

# Contrato estimatorio

*Alejandro D. Dabah\**

## **Resumen**

El extraordinario desarrollo que tuvo el comercio a partir de la segunda mitad del siglo xx, estimulado por la constante competencia entre empresas, impuso a los comerciantes la necesidad de tener en su poder cantidades suficientes de mercadería para satisfacer las demandas de sus clientes. No obstante, se advierte que esa labor de aprovisionamiento obligó a los empresarios a asumir un riesgo económico que no siempre están en condiciones de afrontar, dado que la reventa de productos suele resultar azarosa en virtud de oscilaciones del mercado que muchas veces no pueden preverse ni evitarse.

El contrato estimatorio cumple una función preventiva de tal riesgo pues permite a los comerciantes estar abastecidos de mercaderías, que no adquieren en propiedad ni deben abonar antes de producirse las reventas, pero que pueden, sin embargo, transmitir y lucrar con esa enajenación como si fuesen propias, con las únicas limitaciones que surgen de la propia naturaleza del acto.

Nuestros Códigos Civil y de Comercio no regulan ni mencionan este contrato, pero es indudable que en la actualidad tiene gran aplicación práctica, aunque debemos reconocer que bajo el nombre de “consigna-

\* Abogado (1995), Profesor Adjunto Regular de la materia Contratos Civiles y Comerciales (UBA y UB) y de la materia Derecho Internacional Privado (UCES); adabah@estudiomd.com.

ción”. Si bien existen algunas coincidencias entre el contrato estimatorio y la consignación, creemos que se trata de dos figuras autónomas, que necesariamente deben distinguirse entre sí, en atención a sus naturalezas jurídicas.

Palabras clave: contrato estimatorio, consignación, comerciante, mercaderías, obligación facultativa, derecho de disposición.

## **The *Aestimatum* Contract**

### **Abstract**

The extraordinary development of trade as of the second half of the 20<sup>th</sup> century, driven by growing competition among companies, obliged merchants to have available sufficient amounts of goods to meet the requirements of their clients. However, the stocking of goods has obliged businessmen to assume an economic risk that they are not always able to face, since the resale of products is often unpredictable due to market shifts that cannot always be foreseen or avoided.

The *Aestimatum* Contract affords protection against such risk since it enables merchants to maintain stocks of goods without having to acquire title to such goods or pay for them before the goods are resold but may, however, sell and profit from the sale as if the goods were their property, subject only to the limitations arising out of the nature of the act itself.

The Argentine Civil and Commercial Codes do not regulate or mention this contract, despite there is no doubt regarding its current widespread use, admittedly under the name of “consignment agreement”. Though there are some coincidences between the *aestimatum* contract and consignment agreements, we believe they are two independent figures that must be distinguished from each other on the basis of their legal nature.

Keywords: contract *aestimatum*, consignment, merchant, goods, facultative obligation, right of disposition.

## I. Consideraciones previas

El hecho de almacenar mercaderías o *stocks*<sup>1</sup> permite a los comerciantes disponer de los productos necesarios para satisfacer la demanda de sus clientes en el momento que lo precisan, en el lugar deseado y en la cantidad requerida. Pero esa actividad de acopio, pese a las innegables ventajas que presenta para el desenvolvimiento del comercio actual, no está exenta de riesgos.

En efecto, el *stock* de mercadería importa una inmovilización financiera que, hasta el momento de concretarse la reventa, producirá un coste que variará en función del medio financiero que se haya elegido. Así, pues, si el capital que se ha utilizado para la compra de mercadería proviene de un préstamo concedido por un banco u otra entidad financiera, el coste de esa inmovilización monetaria habrá de asimilarse a los intereses que deban abonarse por la deuda asumida; en tanto que si el capital empleado se deduce de fondos propios de la empresa, entonces la operación supondrá un coste que los especialistas llaman “de oportunidad”, ya que implica sacrificar los beneficios que razonablemente podrían esperarse de ese capital en caso de haberse invertido en otra operación.

Por cierto, el riesgo de generar *stock* de mercadería puede agravarse aún más si el comerciante no logra concretar la venta prevista –o si debe hacerla a un precio menor al que adquirió el producto (por ejemplo, porque se trata de un producto perecedero que está próximo a vencer)–, lo que supondría una pérdida que, en ocasiones, podría afectar negativamente el desenvolvimiento del negocio. De allí que, desde antaño, los comerciantes busquen herramientas que les permitan disponer de cantidades suficientes de productos para ofrecer a sus clientes, pero sin tener que afrontar los peligros que derivan de la falta de enajenación futura.

Uno de los instrumentos que cumple esa función preventiva es el *contrato estimatorio* que, pese a las distintas denominaciones que se le han

1. La palabra inglesa “stock” es utilizada para indicar un depósito de mercaderías, materias primas u otro objeto cualquiera. El hecho de almacenar existencias o *stocks* es una actividad económica que, como toda actividad de esa índole, tiene como fin la satisfacción de las necesidades humanas con medios materiales escasos, apropiables y susceptibles de usos alternativos. Al respecto véase F. Parra Guerra, *Gestión de Stocks*, Madrid, ESIC Editorial, 2005, p. 15.

dado, es un acuerdo de voluntades por el cual una parte (comúnmente denominada consignante o *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada consignatario o *accipiens*) un bien no registrable de su propiedad –que ambas estiman en un valor pecuniario determinado o determinable–, pudiendo el *accipiens* adquirir esos bienes para sí, transmitirlos a un tercero o devolverlos a su dueño de no concretarse las operaciones anteriores. En las dos primeras hipótesis, el *accipiens* deberá el precio estimado con el derecho de retener, en su beneficio, el sobreprecio que hubiese obtenido en caso de haberlo vendido a un tercero; en cambio, si hubiese optado por restituir el bien a su dueño, nada deberá al *tradens* por el tiempo en que este se ha visto privado de su poder de disposición.

Vemos, pues, que esta modalidad contractual constituye una herramienta muy útil para los comerciantes –principalmente minoristas– dado que les permite obtener cantidades suficientes de mercaderías, que no adquieren en propiedad, pero que pueden, sin embargo, transmitir y lucrar con esa enajenación como si fuesen propias, con las únicas limitaciones que derivan de la naturaleza del acto.

Sobre la base de estas ideas iniciaremos el estudio del contrato estimatorio, no sin antes aclarar que el tema ha suscitado diversas opiniones doctrinarias, principalmente en lo relativo a su naturaleza jurídica, que ameritan un análisis más exhaustivo de los rasgos que lo caracterizan a fin de evitar la confusión que suele darse con otras figuras que, pese a contar con una regulación específica dentro de nuestro ordenamiento jurídico, suelen confundirse entre sí.

## II. Origen y evolución

La mención más antigua al contrato estimatorio puede encontrarse en el Título III, Libro XIX, del Digesto que, bajo la rúbrica de *aestimatum*, afirma que es el acuerdo en virtud del cual una persona (*tradens*) entrega a otra (*accipiens*) una cosa para que esta última la venda y entregue el precio estimado (de ahí la designación de *aestimatum*) o devuelva la cosa intacta en caso de no producirse la venta.

Pese a la claridad de ese concepto, algunos autores cuestionan que el *aestimatum* haya sido conocido en el Derecho antiguo por hallarse inserto en un *corpus* doctrinal cuya autenticidad está controvertida en virtud de ha-

ber sufrido notables alteraciones durante la compilación justiniana.<sup>2</sup> Esto llevó a afirmar que la primera regulación cierta del contrato estimatorio sea la contenida en el Código bávaro de 1756<sup>3</sup> (también denominado *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) que dedicó parte del párrafo IV, capítulo XII, a regular diversas situaciones vinculadas a esta figura.

El rasgo distintivo del estimatorio dentro de esa legislación fue considerar que el *accipiens* adquiriría la propiedad de la cosa desde el momento de la tradición, lo que importó dotar a este acuerdo de efecto traslativo de dominio. Esta solución, empero, no hizo más que contradecir la obligación alternativa del consignatario de restituir la cosa o pagar el precio convenido porque, si hay transmisión de dominio, no cabe la posibilidad de restitución, salvo que se celebre una nueva convención o se extinga el contrato por alguno de los medios que contempla la ley (por ej., condición resolutoria).

Algunos juristas<sup>4</sup> sostienen que esa contradicción obedece a una equivocada interpretación de las fuentes romanas. En efecto, cuando Boehmer afirmó que el contrato en estudio transfiere la propiedad de la cosa, lo hizo citando como fuente el frag. 10 D. *de iure dotium*, lo que permite inferir que el legislador bávaro confundió dos situaciones jurídicas antagónicas: la entrega de la dote estimada al marido (regulada por la fuente romana) y la entrega de una cosa para que otra persona proceda a venderla.

2. Véase, al respecto, A. D'ors, "Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano", *Rev. Prudencia Iuris*, 2000, N°51, p. 55, quien sostiene que "fueron los Compiladores, con su afición 'clasicista' a dar nombres a las acciones los que inventaron la *actio de aestimatio* o *aestimatoria* como tipo especial de la *actio praescriptis verbis* de Ulpiano. La inventaron como acción *proposita* en el Edicto, cuando la *actio praescriptis verbis*, que Ulpiano daba incidentalmente para ese caso de venta atípica, nunca pudo ser objeto de una cláusula especial del Edicto, ni de una fórmula exclusiva para el contrato estimatorio enunciado en el Edicto pretorio. Parece evidente que tenemos aquí la misma mano que escribió en Inst. 4, 6, 28: *praescriptis verbis quae de aestimato proponitur* (también para la *permutatio*, vid. *Infra*). El mismo verbo *proponere* (insólito para acciones como esta) en presente indica que no se trata del Edicto, sino de la doctrina jurisprudencial recibida por los Compiladores".

3. Este Código fue obra de Javier Aloisius de Kreittmeyer y su contenido se aproxima más a un tratado de jurisprudencia que a un Código propiamente dicho.

4. J. M. Muñoz M. Planas, *El Contrato estimatorio*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p. 112.

Lo expuesto permite colegir que el código en estudio no logró captar la esencia funcional de este contrato porque, al atribuirle efecto traslativo de dominio, no hizo más que asimilarlo a una especie de compraventa sujeta a condición. De ahí que su mención como antecedente legislativo pueda reputarse más anecdótica que útil a la hora de delimitar sus rasgos característicos.

La segunda regulación legal del contrato que nos ocupa la encontramos en el Código General prusiano de 1794. Allí se expresa que el estimatorio tiene lugar cuando una persona entrega una cosa suya a otra para venderla a un precio determinado, bajo la condición de restituir la misma cosa o el precio dentro del término convenido.<sup>5</sup>

La definición transcripta otorga al “término convenido” el carácter de elemento esencial particular de la figura en examen, sin advertir que el fin propio de este acuerdo puede cumplirse aun cuando las partes no hayan determinado el período de tiempo dentro del cual el consignatario cumplirá su cometido.<sup>6</sup> Esta última explicación explica por qué el plazo del contrato no haya encontrado eco en la codificación moderna como elemento esencial particular, con la sola excepción del A.B.G.B. austríaco de 1811 que introdujo, en sus arts. 1086<sup>7</sup> y 1088,<sup>8</sup> un criterio similar al del Código prusiano.

Más allá de los antecedentes mencionados, lo cierto es que el estimatorio no tuvo mayor trascendencia legislativa sino hasta 1942 cuando el legislador italiano decidió incorporarlo al *Código Civile*, adquiriendo así la categoría de negocio autónomo y siendo objeto de regulación por parte del resto de la codificación moderna, según lo veremos más adelante.

5. Art. 511 del Cód. de Prusia.

6. Entre otros, N. Coviello, “Del contratto estimatorio”, *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1893, p. 25.

7. Art. 1086: “Cuando alguien entrega sus bienes muebles a otro por un cierto precio para su venta, con la condición de que el tomador dentro de un período de tiempo previamente estipulado le entregue el dinero de la venta o bien le reintegre el bien”. “Así al dador no se le faculta la devolución del bien antes de que transcurra el tiempo estipulado, el tomador sin embargo debe pagar el dinero de la venta luego de su vencimiento”.

8. Art. 1088: “Si el bien, el precio o el plazo de pago no estuviese determinado, el tomador será visto como que tiene el bien por la fuerza. En ningún caso el bien encomendado para la venta podrá ser exigido a un tercero, a quien le ha sido entregado por el tomador de manera honrada”.

### III. Denominación y concepto

La doctrina contemporánea suele discurrir sobre el concepto de “contrato estimatorio”. La finalidad de esta labor es trazar con nitidez los rasgos que lo caracterizan, de manera que aquello que no se sitúe dentro de esas líneas forme parte de los alcances que pueden conferírsele, sea dentro del terreno científico o legislativo.<sup>9</sup>

Pero a poco de examinar el tema se advierte cierta complejidad que alcanza incluso a la propia denominación. En efecto, algunos autores sostienen que el término *estimatorio* debería reemplazarse por el de *consignación* para adecuarlo así a la terminología que utilizan los comerciantes en ocasión de referirse a esta especie de negocio jurídico.

Nosotros rechazamos esta postura porque entendemos que, desde el punto de vista técnico, la consignación y el contrato estimatorio son figuras disímiles que presentan naturalezas propias. En efecto, en el contrato estimatorio el *accipiens* actúa en nombre e interés propio y se halla investido de poder jurígeno suficiente para pactar libremente las condiciones en las que transmitirá la cosa dada por el *tradens*; mientras que en la consignación no se advierte esa libertad pues el consignatario actúa por cuenta del comitente (aunque en nombre propio) y debe rendir cuentas de su gestión. De ahí que deba rechazarse cualquier intento de asimilación, aunque sólo sea terminológico, pues ello podría generar dudas sobre la naturaleza y los efectos del contrato que han querido celebrar las partes.

Por cierto que la multiplicidad de denominaciones no es el único obstáculo que hallamos en el estudio de este contrato: también debemos enfrentar el problema relativo a la delimitación de su concepto ya que la doctrina, pese a los esfuerzos realizados, no ha podido arribar a una definición compartida por todos. Ello nos obliga a efectuar un breve repaso de las principales posiciones de autores que reflejen esa profusión de criterios, para luego concluir con nuestra propia definición

En este sentido, advertimos que algunos autores afirman que el contrato estimatorio es aquel en virtud del cual “una de las partes entrega a otra determinadas cosas muebles cuyo valor estima en una cantidad cierta, obligándose esta a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo

9. J. C. Rezzonico, *Contrato, concepto y tipo*, La Ley, 1985-B, p. 927 y sig.

y a devolver el valor estimado de las cosas que vende y el resto de las no vendidas”.<sup>10</sup>

La definición transcrita pone en cabeza del *accipiens* la obligación de “procurar la venta”. Sin embargo, cabe preguntarnos qué sucedería si el *accipiens*, en vez de “procurar la venta”, adquiriera la cosa para sí o la devolviera a su dueño al vencimiento del plazo previsto en el contrato. ¿Habría un negocio jurídico distinto al estimatorio? ¿El *accipiens* habría incumplido una de las obligaciones que tiene a su cargo? Nosotros nos inclinamos por la respuesta negativa porque entendemos que el *accipiens* no tiene “obligación de vender”, como podría tenerla un mandatario o comisionista para la venta, sino de abonar el precio estimado o restituir el bien en caso de no haberlo adquirido o transmitido a un tercero.

Otros autores, en cambio, afirman que el contrato en estudio tiene lugar cuando “una persona da en consignación una cosa mueble, estimada en un valor pecuniario determinado, con la obligación de quien la recibe de adquirir la cosa en un plazo fijado, con derecho a tener parte del precio que exceda en la estimación originaria cuando la haya vendido, o la obligación de devolver la cosa”.<sup>11</sup>

Si bien la definición transcrita intenta superar la confusión que existe entre el contrato estimatorio y el mandato para la venta, juzgamos que no es suficiente para eximirlo de toda crítica. Ello, por cuanto emplea el término “consignación” que, pese a ser utilizado en la práctica mercantil, carece del sustento técnico-jurídico que reclama una definición que intenta describir adecuadamente un instituto.

Por lo demás, advertimos que de la definición en análisis surge que el *accipiens* tiene derecho a retener la parte del precio que exceda la estimación originaria cuando “haya vendido” la cosa que constituye su objeto. Sin embargo, pensamos que era suficiente afirmar que el *accipiens* asume la obligación de abonar el precio estimado, con total prescindencia de si ha procedido a su venta o no, por cuanto cabe la posibilidad de que haya trans-

10. Véase, al respecto, D. R. Vitolo, *Contratos comerciales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 241; J. C. Fernández Madrid, H. Fernández Madrid y A. B. Caubet, *Manual Práctico de Contratación comercial*, T.I, Buenos Aires, Errepar, 1996, p. 479 y R. Uria, *Derecho Mercantil*, Madrid, 11<sup>a</sup> ed. 1976, p. 495.

11. M. Ossorio, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Helias, 1982, p. 171.



ferido la propiedad de la cosa por un título distinto a la compraventa (por ej., mediante un contrato de permuta o donación), sin que ello desnaturalice la figura contractual en análisis.

