

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO



EL CONTRATO ESTIMATORIO



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES

T E S I S P R O F E S I O N A L
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
P R E S E N T A
MARCELA NIMBE GARCIA ROMERO

MEXICO, D. F.

1985



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

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

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO

- 1.1 El Derecho Romano y utilidad de su estudio
- 1.2 Concepto de obligación en Derecho Romano
- 1.3 Contratos romanos
- 1.4 Los contratos innominados
- 1.5 El contrato estimatorio en Roma
- 1.6 Antecedentes Postrománicos
- 1.7 Antecedentes en el Derecho Mercantil Mexicano

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO ESTIMATORIO EN EL DERECHO COMPARADO Y ALGUNAS NOTAS SOBRE CONTRATOS AFINES

- 2.1 Italia
- 2.2 Austria
- 2.3 Honduras

- 2.4 México
- 2.5 España
- 2.6 Portugal
- 2.7 Argentina
- 2.8 Perú

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO ESTIMATORIO

- 3.1 Teoría del depósito para la venta (Bolaffio-Ascarelli)
- 3.2 El contrato estimatorio y la venta bajo condición suspensiva (Salandra - Garrigues).
- 3.3 El contrato estimatorio como contrato mixto (Trabucchi).
- 3.4 El contrato estimatorio y el contrato de mediación.
- 3.5 El contrato estimatorio conocido también como venta a consignación.
- 3.6 El contrato estimatorio como figura independiente (Messineo - De Martini - Díaz Bravo).
- 3.7 Concepto de la sustentante acerca del contrato estimatorio

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO ESTIMATORIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

- 4.1 Supletoriedad del Derecho Civil en materia mercantil.
- 4.2 Determinación del carácter mercantil del contrato estimatorio.
- 4.3 Elementos del contrato estimatorio.
- 4.4 Efectos del contrato estimatorio y su contenido obligacional.
- 4.5 Terminación del contrato estimatorio.
- 4.6 Necesidad de regulación del contrato estimatorio en el Código de Comercio Mexicano y propuesta de artículos aplicables.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

- C. C. Código Civil para el Distrito Federal.
- C. Co. M. Código de Comercio Mexicano.
- c. e. Contrato estimatorio.
- C. C. I. Código Civil Italiano.
- D. Digesto.
- LQSP Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

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

La obtención de un título profesional, constituye para el estudiante un fin y un principio, éste, el pasar a formar parte de un grupo, que si no consideramos privilegiado, cuando menos es afortunado, ya que cuenta con las herramientas con las cuales trabajar y aquél, el fin a la vida de estudiante, que para muchos fué de privaciones pero lleva aparejada la alegría de la juventud.

La elección del tema a desarrollar es a nuestro parecer, lo que constituye el problema más difícil en la elaboración de una tesis profesional, ya que debe reunir características como la novedad, el interés y principalmente aportar algo, aunque, sólo sea un grano de arena en la inmensidad del mundo jurídico. Temas que esperamos cubrir en el transcurso de este análisis.

El contrato estimatorio, figura contractual existente desde hace mucho tiempo, poco favorecido por las diversas legislaciones, se ha considerado esencial en el comercio en pequeño, en la venta de objetos de difícil realización y bastante usual en la compraventa de libros; es la conocida venta a consignación, por la cual una persona entrega una o varias mercancías a un comerciante para que éste las venda en un determinado plazo, al vencimiento del cual el comerciante debe pagar el precio originalmente convenido o devol-

ver la mercancía en las condiciones que la recibió.

La realidad económica de nuestro país, el constante desempleo y el menester de cubrir cada día con más esfuerzos las necesidades de una familia, ha impulsado a mucha gente que jamás pensó en hacerlo a comerciar en pequeño. Es a ellos principalmente, a los que sufren los resultados de la crisis, a quienes servirá de alguna forma este estudio, ya que el contrato estimatorio, es el pan de cada día en este tipo de negocios, y la falta de reglamentación del mismo fué la causa que originó nuestra inquietud para hacer un estudio y propuesta al respecto.

El contrato estimatorio constituye para muchos la tabla de salvación del pequeño comerciante, ya que le permite tener un negocio decoroso con una inversión mínima y sin riesgo de su propio capital.

Por otra parte, constituye la forma más accesible para el particular de hacer llegar un objeto de difícil venta al público consumidor.

En el ambiente editorial, es usado el contrato que nos ocupa, con algunas modificaciones que serán expuestas más adelante.

Para introducirnos al estudio del contrato estimatorio, acudimos primeramente a los antecedentes históricos, a partir del Derecho

III

Romano donde el "aestimatum" ya era una figura conocida.

Posteriormente realizamos un estudio de derecho comparado, encontrándonos que ha sido un tema poco tratado en las legislaciones extranjeras y que aunque en México es un contrato atípico, el artículo 159 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, es innovador totalmente, ya que separa de la masa de la quiebra los bienes que se encuentran en poder del fallido por virtud de un contrato estimatorio.

Continuamos con el estudio de las diversas teorías que se han elaborado respecto a la naturaleza jurídica del contrato estimatorio.

Finalmente acudimos al estudio de tan controvertida figura a la luz de la Teoría General del Contrato; para finalizar nuestro trabajo con la propuesta de la inclusión de un proyecto de articulado para el contrato estimatorio en el Código de Comercio Mexicano.

Rogamos a nuestros lectores consideren este trabajo como una modesta aportación, a un tema que para nosotros, por su importancia económica, interés jurídico y naturaleza controvertida, resultó apasionante desde el primer día de su estudio.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO

1.1 EL DERECHO ROMANO Y UTILIDAD DE SU ESTUDIO

Conocemos como Derecho Romano al derecho aplicado por las autoridades romanas hasta el año de 476 D.C. y desde que se dividió el Imperio, el derecho que reconocieron las autoridades bizantinas hasta 1453 (1).

Define Eugene Petit el Derecho Romano como "el conjunto de los principios de Derecho que han regido la Sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano" (2).

Por su parte Alvarez Suárez, manifestándose en el mismo sentido, señala que el Derecho Romano es el que estudia las reglas jurídicas por las que se rigió el pueblo en Roma en diversas etapas de su historia política como son la Monarquía, República, Principado e Imperio (3).

Cabría preguntarse el interés que tiene para este trabajo el estudio de instituciones tan antiguas.

El Derecho Romano ha constituido la base o componente principal de las legislaciones positivas modernas, en el área del derecho privado y siendo el c.e. un tema de Derecho Mercantil y por lo tanto de derecho privado, no podemos desconocer sus antecedentes históricos.

Por otra parte, el análisis histórico de conceptos de interés para este estudio como son nociones del contrato, los contratos inno-
minados y la figura principal el AESTIMATIUM, nos proporcionan una
base para lograr el objeto de este estudio.

A pesar de que el Derecho Romano se aplicó desde la Monarquía
(754 A.C.) hasta la época conocida como el Imperio (254 D.C. a 527
D.C.) nos referiremos únicamente a la compilación Justiniana, en la
que se realizó la unificación de todos los elementos de derecho has-
ta entonces manejados, refiriéndonos en especial al Digesto que reu-
nió las obras de los jurisconsultos que tenían facultad de dictar
respuestas en nombre del emperador.

1.2 CONCEPTO DE OBLIGACION EN DERECHO ROMANO

Nos refiere Petit que la teoría romana de las obligaciones fue
llevada a su máxima expresión por las autoridades de esa época.

Quedan definidas las obligaciones en las Instituciones de Justi-
niano del siguiente modo "es un lazo de derecho que nos constriñe
en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al Derecho de nuestra
ciudad" (4).

Los elementos de las obligaciones eran: a) un sujeto activo o
acreedor, b) un sujeto pasivo, c) un objeto, consistente en un ac-
to que el deudor debe realizar en provecho del acreedor, expresado
como fuerte.

Las Instituciones dividen las obligaciones en cuatro clases: de

un contrato, de un delito, como de un contrato y como de un delito (5).

En virtud de que para nuestros fines sólo nos interesa el contrato, recordaremos algunos puntos de importancia dentro de la estructura romana del contrato.

1.3 CONTRATOS ROMANOS

De acuerdo al Derecho Romano, eran considerados contratos sólo a aquellas obligaciones que creaban un derecho. Al igual que en el derecho actual, definían al contrato como un acuerdo de voluntades en tre varias personas, que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles.

Clasificaban los contratos de la siguiente manera: a) contratos nominados, eran todos los reconocidos por el Ius Civile de la última época republicana. Estos a su vez se dividían en: 1) contratos verbis, que se perfeccionaban manifestando "las frases consagradas por la tradición" a veces relacionadas con la religión o la magia" (6), como la stipulatio; 2) contratos litteris, que se perfeccionaban por escrito; 3) contratos reales, que se perfeccionaban por la entrega de la cosa aunada al consentimiento, como el mutuo y 4) contratos consensuales, que se perfeccionaban por el acuerdo de las partes, como la compraventa. b) Contratos innominados, de creación posterior a lo nominados, se desarrollaron en la época clásica. c) Pactos vestidos (adjectos, pretorios y legitimos) convenciones muy parecidas a los contratos incluso gozaban de eficacia procesal (7).

Los deberes originados por los contratos pasaban íntegramente a los herederos. Los pater familias respondían también por las obligaciones contractuales a que se hubiesen obligado sus esclavos.

Por último, agregaremos, que la forma era un elemento esencial en los contratos romanos, al grado de que, según opina Floris "En aquella época consentimiento y causa significaban poco, la forma era lo esencial".

1.4 LOS CONTRATOS INNOMINADOS

Uno de los contratos de mayor uso en la vida comercial romana era el contrato innominado llamado AESIMATIUM, que consideramos el antecedente directo del c.e., materia de este estudio, por lo que es preciso indicar en qué consistía un contrato innominado.

Señala Eugéne Petit que en Derecho Romano se consideraba contrato innominado a la convención sinalagmática no clasificada entre los contratos nominados que era ejecutada por una de las partes en espera de una prestación recíproca (9).

Dada la prestación recíproca, los contratos innominados se clasificaban en cuatro grupos: a) do ut des b) do ut facias c) facio ut des d) facio ut facias.

Según nos lo señala el maestro Floris Magadant el contenido de

cada uno de los grupos de contratos innominados era el siguiente (10):

Do ut des.- El significado de la frase es doy para que des, y el caso típico es la permuta que se incluyó dentro de los contratos innominados por sus características especiales que lo diferencian de la compraventa, además de su carácter real.

Do ut facias.- Cuyo significado es doy para que hagas, es el punto de vista contrario al facio ut des, sólo que el contrato es observado desde la persona que prometía un objeto a cambio de un servicio.

Facio ut des.- Se trataba de la prestación de servicios por una persona a cambio de que otra le prometiera la entrega de un objeto que no fuese dinero.

Facio ut facias.- Es el clásico hago para que hagas, consistente en un intercambio de servicios. No producía acción por el acuerdo de voluntades, sino sólo hasta que una de las partes cumplía lo pagado.

Los contratos innominados más comunes eran la permuta, el aestimatum, que corresponde al c. e. materia de este estudio, el precarium (prestamo de uso) y la transactio.

Mucho se discutió sobre qué acción era aplicable a los contratos innominados, es decir, a su cumplimiento. En el último estado del Derecho Romano se les sancionó con la praescriptio verbis y la con-

dictio causa data, causa non secuta.

Por su parte, Faustino Gutiérrez, en su Diccionario de Derecho Romano afirma que los contratos innominados eran aquellas convenciones que no se encontraban reguladas en la ley y que se caracterizaban por contener una prestación recíproca, que se hacía obligatoria desde el momento que se daba cumplimiento a una sola de ellas. Dicha prestación podía consistir en la transmisión de la propiedad de una cosa, en un acto o en una omisión (11).

En Derecho Romano, los contratos innominados parecían obligar a una sola de las partes, ya que aunque resultaban de la convención entre dos personas, sólo se hacían obligatorios hasta que una de las partes voluntariamente efectuara la prestación prometida, sin embargo no era así, pues su carácter bilateral les venía de sí mismos, pues si se trataba por ejemplo de un *do ut des*, ambas partes tenían algo que cumplir.

Señala Floris Margadant, que los contratos innominados, más bien se parecían a los contratos reales, ya que recibían eficacia procesal por la prestación de la obligación de una de las partes (12), pero se diferenciaban de dichos contratos por sus consecuencias procesales.

1.5 EL CONTRATO ESTIMATORIO EN ROMA

Como ya se mencionó, el AESTIMATUM era una figura muy usual en

el comercio romano y era el 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 había podido venderlas" (13).

Considera Floris Margadant al aestimatum, como un contrato parecido a la compraventa, al mandato o al depósito irregular, pero que no encuadra en ninguno de ellos. Precisamente fue esta naturaleza dudosa del c. e. lo que indujo al legislador romano a incluir en el Digesto 19.3 la actio aestimatio, haciéndolo constar así.

Preocupa a este autor lo referente al riesgo en caso fortuito y señala la contradicción existente entre el D. 19.3.1.1 y el D.19.3.17.1, ya que mientras en el primero el riesgo correspondía al consignatario, en el segundo el riesgo corría a cargo del consignante.

Por su parte Peña Guzmán, define al aestimatum como una "convencción en virtud de la cual el propietario de una cosa, luego de avaluarla o estimarla, la entregaba a otra persona con el fin de que ésta la vendiera y le pague el precio o se la restituya en caso de que la venta no se realizara" (14).

Considera el citado autor que el aestimatum es el equivalente moderno del contrato de comisión o consignación, ya que en la comisión, el comisionista vende la cosa que recibe del comitente por un precio mayor al estimado, con objeto de obtener un beneficio.

El aestimatum se perfeccionaba por la entrega de la cosa pero la propiedad sólo se transmitía hasta que el vendedor entregaba al dueño el precio estimado de la cosa o la cosa misma.

El riesgo en opinión de Peña quedaba a cargo de la persona que debía vender la cosa, opinión basada únicamente en el D.19.3.1.1. y sólo se podía interrumpir su responsabilidad si la venta hubiere sido solicitada por el dueño de la misma.

Si la cosa era vendida en un precio menor al estimado, se debía pagar la diferencia, pero si era vendida en un precio mayor entonces el vendedor podía conservar la ganancia como salario de su gestión (15).

Indica Peña como única acción aplicable en caso de incumplimiento la actio praescriptis verbis, según se señala en el D.19.5.17.1.

El Diccionario de Derecho Romano de Gutiérrez menciona que el aestimatum es una modalidad de los contratos innominados "por el cual una persona entrega a otra una cosa estimada en dinero para que le devuelva tal precio o la misma cosa en caso de no haberla vendido" (16).

Señala Gutiérrez que se perfila el c. e. como una figura independiente y nos remite al Digesto libro XIX título III.

Por su parte el Digesto 19.3 (17), dedicado a la acción estimato

ria señala que se creó esta acción con el objeto de evitar dudas respecto a si cuando se daba a vender una cosa con estimación, tenía lugar la acción de venta, debido a la estimación, o la de locación como si se tratase de un arrendamiento de la cosa para venderla, la acción de conducción, como si se tratase de arrendamiento de servicios o bien la de mandato.

Agrega el Digesto que podrá existir duda respecto al nombre de algún contrato, pero era necesario se dictara una acción de palabras prescritas dada la existencia de un negocio civil y la buena fe existente.

Por nuestra parte consideramos que desde el Digesto ya estaban señalados los elementos característicos del c. e. y que son los mismos que en la actualidad consideran las legislaciones que lo regulan, a saber:

- 1.- Se trataba de un contrato real que se perfeccionaba por la entrega de la cosa.
- 2.- Convención sinalagmática del tipo innominado do ut facias.
- 3.- El bien materia del contrato debía ser una cosa mueble (mercaderías).
- 4.- El objeto del contrato era poner una cosa en manos de un comerciante, para que intentara en un determinado plazo venderla, obte-

niendo una ganancia por ello, y comprometiéndose a entregar al final de ese plazo un precio previamente estimado por su dueño o la cosa misma.

5.- El riesgo corría a cargo del consignatario como le denomina Peña, mientras no se cumpliera el plazo establecido, a excepción de los casos expresamente establecidos en el propio Digesto en el capítulo XIX, Título V, 17.1.

6.- El consignante no podía disponer de las cosas materia del contrato durante el plazo señalado, sin embargo no perdía la propiedad de las mismas.

7.- Por su parte el consignatario tenía la facultad de disponer totalmente de las cosas, pero no adquiría la propiedad.

Sin embargo el capítulo XIX, título V referente a las acciones de palabras prescritas y por el hecho, legislando siempre a través de ejemplos, en su inciso 17.1 apunta que si se dan las mercancías para la venta y que sean devueltas ellas o su precio y éstas se perdieran antes de la venta, el riesgo caería en el dueño de las mercancías si él solicitó al vendedor la venta, pero en el supuesto de que el vendedor hubiera solicitado del dueño las mercancías para su venta, el riesgo será sólo suyo, pero si ambos estuvieran de acuerdo, desde un principio, entonces el vendedor sólo responderá por dolo y culpa, mediante la aplicación de la acción praescriptis verbis.

Es nuestro sentir que no existe contradicción respecto a cargo

de quién corre el riesgo, entre el D.19.3.1.1 y el D.19.5.17.1, debido a que en el primero se da la regla general de que en caso de pérdida de la cosa materia del contrato, el riesgo cae en el vendedor, quien debe devolver la cosa o su precio estimado, más para ahondar en el asunto, el D.19.5.17.1 dá ejemplos para resolver a quién corresponde el riesgo en caso de duda.

Una nota característica del Derecho Romano era la existencia de tantas acciones como "derechos subjetivos o situaciones de hecho" (18) se consideraban dignas de protección, por lo cual la existencia de un derecho se encontraba sujeta a la existencia de una acción que lo protegiera (19).

La acción observada desde un punto de vista formal era "el acto que inicia el procedimiento, el instrumento jurídico de que dispone el demandante para poner en marcha la serie de trámites que bajo el control de la autoridad estatal van a procurarle la constatación de su derecho, y la satisfacción del mismo, autorizándole para que se la procure por sus propios medios (una vez comprobada la razón que le asiste), o prestándole el auxilio del poder público para lograrla (20).

El c.e., hasta el último estado del Derecho Romano (21) se encontró protegido por una acción en especial que, como ya mencionamos es la *actio aestimatoria* a la que se refiere el D.19.3. resumida por Justiniano bajo el concepto de la *actio praescriptis verbis*, también llamada *incerti condictio* o *actio civilis in factum* y *actio*

civilis incerti, según agrega Petit (22).

Esta acción sólo era usada cuando los "negocios" no tenían nombre o fórmula típica y se debían describir con palabras (23).

Por medio de esta acción, la parte que cumplía con su obligación, podía exigir a la otra su cumplimiento, y de no hacerlo, el demandado era obligado a pagar una cantidad que representaba el interés a que el demandante tenía derecho al obtener la prestación convenida (24).

Sin embargo, la *actio praescriptis verbis*, no hizo desaparecer la *condictio ob rem dati*, la que anteriormente se usaba para los casos en que la otra parte se negaba a cumplir.

