

145
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"

LA NATURALEZA JURIDICA DEL
CONTRATO ESTIMATORIO



T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

RODOLFO HERNANDEZ VELARDE

México, D. F.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE

PÁGS.

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

El origen del contrato estimatorio.....	3
Concepto.....	7
Características.....	12
Clasificación.....	19
Elementos.....	27
Obligaciones.....	32
Modalidades.....	37

CAPITULO II

El contrato estimatorio.....	39
a) elementos de existencia.....	39
I Consentimiento.....	40
II Objeto.....	42
b) elementos de validéz.....	45
I Capacidad.....	46
II Voluntad exenta de vicios.....	48
III Formalidad.....	51
IV Licitud.....	52
c) Consecuencias de la falta de uno de los elementos de existencia o de validéz en el contrato.....	54

1.- La Inexistencia.....	54
2.- La Nulidad.....	56
d) Fin del acto jurídico.....	59
1.- Por rescisión.....	59
2.- Por terminación.....	60
3.- Por resolución.....	60

CAPITULO III

El contrato estimatorio como un contrato atípico en la legislación mexicana.....	61
I Evolución.....	64
II Problemática.....	65
III Interpretación.....	69
La presencia del contrato estimatorio en nuestras leyes.....	71
a) Código Civil.....	71
b) Código de Comercio.....	74
c) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.....	75
Legislación extranjera con relación al contrato estimatorio.....	80
a) El contrato estimatorio en España.....	80
b) El contrato estimatorio en Francia.....	82
c) El contrato estimatorio en Alemania.....	83
d) El contrato estimatorio en Italia.....	84

CAPITULO IV

La naturaleza jurídica del contrato estimatorio.....86

a) El contrato estimatorio
como un contrato de comisión.....87

b) El contrato estimatorio
como un contrato de depósito.....95

c) El contrato estimatorio
como un contrato de compraventa.....98

El contrato estimatorio
como un contrato sui generis.....102

CONCLUSIONES.....107

BIBLIOGRAFIA.....110

INTRODUCCION

El estudio de nuevas figuras jurídicas es realmente importante, pues nos da una visión clara de las necesidades del hombre y su afán por encontrar una solución a sus problemas.

Los contratos atípicos y su papel en el mundo contemporáneo son de carácter vital, puesto que con ellos se pretende hacer frente a situaciones conflictivas con el fin de solucionarlas de la mejor manera posible.

Sin embargo, al aparecer los contratos atípicos, surge también cierta polémica. Estas controversias se suscitan toda vez que se discute su aplicación y efectividad a un caso concreto.

Fese a lo anterior, lo cierto es que los contratos atípicos ayudan considerablemente en el aspecto económico, jurídico, social y comercial de un país y a su gradual crecimiento.

Este es el caso del contrato estimatorio que aún cuando no es nuevo, porque surge en Roma, si es de aplicación relativamente nueva en México y otros países del mundo.

Su estructura jurídica es tal, que se presta a varios comentarios con el fin de discutir su efectividad, su naturaleza jurídica y su razón de existir en el derecho.

En cuanto a su razón de existir en el derecho y efectividad, no se discute, puesto que su práctica ha permitido establecer que cubre necesidades comerciales de manera convincente.

Lo controvertido del contrato estimatorio es su naturaleza jurídica, ya que connotados estudiosos del derecho han pretendido establecer ésta con base en sus convicciones en la aplicación del derecho, pero sin llegar a convencer en ocasiones a nadie. *

De esta forma se parte de la idea de que es un contrato de comisión, depósito, compraventa, complejo, mixto y sui generis.

La idea fundamental de este estudio es analizar todas y cada una de las figuras jurídicas que conforman dicho contrato con la finalidad de mostrar que efectivamente se trata de un contrato sui generis.

Rodolfo Hernández Velarde.

Jardines de Santa Clara, Ecatepec, Estado de México a 10.
de octubre de 1990.

CAPITULO I

EL ORIGEN DEL CONTRATO ESTIMATORIO

Tiene su origen en Roma. Es el derecho romano, quien da nacimiento y por ende practica inicial a esta figura jurídica que se conocio como *datio in aestimatum*; en cuanto a su concepto, el contrato estimatorio romano: " es aquel por el cual el deudor, que ha recibido un objeto estimado con encargo libre de venderlo se obliga alternativamente a prestar la estimación convenida, conservando para si el eventual exceso de valor o a restituir el objeto. Los jurisconsultos le dieron una acción específica: *actio in aestimatio*".¹

Cabe destacar que este contrato fue producto de un proceso evolutivo dentro de la estructura jurídica romana, puesto que los romanos iniciaron los contratos desde su forma más primitiva con el *nexum* (operación de préstamo).

Posterior al *nexum*, aparecen ya encuadrados en una categoría nominada (reconocidos por el *ius civile* de la

1. Bonfante Pietro. Instituciones de Derecho Romano, trad. de la 8 ava. edición italiana, por Luis Bacchi y Andrés Larrosa, 2a. edición, Madrid, Ed. Reus, 1951, pág. 512.

última época republicana), los contratos verbis que se perfeccionaban pronunciando frases consagradas por la tradición, a veces relacionadas con la religión o la magia.

Después de éstos aparecen los contratos litteris, que se perfeccionaban, en algunos casos determinados con el uso de la escritura.

Ya con estos dos tipos de contratos (verbal y escrito), aparecen los contratos reales que se perfeccionaban mediante el consentimiento unido a la entrega de un objeto. Por último, y cerrando así la estructura romana de los contratos nominados aparecen los contratos consensuales que serían un triunfo contra el formalismo del derecho antiguo.²

Conforme fueron sucediéndose nuevas necesidades contractuales y que no encajaban dentro del sistema legal establecido (contratos nominados), aparecieron diversas figuras jurídicas, tales como la *permuta*, el *actio*, el *precarius*, la *transactio* y el transporte de mercancías por barco que encontraron perfecta cabida en otra categoría jurídica.

2. Floris Margadant S. Guillerao, *El Derecho Privado Romano* Décimo tercera edición., México, D.F., Editorial Esfinge, S.A., 1985., pág. 380.

"Estos contratos se desarrollaron, durante la época clásica, en un momento en que el esquema de los demás contratos, con sus cuatro grupos, ya se había establecido en forma definitiva. Por su respeto a la tradición, el jurista romano prefería no modificar este esquema y dejaba flotar las nuevas formas contractuales fuera de todo sistema hasta que los comentaristas crearon para ellas una categoría especial: la de los contratos innominados".³

Como ya vimos, y curiosamente como en la legislación mexicana, el contrato estimatorio en el derecho romano aparece posteriormente a los contratos nominados, conformándose así en un contrato innominado pero que no le restó práctica y eficacia.

La definición que nos presenta Pietro Bonfante es semejante a la que persiste en nuestros días, pues considera todos y cada uno de los elementos así como las características propias de este contrato, aún cuando hay ciertas divergencias en la práctica mercantil y en la doctrina, toda vez que se le ha nominado consignación, pero que no acarrea mayor complicación puesto que no interfiere esto en el contenido del contrato estimatorio, limitándose únicamente a una mala aplicación de terminología jurídica.

3. Floris Margadant S. Guillero, Ob.cit., pág. 424.

Pese a lo anterior y a su origen que pudiera considerarse por lo antiguo innoperante y rudimentario, el contrato estimatorio es en la actualidad un contrato que apoya en gran medida las operaciones comerciales pues favorece la difusión del crédito. es una buena opción para los comerciantes que no cuentan con capital para comprar productos que posteriormente venderán. En una palabra es un contrato que se adecúa perfectamente a las necesidades de los comerciantes dándoles facilidad para traficar bienes con la subsecuente compra y venta de los mismos.

En la parte relativa a la evolución del contrato atípico, veremos la aparición del contrato estimatorio en la etapa posterior a Roma, concretamente en la Edad Media y en la actualidad.

CAPITULO I

CONCEPTO.

La aplicación práctica del contrato estimatorio aunada a su importancia dentro de las operaciones comerciales por su efectivo apoyo que brinda, sugiere a quien lo contempla (legislación y doctrina), señalar sus elementos y características unidas en un concepto, mismo que permite conocer más a fondo esta figura jurídica. De esta manera:

El Código Civil italiano lo define así: "con el Contrato Estimatorio una parte consigna una o más cosas muebles a otra y otra se obliga a pagar el precio, salvo que restituya la cosa en el término establecido". (art. 1556).

"Este contrato debe su nombre, indudablemente a la suma de dinero que ambas partes estiman que, llegado el caso, el receptor de la cosa objeto del contrato, pagará al transeunte".⁴

Del concepto anterior, se desprende que el deudor

4. Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, Editorial Harla, México 1983, pág. 80.

al recibir el objeto estimado por encargo libre de venderlo, dispone de una obligación alternativa: vender el bien mueble o regresar éste dentro del plazo estipulado.

Dicho de otro modo, el bien va a ser vendido por quien lo aceptó con una diferencia de precio, ya que éste sólo se obliga a vender el bien en el precio estimado con anterioridad o a devolver la cosa cumplido el plazo señalado en el contrato.

En cuanto a la doctrina, casi todos los autores dan su punto de vista al respecto de una manera equiparable, es decir, señalan todos los elementos que se desprenden del concepto. De una u otra forma, muy a su estilo e identidad que los caracteriza, pero que en última instancia convergen al mismo vértice.

De esta manera tenemos a Sánchez Calero que nos dice: "En virtud de este contrato una persona (tradens) entrega a otra (consignatario o accipiens) una cosa con el encargo de venderla y, en la época pactada, el consignatario tiene la obligación de entregar el precio señalado o de restituir la cosa".⁵

5. Sánchez Calero Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil, Sava. edición, Editorial Clares, Valladolid 1981, pág. 415.

Por su parte la enciclopedia jurídica OMEBA señala: "El Contrato Estimatorio es aquel por el cual una persona da en consignación una cosa mueble estimada en un valor pecuniario determinado, con la obligación de quien la recibe de adquirir la cosa en un plazo fijado, con el derecho de retener la parte del precio que exceda de la estimación originaria cuando la haya vendido, o la obligación de devolver la cosa".⁶

De los conceptos citados con relación al contrato estimatorio, notamos que ambos son semejantes en cuanto a los sujetos (llámese tradens o consignante y accipiens o consignatario). En cuanto a las características acertadamente se habla de la traslación de dominio que es una característica real importantísima por lo que toca a la entrega de la cosa para que el accipiens cumpla con su obligación; así mismo, se habla en ambos conceptos de la obligación alternativa (venta o devolución) que es opción para el accipiens. Por otra parte y cerrando así la similitud, ambos conceptos hablan de un plazo durante el cual el accipiens tiene su campo de acción para cumplir con su obligación.

6. Enciclopedia Jurídica OMEBA, tomo IV CONS-COST. Buenos Aires, 1979, Editorial DRISKILL S.A., pág. 576.

No obstante, los conceptos antes citados carecen de una idea clara de la definición del contrato en estudio puesto que se distingue en estos cierta aplicación de las características de manera muy general, sin detallar más a fondo las mismas. Es por ello que considero pertinente señalar el concepto que maneja la enciclopedia jurídica OMEBA a fin de conocer de manera más amplia el contrato estimatorio.

Así, el concepto de la enciclopedia, ampliando más la información del contrato, habla de un bien mueble, mismo que es estimado en un precio con el cual se va a vender, también habla de la ganancia posible del accipiens en caso de vender el bien en un precio mayor al estimado. En una palabra esta definición es mejor y más completa que la de Sánchez Calero e incluso más explícita que la manejada por el Código Civil italiano en su artículo 1556.

Es importante notar el papel que juega la doctrina en el estudio de nuestro contrato estimatorio, pero también es importante destacar que la doctrina especinada en darle un lugar específico y encuadrarlo dentro de un marco legal determinado, ha permitido confundir su verdadera concepción jurídica. Este afán desmedido ha suscitado controversia en cuanto a su naturaleza jurídica misma que se irá aclarando conforme veamos el desarrollo del presente trabajo.

De cualquier manera e independientemente del concepto más adecuado, es tarea de éste trabajo señalar todos y cada uno de los elementos y características con que cuenta el contrato estimatorio que permitan conocerlo tal y como es en la actualidad.

CARACTERISTICAS

Este contrato, posee características únicas, mismas que lo distinguen de los demás y que le dan una autonomía tal que reviste interés e importancia al mismo tiempo.

Visto de este modo, a continuación señalo las siguientes:

- C
O
N
T
R
A
T
O
- a) "Origina una relación compleja resultado de la unión de contrato de: Depósito
De una autorización y
De una venta".7
 - b) Contrato real (entrega de la cosa)
 - c) Objeto material del contrato: bienes muebles
 - d) Obligación principal del accipiens:
obligación alternativa { pagar el precio
o
devolver la cosa
 - e) Generalmente tiene un plazo
 - f) El accipiens asume el riesgo de la cosa

7. Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil. traducción de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid 1967. Tomo II pag. 29.

de éste en caso de pérdida o deterioro etc., pero con apego a derecho no será depósito puesto que, como lo veremos posteriormente, el contrato estimatorio posee características que lo hacen diferente a los demás. Por lo que respecta a la autorización y venta, claramente se manifiesta en el contrato estimatorio y son el fin inicial y último que se persigue por parte del tradens en el mismo.

En cuanto al inciso b), es un contrato real porque la característica esencial de estos contratos es la entrega de la cosa. Remitiendo la característica real al contrato estimatorio, es claro entender que para que el contrato se lleve a feliz término se requiere que el accipiens reciba el bien para así cumplir con su obligación de vender éste. En caso contrario aquí terminaría el contrato por carecer el accipiens de objeto material para cumplir ésta.

Cuando se habló en el inciso c) del objeto del contrato, observamos que serán siempre bienes muebles que como entendemos responde a el tráfico de mercancías más ágil y dinámico y que a la vez facilita la acción del accipiens al tratar con estos. Por otra parte los bienes muebles cubren necesidades indispensables para las personas como sería en el caso de alimentos si se tratara de bienes muebles consumibles (latas de atún por ejemplo), culturalmente hablando si se tratara de libros etc..

El inciso d) nos señala la obligación del accipiens que se traduce en una obligación alternativa, es decir, tiene dos opciones en cuanto a su actuación. La una será pagar el precio que recibe de la venta del bien y que previamente se estipula en el contrato, al tradens; o bien, devolver la cosa en caso de que no se efectúe la venta.

