lugar de "entre personas ausentes", por entender que en el lenguaje jurídico este término tiene un sentido expresivo de la situación de ausencia legal. Asumen también esta clasificación ROGEL VIDE [Ibidem. p. 1256] y LALAGUNA [Ibidem. p. 1139].

las teorías que tratan de solucionar la cuestión³⁷⁰, ninguna de ellas exenta de críticas:

a) teoría de la emisión (o declaración): el contrato se perfecciona cuando se emite -se manifiesta- la aceptación. Dos son las principales objeciones que se han planteado: 1) no hace hincapié en el carácter recepticio, 2) parece injusto vincular al oferente a una declaración que ignora³⁷¹.

b) teoría de la expedición: el momento relevante es aquel en el cual el aceptante se desprende de su declaración. También se han vertido críticas contra esta solución: 1) las mismas que para la teoría anterior, 2) el aceptante no se desprende del todo de su declaración, pues siempre puede recuperarla (por ejemplo, acudiendo a correos y solicitando la devolución de la carta entregada)³⁷².

c) teoría de la recepción: el contrato se perfecciona cuando la aceptación llega al domicilio o círculo de intereses del oferente. Las principales críticas han sido: 1) no se da un verdadero encuentro de consentimientos³⁷³, 2) la declaración de voluntad recibida puede ser afirmativa o negativa, luego no tiene sentido sostener que el contrato se ha

³⁷⁰Véase una amplia exposición en ROGEL VIDE [*Ibidem.* pp. 1258 y s.] y en ROVIRA/PALOMAR [*Ibidem.* pp. 156 y ss.].

³⁷¹Cfr. ROGEL VIDE. *Ibidem.* p. 1258.

³⁷²Cfr. ROGEL VIDE. *Ibidem.* p. 1258; ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. p. 158.

³⁷³Cfr. ROGEL VIDE. *Ibidem.* pp. 1258 y s.

formado porque ha llegado la declaración³⁷⁴, 3) la formación se hace depender de un hecho puramente material³⁷⁵.

d) teoría del conocimiento (o de la cognición): la perfección se lleva a cabo cuando el oferente conoce la aceptación. Las objeciones que se han formulado contra esta teoría son las siguientes: 1) el momento de la perfección se deja al arbitrio del oferente y se dificulta su prueba³⁷⁶, 2) se podría llegar a un continuo e infinito cruce de declaraciones³⁷⁷, 3) esta teoría resulta incompatible con la posibilidad de la aceptación tácita³⁷⁸.

Ninguno de estos sistemas ofrece por sí solo una respuesta válida para todas las cuestiones suscitadas por la formación sucesiva del contrato entre ausentes. Por eso no es de extrañar que los diferentes ordenamientos difieran en su sistema de perfección.

3. Distintas soluciones en el Derecho Comparado.

a. Francia.

³⁷⁴Cfr. ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. p. 159.

³⁷⁵Cfr. ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. p. 1259; ROVIRA/PALOMAR. Ibidem. p. 159.

³⁷⁶Cfr. ROGEL VIDE. Ibidem. p. 1259; ROVIRA/PALOMAR. Ibidem. pp. 160 y ss.

³⁷⁷Cfr. ROVIRA/PALOMAR. Ibidem. p. 161.

³⁷⁸Cfr. ROVIRA/PALOMAR. Ibidem. p. 161.

El Code civil francés no arbitró una solución al problema de la formación del contrato entre ausentes. Por su parte, la jurisprudencia tampoco ha adoptado una postura clara al respecto. Todo eso ha dificultado que la doctrina³⁷⁹ sostenga una posición común y ha provocado que los diferentes autores oscilen entre las soluciones posibles, sin poder defenderlas con argumentos de derecho positivo, sino simplemente en razones de conveniencia.

Con todo, el intentar fijar un momento y un lugar de formación del contrato tiene su interés, según la doctrina francesa³⁸⁰, por una serie de razones:

a) desde el punto de vista del momento, fija el instante de cese de la posibilidad de revocar, determina la capacidad de las partes, establece el punto de partida de una serie de plazos (por ejemplo, la prescripción), marca el instante en que el riesgo de pérdida pasa del propietario al adquirente, y, finalmente, la ley en vigor en ese momento será la que regirá las condiciones de validez y sus efectos.

b) desde el punto de vista del lugar, a efectos de derecho interno, fija el tribunal competente, y, a efectos de derecho internacional privado, determina la ley aplicable.

³⁷⁹La literatura de referencia es la siguiente: AUBERT. Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrats. §§ 396 y ss.; FLOUR/AUBERT. Les Obligations. §§ 162-177. pp. 117 a 127; GHESTIN. Traité de Droit Civil. §§ 243-256. pp. 272 a 281; MARTY/RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations. §§ 117-124. pp. 114 a 122; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. §§ 139-146. pp. 129 a 135; WEILL/TERRÉ. Droit Civil. Les Obligations. §§ 147-153. pp. 155 a 164.

³⁸⁰Cfr. GHESTIN. Ibidem. §§ 245 y ss.; MARTY/RAYNAUD. Ibidem. §§ 118 y s. pp. 115 y s.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Ibidem. § 142. p. 131; WEILL/TERRÉ. Ibidem. §§ 148 y s. pp. 156 y s.

a.1. La doctrina.

A modo de preliminar, una advertencia: la doctrina no es muy rigurosa en la calificación terminológica de las teorías, lo cual puede llevar a confusión. En ocasiones utiliza la palabra "emisión" para denominar a la teoría de la declaración, pero en otras ocasiones engloba en ese concepto las dos teorías que disponen el momento y el lugar de formación en el ámbito de influencia del aceptante (declaración y expedición). Por su parte, utiliza la expresión "recepción" para hacer referencia a la teoría que entiende perfeccionado el contrato con la llegada de la aceptación al domicilio o ámbito de intereses del oferente, más en ocasiones también engloba con ese concepto a la teoría del conocimiento (que es denominada de l'information).

Mientras en el siglo XIX las soluciones mayoritarias en la doctrina francesa eran la de la declaración³⁸¹ y la de la información (conocimiento)³⁸², en la actualidad se puede afirmar que la mayoría de autores son partidarios o bien de la teoría de la expedición o bien de la teoría de la recepción. La razón de fondo estriba en la huída de cualquier asomo de arbitrariedad y en la búsqueda de un elemento objetivo a la hora de determinar el momento y el lugar de perfección del contrato:

³⁸¹Véase, por todos: C. DEMOLOMBE. Traité des contrats. Tome XXIV. Paris. Imprimerie générale. 1878. § 75.

³⁸²Véase, por todos: François LAURENT. Principes de Droit Civil français. Tome XV. Bruxelles. Bruylant-Christophe & Cie. 1880-1881. § 479.

a) teoría de la expedición³⁸³: sus partidarios se apoyan en los artículos 1.985.2 y 1.121 Code civil para defender su posición. El primero forma parte de la regulación del contrato de mandato, y establece su perfeccionamiento desde la aceptación del mandatario, incluso de manera tácita³⁸⁴; en este sentido, se deduciría que no sería necesario que el mandante fuese informado de la aceptación del mandatario para que se formase el contrato. El segundo dispone que una estipulación a favor de un tercero no puede ser revocada si ese tercero manifiesta su voluntad de beneficiarse de la misma. Según esos autores, dichos artículos reflejan las preferencias de los codificadores franceses por aquellos sistemas que fijan su punto de inflexión en la aceptación; ello, junto con la conveniencia de un elemento determinante objetivo, provoca en la actualidad que se varíe la postura de la teoría de la emisión a la de la expedición.

Junto a estos argumentos de derecho positivo, añaden otro más doctrinal, a saber: el contrato se forma con el consentimiento de las partes; o, dicho de otra manera, el contrato existe desde que hay un acuerdo de voluntades. Por tanto, exigir el conocimiento de la aceptación (conocimiento probado o presunto por la recepción) es añadir un requisito a la formación del contrato que la ley no exige³⁸⁵.

³⁸³Los autores más relevantes: FLOUR/AUBERT. Les Obligations. § 174. pp. 124 y s.; MARTY/RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations. § 124. pp. 121 y s.; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. § 142. pp. 134 y s.

³⁸⁴Article 1985.2 Code civil:

[I]l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire.

³⁸⁵Cfr. MARTY/RAYNAUD. Droit Civil. Les Obligations. § 124. p. 121; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. § 146. p. 135.

b) teoría de la recepción³⁸⁶: los partidarios de esta solución también han buscado un apoyo normativo, y lo han encontrado en el artículo 932.2 Code civil, según el cual la aceptación de una donación por un acto posterior no surtirá efecto en tanto en cuanto dicha aceptación no llegue a conocimiento del donante (oferente). Este artículo ya fue utilizado por la doctrina del siglo pasado y primera mitad de este siglo para defender la teoría del conocimiento. Hoy en día, los autores afines a dicha postura introducen un elemento corrector -se presume que el oferente conoce la aceptación cuando ésta llega a su domicilio- para aplicar en la práctica la teoría de la recepción. Con todo, el argumento del artículo 932.2 Code civil ha sido criticado por cuanto, según sus detractores, la donación es un contrato muy particular, envuelto en un fuerte formalismo, y por tanto de regulación no generalizable al resto de contratos³⁸⁷.

Aparte de este razonamiento de tipo positivo, se argumenta que, con base en consideraciones de tipo práctico, conviene retrasar el momento de la formación del contrato al de la recepción de la aceptación. El razonamiento es el siguiente: en un principio, pareciera lo más acorde con la realidad adoptar el criterio de la emisión, por ser ese momento cuando el destinatario de la oferta toma la decisión de aceptar; mas esa postura carece de buena base, pues la aceptación no debe ser un fenómeno psicológico interno exento de prueba, sino una declaración de voluntad exteriorizada. Pero no sería suficiente con ello, porque podría ser destruida. Por ello, pareciera conveniente admitir que el contrato se forme en el momento en que el aceptante se desprende de su declaración de voluntad (expedición). Mas de nuevo se presenta otra objeción, pues

³⁸⁶Ver, por todos, WEILL/TERRÉ. Droit Civil. Les Obligations. § 151. p. 161.

³⁸⁷Cfr. MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. § 143. p. 132.

mientras la aceptación no ha llegado al oferente, su autor puede revocarla. Por eso, concluye este sector de la doctrina, parece claro y conveniente que el contrato se forme con la recepción de la aceptación por parte del oferente (y no con el conocimiento, porque se ignora el momento concreto en que el oferente la conoce).

c) soluciones dualistas: frente a las soluciones unitarias arriba expuestas, que sostienen que las cuestiones del momento y del lugar de formación deben recibir una misma respuesta, aparecen en la doctrina francesa algunos autores que defienden una solución dualista, según la cual esas cuestiones deben resolverse con criterios distintos, o, por lo menos, no necesariamente iguales³⁸⁸. En este sentido, proponen aplicar la teoría de la recepción cuando la cuestión a discutir es la del momento de formación del contrato, y sobre todo, el carácter tardío de una revocación; por contra, optan por la teoría de la expedición cuando han de determinar el lugar.

a.2. La jurisprudencia.

El análisis de la jurisprudencia francesa no permite revelar claramente una tendencia en favor de uno de los sistemas descritos.

Los tribunales inferiores vienen dudado desde antiguo entre aplicar la teoría de la expedición o la de la recepción³⁸⁹. Un ejemplo clásico de esa desorientación e indeterminación es el de la Chambre des Requêtes,

³⁸⁸Ver, por todos, GHESTIN. Traité de Droit Civil. §§ 251 y ss. pp. 276 y ss.

³⁸⁹Cfr. GHESTIN. Ibidem. notas 166 y 167, donde se pueden encontrar las referencias de sentencias partidarias del sistema de la expedición y de la recepción, respectivamente

la cual, en una Sentencia de 21.3.1932³⁹⁰, a propósito de la competencia territorial en materia de trabajo, aplicó la teoría de la expedición³⁹¹, cuando unas semanas antes, en Sentencia de 2.2.1932, se había decantado por la teoría del conocimiento³⁹².

Por su parte, la Cour de Cassation tradicionalmente ha considerado que la determinación del momento y del lugar era una cuestión de hecho, dejada a la soberana apreciación de los jueces de instancia, encargados de interpretar la voluntad de los contratantes. Esta postura ha sido criticada por la doctrina en el sentido que la Cour confunde la cuestión de hecho del momento en que se produce la aceptación con el problema de derecho consistente en dilucidar si el contrato se forma únicamente con la aceptación o es necesario su conocimiento por parte del oferente³⁹³.

Con todo, una sentencia de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, de 7.1.1981³⁹⁴, parece haber puesto fin a la incertidumbre al declararse claramente en favor de la teoría de la expedición. Los hechos fueron los siguientes: una empresa distribuidora de carburante se comprometió a suministrar durante tres años una cantidad determinada a una sociedad anónima. Para ello acordaron que el contrato no entraría en

³⁹⁰Sentencia 21.3.1932. Recueil de SIREY (1932), 1.278. Gazette du Palais (1932), 1.910; TERRE/LEQUETTE. Grands arrêts de la jurisprudence civile. nº 91.

³⁹¹Afirmó que le contrat se forme dès que l'acceptant a émis son acceptation.

³⁹²Sentencia 2.2.1932. Recueil de SIREY (1932), 1.

³⁹³Cfr., GHESTIN. Traité de Droit Civil. § 256. p. 280; MAZEAUD/MAZEAUD/MAZEAUD. Leçons de Droit Civil. §§ 144 y ss. pp. 133 y ss.

³⁹⁴Chambre commerciale de la Cour de Cassation, 7.1.1981. Bulletin Civil, I-1981. nº 14. pp. 11 y ss. Véase el comentario de François CHABAS. Jurisprudence française en matière de droit civil. 80 Revue trimestrielle de droit civil (1981). pp. 849 y s.; y el de Jean HEMARD. 34 Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique (1981). pp. 827 y s.

vigor en tanto en cuanto no fuese firmado por el representante de la compañía suministrada, para lo cual disponía de un plazo de treinta días a partir de la firma de la distribuidora; pasado ese periodo sin haberlo suscrito, las partes quedarían libres de todo compromiso.

La compañía suministrada firmó y envió el acuerdo (aceptación) siete días antes de la fecha de expiración del plazo, mas la empresa distribuidora se opuso al cumplimiento del acuerdo al entender que la aceptación le había llegado una vez el plazo había expirado, por lo que consideró la oferta caducada. La aceptante no pudo demostrar que el contrato firmado le había llegado al oferente dentro del plazo.

La Cour d'appel condenó a la distribuidora a indemnizar los daños causados por la rescisión del contrato, pues consideró que la suministrada había aceptado el contrato dentro del plazo previsto. La distribuidora recurrió en casación, alegando que correspondía a la suministrada la prueba de haber puesto en su conocimiento la aceptación dentro del plazo fijado, y que, por tanto, la Cour d'appel había invertido esa carga al afirmar que habiendo enviado una semana antes del plazo la aceptación, se presumía que había llegado a tiempo.

La Cour de Cassation no dio lugar al recurso, y afirmó que, a menos que se hubiera estipulado lo contrario (cosa que no ocurrió), el contrato se perfeccionó con la expedición de la aceptación y no con la recepción de ésta por parte de la distribuidora (un acte était destiné à devenir parfait, non par la réception de l'acceptation, mais par l'émission de cette acceptation).

Como se ha anotado antes, esta Sentencia se decanta por la teoría de la expedición, mas, a decir verdad, bastante condicionada por los hechos, pues una semana es tiempo suficiente para que una carta nacional llegue a su destino. Con todo, ésta parece ser la dirección de la jurisprudencia; está por ver si esta tendencia se mantiene y consolida.

a.3. Conclusión.

Como se ha dicho al principio, la doctrina no ha adoptado una posición común, oscilando los autores entre la teoría de la expedición y la de la recepción. Por su parte, la jurisprudencia tampoco se ha puesto de acuerdo, aunque parece tender hacia la primera solución. Todo ello ha llevado a algún autor a abogar por un pronunciamiento definitivo de la Cour de Cassation o, mejor, por una reforma legislativa que ponga fin a una incertidumbre que dura más de ciento cincuenta años³⁹⁵.

b. Italia.

En el ordenamiento italiano³⁹⁶, la oferta y la aceptación son declaraciones de voluntad recepticias, esto es, su eficacia depende que

³⁹⁵Cfr., GHESTIN. Traité de Droit Civil. § 254. p. 279.

³⁹⁶Veáse: BIANCA. Diritto civile III. § 101. pp. 220 y ss.; BIGLIAZZI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI. Diritto civile 1.2. §§ 48 y s., § 51. pp. 613 y s., 622 y ss., respectivamente; CARRESI. Il contratto. § 248. pp. 747 y ss.; DONISI. Artt. 1326 e 1335, en Codice civile annotato. pp. 276 y ss., pp. 310 y ss., respectivamente; GALGANO. Diritto civile e commerciale II.1. § 34. pp. 155 y ss.; Enzo ROPPO. Enciclopedia Giuridica. Tomo IX. Contratto: formazione. Roma. Istituto della Enciclopedia Italiana. 1988. § 2.1. pp. 2 y s.; SACCO. La conclusione dell'accordo. pp. 66 y ss.; Alessio ZACCARIA. Artt. 1326 e 1335, en Giorgio CIAN/Alberto TRABUCCHI (dir.) Comentario breve al Codice civile (3ª ed). Padova. CEDAM. 1988. pp. 963 y ss., pp. 972 y s., respectivamente.

sean puestas en conocimiento del destinatario³⁹⁷. En el caso de la aceptación, el carácter recepticio trata de tutelar el interés del oferente, pero no le es sustancial a ella misma. De hecho, en determinados supuestos, la ley prevé que el inicio de la ejecución de la prestación sea suficiente para perfeccionar el contrato, prescindiendo de su conocimiento por el oferente (art. 1327 Codice civile).

La doctrina³⁹⁸ ha resaltado la relevancia de individuar el momento, pues permite dilucidar acerca de la capacidad de las partes y la ley aplicable en el tiempo, y el lugar, porque determina la ley aplicable en el espacio, el lugar de cumplimiento de la prestación, y el juez competente.

Los artículos del Codice civile relevantes respecto del momento y lugar de formación del contrato son, principalmente, el 1326.1 y el 1335. Ambos son aplicables a todos los contratos, independientemente de su medio de formación (entre presentes o entre personas distantes). El primero, bajo la rúbrica general de perfección del contrato, establece que:

[e]l contrato se perfecciona en el momento en que el oferente conoce la aceptación de la otra parte³⁹⁹.

Por su parte, el segundo, con ánimo de abarcar toda declaración de voluntad recepticia, establece una corrección a la regla recogida por el artículo arriba transcrito:

³⁹⁷Respecto de la declaración de voluntad recepticia en el derecho italiano veáse el ya clásico Giorgio GIAMPICCOLO. La dichiarazione recettizia. Milano. Giuffrè. 1959.

³⁹⁸Cfr. BIGLIAZZI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI. Diritto civile 1.2. § 29.p. 588.

³⁹⁹Artículo 1326.1 Codice civile:

[i]l contratto è concluso nel momento in cui chi a fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

[1] la oferta, la aceptación, su revocación y cualquier otra declaración dirigida a una persona determinada se presume conocida en el momento que llega a la dirección del destinatario, a menos que esté pruebe su imposibilidad no culpable de conocer⁴⁰⁰.

Si el contrato se perfecciona entre presentes, su momento y lugar de formación será dónde y cuándo las partes hayan intercambiado sus declaraciones recíprocas. En el caso particular del teléfono, su lugar de formación será donde el oferente reciba la noticia de la aceptación (en aplicación del art. 1326.1 Cc)⁴⁰¹.

En el caso de la perfección entre ausentes, la necesidad de analizar ambos artículos se acentúa, por las razones antes aludidas. Por ello serán tratados a continuación con mayor detenimiento.

El Codice civile recoge la regla del conocimiento (aunque algunos autores⁴⁰² hablan de la regla de la recepción, por los motivos que más adelante se verán), tratando de evitar que el oferente tenga noticia de su vinculación contractual una vez perfeccionado el acuerdo. Sin embargo, esta regla plantea en su aplicación dos inconvenientes: a) el conocimiento como tal no siempre puede ser fácilmente probado, y en este sentido un

⁴⁰⁰ Artículo 1335 Codice civile:

[1] a proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

⁴⁰¹ Solución corroborada por la jurisprudencia: Cassazione civile 18.1.1974, n. 142.

⁴⁰² En particular, BIANCA. Diritto civile III. p. 222, y BIGLIAZZI/BRECCIA/BUSNELLI/NATOLI. Diritto civile 1.2. p. 623, aunque se trata de una discusión puramente conceptual pues de todas maneras la doctrina es unánime respecto del momento de perfección.

oferente retractado podría atrincherarse en su falta de conocimiento, y malograr la formación del contrato; b) favorece la negligencia del oferente, pues basta que, aun sin mala fe, no retire el correo del buzón durante un tiempo, para no tener noticia de la aceptación y no concluirse el contrato, causando de esta manera un perjuicio al aceptante que no tiene por que soportar.

El legislador italiano parece haberse dado cuenta de esos problemas pues, con un método discutible desde el punto de vista lógico y sistemático, ha modificado sustancialmente la regla del art. 1326.1 mostrando su voluntad de aplicar la de la recepción: utilizando el expediente de una presunción iuris tantum, dispone el art. 1335 Codice civile que la oferta y la aceptación se presumen conocidas desde el momento de su llegada a la dirección del destinatario. Sin embargo, ante la aparente rigidez de la modificación, el legislador la ha atenuado consintiendo al destinatario la prueba de la imposibilidad no culpable de conocer la declaración llegada a su dirección (por imposibilidad no culpable se entiende un impedimento extraño al ámbito de organización del destinatario -no puede oponer la falta de transmisión del mensaje por parte del dependiente- o un supuesto de fuerza mayor -no basta demostrar que la carta no se ha abierto, sino que sería necesario probar, por ejemplo, que el destinatario estaba en el hospital convalesciente de una grave enfermedad que le impedía ocuparse de sus asuntos-)⁴⁰³. En definitiva, el criterio del Codice civile en materia de formación del contrato es la cognoscibilidad de la aceptación con el único correctivo de la

⁴⁰³De todas maneras, la prueba es bastante rigurosa: cfr. Cassazione civile 28.1.1985, n. 450 (Mass. Foro Italiano. 1985).

imposibilidad no imputable al oferente de tener noticias de dicha declaración.

Respecto del término dirección del destinatario (indirizzo del destinatario) del artículo 1335 Codice civile, la jurisprudencia lo ha interpretado como aquel lugar que, en razón de una ligazón normal (como puede ser la vivienda o el domicilio), o por su uso frecuente (como la oficina), o debido a una previa indicación o acuerdo, estando dentro de la esfera de dominio o control del destinatario, aparece como idóneo para garantizar la recepción de la declaración y el conocimiento de su contenido, sin ningún agravio oneroso para el declarante⁴⁰⁴.

Por otra parte, el lugar de perfección del contrato es aquél donde el oferente ha tenido conocimiento de la aceptación⁴⁰⁵.