Con la existencia de la *condictio ob rem dati* y la *actio praescriptis verbis*, se da la opción al demandante de obligar a cumplir lo convenido, o dar resolución al contrato y reclamar el objeto en tregado, por la *condictio ob rem data*.

Sólo agregaremos que en los negocios en que no se trataba de cosas, sino de servicios (*fatio ut fatias, fatio ut des*) la *condictio ob rem data* no funcionaba y durante mucho tiempo fue aplicable únicamente la *actio de dolo*, cuya aplicación era difícil ya que según nos señala Petit implicaba una condena infamante, era anual y fundada en el dolo del demandado (25).

1.6

ANTECEDENTES POSTROMANICOS

La tradición histórica de nuestro país nos obliga a repasar aunque sea brevemente las instituciones que rigieron la Península Ibérica.

La romanización de la cultura, y en especial del derecho tuvo su auge en España a partir de que Roma concedió la ciudadanía a los españoles (año 73 o 74 D. C.) (26) aplicándose en las ciudades un derecho no muy complicado, más bien "vulgar", hasta que en el siglo IV el Imperio dejó de perseguir a la religión cristiana y se convirtió posteriormente en religión oficial (año 380 D. C.).

La influencia de la religión en el derecho iniciase sobre todo en el área referente a la familia.

En el año 529 aproximadamente, se dió vigencia al Corpus Iuris Civilis de Justiniano, integrado por el Digesto, las Institutas, El Código y las Novelas, que fue una recopilación del saber legislativo existente a esas fechas y desde el siglo V al XII hubo diferentes ordenamientos jurídicos como el Fuero Juzgo y las Capitularias, pero siempre basados en el Derecho Romano.

A pesar de la invasión árabe, no quedaron constancias de grandes infiltraciones de derecho islámico en el derecho que regía España.

Los cristianos continuaron viviendo bajo el sistema del Fuero. En

el año de 1050 se produce el Fuero Viejo de Castilla y posteriormente el Fuero Real de 1225 y en 1255 el Fuero de Soria, sirviendo de derecho supletorio el Fuero Juzgo.

A partir del siglo XII se produce un nuevo interés sobre el derecho Justiniano, sobre todo a partir de su redescubrimiento.

Una reunión de todas las corrientes constituyen las Siete Partidas de Alfonso X, en las que predomina el Derecho Romano Bizantino compilado por Justiniano y reunían todas las normas pertinentes al derecho comercial.

"Estas partidas contienen una versión popularizada de normas romanistas en mezcla con figuras de inspiración visigótica, feudal y canónica" (27).

Las Siete Partidas se comenzaron a escribir en 1256 terminándose en 1265, son consideradas la máxima obra jurídica del siglo XIII (28). Tuvieron siete ediciones siendo la más reciente la de Gregorio López en 1555 y se consideró el Código de las Partidas de López como auténtico hasta 1818, en que lo compartió con la Academia de Historia haciéndose posteriormente doce ediciones más.

Según señala Pallares (29), este ordenamiento español, no fue aceptado plenamente a su publicación pero posteriormente fueron estudiadas y concordadas con el Derecho Romano y canónico y el Ordenamiento de Alcalá les dió vigencia de leyes supletorias.

La Quinta Partida que como su título señala "Que habla de los emprestidos, e de las vendidas, e de las compras e de los cambios e de todos los otros pleytos, e posturas que fazen los omes entre sí, de qual natura quier que sean" (30), nos parece que en su Ley XXVI relativa a las ventas sujetas a condición y el riesgo, en lo referente a si las cosas mejoran o empeoran antes de su venta, encontramos un antecedente del c.e., sobre todo porque en lo referente al riesgo adopta soluciones semejantes a las propuestas en el Digesto para casos similares, ya que dejaba correr el mismo a cargo del consignatario.

Señala la ley XXVI que habiendo sido puesta una condición en la venta de una cosa, y ésta empeoráse o mejorase antes de que la condición de la venta fuere cumplida, entonces el daño o empeoramiento o bien el beneficio pertenecía al comprador. En el caso de la venta a estimación, sustituiríamos la palabra comprador, por persona encargada de vender el objeto. Pero si la cosa se perdiese o destruyese toda, el daño sería del vendedor (dueño), aunque se cumpliera la condición posteriormente.

En este caso nos atrevemos a considerar que la venta está condicionada a su realización dentro de un plazo determinado y al final del mismo deber ser reintegrada la cosa en caso de no haberse vendido, o su precio estimado, en el supuesto contrario.

Por otra parte la Ley LIV se refiere a la venta del objeto ajeno, en nombre de la persona que tiene señorío sobre la cosa. Trata lo relativo a la validez de la compraventa del objeto ajeno, con auto-

rización del dueño y señala entre otros detalles del negocio, que si despues de vendida la cosa, ésta se pierde o muere (suponemos que se trata de animales o esclavos) puede el dueño de la cosa demandar el precio al vendedor.

A manera de información, nos gustaría agregar que el Título VI de la Quinta Partida, Ley V se refiere a los "Pleytos que son llamados en latín Contractos Innominatos que han semajanca con el cambio" (31). Señala que son pleitos o posturas que los hombres ponen entre sí y que no tienen nombres señalados y hace una descripción de los mismos, la cual coincide con la clasificación romana *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Sin embargo no señala ejemplos clásicos de estos contratos como el mutuo, el precarium o el aestimatum.

El ordenamiento de Alcalá de Henares (1348) publicado un siglo después de Las Siete Partidas, convirtió a éste en derecho supletorio, al jerarquizar las leyes del siguiente modo: primero era aplicable el propio ordenamiento, luego el Fuero Real y los locales, siendo el Fuero Juzgo supletorio de los locales y finalmente las Siete Partidas (32).

Podemos considerar que desde la época del Imperio Romano hasta el siglo XIX, los principales países europeos se vieron regidos por el Derecho Romano, que se conoció como Jus Commune, hasta que en 1804 el Código Napoleónico Francés viene a ser el arquetipo de nuevos códigos civiles locales, sin embargo la base del Código Civil

Napoleónico la constituyen los tres libros de las Instituciones de Justiniano y del Jus Commune de Europa medieval (33).

Por otra parte con el auge de la Iglesia Católica Romana, se vino a completar con el Derecho Canónico, el jus commune medieval y ambos sirvieron para la elaboración de los códigos civiles particulares (34). Se puede considerar en general, que la influencia romana fue mucho más importante que las aportaciones legales locales, las que nunca llegaron a tratar asuntos básicos.

1.7 ANTECEDENTES EN EL DERECHO MERCANTIL MEXICANO

Por lo que respecta a México, durante el período colonial se encontró regido su comercio por las Ordenanzas de Bilbao (Código de Comercio y Navegación conocido bajo el nombre de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la M. N. y M. L. Villa de Bilbao, aprobadas desde 1737 por Felipe V y D. Fernando VII en 1814) (35).

Dichas Ordenanzas en su capítulo Doce correspondiente a las comisiones entre mercaderes (36), modo de cumplirlas, y lo que se ha de llevar por ellas, en su artículo 9 señalan que "Cuando se recibieron efectos... para venderlos por cuenta y riesgo de sus dueños, deberá el comisario atender en su venta a las órdenes con que se hallare para hacerla, sea al contado, al fiado o a trueque, según las tuviere de tales dueños, ejecutándolas y observándolas puntualmente, y procediendo como cosa propia".

En su inciso II agrega que concluida la venta los comisarios formaran la cuenta señalando fecha, cantidad vendida, nombre del comprador, precio, plazos e importe, descontando gastos, derechos, corretaje y comisión.

Respecto a la suerte de las mercaderías colocadas a Comisión en el caso de quiebra, el capítulo 'diez y siete' referente a las quiebras en su artículo 27 señalaba (37) que las mercaderías que se hallaren en poder de fallidos, en calidad de comisión, depósito y en otra forma deberían ser devueltas a sus dueños pagando éstos los gastos que hubiesen causado.

Consideramos que la frase incluida en el artículo 27 "... en calidad de comisión, depósito y otra forma..." es lo suficientemente amplia como para incluir las mercaderías en calidad de venta a consignación, por lo que constituye un antecedente del c. e.

Consumada la Independencia de nuestro país, las Ordenanzas de Bilbao continuaron vigentes como única ley relativa al comercio, sufriendo algunas reformas y adaptaciones concordes a la nueva situación del país. En esta época se crean los tribunales mercantiles y las juntas de comercio.

El primer Código de Comercio Mexicano, dictado durante el último gobierno de Don Antonio López de Santa Anna, es la obra de Don Teodosio Lares, por lo que se le llama Código de Lares y se puede decir que es una copia de los códigos español y francés de comercio

(38). La vigencia del Código de Lares fue muy corta, sólo de año y medio, ya que se volvieron a poner en vigor las Ordenanzas de Bilbao por virtud de la ley de 22 de noviembre de 1855.

A partir de la restauración de la República se inician los intentos legislativos enfocados a la elaboración de un nuevo código de comercio (39), sin embargo estos esfuerzos se vieron coronados hasta el 20 de abril de 1884 en que fue expedido el nuevo código de comercio. Sin embargo, fue corta también la vida de este código ya que desde 1887 se formó una comisión que se encargó de su reforma, la cual fue publicada como Código de Comercio y entró en vigor el primero de enero de 1890, derogando las leyes mercantiles anteriores.

Considera Jacinto Pallares que la razón de la rápida modificación del Código de Comercio de 1884 fué que contenía diversas disposiciones inconstitucionales en lo relativo a bancos, que tenían por objeto favorecer el monopolio del Banco Nacional (40).

Comenta Felipe J. Tena que nuestro Código de Comercio actual es una copia del Código de Comercio español de 1885, "cuyas disposiciones transcribe a veces literalmente" (41), además de haber recurrido a otras legislaciones para algunas materias en especial.

Después de haber analizado el Código de Comercio de 1854, no parece existir artículo alguno que se refiera al c. e. en particular, ya que sólo se refiere a los comisionistas, lo cual mencionamos por

parecernos la figura más afín al vendedor de un objeto estimado.

En el libro Tercero, en lo tocante a la quiebra, en el artículo 865 encontramos el señalamiento de que las mercaderías que existan en la masa de la quiebra, y cuya propiedad no hubiese sido transmitida al quebrado por título legal, serán consideradas de dominio ajeno y devueltas a sus dueños.

El artículo 866 del mismo ordenamiento, establecía que para los efectos de ser reivindicados a su dueño, de acuerdo al artículo 865, se consideran ajenos, según la fracción tercera, las mercaderías que tuviere el fallido en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega.

Por su parte el Código de Comercio de 1884 parece no incluir tam poco en su articulado ninguna desposición relativa al c. e. solamen te, al igual que el código de 1854 trata lo referente al comisionis ta de ventas, en forma más amplia que el código anterior, figura que como señalamos anteriormente nos parece la más análoga a la ven ta a estimación.

En lo referente a los efectos de la quiebra, estimamos que el cô digo de 1884 sufre un atraso con respecto al de 1854, ya que no es claro en cuanto a qué bienes no pertenecen al patrimonio del quebra do. El artículo 1475 prescribe que cuando se decreta la devolución de cualquier objeto o cantidad, se deberán devolver también sus pro ductos líquidos o intereses correspondientes al tiempo en que se

disfrutó de la cosa o dinero (42). Queda por lo tanto obscuro el concepto relativo a qué bienes pertenecen al quebrado, y solamente establece el artículo 1469 que entraran en concurso todos los bienes que pertenezcan al quebrado hasta el día de la declaración de quiebra, precepto que no da ninguna luz sobre el asunto.

Haciendo una interpretación del artículo 1469, podemos deducir que los bienes que se encontrasen en poder del quebrado, pero no son de su propiedad, (como sería el caso de los bienes entregados para su venta en virtud de un c. e.) deberán ser devueltos a sus legítimos dueños. Concepto que se confirma con lo establecido en el artículo 1475 relativo a la devolución de objetos ajenos.

El Código de Comercio Actual

En el año de 1889 México contó con un nuevo código de comercio, que entró en vigor el 10. de enero de 1890, recibiendo una buena aportación del Código de Comercio español de 1885, sin embargo a la fecha, es muy poco lo que queda del original, ya que ha recibido bastantes reformas y de él se han desprendido numerosas leyes como la Ley de Quiebras y Suspensión de pagos, la Ley de Sociedades Mercantiles, la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo y otras más.

Cabe mencionar que nuestro actual Código de Comercio no incluye regulación alguna relativa al c. e. y que la única que encontramos

es una mención en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su artículo 159, la cual será analizada en el siguiente capítulo.

NOTAS DEL CAPITULO PRIMERO

- 1.- Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, 2a. edición, México, Ed. Esfinge, S.A. 1968, p. 11.
- 2.- Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid, Ed. Saturnino Calleja, S.A., 1945, p. 2.
- 3.- Alvarez Suárez Ursino, Curso de Derecho Romano, T. I., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 2.
- 4.- Petit, op. cit., p. 313.
- 5.- Ibidem, p. 315.
- 6.- Floris Margadant Guillermo, Derecho Romano, México, Ed. Esfinge, S. A., 1965, p. 381.
- 7.- Idem, p. 381 y siguientes.
- 8.- Ibidem, p. 349.

- 9.- Eugene Petit, op. cit., p. 422.
- 10.- Floris Margadant, Derecho Romano, op. cit. pp. 324 y siguientes.
- 11.- Gutiérrez Alviz Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, Ed. Instituto Editorial Reus, 1948. p. 136.
- 12.- Floris Margadant, Derecho Romano, op. cit. p. 424.
- 13.- Floris Margadant, Ibidem, p. 426.
- 14.- Peña Guzmán Luis A. y Arguello Luis R., Derecho Romano, 2a. edición Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966, pp. 353-354.
- 15.- Idem.
- 16.- Gutiérrez Alviz, op. cit., p. 49.
- 17.- A. D' ORS y otros, el Digesto de Justiniano, T. I. Pamplona, Ed. Aranzadi, 1968, p. 728.
- 18.- Alvarez Suárez Ursino, op. cit., p. 371.
- 19.- Ibidem, p. 372

- 20.- Ibidem, p. 172.
- 21.- Bonfante Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 2a. edición, Madrid, Ed. Instituto Editorial Reus, 1959, pp. 512-513.
- 22.- Petit E. op. Cit., p. 423.
- 23.- Bonfante, op. cit. p. 509.
- 24.- Petit E. op. cit. p. 424.
- 25.- Ibidem, p. 423.
- 26.- Floris Magadant G. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, Ed. Esfinge, S.A., 1976, p. 29.
- 27.- Ibidem, p. 32.
- 28.- Pallares Eduardo, Leyes de las Siete Partidas, "Rev. Foro de México", No. 83, feb. 1960, p. 24.
- 29.- Pallares Jacinto, Curso Completo de Derecho Mexicano, México, Imprenta Litográfica y Encuadernación de I. Paz, 1901, p. 479.
- 30.- Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, glosadas por el Licenciado Gregorio López, T.II, reimpresso en Perpiñan por D. J. Alzine, 1831, p. 711.

31.- Ibidem, p. 812.

32.- Floris Margadant, Historia del Derecho Mexicano, op. cit. p.
32.

33.- Merryman John Henry, La Tradición Jurídica Romano - Canónica,
México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica No. 218 Ed.
F.C.E., 1971, p. 28.

34.- Ibidem pp. 29-30.

35.- Código de Comercio y Navegación, Paris, Librería de Rosa y Bou
ret, 1859, pp. 50-51.

36.- Idem.

37.- Ibidem, pp. 78-79.

38.- Tena Felipe J., Derecho Mercantil Mexicano, 6a. ed., México,
Ed. Porrúa, S.A., 1970, p. 45.

CAPITULO SEGUNDO

EL CONTRATO ESTIMATORIO EN EL DERECHO COMPARADO Y ALGUNAS NOTAS SOBRE CONTRATOS AFINES.

Por considerar que cualquier investigación de naturaleza jurídica se ve enriquecida con el análisis de la legislación extranjera, no quisiéramos que el presente estudio, dentro de sus modestos alcances, se vea privado de tan rica fuente, y aunque en si el c.e. se ha visto poco favorecido en las legislaciones vigentes, a no ser de la italiana, austriaca, hondureña y mexicana, hacemos breves referencias a algunas formas de regulación de contratos afines y el tratamiento que se le dá en el caso de quiebra a los objetos que no son propiedad del quebrado y que se encuentran en su poder.

2.1 ITALIA

El Codice Civile de 1942 es una de las pocas reglamentaciones vigentes que han regulado al c.e. Consideramos que esto se debe a que desde tiempos atras ésta fue una figura conocida entre los romanistas, quienes demostraron su interés y preocupación por regular el comercio de mercancías entregadas para su venta en un precio estimado, y más que nada en resolver los problemas inherentes al riesgo por pérdida de dichas mercancías.

El capítulo IV de tal ordenamiento titulado "Del Contrato Estimado

torio", en sus artículos 1556 a 1558 (1), lo define como el contrato por el cual una parte consigna una o más cosas muebles a otra y ésta se obliga a pagar el precio, a no ser que restituya las cosas en el término establecido. (art. 1556).

Para el caso de que existiera imposibilidad de restitución del o de los objetos, estatuye el artículo 1557 que el que recibió las cosas no está liberado de la obligación de pagar el precio, si la restitución de ellas, totalmente íntegras, se ha convertido en imposible por causa no imputable a él.

Respecto a la disponibilidad de las cosas el artículo 1558 establece que son válidos los actos de disposición realizados por quien ha recibido las cosas, pero sus acreedores no podran someterlas a embargo o a secuestro hasta que no haya sido pagado el precio. Y agrega que el que entregó a consignación las cosas no podrá disponer de ellas hasta que no le sean restituidas.

Se deduce del conjunto del articulado que las características del c.e. en Italia son:

- 1.- Un contrato real, que se perfecciona por la entrega de la cosa.
- 2.- Unicamente se aplica a cosas muebles.
- 3.- Se encuentra ligado a un plazo convencional de duración.

4.- El perfeccionamiento del contrato trae como consecuencia para el accipiens (2) el pago del precio de las cosas al final del plazo, pero dándole oportunidad de devolverlas en caso de no haber efectuado la venta.

5.- Caracteriza este contrato la facultad de disposición, sin límite por parte del accipiens, de las cosas materia del contrato mientras dure el plazo establecido y por parte del tradens (3), su imposibilidad de disponer de ellas en dicho plazo.

6.- En cuanto a la alternativa de pagar el precio o restituir la cosa, sólo opera si la cosa se encuentra íntegra y se ha vencido el plazo.

7.- La pérdida o menoscabo de la cosa siempre constituye una responsabilidad del accipiens, el cual debe pagar el precio.

8.- El tradens conserva en todo momento la propiedad de la cosa hasta el vencimiento del plazo y por lo tanto se encuentra a salvo de los acreedores del accipiens.

Consideramos que la regulación italiana del c.e. no aporta novedades a las antiguas reglas establecidas por el derecho romano, antes vistas.