Esta idea fue receptada por algunos autores que, en oportunidad de definir esta figura, omitieron hacer referencia a la eventual venta que pudiera efectuar el *accipiens*. Así, pues, se sostuvo que este contrato tiene lugar cuando “una persona, comúnmente denominada concedente o *tradens*, entrega a otra (concesionario o *accipiens*) cosas muebles, estimando su precio al momento de la entrega, con el compromiso de que si el concesionario no restituye las cosas recibidas dentro de un término acordado, le deberá pagar el precio convenido, pudiendo durante dicho plazo disponer de ellas libremente como si fueran propias”.<sup>12</sup>

Tal definición, empero, parece estructurar ese negocio como un contrato “real”, es decir, como un acuerdo de voluntades que se perfecciona con la entrega de las cosas (nótese que afirma que el *tradens* “entrega” al *accipiens* cosas muebles, y no que se “obliga a entregar”), sin advertir que este carácter únicamente puede derivar de la voluntad del legislador y que, siendo el estimatorio un contrato atípico, no corresponde atribuirle ese carácter.

Hechas estas aclaraciones, corresponde que formulemos nuestra propia definición. En tal sentido, afirmamos que el estimatorio es el acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte (denominada *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada *accipiens*) uno o varios bienes no registrables de su propiedad, que ambas partes estiman en un valor pecuniario determinado o susceptible de determinación, asumiendo el *accipiens* la obligación de abonar el precio convenido en caso que decida adquirirlos o transmitirlos por cualquier título, pero pudiendo liberarse de esa obligación mediante la restitución de los bienes dados por el *tradens*.

Se advierte así que la definición propuesta parte de la idea de que el estimatorio es un contrato consensual que, como tal, se perfecciona con el mero consentimiento de las partes, sin que sea necesaria la tradición del bien que constituye su objeto. Ya hemos dicho que, desde nuestro punto de vista, el carácter “real” de un contrato sólo puede derivar de la voluntad del legislador y que, siendo el estimatorio un contrato atípico para nues-

12. O. E. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, T.I, Buenos Aires, Astrea, 1991.

tro ordenamiento jurídico, no cabe otra posibilidad que atribuirle carácter “consensual”.

Por lo demás, hemos decidido apartarnos de la doctrina mayoritaria que considera que el objeto de este contrato son las “cosas muebles” y, en cambio, nos inclinamos a pensar que pueden serlo los “bienes no registrables”, siempre que sean de propiedad del *tradens*. Cabe recordar, al respecto, que el término “bienes” tiene un significado más amplio que el vocablo “cosas”, pues aquel comprende tanto los objetos materiales (cosas) como los inmateriales (derechos) susceptibles de tener un valor.

Esta opinión encuentra su fundamento en la idea de que ciertos derechos (vgr. el software o los títulos al portador individualizados por su serie o numeración) constan en un soporte externo o instrumento que permiten su transmisión sin necesidad de que el *tradens* intervenga en esa operación, sea en forma personal o mediante el otorgamiento de un poder, por lo que no existen motivos atendibles para excluirlo como objeto de este contrato, aunque reconozcamos que no sea frecuente en la práctica comercial.

De la definición dada también se desprende que la estimación del objeto es otro elemento esencial y propio de esta figura. Esta valoración, que deben hacer las partes, está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio del contrato, ya que indica el precio que obtendrá el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y marca también la ventaja económica que recibirá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio superior.

Por tanto, creemos que si *tradens* y *accipiens* no pactaron la estimación del bien, o no han fijado el mecanismo que debe seguirse para su valoración, no habrá técnicamente contrato estimatorio toda vez que faltará un elemento indispensable para su formación. En todo caso, como se ha dicho,<sup>13</sup> estaremos en presencia de un contrato preliminar que no puede asimilarse a la figura en análisis.

Por último, la definición que proponemos parte de la idea de que el *accipiens* adquiere un derecho de disponibilidad que no es absoluto sino que, por el contrario, está limitado a la realización de ciertos actos en particular. De esta manera, nos apartamos de la opinión mayoritaria que indica que el *accipiens* puede disponer de las cosas “libremente como si fueran propias”,<sup>14</sup>

13. J. M. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 316.

14. Esta opinión es seguida, entre otros, por O. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Co-*

pues pensamos que existen una serie de actos que le son vedados en virtud de no habersele transmitido la propiedad del bien. Así, por ejemplo, el *accipiens* está impedido de gravar el bien con un derecho real de garantía, y no puede darlo en locación, comodato o depósito, ni alterar su calidad o cantidad –aun cuando con ello intente darle mayor valor–, ni realizar ningún otro acto que se oponga a la naturaleza de la relación contractual que lo vincula con el *tradens*. Sólo podrá realizar los actos que mencionamos en nuestra definición, estos son, adquirir el bien para sí, transmitirlo a un tercero o restituirlo a su dueño, sin que ello implique que tenga la libre disposición del bien o que pueda actuar como si fuese su dueño. El único propietario es el *tradens* y sólo dejará de serlo si el *accipiens* adquiere el bien para sí o lo transmite a un tercero por cualquier título, salvo que se trate de cosas consumibles o fungibles que, por su naturaleza, pasan en propiedad al *accipiens*, conforme lo veremos más adelante.<sup>15</sup>

#### **IV. Derecho comparado**

Los países que más influyeron en la codificación moderna (como Francia, España y Alemania) se abstuvieron de introducir en sus respectivas legislaciones normas que regulen el contrato estimatorio. Ello podría explicarse, quizá, por el hecho de que el legislador no puede aprehender en sus esquemas la totalidad de las variantes que el ingenio humano puede construir y, por tanto, debe optar por regular los tipos contractuales que, a su entender, tienen mayor trascendencia en la vida de los negocios.

Pero existen otras razones que también nos ayudarían a entender ese silencio legislativo. Una de ellas la encontramos en los *Motive* que acompañaron al Proyecto de Código Civil alemán de 1900, que luego devino en Ley,<sup>16</sup> donde se expresa que el fin económico que persiguen las partes al

---

*mercantil Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit.

15. Remitimos a lo dicho en oportunidad de analizar el objeto del contrato estimatorio.

16. El Código Civil de Alemania (en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch* o *BGB*) comenzó a redactarse en 1881 y entró en vigor el 1º de enero de 1900, considerándose un proyecto de vanguardia para su época. El BGB ha servido de fuente para la legislación civil de otros países de tradición continental, tales como la República Popular China, Japón, Corea del Sur, Taiwán y Grecia, entre otros.

momento de celebrar el contrato estimatorio puede alcanzarse a través de otras formas contractuales, tales como la compraventa sujeta a condición, la locación, el mandato, la sociedad o el contrato de depósito. Vemos, pues, que el legislador alemán consideró que era casi imposible arribar a un criterio que sea compartido por todos –habida cuenta de la multiplicidad y variedad de elementos que convergen en este contrato– y se abstuvo, en consecuencia, de introducir una disposición legal que lo reconozca como un negocio autónomo y típico.

Sin embargo, debemos admitir que esa tendencia no estuvo vigente durante todo el transcurso del siglo XX: a partir de 1940 varios países comenzaron a legislar este contrato que, sin duda, ya era frecuente en ciertos sectores del tráfico de mercaderías (libros, objetos de orfebrería, platería, artículos de moda) y tenía una comprobada trayectoria en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, cabe afirmar que la mayor contribución a su regulación legal vino de la mano del legislador italiano, quien, en oportunidad de redactar el *Codice Civile* de 1942, tuvo presente la realidad descripta e introdujo los arts. 1556, 1557 y 1558 en ese cuerpo de normas.

La primera de esas disposiciones informa que habrá contrato estimatorio cuando “una parte entrega una o más cosas muebles a otra y esta se obliga a pagar el precio, salvo que restituya las cosas en el término establecido”. De allí deriva que, para la legislación en análisis, el estimatorio es un contrato *re perficitur* que, como tal, comienza a producir sus efectos desde el momento en que el *tradens* entrega al *accipiens* la cosa que constituye su objeto.

Por su parte, el art. 1557 reza que “quien ha recibido las cosas no está liberado de la obligación de pagar el precio si la restitución de aquella en su integridad se ha hecho imposible por causas a él no imputables”. De esta manera, la norma transcripta adopta la doctrina romanista que dota a ese acuerdo de efecto traslativo de dominio e impone el *periculum casus* al *accipiens*, no obstante, las críticas a que dio lugar esta solución y que ya hemos analizado en oportunidad de tratar su origen y evolución.

Por último, el art. 1558 expresa que “son válidos todos los actos de disposición concluidos por quien ha recibido las cosas; pero sus acreedores no pueden sujetarlas a embargo o secuestro mientras no haya sido pagado el precio correspondiente. Aquel que ha entregado las cosas no puede disponer de ellas

hasta que no le hayan sido restituidas”. Messineo,<sup>17</sup> en oportunidad de analizar la norma transcrita, advierte que las cosas negociadas continúan siendo de propiedad del *tradens* hasta tanto no se pague el precio estimado, pero aclara que el *accipiens* está facultado para venderlas en virtud de habersele concedido un derecho de libre disposición sobre la cosa ajena, con la opción de pago o reintegro, siendo esa interpretación contraria a lo normado por el art. 1557.

Vemos, pues, que el Código Civil italiano dedicó tres disposiciones a este contrato y sus contenidos son tan simples y exiguos que, en opinión de algunos autores,<sup>18</sup> no ha logrado captar la esencia funcional del negocio. No obstante las críticas formuladas, debemos reconocer que muchas legislaciones tomaron a la ley italiana como fuente de inspiración en esta materia y reprodujeron, a veces de manera textual, las soluciones que contienen sus preceptos. Así lo hace, por ejemplo, el Código de Comercio de la República de Honduras de 1950, cuyo art. 826<sup>19</sup> es una transcripción casi literal de las normas correlativas del *Codice Civiles*; y lo mismo ocurre con el Código de Comercio de Guatemala de 1970 (art. 713)<sup>20</sup> y, más recientemente,

17. F. Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, T.IV, Buenos Aires, Ejea, 1955, p. 156 y ss.

18. Así, por ejemplo, Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 161, expresa que “el *Codice* al querer regular de manera tan simple el contrato estimatorio, lo ha hecho a base de prescindir sustancialmente del supuesto de hecho de este negocio tal como, de acuerdo con (su) función económica, se produce en la realidad del tráfico. La comprobación de este importante aserto queda palmariamente evidenciada con sólo tener a la vista que el artículo 1556 omite toda alusión a la circunstancia explicativa de aquella peculiar función económica que el tráfico y los legisladores asignan a la institución: esto es, que en el contrato estimatorio la entrega de la cosa se verifica con el fin específico de que el *accipiens* proceda a su venta. El legislador italiano, por el contrario, ha situado fuera de la estructura del negocio ese fin típico y característico de la entrega y, de esa suerte, ha quedado alterada la radical esencia del negocio”.

19. Art. 826 del Cód. Com. de la República de Honduras: “El contrato estimatorio, por el cual una parte entrega a la otra una o varias cosas muebles para que le pague un precio o bien le devuelva las cosas dentro de un plazo, se regirá por las siguientes reglas: I. El consignatario no quedará liberado de la obligación de pagar el precio de lo recibido, porque sea imposible su total restitución aun por causas que no le sean imputables; II. El consignatario podrá disponer válidamente de las cosas, pero estas no podrán ser embargadas por los acreedores de aquél mientras no haya sido pagada el precio; y III. El consignante pierde su derecho de disposición sobre las cosas en tanto que no le sean restituidas”.

20. El art. 713 del Cód. de Com. de la República de Guatemala tiene la misma redacción

del Código Civil de la República Federativa del Brasil –aprobado por la Ley N°10.406 del 10 de enero de 2002– que adopta las mismas soluciones en los arts. 534 a 537.<sup>21</sup>

Otras legislaciones, en cambio, se apartaron del precedente italiano y regularon esta figura como una especie de mandato donde el *accipiens* asume la obligación de vender o procurar la venta de las mercaderías que le son dadas por el *tradens*. Este criterio lo adoptan, entre otros, los Proyectos de reforma al Código Civil argentino, según lo veremos más adelante, y el Código de Comercio de la República de Colombia<sup>22</sup> (art. 1377, 1er. párrafo). No obstante, debemos destacar que las restantes normas que regulan el contrato estimatorio (es decir, los arts. 1378 a 1381) son similares a las contenidas en el Código Civil italiano de 1942, lo que reafirma la influencia que tuvo este último sobre la legislación más moderna.

Por fin, y para concluir esta somera visión comparatista de los ordenamientos jurídicos, cabe resaltar que el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos<sup>23</sup> contiene, a nuestro entender, la regulación más completa y precisa que hasta el momento haya dado el derecho moderno, lo que lo convierte en un referente indiscutible a la hora de que otros países analicen la inclusión de esta figura dentro de la nómina de los contratos que regula la ley.

---

que el art. 826 del Código de Honduras que transcribimos en la nota anterior.

21. Art. 534: Por contrato estimatorio, el consignante entrega bienes muebles al consignatario, quien queda autorizado a venderlos, pagándole a aquel el precio estimado, salvo que optase, en el plazo establecido, a restituirle la cosa consignada.

Art. 535: El consignatario no se exonera de la obligación de pagar el precio si la restitución de la cosa, en su integridad, se torna imposible, aun por causas que no le sean imputables.

Art. 536: La cosa consignada no puede ser objeto de prenda o secuestro por los acreedores del consignatario, en tanto no se haya pagado íntegramente el precio.

Art. 537: El consignante no puede disponer de la cosa antes que le sea restituida o le sea comunicada su restitución.

22. Mediante Decreto 410 de fecha 27 de marzo de 1971 se expide el Código de Comercio para la República de Colombia, cuya publicación en el Diario Oficial (N°33339) se efectuó el 16 de junio de 1971.

23. El Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos de 1889, que entró en vigencia el 1° de enero de 1890, sufrió diversas reformas a lo largo de los años. Mediante Decreto de fecha 11 de abril de 2000 se adicionan a ese cuerpo legal las disposiciones que se indican en los arts. 392, 393 y 394 que regulan el contrato que nos ocupa bajo la rúbrica “De la Consignación Mercantil”.

## V. Derecho argentino proyectado

El Derecho argentino proyectado se ocupó tangencialmente del contrato estimatorio y lo hizo como una modalidad de la consignación comercial. En efecto, el Proyecto de 1936<sup>24</sup> –que tuvo a la vista el Anteproyecto elaborado por Bibiloni– informó que “consignación es el mandato en representación para la compra y venta de cosas muebles” (art. 1920) y que “si el consignatario se obliga a pagar el precio salvo que restituya las cosas dentro de un plazo determinado, el consignante no podrá disponer de ellas hasta que le sean restituidas” (art. 1927).

Se observa, pues, que las normas transcriptas otorgan al consignatario un derecho de disponibilidad sobre cosas muebles ajenas que lo habilitan a realizar una serie de actos (que no están identificados en las normas) durante el tiempo de vigencia de la relación contractual. Pero, una vez vencido dicho plazo, el consignatario debe pagar el precio o restituir la cosa, a su sola opción, bajo apercibimiento de considerar que ha incumplido con las obligaciones a su cargo.

Por cierto que esta solución, además de ser imprecisa por fluctuar entre la compraventa y el mandato, resultaba insuficiente para regular todo el universo del contrato en estudio. Ello, por cuanto las normas en cuestión no aluden a la responsabilidad del *accipiens* frente a la pérdida o deterioro de la cosa dada en consignación ni se refieren a la posibilidad –o no– de que los acreedores de las partes embarguen o secuestren dicho bien para satisfacer sus créditos. Por lo demás, y teniendo a la vista la denominación escogida (consignación) y su ubicación metodológica, es claro que sus redactores optaron por aplicar supletoriamente las normas del mandato comercial, lo que desnaturaliza el contrato en estudio.

24. El Proyecto de reforma al Código Civil argentino, elaborado en 1936, fue obra de una comisión integrada por los doctores R. Repetto, J. V. Pera, y R. M. Salvat (luego sucedidos por G. F. Tobal y C. Tezanos Pintos), H. Lafaille, J. C. Reborá, J. A. Bibiloni, R. Rivarola, E. Martínez Paz y J. A. Gervasoni.

Los proyectos de reforma que siguieron al de 1936, estos son, los de 1987,<sup>25</sup> 1993,<sup>26</sup> 1998<sup>27</sup> y 2012,<sup>28</sup> reafirmaron la tendencia del primero y optaron por reproducir en sus textos el cuestionado art. 1927.<sup>29</sup> La única variante la encontramos en los Proyectos de 1998 y 2012 que, en sus arts. 1267 y 1344, respectivamente, informan además que “los acreedores del consignatario no pueden embargar las cosas consignadas mientras no se haya pagado su precio” (art. 1267).

Vemos, pues, que nada nuevo se deduce de estos últimos intentos de revisión al Código Civil, lo que podría reprocharse bajo el argumento de que, al momento en que fueron redactados, ya existían importantes precedentes doctrinales y legislativos que hubiesen contribuido a lograr una regulación completa y acorde a la realidad práctica de este negocio.

