

301809

60
2ej



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO
ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

EL CONTRATO ESTIMATORIO Y LA NECESIDAD DE
SU REGULACION EN MATERIA MERCANTIL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

MIGUEL ANGEL VALDEZ GUTIERREZ

- 1A. REVISION: LIC. EDUARDO BOYOLI MARTIN DEL CAMPO
- 2A. REVISION: LIC. EMILIO ESQUINCA VELASCO.

MEXICO, D.F.

FALLA DE ORIGEN

1 9 9 1



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.

I N D I C E .

| | | |
|---|------|----|
| - Prólogo..... | Pág. | 1 |
| - Introducción..... | Pág. | 3 |
| - Capítulo I. | | |
| "Antecedentes Históricos del Contrato Estimatorio".... | Pág. | 11 |
| - A) Origen del Contrato en el Derecho Romano..... | Pág. | 12 |
| - B) La Forma de Manifestarse a través de las Fuentes del Derecho Mercantil Mexicano..... | Pág. | 17 |
| - C) Su Evolución y Denominación en nuestro Derecho - Moderno..... | Pág. | 27 |
| - Capítulo II. | | |
| "Elementos y Características en nuestra práctica Comercial"..... | Pág. | 34 |
| - A) Su Concepto..... | Pág. | 35 |
| - B) Características Particulares..... | Pág. | 36 |
| - C) Elementos Personales..... | Pág. | 53 |
| - D) Objeto Materia del Contrato..... | Pág. | 62 |
| - E) Obligaciones del Consignante y del Consignatario.. | Pág. | 64 |
| - F) Su Formalidad y Elementos Reales..... | Pág. | 80 |
| - G) Causas de Terminación del Contrato..... | Pág. | 85 |
| - Capítulo III. | | |
| "Naturaleza Jurídica del Contrato"..... | Pág. | 91 |
| - A) Sustantividad del Contrato..... | Pág. | 92 |

| | | |
|--|------|-----|
| - B) Comparación con el Contrato de Mandato y con la Comisión Mercantil..... | Pág. | 100 |
| - C) Comparación con el Contrato de Prestación de Servicio..... | Pág. | 104 |
| - D) Comparación con el Contrato de Agencia..... | Pág. | 108 |
| - E) Comparación con el Contrato de Corretaje o Mediación..... | Pág. | 109 |
| - F) Comparación con el Contrato de Depósito..... | Pág. | 112 |
| - G) Comparación con el Contrato de Compra-Venta..... | Pág. | 116 |
| - H) Comparación con el Subcontrato..... | Pág. | 119 |
| - I) Mercantilidad de la Consignación..... | Pág. | 121 |
| - Capítulo IV | | |
| "Su Regulación en Otros Países y Otras Disposiciones - Legales..... | Pág. | 125 |
| - A) Referencia del Código de Comercio de la República de Guatemala..... | Pág. | 126 |
| - B) Referencia del Código de Comercio de Honduras..... | Pág. | 127 |
| - C) Referencia del Código Civil de Italia..... | Pág. | 128 |
| - D) Referencias de Algunas Disposiciones Existentes - en Nuestros Diversos Ordenamientos Legales, que - Regulan Algunos Aspectos del Contrato Estimatorio..... | Pág. | 129 |
| - E) Caso Práctico de una Consulta Realizada al Banco Nacional de México con Representación en París, a las Oficinas Ubicadas en Nuestro País, Respecto - del Sistema del Depósito Consignación..... | Pág. | 134 |
| - Capítulo V. | | |
| - Conclusiones..... | Pág. | 136 |
| - Bibliografía..... | Pág. | 145 |
| - Legislación Consultada..... | Pág. | 149 |

P R O L O G O .

El estudio y análisis de esta figura jurídica en cuestión, es producto de inquietudes surgidas en las aulas de la Universidad - y algunas otras ocasiones en los foros de la postulación.

La inquietud que da origen al presente trabajo de investigación, surge en el curso de Contratos Mercantiles, donde al ir analizando cada uno de ellos, me surgió la duda del porqué estar estudiando un Contrato Mercantil Atípico, sin que éste se encuentre regulado, pues existe un conflicto entre la doctrina, nuestras leyes y - la práctica comercial en cuanto a dar una solución uniforme al problema.

Toda vez que estos contratos atípicos constituyen un medio jurídico idóneo de solución para resolver una rica y variada multiplicidad de situaciones que cotidianamente se afrontan en el mundo - de los negocios mercantiles.

Es por eso que quiero contribuir con un pequeño esfuerzo, - encaminado sólo con el fin de dar una mejor perspectiva a los Legisladores, a los Abogados, a los Estudiantes de Derecho, y a todo - - aquel en general que se interese por un asunto de enorme trascendencia jurídica, como lo es la falta de regulación jurídica de Contrato Estimatorio en especial y de todos aquellos que requieran de un estudio más profundo y extenso, para sentar las bases del mismo y poder - lo incorporar a nuestra Legislación, situación que prevaleció en el - Derecho Mexicano, con la regulación del Contrato de Arrendamiento - -

Financiero que se incorporó a partir de 1982 en la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, hoy abrogada y ahora - - disciplinada en la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito.

Esta situación y los motivos anteriormente expuestos, fueron causa que originaron en mí en ocasión de la obtención de la - - patente para ejercer la Licenciatura en Derecho a realizar el presente estudio y análisis jurídico del Contrato Estimatorio, el cual hoy pongo a consideración del Cuerpo Sinodal y de los lectores en general.

I N T R O D U C C I O N .

Importante tópicu, es hablar acerca del manejo de este contrato atípico, debido a la práctica comercial que el mismo tiene dentro de nuestra sociedad; por tanto, del estudio de cada uno de sus elementos en forma peculiar, que se encuentren al realizar su análisis descriptivo y comparativo y de lo regulado en torno al mismo -- en otros ordenamientos jurídicos, servirá como base para sustentar la tesis del porqué es necesario que se incorpore como una figura jurídica más a nuestro Código de Comercio.

"En la práctica, el número de contratos meramente civiles es reducidísimo"⁽¹⁾; sin embargo, algunas legislaciones como la Suiza y la Italiana, han concentrado en un solo ordenamiento, los actos civiles y mercantiles; es decir, tienen un tratamiento unitario; sin embargo y en sentido contrario a este tratamiento, en otras legislaciones se distingue entre los actos civiles y los actos mercantiles. Nuestro derecho en este sentido, sigue la tradición jurídica marcada por el Código de Napoleón, solución que también acoge el Derecho Español, principal fuente de inspiración del nuestro; y por tanto, en México se tienen dos clases de legislación: La Civil y la Mercantil, y de esta última, existen contratos que regula la misma y que para su cumplimiento o resolución, requieren de normas escritas que -- -- contempla tanto nuestro Código Civil como nuestro Código de Comercio

(1) Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil"; Tomo II, Pág.3, Séptima Edición. Editorial Porrúa, México 1979.

muy en particular, razón por la cual deben concretizarse todas aquellas prácticas comerciales que si bien reciben una denominación, -- carecen de una base o cimentación jurídica, por lo que se convierten en atípicos, tomando más problemática su interpretación y la -- definición de su alcance, de acuerdo a lo que los contratantes -- quisieron y se obligaron a realizar, conforme a su voluntad.

Aún sin embargo, en el Derecho actual, los contratos atípicos están plenamente aceptados. "No cabe duda que a medida que la -- civilización avanza son más importantes los contratos innominados; -- hoy se presentan a cada paso nuevos tipos de contratos que, si no -- tienen nombre específico, son de frecuente aplicación" (2).

La importancia de los contratos atípicos, ha sido exagerada por algunos autores, que consideran que pocos contratos presentan todas las características de los contratos típicos y por tanto se -- ajustan a todas sus normas; para estos autores, "se habla de una materia contractual única y que afirma que un contrato no puede quedar encuadrado únicamente en las normas de un contrato típico, sino que -- debe acudirse a las reglas de otros contratos" (3).

Hoy en día, los conceptos de atipicidad y tipicidad -- --

(2) Diccionario de Derecho Privado, ver: "Contratos Atípicos y Múltiples". Labor, México, 1983.

(3) Borja, Manuel. "El Contrato Atípico. Su Concepto, Clasificación y Disciplina Jurídica"; Pág. 47. El foro, quinta época, Núm. 19-Julio-Septiembre, México 1970.

amplian notablemente el campo de aplicación; y así se habla de negocios típicos y atípicos, "por extensión, ya sea de cláusulas típicas de los negocios jurídicos, según se encuentren recogidas expresamente dentro del esquema legal del contrato respectivo, o bien que las partes establezcan su contenido en ausencia de disposiciones legales" (4).

No obstante a lo anteriormente apuntado, hay otra clasificación en que se habla de contratos regulados y no regulados; sin embargo, prevalece y tiene mayor preferencia el enunciarlos como típicos y atípicos.

Para ello debemos apuntar que "son contratos atípicos -- aquellos para los cuales no existe en la ley, una disciplina normativa" (5), en cambio la regulación del contrato típico, supone la existencia de su reglamentación en cuanto a sus características y contenido obligacional, por lo que esta regulación del contenido del contrato nos hace referencia a la existencia de normas, respecto a los efectos del contrato entre las partes contratantes.

Cabe hacer mención de un aspecto sobresaliente, en que -- algunos de estos contratos que no tienen una regulación en la legis-

(4) Barrera, Jorge. "Las Sociedades en Derecho Mexicano"; Pág. 123;- (También aborda el tema de las cláusulas atípicas, aunque ligadas a un contrato típico). UNAM, México 1983.

(5) Díez, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial"; Tomo I Pág. 252 Tecnos, Madrid, 1979.

lación, pero sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley o por la doctrina; sobre estos contratos, pueden aparecer también algunos usos o normas de la costumbre y aún criterios de la jurisprudencia que los caractericen y reconozcan, y a esto se le conoce como tipicidad social.

La nota característica de esta tipicidad social es que "cumple con la función de limitar y dirigir la autonomía privada a través de la conciencia social, en la medida que el ordenamiento jurídico, estime que responde a una función socialmente útil, y por tanto sea acogida y tutelada por él" (6).

Por lo que existen contratos que pueden ser legislativamente atípicos pero que atienden a nuevas necesidades ya socialmente tipificadas; y por lo tanto, participan de la llamada tipicidad social que ofrece al intérprete de esta clase de negocios la posibilidad de acudir a otras fuentes de interpretación (usos, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado y otros) para buscar normas complementarias y criterios de solución.

Nuestra ley civil o Código Civil, contempla la existencia de los contratos atípicos aunque no los menciona bajo esta denominación, y es el Artículo 1858 del C.C.D.F., que establece el régimen jurídico de los contratos no regulados como típicos y las normas --

(6) Betti, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones"; Tomo II, - Pág. 70. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.

que deben aplicarse para su interpretación e integración, el cual expresa:

"Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de las reglamentadas en este ordenamiento".

Por lo que esta disposición señala claramente el orden que debe seguirse para aplicar al contrato atípico las normas de los contratos, por lo que en mi opinión, esta disposición de orden civil resulta aplicable a los contratos mercantiles atípicos, en donde debetomarse en cuenta las normas generales comerciales de los contratos mercantiles en general o las normas especiales de los contratos típicos mercantiles, así como disposiciones especiales del Código Civil.

Y aunque nuestro Código Comercial no tiene una disposición expresa, la doctrina acepta prácticamente de forma unánime, la necesidad de acudir a los usos, costumbres, jurisprudencia, decisiones judiciales y en ocasiones algunos estudios de los autores, como instrumentos auxiliares en la interpretación de los negocios atípicos; cabe aclarar que indirectamente nuestra ley reconoce en el (Artículo 1796 del C.C.D.F. y 2o. del Código de Comercio), la orden de que los contratos obligan no solo a lo expresamente pactado, sino a las --

consecuencias que conforme a su naturaleza derivan de la buena fe, - del uso o de la ley. Otros preceptos consideran a los usos supletorios de las normas mercantiles y de acuerdo a las normas sobre la -- interpretación de los contratos conforme al Artículo 1856 del - - - C.C.D.F. que a la letra dice:

"el uso y la costumbre del país se tendrán en - cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos".

El Maestro Borja Martínez, afirma citando a Antonio Agui-- lar Gutiérrez, que el (Artículo 1858 es nuevo para el Código Civil, - ya que no lo contenían los de 1870 y 1884, y posiblemente los legis-- ladores de 1928 se inspiraron para este precepto en un texto de -- Manuel Mateos Alarcón).

En una materia tan amplia y sin soluciones concretas y cla-- ras, en la ley y en la doctrina, puede sugerirse que partes que cele-- bran contratos atípicos señalen en el mismo contrato que determinada relación o cláusula, en caso de duda, debe interpretarse de acuerdo-- con las normas de determinado contrato típico; por ejemplo: En la ce-- lebración de un contrato como el de consignación, que es el caso que nos ocupa en forma particular, se podría pactar que todo lo relacion-- ado con el pago de cierta cantidad, se regirá por las normas de la compra-venta, que la responsabilidad de la custodia de un bien, se -- regirá por los principios del depósito, que la rendición de cuentas-- se hará conforme a las reglas del mandato.

Ya se dijo que en nuestra ley encontramos este criterio de solución, así en los contratos típicos, la ley señala que una de las conductas de las partes sobre cierta relación, se regirá por -- normas de un contrato distinto; de tal forma que en la compra-venta civil, se considerarán los artículos que a continuación se detallan y que expresan lo siguiente:

(Artículo 2284 del C.C.D.F.). El vendedor antes de entregar la cosa, se considera depositario.

(Artículo 2315 del C.C.D.F.). En la compra-venta con reserva de dominio, el comprador es estimado arrendatario respecto de la cosa.

(Artículo 2559 del C.C.D.F.). Al mandatario que tiene sumas de dinero se le considera depositario.

(Artículo 329 de la L.T.O.C.). En materia mercantil, el contrato de habilitación o avío, -- cuando hay prenda se considera al deudor deposi- tario judicial.

(Artículo 2331 del C.C.D.F.). Y en otros casos, la ley remite a normas de otro contrato para -- complementar la regulación de otro contrato -- atípico, como es el caso en que la permuta se -- rige por las disposiciones de la compra-venta.

R E F E R E N C I A S .

- 1.- Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil"; Séptima Edición. Editorial Porrúa, México 1979.
- 2.- Diccionario de Derecho Privado. "Contratos Atípicos y Múltiples"; Labor, México 1983.
- 3.- Borja, Manuel. "El Contrato Atípico. Su Concepto, Clasificación y Disciplina Jurídica"; El foro, quinta época, Núm. 19. Julio-Septiembre, México 1970.
- 4.- Barrera, Jorge. "Las Sociedades en Derecho Mexicano"; (También aborda el tema de las cláusulas atípicas, aunque ligadas a un contrato típico). UNAM, México 1983.
- 5.- Díez, Luis "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial"; Tecnos, Madrid 1979.
- 6.- Betti, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones"; Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid -- 1970.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO.A) ORIGEN DEL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO.

El Contrato Estimatorio se conoció y practicó en Roma, perteneció a la clase de los contratos innominados y se le llamó datio in aestimatum, pudiéndose definir de la siguiente manera en aquella época: "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 sí, ya sea el eventual exceso de valor, o restituir el objeto, dando los jurisconsultos una acción específica: actio in aestimatio"(1).

Todos los contratos innominados 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 de finitiva.

Respecto a la tradición, el jurista romano prefería no modificar este esquema y dejaba que surgieran nuevas formas contractuales fuera de todo sistema, hasta que verdaderos comentaristas preocupados por tal situación, crearon para esos actos, una categoría especial: La de los contratos innominados, que trataba de figuras que,-

(1) Bonfante, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano"; Pág. 512. - Traducción de Luis Bacchi y Andrés Larrosa. Instituto Editorial-Reus, Madrid 1965.

por una parte se parecían a los "contratos reales que se perfeccionaban mediante el consentimiento unido a la entrega de un objeto" (2).

Este grupo comprendía un contrato *Stricti Juris* (El mutuo, préstamo de consumo) y tres contratos de buena fe (El préstamo de uso o comodato, la prenda o sea *pignus* y el depósito), pues recibían eficacia procesal por la simple prestación de una de las partes, -- pero; por otra parte, se separaban de dichos contratos por sus distintas consecuencias procesales, en las cuales, el derecho romano -- abandonaba su principio de la "especialidad de la acción".

Habitualmente, se distinguían los cuatro casos siguientes de contratos *innominados*; aunque en realidad, según veremos, no -- había más que tres:

1.- Do ut des. El caso típico de este contrato era la *Permuta*: "Los *sabinianos* consideraban a la permuta como un caso especial de la compra-venta" (3), alegando que aquella era en realidad un antecedente histórico de ésta; pero los *proculeyanos* alegaban que había diferencias jurídicas que separaban a la permuta de la compra-venta, de modo que era preferible considerarla como contrato *innominado*, y Justiniano les dió la razón.

2.- Facio ut des. En este grupo de contratos, encontramos que una persona se declaraba dispuesta a prestar ciertos servicios,-

(2) Floris Margadant, Guillermo. "El Derecho Privado Romano"; Pág. - 380. Décimo Tercera Edición, Editorial Esfinge, México 1985.

(3) *Ibidem*. Pág. 425.

a cambio de que otra le prometiera algún objeto que no era dinero, - ya que en caso de una contra prestación monetaria, tendríamos al - - arrendamiento romano en su forma de *Locatio-conductio operis* o *Locatio conductio operarum*; y hasta la prestación del servicio o la - - entrega del objeto, no antes, este acuerdo de voluntades se conver- - tía en un contrato y producía una acción.

3.- Do ut facias. Este grupo de contratos era en realidad igual que el caso anterior, únicamente que la situación jurídica - - se observaba ahora desde el punto de vista de la parte que prometía algún objeto.

4.- Facio ut facias. Que es el convenio respectivo de intercambio de servicios que no producía acción por el simple acuerdo de voluntades, sino únicamente cuando una de las partes cumplía con lo pactado y es aquí donde podemos ubicar más específicamente la génesis de nuestro contrato en estudio.

De los contratos innominados nacieron las siguientes acciones:

En primer lugar, la "*Condictio causa data causa non secuta* o sea una acción personal basada en el hecho de que una prestación - ha sido entregada sin que la contra prestación haya seguido a esta - prestación" (4), esto es intentar recuperar lo que se había entregado

(4) Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín. "Segundo Curso de Derecho Romano"; Págs. 208 y 209. Undécima Edición, Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, México 1984.

en caso de no haberse obtenido la contra prestación esperada; pero - a veces, lo que le interesaba al actor no era recuperar lo entregado, sino que el demandado cumpliera en tal forma que se concedió primero, para algunos contratos especiales y después en forma generalizada, la "actio praescriptio verbis" (5).

Los casos más frecuentes de contratos innominados eran los siguientes:

- 1.- La permuta ya mencionada anteriormente.
- 2.- El *Aestimatum*, contrato por el cual un comerciante - - aceptaba mercancías, con la obligación de devolverlas después de - - algún tiempo, en caso de no haberlas vendido, o entregar un precio - previamente convenido si hubiera podido venderlas, dando pauta a pensar que se trataba de un contrato algo parecido a la compra-venta, - al mandato, al depósito irregular, etc., pero que ofrecía el siguiente problema a cuestionarse, ¿Quién sufría entonces el riesgo del caso fortuito?: Por lo que la respuesta era la de "Resperit dominio"; es decir, que al consignante le correspondía el riesgo por contratar se esta cita en las (sedes materiae), o sea el título dedicado especialmente a la actio aestimatoria, y que estaba contenida dentro del Corpus Iuris Cíviles.

La lista de los contratos que surgieron era muy larga, - - pues cada vez que el alcance o la fantasía de las partes producía -- una figura jurídica que no cabía exactamente en los contratos típi-

(5) *Ibidem* Pág. 214.

cos del grupo de los nominados, se consideraba esta figura como - - contrato atípico, por eso el Derecho Romano contaba con el principio de dar a cada contrato su propia especialidad de acción, creándose para todo estos contratos innominados, las acciones generales que ya he citado.

No cabe duda, de que debido al fundamento económico y a su utilidad o pragmatismo, surgieron los contratos atípicos, y muy en particular, nuestro contrato estimatorio, sustentado en la libertad contractual que coincide con la necesidad de adoptar los contratos a las necesidades reales de las partes contratantes, como se presentó en el Derecho Romano, en la que gran parte de las instituciones jurídicas se producen por "deformación o adaptación de algunas figuras jurídicas a soluciones prácticas que reclamaban las necesidades socio económicas, por la que los romanos utilizaron al negocio jurídico para fines distintos de los que se habían inspirado para la institución" (6).