El Código Civil para el Distrito Federal nos dice al respecto: "Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho".(art. 1962).

Si bien es cierto que posee una obligación alternativa, este artículo es claro y no podrá prestar esa obligación parcialmente, es decir, sólo se cumple pagando ó entregando la cosa. Por otra parte esta elección corresponde al accipiens o deudor (art. 1963 del Código Civil), quien indudablemente encontrará mayor beneficio si vende el bien mueble.

Por lo que respecta al plazo (inciso e)), es evidente que en el contrato se debe estipular éste, puesto que en caso contrario habría cierta inseguridad por lo que respecta al tiempo en el que se pudieran vender, ya que en las operaciones comerciales el tiempo es oro y cada minuto

que pase sin venderse las cosas es una pérdida indudable para el tradens. Por otro lado, de este modo se obliga al accipiens a agilizar su trabajo; así, el accipiens tiene un margen de tiempo para realizar sus operaciones comerciales y que al vencimiento de éste deberá ajustar cuentas con el tradens.

El inciso f) es claro y denota cierta justicia, ya que al tener en su poder el accipiens la cosa que se va a vender, desde el momento que la recibe responde por el buen uso que le dé hasta el cumplimiento de su obligación. Podrá realizar ciertos actos negligentes para con la misma y sería injusto que el tradens que confió en él pague las consecuencias. Además, es evidente que esta cláusula no falta en el contrato, simple y sencillamente si la cosa esta en poder del accipiens, este responde, puesto que al recibir el bien mueble asume el riesgo de llevar a feliz término su obligación.

El inciso g) muestra el interés del accipiens al aceptar vender la cosa puesto que dentro del contrato se señala un precio por ésta, mismo que será el que exija el tradens; más sin embargo, al realizar la venta, el accipiens subirá el precio con relación al pactado en el contrato, y al realizarse la venta, esta ganancia eventual le corresponderá ya que sólo le será exigible el precio

pactado en el contrato; de ahí su interés por realizar la venta en lugar de devolver la cosa.

El inciso h), reviste una gran importancia en el contrato, ya que es el nacimiento del *misero*. El *tradens*, dentro de sus obligaciones tiene como principal entregar la cosa, y en este momento existe la "trabazon" de voluntades, aparece la relación jurídica que dará validez y carácter de exigibilidad para el *tradens* como para el *accipiens* en sus pretensiones.

Por último el inciso i) nos señala que tiene indudablemente una función económica, misma que se deduce del carácter mercantil del que se compone el contrato estimatorio. Hay tráfico mercantil de mercancías que persiguen un fin lucrativo, de ganancia en la venta.

Para apoyar más esta afirmación, y con un carácter más técnico, señalo lo que nos dice el Doctor Néstor de Buen Lozano: "De acuerdo con el artículo 1824 el objeto de los contratos consiste en la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Creemos que no hay dificultad mayor en admitir que en las obligaciones de dar y de hacer, el contenido económico resulta innegable. Tampoco hay problema en el caso de que se convenga pagar para que alguien no haga. Como quiera que sea, y sin entrar al análisis de la obligación de no hacer,

la contraprestación por si misma es bastante para darle contenido económico".¹⁰

10. Buen Lozano Nestor de. Ob.cit., pág. 172.

CLASIFICACION.

El contrato estimatorio posee ciertos rasgos distintivos que como mencioné lo hacen único. De ésta manera, dados estos rasgos, el contrato estimatorio puede encuadrarse en la siguiente clasificación:

a) Mercantil. - "Puede encuadrarse en la fracción I del artículo 75 y en el 371 del Código de Comercio".¹¹.

El artículo 75 del Código de Comercio es enunciativo, pues de manera taxativa pretende en sus fracciones englobar todo lo referente a los actos de comercio.

De este modo, la doctrina esta de acuerdo en señalar que el contrato estimatorio se encuadra en la fracción I del artículo 75 del Código de Comercio que nos dice: "La Ley reputa como actos de comercio: I Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados". Es evidente que tanto el tradens como el accipiens dentro de sus funciones mercantiles realizan el uno y sobre todo el segundo una "especulación comercial" con los bienes muebles.

11. Arce Gargollo Javier, Ob.cit., páq. 63.

Sin embargo creo que una de las definiciones más claras para señalar el citado contrato de mercantil se debe al maestro Arturo Díaz Bravo quien nos dice al respecto: "Aunque el terreno fértil para este contrato es el formado por las empresas dedicadas a la venta de mercancías usadas y, en tal caso, la mercantilidad atiende al carácter de accipiens como un empresario comercial librero o editorial (art. 75-IX, Código de Comercio), comisionista agente o subastador (art. 75-X, Código de Comercio), en verdad no hace falta, para calificar de mercantil nuestro contrato, la intervención de una empresa, atentos el inocultable carácter de intermediario por parte de dicho accipiens, y su evidente propósito de lucro (art. 75-I, Código de Comercio), por manera que, empresarial o no, basta estas dos últimas características para enmarcar nuestro contrato dentro de los de naturaleza siempre mercantil".¹²

b) Entre comerciantes.—Al reformarse el artículo 1050 del Código de Comercio, se terminó con la teoría del acto mixto para dar paso a una igualdad de condiciones en cuanto a los sujetos que realizan la operación comercial.

Esta afirmación es general, ya que el tradens es comerciante en cuanto realiza el acto de comercio.

12. Díaz Bravo Arturo, Ob.cit., pág. 83.

Pero el accipiens requiere siempre de la capacidad de ser comerciante, un profesional del comercio.

Así el Código de Comercio en su artículo 3 fracción I nos dice que: "Se reputan en derecho comerciantes: I. Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria".

De esta definición se desprenden los siguientes elementos:

- a) Capacidad legal
- b) Ejercer el comercio
- c) Ocupación ordinaria.

En cuanto al accipiens, es evidente que al realizar actos de comercio, requiere de capacidad legal para ejercer el comercio, haciendo de él una labor cotidiana, de donde se desprende su profesionalismo. Cabe citar que esa legalidad se la da el tradens (o él puede también recibirla), al celebrar el contrato estimatorio eligiéndolo como el que va a disponer de sus bienes muebles objeto material del contrato para su venta.

c) Real. - Es un contrato real, porque se perfecciona en el momento en que el tradens entrega la cosa o el bien mueble al accipiens para que éste cumpla con su obligación.

Si no tuviera el accipiens esta disposición de la cosa tendría mayor problema para vender el producto, además de que se distorcionaría la figura jurídica en estudio, puesto que es un elemento totalmente indispensable en el contrato estimatorio.

d) Bilateral.—Dentro de la división de los contratos que hace el Código Civil en su artículo 1836 nos dice: "El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

Las palabras bilateral y sinalagmático significan obligatorio para ambas partes.¹³

En este sentido cuando aparece la relación jurídica para el tradens y el accipiens, aparece también una obligación recíproca. El sentido bilateral se desprende del acuerdo de dos voluntades para producir consecuencias de derecho.

Tanto el tradens como el accipiens al "trabar" sus voluntades en el contrato se obligan a entregar la cosa, a recibirla, a venderla, etc., respectivamente dándole ese carácter bilateral; un carácter de obligaciones para ambas partes.

13. Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho, 31 ava. edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1985, pag. 23.

e)Oneroso.—"Se dice que los actos jurídicos son onerosos (a título oneroso) cuando cada una de las partes que intervienen en la celebración del acto se obliga dar o hacer alguna cosa, resultando de su celebración mutuos provechos y cargas. En estos casos, cada uno de los contratantes esta obligado a una prestación, cada parte asume para sí una carga; pero también espera obtener un provecho. Hay cargas y beneficios recíprocos".¹⁴

Para el contrato en estudio, el tradens se obliga a dar la cosa y al mismo tiempo se obliga a retribuir si se pactó, a recibir la cosa (si no se vende) o a indemnizar por daños y perjuicios; en este caso sería la carga que recibiría, pero en caso de venderse el bien mueble recibe un beneficio. Al mismo tiempo el accipiens tendrá como carga recibir la cosa, pagar el precio ó regresar la cosa, custodiarla y responder por daños y perjuicios; más sin embargo, si lleva a feliz término su obligación recibirá la retribución (si se pactó) y/o diferencia entre el precio pactado en el contrato y el precio en que vende la cosa.

f)Conmutativo o aleatorio.—El Código Civil en su artículo 1838 nos dice al respecto: "El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las

14. Moto Salazar Efrain, Ob.cit., págs. 23-24.

partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les causa éste. Es aleatorio cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Quando se presenta el aspecto conmutativo, prácticamente no hay problema puesto que se entabla una venta a la segura, pudiéndose pensar que ya hay comprador o ciertos compradores a quienes el accipiens vende los bienes muebles, sabiéndose la cantidad de éstos bajo un precio cierto y en el que no se presentan eventualidades, conociéndose de antemano la ganancia. Sin embargo, normalmente el aspecto aleatorio es el que impera ya que el tradens entrega la cosa al accipiens con la intención de que éste venda los bienes muebles en el plazo fijado aún cuando no esta seguro en su totalidad, puesto que como sabemos el accipiens tiene una obligación alternativa; puede darse el caso que éste encuentre ciertos problemas (falta de comprador, venta de la mercancía por su calidad poco reconocida etc.), que le dan ese carácter de aleatorio, es decir, depende de diversos factores la realización de la venta.

g)Traslativo de dominio.-Ya hemos visto como el tradens tiene que hacer entrega de la cosa al accipiens trasladando 'el dominio de esta a el accipiens para que realice la venta. Es importante que este tenga en su poder la cosa al momento de hacer la venta.

Representa el objeto indirecto dentro de los elementos de existencia del contrato, y que se traduce en un dar. Esta traslación de dominio de cosa cierta es con el fin de una venta.

h)De custodia.-Una vez entregada la cosa al accipiens para cumplir con su obligación (el venderla), se hace automáticamente responsable del bien o bienes muebles que estén en su poder. Es claro notar que si se reciben los muebles en perfectas condiciones, no puede responsabilizar al tradens por un acto negligente de su parte dañando o perdiendo estos. Es por ello que es, así mismo, un contrato de custodia, pues el accipiens se encargará de cuidar estas hasta el momento de venderlas y hacer el traslado de dominio al comprador. En caso contrario responde ante el tradens por daños y perjuicios.

i)Atípico.-Aun cuando el contrato estimatorio no se encuentra regulado por el Código de Comercio y por ende ser un contrato atípico, esto no le ha restado importancia y eficacia, puesto que con todo ello es un contrato que en

la actualidad se practica.

Cabe destacar que sobre todo en Europa es más conocido y aplicado en sus códigos, aún cuando se hace bajo una denominación distinta del contrato estimatorio (España, Francia, Alemania), notando su cristalización en el Código Civil italiano como una figura típica (art. 1556).

Sin embargo, al igual que en otro tipo de contratos atípicos, el Código de Comercio de ciertas pautas a seguir, mismas que veremos al tratar en el capítulo III lo relativo al contrato estimatorio en la legislación mexicana como un contrato atípico nominado.

i) Principal.—Es aquél que para su validez y cumplimiento no requiere de otro contrato. Normalmente los contratos accesorios dependen de un contrato principal y se manifiestan con una característica específica: son de garantía (prenda, fianza, hipoteca, depósito). Este no es el caso del contrato estimatorio que por ser un contrato donde se especifican perfectamente los derechos y obligaciones recíprocas no tiene mayor problema para calificarlo como principal puesto que en ningún momento se llega a la garantía de venta.

ELEMENTOS

a) Personales.—En el contrato estimatorio, se distinguen dos sujetos cuya función es importante en la conformación del mismo, puesto que de sus derechos y obligaciones depende en gran medida el éxito del contrato.

Tenemos primeramente al tradens como sujeto activo quien inicia la relación jurídica o el nacimiento del contrato mismo, pues indudablemente tiene un interés primordial en realizar un acto de comercio. Este sujeto activo (tradens), puede ser el dueño del bien mueble o tener disposición del mismo; lo cierto es que, dueño o no será quien inicie las operaciones primarias, es decir, buscar a la persona adecuada para que realice la venta. En manos del tradens también está el que se lleve a buen término la operación de venta de los bienes puesto que el decidirá a quien encomendar esta difícil empresa que es la de colocar el producto en el mercado, para que su venta no sea tan incierta, o en otras palabras una venta más segura.

Por su parte el accipiens, que es a quien se le encomienda la venta del bien mueble, requiere de la capacidad de ser comerciante, un profesional de la técnica de mercado para realizar la venta en el plazo estipulado previamente en el contrato. Indiscutiblemente para el

accipiens es más conveniente vender el producto por mil razones, entre ellas sería el mayor prestigio como vendedor y por ende una más amplia carrera de clientes que lo soliciten como accipiens en dicho contrato. A su vez obtiene una ganancia mayor si cumple con su obligación primordial.

En el capítulo II hablaremos más a fondo de la capacidad cuando tratemos este tema dentro de los elementos de validez del contrato estimatorio.

b) Reales.—Son tres los elementos reales que destacan del contrato estimatorio:

1) El precio.—Es el valor o estimación que se guarda con relación al bien mueble. Al realizarse el contrato, el tradens conviene en darle un valor a la cosa vendible; dicho valor que es el que estima el tradens puede ser determinado o determinable, mismo que entregue al accipiens al cerrar la operación de venta con un tercero ó comprador.

Cabe hacer notar que el precio puede ser pagado en dinero o en especie, lo importante es que se cubra totalmente.

“La remuneración que recibe el consignatario, que es distinta del precio, puede fijarse o no dentro del contrato. Hay varias formas usuales: porcentaje del precio

final de venta, diferencia entre el precio de la venta al tercero y el precio estimado, y otras."15

II) La cosa.-Ya hemos visto que son siempre bienes muebles que se traducen en mercancías o productos.

Es importante la diferencia que nos señala Efraín Moto Salazar para con la cosa y bien: "...se llama cosa todo lo que, siendo percibido por cualquiera de los sentidos, puede ser objeto de una relación jurídica; y bien, toda cosa susceptible de apropiación".16

Una vez hecha la diferencia debemos considerar que los bienes objeto material del contrato sean normalmente tangibles, es decir, que pueden tocarse y a la vez entregarse; pero también puede ser objeto de una enajenación onerosa la propiedad intelectual pues se considera como un bien intangible susceptible de venderse, toda vez que en éste aspecto caben las obras literarias, artísticas, científicas etc., las cuales pueden ser vendidas por el accipiens a petición del autor o por encargo de éste al tradens, en virtud de un contrato estimatorio.