25. Este proyecto de reforma al Código Civil fue elaborado por una Comisión integrada por los doctores H. Alegría, F. A. De La Vega, A. Alterini, H. P. Fargosi, J. H. Alterini, S. Le Pera, M. C. Araya, A. I. Piaggi; véase *Proyecto de Código Civil. Según texto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción*, Buenos Aires, Astrea, 1987.

26. Este Proyecto de reforma al Código Civil fue redactado por la Comisión Federal que quedó integrada en la redacción final por los doctores H. J. Alegría, A. Alterini, M. C. Araya, M. Artieda de Duré, A. M. Azpeitia, E. C. Banchio, A. J. Bueres, O. Camisar, M. M. Córdoba, R. Manóvil, L. Moisset de Espanés, J. Mossé Iturraspe, J. C. Palmero, A. I. Piaggi, E. H. Richard, N. E. Solari, F. Trigo Represas y E. Wayar. Véase: *Unificación de Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993, Sancionado por la Cámara de Diputados a consideración del Senado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.

27. Dicho proyecto de reforma al Código Civil fue creado por la Comisión designada por el Decreto del P.E. 685/95, y fueron firmantes del mismo los Profesores H. Alegría; A. A. Alterini; J. H. Alterini; M. J. Méndez Costa; J. C. Rivera y H. Roitman. Véase: *Proyecto de Código Civil de 1998, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina*, Buenos Aires, 1999.

28. Dicho proyecto de reforma al Código Civil fue elaborado por la Comisión designada por el Decreto del P.E. 191/2011 DEL 23/02/2011, y fueron firmantes del mismo los Profesores Dres. R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco y A. Kemelmajer de Carlucci.

29. El Proyecto de Reforma de 1897 reproduce la norma en cuestión en su art. 1927, mientras que el Proyecto de 1993 lo hace en el art. 1288.



## VI. Naturaleza jurídica

El estudio de la naturaleza jurídica del contrato estimatorio nos enfrenta ante una variedad ilimitada de opiniones que, en principio, son difíciles de conciliar. En efecto, algunos autores sostienen que el estimatorio no es más que una amalgama o conjunto de contratos legislativamente consagrados que encuentra como elemento vertebral la compraventa, la locación, el mandato o el depósito; otros, en cambio, alegan que esa variedad de prestaciones es la que justifica considerarlo como un contrato autónomo, con naturaleza propia, que debe diferenciarse de esas otras figuras que ya cuentan con una regulación específica en la ley.

Esa disparidad de opiniones demuestra que la búsqueda de una base mínima de acuerdo en este terreno sigue siendo un obstáculo para quienes pretendan arribar a respuestas únicas. Por tanto, nos limitaremos a examinar las tesis que adquirieron mayor relevancia dentro de la ciencia del derecho, para luego dar nuestra opinión que, desde ya adelantamos, no es exclusiva sino que coincide con el pensamiento de un vasto grupo de juristas nacionales.

### A) Teoría de la compraventa

La doctrina clásica, principalmente de origen europeo, parte de la idea de que el estimatorio es un contrato de compraventa sujeto a condición. Sería como partir de una proposición que indica “yo compro tal número de mercancías y por tal precio a condición de que dentro de un plazo les haya encontrado colocación”.

Esta tesis obtuvo la adhesión de Brunetti, Lordi, Salandra y Branca,<sup>30</sup> dentro de la doctrina italiana; también fue seguida por Thaller,<sup>31</sup> dentro de la francesa, y por los españoles Langle<sup>32</sup> y Garrigues.<sup>33</sup> Este último autor, en su ya clásico *Curso de Derecho Mercantil*, explicó que el estimatorio no es

30. Pueden consultarse las opiniones de estos autores en Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 241 y ss.

31. E. Thaller, *A propos du contrat estimatoire en mélanges Ch. Appleton*, París, Rousseau, Lyon, 1903, p. 651.

32. E. Langle, *El Contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, Bosch, 1958, p. 204.

33. J. Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, 1ra. ed., Madrid, Temis, 1940, p. 158.

más que un contrato de compraventa pues el *accipiens* puede apropiarse de las mercaderías pagando su precio, pero también puso de relieve que esa operación se encuentra *in suspenso* hasta tanto aquel no decida darle curso al negocio, convirtiéndose en deudor del precio fijado con la estimación.

Más allá de las bondades que han querido atribuirse a esta teoría, lo cierto es que no han faltado voces que se alzaron contra ella por considerar que no resolvía adecuadamente el vínculo jurídico que une a las partes durante el lapso de tiempo que media entre la entrega de las mercaderías y el ejercicio de la opción por parte del *accipiens*. Esta crítica sirvió de fundamento para que algunos autores<sup>34</sup> optaran por asimilar el contrato estimatorio a una compraventa sometida a condición *resolutoria* (y no *suspensiva* como se sostuvo con anterioridad), la cual se cumpliría cuando el *accipiens* restituye al *tradens* las cosas que son objeto de esta convención.

Dentro de la doctrina nacional, algunos juristas adhieren a esta última postura al reconocer que “el contrato estimatorio no presenta elementos que puedan distinguirlo del contrato de compraventa comercial, constituyendo un práctico ejemplo de una compraventa sometida a una condición resolutoria en los términos del art. 1371 del Cód. Civil”.<sup>35</sup>

Otros tratadistas,<sup>36</sup> en cambio, vieron a este contrato como una compraventa con reserva de dominio dado que el vendedor-*tradens* atribuiría al comprador-*accipiens* el poder de disposición de las cosas, pero reservándose para sí la titularidad del derecho. Por cierto que la confusión entre ambas figuras se acrecienta aún más cuando advierten que la compraventa con reserva de dominio tiene frecuente aplicación en el terreno de las cosas muebles (como ocurre con el contrato estimatorio) y que ambas se desarrollan en el ámbito comercial.<sup>37</sup>

34. Este criterio lo sigue, entre otros, J. Larguier, *La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales*, en el vol. *La vente commerciale de Merchandises*, París, 1951, p. 68.

35. R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, 758.

36. Entre otros, Tamburrino y Galvão Telles, citados por Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit.

37. Así lo expresa, entre otros, F. J. López de Zavalía, *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, T. 2, Buenos Aires, Zavalía. 1991, p. 262 y ss.

Pero, no obstante las similitudes apuntadas, lo cierto es que esta tesis tampoco logró consenso entre todos los juristas. En tal sentido, se sostuvo que en el contrato estimatorio el *accipiens* recibe las cosas con la intención de revenderlas y lucrar con su enajenación,<sup>38</sup> mientras que en la compraventa con reserva de dominio el comprador lo hace con fines naturales de uso o de consumo. Es decir que, desde este punto de vista, habría que indagar previamente la intención que tuvieron las partes al momento de contratar para, de ese modo, precisar si estamos frente a una u otra figura jurídica.

Nosotros no compartimos esa visión pues entendemos que, si bien es cierto que la compraventa civil tiene fines de consumo (ya sea personal, doméstico o familiar), la compraventa comercial posee una clara finalidad lucrativa, toda vez que el comprador debe adquirir la cosa con la intención de revenderla o alquilar su uso, aun cuando esa finalidad no llegue a concretarse (art. 451 Cód. de Comercio). De modo que las diferencias señaladas sólo permitirían distinguir el contrato estimatorio de la compraventa civil, pero mantendrían la confusión que existe con la compraventa comercial.

De ahí que optemos por buscar otro criterio de distinción y, en este sentido, sostengamos que la diferencia sustancial radica en que, en el contrato estimatorio, el *accipiens* puede disponer de la cosa sin haber abonado el precio estimado (como habitualmente ocurre en la práctica mercantil), mientras que en la compraventa con reserva de dominio el comprador sólo podrá realizar actos válidos de disposición una vez que haya abonado la totalidad del precio convenido en el contrato. Si así no lo hiciera, estaríamos en presencia de una venta de cosa ajena como si fuese propia, surgiendo en consecuencia el deber del *accipiens* de reparar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado.

Vemos, pues, que ninguna de las teorías que buscan asimilar el estimatorio al contrato de compraventa puede vanagloriarse de estar indemne a toda crítica. Ello obedece, a nuestro entender, a la imposibilidad de reconocer la existencia de una compraventa que no genere la obligación de transmitir la propiedad de un bien pues, como sabemos, ese efecto resulta natural en todos los contratos de esa especie, conforme se desprende del art. 1323 de nuestro Cód. Civil.

38. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 251.

### B) Teoría del depósito

Es habitual que la mayor parte de la doctrina moderna cite a Bolaffio como el creador de la teoría en análisis. Este autor, en oportunidad de publicar *Il contratto estimatorio quale atto oggettivamente commerciale*,<sup>39</sup> sostuvo que en la primera fase de este negocio el *accipiens* asume una obligación de guarda, custodia y conservación de cosas muebles que lo ubica en la misma situación jurídica que un depositario; pero reconoce que en la segunda etapa del contrato el *accipiens* podría pagar el precio estimado, en cuyo caso quedaría liberado de la obligación de guarda por haberse convertido en propietario del bien. De ahí que concluya que el contrato en estudio será de depósito si el *accipiens* reintegra el bien, pero asumirá el carácter de compraventa si optase por pagar el precio convenido.

Esta opinión no logró consenso entre todos los juristas debido a que impide la unidad del contrato y admite la variación de la especie por la sola voluntad del deudor. Tal circunstancia se opone a la idea del consentimiento como elemento esencial del contrato y es rechazada por varias legislaciones que, como la nuestra, exigen que la oferta se haga “sobre un contrato especial” (art. 1148 Cód. Civil), lo que implica que las partes, antes de celebrar el acto, deban convenir el tipo contractual que ha de surgir a la vida jurídica, no siendo posible que *a posteriori* se modifique esa elección por voluntad de uno solo de los contratantes.

Por lo demás, se ha dicho<sup>40</sup> que esta tesis tampoco explica satisfactoriamente en qué carácter el depositario podría vender la cosa que recibió del *tradens* ya que, si asume las obligaciones de guarda y restitución, no podría entregar la cosa a otra persona que no fuese el depositante sin que ello atente contra el fin genérico que las partes tuvieron en miras de contratar.

Estos argumentos son suficientes para descartar la doctrina en análisis que, por cierto, no ha logrado un número significativo de adhesiones dentro de la ciencia del derecho.

39. Este artículo fue publicado en *Rev. del Diritto Commerciale*, 1919, p. 381 y ss.

40. E. Gregorini Clusellas, *Contrato estimatorio*, La Ley 1992-E, p. 949.

### C) Teoría del mandato comercial

Un sector de la doctrina, quizá siguiendo las ideas de Ulpiano, entiende que el contrato estimatorio no es más que un mandato para la venta ya que el *accipiens* “asume la obligación de ejecutar el encargo consistente en celebrar el acto jurídico encomendado, o sea, la venta de las cosas muebles dadas en consigna en el plazo y por el precio encomendados, cuyo importe deberá entregar al consignante, descontando la remuneración estipulada”.<sup>41</sup>

Muñoz M. Planas defiende con vehemencia esta postura y rechaza el argumento que habitualmente esgrime la doctrina para oponerse a ella, esto es, que en el contrato estimatorio el *accipiens* obra por cuenta propia y no por cuenta del *tradens* como lo hace un comisionista. Y, en respuesta a ello, ese notable jurista español remarca que “a poco que se observe la estructura dinámica del contrato estimatorio, es obvio que no puede afirmarse que el consignatario actúe por cuenta propia: el resultado de su *facere* incide sobre la esfera jurídica del *tradens*, que es la única que se ve afectada por los actos dispositivos del primero, lo que motiva el derecho del segundo a exigir la reversión a su favor de la participación estimada en el precio de venta. Hay pues, una alienidad de resultado, y es innegable, en consecuencia, que esa actuación se verifica por cuenta ajena”.<sup>42</sup>

No obstante, debemos advertir que ese mismo autor reconoció que esta especie de mandato presenta ciertas particularidades que permiten distinguirlo del mandato propiamente dicho. La primera nota distintiva que resalta es que el consignatario actúa siempre en nombre propio y no como representante del *tradens*. Sería, pues, un típico caso de mandato sin representación que ya admitían las viejas prácticas mercantiles y que luego reconocieron la mayor parte de las legislaciones modernas.

El segundo rasgo característico es que el consignatario se encuentra autorizado para obrar a su arbitrio, sin recibir instrucciones del *tradens*, a diferencia de lo que ocurre con el mandato ordinario donde el mandatario está obligado a obrar conforme a las órdenes o indicaciones del mandante. Ello, por cierto, no es más que una consecuencia directa de la función eco-

41. Así lo expuso, dentro de la doctrina nacional, R. S. Stiglitz, *Contratos, Teoría General I*, Buenos Aires, Depalma, 1990, p. 180.

42. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 275.

nómica que desempeña el contrato estimatorio donde lo habitual es que el fabricante de productos recurra al *accipiens* por los conocimientos y la experiencia que este posee en la comercialización de bienes. De ahí que, desde esta óptica, se lo reconozca como un contrato de empresa, de carácter mercantil, “que queda sometido a los preceptos con que el código de comercio regula el contrato de comisión de venta”.<sup>43</sup>

Por nuestra parte, pensamos que estas “particularidades”, más que crear una *especie* de mandato, nos colocan frente a una nueva figura contractual, con naturaleza propia, que debe diferenciarse del mandato o la comisión comercial, pese a las similitudes que pueden encontrarse con esa figura jurídica. Estas diferencias, que ya fueron estudiadas por algunos juristas,<sup>44</sup> pueden resumirse en las siguientes:

El *accipiens* no está obligado a procurar ni a intentar la venta de las mercaderías que le fueran dadas por el *tradens*; mientras que el comisionista que aceptó el mandato, sea expresa o tácitamente, se encuentra obligado a cumplirlo, conforme a las órdenes o instrucciones del comitente (conf. art. 238 Cód. de Comercio).

El comisionista en ningún caso puede adquirir para sí las cosas cuya venta se le encomendara, salvo que mediare consentimiento del comitente (art. 262 Cód. de Comercio). En cambio el *accipiens*, una vez que abonó el precio estimado, puede darle a las cosas el destino que desee, no mediando ningún impedimento al respecto.

La retribución que obtiene el comisionista consiste sólo en un porcentaje sobre el precio de venta y cualquiera otra ventaja que obtenga redundará en provecho del comitente; mientras que en el contrato estimatorio la utilidad del *accipiens* radicarán en la diferencia que exista entre el precio estimado y el precio que en definitiva obtenga de los terceros adquirentes a título oneroso.

El art. 258 del Cód. de Comercio establece que el comisionista no responde en caso de insolvencia de las personas con quienes contratare en cumplimiento de su comisión, siempre que al tiempo del contrato fuesen reputadas idóneas, salvo el caso de pacto de garantía o si obrase con culpa o dolo. El *accipiens*, en cambio, contrata por sí y asume, en consecuencia,

43. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., pp. 284-285.

44. J. M. Farina, *Contrato estimatorio*, La Ley 122-1140.

los riesgos frente a la insolvencia de los terceros con quienes contrata. Por tanto, debe abonar el precio estimado o restituir la cosa, cualquiera sea la suerte que corra el negocio que llevó a cabo.

Cabe destacar, en este sentido, que tales discrepancias fueron puestas de relieve por nuestros tribunales al expresar que “el contrato estimatorio no está comprendido en las disposiciones de la comisión, porque el *accipiens* obra en su nombre y por su cuenta. Puede o no, según su conveniencia, realizar la venta, todo lo cual no se adapta a las condiciones esenciales de la comisión según las cuales el comisionista si bien obra en su nombre lo hace por cuenta ajena y está obligado a cumplir la comisión”.<sup>45</sup>

Vemos, entonces, que el contrato estimatorio presenta tantas diferencias con el mandato o la comisión comercial que, lejos de reconocerse como una especie de este, debe concebirse como una figura autónoma que requiere un tratamiento particular.

#### *D) Teoría de la naturaleza propia. Nuestra opinión*

La postura que actualmente se erige como favorita en el ámbito académico es la que indica que el estimatorio es un contrato autónomo, con naturaleza propia, que si bien participa de los caracteres de varias figuras conocidas, no encuadra en ninguno de los moldes contractuales con los que se lo ha querido identificar. De ahí que se sostenga, con un criterio que compartimos, que el estimatorio es un contrato con características particulares, de contornos bien definidos, que genera una combinación de prestaciones que lo hacen único en su especie.

Sin embargo, es oportuno detenerse, siquiera sea brevemente, en la valoración de esas prestaciones, pues de su análisis surgirán los motivos que han llevado a esa confusión que, por cierto, subsiste hasta la actualidad e impide que se arribe a un acuerdo sobre su naturaleza jurídica, no obstante la atención que ha recibido este tema entre los estudiosos del Derecho privado.