Finalmente, el Codice civile recoge dos casos particulares en los cuales no es de aplicación la regla general de formación del contrato acabado de exponer:

a) contrato con obligación de un sólo proponente (transporte gratuito, mandato gratuito, etc.): el silencio del destinatario de la propuesta vale como aceptación tácita y el contrato se perfecciona si el destinatario no rechaza la propuesta, dentro del término acordado, o el establecido según la naturaleza del asunto o los usos (art. 1333 Cc). La norma se formula respecto de los contratos con efectos obligacionales, no para los reales, y parece que tampoco para los formales (en particular, la

⁴⁰⁴Cfr. Cassazione civile 9.9.1978, n. 4083 (Mass. Foro Italiano, 1978); Cassazione civile 25.07.1987, n. 6471 (RFI, 1987, voz Contratto in genere, cc. 661, n. 245).

⁴⁰⁵Cfr. Cassazione civile 4.1.1974, n. 1 (Foro Italiano, 1974, I, 2116.).

donación), pues la percepción se basa en un acuerdo tácito. Con todo, la afirmación no es pacífica⁴⁰⁶;

b) el contrato que admite la ejecución antes de la repuesta del aceptante (art. 1327 Cc): el oferente puede disponer, o la naturaleza del asunto o los usos admitir, que a su oferta le siga la prestación de la otra parte sin necesidad de respuesta previa; en tal caso, el contrato se perfecciona en el momento y lugar en el cual se ha iniciado la ejecución. Este artículo supone una aplicación excepcional del principio de la declaración.

c. Gran Bretaña.

En ese ordenamiento, como regla general, para que la aceptación surja efecto debe llegar al oferente⁴⁰⁷. Las razones de esa regla residen, por una parte, en lo gravoso que sería para el oferente quedar obligado sin saberlo (pues no tiene conocimiento de la aceptación a su oferta hasta que le llega), y por otra, en la dificultad de probar una aceptación no comunicada.

⁴⁰⁶En contra, Sacco (La conclusione dell'accordo. pp. 21 y ss., especialmente p. 27), quién considera que el art. 1333 Cc no regula un fenómeno de aceptación, y menos tácita, a la vez que no ve razón para interpretar restrictivamente la norma dejando fuera la contratación formal.

⁴⁰⁷Véase, en general, ATIYAH. An Introduction to the Law of Contract. pp. 76 y ss.; GUEST. Anson's Law of Contract. pp. 39 y ss.; Halsbury's Laws of England. §§ 271 y ss.; pp. 153 y ss.; TREITEL en Chitty on Contracts. §§ 63 a 76; pp. 52 a 60.

Sin embargo, esta regla general contiene una importante excepción, a saber, la posting rule o mail-box rule⁴⁰⁸: cuando la aceptación es comunicada utilizando el correo o el telegrama, se perfecciona en el momento en que se deposita la carta en el buzón o se entrega el telegrama al telegrafista. Dicha regla fue propuesta por primera vez en 1818, en el caso Adams v. Lindsell⁴⁰⁹: el demandado, Lindsell, envió una carta fechada el martes 2 de septiembre de 1817 en la que ofrecía vender una cantidad de lana bajo una serie de condiciones, y al final estipulaba "esperamos recibir su respuesta a vuelta de correo". Si se hubiese consignado en la carta la dirección correcta, la contestación habría llegado el día 7. Pero la dirección estaba equivocada, por lo que no llegó al demandante, Adams, hasta el viernes 5, a las 7.00 de la tarde, quien aceptó inmediatamente, enviando la carta el mismo día, que no llegó a Lindsell hasta el martes 9, cuando había vendido ya la lana el día anterior a un tercero. Adams le demandó por incumplimiento de contrato, a lo que se opuso el oferente alegando la inexistencia del contrato en tanto en cuanto no llegue la aceptación. Aunque el caso era algo complicado a causa de la negligencia del oferente al escribir la dirección, que fue el motivo del retraso, la Court of Appeal dio la razón al demandante, y sentó esa regla con base en un argumento ad infinitum, que se verá más adelante.

Después de oscilar en posteriores ocasiones, dicha regla fue finalmente confirmada en 1879 en el caso Household Firer and Carriage Accident Insurance Co., Ltd. v. Grant⁴¹⁰: el demandado, Grant, ofreció

⁴⁰⁸El nombre de posting rule es más común en Gran Bretaña, mientras que mail-box rule lo es en los Estados Unidos de América.

⁴⁰⁹Adams v. Lindsell. 1 Barnewall & Adolphus' Reports 681. 106 English Report 250 (Kings' Bench, 1818).

⁴¹⁰Household Firer and Carriage Accident Insurance Co., Ltd. v. Grant. 4 Ex. D. 216 (1879).

comprar acciones de la compañía demandante, Household Firer and Carriage Accident Insurance Co. El secretario del Consejo de Administración redactó una carta de aceptación en favor del demandado, y se la envió por correo, pero nunca llegó a su destinatario. Poco tiempo después, la Compañía suspendió pagos, y el demandante se negó a pagar el precio de las acciones. La Court of Appeal consideró que Grant era accionista, y por tanto responsable de los avatares de la Compañía, pues el contrato se perfeccionó al depositar la carta en el buzón. Se han sugerido muchas razones para justificar esta regla:

(1) considerar que el oferente lleva a cabo su oferta continuamente mientras la carta se encuentra en el correo, de tal manera que el acuerdo se produce cuando la aceptación se envía;

(2) entender que Correos es un agente común de las dos partes, con la función no sólo de repartir las cartas, sino también de recibir la notificación de la aceptación;

(3) argumento ad infinitum: de la otra manera el oferente tendría de nuevo que comunicar al aceptante la recepción de la aceptación, y éste a su vez comunicar al oferente la llegada de su comunicación de recepción de la aceptación, ..., y así hasta el infinito;

(4) dicha regla minimiza las dificultades de prueba;

(5) entender que es la más conveniente comercialmente⁴¹¹.

⁴¹¹En Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbH. (n. 413, en especial, pp. 300 y s.) el Tribunal apoyó también esta razón.

Esta última parece la mejor justificación y la más acorde con la realidad, pues así el oferente no puede revocar la oferta mientras la aceptación está en tránsito, y si se pierde o retrasa ésta, es más normal que el oferente se pregunte porqué no ha llegado la aceptación que el aceptante se interrogue si ha llegado o no⁴¹². De todas formas, es claro que esa regla favorece a este último, entre otras razones porque el riesgo por pérdida o retraso lo asume el oferente.

Respecto al lugar de formación del contrato, la jurisprudencia es consecuente con su criterio respecto del momento. Véase, por ejemplo, el caso Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbtl.⁴¹³: la sociedad Brinkibon Ltd. demandó a la austríaca Stahag Stahl ante los tribunales ingleses reclamando una indemnización por daños y perjuicios causados por el incumplimiento, por parte de la demandada, de un contrato de suministro de barras de acero blando. El contrato se había formado mediante, primero, un télex del 3 de mayo de 1979, enviado por la demandada desde Viena a la demandante en Londres, el cual actuaba como una contraoferta, y, segundo, otro télex del día siguiente, enviado por la demandante desde Londres a la demandada en Viena, que fue considerado como la aceptación de la contraoferta. La House of Lords declaró la incompetencia jurisdiccional de los tribunales ingleses con base en el siguiente razonamiento: si el medio de comunicación empleado entre el oferente y el aceptante es instantáneo -como ocurre en el caso del télex- se aplica la regla general, luego el contrato se forma cuando y donde el télex de aceptación se recibió (en este caso, en Viena); por otro lado, si el

⁴¹²Cfr. A.G. GUEST. Anson's Law of Contract. p. 41.

⁴¹³Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl und Stahlwarenhandels-gesellschaft mbtl. [(1982) 1 All England Law Reports, 293 (House of Lords)].

medio de comunicación es una carta o un telegrama, se aplica una regla diferente, pues como el contrato se perfecciona al expedir la aceptación, el lugar de formación pasa a ser donde se deposita la carta o el telegrama.

d. Alemania.

Según el Código Civil alemán, el contrato se forma mediante dos declaraciones de voluntad (Willenserklärungen) congruentes, la oferta y la aceptación. A ambas les son aplicables las reglas sobre las declaraciones de voluntad, codificadas en los §§ 116 a 144 BGB.

El contrato se perfecciona en el momento en que la aceptación adquiere eficacia⁴¹⁴. En el caso de una declaración a un ausente, el § 130.I.1 BGB establece su eficacia en el momento en que llega al interesado, a menos que antes o al mismo tiempo le llegue una revocación al oferente (§ 130.I.2 BGB). Por tanto, el derecho alemán sigue claramente la teoría de la recepción.

El concepto de llegada de la aceptación o de cualquier otra declaración de voluntad no está determinado con más detalle en la ley. La doctrina⁴¹⁵ coincide de manera unánime en que a la hora de definir ese concepto se deben distribuir equitativamente los riesgos entre las partes, y evitar así que el riesgo de la pérdida de la declaración en camino recaiga siempre sobre el emitente, y las desventajas de un conocimiento tardío de

⁴¹⁴Sobre los principios fundamentales de la eficacia de las declaraciones de voluntad, véase LARENZ. Allgemeiner Teil. pp. 419 y ss.; Münchener Kommentar-Kramer. § 153; Staudingers-Dilcher. § 153.

⁴¹⁵Cfr. LARENZ. Allgemeiner Teil. p. 421; Münchener Kommentar-Kramer. § 130, nota 10; Staudingers-Dilcher. § 130, nota 21.

la aceptación por parte del oferente no las soporta siempre el aceptante. Así pues, el emitente de la declaración soporta el riesgo de su transmisión -debida por él- hasta el momento en que es razonablemente posible para el destinatario conocer la declaración. A partir de ese momento, éste soporta el riesgo por las circunstancias que radican en su persona (por ejemplo, enfermedad, ausencia temporal) y que llevan consigo un conocimiento de la aceptación más tardío de lo normal. Por lo tanto, según el ordenamiento alemán, no es decisivo el mismo conocimiento real, sino la posibilidad abstracta de tomar conocimiento en circunstancias normales.

Más en concreto, eso significa que el emitente puede esperar a que el destinatario pueda tomar conocimiento si ha hecho llegar su declaración a las instalaciones donde recibe los mensajes el destinatario, que pueden ser materiales (buzón o caja postal) o personales (ciertos empleados o familiares). A partir de este momento, se entiende que el destinatario soporta el riesgo del conocimiento de la declaración⁴¹⁶.

En el supuesto que la declaración llegue a una hora en la que no es de esperar un control de las instalaciones de recibo por parte del destinatario (por ejemplo, por la noche), la llegada en el sentido del § 130.I BGB se produce en el momento en que éste se supone que vuelve a controlarlas de nuevo (a la mañana siguiente). Durante este tiempo, el emitente sigue soportando el riesgo, pues no se puede presumir el conocimiento de la declaración por parte del destinatario⁴¹⁷.

⁴¹⁶Cfr. Staudingers-Dilcher. § 130, nota 22.

⁴¹⁷Cfr. Münchener Kommentar-Kramer. § 130, nota 25; Staudingers-Dilcher. § 130, nota 12.

En resumen, el BGB opta por la teoría de la recepción, entendiendo por llegada la posibilidad abstracta de tomar conocimiento, la cual siempre se da cuando el emitente/aceptante hace llegar su declaración/aceptación a la zona de dominio del destinatario/oferente, y puede esperar que éste, en circunstancias normales, llegue a conocerla.

e. Estados Unidos de América.

En los Estados Unidos de América⁴¹⁸, el término expedición (dispatch) equivale al momento en que la declaración se desprende de su emisor, mientras que recepción (receipt) hace referencia al instante en que la declaración llega a posesión del destinatario, sin que sea necesario que la haya leído, ni tan siquiera que la haya visto.

Como regla general, en este ordenamiento cualquier declaración adquiere eficacia en el momento de llegar a su destinatario. Sin embargo, ya desde antiguo los tribunales sostuvieron que en los contratos por correspondencia se aplicaba el criterio de la expedición: el contrato se forma una vez el aceptante ha depositado la carta en el correo. Esta solución se ha denominado tradicionalmente la mail-box rule.

⁴¹⁸En general, véase: CALAMARI/PERILLO. The Law of Contracts. §§ 2-23 a 2-25. pp. 114 a 127; FARNSWORTH. Contracts. § 3.22. pp. 180 a 185; MURRAY. Murray on Contracts. § 47. pp. 146 a 154. Tradicional: CORBIN. Corbin on Contracts. §§ 77 a 81. pp. 123 a 130. Críticamente, tratando de demostrar que ni la regla de la expedición ni la de la recepción, en una aplicación rígida, unitaria, son capaces de solucionar todos los problemas, sino que es necesaria una mayor flexibilidad, tomando como punto de partida la primera (en definitiva, partidario de una solución dualista), véase el ya clásico trabajo de Ian R. MACNEIL. Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule. 112 University of Pennsylvania Law Review (1964). pp. 947 a 979.

Esta regla, que fue aplicada por primera vez en el caso inglés Adams v. Lindsell⁴¹⁹ (oferta de venta de lana enviada por correo con la dirección incorrecta, lo que motivó el retraso en su recepción y aceptación, pues mientras tanto ya había sido vendida por el demandado a un tercero), pronto fue de general aplicación en Norteamérica. En la actualidad tampoco es discutida⁴²⁰. Una aplicación moderna puede verse en el caso Cushing v. Thomson⁴²¹: el demandante, Mr. Cushing, activista de un grupo antinuclear, envió el 30 de marzo de 1978 una solicitud a la oficina del Gobernador del Estado de New Hampshire con el objeto de arrendar el New Hampshire National Guard Armory de Portsmouth para un baile de noche el 27 de abril siguiente. El día siguiente el jefe de la oficina envió por correo un contrato firmado ofreciendo el alquiler del recinto, requiriendo para su formalización la aceptación del arrendatario mediante su firma y la devolución de la copia que acompañaba al original en un plazo de cinco días desde su recepción. El lunes 3 de abril Mr. Cushing recibió la oferta y la firmó. Sin embargo, a las 6.30 de la tarde del día siguiente recibió una llamada telefónica del oferente anunciándole que el Gobernador había ordenado retirar la oferta de alquiler (presumiblemente por temor a los disturbios que pudiera ocasionar el acto), por lo que la oferta debía considerarse retirada. La copia firmada llegó a su destino el día 6 con matasellos del 5.

⁴¹⁹Adams v. Lindsell. 1 Barnewall & Adolphus' Reports 681. 106 Eng. Rep. 250 (K. B. 1818). Véase un desarrollo de los hechos en n. 409 y texto que la acompaña. Cita obligada en todos los casebooks de derecho de contratos norteamericanos; por todos, SUMMERS/HILLMAN. Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine and Practice. pp. 484 y s.

⁴²⁰Cfr. Restatement (2d) Contracts § 63; CALAMARI/PERILLO. The Law of Contracts. p. 115; FARNSWORTH. Contracts. p. 181; CORBIN. Corbin on Contracts. p. 124; MURRAY. Murray on Contracts. pp. 148 y s.

⁴²¹Cushing v. Thomson 118 N.H. 292, 386 A.2d 805 (1978). Véase una buena síntesis en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. Contracts. Cases and Materials. pp. 349 y ss.

Al no querer cumplir el oferente, Mr. Cushing le demandó y solicitó el cumplimiento del contrato. El demandado se defendió alegando que no había constancia de que la oferta hubiese sido aceptada antes de su retirada. El Tribunal dio lugar a la demanda, pues había quedado demostrado que era práctica habitual en la oficina del demandante que las cartas que se depositaban en la cubeta de correspondencia se enviaban al correo el mismo día. A la vez, Mr. Cushing había declarado que el mismo 3 de abril había aceptado la oferta y depositado en la cubeta de salida. Como la retirada de la oferta fue el 4 por la tarde, a esas horas la carta ya estaba en el buzón, luego por aplicación de la mail-box rule el contrato se había formado antes de la retirada, por lo que ésta fue ineficaz.

Con todo, también ha habido algunos intentos jurisprudenciales de desplazar esta regla, aunque muy localizados y sin éxito. En concreto, ha sido la United States Court of Claims y en dos ocasiones. La primera, en 1949, en el caso Dick v. United States⁴²², donde el aceptante descubrió un error en su declaración una vez depositada en el correo (presupuesto enviado por Dick, constructora de motores náuticos, a la Armada norteamericana, elaborado erróneamente al creer que se había solicitado un equipo de motor, cuando en realidad fueron dos); la segunda, seis años después, en el caso Rhode Island Tool Co. v. United States⁴²³, donde esta vez fue la empresa oferente quien se dio cuenta del error en su oferta cuando la aceptación ya estaba en camino (oferta de venta de quince lotes de contrachapado al Ministerio de Defensa, calculada erróneamente al no caer en la cuenta de algunas modificaciones introducidas por el

⁴²²Dick v. United States 82 F.Supp. 326 (Ct. Cl. 1949). Véase en ROSETT. Contract Law and its Application. pp. 524 y ss.

⁴²³Rhode Island Tool Co. v. United States 128 F.Supp. 417 (Ct. Cl. 1955). Véase en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. Contracts. Cases and Materials. pp. 354 y ss.

comprador a la inicial solicitud). En ambos casos los perjudicados intentaron revocar su declaración una vez la aceptación había sido expedida, y el Tribunal les dio la razón. Mas, como puede desprenderse de los hechos, y como la mayoría de comentaristas ha afirmado⁴²⁴, la motivación del Tribunal estaba más en la línea de la insatisfacción con la rígida regla tradicional según la cual el error unilateral en el contrato no conlleva la nulidad, que del desacuerdo con la mail-box rule. Y con base en el argumento de que la legislación postal norteamericana había sido modificada recientemente, privando de la posibilidad de recuperar la carta una vez depositada en el correo, el Tribunal sostuvo que ese cambio conllevaba el abandono de la mail-box rule. De alguna manera, la inaplicación de esta regla era la única salida para conseguir una solución equitativa. Ahora bien, la libertad genera responsabilidad, y cada uno ha de ser responsable de sus actos: ¿qué hubiera pasado en ambos casos si la equivocación hubiera sido del Estado -la Armada o el Ministerio de Defensa- y no de la empresa? ¿Y si los dos hubieran sido particulares? Seguramente la solución hubiera sido distinta⁴²⁵.

Las razones que tradicionalmente se han aducido en favor de esta regla son las siguientes:

(1) el oferente que envía su oferta por correo autoriza a este servicio a recibir la aceptación como representante suyo⁴²⁶;

⁴²⁴Cfr., por todos, MACNEIL. Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule. pp. 952 y ss.; también FARNSWORTH. Contracts. § 9.4, nota 6. p. 694.

⁴²⁵Véase, en este sentido y partidarios de la aplicación de la mail-box rule, la dissenting opinion de los jueces Whitaker y Madden en el caso Dick v. United States [KESSLER/GILMORE/KRONMAN. Contracts. Cases and Materials. pp. 356 y s.].

⁴²⁶Recogida por primera vez en el caso Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. v. Grant [4 Ex.D. 216 (1879)], ha sido criticada por la doctrina [CORBIN. Corbin on Contracts. § 78. p. 125] y abandonada posteriormente por la jurisprudencia.

(2) el aceptante pierde definitivamente el control de la aceptación en el momento de enviarla;

(3) esta regla recorta la libertad de revocación del oferente, lo cual parece más justo pues se evita agravar en más la ya de por sí vulnerable situación del aceptante⁴²⁷;

(4) como dueño de la oferta (master of the offer), el oferente puede decidir que ninguna aceptación sea efectiva en tanto no sea recibida; luego si no exige esa condición, debe soportar el riesgo en la transmisión, pues sólo él puede controlar el emplazamiento del mismo. En otras palabras: él puede decidir quién soporta ese riesgo; por lo tanto, si no lo hace será que opta por soportarlo él⁴²⁸.

En orden a su aplicación, esta regla está sometida a un requisito tradicional: la aceptación debe emitirse según el modo y la manera previstos en la oferta. Esta condición ha sufrido una evolución en su aplicación. Así, originariamente el Restatement of Contracts § 65 y § 67 exigía que la aceptación fuera expedida por un medio de comunicación autorizado por el oferente (in an authorized medium), lo que generaba problemas de interpretación. Por ello, el Uniform Commercial Code y el Restatement (2d) Contracts modificaron el requisito de la autorización por el de la razonabilidad⁴²⁹; así, la mail-box rule es aplicable si la oferta es

⁴²⁷Cfr. FARNSWORTH. Contracts. p. 181; Restatement (2d) Contracts § 63, comment a.

⁴²⁸Cfr. CORBIN. Corbin on Contracts. § 78. pp. 124 y ss.; MURRAY. Murray on Contracts. pp. 148 y s.

⁴²⁹Cfr. Uniform Commercial Code § 2-206 (1)(a) y Restatement (2d) Contracts § 65, comment b,c y d.

aceptada por un medio de comunicación razonable según las circunstancias (by any medium reasonable in the circumstances). Aún así, el Restatement (2d) Contracts § 67 prevé una generosa regla al establecer que aunque el aceptante utilice un procedimiento irrazonable o no autorizado, la mail-box rule será de aplicación si la aceptación es recibida en el mismo momento en que lo hubiera sido con el medio adecuado.

Esta regla tiene diferentes aplicaciones en la práctica:

(1) revocación: limita la posibilidad de revocación tanto del oferente como del aceptante. Respecto de éste último, esa limitación actúa siempre que la aceptación llegue al oferente antes que la primera declaración, con base en el argumento del respeto al principio general de la equivalencia de obligaciones entre las partes (mutuality of obligations) y el rechazo a la posible especulación del aceptante⁴³⁰. En este sentido se distancia de la solución adoptada por el Convenio de Viena, más flexible, realista y eficiente. Alguna voz autorizada se ha mostrado contraria a esa solución unitaria aplicada en el ordenamiento norteamericano, y ha defendido la posibilidad de revocar la aceptación, siempre que el riesgo de especulación no sea un factor relevante⁴³¹;

(2) distribución de los riesgos durante la transmisión de la aceptación: esta regla soluciona la cuestión de si existe contrato aunque la aceptación se haya perdido o llegue tarde sin culpa de su autor, pues hace

⁴³⁰CALAMARI/PERILLO. The Law of Contracts. pp. 118 y s.; CORBIN. Corbin on Contracts. p. 128; FARNSWORTH. Contracts. pp. 182 y s.; MURRAY. Murray on Contracts. pp. 152 y ss.

⁴³¹MACNEIL. Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule. pp. 962 y ss.

soportar este riesgo al oferente. En el mismo sentido, el Restatement (2d) Contracts § 63, comment b;

(3) lugar de formación: determina el lugar de formación del contrato por correspondencia, que será el de la aceptación. No es tan claro con respecto a los contratos entre distantes de formación instantánea (teléfono, télex, fax), pues mientras el Restatement (2d) Contracts § 64 adopta la regla ya establecida por el Restatement of Contracts § 65, de acuerdo con los postulados de los grandes tratadistas del Common Law⁴³², que defendían en estos casos el lugar de recepción de la aceptación, el Case Law adopta el criterio del lugar de expedición. En este sentido, es ilustrativo el caso Linn v. Employers Reins Co.⁴³³, en el cual el demandante, Mr. Linn, en Pennsylvania, envió una oferta de solicitud de contrato de seguro a la demandada, en Nueva York, quien la aceptó telefónicamente. No había evidencia escrita del contrato y la legislación neoyorquina exigía como requisito de validez la constancia escrita de tales contratos. Sin embargo, la legislación de Pennsylvania no lo contemplaba. El demandado no cumplió su parte del contrato oral, y frente a la demanda se defendió con base en la necesidad de constancia contractual escrita según la legislación neoyorquina. El éxito de la defensa dependía de la ley aplicable, y el Tribunal escogió la de Nueva York, por ser éste el lugar donde se emitió la aceptación y se formó el contrato.