III) El plazo.-Es importante señalar que sin él no

15. Arce Gargollo Javier, Ob.cit., pág. 65.

16. Moto Salazar Efraín, Ob.cit., pág. 190.

se invalida el contrato como pudiera pensarse. Sin embargo, es importante que se determine, ya que por tratarse de un acto de comercio el tiempo es dinero para las partes.

El plazo es el tiempo dentro del cual el accipiens tiene su campo de acción para cumplir con su obligación ante el tradens que, como sabemos es alternativa: pagar el precio o devolver la cosa.

"El plazo puede modificarse durante la vigencia del contrato o al vencimiento del mismo y pueden fijarse plazos periódicos para que en un mismo contrato se pague la estimación o se devuelva parte de los bienes consignados"17

Dicho lo anterior pienso que es correcto, puesto que pueden presentarse ciertas eventualidades que impidan al accipiens realizar su función, es por ello que el plazo se puede modificar una vez vigente o ampliar una vez terminado; lo importante, es notar que el accipiens cumpla, independientemente de la modificación del mismo.

c) Formales.-Con apoyo en el artículo 1832 del Código Civil y el 78 del Código de Comercio, de su lectura se desprende que al no establecer la Ley una forma expresa para el contrato estimatorio, se entiende que el tradens y

17. Arce Bargollo Javier, Ob.cit., pág. 65.

el accipiens se obligan en la manera y terminos que ellos estipulen, por lo que la forma es consensual por oposicion a formal, es decir, las partes determinan, por ejemplo si el contrato conste por escrito simple (sin formalidades - ante notario público-, etc.), sin que esto influya en la validez del contrato.

OBLIGACIONES

a) Del tradens. - Cuando hablamos del contrato como un contrato oneroso así mismo se habla de las cargas u obligaciones tanto para uno como para otro. Es evidente que el tradens, así como recibe gran beneficio al cerrar las operaciones de venta de sus productos por conducto del accipiens, también tiene ciertas obligaciones que le dan primordial importancia inclusive desde el inicio del contrato estimatorio.

La entrega de la cosa, así como el recibirla, por desprendimiento lógico se consideran obligaciones para el tradens, pero más que obligaciones, estas son un requisito de constitución del contrato estimatorio.

Entre las obligaciones que le corresponden al tradens, destacan por su importancia las siguientes:

1) Indemnizar por daños y perjuicios. -

Indiscutiblemente, es responsabilidad del tradens que el bien o bienes muebles que desea vender por conducto del accipiens estén en perfectas condiciones, es decir, no deben presentar defectos o algún vicio oculto, puesto que el accipiens confía en que el producto que pretende vender está en óptimas condiciones para ser colocado en el mercado para su venta. Si se presenta un defecto o vicio, tiene el

derecho de pedir una indemnización por daños y perjuicios ya que quien compra el producto se da cuenta de esa deficiencia que le resta efectividad y puede demandar al accipiens. Es por ello que cuando se presenta esto, el tradens deberá pagar por su conducta negligente o dolosa según el caso, ya que podría perjudicar y de hecho lo hace al accipiens o al tercero quien compra los productos, creyéndolos en perfectas condiciones.

II)Retribuir si se pactó.-Aquí se presentan dos situaciones posibles: Puede darse el caso de que al celebrar el contrato, tanto el tradens como el accipiens convengan en que el pago para este último sea doble; es decir, gana la diferencia entre la estimación de la cosa y el precio que él estipula, además el tradens puede darle otro pago adicional. O bien; el pago puede ser único, por concepto de un porcentaje del precio de la venta o la diferencia entre la estimación y el precio por él fijado.

Lo cierto es que si se pactó una retribución, el tradens deberá pagar para corresponder así a los servicios prestados por el accipiens, además de no incurrir en caso de no pagar, en una violación contractual.

b)Del accipiens.-Al igual que el tradens, el accipiens tiene obligaciones que cumplir dentro de la finalidad del contrato. Es quien realiza la venta del

producto o productos y para que se concerte esta perfectamente debe cumplir con las siguientes obligaciones:*

1) Pagar el precio ó devolver la cosa.-Conocida la obligación alternativa del accipiens sólo se libera cumpliendo una u otra. De esta manera, tiene la obligación primordial de pagar el precio o estimación que se estampa previamente en el contrato al tradens. Es el pago del precio la perfección y finalidad del contrato aun cuando no haya garantía de venta, es la valorización e importancia del accipiens dentro de sus funciones como profesional del comercio, es donde realiza su capacidad para ejercer el comercio de manera eficaz y confiable. Más sin embargo, puede optar por devolver la cosa por diversas razones.

Su obligación en este inciso se traduce en una venta que trae como consecuencia el pago del precio, o bien, una devolución de los bienes por falta de venta, tomando siempre como referencia el plazo en el que se establece su campo de acción. Cabe destacar que el tradens

* Ya vimos que el recibir la cosa por parte del tradens no corresponde una obligación, sino que es un requisito de constitución del contrato, por lo que esta misma situación se adecúa así mismo al accipiens cuando recibe la cosa.

no puede exigir la devolución antes de la expiración del plazo, dada su naturaleza comercial en la que de acuerdo a las características del contrato, el accipiens puede tener en mano la realización de las ventas y por ende comprador o compradores que al ver frustradas estas podrían exigir una indemnización que se traduzca en pérdida para el accipiens.

II) Custodiar la cosa.-Es importante destacar que al momento de la traslación de la cosa y su subsecuente disposición de ésta, el tradens confía en el destino que el accipiens le dé al producto o productos. Es por ello que el accipiens debe cuidar de los bienes muebles como si fueran propios hasta el momento de venderlos, en caso contrario deberá responder por violar una disposición contractual.

III) Responde por daños y perjuicios.-Es el resultado de una impericia, falta de cuidado o negligencia por parte del accipiens y que trae como consecuencia la pérdida, deterioro o disminución de calidad del bien mueble y que le resta valor en las dos últimas, en una palabra bajaría inclusive a cero la estimación del bien.

Es claro notar que si el accipiens tiene a su disposición los bienes, debe cuidar de ellos mientras están en su poder, en caso contrario, si las mercancías consignadas sufren algún daño, el accipiens responderá de ello ante el tradens.

Por lo que toca a la disminución de calidad o deterioro de los bienes, el accipiens deberá pagar los daños y perjuicios que ocasione su impericia, negligencia o falta de cuidado.

MODALIDADES

a) El subcontrato.—Dentro de las modalidades y dada su importancia, y aplicación práctica destaca el subcontrato, que es una figura jurídica perfectamente válida y en la que el accipiens una vez celebrado el contrato estimatorio, puede así mismo celebrar un subcontrato estimatorio, esta vez como tradens con un tercero quien sería el que ocupara su lugar como accipiens. Cabe destacar que indudablemente se toma en consideración el contrato estimatorio para darle forma al subcontrato estimatorio, es decir, se toma como marco de referencia teniendo por ejemplo en cuenta el precio que sin lugar a dudas será más alto para que tenga objeto la finalidad del subcontrato (obtener una ganancia), aún cuando en ocasiones no lo sea. Ciertamente el plazo de este subcontrato será menor que el del contrato estimatorio por obvias razones.

Esta figura jurídica no se plantea de una forma específica, sin embargo, la práctica constante ha permitido considerarlo. Es aceptable notar que aún cuando el accipiens no recibe un consentimiento por parte del tradens, por tratarse de un acto de comercio perfectamente legal que reporta ganancias, el accipiens siente la necesidad de buscar mayores dividendos encontrando la forma

ideal en el subcontrato.

Puede presentarse la situación de que el accipiens sólo sea un gancho para atraer a los tradens quienes en su momento lo contratarán. Pero podemos pensar que este citado accipiens sólo acepte la obligación pero no realizar ésta, puesto que conoce a la persona o personas idóneas para que realicen mejor que él la labor esperada por el tradens para vender sus mercancías.

CAPITULO II

EL CONTRATO ESTIMATORIO

Este se presenta como un contrato atípico en la legislación mexicana (aún cuando se menciona), y mas aún se practica. El Código de Comercio no lo menciona pero por fuerza de la costumbre es necesario con apoyo en el artículo 2 del Código de Comercio que nos dice: "A falta de disposición de este Código, serán aplicables a los contratos de comercio las del derecho común"., conocerlo más a fondo haciendo el análisis clásico de los contratos dividiéndolo para su estudio en elementos de existencia y validez.

a) Elementos de existencia.-Son los elementos más importantes del contrato, ya que sin ellos simple y sencillamente nos encontramos en la nada jurídica, en la inexistencia.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1794 nos lo indica y dice al respecto: "Para la existencia del contrato se requiere:

I Consentimiento;

II Objeto que pueda ser materia del contrato".

I Consentimiento.—"Referido el contrato al consentimiento suele definirse como el acuerdo de voluntades exteriormente manifestadas para la creación o transmisión de obligaciones y derechos".¹

De la definición, se desprende que el consentimiento requiere de un enlace o trabazón de voluntades que necesariamente deben exteriorizarse para crear o transmitir derechos y obligaciones. Con relación al contrato en estudio, es evidente que quien inicia el consentimiento es el tradens que conforme a su interés lanza la policitud, misma a la que se adhiere el accipiens iniciando así la relación jurídica.

En el consentimiento el sujeto activo o policitante, viene a ser el tradens, quien realiza la declaración unilateral de voluntad, es decir, él tiene un negocio en puerta que es la venta de bienes muebles y desea que alguien se encargue de hacerlo. Esta declaración de querer realizar un acto jurídico puede efectuarla de manera expresa (verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. art. 1803 del Código Civil), o bien, tácita (resultado de los actos o hechos que así lo presuman excepto en los casos en que la Ley exija el consentimiento expreso. art. 1803

1. Buen Lozano Néstor de, Ob.cit., págs. 183-184.

del Código Civil).

Dicha declaración expresa o tácita la realiza el tradens a una persona (accipiens) que puede ser determinado o indeterminado, es decir, puede conocerlo o no (poner un anuncio). Claro que de igual manera, el accipiens puede estar presente o no al celebrar el acto jurídico. Lo cierto, es que el tradens en su declaración tiene el ánimo de celebrar un acto jurídico (contrato estimatorio) cuyos elementos esenciales determina. Por su parte el accipiens manifiesta su consentimiento como sujeto pasivo aceptando esa policitud, declarando unilateralmente su voluntad de manera expresa o tácita hecha al tradens (determinado), presente o no, expresándole su adhesión a la policitud que en este caso es la venta de bienes muebles.

El tradens al efectuar la policitud queda obligado a sostener ésta en los términos propuestos por él y el accipiens (el plazo por ejemplo). Por otra parte, en caso de morir el tradens, sus sucesores quedan obligados a lo que se obligó para con el accipiens.

"La autonomía de la voluntad es el concurso de libres voluntades que caracteriza al contrato".²

2. Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México 1953. Tomo I, págs. 142-143.

De esta forma, tanto el tradens y el accipiens deberán decidir de una manera libre y con estricto apego a sus intenciones o pretensiones, ya que aquí también puede suscitarse controversia. Hay ocasiones en las que las partes celebran el contrato, pero en forma equivocada, es decir, su intención no se realizó como deseaban.

Cuando se presenta esta situación, en la que ya sea el tradens o el accipiens lleguen a una equivocación que puede ser esencial (el objeto por ejemplo), la Ley nos da la solución. Así, el artículo 1851 del Código Civil nos dice: "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

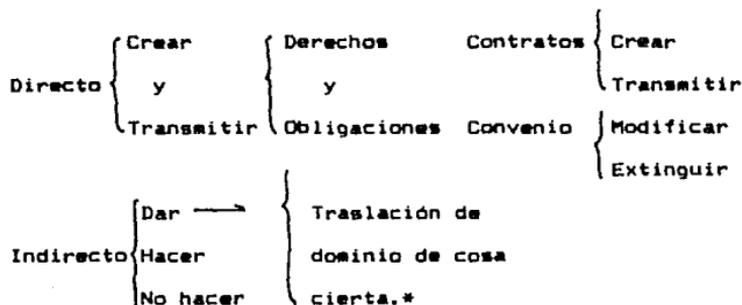
Si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas".

El artículo anterior es un ejemplo claro de protección tanto al consentimiento de las partes como al contrato mismo, dando con esto cierta tranquilidad a las partes en caso de presentarse una mala interpretación en cuanto a su intención o finalidad.

II Objeto.—Objeto inmediato del contrato es en realidad, la obligación que por él se constituye; pero como ésta, a su vez, tiene por contenido una prestación de dar,

hacer o no hacer, se llama ordinariamente objeto del contrato a la cosa o servicio que son materia respectivamente, de las obligaciones de dar o de hacer".³

El objeto del contrato reviste una gran importancia, ya que además de ser un elemento esencial importantísimo para la celebración del mismo, no ha sido cubierto con el interés que merece, a tal grado que inclusive nuestro Código Civil no señala el objeto directo del contrato, es por ello que inicié con la cita de Castán Toboñas, ya que él considera los tres aspectos:



3. Castán Toboñas José, Derecho Civil Español Común y Foral Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, Tomo III, pág. 341

* Solamente incluyo en la obligación de dar la traslación de dominio, por ser la única de éstas que se adecúa a nuestro contrato.

Como cosa material del contrato	Requisitos	{ -Existir en la naturaleza o susceptible de existir -Debe estar en el comercio -Determinado o determinable en cuanto a su especie.
	de la cosa	

En el contrato estimatorio, el tradens y el accipiens, al celebrar el contrato lo crean y a su vez transmiten derechos y obligaciones, mismos que se manifiestan al momento de aceptar el uno dar la mercancía para su venta y el otro la venta del bien mueble, originando con esto el objeto directo.

Por su parte el artículo 1824 del Código Civil consagra el objeto indirecto del contrato al señalar: "Son objeto de los contratos:

I La cosa que el obligado debe dar;

II El hecho que el obligado debe hacer o no hacer"

Siguiendo el análisis del contrato vemos que a él corresponde la fracción I del citado artículo, ya que en este caso el tradens al querer que se venda su producto debe dar disposición del bien mueble al accipiens y esta disposición se perfecciona con la traslación de dominio del bien cumpliendo así con el requisito legal y contractual.