Así, pues, vemos que en la estructura de este negocio conviven obligaciones de guarda, de transferencia de dominio, de restitución de cosas, de

45. CNCom, Sala A, “Robert’s Cristian S.R.L. c. Creaciones Zeta Sport S.A.”, La Ley 1986-E, p. 598.

gestión por cuenta ajena y de prestación de servicios que sin dudas podrían hacernos dudar sobre su inclusión o no dentro de alguno de los esquemas ya regulados en nuestro ordenamiento jurídico (vgr., contratos de depósito, compraventa, locación de servicios y mandato comercial). Sin embargo, creemos que esta variedad de prestaciones permite asignarle al negocio una función económico-social independiente de cualquiera otra relación de derecho, puesto que el conjunto de todas ellas forma una categoría autónoma, con función y objetivos propios, que reclama un tratamiento particular que se diferencie de cualquiera otra especie ya regulada por la ley.

No obstante, es oportuno destacar que en nuestro país predomina la opinión de que se trata de un “contrato atípico mixto” pues, según lo hemos dicho, en su estructura intervienen elementos todos conocidos pero dispuestos en combinaciones distintas de las que pueden apreciarse en los contratos nominados y tomados de más de uno de dichos contratos.<sup>46</sup> Empero, debemos reconocer que esta doctrina no es unánime pues existe alguna reconocida opinión<sup>47</sup> que cita al contrato estimatorio como ejemplo de un contrato atípico “puro” (es decir, como una especie de atipicidad que se opone al contrato atípico “mixto”), pues entiende que en el caso no se advierten coincidencias, en ninguno de sus aspectos, con los contratos regulados.

Nosotros compartimos la idea de que el estimatorio es un “contrato atípico mixto”, conforme el significado que le hemos dado a esa expresión, pero también advertimos que, dada su frecuente práctica en la vida de los negocios, y en atención a que posee un nombre e incluso una “normativa” que, si bien no está incorporada en ninguna ley, surge de los usos y costumbres, nos lleva a reconocerlo como un contrato con “tipicidad social”.<sup>48</sup>

Cabe destacar, en este sentido, que pese a que el contrato socialmente típico no es un contrato reconocido y regulado por la ley, reviste igualmente importancia desde el punto de vista jurídico puesto que cumple una función

46. Véase, al respecto, J. M. Gastaldi, *Contratos*, V.I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 177 y ss.

47. H. Masnatta, *El contrato atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 51.

48. La elaboración del concepto “tipo social” se debe a E. Betti, *Teoría general del negozio giuridico*, Turín, 1950, p. 151. Este concepto lo recepta la mayor parte de la doctrina moderna al entender que la tipicidad social es aquella que tiene por base las concepciones dominantes en la conciencia social de la época en los varios campos de la economía, de la técnica y de la moral.



interpretativa e integradora, ya que orienta al juez sobre la manera más correcta de solucionar el conflicto que se plantee con motivo de este contrato. De ahí que la doctrina advierta que, si bien la pérdida completa de la condición de la atipicidad de un contrato es un fenómeno que no se agota con la tipificación social, lo cierto es que “los convenios que han venido cuajando en tipos sociales bien definidos, de significación conocida y firme, han logrado escapar de la nebulosa de los negocios atípicos, gracias a su utilización continuada, a su importancia social o a una especial elaboración doctrinal”.<sup>49</sup>

## **VII. Caracteres**

El contrato estimatorio participa de todos los caracteres inherentes a los contratos bilaterales, onerosos, consensuales, atípicos, no formales y comerciales.

Esta afirmación, empero, requiere que nos detengamos en los motivos que nos han llevado a formularla, pues no podemos dejar de advertir que la inclusión de este contrato en algunas de las categorías mencionadas ha suscitado diversas opiniones que evidencian la existencia de criterios dispares.

En atención a ello, pasaremos a analizar los caracteres citados.

### *A) Bilateral*

El estimatorio es un contrato bilateral ya que, desde el momento de su celebración, produce obligaciones para ambas partes contratantes (conf. art. 1138 Cód. Civil). En este sentido, observamos que el *tradens* asume, entre otras, la obligación de entregar el bien que es objeto de este contrato, mientras que el *accipiens* toma a su cargo el compromiso facultativo de restituir dicho bien o de pagar el precio estimado. Asimismo, advertimos que entre ambas obligaciones existe un vínculo de reciprocidad, de interdependencia, que hace que cada obligación actúe como presupuesto de la otra, dándose así otro de los rasgos que caracteriza a la bilateralidad contractual.

No obstante, debemos advertir que un sector de la doctrina sostiene que esta convención tiene carácter unilateral ya que “sólo genera obliga-

49. E. Vicente Domingo, *El contrato de sponsorización*, Madrid, Civitas S.A., 1998, p. 36.

ciones para el *accipiens*”,<sup>50</sup> sin que el *tradens* quede obligado. Nosotros no compartimos esta opinión pues consideramos que el *tradens* también asume el deber de entregar el bien sobre el cual se ha contratado, pues esa dación no se requiere a los efectos constitutivos del acto (como ocurre con otros contratos) sino que surge con posterioridad y como consecuencia de haberse formado el negocio jurídico. Pensar lo contrario sería asignarle a esta convención carácter real que, como veremos más adelante, no tiene en virtud de su atipicidad.

### *B) Oneroso*

El contrato estimatorio siempre reviste carácter oneroso. A esta conclusión puede arribarse por vía de la bilateralidad (esto es, aplicando la máxima que indica que todos los contratos bilaterales son onerosos) y en virtud de la presunción que establece el art. 5, *in fine*, del Cód. de Comercio, en cuanto dispone que “los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario”.

Y pensamos que ese carácter se mantiene aun cuando el *accipiens* optase por restituir el bien sin abonar el precio estimado pues entendemos que la onerosidad no implica la percepción efectiva de beneficios sino, más bien, la realización de un sacrificio teniendo “en miras” obtener una ventaja apreciable en dinero, aunque ella no llegue a concretarse.

### *C) Consensual*

El estimatorio participa de los caracteres de los contratos consensuales toda vez que sus efectos nacen a la vida jurídica cuando las partes manifiestan su consentimiento, sin que sea necesaria la tradición del bien que constituye su objeto.

No obstante, debemos reconocer que un sector de la doctrina nacional, quizás inspirándose en las soluciones del derecho comparado,<sup>51</sup> sostiene que

50. En este sentido, se han manifestado R. F. Garrido - J. Zago, *Contratos. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, Universidad, 1985, p. 147.

51. Recordemos, al efecto, que el Código Civil italiano de 1942 (art. 1556), así como las legislaciones que lo siguieron, definen al estimatorio como un contrato real pues exigen la entrega de la cosa como requisito ineludible para la constitución del acto.

el contrato estimatorio se perfecciona *re* porque, además del consentimiento, requiere para su perfeccionamiento la entrega de la cosa”.<sup>52</sup>

Nosotros no compartimos esta opinión pues consideramos que el carácter real de un contrato sólo puede derivar de la ley y que, siendo el estimatorio un contrato atípico, no es posible asignarle tal carácter. De allí que compartamos la opinión de que “no hay otros contratos reales más que aquellos que la ley califica como tales, obligando a esa entrega para su perfeccionamiento”.<sup>53</sup>

#### *D) Atípico*

Conforme lo hemos manifestado en ocasión de analizar la naturaleza jurídica de esta figura, pensamos que el estimatorio es un contrato atípico toda vez que carece de una regulación expresa, completa y unitaria en nuestra legislación. Sin embargo, y dada su frecuente práctica en la vida de los negocios, reconocemos que cuenta con una suerte de “normativa” que, si bien no está incorporada en ninguna ley, surge de los usos y costumbres, lo que nos lleva a encuadrarlo dentro de los denominados contratos atípicos con “tipicidad social”.

#### *E) No formal*

El estimatorio es un contrato que puede celebrarse bajo la forma que las partes juzguen más conveniente a sus intereses, rigiendo en plenitud lo previsto en el art. 974 del Cód. Civil.

Tampoco la ley exige una forma determinada a los efectos de probar la existencia de este acto, salvo lo dispuesto en el art. 209 del Cód. de Comercio que excluye la prueba de testigos (y exige indirectamente la forma escrita) cuando el contrato exceda de cierto valor.<sup>54</sup>

52. Así, por ejemplo, R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, op. cit., y E. L. Gregorini Clusellas, *Contrato estimatorio*, op. cit.

53. J. M. Gastaldi - E. Centanaro, *Contratos aleatorios y reales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998, p. 99.

54. El art. 209 del Cód. de Comercio establece que “la prueba de testigos, fuera de los casos expresamente declarados en este Código, sólo es admisible en los contratos cuyo valor no exceda de doscientos pesos fuertes...”. Por cierto que, si se convierten los doscientos

### F) Comercial

El estimatorio es un contrato que, las más de las veces, encuadra en la esfera del derecho comercial. A esta conclusión arribamos por aplicación del art. 8, inc. 1, del Cód. de Comercio que, como se ha dicho,<sup>55</sup> encuadra perfectamente en la figura del estimatorio por cuanto “el *accipiens* adquiere el derecho de disponer de la cosa recibida y esa adquisición es a título oneroso”.

No obstante, podría pensarse que no todos los supuestos quedan comprendidos dentro de la previsión del mencionado art. 8, inc. 1 (al menos si se hace una interpretación literal de esa norma), pues el contrato estimatorio puede tener por objeto no sólo *cosas muebles* sino también ciertos *derechos* que, por su naturaleza, pueden transmitirse por la simple tradición del instrumento donde constan.<sup>56</sup> Pero, aun cuando adoptemos esa interpretación restrictiva, el contrato estimatorio no dejará de ser comercial dado que, si ese rasgo no surge del inc. 1 del art. 8, podrá deducirse del inc. 11 del mismo precepto, según lo ha entendido la doctrina mayoritaria.

---

pesos fuertes que menciona la norma al valor vigente de la moneda, resultaría que ningún contrato podría probarse recurriendo a la prueba de testigos. Sin embargo, ello no es así, por cuanto se reconocen excepciones al principio, es decir, casos en que, no obstante superar el contrato la tasa de ley, aquella prueba se admite.

55. O. E. Pisani, en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial, T. I*, op. cit., p. 144.

56. Según la ley (art. 8 Cód. de Comercio) la adquisición comercial debe ser “de una cosa mueble o de un derecho sobre ella”. El art. 2311 del Cód. Civil establece que se llaman *cosas* “los objetos materiales susceptibles de tener un valor”. Pero, para un sector de la doctrina, si la palabra *cosa* tuviera ese significado en el art. 8 del Cód. de Comercio, no serían actos mercantiles la adquisición o enajenación de una serie de bienes o valores que son objeto de operaciones esencialmente comerciales. Tal ocurriría, por ejemplo, con las marcas de fábrica, las patentes de invención y los derechos de autor, a los cuales es aplicable la denominación de *bienes*, del art. 2312 del Cód. Civil, y no la denominación *cosas* del art. 2311. De ahí que se diga, con frecuencia, que en el ámbito del art. 8 del Cód. de Comercio, el término *cosas* deba interpretarse en el sentido amplio de *bienes*, o sea el significado que, por otra parte, tiene esa palabra en varias disposiciones del Cód. Civil, como, por ejemplo, en los arts. 953 y 2336. Véase, al respecto, R. S. Castillo, *Curso de Derecho Comercial*, compilado y arreglado por F. Bertorino, T. I, Buenos Aires, 1950, p. 74.

## VIII. Elementos

### A) Consentimiento

En materia de consentimiento resultan aplicables las normas que, para los contratos en general, consagra nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, todos los sujetos que intervienen en el acto deberán arribar a esa suerte de “voluntad común” a que alude el Código Civil en ocasión de definir el contrato (art. 1137 Cód. Civil), que no es otra cosa que la intención recíproca de las partes de cumplir una o más prestaciones de contenido económico.

Pero es oportuno aclarar que esa voluntad colectiva no ha de alcanzar a todas las situaciones relacionadas con el acto ya que, como es de prever, no es posible que las partes hagan una descripción minuciosa de todos los acontecimientos que podrán producirse durante la vigencia de la relación contractual. No obstante, pensamos que existen ciertas cuestiones que no pueden quedar exentas de regulación pues ello importaría reconocer que, desde el punto de vista jurídico, no ha quedado formado el contrato.

Así, pues, entendemos que las partes necesariamente deben pronunciarse sobre la naturaleza del acuerdo, es decir, deben manifestar su intención de celebrar un contrato estimatorio. Para ello, no es necesario que empleen fórmulas sacramentales ni que utilicen una denominación en particular, sino que es suficiente que de su contexto resulte que han querido celebrar ese tipo de acuerdo, y no otro. Y ello es lógico porque, mientras no sepan qué clase de contrato han de concluir, no quedará más que interpretar que la negociación aún se mantiene en el terreno de las tratativas precontractuales.

También es preciso que las partes se pronuncien sobre el objeto del contrato, es decir, sobre el bien respecto del cual se transmitirá un derecho de disponibilidad limitado, que podrá estar determinado en mayor o menor medida, pero que en ningún caso se admitirá su indeterminación absoluta.

Por fin, las partes deberán pactar el precio que habrá de dársele al bien que es objeto de ese acto. Esta valoración, como dijimos anteriormente, está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio del contrato, ya que indica la ventaja que obtendrá el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y marca también el beneficio económico que obtendrá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio mayor. Por tanto, si

las partes no han pactado la estimación del bien, u omitieron fijar el mecanismo que debe seguirse para su valoración, pensamos que no habrá técnicamente contrato estimatorio sino, más bien, un acuerdo preliminar que no alcanzará la entidad de aquel.

Por lo demás, y en contra de la opinión de algunos autores,<sup>57</sup> creemos que no es necesario que los contratantes se pronuncien sobre la duración del acuerdo por no ser ello esencial para la caracterización del acto. Si las partes no acordasen un tiempo de vigencia, el contrato se reputará como de plazo indeterminado y, en consecuencia, cualquiera de los interesados podrá resolverlo en la oportunidad que lo estime conveniente, cuidando siempre de dar un preaviso razonable que evite los efectos nocivos que, en general, producen las decisiones intempestivas.

### *B) Capacidad*

La capacidad, en tanto es un presupuesto del negocio, debe valorarse antes de que las partes manifiesten su consentimiento contractual. Ello es así por cuanto no puede admitirse la presencia de una voluntad jurídica, o sea, de una voluntad sana y eficaz, de no existe capacidad en el sujeto que la detente.

En el caso del contrato estimatorio, y ante la ausencia de previsiones legales específicas, resultan aplicables las normas de carácter general que regulan la capacidad para contratar (art. 1160 y ss. Cód. Civil). En consecuencia, no podrán celebrar por sí este contrato, aunque podrán hacerlo mediante representación o asistencia, los incapaces que detenten una incapacidad absoluta o relativa de hecho; ni aquellas personas que carecen de aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones en virtud de una incapacidad de derecho. Esta última prohibición reposa en razones de índole moral y, en atención a su carácter imperativo, no admite ser superada por los institutos de la representación o la asistencia, como sí ocurre en los supuestos de incapacidad de hecho.

57. Entre ellos, cabe mencionar a Giordano, "Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio", en R. D. C., 1952, p. 98; Tamburrino, "Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio", en *Giur. Cass. Civ.*, XXVI, III, 1947, p. 526 y ss. y L. Rocchi, "Sul contratto estimatorio", en R. D. C., 1946, p. 301 y ss.

Pero cabe preguntar: ¿quiénes son esas personas que están impedidas de celebrar el contrato estimatorio en virtud de una incapacidad de derecho?

Los pocos autores que se ocuparon del tema<sup>58</sup> respondieron a este interrogante diciendo que la capacidad que se requiere para celebrar el contrato estimatorio es la misma que se necesita para concluir el contrato de compra y venta. Ello significa que el *tradens* debería gozar de capacidad para disponer de sus bienes y el *accipiens* para obligarse, conforme lo prescribe el art. 1357 del Cód. Civil.

Pero, ¿existe una específica capacidad de disponer, y otra de obligarse, que presenten características propias y reconocibles dentro del cuerpo de nuestra ley civil?

En nuestra opinión, que está corroborada por el pensamiento de Risolía, la respuesta es negativa puesto que nuestra legislación “no ha circunscrito en ninguna parte esa capacidad de disponer, absorbida por la capacidad general, y si bien es cierto que a algunas personas [...] se les prohíbe celebrar actos que podrían comprometer su patrimonio, es evidente que esa prohibición no sirve para construir, a contrario, una capacidad de disponer, susceptible de ser distinguida dentro del vasto círculo de la capacidad común, por sus netos perfiles y su naturaleza peculiar”.<sup>59</sup> Por lo tanto, no es posible aludir a una “capacidad para disponer” sino, más bien, a una “facultad de disposición” que es inherente al derecho de propiedad, conforme surge del art. 2513 y se reitera en la doctrina de las notas a los arts. 2506, 2508 y 2513 del Cód. Civil.

Esa facultad (y no capacidad) de disponer consiste, como se ha dicho,<sup>60</sup> en que el sujeto esté habilitado para privarse, material y jurídicamente, de un bien económico. Es decir, se trata de una potestad que se vincula a un sacrificio que sólo puede provenir del titular de un derecho de propiedad ya que, como tal, es el único que puede decidir el destino que habrá de dársele a sus bienes.