⁴³²CORBIN. Corbin on Contracts. § 79. p. 128, WILLISTON. A Treatise on the Law of Contracts. § 82A.

⁴³³Linn v. Employers Reins Co. 392 Pa. 58, 139 A.2d. 638 (1958).

Una excepción a la aplicación de la mail-box rule se encuentra en la ofertas irrevocables (option contracts)⁴³⁴: su perfección depende de la llegada de la aceptación a su destinatario. La razón estriba en que el aceptante no puede especular a expensas del oferente en tanto en cuanto éste ya ha internalizado dicho riesgo al renunciar a su derecho de revocación⁴³⁵. Con todo, y pese a la aceptación general de este criterio en la doctrina, en ocasiones la jurisprudencia muestra fisuras. Dos casos serán suficientes.

El primero, Palo Alto Town & Country Village, Inc. v. BBTC Co.⁴³⁶: ambas partes firmaron en 1964 un contrato de arrendamiento de un local de negocio destinado a bar-restaurante, con vigencia desde el primero de enero de 1965 y por cinco años. En una de sus cláusulas se concedía al arrendatario, BBTC Co., dos sucesivas opciones de prorrogar el alquiler por un plazo de cinco años cada una, con la obligación de comunicarlo al propietario y demandante, Palo Alto Town & Country Village, Inc., con seis meses de antelación a cada uno de los plazos. El 5 de junio de 1969, más de seis meses antes de expirar el primer quinquenio, el demandado envió una carta al demandante notificándole su intención de prorrogar el contrato. Sin embargo, el 13 de febrero de 1970 el demandante le comunicó que el plazo había expirado, por lo que debía desalojar el

⁴³⁴Si A ofrece vender una finca a B por diez millones de pesetas, B puede estar muy interesado en la oferta pero necesitar algo de tiempo para tomar una decisión final. Si no quiere perder la oportunidad, puede ofrecer pagar a A una pequeña cantidad de dinero (por ejemplo, diez mil pesetas) a cambio de la promesa de A de no revocar la oferta durante un cierto tiempo (por ejemplo, treinta días). Si A acepta, las partes han realizado un option contract que tiene una única finalidad: conceder a B una facultad irrevocable de aceptación.

⁴³⁵En este sentido, Restatement (2d) Contracts § 63(b), comment f, y Smith v. Hevro Realty Corp. [199 Conn. 330, 507 A.2d 980 (1986)].

⁴³⁶Palo Alto Town & Country Village, Inc. v. BBTC Co. [11 Cal.3d 494, 113 Cal. Rptr. 705, 521 P.2d 1097 (1974)]. Véase en KESSLER/GILMORE/KRONMAN. Contracts. Cases and Materials. pp. 357 y ss.

local. Ante las protestas del arrendatario, el propietario alegó que no había recibido ninguna carta y le demandó. Tanto la primera instancia como la apelación entendieron tempestivamente ejercida la opción, al aplicar la mail-box rule.

El segundo, Worms v. Burgess⁴³⁷: el demandante, Worms, tenía una opción de compra de un terreno del demandado, Burgess. Según los términos del acuerdo, si el optante decidía ejercitar su derecho, "el optatario debía ser notificado mediante correo certificado como muy tarde el 21.8.1977"⁴³⁸. El optante envió dicha declaración el 20 de agosto, pero nunca llegó a su destino. Ante la negativa a cumplir, Worms le demandó solicitando su cumplimiento o una indemnización por daños y perjuicios. La primera instancia no dio lugar a la demanda, mas la apelación la revocó y resolvió a favor del demandante. El demandado basó su defensa en dos motivos: primero, la mail-box rule no era de aplicación en los contratos de opción; segundo, el significado común del término notification equivalía a conocimiento del destinatario, luego las partes habían acordado implícitamente la necesaria recepción de la aceptación. El Tribunal reconoció que tanto el Restatement (2d) Contracts § 64, como la doctrina, como el Case Law, marcaban la tendencia a excluir la aplicación de esa regla en los contratos de opción. Sin embargo, a pesar de ello, aplicó la mail-box rule, pues la no llegada de la aceptación al destinatario era un riesgo que las partes debían decidir quien lo soportaba; si nada establecían, lo soportaría el vendedor, pues esa era presumiblemente la intención de las partes, a la luz de la universalidad de la mail-box rule.

⁴³⁷Worms v. Burgess 620 P.2d 455 (Oklahoma, 1980). Véase el caso en SUMMERS/HILLMAN. Contract and Related Obligation: Theory, Doctrine and Practice. pp. 487 y ss.

⁴³⁸"The Optionor shall be notified by registered mail on or before August, 21, 1977, of the intention to so exercise said option" [SUMMERS/HILLMAN. *Ibidem*. p. 487].

La regla tampoco tiene aplicación a los contratos formados de manera instantánea, como el teléfono, télex o correo electrónico. Respecto a éste último, el modelo de acuerdo y su informe defienden⁴³⁹:

(1) su ubicación dentro de los medios de comunicación instantáneos, siéndole aplicables las reglas de formación del contrato entre presentes, y, concretamente, la § 64 Restatement (2d) Contracts y no la mail-box rule;

(2) la aplicación de la teoría de la recepción: en el correo electrónico un mensaje tiene fuerza jurídica y reconocimiento legal cuando llega al destinatario (cfr. § 2.1 del modelo de acuerdo). La razón estriba en la rapidez con que las comunicaciones actuales son capaces de transmitir la información, convirtiendo en irrelevante el espacio de tiempo empleado para ello. La recepción no equivale a examen o conocimiento del contenido, sino que significa únicamente accesibilidad al destinatario (igual que en el correo postal, donde una vez introducida la carta en el buzón del destinatario o en su ámbito de influencia, se entiende recibida). En el correo electrónico la práctica norteamericana ha mostrado que muchos usuarios acumulan en su "buzón electrónico" los mensajes recibidos y tan sólo los examinan a intervalos fijos -una o dos veces al día, cada hora, etc.-;

(3) la obligación del destinatario del mensaje de enviar enseguida un acuse de recibo verificando la recepción del documento: este acuse de

⁴³⁹Cfr. BAUM/BOSS/McCARTHY/OTERO/RITTER. The Commercial Use of Electronic Data Interchange -A Report and Model Trading Partner Agreement-. pp. 1665 a 1678.

recibo confirma que el mensaje ha llegado y que es formalmente correcto (formato y sintaxis), sin entrar en su contenido. Si tales errores son identificables, el modelo de acuerdo hace soportar sobre el destinatario el riesgo derivado de esa falta de notificación, a menos que los haya comunicado al emisor del mensaje (§ 2.4). El modelo de acuerdo prevé también la posibilidad que las partes se exoneren de esa obligación, manifestándolo de manera expresa;

(4) la posibilidad de revocar la oferta siempre que llegue a su destinatario antes que la aceptación: en el Common Law, como ya se ha expuesto, la revocación de una oferta no es efectiva hasta que llega a su destinatario, y si resulta que éste ya ha enviado su aceptación, la revocación deviene ineficaz. Según el modelo de acuerdo, y con base en el principio anteriormente expuesto según el cual el mensaje no adquiere relevancia jurídica hasta su recepción, si la revocación es transmitida por correo electrónico su eficacia se verá condicionada por su recepción. Por tanto, aunque el aceptante haya enviado ya su declaración, si llega antes la revocación que la aceptación, no hay contrato.

En resumen, la mail-box rule es una excepción al principio general de la necesidad de recepción de las declaraciones. Y, aunque ha tenido sus momentos de esplendor, en la actualidad el creciente uso de los medios de comunicación directos e instantáneos (sobre todo el teléfono, fax, y últimamente el correo electrónico) ha hecho disminuir su importancia práctica.

4. Distintas soluciones del ordenamiento español.

Nuestro ordenamiento no ofrece una solución unitaria a la cuestión, sino que dependiendo que el contrato sea civil o mercantil se aplica el artículo 1.262.2 Cc o el artículo 54 Cco, respectivamente. El primero establece que

[l]a aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento.

El segundo afirma que

[l]os contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Esta doble solución se encuadra en la regulación general de los contratos que incluye tanto el Código Civil como el Código de Comercio, el primero de los cuales prevé las normas generales del derecho de obligaciones y contratos, mientras que el segundo establece tan sólo algunas especialidades a lo largo de catorce artículos (del 50 al 63)⁴⁴⁰.

a. Código civil: antecedentes y doctrina.

⁴⁴⁰Para un completo estudio comparativo sobre la distinción entre derecho civil y derecho mercantil, su origen histórico, los diferentes sistemas de delimitación, y sus tendencias futuras, véase Denis TALLON. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. VIII. Contracts in General. Capítulo 2. Civil Law and Commercial Law. Tübingen. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1983. También Francesco GALGANO. Diritto civile e diritto commerciale, en Atlante di diritto privato comparato. pp. 35 y ss.

El artículo 1.262 Cc no tiene precedente en el proyecto de 1851, pues fue tomado por el codificador español del artículo 1058 del Avant-Projet de Révision du Code civil belga de François LAURENT, de 1.882-1.885, quien buscaba con él resolver tres cuestiones⁴⁴¹:

a) la formación del consentimiento cuando las partes están presentes: optó por el mero concurso de la oferta y la aceptación;

b) la formación del contrato celebrado por correspondencia (entre ausentes): se inclinó por el criterio del conocimiento;

c) lugar del contrato en la contratación entre ausentes: se decidió por el lugar de la oferta cuando la aceptación se recibiese allí, matización que dejó caer el codificador español al recoger ese artículo.

Aunque literalmente el Código civil se inclina por la teoría del conocimiento, la doctrina⁴⁴² es unánime en considerar la necesidad de una

⁴⁴¹Cfr. Pablo SALVADOR CODERCH/Josep SANTDIUMENGE FARRE. La influencia del Avant-Projet de Révision du Code civil belga de François LAURENT en el Código civil español de 1889, en Libro Centenario del Código civil (1889-1989). Tomo II. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. pp. 1921 a 1965. pp. 1943 y ss.

⁴⁴²PEREZ GONZALEZ/ALGUER [Derecho Civil (Parte General)]. pp. 146 y ss.] fueron los primeros en plantear el problema. Para solucionarlo proponían que en los casos en que de mala fe el oferente retrasase el conocimiento, no se debería aplicar la teoría del conocimiento sino entender perfeccionado el contrato desde el momento en que éste pudo tomar conocimiento de la aceptación. Posteriormente, PUIG BRUTAU [Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Vol 1º. Barcelona. Bosch. 1954. p. 224; en 3ª ed, p. 194] y ROVIRA/PALOMAR [Problemas de la contratación entre personas distantes. pp. 170 y ss.] sostuvieron que el sistema del Código civil hacía tránsito, en la práctica, al de la recepción, pues en ocasiones era conveniente trasladar el centro de gravedad de la perfección del contrato desde el instante del conocimiento al de la llegada de la aceptación. Con todo, CASTAN [Derecho Civil español, común y foral. T. III Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general. pp. 413 y ss.] no se definió, aunque sí dejó constancia de las propuestas. Ya actualmente, la doctrina se muestra abrumadoramente partidaria de esa interpretación correctora del artículo 1262.2 Cc: ALBALADEJO. Derecho Civil I. p. 184; COCA PAYERAS. Artículo 1.262. pp. 451 y ss.; DIEZ-PICAZO. Fundamentos. pp. 297 y ss.; DIEZ-PICAZO/GULLON. Sistema. pp. 72 y s.; LALAGUNA. Sobre la perfección de los contratos en el Código Civil. pp. 1141 y s.;

interpretación correctora, más cercana a la teoría de la recepción, para situar así el momento de la perfección cuando el oferente pueda razonablemente conocer la aceptación, lo cual se presume ocurrido desde el momento mismo de la llegada a su domicilio o a su ámbito de intereses, debiendo entonces probar lo contrario. Esta interpretación trata de evitar las consecuencias derivadas de la rigidez de la teoría del conocimiento.

Respecto del lugar de formación del contrato, el artículo 1262.2 Cc establece que "el contrato, en tal caso [contrato por correspondencia] se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta", solución congruente con la recogida por el legislador unas líneas antes en orden a la determinación del momento. El que el Código civil hable de presunción significa que se puede demostrar o establecer un lugar distinto.

Cabe preguntarse, por último, si las soluciones a la contratación por carta son extensibles a otros medios de contratación entre ausentes⁴⁴³. Veamos los supuestos:

a) teléfono: respecto del momento, debe considerarse como un contrato entre presentes, donde no hay solución de continuidad entre la oferta y la aceptación. Esta es una afirmación pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 3.1.1948⁴⁴⁴, que supuso un espaldarazo definitivo a esa tesis. El caso fue el

LUNA SERRANO. Elementos. pp. 91 y s.; ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. pp. 1259 y s.

⁴⁴³Cfr., por todos, ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. pp. 1264 y ss. Desde que Pothier (1699-1772) sentó las bases del moderno derecho de contratos, básicamente sus principios no han cambiado, por lo menos en lo que respecta a las reglas de formación. Pero lo que sí que ha sufrido una evolución ha sido la tecnología, y de manera especial la de las comunicaciones.

⁴⁴⁴Sentencia TS de 3.1.1948 [(Ponente: Sr. Felipe GIL CASARES). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (enero-febrero 1948). nº 1. pp. 5 a 29]. Aranzadi (1948), 11.

siguiente: como consecuencia de un contrato de compraventa de curtidos, el vendedor, José Guinea Urtaza, se comprometió a entregar la mercancía en Barcelona, y a tal efecto confió los 16 fardos vendidos, con un peso total de 1.293 kilos, al transportista Mario Rubio Andrés. El mismo día del transporte, y con el objeto de asegurar dicho envío, concertó por teléfono un contrato de seguro con el agente de la Compañía Alemana de Seguros Manheim, siendo formalizado unos días después. Durante el viaje, a la altura de Alfidén (Zaragoza), el camión y la carga que contenía se incendiaron. La Compañía se negó a indemnizar alegando que el contrato se había perfeccionado unos días después, al ser formal y no consensual. El Sr. Guinea demandó al transportista y a la Compañía de Seguros, y solicitó se condenase a ésta última a pagarle 47.000 pts. en concepto de indemnización por las mercancías incendiadas, y de manera subsidiaria al transportista.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid, en Sentencia de 11.1.1944, absolvió a la Compañía de Seguros y condenó al Sr. Rubio, transportista, al pago de la indemnización. La Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 6.4.1945, revocó la apelada y condenó a la aseguradora a indemnizar, absolviendo al transportista. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso al rechazar la tesis de la recurrente según la cual la aceptación fue manifestada por su representante por medio de carta, llegada al oferente después de acaecido el siniestro (aplicando el artículo 1262 Cc). Por contra, confirmó que el contrato se celebró entre el Sr. Guinea y el representante de la aseguradora por teléfono a las doce y media del 12 de abril, y desde ese momento se perfeccionó, pues "celebrado por teléfono, no es la material ausencia de las partes sino el

medio de comunicación empleado la circunstancia a tener en cuenta para fijar aquel momento”.

Ahora bien, la cuestión no está tan clara respecto del lugar. En este sentido, la doctrina tradicionalmente ha aplicado por analogía el artículo 1262.2 Cc, y ha estimado como lugar de formación del contrato el de la oferta⁴⁴⁵. Sin embargo, se ha puesto en duda lo acertado de este criterio, al sostener que en materia de perfección del contrato la regla general es la del momento y lugar en que se emite la aceptación (con base en el juego de los artículos 1254, 1258 y 1262.1 Cc): en el caso de la contratación por carta, el artículo 1262.2 Cc arbitra una solución especial, que contraría la regla general. Luego al constituir este apartado una excepción al principio general, debe interpretarse restrictivamente, por lo que no puede aplicarse por analogía a los contratos por teléfono, que se perfeccionarían allí donde y cuando sea emitida la aceptación⁴⁴⁶;

b) telégrafo: este medio de comunicación es perfectamente asimilable a la correspondencia postal, por lo que le serán aplicables las mismas soluciones;

c) télex: es equiparable al supuesto del teléfono respecto del momento; mas no con relación al lugar, que será el domicilio del oferente. Esta solución la argumentan unos en la aplicación analógica del 1262.2

⁴⁴⁵Cfr., PÉREZ GONZALEZ/ALGUER. Derecho Civil (Parte General). pp. 147 y s.; LUNA SERRANO. Elementos. p. 93.

⁴⁴⁶Cfr. ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. p. 1263 y s.

Cc⁴⁴⁷, mientras que otros en el hecho que la aceptación se exterioriza en el domicilio del oferente⁴⁴⁸;

d) fax: el fax reúne algunas de las características del contrato perfeccionado por correo y por teléfono, pues consta por escrito y es de formación instantánea (no es jurídicamente relevante el tiempo de transmisión del mensaje). Por eso, su proceso de formación se asemeja al del contrato por télex, por lo que seguirá en todo sus reglas⁴⁴⁹ (de hecho, en la práctica lo ha venido a sustituir). Únicamente se hará referencia a dos cuestiones que la contratación por fax puede plantear. La primera de ellas, común con el télex; la segunda, propia del fax:

1º el problema de la responsabilidad en caso de error en la contratación: en la contratación por fax no puede darse lo que en el terreno de la correspondencia sería la carta perdida, pues el fax tiene siempre un destinatario, ya que en caso de no ser recibido, la máquina emisora lo indicaría (al igual que ocurre con una llamada telefónica). Así pues, el problema se reduce al supuesto que por error del emitente o por fallo de la compañía telefónica el documento llegue a un destino diferente del previsto. Si es por la primera causa, no cabe responsabilidad. Si es por la segunda, y la causante ha sido la compañía de teléfonos, cabría solicitar una indemnización por ello, aunque seguramente le correspondería al demandante cargar con la prueba del daño;

⁴⁴⁷COCA PAYERAS. Artículo 1.262. p. 453.

⁴⁴⁸ROGEL VIDE. Momento y lugar de formación del contrato. p. 1271.

⁴⁴⁹Cfr. ROGEL VIDE. Ibidem. pp. 1270 y s.

2º el problema del valor del fax recibido: en tanto en cuanto no deja de ser una fotocopia, ¿qué valor puede tener, por ejemplo, como documento acreditativo de la aceptación de una oferta?

e) correo electrónico: no parece haber inconveniente en nuestro ordenamiento para aceptar las mismas conclusiones que el informe norteamericano⁴⁵⁰. Sin lugar a dudas se puede equiparar a un contrato entre presentes, similar al telefónico. El momento de perfección del contrato será el de la recepción, pues así como una llamada telefónica no contestada por el destinatario o un fax no recibido por el aparato receptor carecen de relevancia jurídica, un mensaje por correo electrónico tampoco hasta no ser recibido. ¿Por qué entonces en el caso de la carta sí que en ocasiones el simple envío puede tener valor jurídico y se discute así el momento de perfección del contrato por correspondencia? Principalmente por una razón de información, pues así como en los ejemplos anteriores el autor del mensaje tenía conocimiento inmediato de su no recepción, y por tanto de la no conclusión del contrato, en el caso del correo una de las partes necesariamente posee antes que la otra esa información. Por último, la eficacia de la revocación por correo electrónico viene condicionada por su recepción, de tal manera que, aún habiendo sido enviada anteriormente la aceptación, el contrato no se forma si llega antes la revocación.

b. Código de comercio: antecedentes y doctrina.

⁴⁵⁰BAUM/BOSS/McCARTHY/OTERO/RITTER. The Commercial Use of Electronic Data Interchange -A Report and Model Trading Partner Agreement. pp. 1665 a 1678.

El artículo 54 Cco es una reproducción sucinta del artículo 243 Cco de 1829⁴⁵¹:

[l]os contratos que se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

Si se analiza la evolución de la doctrina mercantilista en este punto, se observa un cambio de criterio desde posturas más centradas hasta posiciones más extremas. Así, a principios de siglo se interpretaba el artículo 54 Cco en el sentido de considerar contestada la oferta cuando la aceptación llegase a poder del proponente, siendo partidarios del criterio de la recepción⁴⁵². Sin embargo, los tratadistas de los años treinta y cuarenta optaron por la teoría de la expedición: declaración desprendida del aceptante⁴⁵³. Y ya la doctrina de inicios de la segunda mitad de siglo sostuvo la teoría de la emisión, con la intención de evitar la demora de las operaciones mercantiles⁴⁵⁴.

⁴⁵¹El artículo 243, que se decidía de una manera clara por el sistema de la expedición, establecía:

[e]n las negociaciones que se traten por correspondencia se considerarán concluidos los contratos, y surtirán efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta expida la carta de contestación, aceptándola pura y simplemente, sin condición ni reserva, y hasta este punto está en libertad el proponente de retractar su propuesta, a menos que al hacerla no se hubiese comprometido a esperar constestación, y a no disponer del objeto del contrato, sino después de desechada su proposición, o hasta que hubiere transcurrido un término determinado.

Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condición.

⁴⁵²Véase, por todos, Faustino ALVAREZ DEL MANZANO/Adolfo BONILLA/Emilio MIÑANA. Tratado de derecho mercantil español. Tomo I. Madrid. Librería General de Victoriano Suárez. 1915. p. 262.

⁴⁵³Véase: R. GAY DE MONTELLA. Código de comercio español comentado Tomo I. Barcelona. Bosch. 1936. pp. 250 y ss.; Agustín VICENTE Y GELLA. Curso de derecho mercantil comparado (2ª ed). Zaragoza. Tipografía La Académica. 1948. p. 36.

⁴⁵⁴Véase: Ricardo ESPEJO DE HINOJOSA. Curso de derecho mercantil (12ª ed). Barcelona. Librería Hispano-Americana. 1946. pp. 365 y ss.; Joaquín GARRIGUES. Curso de derecho mercantil. Tomo II (2ª ed, revisada con la colaboración de Evelio VERDERA). Madrid. Imprenta Aguirre. 1956. pp. 16 y ss.; Emilio LANGLE Y RUBIO. Manual de

La doctrina contemporánea mantiene de manera mayoritaria la aplicación del criterio de la emisión al artículo 54 Cco, con base en el argumento del interés en conseguir la perfección del contrato cuanto antes⁴⁵⁵. Con todo, también concurren algunas voces discrepantes que postulan en favor del criterio de la expedición⁴⁵⁶, al entender que, tratándose de correspondencia postal, el verbo "contestar" del artículo 54 Cco designa una acción compleja, consistente en escribir la carta de aceptación y depositarla en el correo.