Es necesario hacer notar que el Código de Comercio italiano de 1882, no consideró en su articulado el contenido del c.e. y que sin

embargo al ser derogado por el Codice Civile de 1942, éste sí incluyó una pequeña sección referente a esta materia.

Viene a complementarse la regulación del c.e. por la Ley de Quiebras italiana que en su artículo 46 trata de los bienes no comprendidos en la quiebra, señalando en su inciso 5 que no entraran en la masa de la quiebra las cosas que no puedan ser embargadas por disposición de ley, lo que relacionado con el artículo 1558 del Codice Civile incluye los bienes entregados para su venta por medio de un c.e. y que no hayan sido vendidos hasta el día de la declaración de quiebra.

Es de interés señalar que a pesar de lo avanzado de la legislación italiana, no incluye directamente en su Ley de Quiebras disposiciones relativas al c.e. de modo que la suerte de los objetos sujetos a este contrato se debe deducir de la interpretación integral de los citados artículos.

Sin embargo, a pesar de ser sólo tres los artículos que integran la sección correspondiente al c.e. en nuestra opinión, el legislador italiano cubrió acertadamente los puntos más importantes del contrato, como son el proporcionar el concepto y contenido, cómo se debe actuar en caso de imposibilidad de restitución del objeto, basándose para ésto en la solución justiniana D.19.3.1 y estableciendo finalmente algunas reglas respecto a la disponibilidad de las cosas, dándole de este modo el carácter de contrato típico.

Respecto a la disponibilidad de las cosas, resulta importante señalar que son válidos los actos de disposición realizados por quien ha recibido las cosas, pero que a pesar de la facultad de esa persona para hacer lo que desee con ellas, sus acreedores no pueden actuar sobre ellas hasta que sea pagado el precio. Estos dos puntos a nuestro parecer son claves para dilucidar la naturaleza de este contrato.

Señala Salandra en su Manuale de Diritto Commerciale (4) que en el Accordo Economico Colletivo de 10. de febrero de 1935 se regulan de manera particular los usos especiales establecidos entre editores y libreros, en especial la practica comercial conocida como contrato in conto deposito, el cual consiste en que un comerciante al mayoreo o un editor consigne una o más cosas a un comerciante al menudeo con objeto de que realice la venta, dándole a él un precio estimado reteniendo un beneficio como premio y teniendo la opción de devolver al editor lo que no se venda en un plazo establecido previamente.

El uso comercial del contrato in conto depósito suele abarcar todo el fondo de publicaciones de una casa editorial y no restringirse tan sólo a unos cuantos títulos. El librero, no puede, por otra parte rechazar las novedades que le sean enviadas por los editores, arguyendo que no se adaptan a las características de su librería. El riesgo en caso de pérdida de las mercancías recae sobre el editor, pero el librero debe asegurarse contra robo e incendio, para no incurrir en responsabilidad por culpa.

Por otra parte, el plazo común de duración es de seis meses, prorogables por un período igual a su vencimiento. Se procede únicamente al arreglo de cuentas (5), concediéndose al librero un plazo para pagar las mercancías vendidas, y entregar una lista de los ejemplares que permanecen en depósito.

Dada la gran magnitud del fondo editorial depositado en la librería, el editor está facultado para supervisar campañas de publicidad, procedimientos de almacenaje, estado de conservación y todo lo relacionado a la venta de las obras.

Según nos informó la Embajada de Italia, actualmente el Accordo Economico Librario se encuentra derogado y el comercio de libros regido por normas consuetudinarias, las que siguen, sin embargo los lineamientos del acuerdo, ya que éste fue redactado en base a los usos establecidos (6).

Es nuestra opinión que el contrato in conto depósito es similar al c.e., ya que esencialmente reúne los mismos elementos y sólo se diferencia por las pequeñas peculiaridades anotadas con anterioridad, por lo que consideramos que se puede encuadrar en el esquema del contrato materia de este estudio.

El contrato in conto depósito es una figura también conocida y utilizada en España como contrato de cuenta-depósito y en Alemania como verker in kondition.

2.2 AUSTRIA

El Código Civil Austriaco regula el c.e. bajo el nombre de VERKAUFSAUFRAG.

Integrado al capítulo de la compraventa, en sus artículos 1086 a 1088 (7), regula como una especie de ésta a la operación consistente en que una persona entregue un bien mueble a otra con objeto de que lo venda a un precio determinado y con la condición de que al vencimiento del plazo preestablecido, el comerciante pague el precio fijado o devuelva el bien objeto del contrato (art. 1088).

Es característico de esta definición que el tradens conserva la propiedad del bien mueble aunque no se halle en su poder la cosa y que el accipiens tiene responsabilidad sobre la cosa en tanto no expire el plazo fijado, según se señala en el artículo 1087.

Por parte del tradens, el artículo 1088, al igual que en el Derecho Romano, prohíbe a éste ejercer cualquier acto de disposición mientras no se venza el plazo fijado.

Se desprenden como elementos esenciales del verkaufsauftrag los siguientes:

- 1.- Tratarse de un bien mueble entregado para su venta.
- 2.- Fijación de un precio determinado.

3.- Establecimiento de un plazo, al final del cual el accipiens tiene la obligación de devolver la cosa objeto del contrato o pagar su precio.

4.- El tradens conserva la propiedad de la cosa, pero no puede disponer de ella, sino hasta el vencimiento del plazo establecido.

5.- Por su parte el accipiens puede disponer de la cosa, y tiene responsabilidad sobre ella, aunque el artículo 1087 le concede el derecho a cobrar al tradens los gastos hechos en su provecho.

Consideramos que la reglamentación del verkaufsauftrag en el derecho austriaco no presenta ninguna innovación a la figura conocida como c.e.

2.3 HONDURAS

El Código de Comercio Hondureño (8), publicado en el año de 1950 incluye en su artículo 826 la regulación relativa al c.e. señalando:

"El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague el 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 obll

gación de pagar el precio de lo recibido porque sea imposible su total restitución aun 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 no le sean restituidas".

Es necesario hacer notar que el artículo 856 del Código de Comercio de Honduras, únicamente absorbió el contenido de los artículos 1856 a 1858 del Codice Civile Italiano, por lo que no introduce ninguna innovación legislativa, sino únicamente reúne su regulación en un sólo precepto, siéndole aplicable por lo tanto el comentario formulado para el ordenamiento italiano.

2.4 MEXICO

Consideramos de orgullo para el legislador mexicano el haber incluido el c.e. en la LQSP de tres de diciembre de 1942, ya que en casi en todos los ordenamientos extranjeros de esta índole, existe regulación acerca de los bienes no pertenecientes a la masa de la

quiebra, pero por la característica especial que guarda la situación de las mercancías recibidas en virtud de un c.e., era necesario se dilucidara la suerte de dichos bienes.

Es la exposición de motivos de éste ordenamiento el único lugar donde encontramos una descripción del c.e. sin la intención, como lo aclara la propia exposición de dar una definición del mismo, señalando que:

"En virtud de este contrato el que recibe la cosa tiene la posibilidad durante el plazo que se determina, de adquirirla pagando el precio convenido o devolverla antes de que transcurra aquél." (9).

Por otra parte, la propia exposición de motivos indica que sobre la naturaleza del c.e. no era posible que se decidiera el proyecto y que tampoco lo hiciera, sin embargo agrega que debe recordarse la máxima importancia de este contrato en el comercio de libros, automóviles, radios, etc., razón que indujo a la comisión a dictar normas especiales para los casos de quiebras de personas que tienen bienes sujetos a consignación, de acuerdo a la doctrina más difundida.

Rodríguez Rodríguez señala que la posición doctrinaria a que se refiere la exposición de motivos de la Ley de Quiebras es la de Brunetti expuesta en su Diritto Fallimentare, el que manifiesta no ad

mitir reivindicación, si al momento de la quiebra el comprador (accipiens) hubiese admitido quedarse con las mercancías o se hubiese vencido el plazo de devolución o pago. En cuanto a la naturaleza del propio contrato, Brunetti se inclina a considerarlo como una compraventa bajo condición suspensiva, siendo ésta por tanto la teoría aceptada por nuestro derecho (10).

Señala la LQSP, en su sección cuarta relativa a la Separación de Bienes, en su artículo 158:

"Las mercancías, títulos, valores o cualesquiera especie de bienes que existan en la masa de la quiebra y sean identificables, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por título legal definitivo e irrevocable, podrán ser separados por sus legítimos titulares, mediante el ejercicio de la acción que corresponda ante el juez de la quiebra.

Si no hay oposición a la demanda de separación, el juez podrá decretar sin más trámite la exclusión solicitada..."

El que se viene a complementar con el artículo 159, que en su fracción VI se refiere al c.e. de la siguiente forma:

"ART. 159.- En consecuencia, podrán separarse de la

masa los bienes que se encuentren en las situaciones siguientes o en otras que sean de naturaleza análoga:

VI. Depósito, arrendamiento, administración, alquiler, usufructo, fideicomiso, o recibidos en consignación por virtud de un c.e. 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;"

Existen varios puntos interesantes que se desprenden del artículo transcrito:

1.- El artículo 158 constituye la regla general que debe regir para la separación de bienes en la quiebra, viéndose completado por el artículo 159 que señala de manera ejemplificativa los casos en que funciona la acción separatoria.

2.- Mientras que en general se habla de bienes, al tratar lo relativo al c.e., se reduce el término a mercaderías, lo que las limita a bienes muebles.

3.- A pesar de que se evitó tomar posición respecto a la naturaleza jurídica del c.e., el artículo 159 al hablar de comprador, como lo califica Rodríguez Rodríguez, "por un olvido inexplicable" (11) se

dió a esta operación el carácter de compraventa.

4.- Son elementos esenciales para que funcione la acción separatoria en el caso de bienes entregados a consignación:

- a) La existencia de un c.e.
- b) Que los objetos materia del contrato sean muebles.
- c) Que las mercaderías se encuentren en poder del accipiens.
- d) Que al momento de declararse la quiebra el accipiens no haya manifestado su voluntad de quedarse con las mercaderías o no se haya vencido el plazo para pagarlas o restituir las.

En lo tocante a la consideración de que el c.e. constituye una compraventa sujeta a condición suspensiva, nos reservamos nuestra opinión para expresarla en el lugar adecuado de este trabajo.

2.5 ESPAÑA

La legislación mercantil española no incluye en su contenido disposición alguna relativa al c.e. la sección dedicada a la comisión, (contrato afin al estimatorio) es bastante amplia, sin embargo queda claro en su contenido que se trata de un mandato mercantil.

En lo relativo a la quiebra, el Código de Comercio Español en su libro cuarto, referente a la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones, establece las bases que han de seguir varios códigos latinoamericanos, entre ellos el mexicano, ya que sirvió de

base para la redacción y en algunos casos fue copiado íntegramente (12).

La sección quinta del libro cuarto dedicada a los derechos de los acreedores en caso de quiebra y de su respectiva graduación, en el artículo 908 señala que "Las mercaderías, efectos y cualquier otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por algún título legal, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán en la disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de sus derechos por la junta de acreedores (13).

Es la intención de este artículo, el salvaguardar de la quiebra los bienes que por ser del dominio de personas ajenas a la quiebra, no forman parte del caudal del quebrado, así como liberarlos de trámites que deben realizar los acreedores, ya que no se les considera como tales a los dueños de esos bienes.

Es nuestra opinión que las mercaderías entregadas a un comerciante, por medio de un c.e., se encuentran en el supuesto del artículo 908 de este ordenamiento, ya que a pesar de no ser un contrato típico, su estructura la encontramos en la doctrina, la que nos señala que la propiedad de las mercaderías entregadas a un comerciante para que las ponga a la venta y en un determinado plazo sean devueltas éstas o su precio estimado, se conserva en poder del tradens hasta en tanto el accipiens no manifieste su voluntad de quedarse con las cosas o no haya transcurrido el plazo fijado para dar fin al contrato.

2.6 PORTUGAL

El Código Civil de la República Portuguesa, publicado el 25 de noviembre de 1966, no parece incluir ninguna disposición relativa al c.e., sin embargo consideramos de interés hacer notar que un momento dado puede servir como norma aplicable lo señalado en el capítulo de la compraventa, sección XI, artículo 939, relativa a "Otros contratos onerosos". Señala la aplicabilidad de las normas de la compraventa a otros contratos al indicar: Las normas de la compra y venta son aplicables a otros contratos onerosos por los cuales se alienen bienes o se establezcan encargos sobre ellos, en la medida en que estén conformes con su naturaleza y no se encuentren en contradicción con las disposiciones legales respectivas. (14).

Consideramos que dada la naturaleza onerosa del c.e., le pueden ser aplicables en un momento dado las normas establecidas para la compraventa, como lo señala el artículo 939.

2.7 ARGENTINA

El Código de Comercio Argentino, por su parte, tampoco establece ninguna reglamentación relativa al c.e., sin embargo en su libro Segundo "De los Contratos del Comercio", dedicado al mandato y a las comisiones o consignaciones, reglamenta de manera amplia todo lo referente a este contrato.

Aquí nos parece importante comentar lo siguiente, en esta ley se

utiliza como equivalente a comisión la palabra consignación, señalando al efecto el artículo 222 párrafo 2o. que:

"Se llama comisión o consignación, cuando la persona que desempeña por otros, negocios individualmente determinados, obra a nombre propio o bajo la razón social que representa".

Sin embargo, es de hacerse notar que durante toda la reglamentación de la comisión o consignación, se hace referencia a las partes contratantes como comitente y comisionista y no como consignante y consignatario.

A propósito de la comisión el romanista argentino Luis Peña Guzmán señala en su libro Derecho Romano, al hablar del c.e. que su equivalente moderno es el contrato de comisión o consignación.

Sin embargo, a pesar de esta respetable opinión, del Derecho Positivo Argentino relativa a la comisión, no encontramos en su articulado normas en cuanto a las mercaderías entregadas para su venta a consignación.

El libro Cuarto "De las Quiebras" en su título XVI referente a diferentes clases de créditos y, su graduación, señala en los artículos 1504 y 1505 Fracción 1o. (15), como acreedores de dominio a los acreedores de bienes que el fallido tuviese en su poder a títu-

lo de depósito, prenda, administración, arrendamiento, comodato, comisión de compra, venta, tránsito, entrega o cualquiera de los títulos que no transfieren el dominio.

Dechos acreedores de dominio, tendrán preferencia sobre todos los demás acreedores, según señala más adelante. Solución diferente a la del Código de Comercio Mexicano, que no incluye acreedores de dominio en su articulado e incluso, separa este tipo de bienes de la masa de la quiebra, evitándoles de esta manera todos los trámites de la misma, reconociéndoles desde un principio su calidad de titulares.

Es nuestro parecer que en el caso de objetos entregados para la venta por medio de un c.e., si la quiebra llega a darse en el accipiens, aún estando en su poder los bienes objeto del contrato, el tradens, por virtud del artículo 1504 del Código de Comercio Argentino se convierte en acreedor de dominio del quebrado.

Por otra parte el artículo 105 de la Ley de Quiebras señala como efecto jurídico de la declaración de quiebra, el que cese el fallido en los mandatos y comisiones que hubiese recibido antes de la quiebra (16), artículo, bastante lógico, que en el caso del contrato tema de nuestro estudio sirve para dar por terminado el contrato.

Opinamos que se presta a confusión el manejo de los términos comisión- consignación- c.e., tanto en la doctrina como en la Legislación Argentina, y para aclarar estos puntos acudimos a las defini-

ciones que de los mismos proporciona la Enciclopedia Jurídica Omeba, de origen argentino, con el fin de dilucidar estos conceptos.

Señala la Enciclopedia Omeba que el mandato comercial lo debemos subdividir en el mandato comercial propiamente dicho y la comisión. Consistiendo el primero en una actuación a nombre del mandante y la comisión cuando se obra a nombre propio en una o varias operaciones determinadas (17).

La diferenciación planteada en la citada obra se da sólo en el Derecho Argentino, pues en el derecho comparado no existe tal criterio. Cita como ejemplo que en el Código de Comercio Francés, su artículo 94 define al comisionista como la persona que actúa a nombre propio o de una firma comercial, por cuenta de un comitente. Sin embargo no se legisla sobre el mandato comercial.

Por otra parte, el Código de Comercio Alemán señala como comisionista a la persona que emprende profesionalmente y en su propio nombre la compra o venta de mercaderías o valores, por cuenta de un tercero (art, 383).

Del término consignación, afirma la Enciclopedia Omeba (18) que en derecho mercantil la acepción correcta "es la de señalar el destino de un cargamento o efectos comerciales y el acto de envío y recepción de los mismos".

Afirma que el Código de Comercio Argentino al utilizar el término consignación por comisión en el artículo 222, lo hace por el he-

cho de involucrar la comisión algunas veces el envío de objetos en depósito al consignatario, no constituyendo este envío la esencia de la comisión mercantil. Lo anterior se confirma en los artículos 247 y 249 del Código de Comercio Argentino, en que se utiliza la palabra consignación en la acepción de depósito al hablar de efectos con signados.

Respecto al c.e. queda definido por la Enciclopedia Omeba como a quel "por el cual una persona da en consignación una cosa mueble estimada en un valor pecunario determinado, con la obligación de quien la recibe de adquirir la cosa en un plazo fijado, con el derecho a retener la parte del precio que exceda de la estimación originaria, cuando lo haya vendido, o la obligación de devolver la cosa". (19).

Notamos que en la anterior definición se utiliza el término 'consignación', para significar la entrega de una cosa con la intención de que sea vendida por una persona diferente al dueño de la misma, consideramos que es precisamente este caso al que se refiere la Enciclopedia al hablar de enviar objetos en depósito al consignatario, no constituyendo de ninguna manera tal envío el objeto de la comisión.

Es nuestro sentir, una vez hechas las aclaraciones anteriores que se puede aceptar el término consignación en el sentido de envío de mercaderías para su venta y en esto consideramos que es más bien el uso común el que ha dado a las palabras "venta a consignación" su carácter similar al contenido del c.e., sin que por esto queramos calificar a éste como modalidad de la compraventa.

2.8 PERU

En el caso del Perú tampoco encontramos disposiciones relativas al c.e. por lo que igualmente a Argentina, México, España y Portugal, queda como un contrato atípico.

En lo relativo a la quiebra, la antigua Ley de Quiebras No. 7566 de 1932, en su artículo 140 se manifestaba en lo relativo a los derechos de los acreedores de reivindicar los objetos entregados para venta, cuya propiedad no haya sido transferida al quebrado, en el mismo sentido que el Código de Comercio Español, del cual transcribía el contenido del artículo 908, ya citado en la parte correspondiente, el que considera los bienes en poder del quebrado, pero no de su propiedad, fuera de la masa de la quiebra, y a partir de la publicación de la nueva Ley de Quiebras se le dió un nuevo texto, pero con el mismo sentido (20).