El tercer aspecto del objeto, se refiere a este

como cosa material del contrato. El artículo 1825 del Código Civil lo señala y dice al respecto: "La cosa objeto del contrato debe: 1 Existir en la naturaleza; 2 Ser determinado o determinable en cuanto a su especie; 3 Estar en el comercio".

El objeto material del contrato estimatorio son los bienes muebles que conforme a esta disposición anterior, es obvio que al celebrar un contrato mercantil, el bien mueble se encuentra en el comercio (libros, revistas etc.) y en la naturaleza por ser perfectamente palpables y visibles y por ende determinables.

b) Elementos de validéz.—"Habitualmente la doctrina nos habla de elementos de validéz, constitutivos de una segunda categoría y se invoca al artículo 1795 como el precepto que los menciona, aunque sea en forma negativa. Tendrían ese carácter la capacidad, la circunstancia de encontrarse el consentimiento exento de vicios, la licitud en el objeto, motivo o fin y la forma legal".⁴

Para conocer más a fondo el contrato estimatorio, es necesario hacer uso de los llamados elementos de validéz para tener una visión más clara de lo que permite la Ley

4. Borja Soriano Manuel, Ob.cit., Tomo I, páq. 139. Ernesto Butiérrez y Gonzalez Der.deObls.Ed.Cajica Méx.1961,páq.147.

tanto al tradens como al accipiens. conociendo sus alcances, así como su campo de acción permitido.

I Capacidad.-La capacidad es la aptitud jurídica para ser titular de derechos y obligaciones y ejercerlos y de este modo, el Código Civil en su artículo 1798 nos dice que cualquier persona es hábil para contratar, salvo los exceptuados por el Código.

Para ser comerciante se requiere tener capacidad de ejercicio (art. 3 del Código de Comercio), pero no debe confundirse esto con la llamada legitimación.

Dice Pallares en su Diccionario Procesal Civil que la capacidad en general es una cualidad de la persona que presupone determinadas facultades o atributos mientras que la legitimación es la situación de la persona con respecto al acto o la relación jurídica.

Es decir, una persona puede ser capaz pero no legitimada para realizar determinados actos.

Tal es el caso del corredor, por ejemplo, que puede ser perfectamente capaz y de hecho lo es puesto que ejerce una profesión; no podrá legitimamente ejercer el comercio pues el artículo 12 del Código de Comercio prohíbe expresamente dedicarse a tal actividad, a esto es a lo que se ha llamado incompatibilidad para ejercer el comercio.

Por otro lado el citado artículo 12 establece dos

prohibiciones conforme a las cuales no podrán ser comerciantes los quebrados que no hayan sido rehabilitados y los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados por delitos contra la propiedad incluyendo en estos la falsedad, el peculado, la concusión y el cohecho.

El artículo 51 del Código de Comercio nos dice con relación al corredor que es un agente auxiliar del comercio, con cuya intervención se proponen y ajustan los actos, contratos y convenios y se certifican los hechos mercantiles. Tiene fe pública cuando expresamente lo faculta este Código u otras Leyes, puede actuar como perito en asuntos de tráfico mercantil.

En caso de que los corredores ejerzan el comercio serán destituidos de su cargo (art. 71 fracción II del Código de Comercio) si llegan a quebrar, su quiebra se considerará fraudulenta. (art. 97 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos).

En el caso de los quebrados hay que advertir que el artículo 106 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos establece que podrán ser condenados a no ejercer el comercio hasta por el tiempo que dure la condena principal los comerciantes y demás personas reconocidas responsables de quiebras culpables o fraudulentas. Por tanto los quebrados fortuitos (no fraudulentos) no podrán ser sujetos

a tal forma de sanción y en consecuencia no es aplicable la prohibición señalada, prohibición que en esta forma debe ser considerada modificada por el citado artículo 106.

Es importante señalar que otras leyes contienen también prohibiciones e incompatibilidades para ejercer el comercio.

Así la Ley del Notariado para el Distrito Federal, considera incompatible la profesión de notario y la de comerciante. (art.35)

La Ley Federal del Trabajo en su artículo 378 fracción III señala que queda prohibido a los sindicatos ejercer la profesión de comercio "con ánimo de lucro".?

Viendo lo anterior, aquí entendemos que tanto el tradens como el accipiens no deben caer en estas situaciones antes señaladas.

Deberán tener capacidad y estar perfectamente legitimados para llevar a efecto el contrato estimatorio y su consecuente feliz término, además de no ser incompatible o tener alguna prohibición.

II Voluntad exenta de vicios.—El Código Civil para el Distrito Federal dentro de sus artículos 1812-1823 sólo señala como tales el error, el dolo, la mala fe y la violencia. Sin embargo la doctrina señala como vicios del

consentimiento el error, la violencia y la lesión y atribuye al dolo y la mala fe la categoría de medios determinantes del error.⁵

Dicho lo anterior, al tratar en este tema los vicios del consentimiento, nos remitiremos únicamente al error y la violencia, recordando que en los contratos mercantiles no se contempla la lesión como causa de nulidad.

En cuanto a la violencia, el Doctor Néstor de Buen Lozano señala que aquél que expresa en determinado sentido su voluntad aparente como resultado de la violencia que sufre, en realidad no quiere lo que dice. Su voluntad es perfectamente consciente de las consecuencias del acto y no está viciada, lo que ocurre es que se obtiene - gracias a la violencia - una declaración contradictoria.⁶

De esta manera aún cuando hay una discrepancia entre la voluntad interna y la declarada, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1818 nos dice: "Es nulo el contrato celebrado por violencia, ya provenga esta de alguno de los contratantes, ya de un tercero, interesado o no en el contrato".

5. Borja Soriano Manuel, Ob.cit., tomo I, pág. 250.

Butierrez y González Ernesto, Ob.cit., pág. 211.

6. Buen Lozano Néstor de, Ob.cit., págs. 189-190.

Así el tradens, el accipiens o por conducto de un tercero, no podrán ejercer la violencia en uno y otro, o en su familia, bienes etc., bajo pena de nulidad.

Podría darse el caso de que el tradens o el accipiens fueran objeto de una violencia física o moral con el fin de celebrar el contrato estiatorio contraviniendo con esto una disposición legal; de cualquier forma la parte afectada puede declarar la nulidad del acto celebrado.

Por lo que respecta al error, tenemos que éste es el falso concepto de la realidad. Por tanto el error puede ser casual, sin que las partes intervengan. Tanto el tradens como el accipiens pueden caer en un error fortuito de carácter común, es decir un error aritmético que se convalidaría una vez rectificado ese error, o bien, un error de hecho que podría caer sobre el negocio en cuestión, error en la cosa, error en la persona o en la substancia.

Estos errores son susceptibles de cometerse, pero lo importante es que se pueden corregir una vez detectados.

No obstante, también a diferencia del error casual, se presentan errores como consecuencia del dolo o mala fe siendo aún más graves por sus posibles consecuencias.

El tradens o el accipiens al celebrar el contrato

estimatorio pueden detectar un error que los beneficia disimulando éste una vez conocido conformando con esto la mala fe. Ciertamente es que quien detecta el error aún cuando no es el causante directo de éste, pretende sacar ventaja de esta situación, misma que una vez detectada deberá ser sancionada con la nulidad respectiva.

Hablando del dolo: vemos que se provoca el error más directamente, puesto que quien lo genera quiere la conducta y el resultado haciendo uso de sugerencias o artificios para inducir o mantener en él a alguno de los contratantes (art. 1815 del Código Civil), obteniendo un beneficio ya conocido por él.

Por último cabe mencionar quiénes son las personas que producen dolo o mala fe en el contrato estimatorio:

- a) Una de las partes. Tradens ó accipiens.
(sólo una).
- b) Ambos contratantes. Tradens y accipiens.
- c) Un tercero.

III Formalidad.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que parezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos

determinados". (art. 78 del Código de Comercio).

Este ordenamiento jurídico evidentemente en el artículo 79 se diluye cuando la Ley expresamente determine la forma o solemnidad.

Sin embargo, el contrato estimatorio por ser un contrato real, que se perfecciona con la entrega de la cosa, permite el nacimiento de las obligaciones contractuales, una vez consignadas las mercancías.

"El consentimiento no exige otra forma de manifestación, de modo que el contrato resulta consensual por oposición a formal".⁷

En cuanto a la forma como requisito de constitución del contrato estimatorio, se refiere a la entrega de la cosa y que en ocasiones cuando son varios bienes muebles, deberán ser listados. El accions al recibir los bienes que va a vender y el listado, firma éste como muestra de haberlos recibido. Sin embargo la firma en el listado no representa una formalidad, sino simple y sencillamente una prueba de la entrega y recepción de los bienes objeto del contrato.⁷

IV Licitud.—Aún cuando en sentido contrario, el Código de Comercio en su artículo 77 señala que: "Las

7. Arce Bargollo Javier, Ob.cit., pág. 65.

convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio".

El citado artículo es bastante claro y aún cuando en el contrato estimatorio las operaciones son netamente comerciales, si el objeto, motivo o fin son ilícitos, estará atacado el contrato de nulidad.

Esta nulidad será absoluta si va contra una Ley prohibitiva, derivada desde luego por la gravedad del hecho; o bien relativa cuando se dicta para regular intereses particulares que se pueden convalidar.

La ilicitud es algo que va contra la Ley o contra las buenas costumbres y los contratantes deberán saber el objeto motivo o fin que realizan, bajo pena de ser sancionados inclusive penalmente.

Puede darse el caso de que el tradens y el accipiens vendan por ejemplo medicinas o alimentos caducos, conformando así un objeto ilícito ya que ha pasado el tiempo razonable para su venta. Estos y otros ejemplos, permiten entender que el tradens y el accipiens deben apearse perfectamente a las leyes y a las buenas costumbres a fin de llevar a feliz término su pretensión jurídica. En una palabra, lo importante es notar que para que el contrato estimatorio tenga un curso legal y sin controversia, tanto el tradens como el accipiens deberán

manejar objetos lícitos para evitarse problemas y cumplir así con su función meramente mercantil.

c) Consecuencias de la falta de uno de los elementos de existencia o validez en el contrato.

La inexistencia (elemento de existencia).

1.- La inexistencia. - Ya vimos que los elementos esenciales (consentimiento y objeto) son importantísimos y van de la mano. Sin embargo, faltando el consentimiento o bien el objeto son motivo suficiente para producir la inexistencia del contrato.

Es lógico pensar que si el tradens o el accipiens no han expresado su consentimiento, es imposible obligarlos a algo a lo cual no se obligaron.

Así mismo, si no existe objeto ¿Cómo se obligaría a un sujeto?, estaríamos en la nada jurídica.

"El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, aún por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado". (art. 2224 del Código Civil).

Las características de la inexistencia se

desprenden de su definición y en éste caso no produce efecto legal alguno, no es confirmable, no es prescriptible y puede invocarse por todo interesado.

En el primer caso es entendible, puesto que lo que no existe no puede producir efectos. En cuanto a que no es confirmable, se refiere a que no se puede convalidar, porque no atañe a elementos de validez, además de que no se puede confirmar la nada; por último tampoco se puede lograr el efecto retroactivo, puesto que si la inexistencia es la nada desde el punto de vista jurídico, sería un hecho contrario a la realidad declarar que el contrato inexistente produjo efectos. En cuanto a la prescripción es obvio que no puede surtir efectos por el mero transcurso del tiempo algo que la Ley reputa como inexistente. Finalmente puede invocarse por toda persona interesada, debe tener un interés jurídico, interés en algo que le perjudica y que obviamente debe invocar esa inexistencia a su favor.

La inexistencia es una situación que el accipiens y el tradens deben contemplar como un recurso, cuando se presentan los elementos ya señalados; lo único destacable es adecuar estas situaciones tanto en uno como en otro.

La nulidad (elementos de validez).

2.-La nulidad.--"La nulidad es una sanción que la Ley impone a quien realiza el acto jurídico sin los debidos requisitos, y consiste en privar a éste de los efectos que normalmente hubieran producido en derecho".⁸

Para la celebración de un acto jurídico como lo es el contrato, la Ley para asegurarse de su eficacia dentro de un marco legal perfecto señala ciertos requisitos, mismos que en este caso tanto el tradens como el accipiens deberán llenar para no tener problemas y así obtener o conseguir los fines que ambos persiguen. Pese a lo anterior, tanto el tradens como el accipiens pueden ocasionar la nulidad, misma que conforme a la doctrina y el Código Civil se ha dividido en absoluta y relativa dependiendo el caso.

La nulidad absoluta se produce cuando hay una violación a una ley prohibitiva, el orden público o las buenas costumbres. Se presenta en contratos que violan un ordenamiento jurídico; aún cuando el contrato impregnado de nulidad absoluta surte efectos provisionales, al ser pronunciada la nulidad por el juez estos efectos se destruyen por virtud de la retroactividad.

8. Moto Salazar Efraín, Ob.cit., pág. 35.

En la nulidad relativa se permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos (art. 2227 del Código Civil), en tanto la persona afectada no lo declare o detecte.

La nulidad relativa sólo se presenta en los elementos de validez del contrato, pudiendo encontrarse en la capacidad, en la voluntad exenta de vicio, la licitud en el objeto motivo o fin y en la forma.

Con relación al contrato estimatorio ya vimos la capacidad de las partes y sabemos en que momento se podrá incurrir en una nulidad por incapacidad; en cuanto al error, ya vimos también las situaciones que pudieran ocasionarlo produciendo su nulidad.

Por lo que respecta a la licitud en el objeto, señalé que el tradens y el accipiens deben tener cuidado y sobre todo conciencia de los objetos materiales que manejan así como su finalidad, cuidando evitar que se dañe con esto una de las partes a una tercera o a la gente en general.

Por último la forma, en la que vimos que la Ley no exige una manera, por lo que aquí no podría aparecer la nulidad puesto que como señalé, la forma es consensual por oposición a formal.

Cabe hacer notar que cuando se presenta alguna causa de nulidad relativa por parte de alguno de los

contratantes, existe lo que se llama convalidación.

Dicha convalidación consiste en subsanar el motivo de nulidad para hacer válido el contrato, es decir, si un requisito que la Ley exige no se cumple en los elementos de validez, el hecho de corregirlo conforme a lo que la Ley indica es razón más que suficiente para imbuir al contrato de validez para que surta los efectos jurídicos esperados.