Respecto del lugar de formación del contrato mercantil, mientras tradicionalmente se había optado por aplicar supletoriamente el artículo 1262.2 Cc (vía artículo 50 Cco) ante la falta de regulación del Cco en este punto⁴⁵⁷, hoy en día la doctrina mercantilista es unánime en considerar

derecho mercantil español. Tomo III. Barcelona. Bosch. 1959. pp. 9 y ss. Con todo, éste último considera como mejor fundada doctrinalmente la teoría del conocimiento, por ser el momento en que ambas partes adquieren conciencia del vínculo contraído, a la vez que discrepa con ALVAREZ DEL MANZANO/BONILLA/MIÑANA [Tratado de derecho mercantil español] pues la contestación es un acto personal del aceptante, independiente de la llegada de la carta a su destino; por eso, se considera existente aunque la carta se extravíe por el camino [en el mismo sentido, ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. pp. 170 y ss.].

⁴⁵⁵Manuel BROSETA PONT. Manual de derecho mercantil (9ª ed). Madrid. Tecnos. 1991: pp. 422 y s.; José Luis FERNANDEZ RUIZ. Fundamentos de derecho mercantil. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). 1991. pp. 493 y s.; Fernando SANCHEZ CALERO. Instituciones de derecho mercantil (15ª ed). Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). 1990. pp. 443 y s.; Rodrigo URÍA. Derecho mercantil (18ª ed). Madrid. Marcial Pons. 1991. p. 536; VICENT CHULIA. Compendio crítico de derecho mercantil. pp. 31 y ss. (quien, de todas maneras, considera más aconsejable el sistema de la recepción, por conceder mayor tiempo para revocar y ser de prueba más fácil).

⁴⁵⁶Véase: Rodrigo BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO. Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones, en Libro Centenario del Código civil (1889-1989). Tomo I. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1990. pp. 287 a 323, p. 309; Juan GOMEZ CALERO, en Guillermo J. JIMENEZ SANCHEZ (dirección y coordinación). Derecho mercantil. Barcelona. Ariel, 1990. pp. 719 y ss.; PUIG BRUTAU. Fundamentos. p. 193.

⁴⁵⁷Cfr. LANGLE. Manual de derecho mercantil español. pp. 83 y s.; ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. pp. 170 y ss. (lo siguen, según ellos, por ser el criterio legal, aunque son partidarios del lugar de emisión de la aceptación).

como lugar de perfección del contrato allí donde se haya emitido la aceptación⁴⁵⁸.

c. Convenio de Viena de 1980.

1. Solución adoptada. El Convenio de Viena de 1980⁴⁵⁹ adopta como criterio general determinante del momento de la formación del contrato la solución de la recepción. En este sentido, la primera frase del artículo 18.2 establece que

[l]a aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente.

Postura ratificada y reafirmada en el artículo 23, que aclara cuándo se entenderá perfeccionado el contrato, lo cual para algún autor es innecesario al no añadir nada al artículo 18.2⁴⁶⁰, aunque en su momento se decidió finalmente incluirlo para evitar problemas interpretativos respecto a este asunto, pues un gran número de artículos y reglas del Convenio dependían de esta cuestión⁴⁶¹. El artículo 23 dice así:

⁴⁵⁸BROSETA. Manual de derecho mercantil. p. 423; GOMEZ CALERO. Derecho mercantil. p. 720; SANCHEZ CALERO. Instituciones de derecho mercantil. p. 444; VICENT CHULIA. Compendio crítico de derecho mercantil. p. 32.

⁴⁵⁹Ver, sobre la cuestión: Gyula EÖRSI. Articles 15-17, en BIANCA/BONELL. Commentary. pp. 145 a 162; FARNSWORTH. Articles 18-24, en BIANCA/BONELL. Ibidem. pp. 163 a 204; HONNOLD. Uniform Law for International Sales. §§ 138-179. pp. 204 a 250; SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. pp. 50 a 57.

⁴⁶⁰Cfr. FARNSWORTH. Article 23. p. 198.

⁴⁶¹Esta es la razón en que se apoyó el Secretariado del UNCITRAL para mantener ese artículo en el Convenio. Ver: Secretariat Commentary on the 1978 Draft. A/CONF.97/5. IX Yearbook (1978). pp. 25 y ss. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. pp. 415 y ss.

[e]l contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención.

El artículo 24, con buena lógica, aclara cuándo una declaración de voluntad "llega" a su destinatario:

[c]uando se le comunica verbalmente o se entrega por cualquier otro medio al destinatario personalmente, o en su establecimiento o dirección postal o, si no tiene establecimiento ni dirección postal, en su residencia habitual.

Por ello, no es necesario que llegue a conocimiento del destinatario, siendo suficiente su introducción en el buzón o en cualquier lugar habilitado para la correspondencia.

Así pues, a efectos de formación del contrato, la aceptación se perfecciona cuando llega al domicilio o establecimiento del oferente⁴⁶². De esta manera el Convenio opta por situar en el aceptante los riesgos de pérdida y retraso en la transmisión. Varias razones se han alegado en favor de este criterio⁴⁶³:

⁴⁶²Sólo a efectos de formación del contrato (Parte II del Convenio), pues en lo referente al régimen jurídico de la compraventa de mercaderías (Parte III) es aplicable como norma general la teoría de la expedición (artículo 27). La razón es clara: no existe la necesidad de establecer un equilibrio entre las partes, y de otra manera se podrían producir injusticias. Por ejemplo, de aplicarse la teoría de la recepción, un accidente al transmitir una notificación del comprador de que las mercaderías eran defectuosas (artículo 39) podría privar a la parte inocente del "derecho a invocar" la falta de conformidad, y, por tanto, el comprador debería acabar pagando el precio completo de esas mercancías. De todas maneras, el criterio general de la Parte III está sujeto a excepciones, como las recogidas en los artículos 47.2, 48.4, 63.2, 65.1 y 2, y 79.4. Todas estas disposiciones se refieren a una comunicación de la parte que incumple el contrato, la cual se exige que llegue a su destinatario para ser eficaz.

⁴⁶³Cfr. HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 162. pp. 221 y ss.

a) el aceptante tiene mayor posibilidad de conocer si el medio de transmisión utilizado está sujeto a peligros o retrasos, lo cual también le lleva a ser más cuidadoso;

b) esta solución es la adoptada de forma mayoritaria por los países del Civil Law, y las razones que han conducido a los ordenamientos del Common Law a adoptar la regla de la expedición ya han sido internalizadas por el Convenio (en concreto, por el artículo 16.2, que prevé la posibilidad que una oferta sea irrevocable);

c) las nuevas técnicas de contratación optan por este criterio (correo electrónico).

2. Concepto de plazo razonable. Con relación al retraso, si el oferente no ha fijado un plazo para la aceptación (véase artículo 20 a efectos de su cómputo), ésta debe llegar en un plazo razonable. ¿Qué se entiende por plazo razonable? Según el artículo 18.2, para su determinación se han de tener en cuenta las circunstancias de la transacción, y en particular, la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente; así, la oferta por télex parece exigir una respuesta más rápida que la efectuada por carta. En otro orden de cosas, si la oferta es oral, la aceptación deberá ser inmediata.

3. Revocación y retirada de la aceptación. Ahora bien, con el ánimo de restringir la ventaja obtenida por el oferente con el criterio de la recepción y no aumentar la incertidumbre del aceptante, se limitó la posibilidad de revocar la oferta hasta el momento en que la aceptación sea

expedida (artículo 16.1). En otras palabras, para que la revocación de la oferta sea eficaz debe llegar al destinatario antes que éste haya enviado la aceptación (nótese que el Convenio utiliza el criterio de la expedición de la aceptación para determinar el fin de la posibilidad revocatoria del oferente). Por su parte, el artículo 22, paralelo al artículo 15.2, permite retirar⁴⁶⁴ la aceptación, siempre y cuando la segunda declaración llegue antes que la primera. Luego hay un periodo de tiempo, desde que se expide la aceptación hasta que es recibida por el oferente y se perfecciona el contrato, durante el cual éste queda vinculado y aquél no. Algún autor ha visto ahí un peligro a causa de la posible especulación del aceptante, y ha propuesto evitar ese abuso aplicando el principio de la buena fe⁴⁶⁵. En este sentido pone el ejemplo de un comprador que recibe una oferta de venta de algodón a precio determinado. Si decide aceptarla, durante el periodo de transmisión de esta declaración el oferente estará vinculado mientras el aceptante no, por lo que podría estar atento al mercado y, en caso que el precio bajase, telefonar y retirar la declaración. A pesar de ser comprensibles los temores, no se pueden justificar los remedios pues no se ven motivos para ello. Si el aceptante se retracta de su postura, no hay razón para impedirselo, pues con ello no lesiona en absoluto al oferente, quien desconoce la decisión final a su oferta. Quizá la única circunstancia que podría dar lugar a la aplicación de ese principio de la buena fe en aras de la perfección del contrato sería el supuesto de la aceptación que llega más tarde de lo normal a causa de un retraso en la transmisión (por

⁴⁶⁴El Convenio distingue (artículos 15 y 22) entre retirada y revocación, radicando el elemento distintivo en las diferentes fases de formación. La primera abarca desde la emisión de la oferta hasta su llegada al destinatario; durante este periodo, el oferente puede retirarla porque la oferta todavía no ha surtido efecto. La segunda comprende desde la llegada al destinatario hasta la perfección del contrato, y el oferente puede revocarla. Por eso, la oferta puede ser retirada durante el primer periodo aunque en el segundo sea irrevocable (también por motivos de eficiencia: los intereses del aceptante a proteger nacen con la llegada de la oferta, no antes).

⁴⁶⁵Cfr. FARNSWORTH. Article 22. pp. 196 y s.

ejemplo, una huelga del servicio de correos), y durante ese periodo anormal el aceptante retira su declaración.

4. Excepciones a la teoría de la recepción. Se ha discutido en la doctrina acerca de la posible existencia de una excepción a la regla de la recepción. En líneas generales, la aceptación puede producirse mediante una declaración de voluntad (artículo 18.2) o una conducta (artículo 18.3). En este último caso, ¿la conducta sólo es efectiva como declaración o es necesario añadir una notificación al oferente? Ciertamente en la práctica esta cuestión no es tan frecuente como parece, pues normalmente el cumplimiento va acompañado de una comunicación, aunque sea de un tercero (notificación del banco, albarán del transportista, etc.). Con todo, la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa. Pasemos entonces a una segunda cuestión, la realmente polémica: el artículo 18.3 establece que la conducta del aceptante, por sí misma, sin comunicación al oferente, hace surtir efecto a la aceptación en el momento en que se ejecute tempestivamente ese acto; ¿quiere eso decir que autoriza al aceptante a perfeccionar el contrato con el simple envío?, ¿refleja ello una excepción a la regla de la recepción? Al respecto se dan dos posiciones contrapuestas:

a) una primera sostiene⁴⁶⁶ que efectivamente es una excepción, en tanto en cuanto según el artículo 18.3 el cumplimiento tempestivo equivale a aceptación, siempre que sea una costumbre o uso, que así se derive de las prácticas que las partes hayan establecido entre ellas, o que así esté estipulado en virtud de la oferta (que el oferente así lo haya dispuesto, variando la regla del artículo 18.2);

⁴⁶⁶Ver: SCHLECHTRIEM. Uniform Sales Law. The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods. p. 54; FARNSWORTH. Article 18. pp. 170 y ss.

b) una segunda se opone a tal interpretación⁴⁶⁷ con base en la siguiente argumentación: la idea que domina todo el artículo 18 es que la aceptación exige una comunicación; en este sentido, sus apartados 1, 2 y 3 establecen que el aceptante tiene que "indicar el asentimiento", lo cual puede realizarse mediante el acto mismo (rápida llegada de las mercaderías) o mediante la notificación de que el acto se ha cumplido. La expresión "sin comunicación al oferente" del apartado 3 quiere decir sin comunicar por separado su asentimiento, no que excepcione el requisito de la comunicación al oferente y, consiguientemente, la necesidad de su recepción. En definitiva, según este sector, el artículo 18.3 relaja la forma de comunicación lo suficiente como para permitir al oferente llevar a cabo una acción con rapidez en respuesta a una oferta, pero no llega al extremo de constituir una excepción al criterio de la recepción.

5. La cuestión del lugar de formación del contrato. El Convenio no aborda la cuestión. De hecho, el Grupo de Trabajo debatió y finalmente rechazó en su 8ª Sesión una propuesta en este sentido⁴⁶⁸, por varias razones: a) para algunos, esa inclusión era innecesaria pues el momento de formación del contrato también determinaría el lugar de conclusión; b) para otros, no era conveniente ligar el momento de perfección con el lugar de conclusión, ya que en la realidad entre estas dos circunstancias se da una escasa relación (sobre todo en contratos orales o concluidos en un domicilio distinto del de ambas partes); c) para unos terceros, tal provisión resultaba innecesaria en tanto en cuanto el Convenio no contenía ninguna

⁴⁶⁷Ver: HONNOLD. Uniform Law for International Sales. § 164. pp. 224 y ss.

⁴⁶⁸Cfr. A/CN.9/128. VIII Yearbook (1977). § 101. p. 81. En HONNOLD. Documentary History of the Uniform Law for International Sales. pp. 282.

disposición que dependiera del lugar de formación del contrato. Por ello, esta cuestión no ha sido regulada por el Convenio, y no parece plausible una interpretación del mismo en este sentido a partir de los artículos que resuelven el momento de formación⁴⁶⁹.

6. Conclusión. El Convenio adopta la regla de la recepción, limitando la posibilidad de revocar la oferta al momento en que el aceptante envía su declaración. En este sentido, se aparta del criterio general del Common Law y opta por el mayoritario en los ordenamientos del Civil Law⁴⁷⁰.

d. Tendencias actuales: unificación.

La doble regulación de algunas materias del derecho de contratos tiene uno de sus orígenes en la falta de coordinación de nuestros codificadores. Uno de los cambios más notables que introdujo el Código de comercio de 1885 fue la disminución del número de artículos relacionados con la regulación de los contratos en general, pues de 30 se pasó a 14. Esta reducción ha sido interpretada como una respuesta al conocimiento, por parte de los codificadores, del texto del proyecto del Código civil y de su inmediata aprobación (puesto que dicho proyecto se ocupaba extensamente de tales cuestiones, ya no estaba justificado que se

⁴⁶⁹De la misma opinión, FARNSWORTH. Article 23. p. 200.

⁴⁷⁰La solución propuesta por el borrador de los Principios aplicables a los contratos internacionales de UNIDROIT coincide en todo con la regla del Convenio, por lo que gran parte del análisis antes efectuado puede aplicarse aquí: la declaración se perfecciona cuando llega a su destinatario (teoría de la recepción). Por su parte, el borrador de los Principios del derecho europeo de contratos también recoge el criterio de la recepción, a la vez que limita la revocación de la oferta al momento de envío de la aceptación (esta solución es la propuesta en este trabajo; véase más adelante el punto 6 de este capítulo).

mantuviese otra regulación similar en el Código de comercio); y, a la vez, ha sido criticada por lo insuficiente de la medida: se mantuvieron esos catorce artículos innecesariamente, pues no añadían nada relevante⁴⁷¹. Lo cierto es que esos artículos han propiciado una interpretación tendente a diferenciarlos del Código civil, motivado, según algún autor⁴⁷², por: a) una actitud de la doctrina mercantilista encaminada a encontrar una explicación y eficacia propia a tales preceptos; b) el interés partidista de los abogados en obtener soluciones favorables para sus causas (por ejemplo, en materia de formación del contrato, dependiendo de los hechos, el abogado defenderá que el contrato era civil o mercantil, buscando la aplicación de la solución más favorable); c) la legítima fuerza expansiva en el campo de las obligaciones de la doctrina mercantilista.

Por estas y otras razones, hoy en día la doctrina privatística de nuestro país defiende de manera unánime la necesidad de unificar el derecho civil y mercantil en materia de obligaciones y contratos⁴⁷³. Tendencia que es confirmada por las recientes normativas comparadas e internacionales (por citar un caso, el Convenio de Viena de 1980 rechaza explícitamente en su artículo 2 la clasificación de los contratos entre civiles y mercantiles, con el ánimo de superar esa distinción⁴⁷⁴).

⁴⁷¹Cfr. BERCOVITZ. Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones. pp. 291 y ss.

⁴⁷²Cfr., en general, BERCOVITZ. *Ibidem*. p. 293. VICENT CHULIA comparte el primer motivo [Compendio crítico de derecho mercantil. p. 2].

⁴⁷³Véase: BERCOVITZ. *Ibidem*. pp. 287 y ss.; DIEZ-PICAZO. Fundamentos. p. 297; Fernando SANCHEZ CALERO. El Código de comercio y los contratos mercantiles, en Centenario del Código de comercio. Vol. I. Madrid. Ministerio de Justicia. 1986. pp. 244 y ss.; Luis SUAREZ-LLANOS GOMEZ. Bases para una ordenación del Derecho de la contratación mercantil, en Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil. Madrid. Civitas/Fundación Universidad-Empresa. 1979. pp. 283 y ss.; VICENT CHULIA. Compendio crítico de derecho mercantil. p. 2.

⁴⁷⁴Otros ejemplos son el Código de Obligaciones suizo de 1881, modificado en 1011 y 1036, que regulaba ya de manera unitaria todos los contratos en un solo texto, aunque para los celebrados entre dos profesionales establecía algunas especialidades [el Proyecto

Y su explicación es muy clara: la realidad social que justificaba esa dualidad ya no existe, ha cambiado: a) la división, antaño clara, entre comerciante y no comerciante hoy en día es discutible, y, si acaso, ha sido sustituida por la de empresario/consumidor; b) los antiguos "no comerciantes", hoy consumidores, tienen ya una regulación particular, por lo que no necesitan otra, además de que tienen más facilidades que antes para conocer las reglas, reclamar, etc. Gráficamente se ha dicho que "el código [de comercio] vigente es fundamentalmente un código de la tienda y el almacén, un código de la actividad comercial al servicio de la mediación entre la producción y el consumo (...). El eje de todo el sistema contractual es la compraventa comercial"⁴⁷⁵. A la vuelta de cien años, la situación ha cambiado.

Las razones por las que se ve conveniente una unificación en esa materia son las siguientes: a) la realidad social justificativa antes descrita ha cambiado, por lo que hoy en día ya no es necesario mantener esa distinción en tanto en cuanto los consumidores ya tienen regulación propia; b) conviene evitar la inseguridad que puede generar dentro del tráfico económico la existencia de diferentes soluciones a un único supuesto de hecho, cuando los requisitos para aplicar una u otra solución no son claros, como es el caso; c) el creciente proceso de generalización del derecho mercantil a todo el ámbito del derecho privado; d) las leyes

de Código civil argentino de 1987 adoptó un criterio similar; véase Enrique BELTRAN. La unificación del derecho privado en la República Argentina. 41 Anuario de Derecho Civil (1988). pp. 517 y ss.), o el Codice civile italiano de 1942, que unificó totalmente el derecho de obligaciones y contratos. Por su parte, el artículo 1.1 del borrador de los Principios aplicables a los contratos internacionales, de UNIDROIT, también rechaza tácitamente esa distinción.

⁴⁷⁵ Aurelio MENENDEZ MENENDEZ. Código de comercio y reforma de la legislación mercantil, en Jornadas sobre la reforma de la legislación mercantil. p. 43.

especiales posteriores al Código de comercio manifiestan esa tendencia unificadora, dejando en la sombra su carácter civil o mercantil, y considerando más relevante la uniformidad de su régimen (quizá el ejemplo más claro sea la Ley del Contrato de Seguro, de 8.10.1980⁴⁷⁶, que prevé en su disposición final la derogación de los artículos del Código civil y Código de comercio referentes a ese contrato, pero no establece si el mismo será civil o mercantil); e) esta indefinición de la legislación especial ha motivado el mismo fenómeno en la jurisprudencia; f) las recientes normativas comparadas e internacionales confirman esa tendencia.

Otra cuestión, en la que no se va a entrar, radica en la forma más conveniente para llevar a cabo dicha reforma. Al respecto existe una polémica entre los partidarios de ordenar la nueva realidad económica y privada mediante leyes especiales, por ser éste el instrumento más rápido y flexible para adecuar el ordenamiento a los continuos cambios⁴⁷⁷, y los que optan en favor de la labor codificadora, al ser esta técnica la mejor garantía del rigor y respeto del sistema a la hora de legislar⁴⁷⁸.

Con todo, esta tarea unificadora en materia de obligaciones y contratos, vía código o vía leyes especiales, es todavía una asignatura pendiente en nuestro derecho privado que impide poder situarlo a la altura del moderno derecho de contratos.

⁴⁷⁶Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980.

⁴⁷⁷Véase: MENENDEZ. Código de comercio y reforma de la legislación mercantil. pp. 57 y s.; SUAREZ-LLANOS. Bases para una ordenación del Derecho de la contratación mercantil. pp. 302 y s.

⁴⁷⁸Véase: BERCOVITZ. Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones. pp. 288 y s.; GARRIGUES sugería tres códigos: uno general de obligaciones, otro civil, y un tercero de derecho mercantil [Derecho mercantil y derecho civil, en Anales de la Academia Matritense del Notariado. Tomo XV. Madrid. Ed. Reus. 1967. pp. 431 y ss., en especial, pp. 452 y s.].

5. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La jurisprudencia no ha sido ajena a estas vicisitudes, y en las sentencias que se han encontrado al respecto, la cuales se exponen a continuación, se puede observar la falta de rigurosidad en la aplicación de uno u otro criterio. Más bien, con base en los hechos acaecidos, ha optado por el criterio que favorecía a la solución justa del caso. Ciertamente la aplicación del artículo 1262 Cc o del 54 Cco no ha sido un tema sobre el que se haya litigado mucho, pero sí lo suficiente para poder extraer algunas conclusiones. En este sentido, las sentencias aquí recogidas han sido clasificadas en dos grupos: el primero reúne las que han aplicado la solución prevista por el artículo 1262.2 Cc, y de ellas se concluye que la jurisprudencia ha flexibilizado el requisito literal del conocimiento para aplicar en la práctica el de la recepción; el segundo agrupa las resoluciones que han aplicado el criterio del artículo 54 Cco, mostrando a su vez la evolución jurisprudencial hacia el sistema de la expedición. Finalmente se extraen unas conclusiones.

a. Sentencias que aplican el artículo 1.262.2 Cc.

Estas resoluciones se han ocupado de sentar un criterio determinante del momento de formación del contrato y de distribuir el riesgo de no llegada de la declaración.

1. Criterio: poner en condiciones de conocer. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha revisado en la práctica la teoría del conocimiento para acabar aplicando la de la recepción, al establecer como momento de perfección cuando el aceptante pone al oferente en condiciones de conocer el contenido de la declaración: sentencias de 29.9.1960⁴⁷⁹ (notificación eficaz a la demandante-heredera -al ponerla en condiciones de conocer el contenido de la venta- originadora de la caducidad de la acción de retracto de coherederos por ella ejercitada), 22.10.1974⁴⁸⁰ (contrato de obra perfeccionado al día siguiente del envío de la aceptación por correo ordinario, al determinar esta fecha el comienzo de la posibilidad de conocimiento por el oferente), 28.5.1976⁴⁸¹ (opción de compra ejercitada tempestivamente pero conocida tarde por el optatario por su culpa al no cumplir con sus deberes de información), 29.9.1981⁴⁸² (opción de compra tempestiva pero llegada tarde por causas imputables al vendedor, por ausencia de su domicilio al personarse el optante), 10.12.1982⁴⁸³ (opción de compra ejercitada tempestivamente pero conocida tarde por la propietaria debido a su ausencia del domicilio).