Este contrato de consignación, era siempre bilateral y su causa era una obligación de dar o hacer; las costumbres mercantiles que se mantuvieron en Europa fueron de gran relevancia y de - - acertada e importante aceptación, respecto de este contrato y de - - otros más, que aunque como actos jurídicos, no tenían la exigencia-

(6) Betti, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones"; Tomo II - Pág. 70. Traducción de José Luis de los Mozos, Revista del Derecho Privado, Madrid 1970.

formal de los contratos civiles, ni estaban sujetos a moldes o -- tipos establecidos, si tenían un pleno reconocimiento.

B) LA FORMA DE MANIFESTARSE A TRAVES
DE LAS FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL
MEXICANO.

Antes de abordar el tema de como es que ha surgido el contrato estimatorio dentro de nuestra práctica comercial, es en forma prioritaria la necesidad de fijar el concepto de Derecho Mercantil- y sus fuentes del mismo, ante todo para delimitar el conjunto de relaciones sociales que debemos considerar sometidas a sus normas peculiares de aquél; para Vivante, define el Derecho Mercantil como - "aquella parte del derecho privado que tiene por objeto principal-- mente regular las relaciones jurídicas que surgen del ejercicio del comercio", la cual es un concepto muy restringido.

Por su parte, el Profesor Mantilla Molina lo define de la siguiente forma: "Es el sistema de normas jurídicas que determinan su campo de aplicación, mediante la calificación de mercantiles - - dada a ciertos actos; y regula éstos y la profesión de quienes se - dedican a celebrarlos" (7).

En cambio para Barrera Graf considera "que es aquella rama del derecho privado que regula los actos de comercio, la organización de las empresas, la actividad del comerciante individual - -

(7) Mantilla Molina, Roberto L.; "Derecho Mercantil"; Pág. 23. Vigésimo Quinta Edición; Editorial Porrúa, México 1987.

y colectivo y los negocios que recaigan sobre las cosas mercantiles" (8).

Sabemos que las fuentes formales de la teoría general del Derecho son la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, y que son productores del Derecho Mercantil, la cual tiene por excelencia como fuente la ley, ya que es obvio que para que una disposición legal de carácter mercantil, sea válida, ha de ser dada por el legislador, que es el constitucionalmente competente para expedirla, y por tanto la legislación mercantil es federal; sin embargo, el aspecto medular que a nosotros interesa en relación al surgimiento de nuestro contrato estimatorio, en la práctica mercantil mexicana, son los usos y las costumbres; a este respecto, el Maestro García Maynez define a la costumbre "como un uso implantado en la colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio" (9): es decir, se integra por dos elementos: el primero de ellos es un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos largo, practicado dentro de ese conjunto social, fenómeno el cual es de gran interés para todas aquellas figuras jurídicas atípicas mercantiles, pues vemos que esto no es otra cosa que la que se denomina como Tipicidad Social. Para Ehrlich, asegura que la costumbre "es el compor-

(8) Barrera Graf, Jorge. "Tratado de Derecho Mercantil" Volumen I - Pág. 1, UNAM, México 1957.

(9) García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho" - Págs. 61 y 62. Editorial Porrúa, México 1986.

tamiento que con el paso del tiempo se convierta en la ley del futuro" (10), pero equivocadamente produce la máxima de que (la costumbre es ley), la convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la que el poder público pueda aplicarla, incluso de manera coactiva como ocurre con los preceptos formulados por el legislador.

La pregunta que se formularía, es la de ¿En qué momento deja una costumbre de ser mero hábito para convertirse en regla de derecho?; la cual contestan algunos autores sosteniendo que la -- regla consuetudinaria no puede transformarse en precepto jurídico, mientras el poder público no le reconozca ese carácter obligatorio, ya sea en forma expresa (por medio de la ley), o en forma tácita -- consistente a la aplicación de algunos casos prácticos, opinión a la cual me adhiero, puesto que la intención de esta tesis es la de que tengan reconocimiento estas prácticas realizadas por la colectividad a través de contratos innominados.

El Artículo 2o. del Código de Comercio, nos dice que:

"a falta de disposiciones del Código de Comercio se aplicarán a los actos de esa naturaleza las de derecho común".

Por otro lado, el Artículo 1051 del mismo ordenamiento, -- establece:

(10) Ehrlich, Eugen. "Fundamental Principles of Sociology and of Law" Traducido por Walter L. Moll, Pág. 85 Harvard University-Press; Cambridge, Massachusetts 1936.

"que el procedimiento mercantil preferente a todos, es el convencional. A falta de convenio expreso de las partes interesadas; se observarán las disposiciones de este libro, y en defecto de éstas o de convenio, se aplicará la ley de procedimientos local respectiva".

Con la anterior acoeración que realizan en forma expresa nuestra ley, se permite en forma supletoria, hacer uso de otras disposiciones contenidas en otra ley, con el fin de venir a regular la laguna de la ley. De acuerdo a su definición, la costumbre es el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie.

Así también es el conjunto de cualidades o inclusiones -- repetitivas y usos que forman el carácter distintivo de una nación -- sin estar plasmadas en una ley, pero avocándonos más a lo que es la costumbre mercantil, es la exteriorización de una norma con obligatoriedad, pero que en vez de que su creación sea deliberada y -- reflexiva de organismos competentes, es producto espontáneo de las necesidades del comercio, sin olvidar de acuerdo con (Ehrlich) que existen tres tipos de derecho consuetudinario, el delegado, que se presenta cuando una norma no escrita autoriza a crear un derecho -- escrito, motivo por el cual la costumbre está supraordinada a la -- ley; el delegado que se presenta cuando una ley nos remite supletoriamente a la costumbre para solucionar un caso concreto (la ley es supraordinada a la costumbre); y el Derogatorio, el cual se pre-

senta cuando existe la costumbre, se aplica y se obedece aún cuando el legislador niega expresamente su validez. (la costumbre es contraria a la ley).

Dicho lo anterior, el caso que nos debe de ocupar, conforme al planteamiento de nuestro contrato, es la del Derecho Consuetudinario delegante a la que algunos tratadistas llaman "los usos del comercio o usos de los negocios, para denominar como costumbre delegante, pues ésta posee una fuerza autónoma propia, que en ocasiones sirve para crear normas jurídicas, en el sentido de que estos usos-normativos sólo tienen validez en cuanto son invocados por la - - - ley"(11).

En México no se considera a la costumbre como fuente de derecho, puesto que el Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que:

"las sentencias o resoluciones se funden en la ley de la materia".

Ya que sería inconstitucional que se invocara como fundamento a ésta, cuestión que resulta contradictoria de acuerdo a lo que apuntan algunas de nuestras leyes.

La costumbre por tanto, desempeña en nuestro derecho, un papel muy secundario y sólo es jurídicamente obligatoria cuando la-

(11) Pedamon, Michael. "Sobre el Criterio de Distinción entre Uso y Costumbre"; Pág. 335, Revue Trines, Trielle de Droit Commercial. XII Abril-Junio 1959.

ley otorga tal carácter (Inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis), no es por ende, fuente inmediata sino mediata o -- supletoria del orden positivo.

El Artículo 10 del Código Civil, establece el principio - general que expresa:

"contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario".

Dicho de otra manera, la costumbre no puede derogar a la ley, lógicamente que nada impide concebir la posibilidad de que se forme una costumbre contraria a los textos legales.

Con referencia a los usos que la ley comercial hace, no - debe de hacerse a los usos interpretativos o convencionales, que -- son los que aclaran una declaración de la voluntad concreta y determinada, sino a los usos normativos o generales, los cuales tienen - una validez general y se aplican por encima de la voluntad de las partes contratantes, por eso puede decirse que el uso normativo - - es igual que la costumbre.

En la legislación mexicana, la mayoría de las veces que - se emplea la expresión uso, es en el sentido normativo.

El Artículo 304 del Código de Comercio expresa:

"Salvo pacto en contrario, todo comisionista -- tiene derecho a ser remunerado por su trabajo.- En caso de no existir estipulación previa, el - monto de la remuneración se regulará por el uso

de la plaza donde se realice la comisión".

El Artículo 333 del Código de Comercio expresa:

"Salvo pacto en contrario, el depositario tiene derecho a exigir retribución por el depósito, - la cual se arreglará a los términos del contrato y en su defecto, a los usos de la plaza donde se constituyó el depósito".

De igual forma, lo regula la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, y en relación a ésta última, el Artículo 77 previene:

"La remuneración que corresponda a quien haya - prestado auxilio y salvamento, será fijada - -- tomando en cuenta, lo que previene esta ley, -- los contratos respectivos, los usos, costumbres y las convenciones internacionales";

Y el Artículo 85 enuncia:

"Los objetos salvados en un naufragio o accidente, quedarán afectos al pago de los gastos de -- asistencia o salvamento, siempre que éste tenga resultado favorable."

El costo del auxilio o salvamento, será fijado en el contrato o convenio de salvamento, o a falta de éste, por la autoridad marítima, según los usos, y en caso de inconformidad, por el juez -- competente.

Por tanto, vemos que no hay una declaración general de aplicación de los usos, sino remisiones concretas, con la excepción de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito que los invoca directamente como fuente.

"Los usos y las costumbres como derecho, no deberían ser aprobados, el juez debería de conocerlos; sin embargo, el carácter local de alguno de esos usos y la inexistencia de recopilaciones generales de usos y costumbres mercantiles, hacen lógico el precepto del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, (Artículo 284) que prevee la necesidad de probar el derecho cuando se funde en usos o costumbres" (12).

La jerarquía de los usos, únicamente la distingue la doctrina en usos mercantiles, generales y especiales; los generales son practicados por todo el comercio y los especiales se distinguen en determinados ramos de él; en caso de divergencia entre ellos, debe prevalecer el uso especial sobre el general, regla que consagra la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, implícitamente al declarar aplicables "los usos bancarios y mercantiles".

Sin embargo, con todo lo que anteriormente se ha expuesto, se tiene que hacer una verdadera distinción entre los usos y la costumbre, pues con frecuencia así como el Legislador remite ciertos asuntos al Magistrado para la solución de determinadas controversias,

(12) Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho Mercantil"; Tomo I Pág.- 21. Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa. México 1988.

de igual manera ocurre principalmente en materia mercantil con los usos comerciales (entre ellos la práctica de ciertos contratos no regulados por la ley), y de los bancarios.

En este aspecto, Geny nos auxilia definiendo estos términos: "Dice que los usos son prácticas locales o profesionales, que concurren de un modo tácito en la formación de los actos jurídicos, especialmente en los contratos y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad se sobre-entienden en todos esos actos, inclusivo con algunas reservas, en los de carácter solemne"⁽¹³⁾.

Algunos autores consideran que los usos no son sino una variedad de costumbre jurídica, pero entre ambas, existen importantes diferencias, por ejemplo: la costumbre es fuente autónoma del derecho (formal) y los usos no.

"La costumbre se distingue del uso en sentido técnico, en cuanto es fuente autónoma del derecho, mientras que el uso se aplica sólo porque una ley, hace expresa referencia a él; el uso pues no es fuente del derecho, sino que sirve solamente para complementar la voluntad de las partes o para interpretar la voluntad de las mismas, también el uso en sentido técnico supone la existencia de un elemento subjetivo que sin embargo es menos intenso que la opinio necessitatis, y consiste sólo en la conciencia de la generalidad del uso, en cambio la costumbre se utiliza para resolver con-

(13) Geny, Francisco. "Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo"; Tomo I Pág. 418; Madrid 1919.

troversias" (14).

Otro criterio de distinción es el que nos da Alfredo Rocco en cuanto enuncia que los usos sirven para complementar e interpretar la voluntad de las partes "sólo en cuanto se estima que han querido acogerse libremente a ellos; por tanto, esta facultad electiva excluye la idea de necesidad que se haya indisolublemente ligada a la verdadera costumbre jurídica" (15).

La productividad de estas fuentes del derecho mercantil, es frecuente, sin dejar de desconocer su formación histórica, pero en la época actual y de hecho al menos en México, no es fácil señalar la existencia de usos normativos que hayan tenido verdadera influencia en la vida jurídica, o que hayan sido reconocidos en las sentencias de nuestros tribunales, pese a que nuestro derecho mercantil moderno es de origen consuetudinario, originado en el seno de gremios y corporaciones comerciales, que fué naciendo de un conjunto de normas particulares sobre los actos de comercio y sobre los comerciantes, derivadas de su propio poder reglamentario; es por eso que al hacer este análisis comparativo entre los usos y las costumbres que dan origen a una serie de prácticas comerciales, nos damos cuenta, que es necesario el que todos aquellos actos y contratos, muy en especial nuestro contrato estimatorio, se vean plasmados en un -

(14) Pugliati, Salvador. "Introducción al Estudio del Derecho Civil" Traducción Alberto Vázquez del Mercado; Pág. 97, México 1943.

(15) Rocco Alfredo. "Principios de Derecho Mercantil", Traducido por Garrigues: Pág. 116-118, Madrid 1931.

orden legal, pues conocemos que como fuente primaria y esencial de nuestro derecho mexicano, se encuentra la ley y que aún ésta a veces o no se apega a la realidad social por ser obsoleta, o es incompleta; y por tanto, impide la verdadera impartición de justicia en el momento de interpretar un contrato derivado obviamente de un -- conflicto de intereses entre particulares.

C) SU EVOLUCION Y DENOMINACION EN NUESTRO DERECHO MODERNO.

En su evolución, los *contractus incerti* o *negotia nova*, -- llegaron a tener efectos reconocidos por medio de una acción procesal única, a pesar de que no tuvieron nombre específico, como en el caso del contrato estimatorio, de ahí su categoría de innominado en oposición a los que sí eran nominados.

Pero con el transcurso del tiempo y con su constante práctica dentro del aspecto comercial, en su connotación jurídica, este contrato recibe el nombre de estimatorio, denominación empleada con base en su origen romano, pero la "práctica mercantil le ha dado el nombre de consignación"⁽¹⁶⁾, vocablo con el que lo mencionan por -- desconocimiento de una terminología jurídica apropiada, y de tal manera lo afirman nuestras leyes fiscales mencionándonos el Artículo-14 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado que expresa:

(16) Arce, Javier. "Contratos Atípicos"; Pág. 76. Segunda Edición, -- Editorial Trillas, México 1989.

"Para efectos de esta ley, se considera prestación de servicios independiente, F.IV El mandato, la comisión, la medición, la agencia, la representación, la correduría, la consignación y la distribución".

La entrega del bien mueble en el contrato, recibe el nombre de consignación, pero este acto no abarca todo el contrato; en él, las partes contratantes se conocen como tradens (consignante) y accipiens (consignatario), vocablos tomados del derecho romano y -- que se refieren a la entrega y la transmisión de la posesión de las cosas o también se les llamaba tradente y propietario.

El término estimatorio proviene de que la cosa mueble, objeto materia del contrato, se entrega con su estimación o precio -- estimación, utilizan este vocablo los Artículos 994 y 2774 del Código Civil.

Vemos que expresa el Artículo 994 del Código Civil del Distrito Federal:

"Si el usufructo comprende cosas que no puedan usarse sin consumirse, el usufructuario tendrá el derecho de consumirlas, pero está obligado a restituirlas, al terminar el usufructo, en igual género, cantidad y calidad. No siendo posible hacer la restitución, está obligado a pagar su valor, si se hubiesen dado estimadas-

o su precio corriente al tiempo de cesar el usu fructo, si no fueren estimadas".

El Artículo 2774 del Código Civil del Distrito Federal ex
plica:

"La renta vitalicia es un contrato aleatorio -- por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o -- más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas".

Como vemos, el primero es relativo al usufructo de bienes consumibles por el primer uso, y el segundo a la reglamentación de la renta vitalicia.

En materia de contratos, el comodato dispone que si la -- cosa se pierde y ha sido estimada, el comodatario deberá entregar -- el precio (Artículo 2506 del Código Civil del Distrito Federal); en este sentido, el vocabulario que utiliza nuestra ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, es correcto. El Artículo 159 Fracción VI menciona: a) que son los bienes recibidos en consignación por virtud de un contrato estimatorio, éste término no debe confundirse con la "acción estimatoria por vicios ocultos, también denominada cuantimínoris, y que se funda en el derecho que la ley concede al comprador para exigir del vendedor la disminución del precio, si en la -- cosa hay defectos o vicios ocultos o tiene una extensión menor a la

estipulada" (17).

El vocablo consignación aparece en nuestra Legislación - también para otras figuras distintas al contrato estimatorio y que más adelante hablaremos de ellas. Por ejemplo: en materia de obligaciones, el Código Civil contiene un capítulo titulado: "Del ofrecimiento en pago y de la consignación", en el que regula un medio - para que el deudor se libere de una obligación (Artículos del 2097- al 2103), conteniendo por su parte el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, las reglas que lo complementan; por otro lado, y sin el afán de adentrarnos al estudio profundo de lo que -- significa la consignación dentro de la Institución del Ministerio - Público, si cabe señalar la mención del término utilizado y con el cual ejercita la acción penal, solo para el efecto de conocer el -- sentido tan amplio que dentro de nuestro orden jurídico ocupa dicho vocablo.

El término consignatario equivale al de accipiens, en el estimatorio, corresponde también al de una de las partes en el contrato de transporte: Porteador y Consignatario (Artículo 2656, - - - F. VIII del Código Civil para el Distrito Federal), aunque no se de nomina así en el transporte mercantil regulado por el Código de Comercio que le llama cargador.

En la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, se habla de-

(17) Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", - Pág.43; Décimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1990.

consignación y consignatario, que es un término tradicional del derecho marítimo en el contrato de fletamento (Artículos 165, 172, -- 174, 175 y 179).

"El contrato estimatorio es atípico, a pesar de que existen disposiciones de carácter legal que citan el contrato con la -- denominación de consignación, en lugar del nombre técnico, contrato estimatorio"⁽¹⁸⁾.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en su Artículo - 159 Fracción VI, inciso a), menciona el nombre correcto del contrato estimatorio al enunciar:

"En consecuencia podrán separarse de la masa - los bienes que se encuentren en las situacio-- nes siguientes o en otras que sean de naturale za análoga: F.VI Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguientes conceptos: a) Depósitos, administración, arrendamiento, alquiler, usu-- fructo, fideicomiso o recibidos en consigna-- ción en virtud de un contrato estimatorio".

(18) Olvera, Omar. "Contratos Mercantiles"; Pág. 325, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1987.

R E F E R E N C I A S .

- 1.- Bonfante, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". Traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, - - Madrid 1965.
- 2.- Floris Margadant, Guillermo. "El Derecho Privado Romano". Décima Tercera Edición, Editorial Esfinge, México 1985.
- 3.- Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín. "Segundo Curso de Derecho Romano". Undécima Edición, Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, México 1984.
- 4.- Betti, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones". Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid - 1970.
- 5.- Mantilla Molina, Roberto L. "Derecho Mercantil". Vigésima Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1987.
- 6.- Barrera Graf, Jorge. "Tratado de Derecho Mercantil". UNAM, México 1957.
- 7.- García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". - Editorial Porrúa, México 1986.
- 8.- Ehrlich, Eugen. "Fundamental Principles of Sociology and of Law". Traducido por Walter L. Moll, Harvard University Press, - Cambridge, Massachussets.
- 9.- Pedamon, Michael. "Sobre el Criterio de Distinción entre Uso y Costumbre". Revue Trimes, Trielle de Droit Commercial, XII - - Abril-Junio 1959.

- 10.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho Mercantil". Décima Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1988.
- 11.- Geny, Francisco. "Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo". Madrid 1919.
- 12.- Pugliati, Salvador. "Introducción al Estudio del Derecho - - - Civil". Traducción Alberto Vázquez del Mercado, México 1943.
- 13.- Rocco, Alfredo. "Principios de Derecho Mercantil". Traducido por Garrigues. Madrid 1931.
- 14.- Arce Gargollo, Javier. "Contratos Atípicos". Segunda Edición, Editorial Trillas, México 1989.
- 15.- Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Décima Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- 16.- Olvera de la Luna, Omar. "Contratos Mercantiles". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1987.

CAPITULO II

ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS EN NUESTRA PRACTICA

COMERCIAL.

CAPITULO II

ELEMENTOS Y CARACTERISTICAS EN NUESTRA PRACTICACOMERCIAL.

A) SU CONCEPTO.

"El contrato estimatorio, es un contrato mercantil, - - - mediante el cual una persona llamada estimante, consigna una o más cosas, muebles a otra parte llamada estimatoria, y ésta se obliga a pagar el precio o a restituir la cosa en el término pactado" (19).

Este concepto es formulado por el Maestro Olvera de la Luz na, quien por una parte toma como acuerdo en primer orden, el - - - hablar de este contrato, refiriéndose a él con su nombre técnico, - ya que como observamos en el capítulo anterior, nuestra legislación y aún la de otros países ha sido constante y absolutamente clara y específica, al referirse a la denominación de dicho contrato, aunque en nuestras leyes, es referido en forma muy aislada, en la expresión que al respecto del mismo, ciertos artículos hacen y menos difundido que otros contratos, éste debe su nombre indudablemente a - la suma de dinero que ambas partes estiman y que llegado el caso, - el receptor de la cosa objeto del contrato pagará la cantidad al - - - transmitente o la devolverá.