58. En general, la doctrina omite referirse a la capacidad requerida para celebrar el contrato estimatorio. Entre los autores que le han dedicado unas pocas líneas a este tema pueden mencionarse, entre otros, a Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 291, y E. L. Gregorini Clusellas, *La Ley 1992-E*, p. 949.

59. M. A. Risolía, *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959, pp. 33-34.

60. M. A. Risolía, *Capacidad y contrato*, op. cit. p. 34.

Y así como pensamos que no existe una “capacidad de disponer”, creemos que tampoco puede hablarse de una “capacidad para obligarse” que se desligue de la capacidad jurídica: una y otra constituyen lo mismo dado que la asunción de obligaciones, así como la adquisición de derechos, hace a la esencia de la capacidad jurídica. Es más: aun cuando reconozcamos la existencia de una capacidad específica para obligarse –y aunque adhiramos a la idea de que ella es distinta a toda otra capacidad jurídica–, es evidente que no será privativa del *accipiens* puesto que el *tradens* también asumirá obligaciones en oportunidad de concluir el negocio, como es la de entregar el bien que constituye su objeto.

En conclusión, todas las personas que participen en el contrato estimatorio deben ser capaces, esto es, deben tener aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero el *tradens*, además de capacidad, debe estar investido de poder jurígeno que lo habilite a disponer del bien de que se trate (así, por ejemplo, no podría estar inhibido por orden judicial o privado de disponer de sus bienes por algún otro motivo), pues ello le impediría celebrar válidamente el acto, aun cuando tuviese plena capacidad civil para concluir negocios jurídicos, siendo en lo demás aplicables, por analogía, los arts. 1358 a 1362 del Cód. Civil.

### C) Objeto

Es sabido que la labor encaminada a precisar la noción de objeto del contrato originó un intenso debate doctrinal que, pese a los esfuerzos realizados y el tiempo transcurrido, aún hoy sigue vigente. Tal circunstancia puede explicarse, a nuestro entender, por la oscura redacción que contiene el Código Civil, lo que ha llevado a confundir el objeto de la obligación (que es la prestación) con el objeto del contrato.<sup>61</sup>

61. La tesis fue sustentada en Francia por algunos comentaristas del *Code Civil* de 1804, y por Freitas en el *Esboço* de Código Civil que redactara para la República Federativa de Brasil. Sin embargo, Lafaille, en su *Derecho civil. Contratos*, T. III, afirma que Vélez Sarsfield, al redactar el art. 1167 del Código Civil, hizo una mala traducción del Proyecto de Freitas (art. 1680 –y su concordante art. 1682, inc. 1º–), pues el texto concebido por el jurista brasileño expresaba que “el objeto de los actos jurídicos es el de las obligaciones que en ellos se contrajeran”, lo que, al decir del autor argentino, pone un manto de duda sobre la idea contenida en el art. 1167 de que el objeto del acto es la prestación.



Sin embargo, y teniendo a la vista lo dispuesto en el art. 1167 del Código Civil, que remite a la norma del art. 953 del mismo cuerpo legal, podemos colegir que el objeto del contrato es el mismo que el del acto jurídico y, en consecuencia, que ese elemento se integra de “hechos” (positivos y negativos) o “bienes” (cosas y derechos) que sean susceptibles de apreciación pecuniaria.

Partiendo de esta doctrina, están quienes entienden que el contrato estimatorio tiene únicamente por objeto las cosas muebles no registrables de propiedad del *tradens*. El fundamento de esta opinión –seguida por el derecho comparado y la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera– radica en que las cosas muebles registrables, los inmuebles y ciertos derechos de carácter patrimonial requieren su inscripción en los registros respectivos para que el cambio de titularidad resulte oponible a terceros. De modo que el *accipiens*, en tanto no es propietario del bien, estaría vedado de realizar esa anotación en nombre propio, frustrándose así la función económica del contrato en análisis.

Pero en nuestra opinión, que dista en parte de la doctrina que acabamos de exponer, el objeto del contrato estimatorio puede ser, no sólo las cosas muebles no registrables, sino también aquéllos derechos que por su naturaleza admiten su transmisión, ya sea en propiedad o uso, mediante la entrega del soporte o instrumento en el que constan. Tal el caso de ciertos títulos al portador (como, por ejemplo, letras de cambio, pagarés, cheques, siempre que no sean nominativos o a la orden) o *software* informático que, en atención a sus características particulares, pueden transferirse por simple tradición del documento que los contiene. Es decir, se trata de derechos que pueden comercializarse de la misma forma que lo hacen las cosas muebles no registrables y, en mérito a ello, no ofrecen dificultad para actuar como objeto de este contrato, aunque en la práctica no sea frecuente que asuman ese carácter.

Por lo demás, y en cuanto a las cosas muebles no registrables, pensamos que no existen límites para que compongan el objeto de este contrato, pudiendo ser tanto cosas muebles consumibles, no consumibles, fungibles, no fungibles, divisibles o indivisibles, siempre que estén determinadas al momento de formarse el acto o puedan determinarse con posterioridad mediante los mecanismos provistos en el acuerdo de partes. Pero debemos aclarar que si el

contrato recae sobre cosas muebles consumibles o fungibles,<sup>62</sup> y el *tradens* no le ha quitado esa calidad mediante un acto voluntario,<sup>63</sup> ocurriría con el nacimiento del acto una verdadera transmisión de dominio a favor del *accipiens*, quien podría liberarse de su obligación de pagar el precio estimado devolviendo, no la misma cosa, sino otra de la misma especie, calidad y cantidad.

Esta última conclusión arroja consecuencias importantes dentro del campo del derecho pues, si consideramos que el *accipiens* se convierte en propietario de las cosas consumibles o fungibles que recibe (salvo que el *tradens* le haya quitado esa calidad mediante un acto voluntario), no quedarán dudas de que deberá asumir los riesgos que suelen asociarse a ellas (esto es, pérdida, robo, deterioro, etc.) pues, conforme puede extraerse de la doctrina de nuestro Código Civil,<sup>64</sup> todos los bienes crecen y perecen para sus dueños, salvo pacto en contrario.

Por lo demás, coincidimos con la doctrina mayoritaria y, por tanto, excluimos a los inmuebles, las cosas muebles registrables y los derechos (salvo

62. No obstante, las definiciones de “consumible” y “fungible” que contienen los arts. 2325 y 2324 del Código Civil, respectivamente, pensamos que lo mejor es recurrir a la nota del codificador al art. 2241, atento su claridad. Allí dice, citando a Marcadé, que “se llaman cosas de consumo las que no se pueden emplear en su uso natural, sin destruirlas, sea materialmente, como el pan, el vino, etc., o sea civilmente, haciéndolas salir de nuestro patrimonio, como la moneda. Las cosas no consumibles son las susceptibles de un uso repetido sin destruirse, como un caballo, un libro, etc. Se ve, pues, que la calidad de consumirse o no consumirse depende de la naturaleza de las cosas, y no de la fantasía de las personas. Entre tanto, las cosas son fungibles o no fungibles según que en la entrega que yo hago a una persona que debe devolvérmelas, estas cosas podrán ser devueltas por otras de la misma especie, en cantidad y calidad, o deberán devolverse las mismas cosas. Si yo os presto un Código en el que he puesto algunas notas, y os encargo que me lo devolváis, el libro no es fungible. Pero si al contrario un librero pide a un impresor un Código que de pronto necesita para devolverle después otro ejemplar igual, el libro es fungible. Se ve, pues, que la fungibilidad, en lugar de depender de la naturaleza de las cosas, como la calidad de consumirse por el primer uso, depende únicamente de la intención de las partes [...]”.

63. Cabe destacar, en este sentido, que el *tradens* podría quitarle a una cosa consumible su calidad de tal si, por ejemplo, la entrega al *accipiens* en saco o caja cerrada con llave, no entregándola a este; o si fuera un bulto sellado, o con algún signo que la distinga (conf. art. 2188, Cód. Civil).

64. Art. 574 y ss.

los que enunciamos con anterioridad) de la nómina de bienes que pueden integrar el objeto de este acuerdo de voluntades.

#### *D) Forma y prueba*

El estimatorio es un contrato que carece de exigencias formales prescriptas por ley. De allí que pueda celebrarse por escrito, verbalmente o acudiendo a signos inequívocos, rigiendo en plenitud el *principio de libertad de formas* que consagra el art. 974 del Cód. Civil.

No obstante, debemos reconocer que este principio originario del derecho moderno sufre una limitación que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, está prevista en el art. 209 del Cód. de Comercio (y se reitera en el art. 1193 del Cód. Civil). Según esta norma, los contratos que excedan de “doscientos pesos fuertes” no podrán probarse por testigos a menos que exista principio de prueba por escrito, esto es, que en juicio se presente “cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su autor o de parte interesada en la contestación o que tendría interés si viviera” (art. 209, *in fine*, Cód. de Comercio) y que torne verosímil el derecho que se invoca.

Vemos, pues, que esta norma apunta a regular la prueba de los contratos (y no su forma), pero pensamos que merece analizarse dentro del tema que nos ocupa pues vuelve a implantar el principio de formalismo contractual que había consagrado el derecho romano y que, en apariencia, desechó la codificación moderna. Sin embargo, al excluirse la prueba testimonial –y con ello, las presunciones y demás pruebas no instrumentales, con excepción de la confesión judicial–,<sup>65</sup> estaría imponiéndose nuevamente la regla de la esencialidad de la forma, pero no por tratarse de una exigencia legal, sino para evitar las dificultades que el propio ordenamiento jurídico impone a la prueba de los contratos que excedan la tasa de ley.

Empero, debemos advertir que existen algunas circunstancias que ponen en duda la aplicación y vigencia de esta norma. Así, pues, el valor en dinero que indica la ley (esto es, “doscientos pesos fuertes”), equivale “a cero” en la actualidad debido a los efectos derivados de los procesos inflacionarios y cambios en la moneda que azotaron a nuestro país; por tanto,

65. A. G. Spota, *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, p. 195, Buenos Aires, Depalma, 1974.

si aplicáramos la norma en sentido literal, llegaríamos al absurdo de que todo contrato, por más modesto que fuese su alcance económico, quedaría comprendido dentro de la previsión legal, contrariándose así el fin que ha perseguido el legislador.

Asimismo, observamos que los arts. 209, *in fine*, del Cód. de Comercio y 1191 y 1192 del Cód. Civil contienen una serie de excepciones a la ineficacia de la prueba de testigos que reducen notablemente su campo de acción.<sup>66</sup> En efecto, la primera de las normas mencionadas admite ese medio de prueba, incluso cuando el contrato supere la tasa legal, siempre que en juicio se haga valer un documento escrito que reúna las condiciones de ley y sea hábil para presumir la existencia del acuerdo (principio de prueba por escrito); en tanto las normas civiles aluden, no sólo a esa excepción, sino también a la imposibilidad de obtener o presentar la prueba que designa la ley y a la falta de cumplimiento del contrato por parte de uno solo de los contratantes (principio de ejecución del contrato).

Vemos, pues, que son tantas *las excepciones* que rodean a la excepción de la prueba calificada que, en rigor de verdad, no hacen más que confirmar la regla general de libertad de formas. Pero esa libertad, como toda otra, debe ejercerse con cuidado y previsión para evitar las dificultades que pueden surgir a la hora de delimitar los contornos del contrato que ha querido celebrarse. Dichas dificultades pueden representarse con el siguiente ejemplo: supongamos que, como ocurre en la realidad, un fabricante de productos o comerciante mayorista entrega a otro (generalmente minorista) una cantidad cierta de mercadería, contra la suscripción de una constancia que acredita el envío y recepción de la misma, comúnmente denominada “remito”, para que este último lucre con su enajenación. En este caso: ¿cómo comprobar si estamos en presencia de un contrato estimatorio, un mandato para la venta o una compraventa sujeta a condición o plazo?

66. Hay acuerdo en sostener que, no obstante la consagración de una sola excepción en la legislación mercantil, se aplican a los contratos comerciales las otras dos que contempla el Cód. Civil. Incluso, el hecho de que en la definición de principio de prueba por escrito el art. 209 del Cód. de Comercio no aluda a que el mismo “haga verosímil el hecho litigioso”, como dice el art. 1192, 2ª parte, del Cód. Civil, no se considera una variación de criterio para determinar la existencia de tal principio, debiendo resolverse atento las circunstancias del caso (conf. J. M. Gastaldi, *Introducción al estudio de los contratos comerciales. Su relación con los contratos civiles.*, Buenos Aires, Belgrano, 1985, p. 79).

Es verdad que en el ejemplo dado podremos recurrir a cualquier medio de prueba puesto que los “remitos”, en tanto son documentos privados que emanan de una de las partes interesadas, sirven como principio de prueba por escrito y, en consecuencia, habilitan la amplitud probatoria. Pero no podemos dejar de advertir que, las más de las veces, esos medios son útiles para demostrar la existencia de *un contrato*, pero resultan insuficientes para acreditar el *tipo de contrato* que ha ocurrido en la realidad. De ahí que, si las partes disintieran respecto del contrato que creyeron celebrar, habrá que estar a los resultados de una solución judicial que, en muchos casos, puede no coincidir con la realidad del negocio.

Por tanto, y pese a que nuestro ordenamiento no prescribe una forma determinada para concluir el contrato estimatorio, pensamos que es conveniente recurrir a la forma escrita para evitar las divergencias que podrían darse en materia de prueba. No obstante, debemos admitir que los usos del comercio se apartan de esta recomendación y acuden a la forma verbal como medio habitual de concluir este negocio.

## **IX. Elementos esenciales particulares**

### *A) Consideraciones previas. Fijación del plazo*

Los elementos esenciales particulares del contrato estimatorio son el *precio estimado* y el *derecho de disposición* que nace en favor del *accipiens*.

Fuera de ellos, no hay más elementos que adquieran ese carácter; ni siquiera la fijación convencional del término del contrato tiene esa entidad pues, a nuestro entender, el fin propio de este acuerdo puede cumplirse aun cuando las partes no pacten el período de tiempo dentro del cual habrá de desarrollarse la relación contractual.

En tal sentido cabe recordar que, entre nosotros, la ausencia de plazo convencional lleva a aplicar lo dispuesto en el art. 509, ap. 3º, Cód. Civil que informa que “si no hubiere plazo, el juez, a pedido de parte, lo fijará en procedimiento sumario, a menos que el acreedor opte por acumular las acciones de fijación de plazo y de cumplimiento, en cuyo caso el deudor quedará constituido en mora en la fecha indicada en la sentencia para el cumplimiento de la obligación”. Ello demuestra que la ausencia de un plazo de vigencia convenido

por las partes no enerva la existencia del contrato estimatorio, por lo que no corresponde asignarle a esta estipulación el carácter de elemento esencial.

Hecha esta aclaración, pasaremos a analizar los componentes que, a nuestro entender, resultan esenciales y particulares a la figura en análisis.

### *B) Precio estimado*

Las partes del contrato estimatorio deben convenir el valor que ha de dársele a los bienes que constituyen su objeto. Esta valoración está íntimamente vinculada a la consecución del fin propio de este contrato ya que, por un lado, indica el precio que habrá de obtener el *tradens* en caso que el bien no le sea restituido y, por otro, marca la ventaja económica que recibirá el *accipiens* en caso que decida transmitirlo a un tercero por un precio mayor.

Por tanto, si *tradens* y *accipiens* no pactaron la *aestimatio* –o no fijaron el método que habrá de seguirse para su determinación–, no será posible afirmar la existencia de un contrato estimatorio debido a la ausencia de un elemento que es esencial a este negocio.

Para que el precio estimado tenga relevancia jurídica debe reunir la condición de *cierto*, esto es, debe ser determinado o determinable; y ello ocurre cuando: a) las partes lo han fijado de común acuerdo; b) cuando se deja su designación al arbitrio de un tercero para que lo haga al tiempo del contrato o con posterioridad y; c) cuando se fija con referencia a otra cosa cierta. Esto, en virtud de la aplicación analógica del art. 1349 del Cód. Civil que regula el precio en la compraventa.

Por cierto que la primera variante (fijación del precio por acuerdo de partes) no ofrece mayores dificultades ya que el valor surgirá de lo convenido por los contratantes sin requerirse ninguna investigación u operación posterior. Pero es oportuno aclarar que, a nuestro entender, no es necesario (aunque sí habitual) que las partes pacten que el precio sea “en dinero”, pudiéndose acordar, como contraprestación a cargo del *accipiens*, la entrega en propiedad de otra cosa (sea mueble o inmueble), la concesión de un derecho o el cumplimiento de un hecho, siempre que sean susceptibles de apreciación pecuniaria. Ello, en virtud del carácter atípico que tiene el contrato estimatorio, y que torna inaplicable la exigencia legal del “precio en dinero” que en general rige para otros contratos que cuentan con una regulación específica en la ley (vgr. compraventa, locación, entre otros).