Puede dar la impresión que la teoría de la recepción aplicada por la jurisprudencia sea algo cualificada, pues al ser el criterio poner en

⁴⁷⁹Sentencia TS de 29.9.1960 [(Ponente: Sr. Antonio DE VICENTE TUTOR Y DE GUELBENZU). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (septiembre 1960). nº 529. pp. 269 a 275]. Aranzadi (1960), 3151.

⁴⁸⁰Sentencia TS de 22.10.1974 [(Ponente: Sr. Julio MARTINEZ CALVILLO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (julio-septiembre 1974). nº 400. pp. 512 a 522]. Aranzadi (1974), 3971.

⁴⁸¹Sentencia TS de 28.5.1976 [(Ponente: Sr. Gregorio DIEZ-CANSECO Y DE LA PUERTA). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (mayo 1976). nº 162. pp. 401 a 409]. Aranzadi (1976), 2366.

⁴⁸²Sentencia TS de 29.9.1981 (ver en n. 367 y texto que la acompaña una explicación más detallada de los hechos).

⁴⁸³Sentencia TS de 10.12.1982 [(Ponente: Sr. José Luis ALBACAR LOPEZ). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (noviembre-diciembre 1980). nº 516. pp. 815 a 825]. Aranzadi (1982), 7474.

condiciones de conocer, no sería suficiente la llegada al domicilio o ámbito de intereses del destinatario, sino que se añadiría un plus consistente en la posibilidad de conocer (la introducción de una aceptación por carta en el buzón de la oferente un sábado no perfeccionaría el contrato hasta el siguiente día laborable, pues hasta entonces no está en condiciones de conocer su contenido). Sin embargo, los casos arriba reseñados demuestran lo correcto de esta postura, pues en los dos últimos los oferentes estaban ausentes de su domicilio, por lo que no tuvieron posibilidad de conocer en aquel momento, y aún así el Tribunal consideró perfeccionado el contrato.

2. Distribución del riesgo de la no llegada o del no conocimiento.

La jurisprudencia ha sentado a lo largo de los diferentes casos un par de criterios, según los cuales:

a) el riesgo de la no llegada lo soporta el oferente cuando el retraso o la no llegada sean consecuencia de su actuar, culpable (incumplimiento deberes de información -sentencia 28.5.1976-) o no culpable (ausencia de domicilio -sentencias de 29.9.1981 y 10.12.1982-);

b) el riesgo de la no llegada lo soporta el aceptante en los restantes casos (por ejemplo, error en la dirección postal), a menos que demuestre su falta de culpa (opción de compra ejercitada a tiempo pero llegada tarde de manera anómala -matasellada once días después de su emisión- sin justificación del retraso por el aceptante, teniendo en cuenta la

reducida distancia geográfica entre las partes, apenas cuarenta kilómetros -sentencia 26.5.1991⁴⁸⁴-).

b. Sentencias que aplican el artículo 54 Cco.

Muy pocos son los casos resueltos por el Tribunal Supremo relativos al momento de perfección del contrato mercantil por correspondencia; y de éstos, no todos son de la Sala Primera. Con todo, se puede extraer un criterio: la jurisprudencia aplica en la práctica la teoría de la expedición, considerando perfeccionado el contrato cuando la declaración sale del ámbito de influencia del aceptante. Así, sentencias de 28.3.1928 (Sala 1ª)⁴⁸⁵ (contrato perfeccionado con el envío al oferente del clausulado firmado), Auto TS (Sala 2ª) de 20.12.1984⁴⁸⁶ (el delito de cheque en descubierto se comete en el lugar donde se entrega, que en los supuestos de envío por correo consiste en el lugar donde, una vez rellenado y suscrito, se remite, basándose en el artículo 54 Cco, al ser el cheque un valor mercantil), 27.2.1990 (Sala 3ª)⁴⁸⁷ (criterio de la expedición en materia de presentación e recursos administrativos: la entrega de un recurso para su certificación en una oficina de correos es suficiente para considerarlo presentado a efectos de plazo), 26.5.1991 (Sala 1ª) (opción extratemporal emitida ocho días antes de su vencimiento, pero expedida

⁴⁸⁴Sentencia TS de 26.5.1991 (Ponente: Sr. Luis MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ). Aranzadi (1991), 3836.

⁴⁸⁵Sentencia TS de 28.3.1928 [(Ponente: Sr. Mariano AVELLON). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (marzo 1928). nº 113. pp. 739 a 752].

⁴⁸⁶Auto TS (2ª) de 20.12.1984 [(Ponente: Sr. Luis VIVAS MARZAL). Colección Legislativa. Jurisprudencia Criminal (diciembre 1984). nº 1814. pp. 6851 a 6853]. Aranzadi (1984), 6594.

⁴⁸⁷Sentencia TS (3ª) de 27.2.1990 (Ponente: Sr. Mariano DE ORO-PULIDO LOPEZ). Aranzadi (1990), 1521. La Ley, 7.6.1990. pp. 3 y s.

tres días después del mismo: se rechazó la aplicación de la teoría de la emisión).

c. Conclusiones del análisis jurisprudencial.

Del estudio anteriormente realizado pueden extraerse, esquemática-mente, las siguientes conclusiones:

a) se reconoce la existencia en nuestro ordenamiento de dos criterios para solucionar las disputas acerca del momento de formación del contrato, en función de su naturaleza;

b) la jurisprudencia ha revisado ambas soluciones (conocimiento y emisión) para acabar aplicando otras más flexibles (recepción y expedición);

c) los contratos civiles y los contratos mercantiles excepto por correspondencia se perfeccionan cuando se pone en condiciones de conocer; y el riesgo de la no llegada lo soporta el oferente cuando dicho evento sea consecuencia de su actuar, mientras que en los restantes casos lo soporta el aceptante, a menos que pruebe su falta de culpa;

d) el criterio aplicado en los contratos mercantiles por correspondencia radica en el momento en que la declaración se desprende y sale del ámbito del aceptante.

La razón que justifica, a juicio del autor de estas líneas, la adopción de estas dos soluciones más flexibles estriba en la seguridad jurídica que proporcionan, pues con las dos originarias estaba en las manos del emisor y del destinatario la posibilidad de falsear el momento de emisión o conocimiento, mientras que de la otra manera interviene un tercero o, cuanto menos, la declaración escapa del ámbito de las partes.

6. Propuesta.

La falta de criterios claros por parte de la jurisprudencia (manifestación de la incomodidad con que se mueve con los proporcionados por el ordenamiento), la innecesaria existencia en la actualidad de dos soluciones, y la tendencia hacia la unificación del derecho de las obligaciones y contratos civiles y mercantiles, hacen concluir en la necesidad de reformar este aspecto y unificar las soluciones. En este sentido, a continuación se detalla la propuesta, no sin antes poner de manifiesto las críticas que han sido formuladas contra el tradicional argumento en favor de la dualidad de soluciones.

1. La justificación de la dualidad de soluciones y su crítica. La doctrina, sobre todo mercantil, tradicionalmente ha justificado esta dualidad de soluciones en nuestro ordenamiento con base en el razonamiento que el artículo 54 Cco facilita la rapidez del tráfico mercantil, generando cuanto antes el nacimiento del contrato, mientras que el artículo 1.262.2 Cc favorece la seguridad del tráfico civil, más lento

y necesitado de mayores garantías⁴⁸⁸. Esta explicación ha sido con acierto criticada, con base en las siguientes razones⁴⁸⁹:

a) la dificultad de caracterizar de diferente manera, hoy en día, al tráfico civil del mercantil: el Código de comercio y el Código civil tuvieron destinatarios distintos, pues, muy escuetamente, mientras el primero se inspiraba en la idea del beneficio en el comercio, y fue redactado pensando en el comerciante, el segundo defendía la propiedad, por lo que fue redactado pensando en el propietario (en aquel entonces, mayoritariamente de bienes inmuebles). Ese sustrato socio-económico que justificaba esa distinción en la actualidad ha cambiado, pues se ha pasado de la dicotomía comerciante/terratendiente a la de empresario/consumidor. Es en este sentido que el argumento anteriormente expuesto -rapidez del tráfico mercantil- no tiene ya razón de ser;

b) utilidad indistinta de ambas soluciones para obtener la rapidez del tráfico económico: al respecto se ha afirmado que "tanto contribuye a la rapidez y fluidez del tráfico poner un límite al tiempo durante el cual el oferente tiene que esperar para tener conocimiento de la aceptación como entender que con la nueva emisión o expedición de ésta el contrato queda perfeccionado"⁴⁹⁰;

⁴⁸⁸Véase para la doctrina mercantil: URIA. Derecho mercantil. p. 536; BROSETA. Manual de derecho mercantil. p. 423. Para la doctrina civil, ROVIRA/PALOMAR. Problemas de la contratación entre personas distantes. p. 174.

⁴⁸⁹Cfr. VICENT CHULIA. Compendio crítico de derecho mercantil. pp. 5 y ss., y BERCOVIT. Codificación civil y codificación mercantil: la reforma del derecho de obligaciones. pp. 309 y ss., quien la califica de simplista.

⁴⁹⁰BERCOVITZ. Ibidem. p. 310.

c) inversión de la persona del oferente y del aceptante: la doctrina ha sostenido tradicionalmente que el Código de comercio ha sido promulgado para los comerciantes, necesitados de un tráfico económico rápido, y por eso se protege al oferente (haciendo que el aceptante no pueda revocar su declaración); por su parte, el Código civil tiene como ámbito de aplicación un tráfico más lento, luego protege al aceptante. Ahora bien, ¿quién es en realidad el oferente y quién el aceptante? Intuitivamente se concluye que el primero es el vendedor y el segundo el comprador. Mas, si se medita con detenimiento, es posible llegar a la solución contraria y afirmar que en la mayoría de los casos quien desea comprar es el oferente y quien desea vender el aceptante (pensar en los pedidos a empresas, en las tiendas⁴⁹¹,...). Por lo menos así es en los contratos de confirmación. En los de elaboración seguramente también, pero en éstos, al perfeccionarse tras una serie de negociaciones donde las partes están en una posición de mayor igualdad, la cuestión de quién sea el oferente y quién el aceptante tiene menor importancia. En definitiva, al invertirse las posiciones iniciales tenidas en cuenta por los codificadores, dicha dualidad y sus soluciones carecen ya de sentido.

2. Criterio propuesto. Vistas las soluciones que ofrece nuestro ordenamiento, su justificación y las críticas recibidas, cabe, en la línea unificadora, optar por un criterio y justificar su elección. Adelantando la respuesta, la solución que parece más adecuada es la adoptada por el

⁴⁹¹Se puede objetar que en la tienda es el vendedor, al mostrar sus productos, quien está ofreciendo, y el comprador quien acepta la oferta. Pero no parece del todo claro, pues realmente el vendedor invita a ofrecer, pero quien realmente realiza la oferta es el comprador. Ello es así porque el vendedor puede negarse a vender, pues no está obligado a ello, mientras que si con la exposición de productos está ofreciendo, una vez haya entrado un cliente y le manifieste su intención de comprar tal producto, quedaría vinculado jurídicamente -pues se habría perfeccionado el contrato- y obligado por tanto a venderle.

Convenio de Viena: la teoría de la recepción (artículos 18.2 y 23), concediéndole al oferente la posibilidad de revocar siempre que ésta llegue al aceptante antes que sea expedida la aceptación (artículo 16.1). No es una solución unitaria sino dualista⁴⁹², en el sentido que a las distintas situaciones posibles no se les aplica el mismo criterio. A continuación se tratará de justificar esta postura.

3. El problema de la toma en conocimiento del momento de perfección del contrato y la posibilidad de revocación. En general, en este tema hay dos aspectos alrededor de los cuales se mueven los intereses en favor y en contra de una postura o de otra: el primero, la toma en conocimiento del momento de perfección del contrato (en el caso de la expedición, quien goza de esa ventaja es el aceptante; en el caso de la recepción, el oferente); el segundo, la posibilidad de revocación. Por su carácter indisoluble, ambos van a ser tratados conjuntamente, exponiendo, en primer lugar, los argumentos a favor y en contra del criterio de la expedición respecto a ambas cuestiones, para, en segundo lugar, concluir en favor del criterio de la recepción vistos los inconvenientes de la anterior, solucionando a la vez el problema de la revocación del oferente.

a. El criterio de la expedición. La adopción de este criterio para determinar el momento de perfección del contrato presenta, desde la perspectiva del conocimiento del mismo por las partes y de la posibilidad de revocar las declaraciones de voluntad, argumentos a favor y en contra.

⁴⁹²En nuestra doctrina también han defendido posiciones dualistas PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho Civil) y ROGEL VIDE (Momento y lugar de formación del contrato).

a.1. Argumentos a favor: de entre los formulados, quizá el más atractivo sea el de la equivalencia de cargas de las partes, según el cual, en materia de formación del contrato el oferente goza de una buena ventaja, la no vinculación de la oferta, por lo que puede revocarla en cualquier momento; luego, en justicia cabe conceder una ventaja equivalente al aceptante y ésta se puede procurar adoptando el criterio de la expedición, pues, de este modo, el aceptante acorta el tiempo durante el cual el oferente puede revocar y además conoce el momento exacto en que se ha perfeccionado el contrato.

a.2. Argumentos en contra: este criterio presenta dos puntos débiles, que se van a tratar de exponer a continuación:

a) el primero, que se verá más adelante con detenimiento (revocación), reside en la descompensación del sistema en caso que la oferta pase a ser irrevocable a partir de un determinado momento, pues ya no habría razón para concederle una ventaja al aceptante, al perder el oferente la suya;

b) el segundo se basa en la posibilidad de una mayor eficiencia en el asignamiento de los recursos, y su razonamiento es el siguiente: según la teoría de la expedición, el contrato se forma en el momento que la aceptación se desprende de su autor, por lo que a partir de entonces ninguna de las dos partes podrá revocar su declaración. Pues bien, no se ve razón para privar al aceptante de la posibilidad de revocar su aceptación mientras ésta no haya llegado todavía al oferente; porque, en este caso, el oferente ni se beneficia ni es perjudicado, pues al desconocer el contenido de la decisión del aceptante, el que ésta sea un rechazo o un

asentimiento no le lesiona ningún interés o expectativa suya particular. Por contra, de conceder al aceptante la posibilidad de revocar se derivan sólo ventajas, pues podrá sacar mayor partido a sus intereses sin lesionar a su vez los de la otra parte. En otras palabras, se posibilita una mayor eficiencia en el asignamiento de los recursos; ¿por qué entonces poner trabas a ello? El contrato es un instrumento razonable para desplazar recursos de quien los valora menos a quien los valora más: incrementa la riqueza, e impidiendo en este caso la posibilidad de revocar al aceptante, se está obstaculizando esa distribución óptima de los recursos. Un ejemplo ayudará a entenderlo: si un artista acepta por carta un encargo y, mientras ésta está en el correo, le surge un nuevo encargo mucho más atractivo o la oportunidad de trabajar con un artista afamado durante una temporada e incrementar así su formación, no se ve razón por la cual no pueda revocar su aceptación por teléfono antes de que llegue la carta, teniendo en cuenta que no produce lesión alguna al oferente, pues desconocía el contenido afirmativo o negativo de la decisión. ¿Qué diferencia habría entre este caso y el supuesto en que ya desde el principio el pintor hubiera rechazado el encargo?

b. El criterio de la recepción. Estas dos objeciones conducen a que, en un principio, se opte por el criterio de la recepción, pues de esta manera el aceptante puede revocar. Con todo, inmediatamente se plantea un problema, pues si el oferente también puede revocar -que es lo más normal- cabría la posibilidad que su revocación fuese emitida o llegase al aceptante una vez enviada la aceptación, lo cual provocaría en el aceptante una cierta inseguridad. En este sentido, una posible crítica a la teoría de la recepción desde el punto de vista de la revocación de una oferta antes de recibir la aceptación sería la siguiente: la regla de la expedición, a

diferencia de la regla de la recepción, remueve un elemento de incertidumbre de la relación contractual, pues el aceptante conoce si la revocación de la oferta ha llegado -y en consecuencia ha sido efectiva- antes o después de emitir su aceptación, que es cuando se perfecciona el contrato, mientras que, se aplique una u otra regla, el oferente se mantiene en la incertidumbre. En otras palabras, desde el punto de vista de la revocación, la aplicación de la teoría de la expedición o de la recepción no afecta en nada al oferente, mientras que la primera mejora respecto de la segunda la posición del aceptante. Esa crítica es acertada, mas para solucionar ese inconveniente no es necesario adoptar la regla de la expedición, pues se puede alcanzar el mismo resultado exigiendo que la revocación de la oferta llegue a su destinatario antes que la aceptación sea expedida (como lo soluciona el Convenio de Viena). Luego el oferente podrá revocar, pero con esa limitación temporal.

4. El problema de la no recepción de la aceptación. Este problema recoge los supuestos de la no llegada de la aceptación o de su pérdida durante la transmisión, que no es exactamente lo mismo: el segundo supuesto es un subcaso del primero, pero no engloba todo el primero; en otras palabras, cualquier pérdida durante la transmisión supone una no llegada de la aceptación, pero no toda no llegada equivale a una pérdida durante la transmisión. Por eso requieren un trato diferente ante la cuestión de quién soporta el riesgo en estos casos.

a. No llegada de la aceptación: dejando de lado la cuestión de la pérdida durante la transmisión, en el supuesto ahora contemplado caben tres situaciones causales diferentes: causas imputables al emisor (datos equivocados), causas imputables al destinatario (incumplimiento

deberes de información: transmisión errónea de datos, no notificación cambio de domicilio, etc.), causas neutras (ausencia del destinatario). En las dos primeras situaciones es claro que el riesgo lo asume el sujeto al cual se le imputa la causa; sin embargo, es en la tercera situación donde surgen las dudas. Aplicando la solución aquí propuesta, la regla de la recepción, se haría soportar el riesgo al emisor (serían causas imputables al emisor), pues mientras no llegue no se perfecciona.

b. Pérdida de la aceptación durante la transmisión: en este supuesto específico de no llegada de la aceptación hay un responsable claro, el mensajero, aunque su responsabilidad puede concurrir junto con la del emisor (pérdida por errónea consignación de datos) o la del destinatario (que esos datos erróneos sean consecuencia de una notificación equivocada por su parte).

En aquellos ordenamientos donde el sistema adoptado ha sido el de la expedición, la doctrina ha criticado la radicalidad con que la jurisprudencia ha aplicado dicha solución a estos casos de recepción tardía o extravío de la declaración, y, aun proponiendo que el riesgo lo soporte el emisor, le permite probar que el destinatario no ha cambiado de manera perjudicial su posición por la creencia de la falta de aceptación, o que él sí ha variado perjudicialmente su posición a causa de la confianza en el contrato presumiblemente formado⁴⁹³.

5. Conclusión. En resumen, las razones por las que se sostiene esta postura son las siguientes:

⁴⁹³Cfr., en los Estados Unidos de América, MACNEIL. Time of Acceptance: Too Many Problems for a Single Rule. pp. 968 y ss.

a. Razón económica: de esta manera se consigue una mayor eficiencia en la asignación de los recursos.

b. Razón de justicia: remoción del elemento de incertidumbre que se cierne sobre el aceptante con relación a la posible revocación de la oferta (ventaja para el aceptante), compensada con el retraso de la perfección hasta la llegada de la aceptación (ventaja para el oferente).

c. Razón de asunción de riesgos: el oferente no tiene por qué soportar el riesgo del extravío o retraso de la aceptación, además de que una vez expedida esta declaración el aceptante no ha de temer la revocación de la oferta.

d. Razón de unidad de criterio en nuestro ordenamiento: solución acorde con la recogida por el Convenio de Viena de 1980, el cual forma parte de nuestro derecho interno, de tal manera que se evita aplicar criterios distintos para las compraventas internacionales y el resto de contratos.

e. Razón de derecho comparado: solución igual o parecida a las adoptadas en la mayoría de ordenamientos comparados (Alemania -§ 130.I BGB-, algún sector de la doctrina y jurisprudencia francesa, Italia -artículos 1326 y 1335 Codice Civile-, Estados Unidos de América y Gran Bretaña -salvo la mail-box rule-).

f. Razón de la naturaleza de la aceptación: ésta es una declaración de voluntad recepticia, dirigida a una persona. Es cierto que existe en

nuestra doctrina una polémica tradicional acerca del momento de su perfección, en la que se discute si la llegada de la declaración al destinatario constituye condición de su existencia o condición de su eficacia. Un sector entiende perfeccionada la declaración de voluntad sólo cuando llega a su destinatario⁴⁹⁴, mientras que otro sostiene que se perfecciona cuando se independiza del declarante y es eficaz cuando llega a su destino⁴⁹⁵. Sin ánimo de entrar en la polémica, es cierto que conforme a ambas posturas es necesario que la aceptación llegue al oferente (originariamente a su conocimiento, hoy es suficiente a su domicilio o ámbito de intereses).

⁴⁹⁴Ver, por todos, ALBALADEJO. Derecho Civil I. § 82 pp. 182 y ss.

⁴⁹⁵Cfr. FERRANDIZ GABRIEL. Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia. p. 109.

V

**LA FORMACION DEL CONTRATO DE
SEGURO**

V. LA FORMACION DEL CONTRATO DE SEGURO

Este capítulo trata de los problemas que plantea la formación del contrato de seguro desde una perspectiva fundamentalmente práctica. En este sentido, el marco de la discusión viene delimitado por los casos origen de las sentencias del Tribunal Supremo y su resolución, y el contenido lo compone el estudio del momento de formación de este contrato y de las cláusulas que forman parte del mismo.

La mayoría de litigios en fase de formación del contrato de seguro⁴⁹⁶ surge en el momento de la eficacia por haberse dado el supuesto de hecho previsto. En otras palabras, aparece cuando se produce un siniestro. A partir de ese momento, estos casos pueden reunirse en torno a dos grupos.

⁴⁹⁶La bibliografía de referencia en materia de formación del contrato de seguro es la siguiente:

a) doctrina: Fernando DEL CAÑO ESCUDERO. Derecho español de seguros. Tomo I (3ª ed). Madrid. Imprenta Sáez. 1983; J.J. GARRIDO Y COMAS. Tratado general de seguros. Tomo I. Teoría general y derecho español de los seguros privados. Vol. 2º. Madrid. Consejo General de Agentes y Corredores de Seguros de España. 1987; Joaquín GARRIGUES. Contrato de Seguro Terrestre (2ª ed). Madrid. Imprenta Aguirre. 1982; Fernando SANCHEZ CALERO/Francisco Javier TIRADO SUAREZ. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial (dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO). Tomo XXIV. Ley de Contrato de Seguro. Vol. 1º. Madrid. EDERSA. 1984; Evelio VERDERA Y TUELLS (director). Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. Madrid. Colegio Universitario de Estudios Financieros. 1982;

b) jurisprudencia: Fernando Luis BLANCO GIRALDO. La ley de contrato de seguro en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1980-1990). Madrid. Dykinson. 1991; José Luis NAVARRO PEREZ. Ley del contrato de seguro: comentario y jurisprudencia. Madrid. Cívitas. 1991.