Se trata de un contrato propio de comerciantes detallistas, particularmente traficantes en automóviles, piezas artísticas, joyas, libros usados y en otras muchas mercaderías de no fácil ven-

(19) Olvera, Omar. Op. Cit. Pág. 325

ta directa por parte de su propietario.

Para Díaz Bravo su concepto es el siguiente:

"Por virtud del contrato estimatorio una parte entrega una o más cosas, muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, - salvo que restituya la cosa en el plazo establecido"(20).

Por mi parte y solo a manera de ensayo, considero que debe ría conceptualizarse de la siguiente manera:

"El contrato mercantil estimatorio es aquél por virtud del cual, una parte llamada consignante, transmite la disponibilidad y - no la propiedad de una o varias cosas, muebles a otra persona denomi nada consignatario, en cumplimiento de las órdenes e instrucciones - que de aquél haya recibido, para que le pague un precio por ellas, - o bien se las restituya en el término establecido.

B) CARACTERISTICAS PARTICULARES.

Del concepto que a nuestra opinión es el más acertado - -- y que es referido por Díaz Bravo, el cual toma como modelo lo expresado por el Código Civil Italiano, se pueden destacar las siguientes características.

1) " ' Da origen a una relación compleja, que resulta de - la unión de un contrato de depósito, de una autorización y de una --

(20) Díaz, Arturo. "Contratos Mercantiles"; Pág. 96, Tercera Edición, Editorial Harla, México 1989.

venta' "(21), aunque en este aspecto, le es criticable a Trabucchi, el que se refiera a que es una mescolanza de varios contratos, pues si bien tiene características que como todos los contratos mercantiles y civiles, son necesarias para su clasificación y su subdivisión, en el caso de nuestro contrato que nos ocupa, éste es autónomo, por participar de elementos y características que obligan a no confundir lo con ningún otro, ni atribuirle la modalidad de alguno, como pudiera ser la promesa de compra-venta, pues el consignatario no se compromete a comprar; en tal caso, dicho autor se refiere a la unión de contratos en que no hay un contrato único, con efectos complejos, -- sino en realidad se trata de la coexistencia de dos o más contratos diferentes; por tanto, es una relación compleja en forma única de -- contrato, atípico pero autónomo.

2) Se trata de un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa. Al respecto, nos dice Sánchez Medial que "Por lo que se refiere a los elementos reales de los contratos atípicos, la multiplicidad de las combinaciones de ellos en la medida de lo posible, hacen inútiles la formulación de observaciones generales"(22).

(21) Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil"; Tomo II - Pág. 290. Traducción de Luis Martín Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid 1969. Uría dice: "Presente analogías -- con el depósito, la comisión de venta y especialmente con la -- venta bajo condición suspensiva". (Pág. 505).

(22) Sánchez, Ramón. "De los Contratos Civiles"; Pág. 527. Octava -- Edición, Editorial Porrúa. México 1986.

Por tanto, es un contrato real, en oposición a consensual (aquel que se perfecciona mediante el consentimiento, ya sea expreso o tácito), pues la obligación del consignatario surge una vez que -- tenga a su disposición la cosa.

Es bilateral o sinalagnático "ya que no sólo existen obligaciones derivadas del contrato a cargo de una y otra parte, sino -- que, además es menester que tales obligaciones sean recíprocas, lo -- que implica una estrecha interdependencia obligacional, que no solo es necesaria para perfeccionarse el contrato (Extune), sino que debe perdurar hasta la ejecución del mismo; a la primera se le llama -- vínculo sinalagnático genético y a la segunda vínculo sinalagnático-funcional (Trabucchi)" (23).

En referencia al vínculo sinalagnático funcional, podemos comentar que si una de las partes no cumple con la obligación a su -- cargo, no puede exigir que la otra cumpla con la suya, pues esta última podría oponer la excepción dilatoria de "Non adimpleti contractus (de contrato no cumplido).

Veamos el Artículo 1836 del Código Civil para el Distrito-Federal que enuncia:

"El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

Por otra parte, el Artículo 1949 del mismo ordenamiento -- legal en cita, nos aclara lo siguiente:

(23) *Ibidem*. Pág. 214

"La facultad de resolver las obligaciones, se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de los daños y perjuicios en ambos casos; también podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible".

3) Es un contrato oneroso ya que existen gravámenes y -- provechos recíprocos. Veamos el Artículo 1834 del Código Civil para el Distrito Federal que expresa:

"Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito - aquel en que el provecho es solamente de una de las partes".

Por lo que las obligaciones surgen para el consignatario, -- una vez que tiene disposición de la cosa, de otro modo no podría, -- proceder a la venta, pero tampoco podría hacer la entrega a un ter-- cer comprador.

4) Puede ser comutativo o aleatorio, "y esto depende del modo en que se pacte el precio y el beneficio que pueda llegar a recibir el consignatario, en perjuicio recíproco del consignante" (24).

(24) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 78

Respecto a dicha cuestión, el Artículo 1838 del Código -
Civil para el Distrito Federal, nos aclara enunciando:

"El contrato oneroso es conmutativo, cuando - las prestaciones que se deben las partes, son ciertas desde que se celebra el contrato, de - tal suerte, que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cauce 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".

Aunque la opinión doctrinal sea muy acertada, al explicar que este contrato participa de ambas características, y a la cual - también yo me adhiere, quiero también dar a conocer, que si bien -- esto puede llegar a suceder en teoría, en la práctica suele ser - - esto contradictorio, y tendríamos por tanto que preferir en decir - que la mayor de las veces es un contrato aleatorio, puesto que - -- ambas partes (consignante y consignatario), ignoran el desenlace -- económico de la operación, debido aunque es posible celebrar el con- trato y conocer las ganancias, que se pueden obtener por tener el - consignatario ya a un posible comprador (Tercero).

Por ese simple hecho de esta segunda operación, la cual - es una eventualidad por ser un acontecimiento futuro incierto, no -

permite que se haga la correcta evaluación de las ganancias, de - igual manera y con apoyo a esto último, vemos que las condiciones - económicas varían por factores externos que son ajenos a la voluntad de las partes la mayor de las veces, puesto que nuestro contrato no agota sus prestaciones en un solo acto, sino en períodos, puesto que está sujeto a un término.

5) Es un contrato traslativo de dominio, cuando se configura la enajenación a un tercero, que es el fin último del contrato "Esta transmisión de propiedad, se hace por efecto mismo del contrato entre las partes"⁽²⁵⁾, antes de la venta del bien consignado, -- puede considerarse como un contrato de depósito o custodia, respecto a las facultades del consignatario sobre la cosa.

Vemos que enuncia la ley, respecto a esta custodia, -- Artículo 2522 del Código Civil para el Distrito Federal Primer párrafo:

"El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiere llegado".

6) Es un contrato principal, puesto que su existencia no depende de otra relación. "Puede existir por sí y tiene fin propio

(25) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 179

independiente de los demás"⁽²⁶⁾; sin embargo, para Arce Gargollo - como contrato previo, para que el consignatario venda al tercero, - puede clasificarse como preparatorio. Por lo mismo creo que es errónea la apreciación que en tal sentido hace dicho autor, ya que es ambiguo al decir que el contrato puede ser tanto preparatorio - como principal, y no estamos en el supuesto legal, de que se va a realizar un precontrato o una promesa de contrato, ya que la relación contractual es directa y definitiva entre consignante y consignatario, por lo que hace a la consignación, dejando a un lado la eventualidad del tercero que va a comprar el bien, pues esto si es un acontecimiento futuro incierto, pero no por eso se trata de un contrato preparatorio.

7) El objeto del contrato son bienes muebles; y para - tal efecto, del concepto jurídico y económico de bienes desde un - punto de vista jurídico "la ley entiende por bien, todo aquello - que puede ser objeto de apropiación, este significado es distinto - del económico, pues es aquello que pueda ser útil al hombre"⁽²⁷⁾.

En derecho se dice que son objeto de apropiación, todos - los bienes que no están excluidos del comercio, criterio que adop - ta el Artículo 747 del Código Civil. Según el Artículo 748 del -

(26) *Ibidem*. Pág. 121

(27) Rojina, Rafael. "Compendio de Derecho Civil"; Bienes, Dere - chos Reales y Sucesiones; Tomo II Pág. 67, Editorial Porrúa, - México 1986.

mismo ordenamiento legal, establece:

"Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley".

En concordancia, el Artículo 749 del mismo ordenamiento, amplía esta disposición, enunciando que están fuera del comercio - por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Pues bien, de acuerdo a lo anterior y como una guía para saber la definición jurídica de bien en general, nos ocuparemos de definir a los bienes muebles que hace la ley, a lo cual, el Artículo 752 del Código Civil enuncia:

"Son bienes muebles aquellos por su naturaleza o por disposición legal".

Son muebles por su naturaleza, los cuerpos que pueden -- trasladarse de un lugar a otro, ya se muevan por sí mismos, ya por efecto de una fuerza exterior; y lo son por determinación de la -- ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por -- objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de una -- acción personal, de igual forma se consideran las acciones que cada socio tiene en la sociedad o asociación, los derechos de autor -- y en general todos aquellos que no estén considerados por la ley -- como inmuebles.

Con motivo de nuestro contrato estimatorio al hablar de bienes muebles, debemos de aclarar en tal sentido, si se trata de bienes muebles fungibles que son los que se pueden reemplazar por otros de la misma especie, calidad y cantidad, o si son no fungibles, que son aquellos que no pueden ser substituídos por otros de la misma especie, calidad y cantidad; por lo que, en este aspecto se convierte nuestro contrato en mixto, ya que puede participar de ambos tipos de bienes; en los fungibles cuando se consignan mercaderías o géneros que puedan reemplazarse fácilmente, o en el caso de no fungibles, cuando se trate de un carro de colección, joya con características muy peculiares o un cuadro realizado por un pintor muy famoso.

" ' Aunque nuestro Código distingue dos clases de bienes muebles, es posible hacer una tercera categoría como se admite en la doctrina, muebles por anticipación; es decir, todos aquellos bienes que están destinados a ser separados de un inmueble, que necesariamente habrán de adquirir en el futuro categoría de muebles, aunque en el presente sean inmuebles " (28); por ejemplo: Los frutos que son considerados como inmuebles por el Artículo 750 F. II del Código

(28) Ibidem. Pág. 75; (Cita a Planiol; "Tratándose de los derechos, el carácter mobiliario es la regla general; el derecho considerado como inmueble es la excepción. Así pues se deben considerar como muebles todos los derechos cuya naturaleza inmueble no aparezca claramente.)

Civil; gracias a esta distinción, es posible constituir prenda -- sobre los frutos, en virtud de que por una ficción se les anticipa el carácter de muebles.

Por otra parte, en la doctrina y en la legislación han -- confundido la consumibilidad con la fungibilidad; generalmente, toda cosa fungible es consumible, pero encontramos cosas fungibles -- que no son consumibles y a la inversa. Esta depende que la consumi bilidad se establece como cualidad inherente a la cosa misma y la - fungibilidad como relación de comparación, de tal suerte, que cuando exista solo una cosa consumible, sin que haya otra respecto a la cual se pueda comparar, se dirá que no es fungible.

8) Generalmente tiene un plazo a fin de que cuando éste- venza, las cosas se restituyan al propietario en caso de no efectuar la venta de las mismas, pero puede hacerse también por plazo o tiempo indefinido, sin que esto haga un obstáculo para que se cumpla el contenido obligacional del contrato.

Como observamos, el plazo o término, es una modalidad del acto jurídico, más concretamente de nuestro contrato estimatorio -- y la cual está referida a la eficacia. "Hay autores que limitan el concepto de modalidades el plazo, condición, modo o carga, entre -- ellos Gutiérrez y González, fundamentando tal criterio, al afirmar que solo alcanzan la categoría de modalidades, aquellas circunstancias, cualidades o requisitos que en forma genérica pueden ir uni--

dos a la sustancia sin modificarla de cualquier hecho o acto jurídi
co" (29).

El vínculo jurídico nacido del contrato, se traduce en la facultad de exigir y el deber de cumplir con la obligación; pudiendo ser afectado por modalidades que pospongan o extingan su eficacia y producción de efectos; el plazo somete en este caso a una - - espera para que se cumpla la obligación o bien para la resolución - del mismo.

La eficacia de la obligación sujeta a término o plazo para que se extinga en este caso la obligación, o bien inicie la misma, depende de la de un suceso o acontecimiento futuro y cierto; -- por lo que, "hay dos clases de términos, el suspensivo, del cual -- depende la iniciación de la obligación en el contrato o la resoluto
ría que resuelve o extingue dicha eficacia" (30).

Al término que nosotros nos vamos a referir es en forma - general al resolutorio, pues con él se termina la relación jurídica pre-existente privando de eficacia al acto; por tanto, aquí el plazo o término tiene una doble función, no sólo como una modalidad -- o complicación de las obligaciones, sino como una forma de extinguir las por el advenimiento del acontecimiento futuro necesario, de jando de surtir todos sus efectos.

"Existe el plazo convencional, cuando es fijado por volunta

(29) Bejarano, Manuel. Pág. 531

(30) Ibidem. Pág. 533

dad de las partes en el contrato; el legal que es el término - - -- establecido por el Legislador en la norma jurídica de observancia - general, y el judicial que tiene su origen en un acto de autoridad-judicial que lo decreta para la realización de determinados - hechos" (31).

En mi consideración, creo que en primer lugar debe de ma-nejarse el plazo convencional, ya que de por medio están en juego - los intereses de los contratantes y por otro se estaría violando el principio de libertad contractual, siempre y cuando de dicho clausu-lado no se afecten ni el interés público, ni sea contrario a las le-yes o buenas costumbres.

El plazo pudo haber sido establecido en beneficio de - -- ambas partes o en favor de una de ellas; por tal motivo, el benefi- ciario tiene derecho a gozarlo en su integridad, por lo cual no po- drá imponérsele el cumplimiento que no es exigible mientras el acon-tecimiento futuro y necesario no tenga verificativo."De tal manera, que si el término o plazo ha sido estipulado en favor del deudor, - éste no podrá ser compelido al pago o al cumplimiento de su obliga- ción, mientras no venza el plazo; y, si hubiere sido fijado en - -- favor del acreedor, no podrá anticiparse el pago, ni exigir la - -- recepción del mismo" (32).

Veamos que regula la ley al respecto:

(31) Ibidem. Pág. 534

(32) Ibidem. Pág. 534

Artículo 1953 Código Civil para el Distrito Federal:

"Es una obligación a plazo aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto".

Artículo 1954 Código Civil para el Distrito Federal:

"Entiéndase por día cierto aquél que necesariamente ha de llegar".

Artículo 1958 Código Civil para el Distrito Federal:

"El plazo se presume establecido en favor del deudor, a menos que resulte de la estipulación o de las circunstancias, que ha sido establecido en favor del acreedor o de las partes".

Ahora bien, el consignatario que voluntariamente pagara o entregara el bien antes del vencimiento del plazo, habrá pagado lo que debe y no podrá obtener repetición de la suma o bien entregado, aunque alegue error respecto de la exigibilidad del crédito, ya que pagando se presume que decidió renunciar a un plazo estipulado a su favor, pero se ignoraba la existencia del término, podrá exigir al acreedor los intereses o frutos de la cosa pagada.

Así el Artículo 1957 del Código Civil del Distrito Federal dispone:

"Lo que se hubiere pagado anticipadamente no puede repetirse, si el que paga ignoraba cuando lo hizo la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses --

o los frutos que éste hubiere percibido de la -
cosa".

El Artículo 1959 del Código Civil para el Distrito Fede-
ral, establece la caducidad del plazo en detrimento de los intere-
ses del deudor, al enunciar:

"Perderá el deudor todo derecho a utilizar el -
plazo:

- I.- Cuando después de contraída la obligación,-
resultare insolvente, salvo que garantice -
la deuda.
- II.- Cuando no otorgue al acreedor, las garan-
tías a que se estuviere comprometido.
- III.- Cuando por actos propios hubiesen disminu-
do aquellas garantías después de estableci-
das, y cuando por caso fortuito desaparecie-
ren, a menos que sean inmediatamente substi-
tuidas por otras igualmente seguras".

9) La obligación principal del consignatario, es pagar el
precio o devolver la cosa; con lo cual de primer momento y por las -
características del contrato estimatorio, "se presume que es una obli-
gación facultativa, la cual no comprende sino una prestación, pero con
facultad del deudor de liberarse cumpliendo otra prestación"⁽³³⁾; --

(33) Borja, Manuel. "Obligaciones Civiles"; Pág. 696. Décima Edición,
Editorial Porrúa. México 1986.

esto es posible por una concesión especial del acreedor y que está prevista de antemano en el contrato, liberándose con otra prestación determinada diferente de la que deriva originalmente, del objeto de la obligación; por lo que diremos, "que las facultativas no han sido reglamentadas por el Legislador, pero la doctrina señala sus características y su creación es posible por convenio de las partes"⁽³⁴⁾.

De lo anterior se desprende que por la falta de regulación de dicha obligación se cambian las circunstancias o características del contrato en cuanto al contenido obligacional, derivado del objeto materia del contrato, pues más bien parecería que estuviéramos en presencia de una permuta, debido a que dos elementos reales del contrato estimatorio son el precio y la cosa.

Debido a lo anterior, debemos inclinarnos por referirnos a una obligación alternativa, en que la obligación tiene por objeto -- dos o más prestaciones en alternativa, de tal suerte que el deudor -- está obligado a prestar una de ellas.

Veamos lo que dispone el Artículo 1962 del Código Civil para el Distrito Federal:

"Si el deudor se ha obligado a uno de dos -- hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas, más no puede contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa --

(34) Bejarano, Manuel. Op. Cit. Pág. 593

y parte de otra o ejecutar en parte un hecho".

"La ventaja de las obligaciones alternativas, consiste en ofrecer al acreedor mayor certeza de ser pagado o recibir la cosa -- convenida, de la que hay en la obligación simple o en la prestación-única, pues a falta de una, hay la posibilidad de recibir la otra, - salvo que fuere imposible jurídicamente prestar cualquiera de - - - ellas" (35).

En este tipo de obligaciones, la elección corresponde al - deudor, si no se ha pactado otra cosa, pero ésta no producirá efecto si no desde que le fuera notificada.

10) El consignatario por otra parte, asume el riesgo de pérdida de la cosa, mientras está en su poder, y a este respecto es aplicable a nuestro derecho, el problema de los riesgos en las obligaciones alternativas, que son aquellas sobre las cuales está obligado nuestro consignatario respecto de la cosa y del consignante. Así pues nuestro Código Civil vigente, reglamenta las distintas cuestiones que pueden presentarse para el caso de la pérdida de la cosa, en la hipótesis del caso fortuito, como de culpa del deudor o del acreedor, sólo por mencionar los casos de negligencia para efectos de ver hacia quién corren los riesgos; y por tanto, la consiguiente responsabilidad, ya que de ser en forma intencional la pérdida de la cosa o la falta de cumplimiento en cuanto a la devolución de la misma, sabemos que directamente toda la carga de los daños y perjuicios que -

(35) Ibidem. Págs. 694 y 695

sufra el acreedor serán a cargo del deudor.

Podemos comprender esas distintas reglas en los siguientes principios fundamentales que regula el C.C. para el D.F.

- a) Cuando las dos cosas objeto de una obligación alternativa se pierden por caso fortuito, el deudor queda libre de la obligación. (Artículo 1960).
- b) Si una de las cosas se pierde por caso fortuito y la otra por culpa del deudor, éste debe pagar el precio de la última que se perdió. (Artículo 1967).
- c) Si una cosa se pierde sin culpa del deudor, el acreedor está obligado a recibir la que haya quedado. (Artículo 1970).
- d) Si ambas cosas se pierden por culpa del deudor, podrá el acreedor exigir el valor de cualquiera de ellas, con los daños y perjuicios, o la rescisión del contrato. (Artículo 1971).
- e) Cuando las cosas se perdieren sin culpa del deudor -- estando hecha la elección, la pérdida será por cuenta del acreedor, si la elección no se hubiere hecho, quedará el contrato sin efecto. (Artículo 1972).
- f) Cuando se pierdan las cosas por culpa del acreedor, -- siendo de éste la elección, quedará a su arbitrio devolver el precio que quiera respecto a alguna de ellas; si la elección corresponde al deudor, éste designará la --

cosa cuyo precio debe pagar. (Artículos 1975 y 1976).