La convalidación aparece como un recurso del que puede hacer uso el tradens o el accipiens para celebrar correctamente el contrato, conforme a lo que manda la Ley.

d) Fin del acto jurídico.

1.-Por rescisión.—La rescisión es volver las cosas al estado en que se encontraban hasta antes de la celebración del contrato, motivado por una violación a una obligación.

Como lo señale en su oportunidad, el tradens y el accipiens tienen derechos y obligaciones que se desprenden de la celebración que ellos hacen del contrato estimatorio.

Sin embargo, esto no quiere decir que se garantice el cumplimiento de las obligaciones al pie de la letra. Puede darse el caso en que el tradens se haya obligado a retribuir al accipiens en determinado plazo (antes de que se venza el plazo que fijaron para vender o devolver la cosa) y no cumpla. Si no paga en ese plazo, viola una obligación y es motivo suficiente para que el accipiens de por terminada la relación jurídica, exigiendo al mismo tiempo el pago de daños y perjuicios que ésta actitud del tradens ocasiona.

En sentido contrario, el accipiens puede incurrir en una violación a una obligación contractual y el tradens puede exigir la rescisión del contrato con su consecuente pago de daños y perjuicios.

En una palabra si se viola una obligación contractual se rescinde el contrato, a petición de la parte

afectada.

2.-Por terminación.-Tanto la rescisión como la terminación dan fin al contrato, sin embargo este último, siguiendo su sentido literal, termina pero cuando se cumple con el objeto de la obligación, es decir, llegado el plazo estipulado en el contrato, el accipiens se recorta con el tradens dándole a éste cuentas de su actuación. Es en el término del plazo cuando así mismo acaba el contrato con la venta de los bienes muebles o la devolución de estos por parte del accipiens.

3.-Por resolución.-Puede finalizar el contrato estimatorio por resolución, que consiste en volver las cosas al estado en que se encontraban por decisión de las partes. Esta figura jurídica es perfectamente legal y es un recurso válido cuando una parte o ambas se encuentran en la necesidad de dar por terminada su relación jurídica. Únicamente la decisión de las partes puede dar término a este contrato si se invoca la resolución, es decir, es un acuerdo mutuo y si resuelven el tradens y el accipiens en terminar de esta manera el contrato no hay problema alguno.

Obviamente que si hubo pago y entrega del bien mueble al accipiens este tendrá que regresarlos al tradens, mismo que al recibirlos libera de cualquier obligación al accipiens.

CAPITULO III

- EL CONTRATO ESTIMATORIO COMO UN CONTRATO ATIPICO EN LA LEGISLACION MEXICANA.

Al igual que otros contratos, el contrato estimatorio no se contempla en nuestra Ley como un contrato típico, por lo que, sin embargo, estamos en presencia de un contrato atípico nominado. Es decir, que sin tener un lugar específico dentro de la Ley, sin ser plasmado en algún ordenamiento jurídico por el legislador, es mencionado por ésta (artículo 159 fracción VI a) de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos).

Es evidente destacar que dicho contrato independientemente de ser atípico en la República Mexicana, es importante, porque apoya en gran medida el comercio, siendo una figura perfectamente legal y confiable dadas sus características.

Para apoyar lo anterior cabría hacer ciertas preguntas o cuestionamientos: ¿Porqué aún cuando la Ley no lo tipifica lo menciona ?, ¿Porqué tiene aplicación práctica ?, ¿Porqué ha superado la categoría de atípico ?, ¿Porqué se menciona en la doctrina ?. La respuesta es simple, porque cumple perfectamente con las necesidades

actuales del comercio, siendo testimonio fiel de efectividad.

Dicho lo anterior, vemos que aún cuando no se contempla de una manera típica en la Ley mexicana, esto no le resta importancia tanto al contrato estimatorio como a los demás atípicos pues "su continuada celebración en la vida diaria, el reconocimiento de estos contratos en los tribunales y en la jurisprudencia y, finalmente, el estudio de la doctrina, han logrado plasmar las características básicas de estos contratos atípicos".¹

a) El contrato atípico.—Ya he tratado con anterioridad esta característica del contrato estimatorio, pero no deja de ser importante ampliar más la información que se tiene de la misma para un mayor entendimiento del contrato en estudio.

De esta manera tenemos que el contrato atípico carece de reglamentación específica en contrapartida a los contratos nominados o típicos.²

1. Arce Gargollo Javier, Ob. cit., pág. 29 y 31.

2. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico mexicano, tomo II c-ch, Primera reimpresión, México, D.F., Ed. Porrúa S.A., 1985, pág. 309.

Esto obedece a que el contrato atípico puede ser nuevo como figura jurídica y que aparece después de publicado el ordenamiento jurídico que pudiera contemplarlo o bien, se conoce el contrato pero el legislador no considera pertinente incluirlo en la Ley respectiva.

Se pueden argumentar muchas causas por las cuales el legislador en la Ley respectiva no plasma una figura jurídica, lo cierto es que "la práctica va escogiendo, o creando sin darse cuenta, siempre nuevos tipos de contrato para favorecer la satisfacción de nuevos intereses".³ Siendo esto exactamente lo que ocurrió con el contrato estimatorio puesto que como sabemos aparece en el derecho romano, pero dado que satisface nuevos intereses ha cobrado gran fuerza a tal grado que diversas legislaciones aún cuando no lo tipifican, sí lo contemplan.

En términos generales, el contrato atípico es el fiel reflejo de que la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución, también bajo el aspecto técnico; por ejemplo, de la venta se ha

3. Messineo Francesco, Doctrina General del Contrato, Primera Edición, Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1952, pag. 16.

desprendido el suministro; de la locación se ha destacado el arriendo de cosas productivas; del autuo, la apertura de crédito, el anticipo, el descuento, el reporto. Cuando es más amplio y rico el desarrollo de la vida económica y comercial, crece el número de nuevas figuras contractuales que si bien es cierto típicas y sobre todo atípicas, responden de manera efectiva a dichos cambios.⁴

I Evolución.- Desde el derecho romano encontramos contratos atípicos como la transactio, el aestimatio, el transporte de mercancías por barco, que por no estar reglamentados por una norma jurídica, no tenían acción que pudiera proteger a los que celebraban este tipo de pactos; posteriormente se fueron adaptando algunos contratos que originalmente no habían sido reglamentados hasta que se reconoció la utilidad de los innominados.⁵

Dicho reconocimiento permitió que estos contratos fueran aplicándose con mayor frecuencia puesto que obedecían a cambios comerciales que la expansión de las fronteras romanas exigía practicar.

"Los contratos mercantiles de la edad media en Europa tuvieron su intervención importante en la aceptación

4. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ob.cit., pág. 678 y 679.

5. Instituto de Investigaciones Jurídicas Ob.cit., pág. 310

y reconocimiento de las convenciones y contratos mercantiles que, como actos jurídicos, no tenían la exigencia formal de los contratos civiles, más sujetos a moldes y tipos establecidos".⁶

En la actualidad, los contratos atípicos encuentran mayor aceptación puesto que nacen producto de las necesidades del hombre. Son pocos los contratos que se consideran históricos como el estimatorio y que en la actualidad se practican, siendo esto otro indicativo de la importancia que tiene el contrato en estudio, ya que en su mayoría los contratos atípicos son contemporáneos.

II Problemática.- Al no aparecer reglamentados en una Ley que los respalde, los contratos atípicos presentan una serie de problemas que se derivan de ésta situación. Analizando la controversia que se suscita al respecto, el maestro Díez Picazo ⁷ nos señala que son fundamentalmente dos problemas serios los que enfrentan los contratos ante un ordenamiento jurídico que no los contempla, mismos que obviamente presenta nuestro contrato en estudio.

6. Arce Bargollo Javier, Ob.cit., pág. 30.

7. Díez Picazo Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 2a. Reimpresión, España, Madrid, Ed. Tecnos, Tomo I, 1979.

Dichos problemas son el de admisibilidad y el de validez, así como el de disciplina normativa (a cuál disciplina deben estar sometidos). Puntualizando la forma cómo deben ser interpretados y cómo deben ser integradas sus lagunas.

"El problema de admisibilidad y de validez se debe plantear con respecto a cada caso concreto de contrato atípico y aplicar al mismo las normas generales sobre el contrato que contiene nuestra Ley civil acerca de los elementos de existencia y de validez, así como acudir a las normas generales sobre las obligaciones y otras disposiciones legales: Leyes prohibitivas, de orden público, derechos irrenunciables, cláusula penal".⁸

Como vemos, si bien es cierto que nuestra Ley no contempla los contratos atípicos, al momento de reglamentar los contratos típicos señala una serie de reglas y obligaciones que se pueden aplicar perfectamente a cualquier contrato, incluyendo a los atípicos puesto que éstas reglas contractuales y las obligaciones obedecen a un marco de derecho, mismo que no debe quebrantarse, independientemente de ser el contrato típico o atípico. En una palabra dichos contratos atípicos deben adecuarse a lo

8. Arce Gargollo Javier, Ob.cit., pág. 32.

que dispone la Ley a los contratos típicos.

La libertad contractual supone la posibilidad de celebrar contratos que estén estructurados y regulados por el ordenamiento legal. Pero, así mismo, las partes pueden celebrar contratos en los que determinen libremente su contenido 9. Es decir se tiene esa doble opción, pero lo cierto es que en esta última situación, el contenido no debe contravenir lo señalado por la Ley. "No se producirá esa situación de libertad cuando determinados convenios no pueden celebrarse porque la Ley lo prohíba".10

Los conceptos y principios generales de la materia de obligaciones y contratos son los mismos del Derecho civil, aceptando el Derecho Mercantil que el Derecho Común como fondo general del Derecho Privado, se aplique supletoriamente a las relaciones mercantiles, puesto que sólo cuenta con el Código de Comercio y la Ley de Protección al Consumidor para hacer frente a las obligaciones y contratos de naturaleza mercantil.

Pero otro problema que puede suscitarse cuando se celebra un contrato mercantil típico o atípico es sin duda el relativo a las obligaciones, toda vez que difieren éstas

9. Arce Bargino Javier, Ob.cit., pág. 28.

10. Buen Lozano Néstor de, Ob.cit., pág. 220.

de las civiles en algunos aspectos.

Por citar algunas divergencias, tenemos que en materia civil si se conceden los términos de gracia y cortesía; en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, el plazo y el lugar de pago son distintos tanto para el Derecho Civil como para el Mercantil. En la prescripción, los plazos son más cortos para el Derecho Mercantil por razones obvias; en lo relativo al interés, en el Derecho Civil es del 9 % anual y en el Mercantil es del 6 %.

Por último, "los juicios mercantiles tienen reglas procesales más ágiles y menos formales que las del procedimiento civil; así, en general, los plazos en los procedimientos mercantiles son más cortos y hay menos variedad de vías procesales que en los civiles. Los términos judiciales empiezan a correr antes por lo que la contestación de la demanda, en juicio ordinario y ejecutivo mercantil, debe producirse en un plazo menor que para los juicios civiles".¹¹

Como se aprecia, las obligaciones mercantiles tienen sustanciales diferencias con las civiles, por lo que no pueden considerarse iguales.

11. Arce Gargollo Javier, Ob.cit., pág. 20.

III Interpretación.- Es interesante destacar esta situación, ya que la doctrina en su afán de querer distinguir plenamente los contratos atípicos y unirlos a los típicos en una serie de teorías con el fin de interpretarlos, termina por no cumplir este objetivo satisfactoriamente.

Así tenemos que en la teoría de la absorción (Lotmar)* se indica que debe determinarse cuál es la prestación y aplicar las normas del contrato típico al que pertenezca dicha prestación.

Dicha teoría es insuficiente, puesto que muchos actos jurídicos atípicos tienen como prestación más importante la que corresponde a dos o más contratos típicos.

La teoría de la combinación (Hoeniger, De Genaro, Díez Picazo)* . Aquí se dice que un contrato atípico se conforma de prestaciones y elementos que pertenecen a distintos contratos típicos, las normas aplicables serán las que resulten de la mezcla o combinación de dichas normas. Esta teoría no es convincente, puesto que como hemos indicado el contrato estimatorio es único y no se entendería su interpretación si se mezclan contratos típicos.

En cuanto a la teoría de la analogía (Messineo)*.

Se dice que las reglas que deben aplicarse para interpretar el contrato atípico son las del contrato típico con el que tenga más analogía.

La interpretación de un contrato atípico parece ser una tarea difícil si consideramos las dos primeras teorías, sin embargo, la teoría de la analogía señala más claramente la forma en que se debe interpretar, además de que el Código Civil recoge esta teoría, pues en su artículo 1858 permite la existencia de los contratos atípicos.

Así, para la interpretación del contrato atípico, se consideran las reglas generales de los contratos, las estipulaciones de las partes y la analogía de los reglamentados en caso de omitir alguno; apoyado esto de los usos, la costumbre, la jurisprudencia, decisiones judiciales y estudios doctrinales.

*. Citados por Arce Gargollo Javier, Ob.cit., pág. 33.

- LA PRESENCIA DEL CONTRATO ESTIMATORIO EN NUESTRAS LEYES

Ya hemos visto cómo algunas de nuestras leyes aún cuando no tipifican el contrato estimatorio, sí lo mencionan en más de una ocasión. Hay casos en que no lo señalan bajo esa denominación, dándole el nombre de consignación (Ley del Impuesto al Valor Agregado artículo 14, fracción IV). En otros caso no se refieren al contrato de manera particular pero sí en forma general cuando se contempla la existencia de los contratos atípicos (art. 1858 del Código Civil).

De lo anterior se desprende que la Ley habla del citado contrato y aún cuando no en forma típica, sí permite entender que al mencionarlo, le está dando un lugar en ésta, ya que al practicarse, requiere de cierto tratamiento por la Ley, v.gr. (Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, art. 159, fracción VI a)).

En términos generales y comprobada la mención que hace la Ley acerca del contrato estimatorio, es necesario ampliar más ésta información haciendo referencia a los códigos y leyes aplicables al mismo.

a) Código Civil.- El Código Civil no hace una mención específica del contrato estimatorio, pero sí lo hace en forma general al hablar de la presencia de los contratos atípicos.

De esta manera tenemos que en su artículo 1858 nos dice: "Los contratos que no están especialmente reglamentados en éste Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omissas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este Ordenamiento".