El artículo 141, de la misma ley, señalaba entre otros bienes comprendidos en el artículo anterior, en su inciso I, las mercancías que tuviere el quebrado en su poder por depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo o comisión y en general los bienes que no fueran de su propiedad. La única diferencia de este artículo con el 909 del Código de Comercio Español corresponde al inciso d) ya que en él se señalan caudales remitidos fuera de cuenta corriente, en lugar de lo que dice el código peruano de mercancías que tuviere en su poder por comisión.

El Código de Comercio actual, en su Libro Cuatro "De la Suspensión de pagos y de las quiebras", Título V llamado "de los derechos de los acreedores en caso de quiebra y de su respectiva graduación" en sus artículos 920 y 921, separa de la masa de la quiebra los bienes que legalmente no sean del fallido, pero obliga al legítimo dueño a seguir el trámite de la quiebra.

Consideramos que los bienes entregados para su venta por medio de un c.e. pueden ser excluidos de la masa de la quiebra amparándose en la figura de comisión y por lo tanto sus dueños no se constituyen en acreedores del quebrado.

NOTAS DEL CAPITULO SEGUNDO

- 1.- Traducción de los artículos 1556-1558 tomada del libro de F. Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, Trad. de Santiago Sentis, Ediciones Jurídicas Europa-América, T.I, pp. 297, 1971. Para consultar el original y la traducción del texto acúdase a los apéndices Nos. 1 y 2 de este trabajo. Original tomado del libro Codice Civile con la Costituzione e le principali leggi speciali Dott. A Giuffrè Editore Milano, 1976 p. 265.
- 2.- En virtud de que no existen nombres apropiados para las partes contratantes de un c.e. a partir de ahora utilizaremos las palabras tradens y accipiens, las cuales quedan definidas por Henry Capitant, en su libro Vocabulario Jurídico. Buenos Aires, Edi-

ciones Depalma, 1961 p. 16, del siguiente modo:

Accipiens

"El accipiens era en Roma la persona que recibía el objeto del contrato o la propiedad respectivamente en los contratos y en los actos traslativos de dominio. Al accipiens se oponía el tradens, o sea la persona que entregaba el objeto del contrato o transfería la propiedad.

En un préstamo de dinero, artículos de consumo u objetos muebles, el accipiens era quien recibía el dinero, artículos u objetos; y en la transferencia de la propiedad de un mueble o inmueble, el accipiens era el adquirente".

- 3.- Tradens, como se señaló en la nota anterior, es la figura opuesta al accipiens, o sea quien entrega el objeto del contrato transmite la propiedad, de acuerdo a lo señalado por la Enciclopedia Jurídica Omeba.
- 4.- Salandra Vittorio, *Lezioni sui Contratti Commerciali*, Padova Ed. CEDAM, 1940, p. 19.
- 5.- Neppi Vittorio, *Il Contrato Estimatorio e il commercio odierno* Ferrara, 1926, Ed. Stabecimiento Tipográfico Taddei, p. 179.
- 6.- Información recabada personalmente por la Sustentante.

7.- Consúltese el texto en alemán, tomado del Código Civil Austriaco en el apéndice No. 3 de este trabajo.

Consúltese la traducción alemán-italiano de los artículos 1086 a 1088 del Código Civil Austriaco per il Dott. Andrea Benussi, Innsbruck, Libreria Académica Wagneriana, 1911, p.298, apéndice 4.

Ver traducción italiano-español de los mencionados artículos en el apéndice 5, realizada por la sustentante.

8.- Código de Comercio de Honduras, Tegucigalpa, 1950.

9.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos. Concordancias, anotaciones, exposición de motivos y bibliografía por Joaquín Rodríguez, 9a. edición, México, Ed. Porrúa, S.A. 1983, p. 160.

10.- Rodríguez Rodríguez Joaquín, La Separación de Bienes en la Quiebra, México, U.N.A.M. 1978, p. 216.

11.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos anotada, op. cit. p. 168.

12.- Rodríguez Rodríguez Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T.II, México, Editorial Porrúa, S.A. 1983, p. 296.

13.- Código de Comercio Español consultado en Leyes Mercantiles y

Económicas de Antonio Polo Díez, T.II, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 2586, arts. 244 a 288 para consultar el original del texto citado acúdase al apéndice No. 7 de este trabajo.

- 14.- Código Civil de la República Portuguesa, Lisboa, Ed. Imprensa Nacional de Lisboa, 1968, p. 254. Texto del artículo 939, traducido por la sustentante, para consultar el original veáse el apéndice incluido al final de este trabajo con el No. 8.
- 15.- Lo relativo a la legislación argentina fue consultado en el Código de Comercio y Leyes Complementarias, Buenos Aires, Ed. Arayú, 1953, p. 333. Consúltese el texto de estos artículos en el apéndice no. 9.
- 16.- Consúltese el texto de este artículo en el apéndice No. 10 de este trabajo.
- 17.- Enciclopedia Jurídica Omeba, T. III, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1976, p. 396.
- 18.- Ibidem, p. 1065.
- 19.- Enciclopedia Jurídica Omeba, T.IV, op. cit. p. 522.
- 20.- Legislación peruana actual consultada en el Código de Comercio por J. V. Fajardo, Lima, Ed. Mercurio, sin fecha, p. 264 y dis

posiciones derogadas del Código de Comercio Peruano consultadas en: Constitución, Códigos y Leyes del Perú recopilados y concordados por Eduardo García Calderón, 4a., ed. Librería e imprenta Gil, S.A. 1932, p. 807.

Veáse el texto de los artículos citados, en el apéndice de este trabajo con los Nos. 11 y 12.

CAPITULO TERCERO

LA NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO ESTIMATORIO

Mucho se ha discutido en cuanto a la naturaleza jurídica del c.e. (1). Desde la época del derecho romano se discurría acerca de su carácter, quedando asentado en el Digesto 19.3 la duda acerca de si se trataba de un contrato de venta, servicios, de un mandato o de comisión.

Sin embargo, se resolvió únicamente de manera procesal creando la acción estimatoria, dejando al c.e. en calidad de contrato atípico.

Aunque algunas legislaciones extranjeras han estructurado este contrato, la doctrina en general lo considera un contrato atípico, por lo que se han formulado diferentes teorías en busca de un esquema contractual que se adapte al c.e., donde pueda dársele cabida, obviamente con ciertas adaptaciones.

En cuanto a nuestra legislación, como ya lo mencionamos, únicamente el artículo 159 de la LQSP hace referencia al c.e., pero de manera enunciativa y no explicativa, no encontrándose en ninguna otra parte regulación a este contrato, por lo que se le debe considerar como contrato innominado.

El artículo 1858 del Código Civil, en su carácter de legislación

supletoria del derecho mercantil, al tratar el tema de los contratos innominados, dice que los contratos que no están especialmente regulados se regirán por las reglas generales de los contratos, por lo estipulado por las partes y en lo que éstas fueren omisas, por las disposiciones del contrato nominado con el que tengan más analogía, situación que nos lleva a analizar cuál es el contrato con el que guarda más semejanza el c.e.

Son varias las teorías que se han formulado acerca de su naturaleza jurídica como el depósito para venta, compraventa sujeta a condición, mandato o comisión, las cuales pasaremos a analizar brevemente, sin embargo queremos señalar desde ahora que a partir de la publicación del Código Civil Italiano de 1942 y la regulación del c.e. en el mismo, la doctrina se ha inclinado a considerarlo como un contrato sui géneris con autonomía propia.

3.1 TEORIA DEL DEPOSITO PARA VENTA (BOLAFFIO - ASCARELLI)

El principal defensor de esta teoría es Leone Bolaffio quien en su libro "La Legislazione Commerciale, señala la importancia del c.e. ya que en el mundo moderno se han multiplicado sus usos debido a la tendencia de los comerciantes de protegerse hasta donde es posible de los riesgos de la reventa de objetos raros y preciosos (2).

Afirma que en atención a la tradición romanista el c.e. conserva su nombre aunque en la práctica es conocido como cuenta depósito,

en suspenso, a condición, trodelvertrag o conditionsgeschäft, etc...
(3).

Apunta este autor que el c.e. como se presenta actualmente casi no se ha alejado del modelo original romano, y únicamente ha sufrido adaptaciones a la vida moderna, consistiendo actualmente en que:

"El propietario de una cosa mueble la entrega por lo general, a un comerciante con el pacto de que, dentro del término establecido por el acuerdo o por el uso, la adquiera por la suma fijada en el momento de la entrega (aestimatio), o bien la restituya intacta (ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit (fr.1. §1 Dig. 19.3). Durante el término, el que la ha recibido tiene el depósito de la cosa, y así las obligaciones correspondientes al depositario (art.1844 del Cod. Civil); y si la revende hace suyo el excedente de la aestimatio..." (4).

Considera como punto sobresaliente del c.e. la obligación alternativa asumida por el accipiens de adquirir la cosa dentro de cierto plazo, obteniendo una ganancia al revenderla por un precio superior al de la aestimatio, o bien restituirla intacta, operación que presenta beneficios para ambas partes; por un lado el deponente que desea venderla, facilitando esta venta con el depósito y por parte del depositario, que aprovecha el depósito para revenderla obtenien

do un provecho de la operación. La transmisión de la propiedad se opera hasta que se haya pagado el precio estimado.

Señala Bolaffio que su concepción del c.e. fue aceptada por la Casación en decisión de 10-II-1927, Sociedad American Express c. Tofano, (Giurispr. ital. 1927, I,494).

Considera este contrato como objetivamente comercial en su calidad de depósito por causa de comercio en lo relativo a la entrega de la cosa para su venta y como adquisición para revender y reventa en la fase integradora de la operación, en el caso de que la cosa no sea restituida, por lo que para él no se trata de una venta, arrendamiento de obra o de servicios, mandato o sociedad, como planteaba Ulpiano en el Digesto.

Afirma este autor, (5) que no se trata de una venta porque quien entrega la cosa no la vende en el momento de la entrega, ni el que la recibe tiene el ánimo de comprarla, sino que desea especular con ella. Incluso la posibilidad de devolver la cosa excluye por completo la venta, por parte del accipiens, y por parte del tradens, la posibilidad de recuperarla, excluye también esta operación.

Por otro lado, para ser venta, faltaría el acuerdo en cuanto al precio, ya que en general en el c.e. sólo una de las partes fija la estimación.

Considera que la reventa es simplemente el motivo económico y no

jurídico de la operación, la cual tiene hasta el momento en que ésta se realiza el carácter de depósito por causa de comercio y señala que en base a éste la estimación obra de distinta forma en cada una de las alternativas.

Con la obligación de restituir la cosa se transfiere el riesgo al accipiens y se fija valor a una posible indemnización. Frente a la obligación de pago, determina el valor de la cosa, no como resultado de un acuerdo, sino como "valor social de la cosa en el comercio común" (6).

Respecto a la venta bajo condición suspensiva o resolutoria dice Bolaffio (7) que el c.e. tampoco se puede considerar como una venta sujeta a condición suspensiva, porque la alternativa del pago del precio o restitución de la cosa son co-obligaciones del accipiens y subsisten al momento de conclusión del contrato de "depósito por causa de comercio", otorgando únicamente al accipiens la posibilidad de escoger entre ambas. Si quien la recibe, la restituye, tiene fin el contrato de depósito. Si retiene la cosa (por causa de reventa o para sí) la venta es perfeccionada, ya que la entrega del precio corresponde a la oferta inicial de adquirir o restituir.

No es venta bajo condición resolutoria porque durante el período de entrega de la cosa, la propiedad se conserva en el tradens y por que la obligación alternativa de pagar el precio o restituir la cosa no puede convertirse en condición, ya que de una obligación no se puede hacer una condición, sea suspensiva o resolutoria.

Agrega Bolaffio que en el mismo sentido opina Tartufari, quien considera que el c.e. no es una venta porque el dominio de la cosa no se transfiere al accipiens, sino hasta que elige una de las alternativas planteadas, nunca con efecto retroactivo, planteando además, la diferencia en el carácter consensual de la compra venta y el carácter real del c.e.

La opinión de Bolaffio en cuanto a tratarse de un arrendamiento de obra o servicios, es contraria también, ya que quien recibe la cosa no dedica toda su energía a conseguir la venta de la misma.

Por sus características de custodiar la cosa depositada, responder por daños a la misma, ponerla a la vista del público para su comercialización, sin que por ello, ésta sea la única actividad que realice el comerciante y su principal fin, considera Bolaffio que se trata de un depósito por causa de comercio.

Señala como diferencia entre el depósito por causa de comercio y la comisión de venta que, en ésta existe la obligatoriedad de venta de las cosas contadas, mientras en el depósito no.

En cuanto a la comisión señala que el comisionista trabaja por un porcentaje que se le paga del precio fijado, en cambio en el c.e. no importa el precio al que se venda el objeto, si se paga la estimación.

No se puede tampoco considerar como un mandato con representación

porque el accipiens vende en nombre y por cuenta propia.

En lo referente a la comisión de venta, señala que es más discutido este caso, ya que en esta figura, el comisionista actúa en nombre propio, sin embargo en el c.e., además lo hace por cuenta propia buscando la mejor reventa para su exclusivo beneficio. Por otra parte, en la comisión de venta, por ejemplo en lo referente a libros, no se puede rebasar el precio impreso en la tapa, o lista de precios del editor, en cambio en el c.e. lo importante es pagar la estimación, obteniendo para sí la más jugosa ganancia.

Afirma que es mucha la semejanza entre el c.e. y la comisión de venta cuando el comisionista compra las cosas para venderlas, en uso, más bien en abuso de su calidad de comisionista, siendo por el contrario, el convertirse en comprador, el objetivo principal alternativo del c.e.

Es pues, la posición de Bolaffio la de considerar que el c.e. se divide en dos fases, la primera un contrato de depósito y la segunda una compraventa, razón por la cual utiliza el término comprador.

El depósito tiene como único fin, hacer posible la venta, dadas las características especiales de las mercancías a tratar.

Considera el c.e. como un contrato mixto que se inicia con un depósito ad vendendum que se plantea para el accipiens en la posibilidad de adquirir por el precio de la estimación la cosa objeto del

contrato o restituirla al término del depósito, siendo este motivo el que lo induce a contratar, ya que le ofrece ventajas de tipo económico por ejemplo el no tener que arriesgar su propio dinero en una venta difícil.

Constituye la finalidad del depósito, dejar un plazo para que el accipiens manifieste su voluntad en cuanto a pagar la estimación o devolver la cosa. Llegado el fin del plazo de depósito, se inicia la compraventa, pasando entonces la propiedad de la cosa al accipiens si paga la estimación.

En el mismo sentido encontramos la opinión de Ascarelli, quien también considera el c.e. como un depósito, aunque no hace referencia a la segunda fase correspondiente a la compraventa, como en el caso de Bolaffio.

Considera Ascarelli que el c.e. es una especie del depósito, al señalar:

"Es frecuente en las relaciones comerciales que una parte confie a otra la mercancía en depósito, esperando que pueda venderla en su propio nombre, a un precio no inferior al fijado por aquella. Cuando la venta se realiza, el que ha entregado la mercancía tiene derecho tan sólo en la suma que corresponde al precio por él fijado; en cambio el que ha recibido y vendido la mercancía tiene derecho de retener

en su propio beneficio el sobreprecio eventualmente obtenido" (8).

Señala Ascarelli que los contratos de este tipo son muy usuales en algunas ramas del comercio como la venta de tejidos y libros y agrega que se les conoce como cuenta depósito, del cual ya hablamos con anterioridad.

Por la clasificación que hace del depósito, se deduce que asemeja el c.e. al depósito irregular, ya que de éste señala que el depositario puede aprovecharse de la cosa depositada e incluso, no restituirla tal como se la entregó, sin embargo surge como diferencia fundamental entre el c.e. y el depósito irregular que en este último, la propiedad de la cosa pasa a manos del depositario desde la entrega de la misma (9).

Consideramos que ni la construcción de Bolaffio ni lo correspondiente al depósito, de Ascarelli, se apegan a la realidad presentada por el c.e., ya que se aplican únicamente al aspecto externo de la operación, no aclarando la naturaleza jurídica del c.e.

Respecto a la primera fase de la operación correspondiente al depósito para venta, es nuestro sentir que resulta prácticamente imposible encuadrar esta operación mercantil en el depósito, ya que el fin principal del contrato de depósito no es la venta, sino la custodia de la mercancía por lo que se estaría en contra de la naturaleza misma de esta operación mercantil.

Además, aún el mismo Bolaffio, reconoce que el fin principal del c.e. es la reventa aunque la califica de motivo económico y no jurídico de la operación.

Por otra parte, el Código Civil Mexicano, en su carácter de legislación supletoria del derecho mercantil señala:

"Art. 2516.- El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante"

Cuando el depósito se realiza por causa de comercio adopta el carácter de mercantil, de acuerdo al artículo 332 del Código de Comercio, en relación con el artículo 75 fracción XVII del mismo ordenamiento.

La entrega con fines de custodia esta muy alejada del c.e., cuyo fin principal de la entrega es la venta a un tercero de la cosa entregada y la eventual tenencia de las mercaderías por parte del accipiens, no se puede calificar de depósito ya que en caso de que se llegara a cumplir el fin principal del c.e., o sea la venta, sería imposible restituir las mercancías.

Por otra parte, atendiendo a la clasificación del depósito en re

gular e irregular, tomando como regular el concepto de depósito expresado en el artículo 2516 del C.C.D.F., es imposible como ya dijimos, que el depositario se sirva del objeto y es obligación que lo devuelva exactamente como lo recibió.

Por lo contrario, si se trata de equiparar c.e. al depósito irregular aceptado por nuestro C.Co. M., en el artículo 338 y consistente en el depósito de cosas fungibles y por lo tanto muebles, dando al depositario la posibilidad de disponer de ellas ya sea para si o para sus negocios, consideramos que existe una diferencia de fondo entre ambos contratos, ya que en el depósito irregular la propiedad pasa a manos del depositario a partir del momento de la entrega de la cosa y por lo tanto en caso de embargo sus acreedores pueden cobrarse el crédito con la cosa depositada (10). En un c.e., la propiedad del objeto materia del contrato, no pasa al accipiens hasta que no vence el plazo establecido previamente para el pago de la cosa o su devolución y por lo tanto no existe posibilidad de que los acreedores del accipiens se cobren la deuda con las mercaderías objeto del contrato, mientras no se haya vencido el plazo establecido para ello. Además de la obligación ya mencionada de devolver al final del contrato de depósito irregular otro objeto de la misma calidad y especie. Situación que a fin de cuentas se podría subsanar al devolver dinero en lugar de la mercancía pero de acuerdo al mencionado artículo 338 del C. Co. M., tomaría la forma de otro contrato.

En lo referente al riesgo, encontramos otra diferencia importan-

te entre ambos contratos, ya que en el depósito regular al no transmitirse la propiedad, el riesgo corre a cargo del depositante, mientras que en el c.e. el riesgo pertenece únicamente al accipiens durante su encargo, mientras no venza el plazo o devuelva la mercancía.