"En los casos en que la obligación alternativa recaiga sobre una cosa o un hecho, y el obligado se rehusare a cumplir entregando la cosa o ejecutando el hecho, si la elección es del acreedor, éste podrá exigir cualesquiera de esas prestaciones, pero si dicha elección corresponde al deudor, éste cumple entregando la cosa. Cuando la cosa se pierda por culpa del deudor, correspondiendo la elección al acreedor, éste podrá exigir su precio, la ejecución del hecho o la rescisión del contrato; pero si la pérdida ocurre sin culpa del deudor, el acreedor estará obligado a recibir la prestación del hecho, lo mismo se observará cuando la elección es del deudor, aún cuando — haya habido culpa de su parte en la pérdida de la cosa" (36).

C) ELEMENTOS PERSONALES.

"La parte que entrega o consigna el bien objeto de este contrato, se le denomina tradens, tradente, consignante o propietario.

Para Arce Gargollo considera que estos dos últimos vocablos resultan menos apropiados" (37).

"El estimante que también se le conoce como vendedor propietario consignante o tradens; sin embargo, para distinguirlo de los contratos de compra-venta y de transporte, debe utilizarse el

(36) Rojina, Rafael. Op. Cit. Págs. 523 y 524.

(37) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 79.

nombre de estimante, por considerar que mediante el contrato estimavender el bien mueble o la restitución en el plazo convenido" (38).

El consignante o estimante que en mi opinión personal son los términos más apropiados, debe ser el propietario del bien que -- consigna; así el Artículo 830 del Código Civil para el Distrito Federal, nos define lo que es la propiedad, estableciendo que:

"El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes".

Y si es el representante, debe tener facultades de disposición de dominio debido a que la celebración de este contrato supone disponer de la cosa; "Es decir, se requiere de un poder para actos de dominio que es el más amplio en grado e intensidad al poder para pleitos y cobranzas y que al destinado o cuyo objeto son actos de administración ya que el representante o apoderado para actos de dominio, puede actuar como dueño, realizando todo tipo de actos sin limitación alguna, salvo la que señale el poderdante o la propia ley" (39).

Si se trata del representante de una persona moral, son suficientes las facultades de administración, si los bienes del contrato forman parte del Activo Circulante.

En este orden de ideas, los gerentes, factores o dependien

(38) Olvera, Omar. Op. Cit. Pág. 326.

(39) Gómez Cipriano. "Teoría General del Proceso". Pág. 234. Séptima Edición, Editorial UNAM, México 1987.

tes que tienen facultades de disposición sobre la mercancía de la negociación, pueden celebrar este contrato como consignantes.

Puede darse el caso, que el consignante no sea el propietario pero llegue a serlo antes de que el consignatario venda, en este caso tendríamos un acto con la modalidad de una condición, por ejemplo: Podríamos dar a un prominente comprador, un fiduciario (Institución Bancaria) en espera de instrucciones, un comprador con reserva de propiedad o un acreedor prendario que pueden ser partes de un contrato estimatorio sujeto a una situación precaria de dominio que el consignante tiene de la cosa, en virtud de estar en espera que se cumpla la condición ya suspensiva, ya resolutive, para entrar como propietario sin ningún obstáculo ni limitación, salvo la que la propia ley le fije.

Aclarando un poco más en cuanto a lo tocante, por lo que hace a la representación con motivo de la celebración de dicho contrato y de otros más, es de aclararse, que con frecuencia suelen confundirse tres conceptos diferentes: Poder, Representación y Mandato.

"Poder es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra persona llamada representada, y este poder puede tener cualquiera de estas tres fuentes; puede ser concedido por la ley como ocurre con el tutor o el titular de la patria potestad; puede también concederse por resolución judicial, como acontece con el representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción o excep

ción (Litis consorcio); o puede ser concedido unilateralmente por una de las partes en el contrato de mandato, que es lo más frecuente y por ello es muy común hallar el empleo impropio de mandato como sinónimo del poder.

La representación es la acción de representar, o sea es el acto por virtud del cual una persona dotada de poder llamada representante obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada o "dominus" del negocio.

Así pues, la representación exige un poder, pero se confunden ya que poder es la facultad de representar, en tanto la representación es el ejercicio del mismo y que produce efectos jurídicos activos y pasivos, directamente sobre el patrimonio del representado. El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante, los actos jurídicos que éste le encarga y que puede ser de dos clases: Mandato representativo, si el mandante concede unilateralmente poder o facultad al mandatario para que obra a nombre de aquél, y el mandato del testafierro si el mandante no concede al mandatario dicho poder; por tanto, puede haber poder sin representación ni mandato, en otras veces, poder y representación sin mandato etc."⁽⁴⁰⁾

Aclarado este punto a fin de una mejor comprensión para conocer como tiene ingerencia dicha representación dentro del contrato estimatorio, pasaremos a hablar del otro elemento personal --

(40) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Págs. 307 y 308.

del mismo y que es el "Accipiens o Consignatario y que no requiere capacidad especial alguna para contratar" (41).

En tanto para el doctrinario Olvera de la Luna, Omar "El estimatorio es la persona que estima vender la cosa o en su defecto restituir la cosa gozando de la titularidad de los bienes para -- poder venderlos en el precio estipulado, que puede ser mínimo y normalmente no se pacta el máximo del precio y también se le conoce -- como consignatario" (42).

Los autores anteriores pasan por alto la capacidad de las partes, argumentando que no requieren una aptitud especial; pero se hace notar entre los elementos de validez de todo contrato, en que se cuenta con la capacidad de las partes. "La capacidad de ejercicio para contratar, es la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato. Habrá incapacidad para obrar o de ejercicio en los contratos, cuando una persona no puede celebrar por sí misma un contrato, pero esté en aptitud de hacerlo a través de un representante" (43).

"La capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley -- a una persona para estipular por sí misma el contrato, sin que tenga la necesidad de ser substituído o de asistencia de otras -- --"

(41) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 79.

(42) Olvera, Omar. Op. Cit. Pág. 326.

(43) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 45.

personas" (44).

Carecen de tal aptitud legal los incapacitados; esto es, las personas con incapacidad natural o de goce, que es la que se adquiere por el simple hecho de nacer, y la legal con los menores de 18 años de edad, los dementes, los sordomudos analfabetos, los -- ebrios consuetudinarios y los drogadictos que habitualmente hacen -- uso immoderado de drogas enervantes.

Por lo que hace a los mayores de edad privados de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, tienen incapacidad -- para la ley aún cuando tengan intervalos lúcidos y esto lo regula -- el Artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tampoco puede decirse que los cónyuges sean incapaces para contratar entre sí, ya que requieren de licencia judicial. Artículo 174 Código Civil para el Distrito Federal que expresa:

"Los cónyuges requieren autorización judicial para contratar entre ellos, excepto cuando el contrato sea el de mandato para pleitos y -- cobranzas o para actos de administración".

Por lo que es solo una formalidad cuya omisión es subsanable a través de la acción pro-forma; esto es, pedir judicialmente se le de al contrato la forma legal requerida para dicho caso; -- entre tanto, el contrato respectivo puede producir sus efectos y -- es susceptible de ratificación por el cumplimiento voluntario.

(44) Ibidem. Pág. 45 (Cita a Messineo.)

"Hay menores sin embargo, que tienen capacidad de ejercicio para contratar" (45)

Así ocurre con los emancipados y al respecto el Artículo -- 643 del Código Civil para el Distrito Federal, establece:

"El emancipado tiene libre administración de - sus bienes, pero siempre necesita durante su - menor edad:

I.- De la autorización judicial para la enajenación y gravamen o hipoteca de bienes raí ces.

II.- De un tutor para negocios judiciales".

Por lo que paso a paso, y con la buena luz que al respecto nos da la ley, nos damos cuenta que es necesario de una capacidad legal para poder celebrar el contrato estimatorio, y que en ocasiones - tiene que intervenir hasta un tercero como representante del mismo -- para que pueda tener verificativo el acuerdo de voluntades entre las partes, amén de algún requisito que en especial exija la propia ley - para la completa formalidad del mismo.

La incapacidad de ejercicio en una o en ambas partes que -- han celebrado un contrato, es causa de invalidez de éste, y da origen a una acción de nulidad relativa. El Artículo 1795 Fracción I del -- Código Civil para el Distrito Federal, enuncia lo siguiente:

"El contrato puede ser invalidado:

(45) Ibidem. Pág..46.

I.- Por incapacidad legal de las partes o de -
una de ellas".

De dicha acción no puede valerse cualquier interesado, --
sino sólo el mismo incapaz, pudiendo convalidarse dicho contrato -
por confirmación o por prescripción.

Veamos que nos establecen los Artículos 2228, 2230, 2233,
2236 y 638 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 2228 "La falta de forma establecida -
por la ley, si no se trata de actos solemnes, -
así como del error, el dolo, la violencia, la -
lesión y la incapacidad de cualquiera de los --
autores del acto, produce la nulidad relativa -
del mismo".

Artículo 2230 "La nulidad por causa de error, -
dolo, violencia, lesión, o incapacidad sólo pue
den invocarse por el que ha sufrido esos vicios
del consentimiento, se ha perjudicado por la le
sión o es el incapaz".

Artículo 2233 "Cuando el contrato es nulo por-
incapacidad, violencia o error puede ser confir
mado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, -
siempre que no concurra otra causa que invalide
la confirmación".

Artículo 2236 "La acción de nulidad fundada en

incapacidad o en error, puede intentarse en los plazos establecidos en el Artículo 638".

Artículo 638 "La acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende".

"La legitimación para contratar, es la aptitud reconocida por la ley en una determinada persona, para que pueda ser parte de un contrato determinado. La falta de legitimación para contratar produce en el contrato la nulidad absoluta, porque las normas que privan la legitimación a determinadas personas en relación con ciertos contratos, pues son verdaderas normas prohibitivas"⁽⁴⁶⁾.

El Artículo 80. del Código Civil para el Distrito Federal enuncia:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

En este sentido podemos decir que la legitimación puede equipararse a la capacidad de goce para contratar, "ya que existiendo falta de legitimación no puede celebrarse el contrato en cuestión ni por sí, ni por medio de representante"⁽⁴⁷⁾ y podemos citar como -

(46) Borja, Manuel. Op. Cit. Pág. 89.

(47) Ibidem. Pág. 90.

ejemplos de falta de legitimación para contratar, el lego en una - profesión que no puede celebrar contrato de prestación de servicios profesionales sin el título respectivo; los representantes, mandatarios, los corredores o empleados públicos, no pueden comprar los -- bienes de cuya venta o administración están encargados, o los magistrados o jueces no pueden comprar los bienes de los negocios en que intervengan.

Aquí hay una demostración más como una crítica, a los autores que al definir a los elementos personales que intervenían en -- nuestro contrato estimatorio, argumentaban que cualquier tipo de -- persona podría entregar tanto bienes en consignación, como el otro- obligado podía recibirlos para venderlos; y aún más, el tercero - - adquirente podía ser cualesquiera de los sujetos, bastando solo que cumpliera con el pago de la cantidad estipulada, sin tomar en cuenta las consideraciones que al respecto la ley otorga y regula, en -- beneficio de los contratantes.

D) OBJETO MATERIA DEL CONTRATO.

Respecto de este punto a tratar, iniciaremos por decir que "se llama objeto de la obligación, lo que puede exigir el acreedor- al deudor. Este objeto puede ser un hecho positivo, como la ejecu- ción de un trabajo a la entrega de dinero, se le llama entonces pres- tación; puede ser también un hecho negativo; es decir, una absten- ción" (48).

(48) Ibidem. Pág. 73.

Por otra parte, la prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en sí mismo de apreciación pecuniaria, debe tener valor económico; esto no significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a su esfera patrimonial, para que sea susceptible de obtenerse con dinero.

"La obligación puede considerarse objetivamente en su contenido, independientemente de la persona del deudor, por el intermediario, este contenido debe realizarse, pero poco le importa en general al acreedor, que un nuevo deudor sustituya al antiguo, - siempre que su solvencia sea la misma y que en definitiva el contenido de la obligación se realice en su provecho"⁽⁴⁹⁾, puesto que la obligación es debida por los bienes o el patrimonio, no por la persona, ya que el objeto de la obligación no es el patrimonio del deudor ni su persona, sino la prestación por suministrar (Un hacer) la obligación mercantil derivada de los actos de comercio que se realizan en virtud de nuestro contrato, en la operación de la enajenación de bienes muebles, tiene por fin, el obtener o realizar utilidades especulando sobre esa enajenación; por lo que debemos solamente y como lo hicimos en incisos anteriores, que nuestro contrato estimatorio sólo se puede llevar a cabo y tener eficacia plena, si su objeto materia de la obligación versa sobre - - -

(49) Ibidem. Pág. 75.

bienes muebles, y que de acuerdo a la ley, son todos aquellos que son susceptibles de apropiación; es decir, que están incluidos en el comercio y que la misma ley los clasifica de acuerdo a una disposición legal o por su naturaleza.

Y como último aspecto relevante dentro del mismo tópico, es el aclarar que se trata de bienes muebles pero fungibles; es decir, que si se llega a perder por causas fortuitas o de fuerza mayor o por intencionalidad en la voluntad del consignatario, existen otros de igual cantidad, calidad y especie para poder ser substituido.

E) OBLIGACIONES DEL CONSIGNANTE Y DEL CONSIGNATARIO

1.- El Consignante.

a) Debe entregar la cosa. Esta es su obligación más importante y la que da origen al contrato. En términos de la doctrina causalista que nuestra ley no reconoce "en los contratos sinalagmáticos, la obligación de cada parte, tiene por causa la obligación de la otra, existiendo un fin inmediato el que ambas partes se proponen, en este caso la del comprador busca que el vendedor que le entregue la cosa y al mismo tiempo la adquisición inmediata de la cosa, cuando ésta se trata de un cuerpo cierto, y la del vendedor la de obtener en cambio la obligación del comprador de pagarle el precio"⁽⁵⁰⁾.

(50) Ibidem. Págs. 160 y 161.

Sin embargo, el proyecto del Código Civil de 1928 es anti-causalista, adoptando la teoría del fin o motivo determinante de la voluntad; por tanto, el Artículo 1795 del Código Civil vigente, - - establece que:

"El contrato puede ser invalidado...F.III porque su objeto, motivo o fin sea ilícito".

Y el Artículo 1831, agrega que:

"El fin o motivo determinante de la voluntad - de las partes que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a -- las buenas costumbres".

El Artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

"La ilicitud en el objeto, en el fin o en la - condición del acto, produce su nulidad, ya - - absoluta, ya relativa, según lo disponga la -- ley".

"Estrictamente hablando, esta obligación no surge del contrato, sino que da nacimiento al mismo y es anterior en tiempo a -- las obligaciones propiamente contractuales" (51).

En términos de la legislación civil vigente, la entrega de la cosa, puede revestir la forma de entrega material, virtual o jurídica, siempre que el consignatario pueda disponer de la cosa para

(51) Ibidem. Pág. 170.

su enajenación, pues este es el fin del contrato estimatorio.

Veamos a que hace referencia el Artículo 2284 del Código Civil para el Distrito Federal:

"La entrega puede ser real, jurídica o virtual. La entrega real consiste en la entrega material de la cosa vendida, o en la entrega del título si se trata de un derecho.

Hay entrega jurídica, cuando aún sin estar -- entregada materialmente la cosa, la ley la considera recibida por el comprador; desde el -- momento que el comprador acepte que la cosa vendida quede a su disposición, se tendrá por virtualmente recibido de ella y el vendedor que la conserve en su poder sólo tendrá los derechos -- y obligaciones de un depositario".

"En ocasiones, la cosa puede estar ya en poder del consignatario; por ejemplo, en prenda arrendamiento o comodato y solo cambiar el título de posesión"(52).

Aunque para la opinión que ofrece éste, al hablar de la -- posesión, lo hace refiriéndose a que la tiene el consignatario por -- virtud de algún otro acto independiente a la celebración de nuestro contrato, puesto que referente al mismo tópico, el Artículo 793 del Código Civil para el Distrito Federal, nos enuncia que:

(52) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 80.

"Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes en instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor".

También debemos anotar, que el depósito mercantil es un contrato real que se perfeccionaba con la entrega de la cosa.

El Artículo 334 del Código de Comercio dispone que:

"El depósito queda constituido mediante la entrega al depositario de la cosa que constituye su objeto".

Debido a que algunas normas de este contrato pueden resultar aplicables, por analogía, al contrato que nos ocupa. Uría apunta para tal efecto, con acierto que, "La entrega de la cosa no genera la transmisión de la propiedad, sino la de un poder exclusivo de disposición sobre la que recibe el consignatario"⁽⁵³⁾.

Por otra parte, Vázquez Martínez en su opinión sobre las características de este contrato y que resultan acordes con nuestra costumbre, hace referencia a que: "La entrega de la cosa no es translativa de la propiedad al consignatario, el que solo adquiere-

(53) Uría, Rodrigo. "Derecho Mercantil"; Pág. 505. Duodécima Edición, Madrid 1982.

un poder de disposición sobre la cosa. La propiedad se transmite - al tercer adquirente, a quien el consignatario la vende, a nombre - propio". (54)

b) Recibir la cosa llegado el plazo pactado, si el consignatario decidió devolverla en lugar de pagar el precio estimado.

"En este contrato la propiedad de la cosa no pasa al consignatario, permanece en él que la entrega y puede por tanto; en su caso, reivindicarla transcurrido el plazo establecido para la venta, o bien pedir el pago de su precio". (55)

Por tanto, una vez celebrado el contrato y entregada la cosa por parte del propietario, el consignatario la recibe en los términos del mismo contrato sin embargo, como no le pertenece, sus acreedores no pueden hacerse pago con la misma.

Si la devolución no es posible por causas no imputables de quien recibe la cosa para su venta, los riesgos ya no los corre; sin embargo, no queda relevado de pagar su precio, dado que la restitución no es una obligación sino una facultad, aunque respecto de la obligación principal prevista para el consignante, es la de recibir la cosa, puesto que las siguientes hipótesis que se puedan - -

(54) Vázquez, Edmundo. "Derecho Mercantil"; Pág.153; Octava Edición. Guatemala 1966.

(55) Vázquez, Oscar. "Contratos Mercantiles"; Pág.137; Primera Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

presentar son eventualidades, que incluso pueden contractualmente - establecerse a fin de que ambas partes estén cubiertas por dichos - riesgos y en caso de presentarse la eventualidad ya prevista - - - contractualmente, ésta sea menos onerosa para el que la asume.

c) Si aplicamos "analogicamente" el Artículo 2532 - del Código Civil para el Distrito Federal, referente al depósito, en ocasiones el consignante tiene la obligación de indemnizar por - - - daños y perjuicios causados debido a defectos o vicios de la cosa - designada. Veamos que regula tal Artículo:

"El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido".

Esta analogía la hacemos puesto que, el Código de Comercio nada dispone para el depósito mercantil que es retribuido, ya - que el consignatario tiene el beneficio de poseer la cosa para su - disposición, pero creo que esa eventual obligación sólo la tiene el consignante que actúa de mala fé, conociendo los vicios y defectos - de la cosa.

El Maestro Sánchez Medel hace mención de los vicios ocultos, "señalando que son aquellos defectos no manifiestos de la cosa vendida y anteriores al contrato, que hagan impropia dicha cosa para los usos a que está destinada o que disminuyan de tal manera - -

esos usos" (56), que de conocerse no se hubiera celebrado el contrato, o se hubieran realizado cláusulas por las cuales el precio fuese menor.

"Cuatro requisitos deben tener estos vicios o defectos para engendrar la responsabilidad a cargo del vendedor: (En este caso para efectos de nuestro contrato será el consignante) que sean ocultos o no manifiestos; que sean ignorados por la otra parte; que perjudiquen a la utilidad propia de la cosa; y que sean anteriores a la venta, pero no es necesario que el vendedor haya conocido tales vicios, ni tampoco que éstos sean perpetuos o irremediables" (57).

Esta obligación de garantía por los vicios de la cosa, -- tiene fundamento el que el consignante procure la posesión útil de la cosa y una transmisión de la propiedad que no engendre situaciones conflictivas para ninguna de las partes. "Además de fundarse -- también en el deber que impone la buena fe a todo contratante de informar al otro, de aquellos hechos o circunstancias importantes que pudiera determinar a desistir del contrato" (58); hay esta observación por lo que hace a la obligación de garantizar a la otra parte, porque aunque se trate de la compra-venta, sus reglas deben utilizarse en forma análoga para dar una mejor concretización al contra-

(56) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 180.

(57) *Ibidem*. Pág. 180.

(58) Díez, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial" Tomo I Pág. 205; Editorial Tecnos, Madrid 1979.

to, o bien para el caso de que se presenten dichos vicios, optar - por la rescisión del mismo, el pago de daños o perjuicios o bien re- ducir el pago del precio, en caso de que no la pueda restituir, - - puesto que el contrato estimatorio carece de reglas particulares pa- ra dar orientación o resolución a un problema de tal índole, que -- eventualmente se pudiera llegar a presentar.