Esta disposición permite a los contratos atípicos cierta reglamentación al remitirlos a las reglas generales de los contratos y a las obligaciones en general.

Siendo el contrato estimatorio atípico, aquí encuentra respaldo para ser practicable de manera legal.

El Código Civil visto como un ordenamiento jurídico que regula las relaciones de los particulares, permite entender que influye así mismo, en las relaciones comerciales, por lo que es importante saber las reglas de supletoriedad pues en virtud de estas una Ley complementa a otra.

El legislador, sabedor de las insuficiencias del Código de Comercio, permite en el artículo 2o. la aplicación de la supletoriedad al decir: "A falta de disposiciones de este Código, serán aplicables a los actos de comercio las del Derecho Común".

También en lo relativo al procedimiento se permite

la supletoriedad del Código de Comercio con el de Procedimientos Civiles, ya que en el artículo 1054 del Código de Comercio permite la aplicación supletoria.

Así, en las reglas de la supletoriedad tenemos que:

1o. Sólo serán aplicables en forma supletoria las normas que se encuentren en vigencia.

2o. El ámbito principal de la supletoriedad se encuentra cuando tenemos en el Código de Comercio Instituciones establecidas pero: a) No reglamentadas o b) Reglamentadas de manera insuficiente.

3o. Sólo procede la supletoriedad cuando falten disposiciones expresas sobre determinado punto pero a condición de que las normas supletorias no pugnen con otras que indique la intención del legislador para suprimir reglas específicas del procedimiento o de las pruebas.

Las normas civiles sólo suplirán a las mercantiles cuando ambas sean concurrentes.

Nota: La razón por la que incluyo las reglas de supletoriedad es con el fin de entender que una Ley (como es el caso del Código de Comercio), cuando no es completa permite el apoyo de otras para solucionar satisfactoriamente esta situación.

En términos generales, el Código Civil ayuda en gran medida a suplir las deficiencias del Código de Comercio, y es por ello que cuando pretendemos celebrar un contrato mercantil, recurrimos (cuando no hay disposición expresa), al Derecho Común para incluir en el contrato -v.gr. el contrato estimatorio-, los elementos del contrato, modalidades, las obligaciones y sus efectos, etc., que en definitiva son indispensables en todo contrato.

b) Código de Comercio.- De igual manera que el Civil, El Código de Comercio no menciona expresamente la presencia del contrato estimatorio en su capitulado, sin embargo, siendo el contrato estimatorio un contrato mercantil, es importante encontrar alguna disposición que de manera general considere a nuestro contrato.

De esta manera y revisando el Código de Comercio, no encuentro disposición concreta, por lo que debemos relacionar al contrato estimatorio con ciertas figuras mercantiles para así ampliar más la información de este contrato, tomando en cuenta que por el hecho de ser mercantil, es susceptible de aplicársele disposiciones de comercio. Lo anterior, aunado al artículo 2o. del Código de Comercio que permite de manera supletoria acudir al derecho común en caso de falta de disposición de aquél. Con esto

se entiende que tanto el Código Civil como el de Comercio son base fundamental del contrato estimatorio por su contenido, mismo que aplicado de manera correcta al caso concreto (contrato estimatorio), es de gran utilidad y sirve para determinar si un contrato está implegado de los requisitos que marca la Ley.

c) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos (artículo 159, fracción VI a)).—En esta Ley es en donde apoyo lo dicho con relación a que el contrato estimatorio es un contrato atípico nominado, pues en su artículo 159 fracción VI a), señala al citado contrato y le da un tratamiento especial, mismo del que no pudo prescindir la Ley, por que no podía evadir las consecuencias del contrato con relación al quebrado.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos nos indica en su artículo primero que: "Podrá ser declarado en estado de quiebra el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones". En consecuencia y remitiéndolo al contrato en estudio, el accipiens puede caer en esta hipótesis y al tener a su disposición los bienes del tradens suscitaria una controversia, aún cuando dichos bienes se pueden separar de la masa del quebrado conforme al artículo 158 y 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, mismos que se adecúan a nuestro contrato en estudio.

Nuestro contrato en estudio es más simple en éste supuesto de quiebra, por lo que no entraremos en detalles del procedimiento de ésta, ya que los bienes de la masa del quebrado en el caso del accipiens, son susceptibles de ser separados de la masa de la quiebra.

Al respecto la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos nos dice en su artículo 158: "Las mercancías, títulos-valores o cualesquiera especie de bienes que existan en la masa de la quiebra y sean identificables, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares, mediante el ejercicio de la acción que corresponda ante el juez de la quiebra.

Si no hay oposición a la demanda de separación, el juez podrá decretar, sin más trámite, la exclusión solicitada. Formulada la oposición, el litigio se resolverá por la vía incidental.

Las resoluciones que el juez dictare, haya habido o no litigio, serán apelables en el efecto devolutivo por cualquier interesado.

El síndico ejercerá los derechos y cumplirá las obligaciones que el quebrado tuviere sobre dichos bienes".

Después de la lectura del citado artículo, es evidente que los bienes que tiene el accipiens por virtud

del contrato estimatorio no son de su propiedad ya que sólo dispone de ellos para su venta y más no para su enajenación en beneficio propio.

En consecuencia, al no ser el accipiens el propietario de los bienes, éstos pueden ser separados de la masa de quiebra por su legítimo titular (tradens o dueño) mediante la acción de separación.

Por otra parte, el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos nos señala los bienes que pueden separarse de la masa del quebrado, y en su Exposición de Motivos del citado artículo se dice: "...En tercer lugar, recoge el proyecto aquéllas acciones de separación cuyo fundamento jurídico descansa en la existencia de un crédito de restitución para la entrega de cosa determinada..."¹²

12. Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, De 31 de diciembre de 1942 (D.O. de 20 de abril de 1943). Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía por Rodríguez y Rodríguez Joaquín . Bava. edición, revisada por José Víctor Rodríguez del Castillo. Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1980, pág. 159.

Aquí en la Exposición de Motivos se aprecia la presencia del contrato estimatorio y de otros contratos al señalarse la existencia de un crédito de restitución para la entrega de cosa determinada.

Más aún la Exposición de Motivos nos dice: "...Así sobre la inclusión en la Ley de una regulación especial del contrato estimatorio, sobre cuya naturaleza jurídica no podía decidirse el proyecto, ni era posible que lo hiciera. Si debe recordarse su máxima importancia en la práctica, especialmente, en el comercio de libros, automóviles, radios, etc.. En virtud de este contrato, el que recibe la cosa tiene la posibilidad durante el plazo que se determina, de adquirirla pagando el precio convenido o de devolverla antes de que transcurra aquél. Las circunstancias especiales de la quiebra de los contratantes pueden determinar en la ejecución de este contrato y la máxima importancia práctica que tienen, como se dice, indujeron a la Comisión Redactora encargada del proyecto de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, a dar normas especiales para las mismas de acuerdo con la posición apuntada por la doctrina más difundida..."

Ya aplicado dicho contrato en la Ley, el artículo 159 fracción VI a) nos dice: "En consecuencia, podrán separarse de la masa los bienes que se encuentren en las

situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análogas:

VI. Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos:

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso, o recibidos en consignación por virtud de un contrato estimatorio si en este caso la quiebra se declara antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías o si ha transcurrido el plazo señalado para hacerlas; ..."

Como se aprecia, los supuestos para que funcione la acción separatoria correspondiente son:

1o.) Que se trate de mercancías recibidas en consignación, ya conste ello en virtud de cláusulas expresas, ya porque del contenido del contrato establecido entre el tradens y el accipiens, pueda deducirse la existencia de una relación de entrega en consignación tal como queda anteriormente descrita.

2o.) Los bienes cuya separación se pretende, deben encontrarse en poder del consignatario (accipiens); la declaración de quiebra debe ocurrir antes de que el accipiens haya manifestado tener por suyas las mercancías o antes de que, si no existe esta declaración, haya transcurrido el plazo para hacerlo.

- LEGISLACION EXTRANJERA CON RELACION AL CONTRATO ESTIMATORIO.

En virtud de la importancia que tiene el contrato estimatorio al cubrir las necesidades actuales del comerciante y por sus características ha permitido que éste contrato se practique no sólo en Italia que lo tipifica en su Ley, sino también en otros países que lo asimilan para su práctica.

De esta manera tenemos que al nacer el contrato estimatorio en el derecho romano y difundirse posteriormente, encuentra gran aceptación en Europa. Ejemplos claros de esta aseveración lo son: España, Francia, Alemania e Italia.

a) El contrato estimatorio en España. - España, en su legislación no lo reglamenta, pero pese a ello, el Código de Comercio Español hace referencia a la comisión de compraventa. Así el español Sánchez Calero nos dice: "El contrato estimatorio de larga tradición histórica, tiene una naturaleza jurídica muy discutida, pero a la vista de nuestro derecho positivo quizá sea más razonable la tesis que lo asimila a una modalidad de la comisión de venta. El contrato estimatorio consiente a un comerciante disponer de unas mercancías para poderlas vender sin tener que desembolsar su importe (como respondería una compra de las

llamadas "en firme"). Al mismo tiempo el productor de esas mercancías puede obtener una mayor difusión de ellas al usar la colaboración de comerciantes que están en el mercado, que en otro caso quizá por falta de los medios suficientes, no podrían presentarla.

El consignatario tiene la disponibilidad de las mercancías, aunque no sea propietario de ellas, lo que le consiente venderlas (normalmente a un precio superior al estimado). El consignatario tiene la obligación de pagar al tradens el precio estipulado en el contrato en la época pactada o de devolverle las mercancías que no haya vendido (que pueden ser todas o una parte). Si las mercancías se han destruido por caso fortuito el consignatario se verá obligado a pagar su precio".¹³

Como se aprecia, en el derecho español no se conoce el contrato estimatorio como tal, existe lo que se conoce como comisión de venta y es aquí donde pretenden algunos españoles estudiosos del derecho encuadrar a éste contrato tomando en cuenta esa condición que tiene el comisionista al realizar su función.

Sólo se trata de una similitud aparente entre ambos contratos pues al delimitar las funciones de cada uno

13. Sánchez Calero Fernando, Ob.cit., pág. 415.

se aprecian las notables diferencias.

b) El contrato estimatorio en Francia.- Francia por su parte, no menciona en su legislación al contrato estimatorio, pero sí reglamenta la consignación para vender explicada a través de la comisión, tal y como sucede en España.

De tal manera que se considera a la venta por comisión, como el hecho de tomar de un comitente la orden de vender una mercancía, haciendo adelantar el precio sobre el depósito de las mercancías estimadas para la venta.

"El comisionista es considerado como conservador de las cosas consignadas, siendo responsable de lo que le suceda a las mismas por su negligencia o bien por fuerza mayor. El comisionista no recibirá retribución alguna, sino cuando la cosa sea vendida, debiéndole pagar en este caso el comitente, aún los gastos de conservación de la cosa. En caso de que la venta no se realice, el comisionista cargará con los gastos. La operación que realice la hará en nombre propio o del comitente, pero siempre por cuenta de éste".¹⁴

De la definición, se desprende que aún cuando hay una mercancía para su venta por orden del comitente, es

14. Thaller Eugene. Tratado Elemental de Derecho Comercial. 18ava. edición, París, Francia, 1940, Vol.I, pág.708 y ss.

notorio que lo trata como una comisión de venta consignando el bien mueble y adelantando el precio sobre el depósito de las misas. Hay un elemento curioso en lo antes transcrito, puesto que se señala que en caso de que no se realice la venta el comisionista cargará con los gastos. A la vista del contrato estimatorio, esto resulta por demás sin sentido e incoherente, toda vez que es injusta esta disposición ya que el accipiens o consignatario en su caso debe cobrar por la función que realiza y que es la de vender el bien mueble, más en ningún caso deberá pagar si no vende como lo sugiere el derecho francés. (solo en el caso de pérdida o daño a la cosa consignada).

No obstante lo anterior, es importante vislumbrar que en Francia se manejan elementos propios del contrato estimatorio, como lo son venta de un bien mueble, orden a otra persona distinta del dueño para venderlo, responder por el bien mientras esta en su poder, obligación alternativa de venta o devolución etc.. Lo cierto es que se aprecian diferencias que no permiten de ninguna manera comparar estos dos contratos puesto que aún cuando se parecen, no se puede partir de la idea de que sean iguales por las diferentes repercusiones jurídicas que se derivan.

c) El contrato estimatorio en Alemania.-En el derecho alemán, el contrato estimatorio (trüdelvertrag) no

encaja dentro de ninguno de los tipos de contrato del Código Civil Alemán, ni de la legislación especial: es un contrato atípico; a él pueden aplicarse, en lo pertinente para su interpretación, según el fin económico y la voluntad de las partes, los usos del tráfico y las disposiciones sobre el mandato, a la compraventa, la comisión de venta, los contratos de servicio, de obra y de sociedad.

Independientemente de lo anterior, debemos considerar que el contrato estimatorio en el derecho alemán se acerca a la noción que tengo de dicho contrato en el presente trabajo, puesto que es considerado el *trödelvertrag* como formado por una obligación alternativa que comprende el pago de la estima o bien la restitución de la cosa, en tal forma que si llegare a faltar alguno de estos dos elementos, el contrato sería comisión, mandato o cualquier otra figura menos *trödelvertrag*.

d) El contrato estimatorio en Italia.-El derecho italiano por su parte, es quien da cabida a esta figura jurídica en su Código Civil de 1942 reconociéndolo en su artículo 1556. De esta manera, el Código civil italiano lo califica como un contrato nominado, con tipo propio, abriéndose en este país la idea de que es un contrato unitario y sui generis, distinto de las figuras típicas de

contratos.

Al ser tipificado en la legislación italiana el contrato estimatorio, la doctrina ha pretendido determinar su naturaleza jurídica, miasa que no ha podido ser establecida de manera general ya que hay diversas opiniones al respecto, causando un caos total ya que unos lo califican de contrato mixto (Bolaffio, Gino de Soria); Vivante lo considera como un depósito por causa de comercio; Candian pretende explicar el contrato estimatorio como un negocio autorizativo; Lordi concibe al contrato estimatorio como una venta sujeta a condición suspensiva; Neppi lo considera como un contrato sui generis y atípico. En una palabra hay diversas opiniones al respecto, como vemos, estos juristas pretenden determinar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio con base en los diversos criterios jurídicos lo que nos obliga ha ocuparnos de manera específica de éstas teorías.