En lo relativo a la fase de venta, cabe preguntarse ¿En qué momento cesa la fase de depósito y comienza la de venta?

A lo que respondería Bolaffio que hasta el momento de la adquisición o la reventa el c.e. es un depósito por causa de comercio. Sin embargo, si el principal fin del c.e. es la venta a un tercero y si ésta se llega a realizar, no puede haber la fase de venta entre el tradens y el accipiens, si este último no adquiere, sino que simplemente sirve de intermediario entre el antiguo y el nuevo dueño.

Por otra parte, cómo podría el accipiens adquirir un objeto, que desde un principio evitó comprar para sí. Recordemos que el fin económico del c.e. es eludir la compra, como señala el propio Bolaffio para evitar los riesgos de la reventa de objetos caros y preciosos (11), o en otros casos de objetos de dudosa venta.

En conclusión, a nuestro juicio la teoría del depósito para la venta no es de admitirse, debido a que el c.e. desde el punto de vista integral no se asemeja en nada al contrato de depósito en cualquiera de sus formas. Únicamente se llega a convertir en depósito cuando no cumple su objetivo fundamental, que es la venta a un

tercero de la mercancía. Ahora si por el contrario, se cumple su objetivo fundamental, nunca se realiza la venta entre el tradens y el accipiens, sino entre el tradens y el tercero comprador, por lo que queda por dilucidar la incógnita principal, consistente en saber cuál era la relación entre ambos.

3.2 EL CONTRATO ESTIMATORIO Y LA VENTA BAJO CONDICION SUSPENSIVA (SALANDRA - GARRIGUES)

El autor italiano Vittorio Salandra, en su libro *Lezione sui Contratti Commerciali*, al tratar lo relativo a la venta y los contratos afines considera que el c.e. es un contrato de venta con modalidad especial cuyo tratamiento queda comprendido en la teoría de la compraventa.

Como la mayoría de los juristas que han escrito sobre este tema, reconoce la importancia comercial del c.e. y señala que en algunas ramas del comercio, en especial lo referente a libros, objetos antiguos, joyas, etc. es frecuente que un comerciante al mayoreo, o un editor consigne una o más cosas a un comerciante al menudeo con objeto de que realice la venta, dándole a él un precio estimado y obteniendo por su intervención en la venta un lucro (12).

Este tipo de contrato permite al comerciante no inmovilizar un capital invertido en mercancías, durante el período requerido para la venta al público y no corre el riesgo derivado de la no venta del objeto (13).

En la época que Salandra escribió sobre este tema no había sido publicado el Código Civil Italiano y por lo tanto se consideraba al c.e. como un contrato atípico, sin embargo se regulaba por los usos entre editores y libreros y por el Accordo Economico Colletivo de primero de febrero de 1935 (14) que regulaba el llamado contrato in conto deposito, en contraposición con el contratto detto in conto assoluto, que es una venta ordinaria en la cual el consignatario está obligado a pagar el precio.

Advierte Salandra que es bastante controvertida la calificación jurídica del c.e. y hace hincapié en que las opiniones sostenidas al respecto son muy discordantes, ya que algunos lo consideran un contrato real dentro de los innominados, otros sostienen que se trata de una venta del consignante (tradens) al consignatario (accipiens), algunos más hablan de un mandato o comisión de venta mientras otros autores lo consideran un depósito seguido de una fase de venta (15).

Propone Salandra, para aclarar el problema, buscar cuál es el verdadero fin que las partes se proponen al realizar un contrato de este tipo y la función social que engendra.

Considera que tal fin es, para el consignante, la venta de la cosa a un precio preestablecido y para el consignatario el logro de un lucro. La devolución de la cosa en caso de no venderse, la considera únicamente como una eventualidad, que puede darse sólo en el caso de que no se realizara el objeto principal del contrato (16).

Juzga por tanto equívoco el concepto de la existencia de una obligación alternativa del consignatario de pagar el precio estimado o restituir el objeto recibido, ya que esta última es consecuencia de la conservación por parte del consignatario de la cosa hasta que se efectue la venta a terceros. Opina que es por lo tanto erróneo el considerar el depósito de la cosa como objeto específico del contrato, aunque sea una primera fase del contrato (17).

Para Salandra el depósito de la cosa es sólo un medio para facilitar la venta (a la cual llama reventa lo que implica una venta anterior entre tradens y accipiens) permitiendo al consignatario mostrar el objeto a los posible clientes.

Afirma que la explicación más acorde a la intención de las partes y a los fines del contrato es la de ver tanto en el contenido como en la intención, una venta del consignante al consignatario, modificada por el hecho de que el consignante no se pone en relación directa con los posibles compradores y que no adquiere obligaciones frente a ellos. La venta se realiza a un precio estimado, sujeta a la condición suspensiva de la reventa que el accipiens haga a un tercero, cabiendo la posibilidad, eventualmente de adquirir el objeto materia del contrato para sí mismo. En caso de que no se cumpliere la condición suspensiva la propiedad se conserva en el consignante (a quien llama Salandra vendedor, ya que el accipiens es para él revendedor), quien tiene derecho a la restitución de la cosa no vendida. Señala que por esta razón, mientras no se realiza la reventa, el consignante puede pedir la restitución de la cosa, rei-

vindicarla en caso de quiebra del comprador (accipiens) y reclamar el dinero correspondiente a la estimación, si el consignatario no quiere pagárselo, después de vender la mercancía (18).

Por otra parte si la cosa es pagada o anotado su importe en una cuenta corriente a favor del consignatario, si hay transmisión de propiedad.

Sin embargo, hace notar este autor, que a pesar de no transmitir se la propiedad hasta los momentos antes señalados, el riesgo corre por cuenta del consignatario desde el momento de la entrega de la cosa, porque es a partir de entonces que la cosa queda a su cargo y no al del consignante.

Finalmente y conformando el c.e. a los usos libreros, señala Sallandra que en algunas ocasiones se incluye en el c.e. un plazo de vencimiento, al final del cual, si el consignatario no ha cubierto su precio, se da por supuesto que adquiere la mercancía y agrega que esta manera de operar, generalmente forma parte de un negocio continuado, que se acordó previamente entre consignante y consignatario, que incluye un reporte periódico de ventas para fines contables. A este contrato se le puede dar término por incumplimiento de una de las partes o llegar a un término previamente establecido, según los usos libreros (19).

En este mismo sentido, encontramos la opinión del ilustre Jurista Joaquín Garrigues, la cual expondremos a continuación.

Garrigues, en su libro Curso de Derecho Mercantil, incluye el c. e. como una forma de compraventa y sin llegar a dar una definición señala que:

"Por virtud de este contrato, la persona que recibe una cosa mueble con su estimación contrae la obligación de adquirirla dentro de un plazo determinado, con el derecho a retener la parte del precio que exceda de la estimación cuando la haya vendido y la obligación de devolverla en caso contrario" (20).

Afirma que si el accipiens puede adquirir la propiedad de la mercancía pagando su precio, ésto implica que la finalidad esencial del contrato és el transferimiento de la propiedad y por lo tanto nos encontramos frente a una compraventa (21).

Opina que no puede tratarse de un depósito, ya que quien confía una mercancía a otro, por un c.e., no tiene como fin la custodia de la misma, sino la venta ya sea directa o aun tercero, respondiendo por el precio estimado.

Hace hincpie en el interés del consignatario de vender la cosa, ya que obtiene una ventaja económica de ello, razón en la que se ba sa para diferenciar el c.e. de la comisión, pues en esta última el comisionista siempre obra por cuenta ajena (22).

Resume la naturaleza jurídica del c.e. en una venta con condición suspensiva y eventualmente ligada a un término. Dicha condición, se

cumple cuando el comprador (accipiens) declara dar curso al negocio y pasa entonces a ocupar el lugar de deudor del precio fijado por la estimación, lo cual suele suceder por el simple transcurso del tiempo (23).

Armando V. Silva (24) proporciona una crítica interesante a la teoría de la compraventa y ofrece un punto de vista diferente del c.e.

Afirma Silva, que se trata de una "figura contractual combinada" donde se entrecruzan prestaciones y vínculos que aparentemente pertenecen a contratos típicos como el depósito, la venta o la comisión, pero que juegan de manera diferente dadas las características de este contrato.

Señala que en el c.e. al igual que en la compraventa, hay traspaso de la propiedad al accipiens pero a diferencia de aquella, la entrega del precio (estimación) se encuentra condicionada. El vínculo que une a las partes es la facultad de disposición que tiene el accipiens de la cosa, y el pago del precio, sólo es una consecuencia de esa disposición y opera sólo cuando se ha dispuesto de la cosa (25).

La diferencia con la venta, está en que en principio no existe la transferencia de dominio como en la venta, sino la atribución de un derecho de disposición limitado en el tiempo y afirma que existe una sola obligación condicional que consiste en pagar el precio,

ya que considera que la restitución de la cosa no está dentro de la estructura del contrato y sólo nace del dominio que ejerce el tradens sobre la cosa.

Consideramos que la base de esta estructuración se sostiene en que sólo la venta bajo condición suspensiva preserva los intereses del tradens como propietario de las mercancías, y la condición que suspende los efectos del contrato es la de encontrar al comprador.

Sin embargo se plantea la siguiente cuestión ¿Cómo puede hablarse de compraventa, si se admite desde un principio la alternativa de que el accipiens se obliga a devolver la mercancía o a venderla, obteniendo de esa venta un beneficio? Y por otra parte resulta de difícil explicación lo siguiente: si la condición suspensiva está constituida por el hecho de encontrar comprador, en el caso de que logre ésto el accipiens ¿Qué interés puede existir para él en comprar unas mercancías que ya ha vendido? y ¿Cuándo opera para él la propiedad de las mismas?.

Respecto a la cuestión del interés, no parece haber respuesta lógica y en lo referente a la propiedad, no es admisible la adquisición por parte del accipiens, ya que la propiedad pasa directamente del propietario vendedor al tercero, con la intervención del accipiens.

3.3 EL CONTRATO ESTIMATORIO COMO CONTRATO MIXTO (TRABUCCHI)

Un enfoque diferente nos presenta Trabucchi, quien da al c.e. el carácter de contrato mixto. Señala este autor que el c.e. es una mezcla compleja de un depósito, una autorización y una venta, ya que en virtud de sus efectos se da antes o después una transferencia de propiedad (26).

Afirma que la relación se inicia con la consignación de una cosa mueble a la que se ha fijado una estimación, como en el caso de libros, periódicos, objetos de moda, de orfebrería o cualquier otra clase. La persona que los recibe adquiere la obligación de pagar el precio, a menos que desee restituir la mercancía. La obligación, por tanto tiene por objeto el pago del precio, pero con la facultad de restituir la cosa, o sea una obligación facultativa, opinión concordante con la de Messineo, de que no se trata de una obligación alternativa. De ésta manera explica Trabucchi porque el riesgo de la pérdida de las mercaderías queda siempre en manos del receptor, quien podrá hacer uso de la facultad de restituir la mercancía, única^{mente} si la conservó incorrupta en sus manos (27).

Señala Trabucchi la ventaja que proporciona el c.e. al comerciante, al brindarle la oportunidad de poder devolver las mercancías no vendidas y por otra parte del fabricante o editor, la de conservar la propiedad hasta que la mercancía sea vendida a un tercero.

Anota la situación particular que guardan las partes en este contrato, ya que por un lado tenemos al accipiens, quien sin ser propietario puede disponer de las mercancías totalmente. Por su parte el tradens, siendo propietario no puede disponer para nada sobre la mercancía que ha entregado mientras no se venza el plazo establecido en el c.e. y por último la situación de los acreedores del accipiens quienes no podrán embargar o enajenar la mercancía hasta que no se haya pagado su precio (28).

Señala la naturaleza real del c.e. que se perfecciona por la entrega de la mercancía, al igual que el contrato de depósito, con el que Trabucchi afirma existe una segura parentela, ya que al c.e. se le llama cuenta en depósito al tratarse de libros.

Menciona también este autor la eficacia obligatoria del c.e., ya que la obligación principal que de él se deriva és el pago del precio y el efecto traslativo se da hasta el momento en que se efectúa la venta entre el tradens y el tercero, con intervención del accipiens, quien únicamente resguarda la cosa hasta ese momento. Apunta como ejemplo el que cuando se compra un libro, por este medio, la compraventa se realiza entre el editor y el comprador-lector, en base a una autorización concedida al librero.

3.4 EL CONTRATO ESTIMATORIO Y EL CONTRATO DE MEDIACION

Aunque los autores hasta ahora consultados no han efectuado la comparación entre el contrato de mediación y el c.e., consideramos

de interés para nuestro estudio el realizar un análisis de la naturaleza de ambos contratos, sobre todo con el fin de demostrar que el c.e. no es un contrato de mediación.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 51 únicamente se refiere a la correduría pública, señalando que se llama corredor al agente auxiliar del comercio con cuya intervención se proponen y ajustan actos, contratos y convenios y se certifican hechos mercantiles, lo cual lo coloca como fedatario público, al igual que el notario, pero en materia mercantil, sin embargo existen en México gran cantidad de personas que se dedican a concertar negocios o relaciones comerciales entre dos personas, mediante un pago, quedando esta actividad en el olvido doctrinario y jurídico (29).

Señala Omar Olvera de Luna (30) que doctrinariamente se entiende como mediador al auxiliar independiente del comercio y de los comerciantes y que si no existiera tal independencia nos encontraríamos frente a una comisión, mandato, agencia, trabajo subordinado, etc.

Díaz Bravo (31) llama a esta actividad correduría privada y es con ella, con la que podría haber cierta similitud con el c.e. Haciendo una comparación entre ambos contratos.

El objeto del contrato de mediación es la posibilidad de conclusión de un contrato mercantil entre dos sujetos (32).

El objeto del c.e. es más específico, pues siempre tiene como fin

la negociación de bienes muebles, aunque en última instancia cabe la posibilidad de que ésta no se llegue a realizar.

En la correduría privada, el mediador agota su actuación cuando las partes entran en contacto jurídico (33) sin representar a ninguna de ellas en la operación concertada.

Por el contrario en el c.e. el accipiens agota su actuación hasta el vencimiento del plazo preestablecido, entregando al tradens el precio de la estimación, una vez realizada la operación de venta, o en caso de no haberse vendido la mercancía, devolviéndola a su dueño.

Señala Díaz Bravo (34) que actualmente la forma más común de correduría privada es la que se dedica a la compraventa de bienes inmuebles, en la cual el mediador localiza posibles compradores para el bien que desea vender, pero el precio y las condiciones de venta son negociados directamente entre los interesados.

Como se manifestó desde el principio de este trabajo, el c.e. únicamente puede tener como objeto la venta de cosas muebles, lo cual crea una gran diferencia con la mediación que puede ser sobre venta de bienes muebles e inmuebles, entre otras muchas operaciones de comercio.

Por último mencionaremos que el contrato de mediación se perfecciona por el acuerdo de las partes (35) lo que le proporciona su carácter consensual, situación que contrasta con el c.e. que es un

contrato real por naturaleza, ya que sólo se perfecciona con la entrega de los bienes.

3.5 EL CONTRATO ESTIMATORIO TAMBIEN CONOCIDO COMO VENTA A CONSIGNACION

Oscar Vázquez del Mercado, en su libro Contratos Mercantiles (36) señala que el c.e. "Consiste en el que celebran el comerciante, generalmente, y un tercero propietario de la cosa a vender, para el efecto de que el comerciante no corra el riesgo de no vender o tener pérdida por adquirir la cosa. Las partes convienen en que si la cosa se vende, el comerciante obtiene la utilidad y entrega el valor al dueño; en caso contrario devuelve la cosa al dueño si en un periodo de tiempo determinado no se vende. La obligación del comerciante no es la de pagar el precio, sino la de recibir la cosa para buscar su venta".

A excepción de la doctrina argentina, sólo Vázquez del Mercado, entre los autores consultados, afirma que el c.e. es lo que se conoce como consignación, sin embargo, como ya señalamos anteriormente (37), el término consignación cuando menos en Derecho Positivo Mexicano tiene otro sentido que es el de "Depósito de la cosa debida- previo ofrecimiento del pago- cuando el acreedor rehusa sin justa causa recibir la prestación o dar el documento justificativo del pago, cuando sea persona incierta o incapaz de recibir, o cuando siendo conocida, sus derechos sean inciertos, casos todos en los que el

deudor queda liberado de su obligación (Código Civil para el Distrito Federal, artículos 2079-2103)" (38).

Doctrinariamente, existen otros conceptos de consignación como son el de naturaleza penal, el cual no viene al caso mencionar; el anotado por Rafael de Pina como "Entrega de mercancías a un comerciante para su venta, con la condición de recibir el pago de ellas cuando hayan sido vendidas" (39), situación que parece encuadrar perfectamente con el c.e., pero a la cual el maestro De Pina no le da ese nombre. Y faltaría por agregar la consignación relacionada con el contrato de transporte.

Es de justicia anotar, que en la práctica el término venta a consignación es utilizado por los comerciantes para las operaciones de venta cuyas características son las del c.e.

Respecto a la naturaleza jurídica del c.e., señala Vázquez del Mercado que nos topamos con un contrato real, y al dedicarle un capítulo independientemente en su libro, deducimos que lo considera autónomo y lógicamente atípico por no estar regulado en nuestras leyes.

3.6 EL CONTRATO ESTIMATORIO COMO FIGURA INDEPENDIENTE

(MESSINEO - DE MARTINI - DIAZ BRAVO)

El famoso jurista italiano Francesco Messineo, no avala ninguna

de las posturas hasta ahora presentadas, respecto a la naturaleza del c.e. y crea su propia teoría.

Define el c.e. de la siguiente manera:

"Consiste en la entrega de cosas muebles, mercaderías menudas, libros, productos del artesanado, generos de consumo o de vestir y si milares) estimadas (taxationis causa) por un cierto precio, (y de ahí el nombre de contrato), que un sujeto (concedente o tradens) ha ce a otro (concesionario o accipiens), con el propósito de que el segundo, si no le hace la retitución dentro del término establecido, le deberá pagar el precio convenido" (40).

Señala el autor, la importancia económica de este contrato, ya que permite sobre todo al comerciante en pequeño poner a la venta mercancías que no son suyas y si no las vende en un plazo, devolver las a su dueño sin riesgo económico de su parte. También sirve para que el productor haga llegar la mercancía al consumidor a través del vendedor al por menor.

Messineo afirma que se trata de un contrato real porque tiene lu gar sólo hasta que hay entrega de la mercancía, punto en el que to dos los autores coinciden, ya que sin la entrega de la mercancía, és imposible que se dé el c.e.

Destacan entre los comentarios de este autor los siguientes pun-
tos:

La obligación de pagar el precio o restituir la cosa no es una obligación alternativa, sino facultativa, por medio de la cual, la prestación debida es una sola, o sea el pago del precio, pero con la facultad para el accipiens de poder liberarse de ella, restituyendo las cosas que se le han entregado. (41).