"Por lo tanto, el consignatario tiene beneficio de poseer la cosa para su disposición, y la eventual obligación del consignante se generará cuando surja la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, cuando actúa de mala fé, conociendo los vicios y defectos de la cosa" (59).

d) Si el consignante pactó una retribución o benefi- cios para el consignatario, por ejemplo un porcentaje en el precio- de la venta que se realice con el tercero que va a adquirir el bien consignado, está obligado a pagarle ese porcentaje al consignata- rio; por lo tanto, este deber se origina o deriva siempre de los -- términos en que se celebró el contrato.

Puede también pactarse que el consignatario retenga del - precio retribuido por la cosa, la parte que le corresponde como re- tribución, y en fin es una amalgama diversa la que se puede suceder dentro de esta obligación, pues al pactarse contractualmente, pueden existir diversas modalidades.

2.- Del Consignatario.

(59) Trabucchi, Alberto. Op. Cit. Pág. 274.

a) La obligación a su cargo de recibir la cosa, como un deber correlativo al del consignante, de entregar.

Si no llegara a recibir el objeto, el contrato no se perfecciona y por lo mismo no nacen el resto de las obligaciones contractuales, puesto que se presenta una inexistencia de contrato debido a que se perfecciona mediante la entrega del bien por ser un contrato real, sin que se requiera de otra formalidad.

Análogamente, podemos transcribir el texto de otros Artículos del Código Civil para el Distrito Federal, que regulan esta entrega real, pero se trata de otras figuras jurídicas y sólo por comparación, hacemos referencia a ellas a fin de ampliar nuestro estudio. Veamos que nos eruncian:

Artículo 2856: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Artículo 2893: "La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

b) La obligación facultativa (si se pacta - - - -

contractualmente, pero que no la regula la ley) o la obligación alternativa de pagar el precio o de devolver la cosa llegado el plazo. "En general, los autores consideran que esta obligación es facultativa"⁽⁶⁰⁾; para otros, es una especie de las alternativas.

Nuestra Legislación Civil no regula como tales a las obligaciones facultativas, de modo que para esta obligación contractual, debemos acudir a las normas de las alternativas.

El Artículo 1962 del C.C. para el D.F., expresa:

"Si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de -- esos hechos o cosas; más no puede contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de la otra, o ejecutar en parte un hecho".

"La obligación alternativa dice Díez Picazo, existe cuando en la obligación han sido previstas o proyectadas diferentes -- prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir sólo una de ellas"⁽⁶¹⁾.

La obligación facultativa supone que existe solamente una prestación de la obligación y uno o varios medios por los cuales --

(60) Branca, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Pág. 419. Traducción de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México 1978.

(61) Díez, Luis. Op. Cit. Pág. 490.

el deudor puede liberarse de ella.

La doctrina dice que en las facultativas hay una sola -- prestación in obligatione y otra u otras in solutione.

La diferencia práctica entre uno y otro tipo de obligaciones (Alternativa y Facultativa) radica en que, ante la imposibilidad de cumplir la única prestación de la facultativa, el deudor queda liberado; no así en las alternativas, donde al haber varias prestaciones, todas ellas deben ser imposibles de realizar para que se extinga la obligación.

En el contrato estimatorio, la prestación debida por el consignatario es pagar el precio; para liberarse de ella, pero tiene la facultad de devolver la cosa.

Sin embargo, las reglas de esta obligación Alternativa -- del contrato estimatorio son las siguientes:

a.a.- Si no se ha pactado otra cosa, la elección del cumplimiento corresponde al deudor; y así lo regula el Artículo -- 1963 del Código Civil para el Distrito Federal.

Veamos que nos enuncia:

"En las obligaciones alternativas, la elección corresponde al deudor, si no se ha pactado -- otra cosa".

"Esto supone que a la llegada del plazo, aunque la cosa -- consignada no haya sido enajenada a un tercero, el consignatario --

puede pagar el precio y adquirir el bien" (62).

La posición que este autor explica, de acuerdo a la obligación facultativa, en mi concepto es muy extremista, puesto que impone la obligación forzosa llegado el plazo, a que el consignatario pague el precio y adquiera el bien; pero en este caso, el citado autor enfoca su punto de vista hacia la obligación facultativa, la cual no es fuente obligacional de la materia de nuestro contrato.

a.b.- La elección debe notificarse al consignante a la llegada del plazo o dentro de la vigencia del contrato, si es su voluntad devolver el objeto o pagar su precio pactado.

a.c.- "En este contrato puede pactarse, que existan plazos periódicos en los cuales el consignatario se libere parcialmente de su obligación, mediante pagos parciales de la parte del bien, o de los bienes que fueron enajenados durante el transcurso de dichos plazos" (63).

En estos casos, el contrato estimatorio subsiste aunque el contenido de la prestación disminuya por los pagos parciales efectuados; como ejemplo podemos mencionar un contrato en el que el consignatario recibe diez mil libros, y cada seis meses el consignante y el consignatario acuerdan hacer un inventario y determinar qué libros han enajenado; de los libros vendidos, el consignatario debe pagar el precio al consignante y ese pago parcial libera en

(62) Arce, Javier. Op.Cit. Pág. 82.

(63) Ibidem. Pág. 82.

ese momento al consignatario.

a.d.- Si no hay plazo, podemos preguntarnos; ¿Cuándo debe cumplir el consignatario?, dando respuesta al siguiente cuestionamiento, podemos acudir a dos normas supletorias, las del depósito o las generales de las obligaciones mercantiles.

El contrato de depósito ordena que, cuando no hay plazo, el depositario debe devolver el objeto cuando lo solicite el depositante.

Veamos que nos enuncian el Código Civil para el Distrito Federal y el Código de Comercio a este respecto:

Artículo 2522 del Código Civil:

"El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según lo reciba, y a devolverla cuando el depositante se la pida, aunque al constituirse el depósito se hubiere fijado plazo y éste no hubiera llegado.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieron por su malicia o negligencia".

Artículo 335 del Código de Comercio:

"El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito, según la reciba, y a devolverla con los documentos, si los tuviere,

cuando el depositante se la pida.

En la conservación del depósito responderá el depositario de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia".

Por mi parte, considero o estimo que resulta aplicable la norma especial del contrato de depósito mercantil, pues el consignatario en su relación con la cosa, puede considerarse depositario de la misma desde que la recibe hasta que la enajena o devuelve.

A esto viene una interesante cuestión que puede plantearse: ¿Puede el consignante solicitar la devolución de la cosa antes de la llegada del plazo, cuando éste ha sido convenido?; el depósito civil conforme al Artículo 2522, sí otorga esta facultad al depositante, no así en el depósito mercantil que regula el Artículo 335 ya ambos analizados anteriormente.

Debido a la naturaleza del contrato estimatorio como acto de comercio, el consignatario no está obligado a devolver la cosa antes del plazo, aunque lo pida el consignante, ya que el plazo se entiende en favor del deudor, o sea del consignatario; en cambio, si atendemos supletoriamente a la regla contenida en el Código Civil, el Artículo 2531 nos expresa lo siguiente:

"Cuando no se ha estipulado tiempo, el depositario puede devolver el depósito al depositante cuando quiera, siempre que le avise con una

prudente anticipación, si necesita preparar al
go para la guarda de la cosa".

c) "El consignatario tiene la obligación de custo--
diar la cosa como un depositario"⁽⁶⁴⁾, pues su facultad para dispo--
ner de la misma no implica la posibilidad de usarla; tiene por tan--
to, la obligación negativa (de abstención) de no usar la cosa, y --
responsabilidad por daños y perjuicios causados por malicia o negli--
gencia y por deterioro que sufra el bien consignado, por lo que re--
sulta aplicable el Artículo 335 del Código de Comercio.

Veamos que regula el Código Civil para el Distrito Fede--
ral, en cuanto al incumplimiento de las obligaciones.

Artículo 2104: "El que estuviere obligado a -
prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo
prestare conforme a lo convenido, será respon--
sable de los daños y perjuicios en los térmi--
nos siguientes:

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará--
la responsabilidad desde el vencimiento de - -
este;

II.- Si la obligación no dependiere de plazo -
cierto, se observará lo dispuesto en la parte--
final del Artículo 2080 (tratándose de obliga--
ciones de hacer; el pago debe efectuarse cuan--

(64) *Ibidem*. Pág. 82.

do lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación); el que contraveniere una obligación de no hacer, pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención".

Artículo 2107: "La responsabilidad de que se trata en este título, además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entregarnos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios".

Artículo 2108: "Se entiende por daños, la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación".

Artículo 2109: "Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

d) Por último, "aunque no es propiamente una obligación del consignatario, la pérdida de la cosa es a su riesgo"⁽⁶⁵⁾.

Si la cosa se pierde, el consignatario pierde su facultad de liberarse de la obligación, mediante la devolución de lo consignado; además, para efectos prácticos, esto significa que si la cosa se pierde, el consignatario debe de pagar el precio pactado, a --

(65) Uría, Rodrigo. Op. Cit. Pág. 505.

menos que en la pérdida de la cosa existe culpa del consignante, para lo cual se puede aplicar la normatividad de las obligaciones - alternativas.

F) SU FORMALIDAD Y ELEMENTOS REALES.

Quando la ley exige determinada forma para la celebración del contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato (Artículo 1795 F. IV del Código Civil para el Distrito Federal) ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa, conforme al Artículo 2228 del antes citado ordenamiento.

Para que el contrato estimatorio se perfeccione, requiere de la entrega de la cosa por ser un contrato real; por tanto, la entrega da lugar al nacimiento de las obligaciones contractuales. El consentimiento no exige otra forma de manifestación, de modo que el contrato para Arce Gargollo "resulta consensual en oposición a formal, o a contrato con (forma impuesta)" (66).

Lo que en la práctica comercial se suscita, en forma reiterada y como práctica viciosa, es que, existen documentos sobre la entrega de la cosa; es decir, cuando se trata de varios bienes se realiza un inventario para listar estos objetos, aún incluso tratándose de un bien único, por el cual el consignatario se da por recibido de los mismos mediante la firma de tal documento, que no es una formalidad del contrato sino una prueba de la entrega y recep-

(66) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 80.

ción de los bienes objeto del contrato.

La forma se exige en nuestros días no porque se atribuya a las palabras en sí o las fórmulas escritas o pronunciadas para -- que den una fuerza propia al contrato, sino por otros motivos, como son el interés público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes, y en general todas las ventajas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados, en la cual se busca introducir a nuestro contrato estimatorio.

"Al igual que el Código anterior de 1884, el Código Civil vigente permite también pugnar en un contrato el vicio de la falta de forma exigida por la ley, bien sea a través de ratificación expresa, mediante la reiteración del contrato con las formalidades legales emitidas extinguiéndose así por confirmación el cumplimiento de dicho contrato, mediante su ratificación tácita; sin embargo, -- tanto en la confirmación o ratificación expresa, como en la ratificación tácita o cumplimiento voluntario, son las dos partes mismas las que han convalidado el contrato que se celebró sin la formalidad exigida por la ley" (67).

Veamos que nos dice el Código Civil vigente para el Distrito Federal:

Artículo 2231: "La nulidad de un acto jurídico

(67) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Págs. 64 y 65.

por falta de forma establecida por la ley se extingue por la confirmación de ese hecho en la forma omitida".

Artículo 2234: "El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquiera otro modo, se tiene por ratificación tácita y se extingue la acción de nulidad".

El problema se suscita cuando sólo una de las partes pretende hacer valer la nulidad relativa del contrato celebrado con omisión de la forma exigida por la ley. "El Código Civil vigente, admite expresamente el ejercicio de la acción (pro-forma), en virtud de que estableció que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, si no reviste esa forma, pero consta la voluntad de las partes de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal"⁽⁶⁸⁾, o sea que cuando un contrato no ha revestido la formalidad exigida por la ley, si la voluntad de las partes ha quedado fehaciente de manera indubitante, cualquiera de ellas puede exigir se dé la forma legal.

Vemos que nos enuncian los Artículos siguientes del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

Artículo 1832: "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para que la-

(68) Ibidem. Pág. 65.

validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos designados expresamente por la ley".

Artículo 1833: "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal".

Por cuanto hace a los elementos reales más importantes de este contrato, son la cosa y el precio, ya que debido a esto, - "hay una cosa indiscutible: que en él predominan elementos de la compra-venta"⁽⁶⁹⁾ a estos dos elementos "se añade el plazo, considerado como otro elemento"⁽⁷⁰⁾.

1.- La cosa u objeto materia del contrato estimatorio -- puede ser uno o varios bienes muebles, que en terminología de derecho comercial se llaman mercancías o mercaderías. De la doctrina y el Código Civil Italiano, señalan la característica del bien mueble dentro de la definición del mismo negocio; (Es decir, bienes fungibles y no fungibles, ya que como apuntamos anteriormente, por cuanto a estos, pueden ser para nuestro contrato, cualesquiera

(69) Branca, Guissepe. Op. Cit. Pág. 418.

(70) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 79.

de ambos, conforme se obligue el consignatario).

Para el autor Arce Gargollo, debe de agregarse a las anteriores características "que los bienes deben ser tangibles; es decir, cosas que puedan ser materia de entrega"⁽⁷¹⁾, de tal suerte -- que por su naturaleza, no existe un contrato estimatorio sobre derechos, porque esto implicaría estar en presencia de otra figura jurídica como por ejemplo: una cesión de derechos sujeta a condición.

2.- El precio de este contrato, que se conoce como estimación o simplemente precio estimado, puede ser en dinero o en especie. El precio sirve de base para el beneficio o retribución, que directa o indirectamente recibe el consignatario. Este precio puede ser determinado o determinable ya sea por las mismas partes o -- por el mercado de valores, o por un tercero, que podría ser un juez o un árbitro que designen las partes para la fijación del mismo, en el cual si estuviéramos dentro del último supuesto, se recurriría a un perito valuador o a un corredor titulado etc.

3.- El plazo, el cual es un elemento más que debe tomarse en cuenta como parte formante de los elementos reales de nuestro -- contrato, tal como agrega el doctrinario Arce Gargollo y que señalamos anteriormente. "Este plazo debe convenirse por las partes, aunque en ocasiones no se precisa"⁽⁷²⁾, porque ciertamente no es un -- elemento de validez de este contrato. El término señala el momento

(71) Ibidem. Pág. 79.

(72) Branca, Guissepe. Op. Cit. Pág. 419.

en el cual el consignatario debe pagar el precio o devolver la - - cosa. El plazo puede modificarse durante la vigencia del contrato, o a su vencimiento si se renueva, pudiéndose fijar plazos periódicos para que en los mismos se pague la estimación o devuelva parte de los bienes consignados si son varios, o se devuelva el mismo - - si es uno solo. Por lo que la falta de plazo no invalida la relación contractual.

G) CAUSAS DE TERMINACION DEL CONTRATO.

Para hacer referencia a estas causas, debemos de acudir - supletoriamente a los modos generales para la terminación de los - - contratos civiles, ya que nuestro contrato es atípico y carece portanto de regulación específica en la ley.

Un contrato que se ha celebrado válidamente y ha empezado a producir sus efectos, puede dejar de producir estos o extinguirse los mismos a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a dicha celebración y que constituyen propiamente las causas de terminación del contrato, las cuales se concretizan en los siguientes su puestos:

1.- El agotamiento natural del contrato o lo que es lo - - mismo la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo - - contrato. "Es el modo natural y ordinario de terminación del contrato, al igual que el vencimiento del plazo en los contratos duros" (73).

(73) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 126.

2.- El vencimiento de algún término, que en algunos -- casos y particularmente en los de ejecución duradera, se establece un plazo para la terminación del contrato. "La fijación de un plazo puede ser a veces, esencial al mismo contrato y producir además de dicho vencimiento, no precisamente la terminación del contrato, sino la caducidad misma de los derechos derivados del mismo; de tal forma, que una vez vencido el término que se concedió a una de las partes y no ejecutado por él, en tal supuesto, el contrato se tiene por resuelto o rescindido"⁽⁷⁴⁾

El Código Civil Italiano denomina a esto plazo esencial y se halla previsto en su Artículo 1457:

"Término esencial para alguna de las partes. - El término fijado para la prestación de una de las partes debiera considerarse esencial en interés de la otra, ésta, salvo pacto o uso en contrario, si quisiera exigir su ejecución a pesar del vencimiento del término, deberá dar noticia de ello a la otra parte dentro de tres días. En su defecto, el contrato se entenderá resuelto de derecho aunque no se hubiere pactado expresamente la resolución".

3.- La muerte de uno de los contratantes. Hay contratos en los que por ley la muerte de uno de los contratantes pone fin --

(74) Ibidem. Pág. 127.

al contrato, como sucede en el mandato cuando muere el mandante o -
 mandatario, esto generalmente sucede en contratos duraderos y que se
 celebran "intuite personae" (entre personas); sin embargo, hay excep-
 ciones como el contrato de arrendamiento, que aunque se celebre - -
 entre personas, por lo que toca al inquilino, no concluye con la - -
 muerte del arrendatario, salvo pacto en contrario que lo establezca.
 "La muerte de una de las partes puede llegar a ser causa de termina-
 ción del contrato en los casos en que haya pacto expreso"⁽⁷⁵⁾.

4.- Por la voluntad unilateral de las partes. Aunque el-
 Artículo 1797 del Código Civil vigente para el Distrito Federal dis-
 pone que:

"La validez y el cumplimiento de los contratos-
 no pueden dejarse al arbitrio de uno de los con
tratantes".

Por lo tanto, se rompe con esta regla general, ya que el-
 Legislador faculta a uno de los contratantes, como en los casos del-
 arrendamiento por tiempo voluntario, (Artículo 2478), la separación-
 voluntaria de un socio integrante de una asociación (Artículo 2680) o
 de una sociedad (Artículo 2703 parte in fine y 2720 F.VI) o en el ca-
 so de la revocación del mandato (Artículo 2595 F.I y "II), y que es-
 el caso que más no interesa, por ser el más análogo en característi-
 cas a nuestro contrato estimatorio.

5.- Por mutuo consentimiento de las partes. "En virtud -

(75) Ibidem. Pág. 128.

de que ambos contratantes pueden ponerse de acuerdo para revocar -- o resolver voluntariamente el contrato que han celebrado" (76).

6.- Por resolución o rescisión del contrato sinalagmático. La cual puede sobrevenir por incumplimiento de una de las partes, o bien por imposibilidad superveniente de las obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral.

Vemos que dispone el Artículo 1949 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos; también podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible".

(76) *Ibidem*. Pág. 129.

R E F E R E N C I A S .

- 17.- Olvera de la Luna, Omar. "Contratos Mercantiles". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1987.
- 18.- Díaz Bravo, Arturo. "Contratos Mercantiles". Tercera Edición, Editorial Harla, México 1989.
- 19.- Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Traducción de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.
- 20.- Sánchez Medial, Ramón. "De los Contratos Civiles". Octava Edición, Editorial Porrúa, México 1986.
- 21.- Arce Gargollo, Javier. "Contratos Mercantiles Atípicos". Segunda Edición, Editorial Trillas, México 1989.
- 22.- Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, México 1986.
- 23.- Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles". Tercera Edición, Editorial Harla, México 1984.
- 24.- Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". - Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1985.
- 25.- Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Séptima Edición, Editorial UNAM, México 1987.
- 26.- Urfá, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Duodécima Edición, Madrid-1982.
- 27.- Vázquez Martínez, Edmundo. "Derecho Mercantil". Octava Edición, Guatemala 1966.

- 28.- Vázquez del Mercado, Oscar. "Contratos Mercantiles". Primera - Edición, Editorial Porrúa, México 1982.
- 29.- Díez Picazo, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Tecnos, Madrid 1979.
- 30.- Branca, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Traducción de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México 1978.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO.

A) SUSTANTIVIDAD DEL CONTRATO.

Enunciar el término de sustantividad para hacer referencia al contrato estimatorio, es querer dar a entender, que tiene in dependencia, que es real (no como característica propia del contrato, sino como significado de que existe); y por lo tanto, es diferente a todos y cada uno de los demás contratos.

La naturaleza jurídica contractual del estimatorio ha sido muy discutida, se le ha considerado como compra-venta, depósito, prestación de servicios, mandato o comisión; para otros autores como "Díaz Bravo, lo ha sugerido como una gestión de negocios"⁽⁷⁷⁾; - con lo cual, en mi opinión, no coincido con esta naturaleza jurídica que dicho autor trata de atribuirle, pues es claro que el estimatorio, constituye ante todo un contrato, y la gestión de negocios - (clasificada en la doctrina extranjera como cuasi-contrato) supone por su naturaleza, la no intervención del dueño del bien o negocio; este supuesto, no lo hallamos en el estimatorio donde el consignante está interesado como parte del contrato, debido a que en la gestión de negocios con consentimiento del dueño es un mandato en materia civil y una comisión en la mercantil.