1. Primer supuesto: siniestro ocurrido durante el proceso de formación.

La sociedad "Comercial Riojana de Exportación, S.A.", dedicada al secado y venta de jamones, concertó en abril de 1984 con la compañía aseguradora "La Previsión Española, S.A." una póliza de seguro de robo con relación a los jamones que guardaba en sus almacenes. Con el tiempo las partes fueron concertando diferentes aumentos de cobertura del seguro, en función de la mayor cantidad de jamones que en determinadas épocas del año se guardaban en los referidos almacenes. Esos aumentos se pactaban con el agente de la aseguradora y se formalizaban con posterioridad a las fechas de su estipulación y de inicio del periodo de mayor cobertura a que correspondían. En éstas, el 8 de noviembre de 1984 se pactó un nuevo aumento (hasta 14.446.520 pts.), y el agente, de su puño y letra, redactó la estipulación en un papel con membrete de la aseguradora, y la entregó al asegurado. Al día siguiente 1.170 jamones fueron robados en uno de los almacenes, sin que la aseguradora hubiese todavía emitido el apéndice de la póliza ni el asegurado pagado la prima (lo cual acostumbraba a hacer al recibir el documento). La compañía se negó a indemnizar, y el asegurado la demandó.

Tanto el Juez de Primera Instancia número 1 de Logroño, como la Audiencia Territorial de Burgos y el Tribunal Supremo⁴⁹⁷ dieron lugar a la demanda y condenaron a la aseguradora a pagar 3.528.554 pts.

Los antecedentes de esta sentencia reflejan con claridad el supuesto de hecho de este primer grupo de problemas: el siniestro se ha

⁴⁹⁷Sentencia TS de 22.12.1990 (n. 114).

producido estando todavía vivo el proceso de formación y de ahí se deriva la discusión acerca de la existencia del contrato. En una buena parte de los contratos de seguro el acuerdo se lleva a cabo de manera rápida, mas la formalización puede llevar semanas, sobre todo porque la póliza suele tardar tiempo en ser emitida. Además, en ocasiones el pago de la prima no coincide con el momento de la firma. Por todo eso, no es difícil suponer los problemas que esa contratación puede generar, de los cuales se pueden colegir dos grandes cuestiones: la primera, el carácter consensual o formal del contrato de seguro, y por tanto la función de la póliza; la segunda, la posible consideración del asegurado como oferente.

a. Consensualidad o formalismo en el contrato de seguro.

Desde antes de la LCS se discute si el contrato de seguro se perfecciona al producirse el consentimiento de las partes, cualquiera que sea su forma (contrato consensual), o si, por el contrario, es necesario para su perfección que el consentimiento se otorgue en forma determinada (contrato formal), que en este caso consistiría en la póliza firmada.

a.1. Antes de la LCS. La discusión se basaba en los artículos 1.793 del Cc y 382 del Cco, que exigían documento público o privado suscrito por los contratantes. La doctrina se encontraba dividida:

A. Unos defendían la tesis de la consensualidad⁴⁹⁸. Esta postura la basaban en el art. 382 Cco en relación a los arts. 51 y 52 del mismo cuerpo legal, que establecen el principio de libertad de forma.

⁴⁹⁸Cfr. LANGLE Y RUBIO. Manual de Derecho Mercantil Español. Tomo III. pp. 537 y s.; Fernando SANCHEZ CALERO. Instituciones de Derecho Mercantil (2ª ed). Valladolid. Ed. Clares. 1970. pp. 439 y ss.; Rodrigo URÍA. Derecho Mercantil (11ª ed). Madrid. 1976.

B. Otros eran partidarios de la formalidad⁴⁹⁹. Sus argumentos eran: (1) el art. 382 Cco en relación al art. 52 del mismo cuerpo legal; (2) la Exposición de Motivos del Código de Comercio, que sancionaba con nulidad los contratos de seguro no redactados por escrito; (3) el art. 7 del Reglamento de Seguros, de 2 de febrero de 1912, que identificaba expedición de la póliza con perfección y vinculatoriedad.

a.2. Después de la LCS. Parece que la ley no ha aclarado del todo la cuestión, aunque su art. 5 afirme que "el contrato de seguro y sus modificaciones o adiciones deberán ser formalizadas por escrito"; por ello, la controversia continúa:

A. Para unos, dicho artículo establece un deber de documentar el contrato a los puros efectos probatorios, pero no una exigencia formal para la validez del mismo⁵⁰⁰. Los argumentos de esta tesis son los siguientes:

pp. 562 y s.; Agustín VICENTE Y GELLA. Curso de derecho mercantil comparado (4ª ed). Zaragoza. Tipografía La Académica. 1960. pp. 525 y ss.

⁴⁹⁹En la doctrina mercantil, véase: Manuel BROSETA PONT. Manual de Derecho Mercantil (3ª ed). Madrid. Tecnos. 1978. pp. 482 y ss.; Joaquín GARRIGUES. Contrato de seguro terrestre. Madrid. Imprenta Aguirre. 1973. p. 54; el mismo en Curso de Derecho Mercantil. Tomo II (7ª edición, revisada con la colaboración de Fernando SANCHEZ CALERO). Madrid. Imprenta Aguirre. 1979. pp. 278 y s. En la doctrina civil: José CASTAN. Derecho civil español común y foral. Tomo IV (10ª ed, revisada y puesta al día por José FERRANDIS VILELLA). Madrid. Editorial Reus. 1977. pp. 696 y s.; Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON. Fundamentos de derecho civil patrimonial. Madrid. Tecnos. 1970. pp. 174 y s.; José PUIG BRUTAU. Fundamentos de derecho civil. Tomo II. Vol. 2º. Barcelona. Bosch. 1956. p. 484.

⁵⁰⁰Cfr. ALFARO AGUILA-REAL. Comentario p. 311 y s.; FERNANDEZ RUIZ. Fundamentos de derecho mercantil. pp. 604 y s.; GARRIDO Y COMAS. Tratado general de seguros. pp. 173 y s.; GARRIGUES. Contrato de Seguro Terrestre. pp. 96 y ss.; Pedro MIROSA MARTINEZ. Algunas notas sobre el régimen de la póliza en el contrato de seguro. 84 Revista Jurídica de Cataluña (1985). pp. 159 a 189, en concreto, pp. 166 y ss.; QUESADA GONZALEZ. Comentario. pp. 191 y s.; SANCHEZ CALERO. "Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo" (art 5 LCS), en Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial. pp. 104 y s.; el

(1) el art. 6.2 LCS permite a las partes retrotraer los efectos del contrato "al momento en que se presentó la solicitud o se formuló la proposición", lo que no es compatible, dicen, con la solemnidad del contrato, ya que si se pacta esa retroacción, el contrato se perfecciona antes de emitir la póliza;

(2) el art. 5 LCS incluye el deber del asegurador de entregar la póliza o, al menos, el documento provisional, estableciendo una obligación derivada de un contrato, que sólo puede justificarse admitida su consensualidad;

(3) la rúbrica de la Sección segunda, que habla de "conclusión" y "documentación del contrato";

(4) el principio general del Derecho Privado en favor de la consensualidad (arts. 1254 y 1258 Cc, y 51 y 52 CCo);

(5) si la ley vigente hubiese querido atribuir el carácter formal al contrato de seguro lo hubiera establecido de manera expresa;

(6) los trabajos preliminares (art. 4 del Anteproyecto de 1.969 y art. 5 del de 1.970).

B. Para otros, la ley ha venido a confirmar el criterio de la formalidad⁵⁰¹. Esta posición se basa en los siguientes argumentos:

(1) la claridad con que el art. 5 LCS impone la necesidad de que el contrato se formalice por escrito;

(2) el art. 6.2 de la misma ley reconoce que la eficacia del contrato comienza desde el momento en que se expide la póliza y es firmada por las partes, aunque sus efectos se retrotraigan a un momento anterior;

(3) el último párrafo del art. 8 LCS, según el cual se estará a lo dispuesto en la póliza a menos que las partes subsanen las posibles divergencias existentes por el procedimiento establecido, pone de relieve la preeminencia de la póliza (lo escrito) sobre la propuesta y tratos negociales;

(4) la clara conciencia existente en el debate parlamentario acerca del carácter formal del contrato;

(5) otros argumentos, de menor importancia, son el art. 2 LCS, el art. 52 Cco aplicado de manera subsidiaria, o el hecho de que la legislación especial de los seguros marítimos y obligatorios de automóviles y caza exija la forma escrita como constitutiva del contrato.

mismo en Instituciones de derecho mercantil (15ª ed). p. 576; Rodrigo URIA. Derecho Mercantil (18ª ed). pp. 535 y s. y 650 y s.

⁵⁰¹Cfr. Manuel ALBALADEJO. Derecho civil. Tomo II Derecho de obligaciones. Vol. 2º (8ª ed). Barcelona. Bosch. 1989. p. 415; BROSETA PONT. Manual de Derecho Mercantil (9ª ed). pp. 537 y ss.; DEL CAÑO ESCUDERO. Derecho español de seguros. pp. 403 y ss.; TIRADO SUAREZ. Derecho mercantil. pp. 1002 y ss.; VICENT CHULIA. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. pp. 516 y s.

a.3. Derecho comparado. Básicamente se ofrecen tres soluciones a esta cuestión:

A. Consensualismo: aquellos ordenamientos jurídicos que atribuyen al contrato de seguro un carácter estrictamente consensual, sin imponer otros requisitos formales que los pactados libremente por las partes; por ejemplo, la legislación de seguros alemana (§ 3 de la Versicherungsvertragsgesetz, VVG, que obliga a la compañía de seguros a extender, después de la formación del contrato, un documento firmado en este sentido, de carácter puramente declarativo⁵⁰²) o el derecho de seguros de los ordenamientos del Common Law, donde cualquier contrato, incluso oral, con consideration tiene validez, no siendo los contratos de seguro una excepción a esa regla⁵⁰³.

B. Consensualismo más forma ad probationem: el contrato de seguro tiene carácter consensual, pero se impone la forma escrita y la extensión de determinados documentos únicamente como medio de prueba. Es la solución adoptada en Italia (art. 1888 Codice Civile)⁵⁰⁴, en

⁵⁰²Véase: Erich PRÖLSS/Anton MARTIN/Jürgen PRÖLSS. Versicherungsvertragsgesetz (23 ed). München. C.H. Beck. 1984. nota 1 al § 3 VVG, con abundantes citas de la jurisprudencia del BGH y de los Oberlandesgerichte.

⁵⁰³Véase para el Reino Unido: Malcom A. CLARKE. The Law of Insurance Contracts. London. Lloyd's of London Press. 1989. pp. 203 y ss.; E. R. HARDY IVAMY. General Principles of Insurance Law (5th ed). London. Butterworths. 1986. pp. 114 y s. y 229 y ss.; Halsbury's Laws of England. Vol. 25 (4th ed). London. Butterworths. 1978. § 399. pp. 222 y s.; Robert MERKIN. Colinvaux's Law of Insurance (6th ed). London. Sweet & Maxwell. 1990. § 1-22. p. 13. Para Estados Unidos de América: Robert E. KEETON/Alan I. WIDISS. Insurance Law. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1988. pp. 42 y ss.

⁵⁰⁴Cfr., en general, Alfredo DE GREGORIO/Giuseppe FANELLI. Diritto delle assicurazioni. Vol. II. Milano Giuffrè. 1987. pp. 53 y ss.; Antigono DONATI/Giovanna VOLPE PUTZOLU. Manuale di diritto delle assicurazioni private (3ª ed). Milano Giuffrè. 1987. pp. 177 y ss.; Aurelio DONATO CANDIAN. Forma e assicurazione. Milano Giuffrè. 1988; Enrico STEIDL. Il contratto di assicurazione (2ª ed). Milano Giuffrè. 1990. pp. 25 y ss.

Francia (art. L 112-3 Code des Assurances)⁵⁰⁵, y por la Propuesta de Directriz de la CEE en materia de contrato de seguro, en su artículo 2.6⁵⁰⁶. También es la solución española, por lo menos la adoptada por la jurisprudencia, como se verá más adelante.

C. Formalismo: el contrato de seguro es formal; en ausencia de la póliza el contrato no obliga ni permite accionar. Este es el grupo más minoritario de los tres, donde cabría incluir al seguro marítimo del derecho español (art. 737 Cco)⁵⁰⁷ e inglés [§ 22 Marine Insurance Act (1906)]⁵⁰⁸].

a.4. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se puede observar una evolución desde posiciones mayoritariamente consensualistas hasta posturas en las que, sin abandonar ese carácter, se exige una cierta forma para probar la existencia del contrato. A estos efectos, conviene distinguir dos periodos: uno anterior a la LCS y otro posterior.

A. Jurisprudencia anterior a la LCS: se tendía a considerar consensual el contrato de seguro, aunque no de manera unánime. Véanse algunas de las sentencias que lo consideraron consensual:

⁵⁰⁵Cfr., en general, Yvonne LAMBERT-FAIVRE. Droit des assurances (7e ed). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1990. pp. 107 y ss.; Georges BRIERE DE L'ISLE. Droit des assurances (2e ed). Paris. Presse Universitaires de France. 1986. pp. 79 y ss.; Maurice PICARD/André BESSON. Les assurances terrestres en droit français. Tome 1. Le contrat d'assurance (5e ed). Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1984. pp. 85 y ss.

⁵⁰⁶J. O. de la CEE, 31 de diciembre de 1980. Número C 355/30.

⁵⁰⁷Clásico, Rodrigo URÍA. El seguro marítimo. Barcelona. Bosch. 1940. Moderno, Ignacio ARROYO. Estudios de derecho marítimo. Barcelona. Bosch. 1985. pp. 558 y ss. (en pp. 613 y ss. contiene una amplia bibliografía al respecto).

⁵⁰⁸Cfr. MERKIN. Colinvaux's Law of Insurance. § 1-23. pp. 13 y s.

- Sentencia TS de 3.1.1948⁵⁰⁹. Contrato de seguro de transporte de curtidos concertado por teléfono con el agente de la aseguradora horas antes del inicio de la conducción y formalizado días después. Durante el viaje el camión y la carga se incendiaron. La Compañía se negó a indemnizar alegando la formación del contrato posterior al siniestro. El Tribunal consideró que el contrato se perfeccionó por teléfono.

- Sentencia TS (4ª) de 28.6.1957⁵¹⁰. Solicitud de renovación de póliza de contrato de seguro contra riesgos de accidentes de trabajo en explotación agrícola y pago de 3.000 ptas. de prima al representante de la compañía. Al tiempo del accidente mortal de un trabajador, la aseguradora todavía no había emitido la póliza. El Tribunal declaró formado y vinculante el contrato, y condenó a la Compañía a indemnizar a la viuda.

- Sentencia TS de 6.10.1964⁵¹¹. La propietaria de un buque que no había satisfecho las primas del contrato de seguro sobre sus bienes opuso, ante la reclamación de la aseguradora, su no obligación a ello pues la falta de pago manifestaba la no aceptación del contrato. El Tribunal le condenó a satisfacer las cantidades adeudadas, con base en la consensualidad del contrato.

Algunas de sentencias que lo consideraron formal:

⁵⁰⁹Sentencia TS de 3.1.1948 (n. 444).

⁵¹⁰Sentencia TS (4ª) de 28.6.1957 (Ponente: Sr. Alberto GARCIA MARTINEZ). Aranzadi (1957), 2470.

⁵¹¹Sentencia TS de 6.10.1964 [(Ponente: Sr. Manuel TABOADA ROCA, Conde de Borrajeiros). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (septiembre-octubre 1964). nº 706. pp. 492-515]. Aranzadi (1964), 4319.

- Sentencia TS de 24.2.1927⁵¹². Durante el tiempo que mediaba entre la aceptación y la formalización de la nueva póliza de un seguro contra los perjuicios resultantes de la paralización del negocio a causa de incendio se declaró un siniestro que destruyó las existencias. El Tribunal Supremo no entendió perfeccionada la nueva póliza, pues "para que tengan existencia los contratos de seguro, no basta que vayan precedidos del mero consentimiento, (...) sino que es absolutamente indispensable se hagan constar en documento público o privado suscrito por las partes".

- Sentencia TS de 18.2.1967⁵¹³. A consecuencia de un accidente entre un turismo y un camión conducido por un asalariado del propietario se produjeron diferentes daños materiales y personales que inicialmente pagó éste. Posteriormente los reclamó a la compañía de seguros con la cual tenía contratado un seguro de accidentes, quien se negó a indemnizar alegando que la póliza no estaba firmada por el asegurado. El Tribunal Supremo, al igual que en las instancias inferiores, dio lugar a la demanda interpuesta por el propietario reafirmando la doctrina de la Sentencia anterior.

B. Jurisprudencia posterior a la LCS: de su estudio se pueden extraer tres conclusiones:

⁵¹²Sentencia TS de 24.2.1927 (Ponente: Sr. Adolfo SUAREZ). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (enero-febrero 1927). nº 146. pp. 708 a 720.

⁵¹³Sentencia TS de 18.2.1967 [(Ponente: Sr. Tomás OGAYAR Y AYLLON). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (febrero 1967). nº 111]. Aranzadi (1967), 787.

1. Desde 1980 se ha ido consolidando en la jurisprudencia la concepción consensualista más la necesidad de forma ad probationem. De esta manera, los tribunales se desmarcan del criterio puramente consensualista (por ejemplo, la Sentencia TS de 24.6.1982⁵¹⁴ no consideró perfeccionada la novación de un seguro voluntario de responsabilidad civil al tiempo del accidente de circulación, pues el nuevo propietario del vehículo tan sólo había enviado a la aseguradora la propuesta de seguro, sin firma ni estampación de sello de la destinataria), y exigen siempre un elemento de prueba, que suele consistir en la póliza o el pago de la prima. Ejemplo de esa tendencia son las Sentencias del Tribunal Supremo de 23.6.1986⁵¹⁵ (contrato de seguro contra incendios perfeccionado aunque al tiempo de declarar el siniestro no se hubiera recibido la correspondiente póliza, pues fue suficiente poder demostrar la suscripción quince días antes de la proposición de seguro y el pago de la primera prima), 17.7.1987⁵¹⁶ (pago del importe de la tercera renovación de una póliza contra incendios horas antes del siniestro), 24.5.1988⁵¹⁷ (el marido de la actora suscribió un documento de cobertura provisional de un seguro de vida poco antes de fallecer, no considerado formado por el Tribunal pues, al tiempo de morir aquél, no se había aceptado la propuesta ni pagado la prima)⁵¹⁸, 18.7.1988⁵¹⁹ (los mismos hechos que en caso anterior, aunque en

⁵¹⁴Sentencia TS de 24.6.1982 (Ponente: Sr. Jaime DE CASTRO GARCIA). Aranzadi (1982), 3440. La Ley (1982-4). pp. 305 y ss.

⁵¹⁵Sentencia TS de 23.6.1986 [(Ponente: Sr. Ramón LOPEZ VILAS). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1986 (2º trimestre). CGPJ/BOE. Nº 407. pp. 1509 a 1516]. Aranzadi (1986), 3790.

⁵¹⁶Sentencia TS de 17.7.1987 [(Ponente: Sr. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1986 (3er trimestre). BOE/CGPJ. Nº 495. pp. 433 a 441]. Aranzadi (1987), 5800.

⁵¹⁷Sentencia TS de 24.5.1988 [(Ponente: Sr. Ramón LOPEZ VILAS). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1988 (2º trimestre). CGPJ/BOE. Nº 427. pp. 815 a 819]. Aranzadi (1988), 4330.

⁵¹⁸Los magistrados afirmaron en el fundamento de derecho 2º que "el alegado principio consensualista propio de nuestro Ordenamiento positivo y la concurrencia inicial de los

esta ocasión el Tribunal consideró formado el contrato pues, al morir el proponente, el agente de la compañía había firmado ya el documento y recibido su importe), 19.9.1988⁵²⁰ (el asiento de solicitud de seguro contra robo en el libro de registro de emisión de pólizas y suplementos, el cumplimentado de su correspondiente póliza y el cobro de la prima fueron todos ellos elementos suficientes para que el Tribunal entendiera perfeccionado el contrato), 28.2.1990⁵²¹ (contrato de seguro contra incendios perfeccionado al ocurrir el siniestro en un momento posterior a la formalización del documento provisional de cobertura por el actor y al pago de la cuota), 22.12.1990⁵²² (robo en un almacén de secado de jamones cometido después de pactar el aumento de cobertura de la póliza pero antes que la aseguradora emitiese el apéndice y el asegurado pagase la prima). Esta Sentencia última representa un hito importante en la evolución jurisprudencial antes aludida, pues consagra de una manera explícita la naturaleza consensual del contrato de seguro, añadiéndole el requisito de la forma únicamente a efectos de prueba: la exigencia formal del artículo 5 LCS no debe considerarse como un supuesto de forma ad

requisitos esenciales de los contratos [no permiten] obviar en materia de los de Seguro la exigencia de suscripción de la póliza correspondiente o al menos de la proposición del Seguro debidamente firmado por el asegurado, con abono por parte de éste de la prima inicial". Aunque a primera vista la Sentencia parece incluirse en el grupo minoritario de las partidarias del principio formalista, eso no es así. Precisamente viene a reforzar la afirmación de que nuestro sistema se incluye en el consensualismo más forma ad probationem, pues aunque reconoce la adscripción de la regulación de la contratación de seguros al principio consensualista, añade un plus de exigencia, a saber, la proposición más pago de la prima, pero con efectos puramente probatorios.

⁵¹⁹Sentencia TS de 18.7.1988 [(Ponente: Sr. Mariano FERNANDEZ MARTIN-GRANIZO). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1988 (3er. trimestre). CGPJ/BOE. Nº 615. pp. 344 a 348]. Aranzadi (1988), 5725. La Ley (1988-4). pp. 124 y s.

⁵²⁰Sentencia TS de 19.9.1988 [(Ponente: Sr. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1988 (3er. trimestre). CGPJ/BOE. Nº 638. pp. 461 a 465]. Aranzadi (1988), 6836. La Ley (1988-4). pp. 349 y s.

⁵²¹Sentencia TS de 28.2.1990 (Ponente: Sr. Ramón LOPEZ VILAS). La Ley, 28.5.1990. Aranzadi (1990), 724.

⁵²²Sentencia TS de 22.12.1990. Véanse hechos en n. 497 y texto que le acompaña.

solemnitatem sino, al contrario, tiene el alcance de requisito formal ad probationem.

Aunque en sí no forme parte de los fundamentos de derecho de ninguna sentencia, merece la pena mencionar el voto particular del magistrado José Luis Albácar López a la Sentencia de 2.2.1990⁵²³ (solicitud por carta de aumento de cobertura de contrato de seguro contra robo, no considerado perfeccionado en el momento del siniestro -un mes más tarde- por el Tribunal, al no conceder calidad de oferta a la solicitud), quien se mostró partidario del carácter consensual, fundamentándolo en tres razones: 1º interpretación sistemática de la LCS, derivada de sus arts. 6.2 y 8, último párrafo; 2º interpretación sociológica de la misma: es práctica frecuente en esta clase de contratos que para su perfección (incluso verbal o telefónica) no se espere a la extensión de la póliza; 3º equiparación del art. 5 LCS y el art. 1.280 Cc, al exigir ambos artículos la forma escrita ad probationem, sin que el incumplimiento de tales formalidades implique la inexistencia de esos contratos.