Dicha facultad se subordina a que el accipiens pueda restituir las cosas en su integridad, ya que si han sufrido menoscabo o pérdida total, aunque no sea por causa imputable al accipiens, a quien Messineo denomina consecionario deudor, éste deberá cubrir el precio estimado, razón por la que califica de aleatorio este contrato (42).

Considera como "presupuesto práctico" el que exista una diferencia entre el precio estimado y el de venta, ya que dicha diferencia constituye el estímulo para concluir el contrato (43).

Añade la posibilidad de que el consecionario adquiera las cosas para sí; hecho que elimina como presupuesto indispensable del c.e., la venta a terceros.

La facultad de disposición del consecionario no presupone la propiedad, derivando de esto la inembargabilidad por parte de los acreedores del consecionario y la embargabilidad por parte de los acreedores del concedente, con la característica de falta de disponibilidad temporal por parte del propietario mientras dure el c.e. (44).

Respecto a la tesis de que el c.e. es una venta bajo condición resolutoria, basada en que existe una prestación contra precio, dice Messineo que obstan para esto (45): a) Necesidad de entrega de la cosa para perfeccionar el c.e., acto que no se requiere en la venta.

b) Falta de traspaso de propiedad al accipiens, mientras no se pague el precio, lo que contrasta con la venta, cuando se trata de cosa determinada y no se somete a condición suspensiva.

c) Traspaso del riesgo al accipiens, aunque la propiedad de la cosa no sea suya.

d) La falta de traspaso de la propiedad debería concebirse como una especie de reserva de propiedad, pero ex lege y no por voluntad de las partes.

Refleja este autor sus dudas respecto a la naturaleza jurídica del c.e. al señalar (46):

"Una venta muy extraña (debe señalarse), en cuanto la misma no haría perder al concedente la propiedad, sino solamente la disponibilidad de las cosas objeto del contrato (arg. art. 1558. parágrafo): disponibilidad que por lo demás, él readquiere tan pronto como vuelva a tener la posesión de ellas; extraña venta, puesto que, para perfeccionarse, necesita de la entrega efectiva, según la tesis de la naturaleza real del contrato en cuestión y contra el texto del artículo 1476..."

En cuanto al c.e. y la comisión señala Messineo que es diferente

la relación existente entre el propietario de la cosa mueble y la persona a quien se le encomienda venderla por cuenta del primero, pero en nombre propio, mediante una comisión sobre el precio (%) ya que se trata de una venta por cuenta del comitente que se define en el artículo 1731 del Código Civil Italiano o sea la comisión propiamente dicha, definida en nuestro Código de Comercio en el artículo 273, (47), en relación con los artículos 2546, 2547 y 2548 del Código Civil para el Distrito Federal.

La diferencia entre la comisión y el c.e. (48) consiste en que en la comisión de venta:

- a) El encargado de la venta no adquiere derecho sobre la mercancía, salvo que esté en sus manos, ni asume riesgos.
- b) Si la venta no se realiza o se revoca la comisión, el comisionista tiene derecho a una remuneración que se determina teniendo en cuenta los gastos y obra realizada.

En general, esta es la manera en que se realizan las consignaciones de cuadros, joyas, tapices y algunos otros objetos de valor que se venden a través de negocios que se dedican a la venta de ese tipo de objetos.

Consideremos que además de las diferencias mencionadas por Messineo entre la comisión y el c.e., existe la siguiente: aunque el comisionista se presume autorizado para conceder dilaciones en el pa-

go, si el comitente no ha dispuesto lo contrario, debe indicarle al dueño a quién concedió el crédito y el plazo del mismo, según lo establecen los artículos 301 y 302 del C. Co. M. y en caso de haber actuado contra las disposiciones del comitente, éste podrá dar por terminado el contrato y exigir el pago inmediato, situación que no se plantea en un c.e., en el cual el accipiens puede arreglar las condiciones de la venta a su propio entender, sin tener que tomar acuerdo, en ningún momento al dueño de las mercancías.

En lo referente al riesgo en la comisión, el comisionista cesa su responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo de los objetos a vender se debe a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio inherente a la cosa (art. 295 del C. Co. M. en cambio en el c.e. el accipiens no puede eludir la responsabilidad el riesgo de ninguna manera.

Finalmente agregaremos, que en la comisión, por mandato ex legue, el comisionista no puede comprar ni para si ni para otro, lo que se le hubiere mandado vender, ni tampoco puede vender lo que se le haya mandado comprar sin la autorización expresa del comitente, según lo señalado en el art. 299 del C. Co. M. En cambio en el c.e. precisamente el objeto del contrato és que el accipiens venda en la forma que pueda y desee lo que se le encomendó, sin tener que pedir ninguna autorización extra, pudiendo incluso adquirir para si, situación posible en la comisión sólo en calidad de abuso del derecho conferido.

Planteadas las anteriores diferencias, señala Messineo que la naturaleza jurídica del c.e. es muy controvertida y dado como elemento esencial la facultad de disposición que tiene el concesionario, lo agrupa entre los contratos que atribuyen la disponibilidad de su mas, (apertura de crédito, anticipo, contrato de cheque), pero en el caso del c.e. tratándose de disponibilidad de cosas ajenas, mediante la enajenación a terceros (49),

Messineo considera al c.e. prácticamente como una figura independiente, cuya autonomía se desprende de la propia ley (50), ya que si fuera compraventa simple o con alguna modalidad, hubiera sido in cluida en la parte correspondiente del Código Civil, pudiéndose decir lo mismo de la comisión (51).

En el mismo sentido que Messineo, se manifiesta el autor italiano Angelo de Martini en su libro *Profili della Vendita Commerciale e del Contratto Estimatorio* quien afirma que el c.e. parece colocarse entre la venta y el mandato para satisfacer un interés intermedio entre ambos tendiente a conseguir un fin de cambio perteneciente a la venta, pero sin producir los efectos de traslación de la propiedad que caracterizan a ésta, por otra parte se trata de confiar un objeto a alguna persona, para que ésta intente su realización en dinero, situación característica de la comisión de venta. También se le ha asemejado al depósito, en cuanto que el resultado final del c.e. no sea la venta del objeto, sino la devolución de la mercancía (52).

Concluye de Martini, respecto a la naturaleza jurídica del c.e. que a pesar de su consistencia preparatoria al cambio observado desde el punto de vista precio por mercancía, no encuadra en ninguno de los esquemas contractuales preparatorios en que se le ha tratado de incluir (promesa de contrato, pacto de opción, pacto de prelación o contratos con efectos suspendidos o reservados).

Considera que se trata de un contrato definitivo que no tiene necesidad de otro contrato real posterior para surtir efectos, ya que el c.e. por sí mismo es real y no está sujeto a una posterior aceptación, como es el caso de la opción (53).

Afirma De Martini que se trata de un contrato completo por sí mismo y jurídicamente autónomo, igual que otros contratos reales de cambio como la venta o la permuta con características propias y efectos reales directos (54).

Entre los autores que defienden el punto de vista de que el c.e. es una figura autónoma, encontramos también la tesis planteada por el jurista mexicano Arturo Díaz Bravo, quien enriquece con sus conceptos esta teoría, los que a continuación exponemos.

Afirma Díaz que el c.e. es un contrato propio de comerciantes de tallistas, en especial de vendedores de automóviles, piezas artísticas, joyas, libros usados y otras cosas, y se manifiesta de acuerdo con el concepto vertido en el art. 1556 del Código Civil Italiano, el cual ya citamos en el capítulo segundo de este trabajo (55).

Siguiendo el análisis jurídico realizado por el autor, destaca lo siguiente (56):

- a) El c.e. és un contrato real, pues el nacimiento de las obligaciones sólo se presenta hasta que las mercaderías son puestas a disposición del accipiens.
- b) El c.e. és un contrato con carácter aleatorio, ya que en todo caso siempre se ignora el desenlace de la operación.
- c) Señala Díaz la naturaleza especial del c.e. en lo relativo a la disponibilidad de las cosas objeto del contrato, ya que si bien el tradens pierde la disponibilidad de las mercaderías mientras este vigente el c.e., no pierde la propiedad de las mismas y por parte del accipiens, aunque puede disponer de ellas libremente, de ningún modo adquiere la propiedad. Afirma que el c.e. podría considerarse, dadas las anteriores características, como una comisión sin representación, salvo que 1) el accipiens obra en nombre y por cuenta propios; 2) no está obligado a realizar ninguna actividad encaminada a la venta de los bienes materia del contrato y 3) no está obligada a reportar cuentas de su actuación al tradens (57).

Dadas las características especiales de la disponibilidad de las cosas en un c.e., plantea Díaz Bravo las siguientes cuestiones ¿Nos hallamos frente a un desdoblamiento de la propiedad o bien frente a una situación fiduciaria por parte del accipiens?.

Por supuesto la tesis del desdoblamiento de la propiedad es imposible, ya que atentaría contra el régimen legal de propiedad vigente en nuestro país. En cuanto a la situación fiduciaria, tampoco es posible legalmente, ya que el artículo 346 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que sólo una institución de crédito podrá obrar como fiduciaria (58).

En virtud de las anteriores imposibilidades legales para explicar la disponibilidad a la que hemos venido haciendo referencia, concreta Díaz Bravo (59) que la única forma legal de encuadrar la actuación del accipiens respecto a las cosas que tiene encomendadas para su venta es a través de la gestión de negocios regulada en los artículos 1896 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, ya que por medio de ésta figura jurídica, una persona puede sin mandato y sin estar obligado a ello, encargarse de un asunto de otro, obrando de acuerdo a los intereses del dueño, y agrega que nada impide que esa actuación se realice con la voluntad del dueño.

Únicamente quisiéramos hacer notar en este punto una divergencia, que es la planteada en el art. 904 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala que el gestor no tiene derecho a cobrar retribución alguna por el desempeño de la gestión, lo cual se opone al fin mismo del c.e. en el que lo único que motiva al accipiens para realizar la venta de las mercancías a él entregadas, es la ganancia que puede obtener por la diferencia entre el precio estimado y el de posible venta.

La clasificación jurídica del c.e. dada por Díaz Bravo es la de ser un contrato atípico por no estar regulado expresamente en la ley y autónomo por contar con características especiales que no permiten confundirlo con ningún otro contrato, como sería la comisión, el mandato o la compraventa (60).

3.7 CONCEPTO DE LA SUSTENTANTE ACERCA DEL CONTRATO ESTIMATORIO

De la lectura de las opiniones de afamados juristas acerca del c.e., hemos llegado a las siguientes conclusiones:

El c.e. es una convención en virtud de la cual una de las partes confía a otra, determinadas cosas muebles, para que ésta a su vez, en un plazo previamente establecido intente la venta de las mismas, en las condiciones que mejor le convengan y una vez transcurrido dicho plazo, pague al dueño de las mercancías el precio que solicitó por ellas o bien las restituya en las condiciones que las recibió.

El c.e. es muy útil en la vida del comerciante, especialmente el que se dedica a la venta de objetos de difícil colocación entre el público adquirente, debido a su alto costo o baja demanda, como sería el caso de joyas, cuadros, tapices, objetos antiguos, etc. También se utiliza ampliamente en la venta de libros, efectuándose contratos de este tipo entre empresas editoriales y libreros. Así mismo, el c.e. es utilizado en la venta de ropa hecha por modistas caseras o tejedoras particulares, es decir no dependientes de alguna

casa de modas.

En todos los casos anteriormente mencionados, o en otros que pudieran surgir, el c.e. brinda grandes ventajas para ambos contratantes.

Por parte del dueño de la mercancía, le permite hacerlas llegar al consumidor, sin necesidad de tener instalaciones especiales propias para la venta de su mercancía, tener la seguridad de que en caso de que se venda obtendrá el precio que personalmente considera justo y en caso de que no se venda, la garantía de que al vencimiento del plazo determinado la recuperará, para intentar la venta por otro conducto.

Por su parte, el comerciante también obtiene algunas ventajas que se desprenden de la celebración de este contrato, como sería el disponer de mercancías para su negocio sin realizar ninguna inversión; posibilidad de obtener un lucro adecuado por su atinada intervención en la venta de la mercancía y el riesgo nulo de su propio patrimonio derivado de que no hay inversión monetaria de su parte.

Respecto a la naturaleza jurídica del c.e. es nuestra opinión, que nos encontramos frente a un contrato real, ya que se perfecciona por la entrega de la mercancía. Atípico, por no encontrarse regulado en ninguna de nuestras leyes y autónomo dado que sus características especiales no permiten encuadrarlo en otros contratos afines como son la compraventa, el depósito, el mandato o la comisión,

razón por la cual requiere de que se elabore su propia regulación, pero mientras esto no suceda consideramos que los litigios que se llegaren a suscitar al respecto de acuerdo al artículo 1858 del Código Civil Para el Distrito Federal deberán ser resueltos conforme a las reglas de la compraventa, ya que el meollo de la operación implica una compraventa, aunque con características muy especiales, claro sólo en el caso de que llegara a vender la mercancía, pero si el problema surgiese sin que hubiese vendido ésta, entonces se trataría como un problema de depósito.

Por otra parte se trata de un contrato aleatorio, ya que al realizarse nunca se sabe cuál va a ser su resultado. Además de ser indiscutiblemente sinalagmático, ya que requiere de dos partes para su realización y de tipo oneroso.

Es de hacerse notar que no existen antecedentes jurisprudenciales en torno al contrato que nos ocupa, lo que se debe evidentemente a que el más alto tribunal no ha conocido de controversias derivadas de dicho contrato.

NOTAS DEL CAPITULO TERCERO

- 1.- Preocupación captada en el 1.5 de este trabajo.
- 2.- Bolaffio Leone, Legislazione Commerciale, 6a. edición, Torino, Ed. Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1934, pp. 90-91.
- 3.- Bolaffio León, Derecho Comercial, T. I. (Leyes y Usos Comerciales, Actos de Comercio), Trad. Delia Viterbo y Santiago Sentis, Buenos Aires, Ed. Ediar, S.A., 1947, pp. 287-288.
- 4.- Idem.
- 5.- Ibidem, p. 291 y siguientes.
- 6.- Ibidem, p. 292,
- 7.- Ibidem, p. 295.
- 8.- Ascarelli Tullio, Derecho Mercantil, Trad. de Felipe J. Tena, México, Ed. Porrúa, Hnos. y Cía., 1940, p. 281.
- 9.- Ibidem, p. 278, sin embargo en el caso del depósito irregular se supone que los objetos a devolver deben ser de la misma calidad y especie que los depositados. En tal sentido encontramos la opinión de Omar Olvera de Luna, Contratos Mercantiles, Méxi-

co, Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 143.

10.-Vázquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, México, Ed. Porrúa, S.A., 1983, p. 136.

11.-Bolaffio, Legislazione Commerciale, op. cit., p. 90.

12.-Salandra Vittorio, Lezioni sui Contratti Commerciali, Padova, Ed. CEDAM 1940, p. 182.

13.-Idem.

14.-Ibidem, p. 183.

15.-Ibidem, pp. 183-184.

16.-Idem.

17.-Idem.

18.-Ibidem, p. 186.

19.-Ibidem, pp. 186-187.

20.-Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T.II., Madrid, Ed. Aquirre, Imp., 1940, p. 158.

21.-Idem.

22.-Idem.

23.-Ibidem, pp. 158-159.

24.-Enciclopedia Jurídica Omeba, T.IV, Argentina, Ed. Bibliográfica Argentina, S.R.L., 1968, p. 523.

25.-Idem.

26.-Trabucchi, Instituzioni di Diritto Civile, 3a. ed. Padova, Ed. Francesco Montuoro, 1946, pp. 632-633.

27.-Ibidem, p. 632.

28.-Idem.

29.-Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, México, Ed. Harla, S.A. de C.V., 1983, p. 208.

30.-Olvera de Luna Omar, Contratos Mercantiles, México, Ed. Porrúa S.A., 1982, p. 194.

31.-Díaz Bravo Arturo, op. cit., p. 208.

32.-Olvera de Luna O. op. cit., p. 195.

- 33.-Díaz Bravo, op. cit., p. 208.
- 34.-Ibidem, p. 210.
- 35.-Olvera de Luna, op. cit., p. 195.
- 36.-Vázquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, México, Ed. Porrúa, S.A., 1983, p. 136.
- 37.-Consultar lo anotado respecto a consignación en las pp. 39 a 43 de este trabajo.
- 38.-De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Ed. Porrúa, S.A. 1975, p. 147.
- 39.-Idem.
- 40.-Messineo Francesco, Derecho Civil y Comercial, T.V., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971, p. 156.
- 41.-Ibidem, p. 157.
- 42.-Idem.
- 43.-Ibidem, p. 158.
- 44.-Idem.

45.-Ibidem, pp. 159-160.

46.-Ibidem, p. 160.

47.-En efecto, el artículo 273 establece "El mandato aplicado a actos concretos de comercio se reputa comisión mercantil. Es comintente el que confiere comisión mercantil, y comisionista el que la desempeña".

48.-Messineo, op. cit. p. 161.

49.-Ibidem, p. 160.

50.-Recordemos que Messineo se está refiriendo a la inclusión del c.e. en el Código Civil Italiano, art. 1556 a 1558.

51.-Ibidem, p. 160.

52.-De Martini Angelo, Profili della Vendita Commerciale e del Contratto Estimatorio, Milano, 1950, p. 458.

53.-Ibidem, p. 458.

54.-Idem.

55.-Art. 1556 del C.C.I.

"Por el contrato estimatorio una parte entrega una o más cosas

muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio salvo que restituya las cosas en el plazo establecido.

56.-Díaz Bravo Arturo, op, cit., p. 81.

57.-Idem.

58.-Idem.

59.-Ibidem, p. 82.

60.-Idem.

CAPITULO CUARTO

EL CONTRATO ESIMATORIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

En virtud de que el c.e. no cuenta con regulación alguna en el Código de Comercio Mexicano, sino únicamente se hace mención a él, en el artículo 159 de la LQSP, es necesario auxiliarnos, para el estudio de sus elementos de la teoría del contrato propia del Derecho Civil.

4.1 SUPLETORIEDAD DEL DERECHO CIVIL EN MATERIA MERCANTIL

Dadas las circunstancias históricas consistentes en la temprana aparición del Derecho Civil en el marco histórico e involucrando en él otras, ahora, ramas autónomas del derecho, el Derecho Civil ha conservado el carácter de derecho común, en relación a las ramas del derecho desprendidas del tronco común, considerándosele derecho supletorio de las demás ramas del Derecho privado (1), ejemplo de esto es lo señalado en el artículo 2º. del C. Co. M. que establece que a falta de disposiciones en ese código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común, así como el artículo 81 del mismo ordenamiento, que señala como aplicables en actos mercantiles las disposiciones del Derecho Civil en lo relativo a la capacidad de los contrayentes y las causas que rescinden o invalidan los contratos y el art. 1050 que se ocupa de lo relativo a la vía procesal.

Por otra parte, en el Derecho Civil se encierra casi la totalidad de la doctrina general del derecho, como la de las obligaciones, la prescripción, los contratos, etc. y sus principios generales.