En la segunda hipótesis de determinación, esto es, cuando la fijación del precio queda al arbitrio de un tercero, puede suceder que este no quiera, no pueda o no llegue a determinarlo. En este caso, habrá que estar a lo dispuesto por el art. 1350 del Cód. Civil que, también por aplicación analógica, resuelve la cuestión diciendo que “cuando la persona o personas determinadas para señalar el precio, no quisieren o no llegaren a determinarlo, la venta quedará sin efecto”. Cabe aclarar, en este sentido, que nada obsta a que las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, pacten una solución contraria a la prevista en la norma transcrita y, por ende, acuerden que si el tercero no quiere, no puede o no llega a determinar el precio, cualquiera de las partes podrá recurrir al juez competente para que lo haga en su nombre. Ello así, por cuanto la previsión legal no es de orden público y, en consecuencia, admite modificarse por voluntad de las partes.

Por último, hemos dicho que el precio puede resultar *cierto* cuando las partes lo determinasen en referencia a otra cosa cierta como, por ejemplo, si conviniesen que el precio estimado será igual al valor que tiene un objeto de similares características en una plaza determinada o al precio corriente de la cosa en un tiempo establecido. En estos casos, y a diferencia de lo que ocurre en los supuestos anteriores, la determinación del precio requerirá de una investigación u operación que ha de efectuarse con posterioridad a la celebración del contrato.

Pero debe quedar claro que, dentro de esta operatoria, pueden convivir dos clases de precios que merecen distinguirse en atención a sus orígenes: por un lado, está el “precio estimado” que es un elemento necesario para la existencia y validez del contrato estimatorio y, por otro, el “precio de venta” que es la contraprestación que recibirá el *accipiens* en caso que decida comercializar los bienes dados por el *tradens*. El primero surge del acuerdo entre las partes e integra la estructura funcional de este contrato; mientras que el segundo es consecuencia de la voluntad unilateral del *accipiens* y su fijación excede los límites del contrato estimatorio (en todo caso, podrá ser un elemento esencial –y negociado– dentro del contrato que el *accipiens* celebre con el tercero adquirente). De modo que si el “precio de venta” fuese impuesto por el *tradens* o acordado entre las partes, no habrá contrato estimatorio sino alguna otra figura con características similares (vgr. mandato), que debe distinguirse de aquel.

Lo expuesto hasta aquí lleva a apartarnos de la doctrina mayoritaria que señala que el contrato estimatorio tiene frecuente aplicación entre los

editores de diarios y revistas con sus distribuidores, pues consideramos que esa opinión se basa, exclusivamente, en observar que los distribuidores pueden devolver las mercaderías si al cabo de determinado tiempo no han podido colocarlas entre su clientela, pero omite advertir la ausencia de otros elementos que también son esenciales a la figura en análisis. De ahí que, a nuestra entender, esa operatoria se enmarque dentro de otra figura (según el caso, podría ser un contrato de distribución o de mandato) que excede los límites del contrato estimatorio, pues el distribuidor carece de facultades para transmitir la cosa a un precio y bajo las condiciones que libremente convenga con el tercero, y debe sujetarse a las instrucciones dadas por el editor. Ese grado de subordinación (aunque sea mínima) desnaturaliza la figura del contrato estimatorio y hace que el negocio jurídico encuadre dentro de algún otro tipo contractual.

En síntesis: si el *tradens* fija precios indicativos u obligatorios para la venta de sus productos no puede afirmarse la existencia de un contrato estimatorio porque el *accipiens* estaría recibiendo instrucciones del *tradens* –y no obrando por cuenta propia–, lo que haría que sus funciones se asemejen a las que cumple un mandatario sin representación.

### C) Derecho de disponibilidad

El otro elemento esencial y particular del contrato estimatorio es el derecho de disponibilidad que nace en favor del *accipiens*. Ese derecho, lejos de ser absoluto, está limitado a la ejecución de ciertos actos y permite que el *accipiens* disponga de los bienes como si fuesen de su propiedad –con las limitaciones que surgen de la naturaleza de la convención–, siendo el pago del precio una mera consecuencia del ejercicio de tal poder.

Pero, ¿cuál es la naturaleza de ese derecho que integra la estructura de este acto con carácter esencial?

A nuestro entender, resulta claro que el estimatorio no puede actuar como fuente de un derecho real de dominio pues el *accipiens*, en tanto es deudor de la cosa, salvo que abone el precio estimado, está impedido de realizar ciertos actos (como, por ejemplo, gravar la cosa con un derecho real de garantía; darla en locación, comodato o depósito; alterar su calidad o cantidad; entre otros), atento el carácter relativo del derecho que recibe. Ello demuestra que el *tradens* sigue conservando la propiedad del bien (salvo



que se trate de cosas consumibles o fungibles) y sólo transmite un derecho de disponibilidad que está limitado a la ejecución de ciertos actos.

Tampoco puede decirse que el *accipiens* actúe como simple tenedor de cosa ajena (como lo haría un locatario o comodatario, conforme lo establece el art. 2462 del Cód. Civil) ya que, de asumir ese rol, no podría cumplir con la función económica de esta figura que, como sabemos, es obtener cantidades suficientes de mercaderías, que no adquiere en propiedad, pero que puede, sin embargo, transmitir y lucrar con su enajenación como si fueran propias. Vale decir, el simple tenedor de cosa ajena no puede disponer del bien que recibe pues, aunque tenga el *corpus* que le permita ejercer un derecho físico y efectivo sobre la cosa, carece de *animus domini* para decidir el destino que habrá de dársele a dicho bien. De ahí que la figura de la tenencia no se ajuste a la realidad del contrato estimatorio y, por tanto, debe descartarse como fundamento del derecho de disponibilidad que nace en virtud de este contrato.

Pero, dentro de la teoría *realista*, es decir, de aquella que considera que todos los contratos sobre bienes dan origen a un derecho real, podría considerarse que el estimatorio es fuente de un supuesto especial de usufructo (que la ley denomina *usufructo de mercaderías*), previsto en el art. 2809 del Cód. Civil. El fundamento de esta opinión podría hallarse en las notables coincidencias que existen entre el contenido de esa norma<sup>67</sup> y la descripción que la doctrina y los textos legales suelen hacer de ese contrato. Asimismo, cabe recordar que el inc. 1º del art. 2812 del Cód. Civil establece que el usufructo (sea de mercaderías o no) puede constituirse por “contrato oneroso” y que el estimatorio, conforme lo hemos visto, es un acuerdo de voluntades que encuadra dentro de esa categoría.

Todo ello impone que nos detengamos, siquiera sea brevemente, en los fundamentos de esta hipótesis, para luego dar nuestra opinión.

En este sentido, pensamos que si bien el Código Civil define el usufructo como el “derecho real de usar y gozar de una cosa” (art. 2807), y así pareciera excluir a los *derechos*, lo cierto es que el sentido literal del término *cosa* no coincide con las fuentes de las que se valió nuestro codificador para regular este instituto, ni con otras disposiciones contenidas en el

67. Art. 2809: “El usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo, y el usufructuario puede enajenarlas. Los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado, o por el inventario que determine su calidad y cantidad”.

mismo cuerpo legal. En efecto, en la nota puesta al pie del art. 2807 Vélez Sarsfield cita a “la ley romana” como antecedente de esa norma y, conforme a esa fuente, la palabra *cosa* sirve para designar tanto a los objetos corporales como incorporales susceptibles de tener un valor.<sup>68</sup> Asimismo, nuestra legislación –tanto civil como comercial– contiene algunas normas que aluden al *derecho* como posible objeto del usufructo: tal el caso del usufructo de créditos previsto en el art. 2875 del Cód. Civil o el usufructo de acciones de las sociedades anónimas (art. 218, Ley 19.550) o de las cuotas de las sociedades de responsabilidad limitada (art. 156, segunda parte, Ley 19.550). Ello demuestra que, no obstante algunas opiniones,<sup>69</sup> existe coincidencia de objeto entre el usufructo de mercaderías y el contrato estimatorio

Ahora bien: frente al texto del art. 2809 del Cód. Civil que declara al usufructo de mercaderías como un usufructo “puro y simple”, están quienes entienden que se trata de un simple error de calificación, toda vez que se refiere, en realidad, a un cuasiusufructo pues contiene la facultad de disponer.<sup>70</sup> También se ha dicho, en este mismo sentido, que el instituto en cuestión constituye un caso especial de cuasiusufructo de cosas fungibles y que las mercaderías a que alude el artículo son, dentro del género de cosas muebles, las que están destinadas a lucrar con su enajenación; de allí que su estudio corresponda principalmente al derecho comercial.<sup>71</sup>

Sin embargo, otros autores sostienen que “es clara la norma cuando comienza diciendo que *el usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo* con lo que quiere llanamente significar que quedará regulado por las normas del usufructo perfecto, cuyo rasgo típico [...] lo constituye la falta de propiedad del objeto gravado”.<sup>72</sup> De modo que, desde este punto de vista,

68. Véase C. Maynz, *Curso de Derecho Romano*, traducc. de Pou y Ordinas, T. I, Barcelona, 1892, p. 476.

69. Algunos autores, (entre otros, M. A. Pepe, *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007) sostienen que el usufructo de mercaderías previsto en el art. 2809 del Cód. Civil es, en realidad, un usufructo de fondo de comercio.

70. H. Lafaille, *Derecho Civil*, T. IV, Tratado de los Derechos Reales, V. II, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores S.R.L., 1944, p. 456.

71. M. Mariani de Vidal, *Curso de Derechos Reales*, T. II, Buenos Aires, Zavallía, 1993, p. 249.

72. M. A. Pepe, *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007.

el interés del usufructuario consiste en la *explotación y administración* de las mercaderías que recibe para comercializar, siendo entonces responsable de su conservación y pudiendo enajenarlas, no porque sea su dueño, sino porque se le ha otorgado una facultad de disposición.

Todo ello, sin dudas, podría aplicarse al contrato estimatorio; sin embargo, en nuestra opinión, debe descartarse esa idea pues el estimatorio, en tanto es un contrato consensual, sólo puede generar derechos de índole personal –y no real– que se traducen en la asunción de obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes. Ello, por cuanto no existe una relación directa e inmediata entre la persona y la cosa, sino entre el titular del derecho (*tradens*) y el deudor (*accipiens*) que se obliga a cumplir una prestación en beneficio de ambos.

De ahí que debemos buscar otro argumento que justifique la existencia de ese derecho de disposición que caracteriza a esta figura y, en este sentido, pensamos que la explicación más aceptable podría encontrarse en el instituto de la *representación indirecta*, siempre que sea ejercida en interés de ambas partes.

Cabe recordar que la representación indirecta tiene lugar cuando una persona (representante) obra por cuenta de otro (representado), pero en nombre propio. Sin embargo, como lo señala Fontanarrosa,<sup>73</sup> no es de la esencia de la representación que el representante actúe en interés del representado (si bien es lo más común), por lo que puede concebirse una representación en interés del representante o en interés de ambos, siempre que exista conformidad del representado.

Partiendo de esta premisa, pensamos que el derecho de disponibilidad que nace como consecuencia del contrato estimatorio encuentra su origen en la representación (indirecta) que asume el *accipiens* para disponer de los bienes del *tradens* en interés de ambos. De modo que el *accipiens* puede transferir la propiedad de las mercaderías que recibe (o incluso puede hacerlas ingresar a su patrimonio), no porque sea su dueño, sino porque el *tradens* le ha otorgado facultad para ello.

73. Citado por J. M. Gastaldi en *Contratos*, V. II, p. 232, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.

Pero, como lo señala Mosco,<sup>74</sup> aunque refiriéndose a otra figura,<sup>75</sup> la representación por sí sola resulta insuficiente para lograr la transmisión de bienes muebles no registrables, ya que el tercero adquirente no podría exigirle al *tradens* la entrega de la cosa vendida puesto que, en los hechos, desconoce quién es ese sujeto y, además, tiene motivos suficientes para creer que el *accipiens* es quien detenta la titularidad de dominio de ese bien. Por tanto, además de la representación, es necesario que el representado entregue al representante la cosa objeto del contrato, ya que de lo contrario no estaría legitimado para llevar a cabo el acto de disposición que autoriza este contrato.

No obstante ello, debemos aclarar que esta última circunstancia no convierte al estimatorio en un contrato real pues la entrega de la cosa no resulta indispensable para el nacimiento de esta figura, sino que es requerida al solo efecto de que el *accipiens* ejerza la actividad de representación. Por tanto, si el *tradens* rehusase tal entrega, habrá incumplido una de las obligaciones que tiene a su cargo, pero ello no afectará la validez del contrato estimatorio que, en virtud de su carácter consensual, sigue manteniendo su vigencia.

## X. Derechos y obligaciones de las partes

El contrato estimatorio origina derechos y obligaciones a cargo de ambas partes contratantes. Ello impone que nos detengamos en el análisis de cada uno de esos derechos y deberes a fin de lograr una visión completa de los efectos que produce este contrato.

74. L. Mosco, *La representación voluntaria*, Barcelona, 1963, p. 55, citado por J. M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 627.

75. L. Mosco, en la obra citada en la nota anterior, se refiere a la figura de la *autorización* y la distingue de la *representación*. En este sentido, sostiene que la representación se refiere a la persona del *dominus*, en tanto la autorización se remite al *objeto* sobre el que se ha de disponer. De este modo, el autor citado sigue la tendencia de algunos autores, como por ejemplo Salas, que sostienen que hablar de representación impropia o indirecta es una *contradicho in adjecto*, porque si el efecto propio y específico de la representación es hacer que las consecuencias de los actos del representante se produzcan directamente en cabeza del representado, no puede haber representación cuando ello no se verifica.

## A) Derechos del *tradens*

Entre los derechos del *tradens* podemos citar los siguientes:

### 1. Conservar la propiedad del bien

Mediante el contrato estimatorio el *tradens* concede un derecho de disponibilidad sobre uno o varios bienes –que en terminología del derecho comercial se llaman *mercancías* o *mercaderías*–, pero conserva su propiedad hasta que el *accipiens* disponga de ellos o abone el precio estimado. Por tanto, como lo señala Messineo,<sup>76</sup> mientras el *tradens* no obtenga la restitución de la cosa o el pago del precio, no pierde la propiedad del bien ni el *accipiens* la adquiere.

Se observa, pues, que el *tradens* se encuentra temporalmente privado de la facultad de disponer de dichos bienes; pero, como se ha dicho,<sup>77</sup> “nada impide que el *tradens* prometa la venta o venda las cosas dadas en consigna, siempre y cuando la eficacia del acto se halle subordinada a la restitución de la cosa” o, por lo menos, se ponga en conocimiento del adquirente el estado de indisponibilidad que pesa sobre dicho bien. Esta solución encuentra su fundamento en los principios de buena fe y lealtad comercial –que se traducen en el deber precontractual de información–, y que apuntan a proteger al tercero adquirente de los actos que realiza el *tradens* sobre bienes que, siendo de su propiedad, no puede disponer.

Pero, ¿hasta qué momento el *tradens* conserva la propiedad del bien que es objeto del contrato estimatorio?

La doctrina suele responder a este interrogante diciendo que el *tradens* mantiene su carácter de propietario hasta que el *accipiens* abone el precio estimado.<sup>78</sup> Sin embargo, pensamos que esa respuesta únicamente puede aceptarse en la medida que exista simultaneidad entre el acto de disposición y el pago del precio convenido en el contrato estimatorio. Pero, si como ocurre en la realidad, existe un intervalo de tiempo más o menos prolongado entre uno y

76. F. Messineo, *Manual de derecho civil*, op. cit., p. 158.

77. R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, 1, op. cit. p. 185.

78. Así lo expresan, entre otros, F. Messineo, *Manual de derecho civil*, I, op. cit.; O. Pisani en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit., p. 147.

otro acto, la pérdida del carácter de propietario del *tradens* no podrá coincidir con la percepción del precio estimado pues, desde el momento en que sucede el acto de disposición y hasta concretarse dicho pago, el *tradens* y el tercero adquirente quedarían como copropietarios del mismo bien.

Por tanto, y ante lo ilógico de esa situación, pensamos que el *tradens* conserva la propiedad del bien, no hasta que reciba la suma convenida, sino hasta que el *accipiens* disponga del derecho o la cosa que es objeto de este contrato. Ello así, por cuanto el *accipiens* actúa como representante del *tradens* en el acto de disposición y, en consecuencia, se encuentra legitimado para provocar que el bien salga del patrimonio de su representado e ingrese en el patrimonio del tercero adquirente.

Lo expuesto hasta aquí cobra singular importancia en el caso de concurso o quiebra que afecte a cualquiera de las partes contratantes. En efecto, si el *accipiens* se hallare en estado de insolvencia que diera motivo a un proceso falencial, los bienes que hubiese recibido del *tradens* no formarían parte de los activos, debiéndose ordenar la restitución a su dueño, salvo supuesto especiales que contempla la legislación concursal (vrg. art. 20, Ley 24.522). Por el contrario, si el concurso o la quiebra afectasen al *tradens*, los bienes que hubiese dado en virtud de un contrato estimatorio formarían parte de los activos, salvo que el *accipiens* ya hubiese ejercido el derecho de disposición que le concede ese acto.

## 2. Percibir el precio estimado

El *tradens* tiene derecho a percibir el precio estimado en la medida que el *accipiens* no decida desobligarse mediante la restitución del bien sobre el cual se ha contratado. De modo que la existencia de este derecho está supeeditada a la previa decisión del *accipiens* respecto de la forma en que habrá de extinguir la obligación facultativa que contrajo.