Al inferirse de sus características, que es un contrato -

(77) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 89.

real, la obligación del consignatario solo surge una vez que tiene a su disposición la cosa, de otro modo no podría proceder a su venta y entrega a un tercero; por lo que, el consignante pierde la disponibilidad del bien en favor del consignatario; por lo que para --
 "Messineo y Arce Gargollo, consideran que se trata de una compra-
 venta sujeta a condición suspensiva" (78).

A lo que Garrigues "manifiesta que se trata de la 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 la estimación" (79).

Por tanto, nos vemos aquí frente a una de las más intrincadas características del contrato en examen, ya que mientras no --
 hay duda que el consignante conserva la propiedad, si la hay en --
 cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de libre disposición --
 por parte del consignatario "que para algunos autores podría reputarse como un mandato o comisión sin representación (gestión de negocios)" (80), si no fuera porque: actúa en nombre y por cuenta propios; no está obligado a desplegar actividad alguna en su carácter-

(78) Messineo, Francesco. "Contrato in Genere". Tomo V, Pág. 158 --
 Giufre, Milán 1973. y Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 63.

(79) Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Tomo II, Pág. 97, Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1979.

(80) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 97.

de presunto enajenante del bien, ni tampoco reporta la obligación de informar o de rendir cuentas de su actuación al consignante.

En tal caso se pregunta Díaz Bravo: "¿si habría que admitir que, a despecho de nuestro régimen legal de la propiedad, se ha colocado un régimen de desdoblamiento de la propiedad, de consecuencias aún más graves que el usufructo, en el cual el propietario puede transmitir la nuda propiedad del bien, a tal grado, que el consignante no conserve ni aún ese derecho?; ¿o bien deberá atribuirse una naturaleza fiduciaria, a la situación que prevalece con el consignatario, una vez más a espaldas de nuestra ley, que sólo regula con tal carácter el fideicomiso y, ello a condición de que se encomiende su desempeño a una institución de crédito fiduciaria (Artículo 364 LGTCC)?"⁽⁸¹⁾.

Las respuestas a semejantes preguntas no son fáciles, ya que de ser afirmativas colocarían a nuestro contrato en un trance de ilegalidad, y de ser negativas, habría que encontrar una ubicación legal del derecho del consignatario; toda vez que al hacer referencia de la propiedad, lo hace al mismo tiempo de la copropiedad, confundiendo ambas figuras jurídicas, que si bien tienen estrecha relación, son independientes unas de otras, puesto que en la copropiedad el usufructuario, "pese a que cuenta con el *Ius Utendi* y el *Ius Fruendi* por virtud del usufructo, tiene una serie de restricció

(81) *Ibidem*. Págs. 97 y 127.

nes al dominio y de obligaciones impuestas por el propietario," (82) quien toma el nombre de nudo propietario, el cual cuenta con el - - Ius Abutendi o sea el dominio pleno de la cosa, pues lo que en realidad se presenta, es un desmembramiento de la propiedad, lo cual - no tiene relación con nuestro contrato, por cuanto hace a los - -- supuestos que trata; de igual manera sucede con el fideicomiso, que no tiene ingerencia con el mismo, ya que si el consignante quisiera celebrar un contrato, así lo haría con la Institución de Crédito correspondiente, la cual le fijaría las condiciones y modalidades del mismo; aunque cabe aclarar al respecto, que el contrato en examen - si lo pueden celebrar, ya sea entre una persona física con una - -- moral, o entre ambas personas morales como partes dentro del contrato, siempre y cuando lo hagan a través de su representante legal y que no sea con una Institución de Crédito, bajo el rubro de un fideicomiso, comisión u otra figura jurídica, a fin de que no trajera una confusión con el contrato que en realidad se desea celebrar.

Pero, amén de lo anterior, recuérdese que tal contrato ca rece de regulación legal en nuestro medio, y por ello no pueden ser vir como punto de partida, los cuestionamientos antes formulados -- por "Díaz Bravo, en los que no es clara la naturaleza de la representación para actuar con los bienes de otro" (83), pudiendo citar - otros ejemplos como referencia, que tampoco nos dan una luz o clari

(82) Rojas, Rafael. Op. Cit. Tomo II Págs. 121 y 127.

(83) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 97.

dad con respecto a nuestro contrato, tales como: El apoderamiento de los bienes del quebrado, que por mero efecto de la sentencia -- de quiebra, opera a favor del síndico (Artículo 15 F. III de la -- L.Q.S.P.), la posibilidad de que el acreedor prendario se convierta en propietario de los bienes pignoralos (Artículo 344 L.G.T.O.C.);-- la venta a la que unilateralmente puede proceder la sociedad anónima, de las acciones pagaderas que correspondan al accionista moroso en el pago de los dividendos pasivos (Artículos 118 al 120 de la -- L.G.S.M.).

El doctrinario Díaz Bravo, trata de dar una solución al planteamiento antes formulado, a fin de obtener una solución que -- permita al consignatario, encontrar un apoyo legal a su actuación: -- "Si la libre disponibilidad del bien mueble, deriva del tácito o -- expreso consentimiento del consignante, no puede presentar las ca-- racterísticas del mandato ni de la comisión mercantil, ya que su -- actuación no puede derivar de un desdoblamiento del derecho de propiedad, y menos aún de la propiedad fiduciaria; por lo que no queda más remedio que encuadrar la venta, o cualquiera otra enajenación -- que realice, como gestión de negocios, la que, como se sabe, permite actuar al gestor (sin mandato y sin estar obligado a ello. Ar tículo 1986 del Código Civil) y puede ejecutarse contra la voluntad real o presunta del dueño (Artículo 1899)"(84).

El citado autor atribuye a la actuación del consignatario,

(84) Ibidem. Pág. 98.

calificándola como gestión oficiosa; ahora bien, como este último supuesto no se puede dar en el contrato estimatorio, ya que no se está en la posibilidad de que el consignante esté en aptitud de ratificar o no la gestión, ya que nuestro contrato es formal; por tanto, la actuación del consignatario queda ratificada por escrito, -- puesto que el consignante al celebrar el contrato, consiente en -- estar y pasar por todo lo que haga su contra parte.

"En nuestro derecho, podríamos pensar que es una compra-venta con reserva de dominio"⁽⁸⁵⁾, dice Arce Gargollo; en la doctrina Sánchez Calero "afirma que la tesis más razonable es la que lo asimila a una modalidad de la comisión de venta"⁽⁸⁶⁾.

Por su parte, Branca afirma: "Acéptese que tantas opiniones expuestas en torno de su naturaleza hay una cosa indiscutible, -- que en él predominan elementos de compra-venta"⁽⁸⁷⁾.

Garrigues manifiesta que: "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 la estimación"⁽⁸⁸⁾.

En general, para la doctrina dominante, la configuración-

(85) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 84.

(86) Sánchez, Fernando. "Instituciones de Derecho Mercantil". Pág.-393, Sexta Edición, Clares, Valladolid 1977.

(87) Branca, Guissepe. Op. Cit. Pág. 418.

(88) Garrigues, Joaquín. Op. Cit. Tomo II. Pág. 97.

jurídica más aceptable es sin duda la compra-venta sujeta a condición, ya que apuntan algunos a dejar en forma suspensiva o condicionada la actuación del consignatario, toda vez que el fin del contrato estimatorio es el que este mismo consignatario adquiera para sí o revenda la cosa consignada. "La finalidad del contrato, es la transferencia de la propiedad" (89), que se produce cuando el consignatario adquiere para sí la cosa o enajena el bien, formando esta relación tanto el consignante, el consignatario y el tercero adquirente.

Las características de esta venta sujeta a condición (para la doctrina), son que, "el consignatario que no es propietario, puede disponer de la cosa, y el consignante, que es propietario, no podrá disponer de ella hasta que le haya sido restituida por -- -- aquél" (90).

"Tales actos de disposición los realiza el consignatario, en nombre y por cuenta propios" (91); por tanto, los acreedores del consignatario no pueden embargar la cosa consignada, ni ésta entra en la masa de la quiebra sino hasta que se ha pagado el precio, reglas que contiene el Código Civil Italiano y para efectos de la -- separación de la masa de la quiebra están los de nuestra Ley de --

(89) Diccionario de Derecho Privado, Voz: Contrato Estimatorio. Pág. 295. Editorial Labor, México 1951.

(90) Trabucchi, Alberto. Op. Cit. Tomo II, Pág. 291.

(91) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 99.

Quiebras y Suspensión de Pagos.

Veamos que nos enuncia al respecto el Artículo 158 y 159.

Fracción VI, inciso a) del citado ordenamiento legal:

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 corresponde 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 vía incidental.

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

Artículo 159 F.VI, inciso a): "En consecuencia, podrán separarse de la masa de los bienes que se encuentran en las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga:

F.VI. Los bienes que el quebrado debe restituir por estar en su poder por alguno de los siguien

tes conceptos:

a) Depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo, fideicomiso o recibidos en consignación por virtud de un contrato estimativo, si en este caso la quiebra se declara - - antes de la manifestación del comprador de hacer suyas las mercancías, o si no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla".

En cuanto a la posibilidad de que el contrato en estudio no sea más que la combinación de otros, promesa de venta con mandato o comisión, depósito con venta sujeta a condición suspensiva o resolutoria, etc.; bastará con tener muy presente la unidad que le caracteriza, incompatible con la necesaria diversidad resultante de los diferentes regímenes legales para cada uno de los supuestos contratos que formarían la mixtura.

B) COMPARACION CON EL CONTRATO DE MANDATO Y CON LA COMISION MERCANTIL.

Acertadamente se define el mandato en el Código Civil vigente como "El contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". (Artículo 2546).

Este es naturalmente oneroso y solo por excepción gratuito (Artículo 2549 del C.C.D.F.), se trata además de un contrato - -

bilateral y formal, ya que aunque sea verbal de menor cuantía, debe ratificarse por escrito (Artículo 2552 del C.C.D.F.). Se distingue el mandato civil para actos civiles y el mandato mercantil o comisión, para actos de comercio. "Se distingue también el mandato representativo por el cual el mandante concede unilateralmente poder o facultad al mandatario, para que éste obre a nombre de aquél; y - el no representativo, en el cual el mandante no concede dicho - - - poder, pero el mandatario actúa en su representación (gestión de negocios)" (92).

Una vez dadas a conocer algunas características más importantes de este contrato, desde el punto de vista de la tipicidad social son típicamente mercantiles, pues sólo el contrato de comisión resulta legislativamente típico al estar regulado por el Código de Comercio, ya que la mercantilidad de estos actos y muy en especial para la comisión, está reconocido en el catálogo de actos de comercio del Artículo 75 de nuestra legislación comercial. La fracción X establece que son actos de comercio "Las empresas de comisiones, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda"; en resumen, dichos actos no pueden entenderse fuera del ámbito de comercio.

"El objetivo de estos contratos, en mayor o en menor gra-

(92) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 307.

do, es la gestión de intereses ajenos"⁽⁹³⁾, aunque esta característica se presenta de modo distinto en cada contrato.

El contrato estimatorio se celebra siempre con un ánimo de lucro; por tanto, es oneroso al igual que la comisión y que el mandato, ya sean estos siempre representativos pues de no ser así, se estaría actuando solo en favor de los intereses del representado, sin tener ninguna finalidad económica la persona cuya representación está llevando a cabo.

En el contrato de mandato en forma particular, éste puede ser con poder especial o general, siendo especial para uno o varios actos jurídicos, al igual que en la comisión, en cambio si es general, puede ser para actos de dominio, de administración, y para pleitos y cobranzas; "sin embargo, aunque se trate de un mandato general, cuando leyes especiales que no sean el Código Civil, requieran cláusula especial para conceder una determinada facultad al mandatario, es necesaria una cláusula especial, así deberá realizarse, como acontece con la facultad para desistirse del Juicio de Amparo, (Artículo 14 de la Ley de Amparo) y con la facultad para suscribir títulos de crédito (Artículo 9o. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)"⁽⁹⁴⁾.

Ahora bien, si abarca las tres subespecies de mandato ge-

(93) Broseta, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Pág.427. Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1978.

(94) Sánchez, Ramón. Op. Cit. Pág. 305.

neral, se le denominará Poder General Amplísimo; por lo que se refiere al contrato estimatorio, existe una diferencia totalmente diversa, ya que éste es un contrato autónomo e independiente, que no es generado por ningún tipo de mandato especial, ni aún general, ya que en el supuesto que fuera para actos de administración y el administrador tuviera que hacer la venta de un bien mueble para beneficio de él o los representados, entraría como una facultad específica o necesaria para no incurrir en responsabilidad y si en cambio - cumplir con su obligación, pero para el contrato estimatorio es diversa esa situación, pues su naturaleza jurídica contractual está conformada únicamente y en forma especial para que el consignatario le realice la venta de uno o varios bienes muebles, entregándole el precio de los mismos o se los devuelva al término del plazo pactado en el contrato, por lo que surge en forma independiente y con un fin específico, trayendo aparejada una ventaja o beneficio para ambos contratantes.

En el mandato más que en la comisión, se celebra con el objeto de actos jurídicos, y no de actos materiales como en el caso del estimatorio, aunque no por esto estamos haciendo nugatorio que el mismo pueda celebrarse con este fin.

Tocante al respecto de su perfeccionamiento, para la comisión como para el mandato, estos requieren de una formalidad, pues en ausencia de la misma se toman en actos afectados de nulidad, -- hasta en tanto no sean convalidados o ratificados por las partes, c

bien será en su favor la prescripción, en cambio para el estimatorio, su forma de perfeccionamiento es la entrega del bien objeto materia del contrato, toda vez que por su clasificación pertenece a los contratos reales, pasando la formalidad a un segundo plano de importancia.

De todo lo anterior y en base a las características de estos contratos, observamos que inciden en algunas de ellas, y en otras son totalmente divergentes; es por eso que se busca la figura jurídica (El Estimatorio), a rango de un contrato más regulado específicamente en nuestra ley, debido a que algunos autores tratan de darle una combinación de cada uno de los contratos ya existentes, sin darse cuenta de la unidad que lo caracteriza, incompatible con la diversidad resultante de los diferentes regímenes legales impuestos para cada contrato.

C) COMPARACION CON EL CONTRATO DE
PRESTACION DE SERVICIO.

El Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, "es aquel en el que una persona denominada profesor o profesionista, se obliga hacia otro denominado cliente o beneficiario, a prestarle un servicio de carácter intelectual o material o de ambos géneros, derivados de una profesión técnica o científica reconocida por la ley, mediante una retribución económica" (95).

(95) Chirino, Joel, "Derecho Civil III", Contratos Cíviles, Pág.166 Primera Edición, México 1986.

Este concepto implica la prestación de un servicio profesional que va a realizar un profesionista autorizado para ejercer - esa actividad, ya sea de carácter intelectual o material, teniendo derecho a una contra prestación económica.

De acuerdo a la clasificación de este contrato, tiene como características, ser principal, consensual, bilateral, comutativo, oneroso por esencia y de tracto sucesivo.

Entre las diferencias y semejanzas entre el mandato y la prestación de servicios profesionales, éste último en cuanto al cumplimiento de las obligaciones se subsume al contrato de mandato, -- aplicándose por analogía las reglas de uno y otro contrato, sin que incida esta aplicación en la diferencia esencial de uno y otro; al efecto, la H. Suprema Corte de Justicia, ha señalado lo siguiente:

"Las razones que tuvo el legislador para hacer supletorias del contrato de servicios profesionales, las disposiciones relativas al mandato, fueron que tanto en uno como en otro, hay prestación de servicios, y en ambos se tiene muy en cuenta las cualidades morales y la aptitud del mandatario, pero entre ambos contratantes también existen diferencias radicales: En uno y otro hay prestación de servicios, pero en el mandato, el mandatario obra a nombre de otro y no se obliga personalmente sino que obliga al mandante en la prestación de servicios, el que los presta se obliga por sí mismo; sus actos no obligan a la persona en favor de la cual ejecuta algo más. Esas diferencias aconsejan que, interpretando recta

mente la ley, se apliquen al contrato de prestación de servicios, - sólo las disposiciones del mandato que tengan fundamento en las semejanzas que entre ambos existen; así, las disposiciones relativas a la forma y aplicables al mandato, no lo son al contrato de prestación de servicios, pues estas disposiciones se refieren única y exclusivamente a la representación que no existe, tratándose de la -- prestación de servicios".

(Jurisprudencia 807. Página 1470 Actualización 1975.)

Una clara diferencia con nuestro contrato, es que en la - prestación de servicios, va a ser realizada por un profesor o profesor autorizado para ejercer esa actividad, en cambio para efectos de poder llevar a cabo la consignación, no requiere ese grado de profesionalidad, puesto que la puede ejercer cualquier individuo que posea las características mínimas que la ley prevee, como lo sería la capacidad física y legal, o bien obligarse en su caso a través de un representante; (es decir, hago referencia a la capacidad general para contratar). Además de ser un contrato bien regulado - por la ley, toda vez que es un contrato principal con elementos y características propias.

Otra marcada diferencia, es que la prestación de servicios se perfecciona por el simple consensualismo, en cambio el estmatorio lo hace a través de la entrega de la cosa y sólo hasta ese momento; y aunque ambos son contratos comutativos; es decir, que -

se conocen sus pérdidas y ganancias desde la celebración del mismo para la fijación de los honorarios del profesionista, dentro del — contrato de prestación de servicios pueden convenirlo ambas partes, o bien acudir al arancel obligatorio para una profesión, que es la regla general, lo cual no sucede en la consignación, pues en éste — se fija el precio del bien consignado desde el momento en que se — celebra, o bien la devolución del bien.

"Si el arancel es opcional, sólo se aplicará supletoria— mente cuando las partes no hayan estipulado el monto de los honora— rios; pero en caso de que no exista arancel obligatorio u optativo, ni las partes estipulen el monto de los honorarios, éstos se fija— rán mediante las siguientes reglas prescritas por el Código Civil:

a) Se atenderá a la costumbre del lugar, a la impor— tancia de los trabajos prestados y a la importancia del asunto en — que se prestaron.

b) A la capacidad económica del que recibe el servi— cio.

c) A la reputación profesional que tenga adquirida— el profesionista o profesor.

Conjugados estos presupuestos se podrá determinar el mon— to de los honorarios" (96) .

Por último, cabe aclarar que en la prestación de servi— cios, la ejecución del mismo se realiza en forma periódica; es de—

(96) Ibidem. Págs. 167 y 168.

cir, es de tracto sucesivo, en cambio para la consignación, su ejecución se hace en forma instantánea, siempre que se lleve a cabo la translación de dominio, "cuando se configura la enajenación del objeto a un tercero, mientras tanto queda suspensiva la resolución -- del contrato" (97), pero a la llegada de la condición resolutoria -- del contrato, éste se efectúa en un solo acto.

D) COMPARACION CON EL CONTRATO DE AGENCIA.

"La agencia es el contrato por medio del cual un empresario mercantil acepta hacerse cargo indefinidamente de la promoción de los productos de otro empresario y de la contratación a su nombre, y recibiendo a cambio una retribución en numerario" (98).

Entre las partes en un contrato de agencia, tal como se desprende de su definición, existe una relación muy semejante al comitente y comisionista; por tanto, en ocasiones por dichas características y por hablar en función a una comisión, se cree que se habla de la consignación; pero, deben distinguirse ambas figuras, toda vez que en la agencia, suelen presentarse dos supuestos: "que el empresario dé vida a una sucursal o agencia propia, con dependencia jurídica económica en aquél; o que el agente tenga independencia y se dedique profesionalmente a la promoción de productos de --

(97) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 78.

(98) Olvera, Omar, Op. Cit. Pág. 29.

otro empresario, en nombre e interés del mismo" (99).

En cambio en el contrato estimatorio primeramente no -- es por tiempo indefinido, sino que está limitado en un lapso de -- tiempo; segundo no se tiene que ser forzosamente empresario en uno u otro caso, según sea el consignante o el consignatario; y por ú--l--timo, el consignatario actúa en nombre y cuenta propios, y por lo mismo no reporta la obligación de informar o rendir cuentas por su actuación al consignante.

El empresario tiene por el contrario que informar al -- otro empresario en la forma, términos y periodicidad pactados; y -- por si aún fuera poco, en relación con la comparación con nuestro contrato estimatorio, debe posponer su propio interés comercial, -- frente al de su representado.

Si alguna relación tiene con el contrato estimatorio, es que éste es atípico en nuestro derecho, pues su contenido no está disciplinado en la legislación. (En la terminología que usa -- Emilio Betti, puede aplicársele el calificativo de típico social). Por lo que se aplican analógicamente las normas de comisión, y solo cuando exista representación, debe hacerse de la forma que para dicho contrato prescribe el Código de Comercio.