"En todos los Códigos Civiles... hay preceptos exclusivos del Derecho Civil y aún del Derecho Privado, y preceptos que bajo una forma a veces limitada encierran conceptos jurídicos generales, igualmente aplicables al Derecho Público" (2).

En vista de que en el C. Co. M. no existe una teoría general de los contratos mercantiles y dadas las razones históricas citadas anteriormente, para todo lo referente a ello, nos apoyamos en la teoría general del contrato elaborada para el derecho civil y las normas relativas del Código de Comercio Mexicano.

Tomando en cuenta que en nuestro país existe un Código Civil Para el Distrito Federal y uno diferente para cada estado de la República, nos cuestionamos ¿Qué código debemos considerar como derecho común en materia mercantil?.

Dado lo expresado en el artículo primero del Código Civil para el Distrito Federal en el sentido de que las disposiciones de ese ordenamiento regirán en toda la República en asuntos de orden federal, y siendo esa la naturaleza del Derecho Mercantil, no queda otro camino que considerar como legislación supletoria del Derecho Mercantil al Código Civil para el Distrito Federal.

Las leyes mercantiles mexicanas no sólo se encuentran contenidas

en el C. Co. M. ya que complementan la legislación mercantil los siguientes ordenamientos: Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley sobre el Contrato de Seguro, Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Ley de Navegación y Comercio Marítimo y la Ley Federal de Protección al Consumidor.

4.2 DETERMINACION DEL CARACTER MERCANTIL DEL CONTRATO ESTIMATORIO

A lo largo de este trabajo se han mencionado algunas ideas respecto al significado de la palabra contrato, sin embargo no está de más repetir que "Contrato es un convenio por el cual una o más personas se obligan respecto de otra u otras, a dar, a hacer, o a no hacer alguna cosa" (3).

Por su parte, el maestro Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho define el contrato del siguiente modo:

"Convenio en virtud del cual se produce o se transfiere una obligación o un derecho (Código Civil para el Distrito Federal art. 1793).

Notamos en ambas definiciones una divergencia que tiene su origen en el Código Civil Frances, el que distingue entre convenio y contrato, considerando a éste la especie y a aquél el género, diferencia a la que se ajusta nuestro Código Civil para el Distrito Federal (4).

Al hablar de contratos civiles o mercantiles, hay que mencionar, como lo indica Olvera de Luna que "la importancia de la expresión no se encuentra en el calificativo 'mercantil' sino en el concepto 'contrato', que en su esencia no difiere del que consideramos 'civil'. 'privado' o 'común' (5).

Siendo nuestro tema el c.e., centraremos nuestra atención hacia él, surgiendo al momento la pregunta ¿En qué nos basamos para determinar el carácter mercantil del c.e.?.

Lo fundamental en este caso, estriba en diferenciar la materia del contrato, es decir, si es civil o mercantil.

Existen algunas reglas para determinar el carácter mercantil de un contrato, como lo señala Olvera de Luna (6):

- Son mercantiles los contratos en los cuales una o ambas partes tienen el carácter de comerciantes.
- Son igualmente mercantiles los contratos que originan procedimientos judiciales más ágiles que los originados por los contratos civiles.
- Son mercantiles aquellos contratos cuyo objeto es de fines económicos.

Puntos que concentra Sánchez Meda1 (7) en uno sólo:

- Son contratos mercantiles "aquellos que constituyen alguno de los actos de comercio-enumerados en el artículo 75 del Código de Comercio".

En el caso del c.e. consideramos que de acuerdo a los anteriores señalamientos, su naturaleza és mercantil ya que se adecúa a lo señalado en el artículo 75 fracc. I, XXII y XXIV de tal ordenamiento (8), confirmado ésto por los requisitos indispensables de que cuando menos una de las dos partes sea un comerciante establecido y sea su fin puramente económico.

Es importante establecer la naturaleza del c.e., al igual que la de cualquier contrato, a fin de determinar la vía procesal adecuada. Si ambos contratantes son comerciantes, cualquier desacuerdo se dirimirá por la vía mercantil; si las dos partes son civiles, se resolverá por la vía civil y si se tratase de un contrato mixto entra en función el artículo 1050 del mismo ordenamiento que establece.

"Art. 1050. Cuando conforme a los expresados artículos 40., 75 y 76 de las dos partes que intervienen en un contrato la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto és, cuando la parte demanda

da sea la que celebra un acto civil la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común".

4.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO

Los elementos del c.e., al igual que los de todos los contratos, se dividen en elementos de existencia y elementos de validez.

Como su nombre lo indica, son elementos de existencia aquellos que le son esenciales y sin los cuales un contrato no puede generarse, constituyendo éstos, el consentimiento y el objeto.

El artículo 1794 del Código Civil para el D.F. señala los elementos existenciales del contrato, manifestando que se requiere que haya: I. Consentimiento y II. Objeto que pueda ser materia de contrato.

Se considera al consentimiento esencia misma del contrato, ya que si no hay voluntad para llevar a cabo un contrato, éste no puede efectuarse.

Sin embargo, en el caso del c.e., además del consentimiento, se requiere de la entrega del objeto, pues las obligaciones del accipiens sólo surgen hasta que tiene la cosa a su disposición (9).

En cuanto al objeto del c.e., sobra señalar que debe ser lícito y que pueda ser materia de contrato.

Recordemos que la doctrina ha distinguido en objeto directo del contrato que és la creación o transmisión de derechos y obligaciones y objeto indirecto que és el contenido de la obligación que se crea en virtud del contrato (10).

Respecto al objeto del contrato como cosa materia del mismo u objeto indirecto, debe existir en la naturaleza y ser determinado o determinable y encontrarse en el comercio.

Señala Gaudement las características que debe reunir todo objeto de contrato, y por lo tanto el objeto de un c.e. (11).

a) Utilidad.- Todo contrato debe generar una ventaja para el acreedor en el cumplimiento de la obligación de deudor. Afirma Gaudement que una situación contraria convertiría a un convenio en falto de seriedad y no tendría por que ser sancionado por el derecho.

En un c.e. la utilidad és para ambos contratantes, ya que tanto al comerciante como al dueño de la mercancía, la posible venta les promete un lucro.

b) Determinación.- El objeto para que preste utilidad debe ser determinado, tanto en lo que se refiere al género, como en lo que con cierne a la cantidad. En el c.e., resulta especialmente importante esta característica, ya que como mencionamos en el capítulo anterior, debe hacerse entrega del objeto al momento de concertar el contrato.

c) Posibilidad.- Consistente en poder ejecutar el acto al que se ha comprometido. Afirma Gaudemet "Nadie puede obligarse válidamente a algo imposible". Para el c.e., podría constituir una imposibilidad por parte del comerciante el aceptar vender un objeto muy por encima de su valor real.

d) Licitud.- Los objetos materia de un contrato no deben estar prohibidos por la ley, moral o los principios de orden público. Un ejemplo de objeto ilícito en un c.e. consistiría en tratar de vender a través de él joyas, artículos de arte o cualquier otro objeto robado.

En cuanto a los elementos de validez, encontramos que son cuatro, señalados en los artículos 1795, 1813, 1830 y 1831 del Código Civil (12). Capacidad legal de las partes, ausencia de vicios del consentimiento, objeto motivo o fin lícito y en los casos que así lo requieran cumplir con la forma que establezca la ley.

Por lo que se refiere a la capacidad legal de las partes, nos pegaremos a lo señalado en el artículo 1798 del Código Civil que establece "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley". Surge la pregunta ¿Quiénes son las personas exceptuadas por la ley?, las indicadas en el artículo 450 del mismo ordenamiento que señala como incapaces a : los menores de edad, los mayores que se encuentran afectados de sus facultades mentales, aunque tengan periodos de lucides, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y las personas que hacen uso

inmoderado de drogas enervantes,

Siendo elemento esencial la voluntad, si ésta no ha sido expresada en forma plena o ha sido arrancada con violencia o con engaño, la voluntad o el consentimiento se encuentra viciado y por lo tanto este hecho invalida el contrato de acuerdo a lo establecido en el artículo 1812 del Código Civil para el Distrito Federal.

En virtud de que consideramos que un c.e. puede ser afectado por alguno de los vicios de consentimiento, consideramos que aunque en forma brevísima, debemos hacer alusión a cada uno de ellos:

Error.- Señala Benito Gutiérrez (13) que "Llamamos error a la disconformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas; aunque diferente de la ignorancia, que és la falta de ciencia o conocimiento perfecto de las cosas, el derecho asimila estas palabras".

De acuerdo al Código Civil, el error puede ser de derecho, de hecho o de cálculo, según consta en los artículos 1813 y 1814 de tal ordenamiento, originando los dos primeros invalidez del contrato y el error de cálculo sólo da lugar a la rectificación.

En lo relativo a la violencia, puede ser física o moral (14), pero en cualquiera de las dos formas produce invalidez del contrato.

De acuerdo a lo anteriormente analizado y considerando que al mo

mento de celebrar el c.e. no exista problema alguno respecto a los elementos de existencia y se encuentren cubiertos los elementos de validez, podemos considerar que un c.e. se perfecciona al momento de la entrega de la cosa objeto del contrato, perfeccionamiento que supone la precedente oferta o propuesta de una de las partes dirigida a alguien específicamente, con un contenido claro y preciso y la aceptación por la parte contratante (15).

En el caso de un c.e., por su naturaleza real, no nos topamos con los problemas provenientes de los contratos mercantiles hechos por correspondencia o de manera telegráfica, señalados en el artículo 80 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.4 EFECTOS DEL CONTRATO ESTIMATORIO Y SU CONTENIDO OBLIGACIONAL.

Una vez perfeccionado el c.e., surgen para ambas partes, tradens y accipiens, una serie de obligaciones, las cuales trataremos de resumir.

Obligaciones del accipiens:

Dada la naturaleza tan especial del c.e., al celebrar el contrato, el accipiens queda compelido a recibir la mercancía, materia del contrato, lo cual en ningún momento lo obliga a ponerle a la venta o hacer una promoción especial de ella, pero sí a entregar al

término del c.e. el importe o estima acordado en un principio con el tradens o bien devolver la mercancía en las mismas condiciones que la recibió, lo cual implica la obligación para el accipiens de conservar la mercancía recibida, respondiendo por ella.

Como es de suponerse, y así queda asentado en el Código Civil, artículos 1962 y 1963, la elección de la obligación alternativa corresponde al deudor, en este caso el accipiens, no produciendo efectos sino hasta que se notifique dicha elección, art. 1964 del mismo ordenamiento.

En caso de pérdida de la mercancía, el accipiens queda obligado a cubrir el importe de la mercancía (16). Como contraparte el acreedor queda obligado a recibir la parte que le quede, aunque en el caso del c.e., se supone que desde un principio el tradens está de acuerdo en recibir cualquier alternativa, sin embargo de acuerdo al artículo 1962 del Código Civil la pérdida parcial de la mercancía por descuido del accipiens no le obliga a recibir parte en efectivo y parte en mercancía, a menos que así se haya pactado. Sin embargo, de acuerdo a los usos libreros, a los cuales ya hicimos alusión en el capítulo segundo, (17) existe la posibilidad de que se pacte un acuerdo entre librero y editor de pagar la estima de algunas mercancías y devolver las demás.

Obligaciones de tradens:

La principal obligación por parte del tradens consiste en entre-

gar la mercancía materia del contrato, ya que sin esta entrega no puede existir la operación.

La entrega a la que se hace referencia en el párrafo anterior debe ser realizada por el tradens al momento de celebración del contrato, lo que le da el carácter real a la operación.

Por otra parte el tradens tiene la obligación de entregar la cosa estimada en condiciones propias para su venta e igualmente debe recibirla al vencimiento del plazo fijado en el contrato en las mismas condiciones en que la entregó.

El lugar de entrega de la mercancía será fijado por ambas partes y a falta de convenio sobre este punto se estará a lo dispuesto en el artículo 2291 del Código Civil para el Distrito Federal (18).

Finalmente señalaremos que el tradens en todo caso estará obligado a responder de la evicción y saneamiento de la cosa enajenada, para lo que se estará a lo estipulado en los artículos 2119 a 2162 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.5 TERMINACION DEL CONTRATO ESTIMATORIO

Siguiendo el planteamiento de Sánchez Meda1 respecto a la terminación de los contratos (19), sólo existen dos formas de terminación de un contrato "por frustración del mismo o por extinción de sus efectos".

En el caso del c.e. nos encontramos con frustración del contrato en los siguientes supuestos:

1.- Se puede calificar de inexistente un c.e. por falta de consentimiento u objeto, lo cual ya fue explicado en el punto 4.3. de este trabajo.

2.- Un c.e. se puede encontrar afectado de nulidad absoluta si el objeto del mismo es imposible o ilícito.

3.- Igualmente produce frustración de un c.e. la falta de capacidad en alguna de las partes o la existencia de vicios del consentimiento.

4.- Aunque puede haber frustración de un contrato por lesión, consideramos muy difícil que pueda darse, cuando menos por parte del accipiens, ya que el lucro excesivo cuyo supuesto configuraría la lesión, es un hecho que únicamente incumbe al accipiens quien puede obtener de la venta del objeto estimado lo que quiera, de acuerdo a sus habilidades como comerciante, aunque no se debe descartar la posibilidad de que la lesión sea por parte del accipiens hacia el tradens, al pactar un precio de estima extremadamente bajo para un objeto cuyo valor ignora el tradens.

Es de hacerse notar que en realidad la sanción aplicable para el caso de lesión es la nulidad, ya que existe un vicio del consentimiento, y no la rescisión, como señala el art. 17 del Código Civil

para el Distrito Federal, ya que la rescisión se origina doctrinariamente como sanción para el caso de incumplimiento culpable. El art. 2228 del Código Civil para el Distrito Federal señala como sanción para la lesión la nulidad relativa, como lo hace notar Rojina Villegas en su Compendio de Derecho Civil.

Señala de Pina Vara (20) que no debemos confundir el pago o cumplimiento de la obligación con la extinción, ya que esta última no es el cumplimiento de la obligación sino la desaparición de la obligación por razón diferente al pago.

El cumplimiento de la obligación en un c.e. se da al vencimiento del término establecido en el contrato cuando el accipiens cumple con la entrega de la cantidad estimada o devuelve el objeto del contrato, dando de esta forma un término natural al c.e.

En cuanto a la extinción del c.e., eliminando las ya nombradas formas naturales de terminación consideramos que de las descritas por Sánchez Meda, sólo son aplicables los siguientes supuestos (21).

1.- La muerte de uno de los contratantes puede ser motivo de terminación, sólo en el caso de que haya habido pacto expreso al respecto, ya que los herederos pueden continuar con el trato inicialmente establecido.

2.- La quiebra tiene efectos diferentes dependiendo de si es por parte del tradens o del accipiens, pero en ambos casos extingue el contrato.

La quiebra del tradens representa siempre un derecho de crédito frente al accipiens a quien el síndico puede exigirle el cumplimiento del c.e. en cualquiera de sus manifestaciones (22).

La quiebra del accipiens es la única situación en que la legislación mexicana ha hecho mención del c.e., ya que se establece en la frac. VI del artículo 159 de la LQSP en el inciso a), relacionado con el artículo 158 párrafo primero del mismo ordenamiento (23) el derecho a separar de la masa de la quiebra los bienes que el fallido hubiere recibido por concepto de un c.e., condicionado esto a que la quiebra se declare antes del vencimiento del plazo establecido en el c.e. o se haya efectuado la manifestación de querer conservar las mercancías.

3.- Otra forma de dar término a un c.e. es por el mutuo acuerdo de las partes, supuesto que es aplicable en cualquier tipo de contrato (24).

4.- De las causas de resolución de un contrato, consideramos que en el c.e. sólo el incumplimiento de parte del accipiens puede dar origen a la resolución del contrato (25), ya que el incumplimiento por parte del tradens originaría únicamente el no nacimiento del contrato.

4.6 NECESIDAD DE REGULACION DEL CONTRATO ESTIMATORIO EN EL CODIGO DE COMERCIO MEXICANO Y PROPUESTA DE ARTICULOS APLICABLES

Una vez estudiados, aunque en forma breve, los antecedentes his-

tóricos del c.e., la importancia que se le ha dado a estos antecedentes en países como Austria, Italia y Honduras, su naturaleza sui generis, la cual, a nuestro parecer, no se puede encuadrar en contratos como la compraventa o la comisión, entre otros; dejándolo únicamente a lo dispuesto por el art. 1858 del Código Civil el cual nos remite en caso de duda a las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía, hemos concluido que siendo el c.e. uno de los más frecuentes en la práctica comercial en pequeño en nuestro país, amén de los usos libranos, es definitivamente importante que el Código de Comercio Mexicano incluya en su articulado una sección especial dedicada al c.e. y de esta forma regular un contrato que hasta la fecha se ha contado entre los innominados y que a pesar de ser tan común en México, es desconocido hasta su nombre técnico.

Muy aventurado resultaría de nuestra parte el querer crear y aún mejorar legislación aplicable al c.e. diferente de la ya existente en el Código Italiano, que tan acertadamente captó esta figura, artículos que por otra parte fueron vertidos en el Código de Comercio Hondureño en el artículo 826, sin embargo siendo el fin de esta tesis el proponer se legisle en esta materia, tomando como base la legislación italiana, planteamos la inclusión en el Código de Comercio Mexicano, Libro Segundo, titulado "DEL COMERCIO TERRESTRE", de las siguientes normas para la regulación del c.e.:

Del contrato estimatorio.

I. En virtud del contrato estimatorio, una parte confía a un co

merciante una o varias cosas muebles, para que éste intente la venta de las mismas, quedando obligado a pagar el precio, a menos que restituya las cosas al final del término establecido en el contrato.

II. Desde el momento en que el comerciante recibe las cosas, será responsable totalmente de ellas, no quedando liberado de la obligación de pagar su precio si éstas sufren pérdida total o deterioro, aun por causa no imputable a él.

III. Será válido cualquier acto de disposición que realice el comerciante sobre las cosas, mientras las tenga en su poder; sin embargo sus acreedores no podrán someterlas a embargo o a secuestro mientras no se haya pagado el precio.

Por otro lado, la parte que ha entregado las cosas no podrá disponer de ellas, mientras no se venza el plazo convenido y éstas le sean restituidas.

Propuesta con la que damos por terminado este trabajo, esperando que dentro de sus limitaciones constituya motivo de inquietud para los estudiosos del derecho y que concientise a éstos de la necesidad de que se legisle sobre la materia.

NOTAS DEL CAPITULO CUARTO

- 1.- Enciclopedia Jurídica Omeba, T. VII, op. cit., p. 14.
- 2.- Idem.
- 3.- Gaudemet Eugene, Teoría General de las Obligaciones, 2a. edición, México, Ed. Porrúa, S.A., Trad. y notas de Derecho Mexicano por Pablo Macedo, 1984, p. 37.
- 4.- Sánchez Medal, De los Contratos Cíviles, México, Ed. Porrúa, S.A., 1980, p. 4.
- 5.- Olvera de Luna Omar, op. cit., p. 1.
- 6.- Idem.
- 7.- Sánchez Medal Ramón, op. cit., p. 76.
- 8.- "Art. 75. La Ley reputa actos de comercio:

I. Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos, muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajados o labrados;

XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;

XXIV. Cualesquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este código."

9.- Díaz Bravo, op. cit., p. 80.