Pero el *tradens* también tiene derecho a percibir el precio estimado, sin tener que esperar a que el *accipiens* ejerza ninguna opción, cuando acredite que este se encuentra impedido de restituir el bien, ya sea por causas imputables a su persona (culpa o dolo) o derivadas de caso fortuito o fuerza mayor, pues no cabe otra posibilidad si el cumplimiento de la obligación accesoria (restitución del bien) se ha tornado materialmente imposible.

Esta solución se basa en que el *accipiens* sólo puede proceder a la restitución de las mercancías en tanto estas se conserven íntegras; por tanto, si

por cualquier causa estas se pierden o deterioran, únicamente queda la posibilidad de cumplir la obligación principal que, en el caso del estimatorio, se traduce en pagar el precio estimado. No hay, por consiguiente, otra vía de liberación ya que la obligación facultativa se habría extinguido, quedando entonces una sola prestación de objeto determinado.

### *B) Obligaciones del tradens*

Las principales obligaciones que asume el *tradens* son:

#### *1. Entregar la cosa*

Las más de las veces el contrato estimatorio nace a la vida jurídica con la entrega de la cosa que constituye su objeto. Pero esta práctica no permite inferir que la figura en análisis adquiera el carácter de contrato real porque tal entrega no está impuesta por el Derecho sino que es elegida por las partes en uso de la autonomía de la voluntad.

Por tanto, cabe la posibilidad de que, una vez formado el contrato estimatorio, quede pendiente la entrega de la cosa por parte del *tradens*. Dicha entrega deberá hacerse en el lugar y tiempo convenido y, en caso de no haberse pactado, habrá que estar a las disposiciones generales que regulan las obligaciones de dar (arts. 574 y ss., Cód. Civil). Pero, en este caso, deberemos enfrentarnos a la problemática de la armonización entre los arts. 747 y 576 del Cód. Civil que, en opinión mayoritaria, se resuelve dando primacía al primero.<sup>79</sup>

De modo que, si las partes no hubiesen pactado el lugar de entrega, deberá efectuarse donde la cosa existía al tiempo de contraerse la obligación y, si este no puede determinarse, en el domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación (art. 747, Cód. Civil); en tanto, si las partes no hubiesen previsto el tiempo en que debía hacerse dicha entrega, será el juez competente quien deberá designarlo con arreglo a las circunstancias que rodean al caso (art. 576, Cód. Civil).

79. Véase, al respecto, E. Busso, *Código Civil anotado*, Ediar, 1944, comentario al art. 576.

Empero, debemos advertir que algunos autores<sup>80</sup> sostienen que la falta de acuerdo respecto del plazo de entrega habilita la aplicación del art. 463 del Cód. de Comercio y, en consecuencia, el *tradens* estaría obligado “a tener a disposición” del *accipiens* la cosa objeto del contrato, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la formación del acto.<sup>81</sup> Si bien es cierto que esta postura se adecua mejor a las exigencias del tráfico comercial, pensamos que no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico pues, como se observa, impone la aplicación de una norma que ha sido dictada para un contrato en especial (en el caso, el contrato de compraventa) y excluye la aplicación de una norma general que, más allá de la opinión que pueda merecernos, mantiene plena vigencia en la actualidad.

Ahora bien: dado que el *tradens* debe entregar el bien, va de suyo que también está obligado a conservarlo sin cambiar su estado hasta el momento de la tradición. Ello, por cuanto la determinación del precio estimado está íntimamente vinculada al estado en que se encontraba el bien al tiempo de la formación del acto. Por tanto, los gastos que demande esa conservación correrán por cuenta del *tradens*, salvo que el *accipiens* haya sido puesto en mora, en cuyo caso se trasladarán a este último porque el *tradens* no habría incurrido en ellos si el *accipiens* hubiese recibido la cosa en tiempo.

En cuanto a los aumentos ocurridos entre la celebración del contrato y la entrega del bien, favorecerán a su dueño, es decir, al *tradens*. Por consiguiente, este podrá reclamar un suplemento proporcional al aumento y si el *accipiens* se negase a abonarlo, el estimatorio quedará resuelto (conf. doctr. art. 582, Cód. Civil), sin que surjan responsabilidades para ninguna de las partes contratantes.

## *2. Aceptar la decisión del accipiens en cuanto al modo de desobligarse*

El *tradens* debe aceptar la decisión del *accipiens* respecto de la manera en que habrá de desobligarse, ya sea recibiendo el precio estimado o restituyendo el bien, con efecto liberatorio. Ello demuestra que la obligación del

80. R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, p. 758.

81. Esta postura, que no compartimos, encuentra su razón de ser en que “el contrato estimatorio no presenta elementos que puedan distinguirlo del contrato de compraventa comercial” (R. A. Nissen, *El contrato estimatorio*, op. cit.).



*accipiens* es facultativa y no alternativa, como se ha dicho,<sup>82</sup> pues en este último caso sería de aplicación lo dispuesto en el art. 641 del Cód. Civil que admite el supuesto en que “la elección fuere dejada al acreedor”, lo que desnaturalizaría la figura en análisis.

Por tanto, la facultad de sustituir una prestación (pago del precio) por otra (restitución del bien) corresponde únicamente al *accipiens*<sup>83</sup> (art. 643, Cód. Civil); y la acción del *tradens* solo estaría circunscripta a demandar el cumplimiento de la obligación principal que, en el caso del estimatorio, es la de pagar el precio estimatorio.<sup>84</sup>

### 3. Responder por evicción y vicios redhibitorios

Dado que en el contrato estimatorio la transmisión de la propiedad se verifica directamente del *tradens* al tercero en virtud del acto de disposición que lleva a cabo el *accipiens*, pensamos que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 2096, *in fine*, del Cód. Civil. En consecuencia, el tercero adquirente podrá ejercer la acción de responsabilidad contra el *tradens* (además de ejercerla contra el *accipiens*) en caso de haberse visto privado “en todo o en parte del derecho que adquirió” (art. 2091, Cód. Civil), debiendo este responder por evicción en caso de derrota.

Esta solución, que también consagra parte del derecho comparado,<sup>85</sup> se funda en aquella regla según la cual cuando se transmite un derecho también se transfieren las acciones que el transmitente podría ejercer en razón de él; por tanto, el que adquiere un derecho recibe al mismo tiempo las ac-

82. Así lo han expresado, dentro de la doctrina italiana, De Medio, Coviello, Tartufari, entre otros. Asimismo es la postura que el Derecho germánico adoptó mediante el *Codex Maximiliano*, conforme lo hemos visto en ocasión de analizar los antecedentes de este contrato.

83. En contra: E. Busso, dentro de la doctrina nacional, y Von Tuhr, Larenz, Ennecerus, en la extranjera; citados por Alterini, Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Cuarta ed., 1991, p. 162.

84. F. Messineo, dentro de la doctrina italiana, adhiere a la idea de que en el contrato estimatorio la prestación principal es la de pagar el precio estimado (y no la restitución de la cosa). Dentro de la doctrina nacional este criterio lo sigue, entre otros, J. M. Farina (*Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 631).

85. Entre otros, art. 1841 del Cód. Civil chileno; art. 1488 del Cód. Civil peruano; art. 1759 del Cód. Civil paraguayo.

ciones que su transmitente podía ejercer contra los anteriores titulares de ese mismo derecho.<sup>86</sup>

En cuanto a los vicios redhibitorios, pensamos que la solución es idéntica a la que planteamos en el caso anterior porque, no obstante el silencio que guarda la ley, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 2096 del Cód. Civil en atención a observarse “los principios de leyes análogas”, conforme se desprende de lo prescripto por el art. 16 del Cód. Civil.

### C) *Derechos del accipiens*

Los derechos del *accipiens* pueden resumirse en los siguientes:

#### 1. *Disponer del bien.*

El contrato estimatorio otorga al *accipiens* el derecho de disponer de los bienes que recibe del *tradens*. Pero ese derecho de disposición no es absoluto sino que, por el contrario, está limitado a la ejecución de ciertos actos; a saber:

##### a) Transmisión del bien a un tercero

El *accipiens* puede transmitir a un tercero la propiedad del bien por el título que estime más conveniente. Así, pues, puede proceder a su venta, cesión (en caso de tratarse de un derecho admisible como objeto de este contrato), permuta, donación o cualquier otro acto que genere la obligación de transmitir la propiedad del bien, sea a título oneroso o gratuito.

De este modo, nos apartamos de la opinión mayoritaria que, fundándose en la práctica de los negocios, sostiene que el *accipiens* únicamente goza de la facultad de vender las cosas dadas en consigna. En nuestra creencia, como ya quedó dicho, el *accipiens* no sólo puede “vender” dichas cosas sino que, además, puede ejercer cualquier otro acto de disposición que no esté prohibido por la naturaleza de la relación contractual que lo vincula con el *tradens*.<sup>87</sup> Más aún: pensamos que la imposibilidad de realizar estos

86. Véase, al respecto, E. C. Wayar, *Evicción y vicios redhibitorios*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 103.

87. A nuestro entender, los actos de disposición prohibidos por la naturaleza del acto son

últimos actos tampoco es absoluta pues, en caso de concretarse, habrá que interpretar que el *accipiens* optó por adquirir para sí la cosa o el derecho que es objeto de este contrato, no pudiendo luego liberarse de la obligación a su cargo sino mediante el pago del precio estimado.<sup>88</sup>

Pero si el *accipiens* decide transmitir la propiedad del bien, además de actuar en nombre propio y por cuenta de ambos, podrá pactar libremente con el adquirente el precio que habrá de percibir y su forma de pago. Ya hemos dicho que, a nuestro entender, el *tradens* no puede fijar precios indicativos u obligatorios para la venta de sus productos pues, en ese caso, el *accipiens* estaría recibiendo instrucciones del *tradens* –y no obrando también por cuenta propia–, lo que haría que sus funciones se asemejen a las que cumple un mandatario sin representación, desvirtuándose así la figura del contrato en análisis.

#### b) Adquisición del bien para sí

Una de las consecuencias jurídicas que surgen del poder de disposición que tiene el *accipiens* es que puede adquirir para sí los bienes que recibe del *tradens*. Ello porque, como se ha dicho,<sup>89</sup> “la enajenación a terceros no constituye un elemento indefectible del contrato estimatorio”, sino que es una de las opciones que nacen a favor del *accipiens*.

He aquí una nota característica de este contrato que, por cierto, sirve para distinguirlo de la consignación mercantil, ya que el art. 262 del Cód. de Comercio prohíbe que el consignatario adquiera los bienes cuya enajenación le fuera encargada, salvo expreso consentimiento del con-

---

aquellos que se oponen a la función económica de este acto como, por ejemplo, gravar la cosa con un derecho real de garantía, darla en locación, comodato o depósito, altear su calidad o cantidad, entre otros.

88. Así lo entiende, entre otros, R. Stiglitz (*Contratos - Teoría General*, op. cit., p. 188) cuando sostiene que “una vez ejercida formalmente la facultad de opción, queda otorgada como tal; de allí que [...] infringe el principio de buena fe contractual quien disponiendo de un plazo para pronunciarse, se anticipa a su vencimiento y escoge la extinción de su obligación mediante el pago de la prestación accesoria, pero antes de que se verifique la fecha inicialmente estipulada, se retracte de su elección anunciando que en definitiva el pago lo será mediante la prestación principal”.

89. F. Messineo, *Manual de derecho civil*, op. cit., p. 158.

signante; mientras que en el contrato estimatorio, la adquisición por el *accipiens* es una consecuencia natural del acto que no requiere aprobación del *tradens*.

Más aún: en la generalidad de los casos esa adquisición se produce en desconocimiento del *tradens*, puesto que si el *accipiens* abona el precio estimado queda liberado de toda obligación y no debe rendir cuentas ni dar explicaciones sobre el destino que ha escogido para esos bienes. Recuérdese, en este sentido, que el *accipiens* no es un comisionista y, por ende, no debe actuar conforme a las órdenes e instrucciones dadas por el *tradens*, sino que realiza un negocio propio que no requiere ningún tipo de anuencia del propietario del bien.

Por cierto, la manera habitual en que el *accipiens* habrá de concretar la adquisición de los bienes que recibe del *tradens* es mediante el pago del precio estimado. Dicho pago puede ocurrir al vencimiento del plazo (tanto si se trata de un plazo acordado como fijado judicialmente) o con anterioridad pues, conforme surge de la naturaleza del acto, la fijación del plazo del contrato se impone a favor del *accipiens*.

Pero puede ocurrir que el *accipiens* también adquiera el o los bienes antes de haber abonado el precio estimado. Ello sucedería si lleva a cabo alguno de los actos que contrarían los fines para los cuales se ha celebrado este contrato (por ejemplo, si grava la cosa con un derecho real de garantía; la da en locación, comodato o depósito; altera su calidad o cantidad; entre otros), pues en estos casos habrá que interpretar que hizo uso del derecho de opción que le otorga la obligación facultativa, quedando sólo pendiente el pago del precio convenido con el *tradens*.

## 2. Optar por la forma en que habrá de desobligarse

El derecho del *accipiens* de elegir la forma en que habrá de desobligarse, ya sea abonando el precio estimado o restituyendo el bien, es consecuencia de la obligación facultativa que surge en virtud del contrato estimatorio.

Por tanto, el *accipiens* se halla obligado a extinguir su obligación mediante el pago del precio estimado que, en opinión de la doctrina mayoritaria, es su prestación principal; pero goza del derecho de sustituir esa prestación por otra (art. 643, Cód. Civil), atento el carácter facultativo de la obligación que contrajo. De modo que, al tiempo de perfeccionarse el contrato, la obligación del *accipiens* es de objeto plural, pero habrá de transformarse en una obligación de objeto único cuando este ejerza la opción de extinguir su obli-

gación mediante el cumplimiento de la prestación principal (pago del precio estimado), o la accesoria que consiste en la restitución de la cosa.

Pero, ¿hasta qué momento el *accipiens* puede ejercer la opción antes aludida?

Por cierto que la respuesta a este interrogante variará según las partes hayan convenido el plazo de ejercicio de opción o no. En el primer caso, es claro que el vencimiento del término acordado funcionará como límite temporal dentro del cual el *accipiens* podrá elegir la manera en que habrá de desobligarse; en cambio, en el segundo caso, y ante la ausencia de plazo convenido, no quedará más que recurrir al juez competente para que fije dicho plazo de conformidad con el procedimiento preceptuado por el art. 509 del Cód. Civil (cfr. arts. 618 y 751, Cód. Civil).

No obstante, conviene aclarar que el *accipiens* puede ejercer su derecho de opción en cualquier momento dentro del plazo (ya sea que se trate de un plazo acordado o fijado judicialmente), pero no es necesario que lo haga el día de su vencimiento. Sin embargo, una vez que ha manifestado su decisión, sea de manera expresa o tácita, pensamos que cesa la indeterminación del objeto y, por tanto, queda extinta la obligación facultativa, transformándose en obligación de prestación determinada.<sup>90</sup> Esto significa que el *accipiens* que adelanta su decisión, renuncia al derecho de ejercerla o retractarla con posterioridad, pues lo contrario se opondría al principio de buena fe contractual previsto en el art. 1198, primera parte, del Cód. Civil.

Por último, cabe poner de relieve que la opción que tiene el *accipiens* respecto de la forma en que habrá de desobligarse subsiste aun cuando los acreedores del *tradens* embarguen los bienes que son objeto del contrato estimatorio, pues en este caso el *accipiens* podrá adquirir para sí la cosa, en cuyo caso el embargo se trasladará al precio estimado, o restituirla a su dueño.

#### *D) Obligaciones del accipiens*

Entre las obligaciones del *accipiens* se destacan las siguientes:

90. Salvat - Galli, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, T. 1, Buenos Aires, Tea, 6ª ed., 1952, p. 512, sostiene que la obligación facultativa reserva al deudor la posibilidad de restituir la prestación debida por otra, por lo que hasta el instante del pago ha contado con la posibilidad de ejercer la opción. Si, sin tener necesidad, anticipa su decisión, cabe concluir que ha renunciado al derecho de ejercerla luego.

### 1. *Pagar el precio estimado o restituir el bien*

Ya hemos dicho que, en el marco del contrato estimatorio, el *accipiens* asume una obligación facultativa (art. 643 y ss., Cód. Civil) que lo compele a abonar el precio estimado, salvo que decida liberarse mediante la restitución de los bienes que ha recibido del *tradens*. De allí surge que hay una sola prestación *in obligatione* (pago del precio estimado) y otra prestación *in solutione* (devolución del bien), que están en relación de interdependencia conforme los términos del art. 523 del Cód. Civil.

Sin embargo, debemos advertir que un sector de la doctrina –principalmente de origen extranjera– no comparte esta visión pues sostiene que la restitución de la cosa no importa una obligación en sí misma ya que no satisface el mismo interés del *tradens* respecto de la percepción del precio (más bien, lo contradice), produciendo la extinción de la relación jurídica. No obstante, en nuestra opinión, si la restitución de la cosa puede ser el contenido de una obligación principal, como ocurre en el depósito y en el comodato, no hay razones atendibles que permitan excluirla como objeto de una obligación facultativa.