E) COMPARACION CON EL CONTRATO DE
CORRETAJE O MEDIACION.

"El Contrato de Corretaje, es aquel por el cual una per-

(99) Ibidem. Pág. 29.

sona se obliga a abonar a otra, llamada mediador o corredor, una re-
 numeración por indicarle la oportunidad de concluir un negocio con-
 un tercero o por servirle de intermediario en esa conclusión"⁽¹⁰⁰⁾.

"Es aquel contrato por cuya virtud una de las partes (co-
 rredor) se compromete a indicar a otra (comitente) la oportunidad -
 de concluir un negocio jurídico, llamada comisión o premio"⁽¹⁰¹⁾.

Desde sus inicios, el contrato de corretaje o mediación -
 tuvo como función, facilitar la aproximación entre compradores y --
 vendedores. Posteriormente, el mediador se convirtió en un funcio-
 nario público; actualmente existe cierta confusión en esta materia,
 por un lado, encontramos a los corredores públicos regulados por --
 nuestro Código de Comercio y por otro, a las personas físicas o mo-
 rales que realizan funciones de intermediación, a quienes podemos -
 llamar "intermediarios libres"⁽¹⁰²⁾, y en otros casos, corredores -
 ocasionales.

En nuestro derecho mexicano, existe una amplia regulación
 de los corredores públicos dentro del Código de Comercio (Artículos
 51 a 74), en los reglamentos de corredores de las distintas plazas-

(100) Sánchez, Fernando. Op. Cit. Pág. 376.

(101) Puig, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Tomo IV, -
 Vol.II Pág.413, Segunda Edición, Revista de Derecho Privado. -
 Madrid 1974.

(102) Mantilla, Roberto. "Derecho Mercantil" Pág. 154, Décima Quin-
 ta Edición, Editorial Porrúa, México 1975.

y en otras disposiciones secundarias relativas a los mismos (por ejemplo, el arancel). En la descripción legal de los actos de comercio, se mencionan a "las operaciones" de mediación en negocios mercantiles (Artículo 75, F.XII, del Código de Comercio).

En comparación con la consignación, podemos distinguir las siguientes:

1.- En la mediación, el corredor se compromete a facilitar la conclusión de un contrato o negocio pero sin intervenir en él, y sin comprometerse a lograr ningún resultado. En la consignación no se realiza con el fin de concluir un contrato, sino con la finalidad de vender uno o varios bienes muebles, o de devolverlos en un tiempo determinado; por tanto, si está obligado con el consignante.

2.- El corredor o mediador actúa con independencia de las partes contratantes, o sea como colaborador independiente; en cambio, en la consignación, aunque el consignatario va a conseguir a un comprador eventual, con el cual puede o no contactar, e incluso comprar el bien para sí, la relación es perfectamente directa con derechos y obligaciones para ambas partes, independientemente del tercero supuesto comprador del bien.

3.- "Resulta un contrato de trabajo y en especial de gestión de intereses ajenos, como el mandato"⁽¹⁰³⁾; a diferencia del estimatorio que aunque atípico, resulta por sus características, y

(103) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 147.

por su tipicidad social un contrato autónomo e independiente.

4.- Es preparatorio, como contrato que precede a una -- situación o relación jurídica, como antecedente de otro acto jurídico; sin embargo, la consignación es definitiva, pues de sus elementos particulares, al llevarse todos y cada uno de ellos, sobre todo por cuanto hace a la entrega del bien mueble, se perfecciona y no requiere de otro acto jurídico para su validez o perfeccionamiento.

F) COMPARACION CON EL CONTRATO DE DEPOSITO.

El Contrato de Depósito "es aquel en el que el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa mueble o inmueble, para su custodia y conservación y restituirla en su individualidad cuando lo requiera el depositante"⁽¹⁰⁴⁾.

El depósito mercantil se regula por el Código de Comercio en el Artículo 332 al prescribir que:

"Se estima mercantil el depósito si las cosas - depositadas son objeto de comercio, o si se hace a consecuencia de una operación mercantil".

Dentro del depósito mercantil, existen a su vez las especies de depósito bancario de dinero, de títulos, y el depósito de - mercancías en los Almacenes Generales de Depósito, S. A.; éstas últimas se regulan por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los Artículos 367, 376, 377, 380 y 381.

(104) Chirino, Joel. Op. Cit. Pág. 135.

La legislación mexicana regula el depósito, tanto para bienes muebles como para inmuebles; en otras legislaciones se regula sólo para bienes muebles, ya que la guarda de un inmueble se realiza mediante un contrato especial de servicios.

En relación con el Contrato de Consignación, en comparación con el depósito mercantil propiamente dicho, no existe una relación estrecha, sino sólo por cuanto hace a las obligaciones que surgen para el consignatario (Depositario), puesto que su naturaleza jurídica, es distinta de entre ambas figuras jurídicas.

Veamos: El consignatario (Depositario), tiene como obligación a su cargo por simple efecto del contrato, de recibir la cosa para su custodia y conservación, pues su facultad de disponer de la misma, no implica la posibilidad de usarla; tiene por tanto, la obligación negativa de no usar la cosa, y la responsabilidad por daños y perjuicios causados por malicia o negligencia y por deterioro que sufra el bien consignado.

Por cuanto hace a la custodia y la conservación de la cosa, el consignatario, como ya se mencionó, tiene la misma obligación que un depositario, puesto que, física y jurídicamente tiene la obligación de realizar todos los actos necesarios de conservación para que el objeto preserve sus cualidades y cantidades. En caso de destrucción del objeto por caso fortuito o fuerza mayor, sólo será responsable por culpa grave.

"La conservación jurídica comprende todas las acciones —

tendientes a conservar la eficacia jurídica del objeto. Dentro de estas acciones, compete acción al depositario para oponer su derecho frente a los terceros, cuando por su inactividad se puede derivar un daño o perjuicio en contra del depositante" (105).

El consignatario tiene como obligación, al igual que el depositario, la obligación de restituir al consignante (depositario) el objeto en su individualidad. Esta obligación deberá cumplirse al vencimiento del plazo, pero no antes si lo requiere el consignante aunque exista plazo para la restitución; debido a que por la naturaleza del contrato estimatorio, como acto de comercio, el consignatario, no está obligado a devolver antes del plazo, pues éste se entiende pactado en beneficio del deudor, o sea el consignatario, supuesto que no acontece en el depósito en el que el depositario, no podrá retenerlo ni aún en el supuesto de que el depositante no haya pagado el importe de los gastos o expensas, si las hubo, --- hechos para la conservación del objeto.

Si nos ubicamos en el supuesto de que contractualmente no se haya fijado plazo para la consignación, el consignatario puede devolver en cualquier momento, por aplicación supletoria del --- Artículo 2531 del Código Civil para el Distrito Federal. En cambio para la figura jurídica del depósito, es de tal manera grave el incumplimiento de esta obligación, que la retención indebida del objeto se tipifica como ilícito por el Código Penal para el Distrito Fe

(105) Ibidem. Pág. 138.

deral en los términos siguientes:

Artículo 382: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario".

Artículo 383: "Se considera como abuso de confianza para los efectos de la pena:

F.II El hecho de disponer de la cosa depositada, o sustraerla el depositario judicial o designado, o ante las autoridades, administrativas o del trabajo.

F.III El hecho de que una persona haga aparecer como suyo un depósito que garantice la libertad caucional de un procesado y del cual no le corresponda la propiedad".

Artículo 384: "Se reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

G) COMPARACION CON EL CONTRATO DE
COMPRA-VENTA.

Nuestro Código Civil define con acierto la compra-venta -
en su Artículo 2248 como el contrato por el que:

"uno de los contratantes se obliga a transferir
la propiedad de una cosa o de un derecho, y el
otro a su vez se obliga a pagar por ella un pre-
cio cierto y en dinero".

De acuerdo a esta definición vertida por el cuerpo legal-
antes mencionado, se distinguen dos obligaciones principales que --
nunca pueden faltar en la compra-venta: La transmisión de la pro-
piedad y la de pagar el precio cierto y en dinero; los cuales cons-
tituyen los elementos reales del mismo, y que en comparación con el
estimatorio son: La cosa, el precio y el plazo; es por eso que como
"hay una cosa indiscutible: que en él predomina los elementos de la
compra-venta"⁽¹⁰⁶⁾, conforme a lo que opinan Branca y otros autores,
es que se considera a la consignación como una compra-venta, o más-
bien alguna modalidad de ésta.

Al respecto debemos aclarar lo siguiente, a fin de que no
se confunda con el mismo, y goce de la verdadera autonomía del mis-
mo:

La compra-venta, es un contrato generalmente conmutativo,
salvo la compra de esperanza que tiene el carácter de aleatorio, en

(106) Branca, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 418.

cambio "la consignación puede ser conmutativa o aleatoria, y esto depende del modo en que se pacte el precio y el beneficio que puede llegar a recibir el consignatario, en perjuicio recíproco del consignante" (107).

En la compra-venta se presenta la situación de que el contrato es generalmente de ejecución instantánea, pero también en ocasiones de ejecución diferida (venta a plazo) o de ejecución escalonada (venta en abonos), en cambio el estimatorio es de tracto sucesivo, pues debido a que la translación de dominio se configura cuando la enajenación del objeto a un tercero, fin último del contrato. "Es por eso también que quienes afirman en creer que es un depósito, toman esta situación como apoyo, argumentando que la venta del bien antes de su realización, permite considerar al consignatario como un depositario sobre la cosa, en virtud de generarse las obligaciones propias de un contrato de custodia" (108).

Podemos también decir que otra diferencia en grado de oposición total entre dichos contratos, es que la compra-venta es consensual en oposición a formal; es decir, sólo en excepciones requiere formalidades, como en el caso de que la venta recaiga sobre bienes inmuebles, en la que el contrato será formal; por tanto y a contrario sensu, nuestro contrato estimatorio es siempre real en oposición a consensual, pues se perfecciona con la entrega en con-

(107) Arce, Javier. Op. Cit. Pág. 78.

(108) Ibidem. Pág. 78.

signación de la cosa.

Por otra parte, la entrega da lugar al nacimiento de obligaciones contractuales, por lo que el consentimiento no exige otra forma de manifestación, de modo que el contrato resulta ser consensual por oposición a formal o a un contrato con una forma impuesta.

"En la práctica comercial, existen documentos sobre la entrega de la cosa, listando el objeto u objetos, dándose el consignatario de recibido por los mismos mediante la firma de tal documento, que no es formalidad del contrato sino prueba de la entrega y recepción de los bienes objeto del contrato"⁽¹⁰⁹⁾.

Veamos a que hace alusión el Artículo 2316 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

"El contrato de compra-venta no requiere para su validez formalidad alguna especial, sino -- cuando recae sobre un inmueble".

"No es promesa de compra-venta, porque el consignatario no promete comprar. Tampoco es una promesa unilateral de venta, -- porque ésta no se da, como en el contrato estimatorio, la forzosa pérdida de disponibilidad del uso y disfrute del bien; la promesa, -- además es consensual al paso de que nuestro contrato es real"⁽¹¹⁰⁾.

Veamos que regula el Código Civil al respecto:

(109) Ibidem. Pág. 80.

(110) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 98.

Artículo 2244: "La promesa de contratar o sea el contrato preliminar de otro puede ser unilateral o bilateral".

Artículo 2245: "La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido".

Tampoco se trata de una compra-venta con condición suspensiva, debido a que el consignatario no compra, ni promete comprar - el bien, ni se obliga a prometerlo en venta o venderlo a terceros;- hay que insistir además, en que la compra-venta, aún sujeta a condición suspensiva es consensual y no implica la pérdida de la disposición del bien por parte del vendedor, lo que en cambio es requisito para la existencia del contrato estimatorio, por ser real.

Además que por las particularidades del contrato, la condición resulta ser "impropia, suspensiva, potestativa, negativa; es decir, a la certidumbre de que el adquirente no querrá, ni podría - restituir la mercancía" (111).

H) COMPARACION CON EL SUBCONTRATO.

"El subcontrato se ha considerado en forma destacada una especie de unión de contratos con dependencia unilateral, en la relación que se da entre el contrato básico y el subcontrato derivado de él, porque aquél puede subsistir de manera totalmente indepen-

(111) Branca, Giuseppe. Op. Cit. Pág. 419.

diente del mencionado subcontrato, no así éste último que no puede vivir en forma autónoma, sino vinculado unilateralmente al contrato originario" (112).

El subcontrato es un contrato nuevo, pero no es autónomo, y por ello, no puede sobrepasar ni en duración ni en extensión el contrato base.

Es un contrato dependiente de otro, pero participa de la esencia del contrato base, a diferencia de otros contratos dependientes, como los accesorios, que sólo garantizan la obligación surgida de un contrato principal o de otra fuente.

"La doctrina no plantea de forma específica, a nuestro contrato estimatorio como un subcontrato, pero aún así cabe preguntarse si puede celebrarse un nuevo contrato estimatorio por parte del consignatario. El consignatario sin autorización expresa del consignante, puede celebrar como consignante un subcontrato estimatorio, pero desde luego el consignatario ahora con esta nueva entidad, no puede contratar con un plazo más amplio que el concedido en el contrato base, para que se pueda hablar del subcontrato. El precio estimado en el subcontrato estimatorio puede ser distinto y de hecho debe ser diferente para que la celebración del nuevo, tenga objeto; por otra parte, como contrato traslativo de dominio, la - -

(112) López, Ramón. "El Subcontrato". Pág. 140, Editorial Tecnos, - Madrid, 1973. y Masnata, Héctor. "El Subcontrato". Pág. 62, - Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966.

idea de un subcontrato resulta contraria a los principios rectores de la figura, pero debemos anotar que el estimatorio resulta translativo de dominio solamente cuando el consignatario o subconsignatario enajena el bien a un tercero. Antes de ello, el contrato se asemeja al depósito, y este a su vez admite el subdepósito" (113).

Los efectos del subcontrato son que el consignatario, si no tiene el bien a la llegada del plazo, tendrá que pagar el precio estimado, pues perdió el medio alternativo para liberarse de su obligación; por tanto, el consignatario en su obligación de pagar el precio en un plazo y con su facultad de disponer del bien, puede celebrar sobre el mismo otra clase de contratos en los cuales se obtenga colaboración para la enajenación del bien.

I) MERCANTILIDAD DE LA CONSIGNACION.

Aunque el terreno fértil para este contrato es el formado por las empresas dedicadas a la venta de mercaderías usadas y, en tal caso, "la mercantilidad atiende al carácter del consignatario como empresario comercial librero o editorial (Artículo 75 F.IX del Código de Comercio), comisionista o subastador F. X del C.C." (114).

En verdad, no hace falta para calificar la mercantilidad de nuestro contrato, la intervención de una empresa, atentos al inculcable carácter de intermediario por parte del consignatario y su evidente propósito de lucro: (Artículo 75 F.I del Código de Comer-

(113) López, Ramón. Op. Cit. Págs. 180 a 190.

(114) Díaz, Arturo. Op. Cit. Pág. 99

io); de manera que, empresarial o no, bastan estas dos últimas características para enmarcar nuestro contrato dentro de los de naturaleza siempre mercantil.

Veamos que regula al respecto el mencionado Artículo:

Artículo 75: "La ley reputa actos de comercio: F.I. Todas las adquisiciones, enajenaciones, y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimiento, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, - sea después de trabajados o laborados".

Es un contrato mercantil, debido a que se celebra generalmente entre comerciantes y lleva implícito el fin de lucro, con tal motivo puede encuadrarse en la fracción I del Artículo 75 y en el 371 del Código de Comercio, el cual éste último regula lo siguiente:

"Serán mercantiles las compra-ventas a las que este Código les de tal carácter y todas las que se hagan con objeto directo y preferente de traficar".

Debemos concluir diciendo que es indudable el carácter de intermediario del consignatario, así como su evidente propósito de lucro, por lo que tal característica, basta para enmarcar nuestro contrato dentro de los de naturaleza mercantil.

R E F E R E N C I A S .

- 31.- Díaz Bravo, Arturo. "Contratos Mercantiles". Tercera Edición,- Editorial Porrúa, México 1989.
- 32.- Messineo, Francesco. "Contrato in Genere". Giuffrè, Milán 1973.
- 33.- Garrigues, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1979.
- 34.- Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Editorial Porrúa, México 1986.
- 35.- Arce Gargollo, Javier. "Contratos Mercantiles Atípicos". Segunda Edición, Editorial Trillas, México 1989.
- 36.- Sánchez Calero, Fernando. "Instituciones de Derecho Mercantil" Sexta Edición, Clares, Valladolid 1977.
- 37.- Branca, Giuseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Traducción de Pablo Macedo. Editorial Porrúa, México 1978.
- 38.- Diccionario de Derecho Privado. Voz Contrato Estimatorio. Editorial Labor, México 1951.
- 39.- Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Traducción de Luis Martínez Calcerrada. Revista de Derecho Privado.- Madrid 1967.
- 40.- Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos Civiles". Octava Edición, Editorial Porrúa, México 1986.
- 41.- Broseta Pont, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Cuarta -- Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1978.

- 42.- Chirino Castillo, Joel. "Derecho Civil III". Contratos Civiles, Primera Edición, México 1986.
- 43.- Olvera de la Luna, Omar. "Contratos Mercantiles". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1987.
- 44.- Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Segunda Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid 1974.
- 45.- Mantilla Molina, Roberto. "Derecho Mercantil". Décimo Quinta-Edición, Editorial Porrúa, México 1975.
- 46.- López Vilas, Ramón. "El Subcontrato". Editorial Tecnos, - - - Madrid 1973.
- 47.- Masnata, Héctor. "El Subcontrato". Editorial Abeledo-Perrot, - Buenos Aires 1966.

CAPITULO IV

SU REGULACION EN OTROS PAISES
Y OTRAS DISPOSICIONES LEGALES.

CAPITULO IV

SU REGULACION EN OTROS PAISES.A) REFERENCIA DEL CODIGO DE COMERCIO DE
LA REPUBLICA DE GUATEMALA.

Artículo 713: Contrato Estimatorio. "El Contrato por el cual una parte entrega a otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo.

Se regirá por las siguientes reglas:

1.- El consignatario quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución, aún por causas que no le sean imputables.

2.- El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero éstas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél, mientras no ha sido pagado el precio.

3.- El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas, en tanto que no le sean restituidas".

Colección legal, Comercio e Industria Tomo I Segunda Sección, Capítulo II 1987, Ediciones Legales, Comercio e Industrial.

Un gran acierto por parte de los legisladores guatemalte-

cos, es la de haber incluido dentro de su texto legal, como lo es - el Código de Comercio, la regulación expresa del contrato estimatorio en la que vierte un concepto apropiado a la operación de tráfico comercial que realizan consignante y consignatario; fijando el precio o la devolución del objeto y que éste verse sobre bienes muebles única y exclusivamente.

Por otra parte, fija las reglas para ambas partes, previendo para el consignatario la no liberación del pago del precio, en caso de que sea imposible la restitución; esto es, que prevee lo que en la doctrina se conoce con el nombre de la teoría del riesgo. Además, fija la disponibilidad del bien u objeto en favor del consignatario o deudor, el cual conforme a nuestra doctrina se le conoce como una posesión precaria dicho propiamente.

B) REFERENCIA DEL CODIGO DE COMERCIO
DE HONDURAS.

CAPITULO V

DEL CONTRATO ESTIMATORIO.

Artículo 826: "El contrato estimatorio por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas:

I.- El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido,

porque sea imposible su total restitución aún - por causas que no le sean imputables.

II.- El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero éstas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagado el precio, y

III.- El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas".

Título II. Contratos Mercantiles en Particular.

"Código de Honduras de Comercio" 1950 (1977).

Libro IV Obligaciones por Contratos Mercantiles.

Tegucigalpa, D.C. Honduras Centro América. Pág. 281

Igual regulación existe de este país conforme a lo establecido por el Código de Comercio de Guatemala. (También lo hace en forma idéntica el Código de Comercio Salvadoreño en su Artículo -- 1051, en su Libro III, Capítulo V).

C) REFERENCIA DEL CODIGO CIVIL
DE ITALIA.

Está regulado como un contrato típico y autónomo, incluido en él:

Capítulo "De los Contratos Translativos de Dominio".

Artículo 1556: "Con el contrato estimatorio, una parte consigna una o más cosas muebles a la - -

otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo-
que restituya la cosa en el término estableci-
do".

De tal definición otorgada por el Código Civil Italiano,-
podemos inferir que maneja los mismos elementos que son utilizados-
en las legislaciones centroamericanas, que regulan dicho contrato;-
debido a esta situación tan peculiar y como no hay más regulación -
del mismo, en dicho ordenamiento, creo que basta con hacer solo men-
ción de lo expresado en dicho Artículo, sin profundizar más allá, -
ya que sus elementos los hemos venido desglosando a lo largo de es-
ta hipótesis.