Lo importante, es que estos tratadistas en Italia y otros destacados juristas en otros países de Europa y en América, han dedicado un estudio a fondo del contrato estimatorio, motivados por la constante aplicación de éste en el comercio y por la gama tan variada de probabilidades que presenta.

CAPITULO IV

- LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO ESTIMATORIO.

Al hablar del contrato estimatorio, es imprescindible tratar su naturaleza jurídica, ya que es el punto medular de nuestro trabajo, y porque el tema ha suscitado fuertes polémicas. Para lograr mi objetivo, pretendo analizar desde un punto de vista jurídico, el contenido, sus elementos, derechos y obligaciones de las partes, esto es, enfocarlo desde diversos aspectos, para ver qué son a la luz del derecho.

De este modo encontramos que sobre todo en Europa y concretamente en Italia y España se han adoptado diversas posturas con el fin de encuadrar en un marco jurídico a dicho contrato.

Cabe destacar que Giuseppe Branca, Antonio Brunetti, etc., al hacer el estudio del contrato estimatorio, señalan que éste es solamente una compraventa; anteriormente, se tenía la idea en Italia de que se trataba de un depósito; Thaller, Sánchez Calero, De Dios y Trias de Bes, etc., piensan que se trata de una comisión. Es por ello que analizaré el contrato de comisión, depósito y compraventa, con la intención de encontrar las notables

diferencias que guarda el contrato estimatorio con estos contratos.

a) El contrato estimatorio como un contrato de comisión.— Esta teoría se defiende sobre todo en España (Sánchez Calero, De Dios y Trias de Bes) y Francia (Thaller), al tratar al margen de su derecho positivo asimilarlo como una comisión de venta o comisión mercantil.

Así el Código de Comercio Español al mencionar la comisión nos dice que: "Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio ya sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista".¹

Por otra parte, dentro de los deberes del comisionista, se manifiesta que debe rendir cuentas al comitente, desempeñar el cargo personalmente, así como el de obedecer las instrucciones recibidas del comitente; también responde por los deterioros que sufran las mercancías salvo caso fortuito o fuerza mayor, transcurso de tiempo o vicio propio de la cosa.²

1. Montellá Gay de, Código de Comercio Español Comentado, Primera Edición, Barcelona, España, 1936, Tomo VII, pág. 11
2. Garríquez Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Madrid, España, 1940, Tomo II, pág. 116 y ss.

En cuanto al Código de Comercio Francés, ya vimos la definición de venta por comisión, así como sus características, al tratar la legislación extranjera.

Tanto en Francia como en España, aún cuando de manera indirecta pretenden considerar la existencia del contrato estimatorio o simplemente equiparlo con la comisión de venta como consecuencia de la similitud de sus características.

Con el afán de despejar dudas y quitar de una vez por todas la idea de manejar al contrato estimatorio como comisión, considero pertinente enunciar lo que dice la Ley y la doctrina mexicana al respecto, para que una vez visto se aprecien las diferencias que en definitiva lo separen de esta concepción errónea.

En México, el Código de Comercio en su artículo 273 se refiere a la comisión mercantil al decir: "El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña".

La comisión es el contrato por el que el comisionista en su condición de empresario mercantil se obliga a prestar su actividad consistente en realizar un acto o negocio jurídico por cuenta del comitente.

Entre sus características se encuentran la del

comisionista que actúa por cuenta ajena aún cuando se haga a nombre propio; es un mandato particular; el mandato en sí mismo es un acto de comercio (comisión) - aunque no necesariamente; el comisionista siempre es un profesional; la relación que se establece con el comisionista es un tanto cuanto independiente; es un contrato llamado de colaboración; un mandato generalmente.

En cuanto a su clasificación, el contrato de comisión es un contrato mercantil, formal, bilateral, oneroso, conmutativo o aleatorio, de colaboración, preparatorio con relación a los actos que va a realizar el comisionista, principal, intuitu personae, típico.

Elementos
personales

comitente } Normalmente es un comerciante.

Puede o no serlo.

comisionista } Debe ser un profesional.

Elementos
reales

La realización de actos de comercio.

La retribución (-en proporción a la operación realizada).

Elementos
formales

Por escrito.

Por lo que respecta a las obligaciones precontractuales percibimos que el comisionista puede aceptar o rechazar la comisión, en caso de prevalecer lo primero conserva los efectos, el comitente proveerá un nuevo comisionista en caso de no aceptar el comisionista.

Las obligaciones que nacen de la comisión son: que el comisionista debe ejecutarlo personalmente - hay casos en que delega funciones, pero bajo su responsabilidad -; respetar al comisionista las instrucciones a) imperativas, b) indicativas, c) facultativas (normalmente se presentan en situaciones mixtas o combinadas); el comisionista debe informar al comitente; el comisionista tiene prohibido delegar el cargo cuando se manifieste expresamente por parte del comitente.

En las obligaciones que son propias del comitente, tenemos que: debe pagar la remuneración que le corresponde al comisionista; proveer los fondos necesarios cuando el acto de comercio relativo lo requiera; asunción de contratos (el comisionista queda libre de obligaciones y responsabilidades derivadas del cumplimiento de la comisión).

Las obligaciones del comisionista son: no puede prestar las mercancías; prohibido ser la otra parte del contrato que se le encargó (autoentrada); obligación de aceptar; obligación de conservación; obligación de desempeñarla en interés del comitente; obligación de información; obligación de rendir cuentas y de restituir; responsabilidad.³

En lo relativo a los tipos de comisión, tenemos: la subcomisión; la comisión irrevocable.

En las causas de extinción vemos que es por muerte o inhabilitación del comisionista.

Por último las causas de terminación, son por revocación del comisionista; renuncia del comitente.

Una vez conocido el contrato de comisión, y en relación al contrato estimatorio, vemos que definitivamente no es equiparable; si bien, tiene ciertos tintes semejantes, esto no indica de ninguna manera que sean iguales.

Dentro de los elementos del contrato, tenemos que sus elementos personales, comitente y comisionista en

3. Bauche Garcíadiego Mario, La empresa, Primera Edición, México, Distrito Federal, 1977, Editorial Porrúa, S.A., pág. 267.

comparación al tradens y el accipiens respectivamente, no difieren, toda vez que el comitente es normalmente un comerciante, aunque puede no serlo, el tradens es dueño de la cosa a vender o tener disposición de la misma. El comisionista debe ser un profesional, mientras que el accipiens sólo requiere la capacidad para ser comerciante, aún cuando ciertamente debe tener experiencia y conocimiento de la labor que desempeña. En este elemento personal no se aprecia una diferencia clara pues las partes son comerciantes.

En cuanto al consentimiento, en el contrato de comisión y el estimatorio es parecido, ya que éste puede ser expreso o tácito.

En los elementos reales es en donde encontramos una marcada diferencia, ya que en el contrato de comisión el objeto u acto a realizar como se aprecia, puede ser extenso, mientras que el contrato estimatorio se limita a bienes muebles y al precio que es determinado o determinable. En el contrato de comisión la finalidad es la realización de actos de comercio de diferente naturaleza, en el contrato estimatorio es solamente la venta del bien mueble o su restitución en caso de no venderse.

En la comisión, el elemento formal es cubierto una vez hecho constar por escrito, en el contrato estimatorio

el elemento formal no exige por ley constar por escrito; es decir, se manifiesta consensual por oposición a formal.

Por su parte, dentro del contenido obligatorio del contrato vemos que al hablar de las obligaciones del comisionista encontramos funciones que no realiza el accipiens. Prueba de lo anterior se manifiesta en la obligación de aceptar por parte del comisionista que al saber la comisión puede o no aceptarla, pero en caso de que no la acepte esta obligado a comunicar al comitente por el medio más rápido posible el haber rehusado el encargo que se le hiciera.⁴ El accipiens no requiere de un procedimiento posterior a su negativa.

En la obligación de conservación, el comitente si rehúsa, aún así, si ha recibido efectos por parte del comitente, debe custodiarlos y conservarlos diligentemente, mientras que el comitente designa un nuevo comisionista, el accipiens cuida y conserva los bienes muebles respondiendo de ellos sólo en el supuesto de que acepte venderlos, si no acepta no tiene ninguna obligación.

En la obligación relativa al desempeño en interés del comitente, el comisionista debe acatar en forma imperativa, enunciativa o facultativa (normalmente

4. Bauche Garciadiego Mario, Ob.cit., pág. 233.

combinadas) las órdenes e instrucciones del comitente, es decir, debe de tomar en cuenta la voluntad del mismo y hacerlo como éste indique. El accipiens no recibe ningún tipo de instrucción por parte del tradens, él se limita a vender el bien mueble como crea conveniente, sólo tiene que vender, o restituir una vez vencido el plazo.

La obligación de información que sostiene el comisionista para con el comitente con el fin de estar al tanto del encargo, no es propia del accipiens, ya que éste sólo da cuentas al tradens una vez vencido el plazo y con base en la venta, custodia o restitución.

En los derechos de comisionista y accipiens se manifiesta la retribución, retención y enajenación, pero cabe aclarar que éste último no puede enajenar, toda vez que al vender cumple con la obligación: es decir, si enajenar es vender en última instancia, ésta es la función del accipiens. En ambos casos (accipiens y comisionista) retienen y/o enajenan, en caso de no recibir retribución, notando que es más clara ésta situación en el caso del comisionista.

Por último, en lo que respecta a la obligación del comitente y tradens respectivamente, se nota una diferencia en su función, ya que el comitente debe proveer fondos en determinados casos, el tradens no tiene que aportar una

cantidad para que el accipiens cumpla con su obligación, salvo en el caso de común acuerdo, pero en términos generales no da ninguna cantidad.

En la cuestión de autoentrada a la que hice referencia, no se permite ésta al comisionista, pero el accipiens sí puede comprar y hacer suyas las mercancías.

La diferencia fundamental es que en la comisión aún cuando se actúa a nombre propio se hace por cuenta ajena, en tanto que en el contrato estimatorio el accipiens no vende por cuenta ajena.

En términos generales, y una vez vistas las diferencias, creo se despeja la idea de considerar al contrato estimatorio como comisión, cierto es que el accipiens recibe el encargo de vender los bienes muebles, pero bajo circunstancias totalmente diferentes a la comisión.

b) El contrato estimatorio como un contrato de depósito.- Los estudiosos del derecho, sobre todo en Italia, pretendieron configurar a nuestro contrato en estudio como un depósito, teniendo en cuenta principalmente la obligación de restituir la cosa, a cargo del consignatario.

En el contrato estimatorio se veía una especie de depósito vendendum, donde se utilizaba la estructura del

contrato de depósito con el fin eventual de conseguir un cambio de cosas.⁵

Sin embargo, estas ideas han quedado en el olvido, ya que nuevas posturas doctrinales parecen convencer de que se trata de una compraventa, pero pese a lo anterior, es pertinente señalar al depósito y referir el porqué no se puede considerar una comparación entre ambos contratos.

Al tratar el depósito mercantil, es necesario recurrir al artículo 2516 del Código Civil, pues éste nos define el depósito al decir: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante". Por su parte el Código de Comercio dice en su artículo 332 que: "Se estima mercantil el depósito si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil".

De estos conceptos se desprende: a) que las cosas depositadas sean objeto de comercio; b) que el depósito se haga a consecuencia de una operación mercantil. En este sentido no hay ninguna discusión entre ambos contratos, aún cuando en el contrato estimatorio, el término "cosas

5. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ob.cit., pág. 577.

depositadas" no es acorde con la función del accipiens.

En los elementos personales se distingue que la capacidad requerida en el contrato de depósito es la general para contratar tanto para el depositante como para el depositario. En el estimatorio es igual aunque el accipiens debe tener la capacidad de ser comerciante.

Donde se nota diferencia es en cuanto a que en los elementos reales, las cosas depositadas pueden ser muebles o inmuebles, recordando para tal efecto, que en el contrato estimatorio se manejan solamente los bienes muebles.

En cuanto a la forma, en ambos contratos no se establece una en especial por lo tanto "la forma elegida por las partes tendrá siempre un valor ad probationem".⁶

Es claro notar que la obligación de las partes de cada contrato son diferentes, puesto que se trata de figuras jurídicas que nunca serán análogas. Así, tenemos que el tradens sólo se obliga a entregar la cosa, a retribuir - si se pactó -, a recibir la cosa - en caso de no venderse -, o a indemnizar por daños o perjuicios. El depositante, aún cuando parece tener la misma función del tradens, únicamente entrega la cosa para su custodia o conservación, más nunca pretende que el depositario venda

6. Bauche García Diego Mario, Ob.cit., pág. 275.

el bien encomendado. El depositario sólo se obliga a custodiar y restituir las cosas depositadas. El accipiens no recibe el bien mueble en depósito, sino que al recibir el bien lo hace para tener disposición del mismo, pero con un fin específico: su venta.

Como se aprecia, son contratos que teniendo puntos de semejanza son diferentes.

c) El contrato estimatorio como un contrato de compraventa.- Es en el contrato de compraventa, donde muchos estudiosos del derecho pretenden colocar al contrato estimatorio, sin embargo, vemos que aún cuando es un contrato que se acerca más al propósito del contrato estimatorio no deja de ser sólo eso, un acercamiento, ya que el contrato estimatorio es único. Al relacionar el contrato de compraventa con el estimatorio se dice que el que entrega una cosa por virtud de ese contrato se propone venderla, y tiende a facilitar esa venta mediante la entrega a la otra parte, que la recibe o adquiere para sí, o la vende, realizando con ello un beneficio. "En efecto, si el accipiens puede apropiarse la mercancía pagando su precio, eso significa que la finalidad del contrato es la entrega de la propiedad y que, por tanto estamos en presencia de una compraventa. Quien confía una cosa a otro por medio de este contrato no lo hace para que esa cosa

permanezca inactiva en los almacenes del consignatario, sino que lo hace para realizar su valor, es decir, con el fin de que el accipiens la adquiera para sí o la revenda respondiendo del precio fijado en la estimación. Se trata en suma, de una venta con condición suspensiva y eventualmente ligada a un término. La condición se cumple cuando el comprador declara dar curso al negocio, convirtiéndose en deudor del precio fijado en el de la estimación".⁷

No obstante lo anterior, es cierto que el accipiens puede hacer suyas las mercancías, pero esto no quiere decir que fue en virtud de un contrato puramente estimatorio, es decir, la función de accipiens es vender el bien, no comprarlo. Su trabajo se limita a una venta o restitución, si vende obtiene la ganancia sin necesidad de hacer suyas las mercancías, aún cuando puede hacerlo. Si la compra se esta en presencia de una compraventa pero no de un contrato estimatorio.