2. La jurisprudencia admite la pluralidad en los medios de prueba del contrato de seguro: en ocasiones podrá demostrarse la existencia del contrato o de alguna modificación al mismo sin que aparezca rigurosamente cumplimentado el requisito formal del artículo 5 LCS (deber del asegurador de entregar la póliza o documento provisional) o sin que se haya pagado la prima. Así, la Sentencia TS de 7.1.1982⁵²⁴ (la demandada no aportó en el juicio sobre un accidente automovilístico a

⁵²³Voto particular a la Sentencia TS de 2.2.1990 (n. 110).

⁵²⁴Sentencia TS de 7.1.1982 [(Ponente: Sr. Cecilio SERENA VELLOSO). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (enero-febrero 1982). nº 7. pp. 61 a 71. Aranzadi (1982), 184. La Ley (1982-3), pp. 131 a 139].

consecuencia del cual murió el marido de la actora la póliza ni documento similar, pero sí pudo acreditar de diferentes maneras el abono de la prima de los seguros obligatorio y voluntario) o la de 22.12.1990⁵²⁵ (robo en un almacén de secado de jamones), en la que, aunque el día del robo la aseguradora todavía no había emitido el apéndice de la póliza ni el asegurado pagado la prima, se demostró la novación del contrato por otros medios (el documento redactado personalmente por el agente y los usos entre las partes). Esa pluralidad se justifica en lo abusivo que supondría subordinar el comienzo de la cobertura del riesgo al pago de la prima, pues se produciría entonces una disociación en el comienzo de las obligaciones de ambas partes, y durante el periodo de tiempo que separa los dos momentos (perfección-pago) el asegurador sería acreedor de la prima sin cubrir el riesgo⁵²⁶. Por eso, cuando el Tribunal Supremo ha exigido el pago de la póliza para dar por formado el contrato, lo ha hecho como un elemento más de prueba con la intención de cerciorarse de su perfección, pero no como un elemento constitutivo del contrato. Esta es la razón por la que, en ocasiones, no hará falta probar el pago, pues el contrato se habrá demostrado por otros cauces (como fue el caso de la Sentencia de 28.2.1990).

3. Los tribunales son menos exigentes, por lo que a efectos de prueba se refiere, en el caso de una renovación de póliza que en el supuesto de una contratación originaria de seguro. La lógica de esta distinción reside en que en el primer caso intervienen elementos de buena fe, actos propios y usos entre las partes, que están ausentes en el segundo.

⁵²⁵Sentencia TS de 22.12.1990 (n. 114).

⁵²⁶Cfr. DEL CAÑO ESCUDERO. Derecho español de seguros. pp. 407 y s.

Dos ejemplos del primer caso son las sentencias TS de 17.7.1987⁵²⁷ (pago de la tercera renovación de la póliza dos meses después de la fecha prevista y unas horas antes del siniestro) y 22.12.1990⁵²⁸ (robo en almacén al día siguiente de haber pactado con el agente un aumento de cobertura y sin haber emitido todavía el apéndice ni pagado la prima).

b. La consideración del asegurado como oferente.

El propietario de un videoclub en Barcelona concertó el 22 de mayo de 1984 una póliza de seguros con la "Sociedad Compañía de Seguros y Reaseguros Generales DAPA, S. A.", por medio de su agente. El capital asegurado era 4.000.000 pts y su objeto, garantizar los daños que pudieran sufrir los vídeos (robo, incendio, etc.).

Unos meses más tarde, en octubre de 1984, el actor solicitó una ampliación del capital asegurado hasta 7.500.000 pts., debido a un aumento de existencias. El 19 de octubre, la agente redactó una carta a la entidad aseguradora en este sentido, entregada el 23 del mismo mes por su marido, como era práctica habitual entre la agente y aquella. En la misma se decía, entre otras cosas: "por lo que ruego me envíen el oportuno suplemento de aumento así como recibo del mismo a la mayor brevedad posible (...). Esperando dicho suplemento...".

El 22 de noviembre del mismo año se cometió un robo en el local asegurado por un valor de 8.315.000 pts. En esa fecha la solicitud todavía no había sido contestada. El asegurado consideraba que se había

⁵²⁷ Sentencia TS de 17.7.1987 (n. 516).

⁵²⁸ Sentencia TS de 22.12.1990 (n. 114).

perfeccionado el contrato de ampliación, pues, entre otras cosas, el marido de la agente había visitado varias veces durante ese mes la oficina de la aseguradora y nadie le manifestó la intención de rechazar dicho aumento. Sin embargo, la Compañía le ofreció una indemnización de 3.249.930 pts. sobre el capital inicial asegurado de 4.000.000 pts. El propietario no aceptó, y exigió 7.170.000 pts. Ante la negativa de la Compañía, la demandó y solicitó el pago de los restantes 3.920.070 pts. hasta llegar al total indemnizatorio.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, de 18.2.1987, no dio lugar a la demanda. La Sala Tercera de la Audiencia Territorial de Barcelona acogió parcialmente el recurso interpuesto por el demandante y condenó a la Compañía aseguradora al pago de 3.920.070 pts. más los intereses legales, al presumir una voluntad tácita de la entidad aseguradora de ampliar el ámbito obligacional de la póliza concertada. El Tribunal Supremo⁵²⁹ dio lugar al recurso interpuesto por la entidad aseguradora, casó la Sentencia de la Audiencia y confirmó la de Primera Instancia, al negar que la solicitud del asegurado. fuera una oferta de contrato. La Sentencia contiene un voto particular del magistrado José Luis Albácar López.

¿Es cierto, como afirma la Sentencia, que únicamente se puede entender oferta de contrato la proposición del asegurador, siendo la solicitud del futuro asegurado una simple invitación a ofrecer?, ¿o esa solicitud también puede considerarse una oferta?

b.1. En la doctrina española:

⁵²⁹Sentencia TS de 2.2.1990 (n. 110).

A. Unos niegan la calidad de oferta a tal solicitud⁵³⁰, con base en los siguientes argumentos: 1º el art. 6.1 LCS refleja con claridad que la solicitud del tomador no es una oferta, porque no le vincula; 2º considerar la solicitud como una invitación al asegurador a ofrecer (invitatio ad offerendum); 3º tales solicitudes son incompletas, pues no contienen todos los elementos necesarios para que el contrato pueda perfeccionarse al recaer la aceptación de la aseguradora.

B. Otros, en una posición minoritaria, defienden que la oferta pueda surgir del solicitante: "está claro que la «entrega» de la póliza, firmada por la Entidad aseguradora, al tomador del seguro, perfecciona el contrato (art. 8); aunque no la haya firmado el tomador, pues el precepto parte de su oferta de contrato manifestada en la documentación que precede a la póliza"⁵³¹.

b.2. Opinión del autor de estas líneas: parece que el solicitante puede ser oferente, por las siguientes razones:

1º el art. 6 LCS habla tanto de solicitud como de proposición de seguro, y entiende en ambos casos que se trata de una oferta de contrato. La única diferencia reside en que la última vincula al oferente

⁵³⁰Cfr. ALFARO AGUILA-REAL. Comentario. p. 310; DEL CAÑO ESCUDERO. Derecho español de seguros. pp. 469 y ss.; GARRIGUES. Contrato de Seguro Terrestre. pp. 91 y ss.; José Luis LACRUZ BERDEJO. Elementos de derecho civil. Tomo II Derecho de Obligaciones. Vol. 3º Contratos y quasicontratos (2ª ed). Barcelona. Bosch. 1986. p. 474; SANCHEZ CALERO. Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro. pp. 283 y s; el mismo en Instituciones de derecho mercantil. p. 577; SANCHEZ CALERO/TIRADO SUAREZ. "Conclusión, documentación del contrato y deber de declaración del riesgo" (art 5 LCS), en Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial. pp. 116 y ss.; TIRADO SUAREZ. Derecho mercantil. p. 1003.

⁵³¹Cfr. VICENT CHULIA. Compendio Crítico de Derecho Mercantil. p. 518; en el mismo sentido, GARRIDO Y COMAS. Tratado general de seguros. p. 149.

(proponente) pero la primera no. Pero de ahí no se puede derivar que ésta no sea una oferta; únicamente vendría a confirmar el principio general de que la oferta no es vinculante;

2º negar que la solicitud del seguro sea una oferta y que ésta pueda ser aceptada tácitamente (incluso como consecuencia de un silencio excesivo del destinatario) facilitaría el posible abuso de las compañías aseguradoras: si se produjese el siniestro durante el periodo de formalización de la póliza (con efectos retrotraídos al momento de la solicitud), podrían alegar la no formación del contrato;

3º parece más beneficioso para el asegurado que se le pueda considerar oferente, pues así el contrato se perfeccionará antes y se terminará esa cierta inseguridad jurídica en la que se encuentra; además, siempre podrá revocar la oferta;

4º a pesar de la abrumadora mayoría doctrinal contraria a reconocer esta condición al asegurado, la jurisprudencia no tiene reparos en admitirla, como se verá más adelante;

5º la generalidad de ordenamientos de nuestro entorno, tanto del Civil Law como del Common Law, reconocen la posibilidad que el que solicita el seguro sea el oferente.

b.3. Derecho comparado: como acaba de apuntarse, en los diferentes sistemas jurídicos, o bien es el oferente quien solicita el contrato de seguro, o bien se admite que la oferta pueda ser realizada tanto por la

compañía aseguradora (normalmente mediante un agente) como por el futuro asegurado.

A. En los ordenamientos del Civil Law se ha generalizado la primera solución: a) Francia: quien efectúa la oferta es el asegurado (art. L 112-2 Code des Assurances). La doctrina aporta las siguientes razones⁵³²: 1ª evitar que las compañías aseguradoras se encuentren en permanente estado de oferta; 2ª conveniencia que el contrato se forme en el momento en que el tomador del seguro firma la proposición; b) Italia: ambas partes pueden ser oferentes, aunque en la práctica acostumbra a serlo el asegurado (arts. 1326 y 1887 Codice Civile)⁵³³; c) Alemania: es el tomador quien ocupa normalmente la posición de oferente, considerándose como oferta el formulario relleno y firmado por él y dirigido a la compañía de seguros⁵³⁴.

B. Los ordenamientos del Common Law han optado por la segunda solución, por lo que no hay ninguna restricción a la hora de decidir quién puede ser oferente, pues a ambas partes les corresponde esa posibilidad. Con todo, se suele considerar que inicia los tratos el agente de la compañía, quien invita al interesado a emitir una oferta, la cual será aceptada por la aseguradora⁵³⁵.

⁵³²Cfr. BRIERE DE L'ISLE. Droit des assurances. pp. 65 y ss.; PICARD/BESSON. Les assurances terrestres en droit français. Tome 1. Le contrat d'assurance. pp. 77 y ss.

⁵³³Cfr. DONATI/VOLPE PUTZOLU. Manuale di diritto delle assicurazioni private. pp. 165 y ss.; DE GREGORIO/FANELLI. Diritto delle assicurazioni. Vol. II. pp. 47 y ss.;

STEIDL. Il contratto di assicurazione. pp. 115 y ss.

⁵³⁴Cfr. PRÖLSS/MARTIN/PRÖLSS. Versicherungsvertragsgesetz. nota 4 al § 3 VVG.

⁵³⁵a) En los Estados Unidos de América, véase: John Alan APPLEMAN/Jean APPLEMAN. Insurance Law and Practice. Vol. 12. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1981 (Pocket Part by Stephen L. LIEBO, 1990). § 7121. pp. 436 y ss.; George J. COUCH. Couch on Insurance (2d ed by Ronald A. ANDERSON). New York/California. Lawyers Cooperative Publishing/Bancroft-Whitney Co. 1984. § 2:1. pp. 280 y ss.; Warren FREEDMAN. Richard's on the Law of Insurance. Vol. II (6th ed). New York. Lawyers

b.4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo: no ha tenido reparos, salvo en una ocasión, en reconocer al solicitante del contrato de seguro la cualidad de oferente⁵³⁶. Por ejemplo, en un caso de una proposición de seguro voluntario de responsabilidad civil que no había sido firmada ni sellada por la Compañía en el momento del accidente en el que murió el oferente, el Tribunal no consideró formado el contrato al faltar la aceptación de la aseguradora (Sentencia de 24.6.1982⁵³⁷); en dos casos donde se debatía la perfección de un contrato de seguro de vida reconoció la posibilidad que el asegurado fuera oferente (Sentencias de 24.5.1988⁵³⁸ y 18.7.1988⁵³⁹); y en otras dos ocasiones este reconocimiento se llevó a cabo de manera tácita: asiento de solicitud de proposición de seguro contra robo en el libro de registro suficiente para estimar la aceptación de la

Cooperative Publishing. 1990. § 11:1. pp. 233 y ss.; KEETON/WIDISS. Insurance Law. § 2-1(c). pp. 39 y ss.

b) En el Reino Unido: John BIRDS. Modern Insurance Law (2d ed). London. Sweet & Maxwell. 1988. pp. 53 y ss.; Chitty on Contracts. Vol. II (26th ed). London. Sweet & Maxwell. 1989. § 4242. p. 944.; CLARKE. The Law of Insurance Contracts. pp. 195 y ss.; Halsbury's Laws of England. § 399. pp. 222 y s.; HARDY IVAMY. General Principles of Insurance Law. pp. 94 y ss.; Michael MACGILLIVRAY/Nicholas LEGH-JONES/Andrew LONGMORE/John BIRDS. Macgillivray & Parkington on Insurance Law (8th ed). London. Sweet & Maxwell. 1988. pp. 222 y ss.; MERKIN. Colinvaux's Law of Insurance. § 1-20. pp. 11 y ss.

⁵³⁶Ni las Audiencias: Sentencia AP Avila 27.2.1992 [(Ponente: Sr. VELASCO MARTIN). La Ley, 17.6.1992]:proposición de seguro de motocicleta en posesión de la Compañía cuando el motorista solicitante arrolló a un anciano; la Audiencia consideró formado el contrato pues el accidente se produjo en los veinte días siguientes a la recepción de la oferta por la aseguradora (art. 9.2 Reglamento de Seguro, RD 2641/1986, 30.12).

⁵³⁷Sentencia TS de 24.6.1982 (n. 514). Afirmó en su 7ª considerando que "el asegurador no queda vinculado por la solicitud del proponente, sino que es libre para aceptarla o rechazarla". Eso significa que la propuesta de seguro actuó como oferta, necesitada por tanto de aceptación de la aseguradora, que no se dió (y que puede producirse de muy diversas maneras: por silencio, aceptando el pago de la prima, mediante la firma de la solicitud del oferente, etc.).

⁵³⁸Sentencia TS de 24.5.1988 (n. 517).

⁵³⁹Sentencia TS de 18.7.1988 (n. 519).

Compañía (Sentencia de 19.9.1988⁵⁴⁰); y recepción de la prima considerada como expresión de la aceptación del contrato (Sentencia de 28.2.1990⁵⁴¹).

Se apuntaba anteriormente que el Tribunal Supremo negó en una ocasión al solicitante la cualidad de oferente, y fue en la Sentencia de 2.2.1990⁵⁴² (robo en local asegurado un mes más tarde de haber solicitado por carta el aumento de cobertura). El Tribunal no consideró aceptada la propuesta pues en el contrato de seguro la solicitud del asegurado no tiene valor de oferta contractual, sustentando este argumento en el sentir mayoritario de la doctrina, ya que el solicitante del seguro no queda vinculado por su declaración, al ser un requisito esencial de la oferta la vinculación de su autor -la irrevocabilidad-. En otro lugar se ha comentado críticamente esta sentencia⁵⁴³; baste aquí una exposición esquemática: primero, no es cierto que la vinculación del oferente sea un requisito esencial de la oferta, sino todo lo contrario; segundo, tampoco en el contrato de seguro el solicitante-oferente debe quedar vinculado, mientras que el proponente (asegurador)-oferente sí, durante quince días (art. 6.1 LCS); tercero, la oferta de aumento de capital asegurado fue aceptada tácitamente por la aseguradora, pues en estos supuestos el silencio debe interpretarse como aceptación (es decir, la aseguradora soporta la carga de notificar el rechazo), y además un mes excede al periodo normal y natural para dar una respuesta negativa en este sector contractual. Por su parte, el voto particular del magistrado José Luis Albácar López admite sin reparos la posibilidad que el asegurado sea oferente, pues cuando el art. 6.1 LCS

⁵⁴⁰Sentencia TS de 19.9.1988 (n. 520).

⁵⁴¹Sentencia TS de 28.2.1990 (n. 521).

⁵⁴²Sentencia TS de 2.2.1990. Véanse los hechos desarrollados en n. 529 y texto que la acompaña.

⁵⁴³DURANY PICH. Oferta, consensualidad y voluntad unilateral en el contrato de seguro.

habla de solicitud, se refiere a la oferta del asegurado, y cuando habla de proposición, se está refiriendo a la aceptación del asegurador (si ya medió solicitud del asegurado) o a su oferta.

En resumen, del estudio de esta jurisprudencia se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) considerando consensual el contrato de seguro y reconociendo a ambas partes la posible condición de oferentes, se agiliza la formación del contrato y se permite solucionar de manera adecuada muchas de las disputas surgidas dentro de este primer grupo de situaciones conflictuales (producción del siniestro durante el proceso de formación);

b) no se ha planteado en ninguna ocasión el problema del momento de perfección del contrato de seguro, pues este asunto pierde importancia ante la discusión consensualismo/formalismo, de tal manera que con ésta ya se resuelve la duda, sin necesidad de averiguar el momento concreto;

c) tampoco se plantean cuestiones de falta de coincidencia entre la oferta y la aceptación, pues la inmensa mayoría de contratos de seguro se formalizan en un sólo ejemplar.

2. Segundo supuesto: siniestros acaecidos en situaciones presumiblemente excluidas de cobertura.

a. Planteamiento de la cuestión.

En la población sevillana de Dos Hermanas un matrimonio ya mayor tomaba el fresco frente a su casa: ella sentada en una silla sobre la acera, él en otra, en la calle, mirando al acerado y con los pies apoyados en el bordillo. En éstas apareció al final de la calle una máquina retroexcavadora conducida por su propietario a 10 km/h, que volvía del trabajo. Y al llegar a la altura del matrimonio el extremo izquierdo de la pala rozó con la silla en que se hallaba el marido, derribándolo al suelo de forma que la rueda trasera izquierda de la máquina le pasó por encima, produciéndole la muerte instantánea. La retroexcavadora tenía concertada una póliza de seguro obligatorio de vehículos de motor y el seguro voluntario de responsabilidad civil.

En el proceso penal la Audiencia Provincial de Sevilla condenó al conductor como autor de un delito de falta simple de imprudencia a la pena de 20.000 pts. de multa, y a indemnizar 3.000.000 pts. a la viuda y 1.500.000 pts. para los seis hijos, mayores de edad. A la vez condenó a la aseguradora como responsable civil directa, con base en los seguros concertados. Ésta se mostró en todo momento contraria por cuanto, en su opinión, las condiciones particulares del contrato excluían los daños corporales y/o materiales causados por accidentes de circulación de los vehículos sujetos al seguro obligatorio.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo, en sentencia de 8.2.1991⁵⁴⁴, no lo entendió así y denegó el recurso al considerar que en ningún momento el tomador aceptó de manera expresa la cláusula de exclusión.

En este segundo grupo de problemas la discusión surge con ocasión de un supuesto de hecho que presumiblemente ha sido excluido de cobertura: se trata del problema de la aceptación de las cláusulas limitativas o exoneratorias⁵⁴⁵.

Antes de entrar en su desarrollo, dos puntualizaciones:

a) ciertamente este tema afecta más al contenido del contrato de seguro que a su estricta formación, pues no se pone en duda la existencia del contrato, sino la inclusión en el mismo de determinadas cláusulas exoneratorias o limitativas. Sin embargo, merece un cierto estudio, cuanto menos una exposición descriptiva de la cuestión, por sus vinculaciones con el proceso de formación del contrato de seguro;

b) la mayor parte de estas situaciones se producen en el ámbito del contrato de seguro de responsabilidad civil de vehículos de motor, por lo

⁵⁴⁴Sentencia TS (2ª) de 8.2.1991 (Ponente: Sr. José Augusto DE VEGA RUIZ). Aranzadi (1991), 971. La Ley (1991-2), pp. 540 y ss.

⁵⁴⁵Véase: José Alfredo CABALLERO. Las responsabilidades, penal y civil, dimanantes del accidente de circulación (3ª ed). Madrid. Dykinson. 1989. pp. 1461 a 1503, y 1519 a 1528; Mª Angeles CALZADA CONDE. El seguro voluntario de responsabilidad civil. Madrid. Montecorvo. 1983. pp. 372 y ss.; GARRIGUES. Contrato de seguro terrestre. pp. 385 y ss.; Fernando PANTALEON PRIETO. Comentario STS 28.1.1985. 7 Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil (1985). pp. 2327 y ss.; L. Fernando REGLERO CAMPOS. Accidentes de circulación: responsabilidad civil y seguro. Madrid. Centro de Estudios del Seguro, S.A. 1990. pp. 318 y ss.; Comentario STS 15.11.1991. 27 Cuadernos Cívitas Jurisprudencia Civil (1991). pp. 1069 y ss.; Fernando SANCHEZ CALERO. Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial (dirigidos por Miguel MOTOS y Manuel ALBALADEJO). Tomo XXIV. Ley de Contrato de Seguro. Vol. 3º. Madrid. EDERSA. 1990. pp. 646 y ss.; Francisco SOTO NIETO. Responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico. Madrid. La Ley. 1989. pp. 129 y ss.

que la exposición se centrará principalmente en este tipo de seguro, aunque su desarrollo y conclusiones pueden extenderse a otros.

b. Evolución de la acción directa.

La cuestión de la aceptación de las cláusulas limitativas se plantea desde el momento en que se reconoce al tercero perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora. Hasta entonces, la víctima tenía que reclamar al causante del accidente. Por eso, se trata la cuestión de manera pareja a la de la evolución de la acción directa, que consta de diferentes estadios:

a) En un primer momento, y como consecuencia del tradicional principio de relatividad de los contratos, el contrato de seguro de responsabilidad civil, como cualquier otro contrato, consistía en una convención pactada entre dos partes, el asegurador y el asegurado, a la que el tercero era absolutamente ajeno. La finalidad principal radicaba en la protección del patrimonio del asegurado, y sólo secundariamente, y como consecuencia de lo anterior, la defensa de los intereses del tercero. En esta línea, la doctrina del Tribunal Supremo era que el asegurador respondía tan sólo subsidiariamente frente al perjudicado [Sentencias de 22.9.1950⁵⁴⁶ (caída de línea conductora de corriente eléctrica causando la muerte de un mulo y heridas a un labrador, quien demanda con éxito a la compañía eléctrica y, subsidiariamente, a la aseguradora) y 3.11.1966⁵⁴⁷ (accidente de circulación en el que fallece el taxista y la viajera, hija de los

⁵⁴⁶Sentencia TS de 22.9.1950 (Ponente: Sr. Salvador MINGUIJON). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (julio-octubre 1950). nº 316. pp. 236-243]. Aranzadi (1950), 1404.