D) REFERENCIAS DE ALGUNAS DISPOSICIONES
EXISTENTES EN NUESTROS DIVERSOS ORDE-
NAMIENTOS LEGALES, QUE REGULAN ALGU-
NOS ASPECTOS DEL CONTRATO ESTIMATO-
RIO.

1.- Artículo 159 Fracción VI inciso a), de la Ley de Quie-
bras y Suspensión de Pagos.

Título de la Separación de la Quiebra.

Artículo 159: "En consecuencia, podrán separar
se de la masa los bienes que se encuentren en -
las situaciones siguientes o en otras que sean-
de naturaleza análoga.

F.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 no ha transcurrido el plazo señalado para hacerla".

Legislación Mercantil y Leyes Conexas Tomo II, Ediciones-Andrade, S.A. de C.V. 1991. Ediciones actualizadas, modificadas y complementadas.

2.- Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Del fletamiento por Entero o por Compartimento.

Artículo 165: "Transcurrido el término de la estadía, sin que se haya realizado la carga o descarga del buque por culpa del cargador o del destinatario, se concederá un término de sobre-estadía que será igual al número de días laborables que se señalaron para la estadía; pero en él se computarán todos los días, inclusive los feriados.

La cuota de sobre-estadía será por cuenta de los cargadores o consignatarios que la hubiesen ocasionado; se computarán según las costumbres o usos locales y a falta de ellos, será igual a --

los gastos de las estafas más de veinticinco - por ciento.

Las disposiciones de este Artículo, regirán salvo pacto,- reglamento local o uso en contrario".

Artículo 172: "Mientras el consignatario no solicite la entrega de las mercancías, el cargador podrá variar la consignación, pero si se expidió conocimiento de embarque, el cargador sólo podrá variar al consignatario, si devuelve - el título original".

Artículo 174: "Si el consignatario refusare recibir las mercancías, el porteador podrá depositarlas en lugar seguro por cuenta del cargador o, si se hubiese expedido conocimiento, por - cuenta del titular del mismo.

El porteador podrá pedir al juez que autorice - la venta, por medio de corredor o de comerciante establecido, de las mercancías suficientes - para cubrir los créditos del transporte. El remate, si lo hubiere, se depositará a disposición del cargador, del destinatario o del titular del conocimiento".

Artículo 175: "El transportador será responsable de los daños y averías que sufran las mer-

canfias y efectos cuando le sean imputables. -- Cuando los daños se deban a vicios ocultos, caso fortuito o fuerza mayor, a instrucciones del cargador, del consignatario o del titular del conocimiento, el transportador quedará exento de responsabilidad".

Artículo 179; "El porteador deberá poner las cosas transportadas a disposición del consignatario o del titular del conocimiento en el lugar y términos pactados o usuales".

Leyes Federales e Impuestos Tomo.I. Ediciones Andrade, S.A.
de C.V. 1991 Ediciones actualizadas, modificadas y complementadas.

3.- Ley del Impuesto al Valor Agregado.

De la prestación de Servicios.

Artículo 14: "Para los efectos de esta ley se considera prestación de servicios independientes:

F.IV El mandato, la comisión, la mediación, la agencia, representación, la correduría, la consignación y la distribución".

Micro Themis, Sumario Fiscal, Cuarta Edición Enero 1991 -
Lic. y C.P. Enrique Calvo Nicolau, C.P. Enrique Vargas Aguilar.

4.- Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 994: "Si el usufructo comprende cosas-

que no pueden usarse sin consumirse, el usufructuario tendrá el derecho de consumirlas, pero está obligado a restituir las al terminar el usufructo, en igual género, cantidad y calidad. No siendo posible hacer la restitución, está obligado a pagar su valor, si se hubiesen dado estimadas, o su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, si no fueron estimadas".

El Artículo 2506 del cuerpo legal antes citado establece:

"Si la cosa ha sido estimada al prestarla, su pérdida, aún cuando sobrevenga por caso fortuito, es de cuenta del comodatario, quien deberá entregar el precio si no hay convenio expreso en contrario".

El Artículo 2774 de dicho ordenamiento en relación al título de los contratos aleatorios en especial de la renta vitalicia expresa lo siguiente:

"La renta vitalicia es un contrato aleatorio -- por el cual el deudor se obliga a pagar periódicamente una pensión durante la vida de una o más personas determinadas, mediante la entrega de una cantidad de dinero o de una cosa mueble o raíz estimadas, cuyo dominio se le transfiere desde luego".

E) CASO PRACTICO DE UNA CONSULTA REALIZADA AL BANCO NACIONAL DE MEXICO CON REPRESENTACION EN PARIS, A LAS OFICINAS UBICADAS EN NUESTRO PAIS, RESPECTO DEL SISTEMA DEL DEPOSITO CONSIGNACION.

"En contestación a dicha consulta, es grato informar lo siguiente:

El sistema del depósito consignación, no está regulado expresamente; sin embargo, ha sido reconocido plenamente y goza de la misma protección legal que los contratos reglamentados.

Nuestra Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en el capítulo de la separación de la quiebra, nos dice lo siguiente: De la masa de la quiebra pueden separarse mercancías que sean identificables y cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado; señalándose entre otras, las recibidas en consignación por virtud de un contrato estimatorio o de depósito consignación.

De lo anterior, podemos desprender que el depositario, en el presente caso, la Casa Mexicana, llegado el acontecimiento de la quiebra, tendrá que restituir al exportador francés, las mercancías depositadas en consignación, supuesto que, dichas mercancías mientras no sean vendidas por la Casa Mexicana, seguirán siendo propiedad del exportador.

Es menester que el exportador francés y la compañía mexicana tomen en cuenta al celebrar el contrato de depósito consigna-

ción, las siguientes normas que constituyen el régimen jurídico de los contratos que no se encuentren expresamente reglamentados:

1.- En su parte estructural o de esencia, se sujetarán a las reglas generales de los contratos.

2.- En su contenido, privan el principio de su autorregulación y en lo que las partes fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados.

En virtud de que las partes pueden darle al contrato en cuestión, el contenido que juzguen conveniente, nos permitimos para la mejor reglamentación del mismo, hacerle las siguientes sugerencias:

Creemos que podrían resultar aplicables algunos preceptos del Código de Comercio que regulan la Comisión Mercantil, dado - - que, la Casa Mexicana al vender las mercancías en consignación, es está desempeñando comisión mercantil, y el exportador francés al mandarla, está confiriendo comisión mercantil.

En caso de que quiera garantizar el contrato de depósito consignación, podrá celebrarse un contrato accesorio de fianza, -- prenda e hipoteca".

CAPITULO V

CONCLUSIONES.

CAPITULO V

Obvio es que todo esfuerzo tiene un resultado, este caso no es la excepción, agotado el estudio y análisis de la figura en cuestión, con los elementos planteados y la debida valoración de las consideraciones vertidas, es menester finalizar la presente tesis exponiendo las respectivas

CONCLUSIONES :

1.- El Contrato Estimatorio tiene su origen en el Derecho Romano, cuna de la mayoría de nuestras instituciones jurídicas, el cual perteneció a los contratos innominados y se llamó "Datio in aestimatum", acción que denominaron así los jurisconsultos de aquella época.

Muy en particular se incluyó en el grupo de los llamados Facio ut Facias, que era una especie de convenio para el intercambio de servicios; es decir, "hago para que hagas", de tal forma que un comerciante aceptaba mercancías u objetos, con obligación de devolverlas después de algún tiempo o entregar un precio previamente convenido si las hubiere vendido; por tanto, hay una obligación de hacer.

2.- El Contrato Estimatorio materia de nuestro estudio surge en la práctica comercial mexicana a través de los usos y las costumbres, que son practicadas dentro del conjunto social y que es de gran importancia para todas aquellas figuras jurídicas atípicas-mercantiles, puesto que de su práctica reiterada forman lo que se -

denomina la tipicidad social.

El grave problema de estos contratos atípicos se da en el sentido de que lo regula una costumbre y no un precepto legal - pudiendo generar un descontento entre las partes cuando no se cumplen las disposiciones por alguna de éstas.

Por lo tanto, entre la costumbre y su tipificación existe un problema transitorio, mientras que el poder público no le reconozca un carácter obligatorio a esta práctica comercial, como lo es la costumbre aplicada a la regulación del contrato estimatorio.

3.- La productividad de las fuentes formales del Derecho Mercantil referidas sobre todo a la costumbre, es frecuente; y aunque sin dejar de desconocer su formación histórica, en la época actual y de hecho al menos en México, no es fácil señalar la existencia de la misma a fin de que haya tenido una verdadera influencia en la vida jurídica o que hayan sido reconocidas en las sentencias dictadas por nuestros tribunales, ya que la fuente formal primaria y esencial de nuestro Derecho es por excelencia la ley.

4.- En su connotación jurídica, este contrato recibe el nombre de estimatorio, denominación empleada en base a su origen romano y porque el término estimatorio proviene de que la cosa mueble objeto materia del contrato, se entregará con su estimación -- o precio estimado, pero en la práctica mercantil se le ha dado el nombre de consignación, vocablo con el que lo mencionan por desconocimiento de una terminología jurídica apropiada.

Toda vez que puede llegar a crear una confusión debido a que el vocablo consignación aparece en nuestra legislación para regular figuras jurídicas distintas del contrato estimatorio, como lo son en materia de obligaciones "Del ofrecimiento en pago y de la -- consignación" o aquella que está referida al ejercicio de la acción penal dentro de la institución del Ministerio Público, sólo por citar algunos.

5.- Aunque tiene características de diversos contratos -- mercantiles o civiles, es un contrato autónomo por participar de -- elementos y características que obligan a no confundirlo con ningún otro.

Es un contrato real en oposición a consensual, es bilateral, oneroso, principal, translativo de dominio y aleatorio, esto -- último debido a que las partes ignoran el desenlace económico en -- que va a terminar la operación.

6.- El objeto de este contrato es variado como pueden ser bienes fungibles o consignación de mercaderías y géneros no fungibles, pero en todo caso siempre serán bienes muebles.

7.- En el contrato estimatorio se consigna un acto jurídico con una modalidad, debido a que tiene un plazo; a fin de que cuando fenezca el mismo, las cosas se restituyan al propietario en caso de no efectuarse la venta o bien se pague el precio.

Aquí el plazo o término va hacer el resolutorio, pues va a dar fin a una relación jurídica pre-existente; por tanto, tiene-

una doble función no solo como una modalidad de la obligación, sino como una forma de extinguirlas por advenimiento del acontecimiento-futuro. Al fenecer el plazo nada impide el que se esté renovando o prorrogue constantemente.

8.- Contiene una obligación alternativa de tal suerte que existen dos o más prestaciones por medio de las cuales el deudor se libera ya sea con la devolución del bien mueble o el pago del precio obtenido de la venta.

9.- Los bienes objeto materia del contrato, deben ser tangibles; es decir, que pueden ser materia de entrega, de tal suerte que por su naturaleza no existe un contrato estimatorio sobre derechos.

10.- Los elementos personales son el consignante, quien es el propietario del bien, y si es a través de representante debe tener un poder general amplísimo, para llevar a cabo la venta del objeto puesto que es un acto de dominio, y si es una persona moral, - son suficientes para obligarse las facultades de administración que tienen los gerentes, siempre y cuando dichos bienes formen parte del activo.

Y el consignatario que es quien estima vender la cosa o - en su defecto restituirla al vencimiento del plazo.

Consignante y Consignatario deben poseer capacidad de goce y de ejercicio.

11.- En dicho contrato existe una libre disposición por --

parte del consignatario, puesto que se tiene en poder una cosa por virtud de la dependencia en que se encuentra, respecto del propietario de la misma.

12.- La formalidad es un elemento de validez del propio contrato, sin que esto signifique que requiere de la forma para su perfeccionamiento, puesto que es real, y la falta de forma hace que él mismo pueda ser impugnado de nulidad relativa.

Lo que en la práctica comercial se suscita en forma reiterada y más o menos viciosa, es que existen documentos sobre la entrega de la cosa, por lo cual el consignatario se da por recibido de los mismos mediante la firma de tal documento, que no es una formalidad del contrato; de ahí su necesidad de que sea regulado, debido a que la forma se exige en nuestros días, no porque las fórmulas escritas le den fuerza propia al contrato, sino debido al interés público en evitar litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia y en general todas las ventajas que explican la formalidad exigida en aquellos contratos que están reglamentados.

13.- La sustantividad de nuestro contrato estimatorio no es una característica sino un significado de que existe y de que es diferente a todos los demás, toda vez que su naturaleza jurídica ha sido muy discutida, puesto que se le ha considerado una compra-venta, una prestación de servicios, un mandato o una comisión mercantil, una gestión de negocios o un corretaje; pero aún de semejan-

tes comparaciones y a falta de regulación en nuestra legislación mercantil, sólo sirve como punto de partida para dejar más en claro porque es autónomo y no participa de ningún otro contrato, dado que la mayoría de los doctrinarios tratan de dar una solución que permita encontrar un apoyo legal a la actuación del consignante y consignatario.

14.- Exuesto todo lo anterior, y para concluir redondeando todas y cada una de las conclusiones y la hipótesis aquí planteada; además de que el mencionado contrato se encuentra ya previsto en legislaciones mercantiles como las de Guatemala y Honduras, o en la civil como lo es en Italia; sólo a manera de ensayo, me atrevo a proponer a nuestros señores legisladores, un anteproyecto de como debería de regularse el contrato estimatorio en nuestro Código de Comercio vigente, para quedar de la siguiente manera:

"El Contrato Estimatorio es aquel por virtud del cual, -- una parte llamada consignante transmite la disponibilidad y no la propiedad de una o varias cosas muebles fungibles o no fungibles pero que son tangibles, a otra persona denominada consignatario, para que le pague un precio por ellas en caso de venderlas, o bien se las restituya en el término establecido.

Se regirá por las siguientes reglas:

a) El consignatario posee una obligación alternativa de pagar el precio o de devolver la cosa, aunque no se libera de ambas por causa de que le sea imposible su restitución, aún por motivos o

causas que no le sean imputables. Aplicándose por lo tanto y sólo en forma supletoria, las reglas contenidas en el derecho común para las obligaciones alternativas.

b) El consignante debe procurar la posesión útil de la cosa y una transmisión pacífica de la propiedad, que no genere -- situaciones conflictivas para ninguna de las partes, pues lo obliga la buena fe; en caso contrario, debe responder por evicción y - - - vicios ocultos.

c) Si el consignante pactó una retribución o beneficio - para el consignatario, como un porcentaje en el precio de la venta, se deriva esta obligación a su cargo en los términos pactados en el contrato, o puede también pactarse que el consignatario retenga del precio retribuido por la cosa, la parte que le corresponda.

d) El consignatario podrá disponer válidamente de la cosa, sólo con el fin previsto en el contrato, actuando siempre de -- buena fe y en favor de los intereses del consignante, pero las - - cosas consignadas a su favor no podrán ser embargadas por sus acreedores por no estar dentro de la masa de sus bienes o patrimonio, -- mientras no haya sido pagado el precio y solo por cuanto hace a sus ganancias.

e) El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas, en tanto no le sean restituidas.

f) Son causas de terminación del mismo:

- El agotamiento natural del contrato o lo que es lo-

mismo, la ejecución total de las obligaciones derivadas del mismo contrato.

- El vencimiento del plazo.
- La muerte de alguno de los contratantes.
- El mutuo consentimiento.
- La resolución o rescisión que sobrevenga por el incumplimiento de alguna de las partes, o por una imposibilidad superveniente de obligaciones a cargo de una de las partes en el contrato bilateral.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Arce Gargollo, Javier. "Contratos Mercantiles Atípicos". Segunda Edición, Editorial Trillas, México 1989.
- 2.- Barrera Graf, Jorge. "Tratado de Derecho Mercantil". UNAM, México 1957.
- 3.- Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Cíviles". Tercera Edición, Editorial Harla, México 1984.
- 4.- Betti, Emilio. "Teoría General de las Obligaciones". Traducción de José Luis de los Mozos, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970.
- 5.- Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Décima Edición, Editorial Porrúa, México 1985.
- 6.- Bonfante, Pedro. "Instituciones de Derecho Romano". Traducción de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Instituto Editorial Reus, Madrid 1965.
- 7.- Branca, Guiseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Traducción de Pablo Macedo, Editorial Porrúa, México 1976.
- 8.- Bravo Valdés, Beatriz y Bravo González, Agustín. "Segundo Curso de Derecho Romano". Undécima Edición, Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarian, México 1984.
- 9.- Broseta Pont, Manuel. "Manual de Derecho Mercantil". Cuarta Edición, Editorial Tecnos, Madrid 1978.
- 10.- Chirino Castillo, Joel. "Derecho Civil III". Contratos Cíviles, Primera Edición, México 1986.

- 11.- Díaz Bravo, Arturo. "Contratos Mercantiles". Tercera Edición, - Editorial Porrúa, México 1989.
- 12.- Díez Picazo, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial". Tecnos, Madrid 1979.
- 13.- Ehrlich, Eugen. "Fundamental Principles of Sociology and - - Law". Traducido por Walter L. Moll, Harvard University Press, - Cambridge, Massachussets 1936.
- 14.- Floris Margadant, Guillermo. "El Derecho Privado Romano". Décimo Tercera Edición, Editorial Esfinge, México 1985.
- 15.- García Maynez, Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, México 1978.
- 16.- Garrigues, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil". Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1978.
- 17.- Geny, Francisco. "Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado Positivo". Madrid 1919.
- 18.- Gómez Lara, Cipriano. "Teoría General del Proceso". Séptima -- Edición, Editorial UNAM, México 1987.
- 19.- López Vilas, Ramón. "El Subcontrato". Editorial Tecnos, Madrid 1978.
- 20.- Mantilla Molina, Roberto L. "Derecho Mercantil". Vigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, México 1987.
- 21.- Masnata, Héctor. "El Subcontrato". Editorial Abeledo-Perrot, - Buenos Aires 1966.

- 22.- Olvera de la Luna, Omar. "Contratos Mercantiles". Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1989.
- 23.- Pallares, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Dé cimo Novena Edición, Editorial Porrúa, México 1990.
- 24.- Pedamon, Michael. "Sobre el Criterio de Distinción entre el --
Uso y la Costumbre". Revue Trimes, Trielle de Droit Commercial,
XII Abril-Junio 1959.
- 25.- Puig Peña, Federico. "Tratado de Derecho Civil Español". Segun da Edición, Revista de Derecho Privado, Madrid 1974.
- 26.- Pugliati, Salvador. "Introducción al Estudio del Derecho Ci--
vil". Traducción Alberto Vázquez del Mercado, México 1943.
- 27.- Rocco, Alfredo. "Principios de Derecho Mercantil". Traducido -
por Garrigues, Madrid 1931.
- 28.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. "Derecho Mercantil". Décimo Nove
na Edición, Editorial Porrúa, México 1988.
- 29.- Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Bienes,
Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, México 1986.
- 30.- Sánchez Calero, Fernando. "Instituciones de Derecho Mercantil".
Sexta Edición, Clares, Valladolid 1977.
- 31.- Sánchez Medel, Ramón. "De los Contratos Civiles". Octava Edi-
ción, Editorial Porrúa, México 1986.
- 32.- Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil". Traduc-
ción de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado,
Madrid 1967.

- 33.- Uría, Rodrigo. "Derecho Mercantil". Duodécima Edición, Madrid - 1982.
- 34.- Vázquez Martínez, Edmundo. "Derecho Mercantil". Octava Edición, Guatemala 1966.
- 35.- Vázquez del Mercado, Oscar. "Contratos Mercantiles". Primera - Edición, Editorial Porrúa, México 1982.

LEGISLACION CONSULTADA.

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa. México 1992.
- 2.- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S. A. Quincuagésima Novena Edición, México 1991.
- 3.- Código de Comercio y Leyes Complementarias, Quincuagésima Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1991.
- 4.- Ley de Navegación y Comercio Marítimo, Editorial Porrúa, México 1991.
- 5.- Ley de Impuesto al Valor Agregado. Micro Themis, Sumario Fiscal, Cuarta Edición, Enero 1991.
- 6.- Código de Comercio de la República de Guatemala. Ediciones Legales. Comercio e Industria 1987.
- 7.- Código de Comercio de Honduras 1950 (1977).
- 8.- Código de Comercio Salvadoreño.
- 9.- Código Civil de Italia.
- 10.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Leyes Federales e Impuestos, Ediciones Andrade, S. A. de C. V. 1991, Ediciones Actualizadas, Modificadas y Complementadas.
- 11.- Diccionario de Derecho Privado. Editorial Labor. México 1951.