Por otra parte Giuseppe Branca, nos dice que evidentemente hay elementos de compraventa y ciertamente los hay porque el accipiens una vez recibidas las

7. Diccionario de Derecho Privado, 1a. Reimpresión, España, Barcelona, Ed. Labor, S.A., Tomo I, A-F, 1961. páq. 1197.

mercancías se dispondrá a venderlas.⁸ Pero esto no es indicativo de que el contrato estimatorio sea una simple compraventa. Si analizamos la función que tiene el contrato, vemos que el tradens y el accipiens no se limitan a comprar y vender entre ambos, pues en todo caso no se cumpliría con los requisitos del contrato.

Si se tiene en cuenta la función del contrato que es "el cambio de cosas contra precio" (excluyendo la eventual devolución de la cosa) debe advertirse que normalmente la devolución de la cosa consignada, esta en contra de esa función y del interés del tradens. Sólo en la imposibilidad de la transferencia del objeto el accipiens debe restituirla, porque ha cesado todo título para detenerla.

De ahí que la analogía con la venta sea más aparente que real y en todo caso, debe asimilarse en esencia a la obligación de restituir en una venta anulada.

En el contrato estimatorio, a semejanza de la compraventa, hay una traslación de la cosa, a manos del accipiens, entre la entrega de un precio estimado. Pero a

8. Branca Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Primera Edición, México, 1978. Bolonia, Italia, Editorial Porrúa, S.A., págs. 418-419.

diferencia de ese contrato, la entrega del precio se halla condicionada. El vínculo entre las partes al respecto, consiste efectivamente en la traslación del objeto, pero con la función de atribuir al accipiens el poder de disposición de la cosa, siendo el pago del precio una consecuencia del ejercicio de tal poder y una vez que se haya consumado. Allí se encuentra la diferencia específica, que en principio no existe la transferencia del dominio como en la venta, sino la atribución de un derecho subjetivo de disposición limitado en el tiempo.⁹

Dicho lo relativo al contrato estimatorio considerado como un contrato de compraventa, se desprende que definitivamente no son lo mismo. Como vimos, cada contrato tiene su función específica, y aún cuando tienen ciertas semejanzas, esto no implica que por ese hecho el contrato estimatorio sea igual al contrato de comisión, depósito o compraventa ya que cada uno cumple con su finalidad. De esta manera, pretendo establecer la naturaleza jurídica del contrato estimatorio como única, con autonomía causal propia, distinta de las figuras típicas de contratos.

9. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Ob.cit., pág. 578.

- EL CONTRATO ESTIMATORIO COMO UN CONTRATO SUI GENERIS.

La finalidad de este trabajo es considerar al contrato estimatorio como un contrato sui generis. Así, tenemos que la palabra sui generis es una expresión latina que se usa para denotar que la cosa a que se aplica es de un género o especie muy singular y excepcional.¹⁰

Así, y aplicado al contrato estimatorio, vemos que efectivamente éste, tiene características únicas que no dejan duda de su excepción con relación a los contratos. Encuentro en esta locución la mejor manera de referirse a una cosa que no tiene comparación, como es el caso del contrato estimatorio.

Hay juristas que consideran la postura del contrato estimatorio como contrato sui generis con sobrada razón (Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Emilio Langie y Rubio, Neppi, la Enciclopedia Jurídica OMEBA, el Código Civil Italiano etc.). Pero cabe destacar que al defender dicha naturaleza jurídica de mi parte, lo hago no por converger con lo citados juristas (que son pocos), sino por convicción de ideas y con base en el criterio jurídico

10. Palomar de Miguel Juan, Diccionario para Juristas, Primera Edición, México, D.F., 1981, Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L., pág. 1283.

de que me he impregnado a mi paso por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán.

Si analizamos - como lo he pretendido en éste estudio -, cada una de las características del contrato estimatorio, vemos que son tan notables y diferentes a otro contrato que se distinguen como únicas; cierto es apreciar así mismo, que tiene algunas semejanzas con otros contratos, pero también mucho más diferencias. Los estudiosos del derecho han pretendido enmarcar la naturaleza jurídica del contrato estimatorio como comisión, depósito, compraventa pero gracias a este estudio podemos entender que no se trata de estos contratos de manera individual, sino que es una venta pero sujeta a las características del contrato estimatorio.

Primeramente, como lo había señalado en cuanto a las características, da origen a una relación compleja que resulta de la unión de una consignación, una traslación para disposición del bien y una consecuente venta o devolución del mismo; el hecho de ser un contrato real; los bienes siempre serán bienes muebles; el accipiens tiene una obligación alternativa (pagar el precio o devolver la cosa); generalmente tiene un plazo; el accipiens asume el riesgo de la cosa mientras esta en su poder.

La gama de clasificaciones que origina como

consecuencia de su contenido y funciones: mercantil, entre comerciantes, real, bilateral, oneroso, conmutativo o aleatorio, traslativo de dominio, de custodia, atípico, principal.

Los elementos que maneja son así mismo diferentes, ya que en los personales sólo hay dos protagonistas: tradens que es el dueño o quien tiene la cosa y el accipiens quien requiere de la capacidad de ser comerciante.

Sus elementos reales se limitan al precio que es determinado o determinable, y la cosa que son los bienes muebles.

El elemento formal no requiere de alguna formalidad señalada por la ley, por lo que en consecuencia es consensual por oposición a formal.

En cuanto a las obligaciones del tradens son: entregar la cosa (nacimiento del contrato), retribuir si se pactó, recibir la cosa e indemnizar por daños y perjuicios. Las obligaciones del accipiens son: recibir la cosa, pagar el precio o regresar la cosa, custodiar la cosa y responder por daños y perjuicios.

Por último dentro de sus modalidades se encuentra el subcontrato.

Dicho lo anterior, se desprende la idea de que es

un contrato único, singular y excepcional con relación al resto de los demás contratos.

Podría pensarse que es en sí mismo un contrato mixto pues se cree que en él intervienen varios contratos, pero con base en el estudio hecho sabemos que no se llega a perfeccionar ninguno en especial; sólo el contrato estimatorio hace uso de algunas figuras jurídicas, pero con una sola finalidad que es la de estructurarse perfectamente para que no haya duda de su función y de la necesidad mercantil que cubre.

En suma, todo lo que encierra el contrato en estudio es diferente a la finalidad del resto de los contratos conocidos, que no debe haber duda en cuanto a su naturaleza jurídica. Se hizo el análisis comparativo de los contratos mercantiles con los que se creía tenía cierta semejanza pero una vez expuestos se explicó el porqué no podría considerarse el contrato estimatorio como tales.

"Después de haber sido reconocido por el Código Civil Italiano como contrato nominado, con tipo propio, ábrese camino en aquél país la idea de que es sui generis y unitario".¹¹

11. Langle y Rubio Emilio, Manual de Dcho. Mercantil Español 1a. ed. Barcelona, España, 1959, Ed. BOSCH, págs. 205-206.

A parte de Italia, que efectivamente lo considera nominado y por ende unitario, en el mundo jurídico, dentro de las escasas normas de la legislación, prevalece el criterio de que el contrato estimatorio es un contrato sui generis, con autonomía causal propia, distinta de las figuras típicas y aun atípicas de contratos.

Quizá no importe tanto el hecho de ser sui generis o no, lo importante es entender el verdadero espíritu del contrato, pues ante la falta de una regulación expresa, ésta debe consignarse en el propio contrato.

También cabe destacar, que sería interesante pensar en la posibilidad de celebrar contratos normativos de consignación que regulen no solo las relaciones que se desprenden del contrato estimatorio, sino varias relaciones comerciales.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-El contrato estimatorio es un contrato en virtud del cual, una persona llamada tradens quien es dueño o tiene disposición de la cosa, da en consignación a otra llamada accipiens un bien mueble estimado en un valor pecuniario determinado, para que al margen de un plazo establecido venda el bien o lo restituya en caso de no venderlo al vencimiento del mismo.

SEGUNDA.-El hecho de haber sido un contrato que nace en Roma no le ha restado importancia, antes bien, es un aspecto más a su favor pues es considerado éste contrato histórico, ya que posterior a Roma se aplicó en la Edad Media y actualmente se practica. Este antecedente permite entender que tuvo, tiene y tendrá una gran importancia en las relaciones comerciales sirviendo de gran apoyo a los comerciantes.

TERCERA.-Su concepto del contrato difiere en ciertos aspectos, pero la mayoría de los autores señalados, mencionan los elementos, características, derechos y obligaciones contenidos en el contrato; es decir, que de la definición en sí no hay polémica.

CUARTA.-Las características del contrato estimatorio, permiten entender que se trata de un contrato

único pues no se conoce otro que maneje de igual manera la presencia de un bien mueble como objeto material, estimado en un precio, venta o devolución del mismo, limitado a un plazo, traslación del bien al accipiens para disposición del mismo, el accipiens asume el riesgo de pérdida de la cosa mientras esta en su poder etc.. En una palabra que combine perfectamente sus elementos.

QUINTA.-El contrato estimatorio es un contrato mercantil, entre comerciantes, real, bilateral, oneroso, conmutativo o aleatorio, traslativo de dominio, de custodia, atípico y principal.

SEXTA.-Sus elementos de existencia y de validez, así como sus derechos y obligaciones, están perfectamente aplicados conforme a lo que indica la Ley, siendo esto testimonio de su eficacia y legalidad.

SEPTIMA.-En México, es un contrato atípico nominado pues se hace referencia a él en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y en la Ley del Impuesto al Valor Agregado, siendo también esto, el reflejo del interés por parte del Gobierno de separar los bienes de la masa de quiebra en la primera, y de que al fisco le interesa gravarlo en la segunda, por concepto de prestación de servicios independientes.

OCTAVA.-Aún cuando con otra denominación en

Europa, es un contrato que se aplica como comisión de venta en España, en Francia se reglamenta como sinónimo la consignación para vender aplicada a través de la comisión, en Alemania se conoce como trodelvertrag, y finalmente en Italia es un contrato estimatorio regulado por el Código Civil en su artículo 1556.

NOVENA.—El contrato estimatorio no es un contrato de comisión, de compraventa o de depósito.

DECIMA.—Es un contrato sui generis porque de su concepto, elementos personal real y formal, características, derechos y obligaciones, y sobre todo la finalidad que persigue y la forma de cómo se combinan sus elementos para que esta se consiga, permiten entender que es único, singular y excepcional con relación a los demás contratos.

Octubre de 1990

BIBLIOGRAFIA

Arce Gargollo Javier, Contratos Mercantiles Atípicos, Primera Edición, México D.F., Editorial Trillas, S.A. de C.V. 1985.

Bauche Garciadiego Mario, La Empresa, Primera Edición, México D.F., Editorial Porrúa, S.A. 1977.

Bonfante Pietro, Instituciones de Derecho Romano, Traducción de la Octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, Segunda Edición, España, Madrid, Editorial Reus, 1951.

Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Primera Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., Tomo I, 1953.

Branca Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Italia, Bolonia, Primera Edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1978.

Brunetti Antonio, Tratado de Quiebras, Traducción de Joaquín Rodríguez y Rodríguez, del original italiano

"Lezioni sul fallimento", Italia, Cedam Padova 1937,
Primera Edición, México, D.F., Editorial Porrúa Hnos. y
Cía., 1945.

Buen Lozano Néstor De, La Decadencia del Contrato, Segunda
Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., 1986.

Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español Común y Foral,
Tercera Edición, España, Madrid, Editorial Reus, Tomo III,
1942.

Cervantes Ahumada Raúl, Derecho Mercantil, Primera Edición,
México, D.F., Editorial Herrero, 1975.

Código Civil para el Distrito Federal, Cincuenta y sieteava
Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1989.

Código de Comercio y Leyes complementarias, Décima Edición,
México, D.F., Editorial Berbera Editores, S.A. de C.V.,
1990.

Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, Primera Edición,
México, D.F., Editorial Harla, 1983.

Diccionario de Derecho Privado, Primera Reimpresión, España, Barcelona, Editorial Labor, S.A., Tomo I,A-F, 1961.

Díez Picazo Luis, Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Segunda Reimpresión, España, Madrid, Editorial Tecnos, 1979.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Décimo cuarta Edición, Argentina, Buenos Aires, Editorial Driskill, S.A., Tomo IV, CONS-COST, 1979.

Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, Décimo Tercera Edición, México, D.F., Editorial Esfinge, S.A., 1985.

Garriguetz Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Primera Edición, España, Madrid, Editorial Reus, Tomo II, 1940.

Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Primera Edición, México, Editorial Cajica, 1961.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Primera Reimpresión, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1985.

Langle y Rubio Emilio, Manual de Derecho Mercantil Español, Primera Edición, España, Barcelona, Editorial Bosch, 1959.

Ley del Impuesto al Valor Agregado, Vigésima Sexta Edición, México, D.F., Editorial Ecasa, 1990.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, de 31 de diciembre de 1942 (D.O. de 20 de abril de 1943), concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía por Joaquín Rodríguez y Rodríguez, revisada por José Víctor Rodríguez del Castillo, Octava Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1980.

Messineo Francesco, Doctrina General del Contrato, Primera Edición, Argentina, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1952.

Montella Gay De, Código de Comercio Español Comentado, Primera Edición, España, Barcelona, Editorial Reus, Tomo VII, 1936.

Moto Salazar Efraín, Elementos de Derecho, Treinta y unava Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1985.

Palomar de Miguel Juan. Diccionario para juristas. Primera Edición, México, D.F., Editorial Mayo Ediciones, S. de R. L. 1981.

Rodríguez y Rodríguez Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Tercera Edición, México, Editorial Porrúa, S.A., Tomos I y II, 1957.

Sánchez Calero Fernando, Instituciones de Derecho Mercantil, Octava Edición, España, Valladolid, Editorial Clares, 1981.

Thaller Eugene, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Décima Octava Edición, Francia, Paris, Editorial Génève, 1940.

Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Tomo II, 1967.

Vázquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, Primera Edición, México, D.F., Editorial Porrúa, S.A., 1982.