⁵⁴⁷Sentencia TS de 3.11.1966 [(Ponente: Sr. Jacinto GARCIA MONGE Y MARTIN). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (noviembre-diciembre 1966). nº 648. pp. 46-63]. Aranzadi (1966), 4838.

demandantes, al circular a excesiva velocidad por carretera en mal estado, nevando y con los neumáticos gastados: los herederos del causante son declarados responsables directos y la aseguradora condenada de manera subsidiaria)]. De este largo periodo tan sólo se conoce una sentencia del Tribunal Supremo que declarase la relación de solidaridad entre el asegurado y la compañía aseguradora; se trata de la de 23.6.1930⁵⁴⁸, en la que a consecuencia de un accidente de circulación, la víctima demandó conjuntamente al causante y a la compañía, logrando la condena solidaria de ambos.

Es cierto que en este estadio el tercero perjudicado tenía a su alcance los recursos tradicionales que el derecho civil concedía a todo acreedor cuando el deudor no cumplía (en este caso, el asegurado, responsable del daño): la acción subrogatoria, por la cual se sustituía al asegurado inactivo, que no reclamaba el pago al asegurador, y la acción revocatoria, que dejaba sin efecto los actos del asegurado tendentes a perjudicar al tercero. Sin embargo, esos recursos eran insuficientes, pues la víctima necesitaba algo más. Con el tiempo, fue haciéndose cada vez más evidente y necesaria la concesión de una acción directa contra el asegurador. A partir de entonces la evolución toma dos caminos, el legal y el jurisprudencial, que aquí se van a estudiar conjuntamente.

b) Un segundo estadio se sitúa en la década de los sesenta, cuando la jurisprudencia, partiendo de la solidaridad entre el asegurador y el agente del daño tomador del seguro (doctrina ya reconocida en la sentencia de 23.6.1930 antes citada), reconoció al perjudicado la acción

⁵⁴⁸Sentencia TS de 23.6.1930 [(Ponente: Sr. Adolfo SUAREZ). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (junio-julio 1930). nº 57. pp. 338-348]. Aranzadi (1930), 1032.

directa para hacer efectivo su derecho de indemnización frente a la entidad del seguro voluntario y empezó a dotarla de un cuerpo doctrinal. Sentencias representativas de esa época son las siguientes: 18.2.1967⁵⁴⁹ (accidente de circulación entre turismo y camión, condenados como responsables solidarios los herederos del conductor del turismo y la compañía de seguros); 14.10.1969⁵⁵⁰ (accidente de circulación en el que falleció el conductor y resultó herida su acompañante, la demandante: el Tribunal reconoció la acción directa contra la compañía, a la que condenó solidariamente junto con los herederos del causante). Años más tarde, en 1975, la jurisprudencia admitió la acción directa en la jurisdicción penal; se trata de la Sentencia TS (2ª) de 7.5.1975⁵⁵¹, en un caso en que una furgoneta conducida a excesiva velocidad colisionó frontalmente con un camión muriendo tres ocupantes, razonando el Tribunal que al hallarse autorizado el asegurador a tratar directamente con el perjudicado podía reconocerse a sensu contrario una acción directa de éste contra aquél.

c) Un tercer estadio en esta evolución, aunque paralelo en el tiempo, lo marcó la promulgación de la Ley 122/1964, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor⁵⁵², que concedía al perjudicado o a sus herederos una acción directa contra la aseguradora del vehículo causante del daño con el objeto de exigirle la obligación de

⁵⁴⁹Sentencia TS de 18.2.1967 (n. 513).

⁵⁵⁰Sentencia TS de 14.10.1969 [(Ponente: Sr. Juan Antonio LINARES FERNANDEZ). Colección Legislativa. Jurisprudencia Civil (octubre 1969). nº 528. pp. 225-235]. Aranzadi (1969), 4706.

⁵⁵¹Sentencia TS (2ª) de 7.5.1975 [(Ponente: Sr. Angel ESCUDERO DEL CORRAL). Colección Legislativa. Jurisprudencia Criminal (mayo 1975). nº 706. pp. 125-132]. Aranzadi (1975), 1954.

⁵⁵²Texto refundido de la Ley 122/1964, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, en Decreto 632/1968, de 21 de marzo. BOE nº 85, de 8.4.1968. En la actualidad el texto refundido ha sufrido una reforma, pues el Real Decreto Legislativo 1301/1986, de 28 de junio, lo adaptó al ordenamiento jurídico europeo (BOE nº 155, de 30.6.1986).

indemnizar hasta el límite del seguro obligatorio. En otras palabras, le confiere un carácter legal. Esta ley tuvo su más directo antecedente e inspirador en la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956⁵⁵³.

d) El cuarto estadio, también de cariz legal, tomó como punto de partida el artículo 76 LCS, que reconoció la acción directa de la víctima contra la aseguradora y la inmunidad del tercero perjudicado ante las excepciones que el asegurador pudiera tener frente el asegurado. Éste es el punto de encuentro de la acción directa y la cuestión de las cláusulas limitativas, cuyo debate, originado por la afirmación de dicho artículo "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado", se ha centrado en determinar si la compañía aseguradora puede oponer al tercero perjudicado una excepción derivada de una cláusula limitativa exoneratoria pactada con el asegurado: ¿cuál es el alcance concreto de esa inmunidad? La doctrina y la jurisprudencia han considerado de una manera general que esa inoponibilidad hay que referirla a las excepciones personales que el asegurador albergue contra el asegurado, pero no a aquellas eminentemente objetivas, emanadas de la ley o de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, el asegurador no podría oponer un crédito que tuviera pendiente con el asegurado, pero sí todas aquellas excepciones fundadas en el contrato, como la alcoholemia, carencia de permiso de conducir, drogadicción, omisión del deber de socorro, exceso de ocupantes en un vehículo, etc.

⁵⁵³Decreto de 22 de junio de 1956 por el que se aprueba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y reglamento para su aplicación. BOE nº 197, de 15.7.1956.

e) El quinto estadio, y actual, consiste en el matiz introducido por la jurisprudencia a la doctrina antes expuesta: esa exclusión actuará tan sólo cuando la excepción objetiva sea un factor determinante del evento dañoso o tenga una relación directa con el mismo.

Así, en el caso de un turismo que arrolló a un ciclomotor en el momento de adelantarlo, pues éste justo giró a la izquierda para tomar otro camino sin hacer señal alguna, aunque el conductor tenía 1.8 o/oo gramos de alcohol en la sangre y en la póliza del contrato de seguro se incluía una cláusula de exoneración de responsabilidad en caso de intoxicación etílica a favor de la aseguradora, el Tribunal Supremo no la consideró oponible al no ser causa determinante del evento dañoso⁵⁵⁴.

O en el caso de un conductor que atropelló a dos personas en Avila y, lejos de detenerse, se dió a la fuga, aunque en el proceso penal la aseguradora trató de exonerarse alegando la cláusula de exclusión de la omisión del deber de socorro, la Audiencia no lo tomó en consideración por cuanto la causa de los daños no radicó en la fuga, sino en el accidente en sí⁵⁵⁵.

En este mismo sentido, si una persona carece de carnet y provoca un accidente de circulación, aunque el contrato de seguro contenga una cláusula de exclusión por ese motivo, no será aplicable si se demuestra que el causante sabía conducir⁵⁵⁶.

⁵⁵⁴Sentencia TS de 29.11.1991. Ver n. 571.

⁵⁵⁵Sentencia AP Avila de 19.12.1991. Ver n. 572.

⁵⁵⁶Sentencia TS (2ª) de 17.11.1990 (Ponente: Sr. Gregorio GARCIA ANCOS). Aranzadi (1990), 9001. La Ley (1991-1), pp. 529 y ss.

Sin embargo, será válida la cláusula que exonere a la aseguradora cuando el vehículo haya sido robado, pues no limita la responsabilidad sino que delimita el ámbito de cobertura: conductor que deja negligentemente las llaves puestas y le roban el coche, y al salir detrás corriendo, es atropellado⁵⁵⁷.

Esta interpretación del Tribunal Supremo puede ser un arma de doble filo, pues en muchos casos consigue alcanzar soluciones de justicia material, pero por contra las resoluciones se mantienen dentro de unos márgenes de arbitrio judicial, que provoca en ocasiones la injusta carga de los daños en las compañías de seguros.

c. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De la lectura de nuestra jurisprudencia al respecto se observa que unas sentencias no aplican las cláusulas de exclusión de responsabilidad previstas en los contratos de seguro mientras que otras reconocen su validez y exoneran a la aseguradora. Si se estudian con atención estas resoluciones, se cae en la cuenta del elemento diferenciador: la jurisprudencia aplica un criterio y rigor muy diferente si el perjudicado es un tercero o si lo es el propio tomador del seguro u otra persona vinculada a él por algún tipo de ligamen (familiar, afectivo, etc.).

En el primer caso, cuando esta cláusula limitativa puede imposibilitar al tercero perjudicado el verse resarcido, la jurisprudencia utiliza dos argumentos para evitar ese resultado:

⁵⁵⁷Sentencia TS de 16.10.1992 (Ponente: Sr. Luis MARTINEZ CALCERRADA). La Ley, 15.12.1992.

a) aplicación rigurosa de la exigencia de la firma expresa:

Sentencias de 6.4.1988 (Sala 2ª)⁵⁵⁸ (conductor con 1.9 gramos o/oo en la sangre causa muerte en accidente de circulación a una persona y heridas graves a otra, ajenas a cualquier tipo de relación con el causante; cláusula de exclusión por alcoholemia no aceptada expresamente), 27.11.1989 (Sala 2ª)⁵⁵⁹ (vehículo conducido por persona bajo la influencia de bebidas alcohólicas -1.65 gramos o/oo de alcohol en la sangre- atropella mortalmente a un ciclista y choca más adelante con una farola; cláusula exoneratoria de responsabilidad por embriaguez no aceptada de manera expresa), 15.10.1990 (Sala 2ª)⁵⁶⁰ (accidente de circulación debido al estado de embriaguez del causante; cláusula de exclusión por alcoholemia no aceptada expresamente⁵⁶¹), 15.11.1990 (Sala 2ª)⁵⁶² (propietario de vehículo sin permiso de conducir choca frontalmente con resultado de un muerto y varios heridos; cláusula de exclusión en caso de conducción sin licencia no aceptada expresamente), 8.2.1991 (Sala 2ª)⁵⁶³ (retroexcavadora causó la muerte de un ciudadano al rozar la pala con la silla en la que estaba sentado: cláusula de exoneración de responsabilidad por daños causados por accidente de circulación de los vehículos sujetos al seguro obligatorio

⁵⁵⁸Sentencia TS (2ª) de 6.4.1988 [(Ponente: Sr. Fernando DIAZ PALOS). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Jurisprudencia Penal. 1988 (2º trimestre). CGPJ/BOE. Nº 890. pp. 157 a 162]. Aranzadi (1988), 2737. La Ley (1988-2), pp. 685 y ss.

⁵⁵⁹Sentencia TS (2ª) de 27.11.1989 (Ponente: Sr. Luis Román PUERTA LUIS). Aranzadi (1989), 9326.

⁵⁶⁰Sentencia TS (2ª) de 15.10.1990 (Ponente: Sr. Joaquín DELGADO GARCIA). Aranzadi (1990), 8912. La Ley (1991-1), p. 779.

⁵⁶¹El Tribunal consideró que la fórmula utilizada ("cláusulas limitativas: se acepta específicamente el contenido de determinados párrafos de las condiciones generales de la póliza") no era lo suficientemente clara como para poner de manifiesto que quien contrató lo hizo a sabiendas y con voluntad de aceptar tal exclusión.

⁵⁶²Sentencia TS (2ª) de 15.11.1990 (Ponente: Sr. Justo CARRERO RAMOS). Aranzadi (1990), 8912. La Ley (1991-1), pp. 632 y ss.

⁵⁶³Sentencia TS (2ª) de 8.2.1991. Véase n. 544 y texto que la acompaña, donde se exponen con mayor detalle los hechos.

no aceptada expresamente), 29.4.1991⁵⁶⁴ (conductor con 2.4 gramos o/oo de alcohol en la sangre conduce en dirección contraria y colisiona frontalmente con el vehículo del esposo de la actora, muriendo él y uno de sus cinco hijos; cláusula de exclusión por embriaguez no aceptada expresamente), 9.5.1991 (Sala 2ª)⁵⁶⁵ (conductor de coche alquilado y asegurado a todo riesgo por la empresa propietaria invadió la calzada contraria y colisionó con una motocicleta, hiriendo a sus dos jóvenes ocupantes, y dándose inmediatamente a la fuga; cláusula exoneratoria a favor de la aseguradora en caso que el conductor fuera condenado como autor de un delito de omisión de deber de socorro no válida por falta de aceptación expresa), 10.6.1991⁵⁶⁶ (condena solidaria a la compañía de seguros y a la sociedad asegurada, propietaria de una estación de esquí, a indemnizar a esquiador de 16 años por los daños recibidos como consecuencia del descarrilamiento y caída del cable de arrastre de un telesquí, al no haber sido aceptada expresamente la cláusula exoneratoria de responsabilidad en caso de accidentes ocurridos por violación de las medidas de seguridad reglamentarias), 4.11.1991⁵⁶⁷ (conductor sin carnet causó accidente de circulación a resultas del cual murió el hijo de los demandantes: inaplicación de la cláusula exoneratoria en caso de conducción sin la preceptiva licencia por no haber sido aceptada expresamente), 8.6.1992 (Sala 2ª)⁵⁶⁸ (conductor de vehículo con 1.4 gramos o/oo de alcohol en la sangre que, ante la salida imprevista de

⁵⁶⁴Sentencia TS de 29.4.1991 (Ponente: Sr. Jesús MARINA MARTINEZ-PARDO). Aranzadi (1991), 3067. La Ley, 16.6.1992.

⁵⁶⁵Sentencia TS (2ª) de 9.5.1991 (Ponente: Sr. José Augusto DE VEGA RUIZ). Aranzadi (1991), 3616. La Ley (1991-3), pp. 598 y ss.

⁵⁶⁶Sentencia TS de 10.6.1991 (Ponente: Sr. Pedro GONZALEZ POVEDA). Actualidad Civil (1991), 779. Aranzadi (1991), 4434. La Ley, 17.7.1992.

⁵⁶⁷Sentencia TS de 4.11.1991 (Ponente: Sr. Jaime SANTOS BRIZ). Aranzadi (1991), 7932. La Ley, 23.6.1992.

⁵⁶⁸Sentencia TS (2ª) de 8.6.1992 (Ponente: Sr. Ramón MONTERO FERNANDEZ-CID). Aranzadi (1992), 5040. La Ley, 1.10.1992.

un camión, se orilló excesivamente a la derecha y arrolló a un peatón: cláusula de exoneración por intoxicación etílica no aceptada de manera expresa). En todos estos casos el tercero perjudicado era ajeno a cualquier relación con el causante del accidente;

b) el riesgo excluido debe ser el factor causal de la imprudencia y del daño: Sentencias de 17.11.1990 (Sala 2ª)⁵⁶⁹ (joven mecánico que sabía conducir pero carecía de la licencia correspondiente arrolla a una serie de personas que acababan de sufrir un accidente de circulación y a las que les estaban auxiliando: la causa no fue la carencia del permiso sino su distracción y velocidad excesiva), 15.10.1991 (Sala 2ª)⁵⁷⁰ (conductor con 0.95 gramos o/oo de alcohol en la sangre se distrajo y por circular a velocidad excesiva perdió el control y provocó un accidente, causando la muerte del conductor del otro vehículo: la causa del siniestro no fueron los 0.15 gramos por encima de lo autorizado, sino la excesiva velocidad), 29.11.1991⁵⁷¹ (conductor con 1.8 gramos o/oo de alcohol en la sangre arrolló a un ciclomotor en el momento de adelantarlo, pues éste justo giró a la izquierda para tomar otro camino sin hacer señal alguna; el Tribunal no admitió como causa del accidente la intoxicación etílica), AP Avila de 19.12.1991⁵⁷² (un conductor atropelló a dos peatones y, lejos de detenerse, se dió a la fuga, pero varios transeúntes testigos del accidente les auxiliaron, lo cual evitó su posible agravamiento por falta de socorro: la causa de los daños fue el accidente, no la fuga).

⁵⁶⁹Sentencia TS (2ª) de 17.11.1990 (n. 556).

⁵⁷⁰Sentencia TS (2ª) de 15.10.1991 (Ponente: Sr. Enrique RUIZ VADILLO). Actualidad y Derecho nº 2 (13-19 de enero de 1992). Aranzadi (1991), 7260.

⁵⁷¹Sentencia TS de 29.11.1991 (Ponente: Sr. Gumersindo BURGOS PEREZ DE ANDRADE). Aranzadi (1991), 8576. La Ley (1992-1), pp. 573 y ss.

⁵⁷²Sentencia AP Avila de 19.12.1991 (Ponente: Sr. ROMERA MARTINEZ). La Ley, 22.4.1992.

En el segundo caso, cuando el perjudicado es el propio tomador u otra persona vinculada a él por algún tipo de ligamen, es mucho más laxa, pues no hay un interés ajeno a proteger: Sentencias de 22.4.1986⁵⁷³ (vehículo de conductor ebrio, 3.1 gramos o/oo de alcohol en la sangre, cae al río muriendo él y su acompañante, que tenía 1.2 gramos o/oo y le unía con el primero lazos de amistad y parentesco: cláusula exoneratoria válida), 15.3.1988⁵⁷⁴ (colisión frontal entre dos automóviles causada por el conductor del primero; a resultas de ello muere la acompañante, su novia, propietaria y tomadora del seguro: cláusula limitativa válida⁵⁷⁵), AP Valencia de 2.2.1991⁵⁷⁶ (taxista que transportaba cinco viajeros en vez de los cuatro autorizados perdió el control del vehículo al tomar una curva y se despeñó, muriendo cuatro ocupantes; posteriormente reclamó judicialmente a la aseguradora una indemnización por los daños del taxi, que la Audiencia no le concedió al considerar aplicable la cláusula de exclusión según la cual la introducción en el vehículo de más viajeros que los autorizados exoneraba a la compañía de toda responsabilidad. La razón de fondo: no había ningún tercero perjudicado⁵⁷⁷), 20.11.1991⁵⁷⁸

⁵⁷³Sentencia TS de 22.4.1986 [(Ponente: Sr. Antonio SANCHEZ JAUREGUI). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1986 (2º trimestre). CGPJ/BOE. Nº 239. pp. 247 a 253]. Aranzadi (1986), 1867. La Ley (1986-3), pp. 188 y ss.

⁵⁷⁴Sentencia TS de 15.3.1988 [(Ponente: Sr. Francisco MORALES MORALES). Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 1988 (1er. trimestre). CGPJ/BOE. Nº 215. pp. 1147 a 1153]. Aranzadi (1988), 1967. La Ley (1988-2), p. 846.

⁵⁷⁵La sentencia penal condenó solidariamente al causante y a la aseguradora al pago de las correspondientes indemnizaciones. Ésta pagó a todos menos al padre de la fallecida, pues una cláusula del Condicionado General del seguro voluntario aprobado por el Ministerio de Economía y Hacienda y publicado en el BOE le exoneraba en este caso de responsabilidad. El Tribunal Supremo afirmó que dicho condicionado aprobado por el Ministerio correspondiente era de aplicación directa, sin necesidad de aceptación.

⁵⁷⁶Sentencia AP Valencia de 2.2.1991 (Ponente: Dr. BOQUERA OLIVER). La Ley, 9.10.1991.

⁵⁷⁷La Audiencia basó esta decisión en el conocimiento de dicha cláusula por el asegurado y su aceptación sin reserva, y en que la causa determinante del accidente fue la infracción del número de ocupantes. Sin embargo, no está tan claro ese conocimiento y aceptación expresa, pues el taxista firmó únicamente la póliza donde, entre otras cosas, se afirmaba que el tomador reconocía recibir un ejemplar de las condiciones generales, cuyos

(tomador de un seguro de vida en la modalidad de accidentes aparece en el fondo del puerto de Valencia con una soga atada al cuello y ésta anudada a un bloque de hormigón y las luces de su vehículo encendidas; la beneficiaria del seguro era su mujer, y el Tribunal aplica la cláusula que exoneraba a la aseguradora en caso de suicidio).

d. Consideraciones finales.

Para finalizar, cuatro conclusiones y una crítica:

1. De las dieciocho sentencias recogidas, catorce negaron validez a la cláusula limitativa en cuestión y cuatro la admitieron.

2. Un 45% de los casos fueron sobre cláusulas exoneratorias por intoxicación etílica (ocho de dieciocho).

3. Los tribunales no conceden validez a ese tipo de cláusulas si hay un tercero perjudicado que prevén no será resarcido (o le costará conseguirlo), siempre que éste no tenga un lazo de unión de tipo familiar,

contenidos conocía, aceptaba y firmaba en prueba de conformidad. Estos hechos, en la jurisprudencia general y común de nuestros tribunales, no son suficientemente reveladores de la aceptación de esa cláusula limitativa (buena prueba de ellos son bastantes de las sentencias que preceden y suceden a la objeto de este comentario). Con todo, lo más importante en una resolución judicial son los hechos, pues expuestos tal como sucedieron explican muchas cosas. En este caso no es difícil deducirlos, aunque la Sentencia los reproduzca deficientemente. Los viajeros debían ser un grupo de amigos que deseaban volver a sus casas después de una noche de esparcimiento en Valencia. Y por no dejar a un miembro del grupo solo ni tomar tampoco dos taxis, por el coste económico que ello supondría, insistieron y suplicaron hasta la saciedad al taxista para que les permitiese subir a los cinco. Éste, aunque al principio se debió oponer, se daría cuenta de la situación y cedió. Durante el trayecto, los ocupantes, que estarían algo contentos y agitados, debieron estorbar al taxista hasta el punto de provocar una pérdida del control del automóvil y el posterior accidente mortal.

⁵⁷⁸Sentencia TS de 20.11.1991 (Ponente: Sr. Jaime SANTOS BRIZ). Aranzadi (1991), 8468. La Ley (1992-1). pp. 371 y ss.

afectivo, o similar con el causante. Los argumentos que emplean para lograr este objetivo son dos: a) la falta de aceptación expresa de dicha cláusula limitativa; b) la ausencia de una efectiva relación de causalidad entre la excepción y el evento dañoso.

4. En todos estos casos, el verdadero motivo decisorio es que el colectivo de conductores debe asumir el coste de los accidentes ocurridos en carretera en los que un tercero ha sufrido unos daños sin culpa.

Por último, es criticable el hecho que no afloren en las sentencias los verdaderos motivos que las impulsan; y ello principalmente porque interponer una maleza de argumentos jurídicos entre los verdaderos motivos y el fallo decisorio conlleva únicamente a crear una selva en el ordenamiento, con una sola consecuencia: la indefensión, pues en las sentencias es difícil encontrar una relación lógica entre los argumentos y el fallo, lo que hace impredecible la resolución final de casos futuros.