10.- Diccionario Jurídico Mexicano, T.II. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., 1983, p. 292.

11.- Gaudemet E., op. cit., pp. 106 y siguientes.

12.- Sánchez Medal, op. cit., p. 13.

13.- Gutiérrez Benito, Código o estudios fundamentales sobre el derecho civil, T. IV, p. 33, citado por Rafael de Pina, Derecho Civil Mexicano, T. III, op. cit., p. 288.

14.- Ortiz Urquidi Raul, Derecho Civil, Parte General, México, Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 326.

15.- Olvera de Luna Omar, op. cit., p. 3.

16.- De acuerdo a lo estipulado en los artículos 1966, 1967 y 1971 del Código Civil para el Distrito Federal.

- 17.- Referirse al capítulo segundo 2.1., El contrato estimatorio en Italia, contrato in conto deposito.
- 18.- "Art. 2291.- La entrega de la cosa vendida debe hacerse en el lugar convenido, y si no hubiere lugar designado en el contrato, en el lugar en que se encontraba la cosa en la época en que se vendió".
- 19.- Sánchez Medal, op. cit., pp. 87 y siguientes.
- 20.- De Pina Vara, Derecho Civil Mexicano, T. III., México, Editorial Porrúa, S.A., 1983, p. 143.
- 21.- Sánchez Medal, op. cit., pp. 90 y siguientes.
- 22.- López Ostalaza Guillermo, Breves notas sobre el Contrato Estimatorio, Tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1943, p. 49.
- 23.- Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

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

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

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;"

24.- Sánchez Medal, op. cit., p. 92.

25.- Idem.

C O N C L U S I O N E S

La finalidad de esta investigación, ha sido el tratar de resaltar la importancia del contrato estimatorio en el ámbito comercial mexicano, su naturaleza autónoma y la necesidad que existe de que se instrumente su reglamentación.

Consideramos que del trabajo elaborado se desprenden los siguientes puntos:

- 1.- En el Derecho Romano era conocida la figura contractual llamada Aestimatum, considerada como contrato innominado y con un contenido similar al del contrato estimatorio actual.
- 2.- A través de un estudio de derecho comparado sobre el contrato estimatorio, observamos que és regulado por la legislación italiana en el Codice Civile de 1942. Igualmente se encuentra incluido en el Código Civil Austriaco bajo el nombre de Verkaufsaugtrag, integrado al capítulo de la compraventa y en el Código de Comercio Hondureño, en el cual se hace en un sólo artículo una concentración de lo estipulado en el Código Civil Italiano.
- 3.- El Código de Comercio Mexicano no contempla la existencia del contrato estimatorio, dejándolo como contrato atípico, sin embargo, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en su artículo 159, hace referencia al mismo cuando estipula que no entran en la masa de la

quiebra los bienes que se encuentren en poder del fallido por causa de un contrato estimatorio.

4.- La citada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos de 1942, adelanta sobremanera a las legislaciones extranjeras analizadas, ya que aunque en los ordenamientos consultados se regula la separación de bienes no pertenecientes a la masa de la quiebra en ninguno de ellos se hace referencia de manera explícita a los bienes que en virtud de un contrato estimatorio se encuentren en poder del quebrado.

5.- Por otra parte es de resaltar que la exposición de motivos de la citada ley señala que aunque no es su intención definir el contrato estimatorio considera que:

"En virtud de este contrato el que recibe la cosa tiene la posibilidad durante el plazo que se determina, de adquirirla pagando el precio convenido o devolverla antes de que transcurra aquél".

6.- En este trabajo hicimos referencia a diversas teorías, relativas a la naturaleza jurídica del contrato estimatorio, defendidas por ilustres juristas, cada una de las cuales cuenta con argumentos de gran peso, lo que dificultó aún más la tarea que nos hemos impuesto, coincidiendo en señalar la importancia económica del contrato estimatorio para el comercio en pequeño y particularmente en la relación comercial existente entre la editorial y el librero.

7.- En opinión de la sustentante el contrato estimatorio consiste en una convención en virtud de la cual una de las partes confía a otra una o varias cosas muebles, para que ésta a su vez, en un plazo previamente establecido intente la venta de las mismas, en las condiciones que mejor le convengan, y una vez transcurrido dicho plazo, pague al dueño de las mercancías el precio que solicitó por ellas o bien las restituya en las condiciones que las recibió.

8.- Respecto a la naturaleza jurídica del contrato estimatorio concluimos que:

- a) En la legislación mexicana se clasifica como contrato atípico, por no encontrarse regulado en la ley.
- b) Se trata de un contrato de naturaleza real, ya que se perfecciona por la entrega de la mercancía.
- c) Es de tipo oneroso debido a que siempre hay de por medio una cantidad en dinero.
- d) Es de naturaleza autónoma, dado que sus características no permiten enmarcarlo como una variante de otros contratos, que aunque afines no presentan particularidades propias del contrato estimatorio.
- e) Su carácter es sinalagmático, puesto que requiere de dos partes para su ejecución.

f) Es de tipo aleatorio, en virtud de que al realizarse, nunca se sabe cuál va a ser su resultado.

9.- Derivado de su importancia económica y su naturaleza autónoma, estimamos indispensable se considere la inclusión del contrato estimatorio en el Código de Comercio Mexicano.

APENDICE No. 1

CAPO IV

DEL CONTRATTO ESTIMATORIO

1556 (Nozione).- Con il contratto estimatorio una parte consegna una o piú cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito.

1557 (Impossibilitá di restituzione).- Chi ha ricevuto le cose non é liberato dall'obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integritá é divenuta impossibile per causa a lui non imputabile.

1558 (Disponibilitá delle cose).- Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo.

Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite.

APENDICE No. 2

TRADUCCION

CAPITULO IV

DEL CONTRATO ESTIMATORIO

1556. Nocción.- Por el contrato estimatorio una parte entrega una o varias cosas muebles a la otra y ésta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido.

1557. Imposibilidad de restitución.- Quien ha recibido las cosas no queda liberado de la obligación de pagar su precio, si la restitución de las mismas en su integridad se ha hecho imposible por causa no imputable a él.

1558. Disponibilidad de las cosas.- Son válidos los actos de disposición por quien ha recibido las cosas; pero sus acreedores no pueden someterlas a embargo o a secuestro mientras no se haya pagado el precio.

Aquel que ha entregado las cosas no puede disponer de ellas mientras no le sean restituidas.

APENDICE No. 3.

VERKAUFSAUFTRAG.

§1086. Wenn jemand seine bewegliche Sache einem andern für einen gewissen Preis zum Verkaufe übergibt, mit der Bedingung, daß ihm der Unternehmer binnen einer festgesetzten Zeit entweder das bestimmte Kaufgeld liefern oder die Sache zurückstellen soll; so ist der Übergeber vor Verlauf der Zeit die Sache zurückzufordern nicht berechtigt; der Unternehmer aber muß nach deren Ablauf das bestimmte Kaufgeld entrichten.

§1087. Während der festgesetzten Zeit bleibt der Übergeber Eigentümer. Der Unternehmer haftet ihm für den durch sein Verschulden verursachten Schaden und es werden ihm bei Zurückstellung der Sache nur solche Kosten vergütet, die dem Übergeber zum Nutzen gereichen.

§1088 Ist die Sache unbeweglich; oder Preis, oder die Zahlungsfrist nicht bestimmt; so wird der Unternehmer wie ein Gewalthaber angesehen. In keinem Falle kann die zum Verkaufe anvertraute Sache dem Dritten, welcher sie von dem Unternehmer redlicher Weise an sich gebracht hat, abgefordert werden (§567).

APENDICE No. 4.

Código Civil Austriaco Traducción de los arts. 1086 a 1088 al Italiano consultado en el Codice di Comercio General per il Dott. Andrea Benussi, Innsbruck, Librería Académica Wagneriana, 1911. p.298.

II Contrato Estimatorio

1086, C.Civ. Se alcuno consegná ad un altro la sua cosa mobile per venderla ad un certo prezzo, a condizione che quegli che la riceve debba entro il termine stabilito o pagare il prezzo determinato, o restituirla; quegli che consegna la cosa non puó ripeterla innazi che sia scorso il tempo; e chi la riceve é obligado a pagare il prezzo determinato dopo la scadenza del termine.

1087, 1.C.: Durante il tempo stabilito, chi ha consegnato la cosa ne conserva la proprietá. Chi la riceve é responsabile del danno dato per sua colpa, e se la cosa viene restituita, gli é soltanto dovuto il risarcimento di quella spese che arrecano vantaggio al proprietario.

1088, 1.C.: Se la cosa e immobile, ovvero o vero se non fui determinato il prezzo, né il termine del pagamento, chi riceve la cosa si considera come un mandatario. In nessun caso il terzo puó essere constretto a restituire la cosa chi egli avesse acquistata in buona fede da quello a cui fu affidata per la vendita.

APENDICE No. 5.

EL CONTRATO ESTIMATORIO

No. 1086, C.Civ: Si alguien consigna a otro una cosa mueble de su propiedad para venderla a un cierto precio, con la condición de que aquél que la reciba deba dentro de cierto término establecido o pagar el precio determinado o restituirla; aquél que consigna la cosa no puede exigir que se le devuelva la mercancía hasta que haya transcurrido el plazo; y quien la recibe está obligado a pagar el precio determinado al vencimiento del término.

No. 1087, I.C.: Durante el plazo establecido el dador conserva la propiedad. El receptor es responsable de cualquier daño que sufra la mercancía por su culpa, y al devolver la mercancía está obligado a pagar lo que costó eventualmente la reparación.

No. 1088, I.C.: Si la mercancía es un bien inmueble o si no se estableció el precio, ni el periodo para devolución o pago, quien recibe la cosa se considera como un mandatario. En ningún caso puede ser obligado a restituir la mercancía que él hubiera adquirido de buena fe de aquél a quien fue confiada la venta.

APENDICE No. 6.

CODIGO DE COMERCIO HONDUREÑO

Art. 826. "El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague el 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 validamente 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 no le sean restituidas".

APENDICE No. 7

CODIGO DE COMERCIO ESPAÑOL (1885)

De 22 de agosto de 1885. Libro Cuarto De la Suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones.

Sección 5a.

De los derechos de los acreedores en caso de la quiebra y de su respectiva graduación (p. 2586 del T.II).

ART. 908. Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán del dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará aquélla siempre que cumpliere las obligaciones anexas a los mismos.

P.2592. ART. 909. Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior, para los efectos señalados en él:

3o. Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, enajenamiento, alquiler o usufructo.

40. Las mercaderías que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega.

APENDICE No. 8.

CODIGO CIVIL DE LA REPUBLICA PORTUGUESA.

Secção XI

Outros contratos onerosos.

Artigo 939:

(Aplicabilidade das normas relativas à compra e venda)

As normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas.

APENDICE No. 9

CODIGO DE COMERCIO ARGENTINO

1o. de mayo 1890

libro Cuarto.

De las Quiebras

Ley 11.719 del 27 de Septiembre de 1933.

Título XVI.

Art. 1504 (126).- Los acreedores del fallido serán clasificados en cinco estados diversos, según la naturaleza de sus Títulos:

- 1o.) Acreedores de dominio.
- 2o.) Acreedores con privilegio general.
- 3o.) Acreedores con privilegio especial.
- 4o.) Acreedores hipotecarios.
- 5o.) Acreedores simples o comunes.

Art. 1505 (127).- Pertenecen a la primera categoría:

- 1o.) Los acreedores de bienes que el fallido tuviere a título de depósito, prenda, administración, arrendamiento, comodato, comisión de compra, venta, tránsito, entrega o cualquiera de los títulos que no transfieren el dominio.

APENDICE No. 10

CODIGO DE COMERCIO ARGENTINO

Libro Cuarto de las Quiebras

Título XV

EFFECTOS JURIDICOS DE LA
DECLARACION DE QUIEBRA.

"Art. 1483 (105).- Cesa el fallido en los mandatos y comisiones que hubiese recibido antes de la quiebra; y sus mandatarios o factores cesan desde el día en que llegara la quiebra a su noticia. En esta fecha se saldan sus cuentas corrientes por remesas respectivas".

APENDICE No. 11

LEY DE QUIEBRAS No. 7566 de 2 de agosto
de 1932.

Editorial mercurio, S.A. Lima Perú, p. 264.

Art. 140°.- Los inmuebles y los muebles identificables que existan en poder del deudor, o de un tercero que los conserve a nombre del quebrado, cuya propiedad no se ha transferido a éste, serán entregados a los dueños previos los trámites establecidos en este título.

Art. 141°.- Están comprendidos en el artículo anterior:

I.- Los bienes efectos o mercaderías que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo o comisión y, en general, los bienes que el quebrado haya poseído en nombre de otro, si procede la entrega conforme al Código Civil o al de Comercio.

APENDICE No. 12

Código de Comercio Peruano

Libro Cuarto

De la suspensión de pagos y de las
Quiebras. De las prescripciones.

Título V.

De los derechos de los acreedores en caso
de quiebra y de su respectiva graduación.

Art. 920. Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en junta de acreedores o en sentencia: reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquella, siempre que cumpliere las obligaciones anexas a los mismos.

Art. 921. Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior, para los efectos señalados en él:

40. Las mercaderías que el quebrado tuviere en su poder por comisión de compra, venta, tránsito o entrega.

30. Los bienes y efectos que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler o usufructo.

B I B L I O G R A F I A

A. D'ORS y otros, El Digesto Justiniano T.I. Pamplona. Editorial Aranzadi, 1968.

Alvarez Suárez Ursino, Curso de Derecho Romano T.I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

Ascarelli Tullio, Derecho Mercantil, trad. de Felipe J. Tena México, Editorial Porrúa, Hnos y Cía., 1940.

Bolaffio León, Derecho Comercial, T.I (Leyes y Usos Comerciales, Actos de Comercio), trad. Delia Viterbo y Santiago Sentis, Buenos Aires, Editorial Ediar, S.A., 1947.

Bolaffio Leone, Legislazione Commerciale, 6a. edición, Torino, Editorial Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1934.

Bonfante Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 2a. edición, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1959.

De Martini Angelo, Profili della Vendita Commerciale e del Contrato Estimatorio, Milano, 1950.

De Pina Rafael, Derecho Civil Mexicano, T.III. México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

De Pina Rafael, Diccionario de Derecho, México, Editorial Porrúa,

S.A., 1975.

Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, México, Editorial Har-
ta, S.A. de C.V. 1983.

Diccionario Jurídico Mexicano, T.II, México, Instituto de Inves-
tigaciones Jurídicas, U.N.A.M. 1983.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires, Editorial Bibliográfi-
ca Argentina, 1976.

Floris Margadant Guillermo, Derecho Romano, México, Editorial Es-
finge, S.A. 1965,

Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano, 3a. edi-
ción, México, Editorial Esfinge, S.A. 1968.

Floris Margadant Guillermo, Introducción a la Historia del Dere-
cho, Mexicano, México, Editorial Esfinge, S.A. 1976.

Garrigues Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T.II, Madrid, Edi-
torial Aguirre, Imp., 1940.

Gaudemet Eugene, Teoría General de las Obligaciones, 2a. edición,
México, Editorial Porrúa, S.A. trad. y notas de Derecho Mexicano
por Pablo Macedo, 1984.

Gutiérrez Alvis Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Madrid, Editorial Instituto Editorial Reus, 1984.

Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, glosadas por el Lic. Gregorio López T.II, reimpreso en Perpiñan por D.J. Alzine, 1831.

López Ostalaza Guillermo, Breves Notas sobre el Contrato Estimatorio, Tesis, México, Escuela Libre de Derecho, 1943.

Merryman John Henry, La Tradición Jurídica Romano Canónica, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, No. 218, Editorial F.C.E., 1971.

Messineo Francesco, Derecho Civil y Comercial, T.V. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa, América, 1971.

Neppi Vittorio, II Contrato Estimatorio e el Commercio Odierno, Ferrara, Editorial Stablecimiento Tipográfico Taddei, 1926.

Olvera de Luna Omar, Contratos Mercantiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

Ortiz Urquidi Raul, Derecho Civil, Parte General, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

Pallares Eduardo, Leyes de las Siete Partidas, "Rev. Foro de Mé

xico", No. 83, feb. 1960.

Pallares Jacinto, Curso Completo de Derecho Mexicano, México, Imprenta Litográfica y Encuadernación de I. Paz, 1901.

Peña Guzmán Luis A. y Arguello Luis R. Derecho Romano, 2a. edición, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1966.

Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Madrid, Editorial Saturnino Calleja, S.A., 1945.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, T.II, México, Editorial Porrúa, S.A. 1983.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, La Separación de Bienes en la Quiebra, México, U.N.A.M., 1978.

Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, T.III, Teoría General de las Obligaciones, México, Ed. Porrúa, S.A., 1983.

Salandra Vittorio, Lezione sui Contratti Commerciali, Padova, Editorial CEDAM, 1940.

Sánchez Meda Ramón, De los Contratos Civiles, México, Editorial Porrúa, S.A. 1980.

Tena Felipe J. Derecho Mercantil Mexicano, México, Editorial Porrúa, S.A., 1970.

Trabucchi, Istituzioni di Diritto Civile, 3a. edición, Padova, Editorial Francesco Montuoro, 1946.

Vázquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.

LEGISLACION CONSULTADA.

Código Civil Austriaco consultado en Allgemeines Bürgerliches GesetzBuch (ABJB) del 1o. de junio de 1811, J. Co. S. No. 946.

Codice Civile con la Costituzione e le leggi Speciali, Milano, Dott. A. Giufre Editore, 1976.

Código Civil de la República Portuguesa, Lisboa, Editorial Imprensa Nacional de Lisboa, 1968.

Código Civil para el Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, S.A. 1984.

Código de Comercio de México, México, Imprenta de Mariano Lara, 1854.

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Tipográfica de Gonzálo A. Esteva, 1884.

Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial Porrúa, S.A., 1984.

Código de Comercio de Honduras, Tegucigalpa, 1950.

Código de Comercio Español consultado en las Leyes Mercantiles y Económicas de Antonio Polo Díez T.II, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

Código de Comercio Peruano, legislación derogada, consultado en Constitución, Códigos y Leyes del Perú recopilados y concordados por Eduardo García Calderón, 4a. edición, Lima, Editorial Librería e Imprenta Gil, S.A., 1932.

Código de Comercio Peruano por J.V. Fajardo, Lima., Editorial Mercurio, sin fecha.

Código de Comercio y Leyes Complementarias, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1959.

Código de Comercio y Navegación, París, Librería de Rosa y Bouret.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Concordancias, Anotaciones, Exposición de Motivos y Bibliografía por Joaquín Rodríguez, México, Editorial Porrúa, S.A., 1983.