Por tanto, y siempre dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pensamos que las reglas relativas a las obligaciones facultativas son las que mejor se adecuan a la realidad de este negocio; de allí que concluyamos que la obligación principal del *accipiens* es la de abonar el precio estimado, y que sólo podrá sustituir ese compromiso con la entrega del bien que es objeto de este contrato, elección que únicamente podrá estar a su cargo.

En cuanto al pago del precio estimado, y por aplicación de los arts. 617, 618, 750 y 751 del Cód. Civil, deberá hacerse dentro del plazo convenido y, en ausencia de acuerdo de partes, en la oportunidad que lo fije el juez de conformidad con el art. 509 del Cód. Civil. En tanto, para determinar el lugar de pago, siempre que las partes no lo hayan previsto, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 747 del Cód. Civil, que resuelve la cuestión recurriendo al domicilio del deudor al tiempo de cumplimiento de la obligación.

Si, en cambio, el *accipiens* optara por la restitución del bien, deberá estar a las mismas reglas antes aludidas, pero conviene tener presente que su obligación será la de restituir la misma e idéntica cosa que recibió, salvo que se tratase de cosas consumibles o fungibles, en cuyo caso deberá devolver otra cosa, aunque de la misma especie y cantidad, conforme lo hemos visto en oportunidad de analizar el objeto del contrato estimatorio.

## 2. Conservar la integridad del bien. Riesgo de pérdida

El *accipiens* tiene obligación de conservar la integridad de las cosas que recibe del *tradens* hasta que abone el precio estimado o proceda a su restitución. De allí surge, como consecuencia lógica, que serán a su cargo los gastos que demande esa conservación.

Empero, algunos autores<sup>91</sup> sostienen que los gastos de conservación a que se halla obligado el *accipiens* son exclusivamente los referidos a los gastos urgentes, mientras que los gastos “que sean de necesidad para la conservación de la cosa” (pero no urgentes) correrán por cuenta del *tradens*. Es decir que, desde este punto de vista y respecto de los gastos no urgentes, la obligación del *accipiens* se acotaría a un mero aviso para lograr que el *tradens* adelante los sumas que ha menester para la conservación del bien; pero si el *tradens* negase esa colaboración, el *accipiens* quedará libre de toda responsabilidad.

El fundamento de esta opinión se halla en la aplicación analógica de las normas que regulan el depósito (art. 2204, Cód. Civil), lo que implica asignarle al *accipiens* una obligación de guarda que, a nuestro entender, se aleja de la intención que tienen las partes al momento de celebrar este contrato. De ahí que compartamos la visión de quienes dicen que la tenencia de las mercaderías por parte del *accipiens* “sólo puede calificarse de depósito violentando el esquema típico de dicha figura”.<sup>92</sup>

A nuestro entender, el deber de conservación (y no de guarda) que asume el *accipiens* debe considerarse como una consecuencia natural, aunque accesorio, al cumplimiento del fin propio de este contrato que, como vimos, consiste en conceder un poder de disposición a quien no es propietario del bien, para que lo ejerza con ánimo de especulación. De manera que los gastos que demande esa conservación –sean urgentes o no–, correrán por cuenta del *accipiens*, salvo que las partes hubiesen convenido lo contrario.

Respecto de los riesgos (deterioro o pérdida) que puede sufrir el bien que es objeto de este contrato, la doctrina nacional no ha dado una respuesta única sino que, por el contrario, vacila entre dos posturas antagónicas.

91. R. Stiglitz, *Contratos - Teoría General*, op. cit., p. 195.

92. Muñoz M. Planas, *El contrato estimatorio*, op. cit., p. 235.

En tal sentido, se observa que algunos juristas afirman que el *accipiens* toma a su cargo el riesgo de la pérdida o deterioro del bien o bienes que recibe, aun cuando ello acontezca con culpa de su parte.<sup>93</sup> Sin embargo, debemos advertir que los autores que adhieren a esta postura –que por cierto es mayoritaria en el ámbito nacional–, suelen omitir toda referencia a los fundamentos que sirvieron para justificarla y, en general, se limitan a recordar el contenido del art. 1557 del Cód. Civil italiano que, pese a la trascendencia que tiene en el estudio de esta materia, no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Otros autores, en cambio, sostienen que “si el *accipiens* no ha ejercido el poder jurídico de sustituir la prestación principal por la prestación accesoria que consiste en la restitución de las cosas dadas en consigna, la pérdida o deterioro de la cosa la sufre el *tradens*”.<sup>94</sup> El fundamento de esta opinión se encuentra en el principio de que “la cosa se pierde para su dueño”, que consagra, entre otros, el art. 584 del Cód. Civil.

A nuestro entender, el principal problema que afecta al esclarecimiento de este tema radica en la elección de la norma que habrá de regirlo, puesto que si aplicamos el art. 584 del Cód. Civil, llegaremos a la conclusión de que el *tradens* debe asumir el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa, siempre que haya ocurrido sin culpa del deudor, salvo los derechos de este hasta el día de la pérdida, momento en el cual la obligación quedará disuelta; pero si nos regimos por el art. 649 del mismo cuerpo legal, que regula específicamente las obligaciones facultativas, arribaremos a la solución contraria.

Por cierto que la aplicación de una u otra norma no puede responder a la actitud antojadiza de su intérprete, sino que debe basarse en la identificación de la ley con la situación descripta. En este sentido, pensamos que si el contrato estimatorio da lugar a una obligación facultativa; si la prestación accesoria que conforma esa obligación puede consistir en la restitución de las cosas dadas por el *tradens*; y si no tiene influencia alguna sobre la prestación principal, “ni la pérdida o deterioro de la cosa [...] que constituye el objeto de

93. Así lo expresan, entre otros, S. A. Argeri, *Contrato estimatorio*, La Ley 1980-C, 1238; O. Pisani, en R. A. Etcheverry, *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, op. cit., p. 149; J. M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, op. cit., p. 601; D. R. Vítolo, *Contratos comerciales*, op. cit., p. 249.

94. R. S. Stiglitz, *Contratos - Teoría General I*, op. cit., p. 193.



la prestación accesoria” (art. 649, Cód. Civil); no quedará más que concluir que el *accipiens* debe responder por la pérdida o deterioro de las cosas que recibe, cualquiera sea el motivo que haya originado ese hecho dañoso.

En síntesis: el deber que tiene el *accipiens* de conservar la integridad de los bienes que recibe del *tradens* comprende tanto la obligación de soportar los gastos que irrogue esa actividad, como la de responder por la pérdida o deterioro que se produzca, sea por causas que pueden imputársele (culpa, dolo) o no (caso fortuito o fuerza mayor).

## **XI. Extinción**

El contrato estimatorio puede extinguirse por la vía ordinaria (esto es, por vencimiento del plazo acordado o cumplimiento de las obligaciones a cargo de los contratantes) o por los llamados “modos anormales” de finalización del contrato. Pero, dado que los primeros se rigen por la teoría general, nos ocuparemos exclusivamente de los segundo, ya que estos pueden ofrecer ciertas particularidades en atención a las características propias de la figura en análisis.

Entre los aludidos modos anormales de terminación del contrato, podemos citar los que siguen: a) mutuo disenso o rescisión; b) resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes y; c) denuncia o desistimiento del contrato de plazo indeterminado.

Pasemos, pues, a analizar cada uno de ellos, sin perjuicio de aclarar que puede haber otras causales de extinción que surjan de la voluntad de las partes (autonomía de la voluntad), tanto al tiempo de celebrarse el contrato como con posterioridad.

### *A) Mutuo disenso o rescisión*

Conforme surge de la primera parte del art. 1200 del Cód. Civil, “las partes pueden por mutuo consentimiento extinguir las obligaciones creadas por los contratos [...]”.

Vemos, pues, que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los contratantes el derecho de poner fin a sus acuerdos por el mero concurso de sus voluntades; y ello lo hace con fundamento en “la fuerza obligatoria y la autonomía de la voluntad, que permite que, así como se creó un lazo jurídi-

camente válido porque las partes lo quisieron, del mismo modo y sobre la misma base, ellas pueden decidir concluirlo”.<sup>95</sup>

En el caso del estimatorio, la rescisión –como verdadero contrato extintivo o distracto– suele concretarse con la restitución que el *accipiens* hace al *tradens*, y que este acepta, de los bienes que constituyen el objeto del contrato, siempre que esa devolución se produzca antes del vencimiento del plazo acordado puesto que, de lo contrario, el contrato se habrá extinguido “normalmente” por la expiración del plazo convenido. Y dado que, en opinión mayoritaria, la rescisión carece de efecto retroactivo, el *accipiens* no tendrá derecho a reclamar el reembolso de los gastos que hubiese efectuado (por ejemplo, aquéllos que hizo con fines de conservación de la cosa), salvo que, al tiempo del contrato o con posterioridad, las partes hayan pactado lo contrario.

### *B) Resolución por incumplimiento de las obligaciones a cargo de una de las partes*

Dado que el estimatorio encuadra dentro de la categoría de los contratos comerciales y bilaterales, rige respecto de él lo dispuesto en el art. 216 del Cód. de Comercio que faculta a la parte cumplidora, frente al incumplimiento culpable de la contraria, a exigir el cumplimiento o proceder a la resolución del contrato; en ambos casos, con más la reparación de los daños y perjuicios.

Pero debemos advertir que no todo incumplimiento habilita la resolución del contrato pues, como se ha dicho, debe tratarse de un incumplimiento que revista importancia, esto es, que “afecte el contenido esencial del contrato, de manera que producido el incumplimiento el acreedor ya no tendrá interés, o habrá disminuido su interés, en la ejecución ulterior”.<sup>96</sup> Sin embargo, es preciso apuntar que no siempre resulta fácil determinar cuándo estamos en presencia de un incumplimiento que revista esa entidad, por lo

95. M. L. Casas de Chamorro Vanasco, *Distintos medios de extinción de los contratos*, en *Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (varios autores), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 97.

96. J. M. Gastaldi, *Pacto Comisorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1985, p. 138.

que deberá acudir al juez que resulte competente para que, de acuerdo a las circunstancias de hecho de cada caso, decida la cuestión en debate.<sup>97</sup>

Lo expuesto no significa, por cierto, que los incumplimientos de menor envergadura queden exentos de sanción, sino sólo que carecerán de poder jurígeno para lograr la resolución del contrato, aunque dejarán subsistente la acción resarcitoria. Así lo entendieron nuestros tribunales que, en reiteradas oportunidades, rechazaron la resolución de un acuerdo cuando el incumplimiento no reviste una entidad o una gravedad importante –protegiendo así la continuidad del negocio en circunstancias en que el incumplimiento fue simplemente accidental y no afectó a lo esencial del acuerdo–, pero concediéndole a la parte cumplidora el derecho de reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.<sup>98</sup>

### *C) Denuncia o desistimiento del contrato de plazo indeterminado*

El análisis relativo a la denuncia o desistimiento del contrato exige la previa definición de si el acuerdo se celebró por tiempo indeterminado o, en su defecto, con indicación del plazo de finalización, ya que los efectos serán distintos en uno y otro caso.

Así, pues, si el contrato se hubiese celebrado con indicación del plazo de vigencia, la ruptura unilateral del vínculo contractual –previo a la expiración de ese plazo– traerá aparejada las consecuencias que resultan aplicables a cualquiera otra figura contractual cuyo cumplimiento se interrumpe sin expresión de causa. Por tanto, quien haya manifestado su voluntad en tal sentido, deberá reparar los daños y perjuicios que hubiese ocasionado con ese actuar.

Pero los problemas más importantes surgen cuando se ha omitido un plazo para el cumplimiento de las obligaciones del contrato; es decir, cuando nos hallamos ante un acuerdo de “plazo indeterminado” o “sin tiempo fijo”; y las dudas surgen porque no contamos con un régimen específico que resulte aplicable al caso, en virtud de su carácter atípico, lo que nos enfrenta

97. Cfr. CNCiv., Sala A, 20/10/77, ED, 76-174, citado por J. M. Gastaldi, *Pacto Comisorio*, op. cit., p. 139.

98. CNCiv., Sala C, 11/12/62, ED, 5-765; íd. 8/6/76, ED, 69-283; íd. Sala D, 27/7/78, LL, 1978-D-635; íd. 18/11/81, LL, 1982-C-320; CNCCom., Sala B, 29/12/77, ED, 77-380; íd., 14/3/83 y 29/4/83, LL, 1983-C-226, entre otros.

a una enorme cantidad de opiniones doctrinarias que apuntan desentrañar, por un lado, cuál es la normativa que habrá de aplicarse en caso de desistimiento contractual y, por otro, cuándo la disolución del vínculo habrá de considerarse abusiva.

Sin duda, la solución a este tema podría encontrarse en las decisiones judiciales que resolvieron cuestiones similares a las que aquí planteamos; sin embargo, dentro de la escasa jurisprudencia que se ocupa de la figura en análisis, ninguna de ella alude a la denuncia o desistimiento del contrato estimatorio celebrado por plazo indeterminado. De ahí que debamos recurrir a las soluciones que nuestros tribunales elaboraron para otros contratos de duración (como, por ejemplo, los contratos de distribución), las que nos permiten concluir que si el estimatorio fue celebrado sin indicación de plazo, cualquiera de las partes podrá resolverlo cuando lo estime conveniente, siempre que esa decisión no sea intempestiva ni esté reñida con los deberes de la buena fe.<sup>99</sup>

## **XII. Conclusiones**

El problema que enfrentamos al analizar el contrato estimatorio es determinar si estamos en presencia de un acto con naturaleza propia o ante un negocio que queda subsumido bajo alguna de las especies de mandato comercial que contempla la ley. Las dudas se acrecientan aún más cuando advertimos que muchas de sus características coinciden con los esquemas ya pensados por el legislador, lo que ha llevado a la doctrina a formular las más variadas opiniones en torno a su naturaleza jurídica.

Sin embargo, en nuestra opinión, es inútil tratar de identificar el contrato estimatorio con cualquiera de los supuestos típicos que actualmente consagra nuestro ordenamiento jurídico, pues entendemos que esa combinación de prestaciones típicas es, justamente, la que justifica su atipicidad y le otorga existencia como contrato con función y objetivos propios.

Dado su actual carácter de contrato atípico, pensamos que no hay motivos para reducir su objeto a las cosas muebles no registrables, pudiendo alcanzar incluso a ciertos derechos que por su naturaleza admiten su transmisión, ya sea en propiedad o en uso, mediante la entrega del soporte o ins-

99. Así, por ejemplo, CNCom., Sala C, 17/03/2006, JA 2006-III, 213, ED 223,25; CNCom, Sala E, 27/05/2005, *Souto, Ángel c.Nobleza Picardo S.A.I.CyF.*, La Ley Online.

trumento en el que constan (vgr. títulos de créditos al portador o software informático).

Por último, creemos que uno de los elementos esenciales particulares de esta figura es el derecho de disponibilidad que surge en favor del *accipiens* y que le permite disponer de bienes ajenos como si fuesen propios, con las limitaciones que emanan de la naturaleza del acto, y que encuentra su justificación en el instituto de la representación indirecta.

En virtud de todo ello, concluimos que el estimatorio es un contrato, actualmente atípico para el Derecho argentino, mediante el cual una parte (denominada *tradens*) se obliga a entregar a otra (denominada *accipiens*) uno o varios bienes no registrables de su propiedad, que ambas partes estiman en un valor pecuniario determinado o susceptible de determinación, asumiendo el *accipiens* la obligación de abonar el precio convenido en caso que decida adquirirlos o transmitirlos por cualquier título, pero pudiendo liberarse de esa obligación mediante la restitución de los bienes dados por el *tradens*.

## **Bibliografía**

- Alterini, Ameal, López Cabana, *Curso de obligaciones*, T. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4<sup>a</sup> ed., 1991.
- Argeri, S.A., *Contrato estimatorio*, La Ley 1980-C, 1238.
- Betti, E., *Teoría general del negozio giuridico*, Turín, 1950.
- Busso, E., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Ediar, 1944.
- Casas de Chamorro Vanasco, M. L., *Contratos, Homenaje a Marco Aurelio Risolía* (varios autores), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.
- Castillo, R. S., *Curso de Derecho Comercial*, compilado y arreglado por F. Bertorino, T. I, Buenos Aires, 1950.
- Coviello, N., “Del contratto estimatorio”, *Riv. it. per le scienze giuridiche*, 1893.
- D’ors, A., “Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano”, *Rev. Prudencia Iuris*, 2000, N°51.
- Dabah, A., *El Contrato internacional en el Mercosur*, Buenos Aires, Quorum, 2005.
- Etcheverry, R. A., *Derecho Comercial Económico, Contratos, Parte Especial*, T. I, Buenos Aires, Astrea, 1991.
- Farina, J. M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999. — *Contrato estimatorio*, La Ley 122-1140.

- Fernández Madrid, J.C., Fernández Madrid, H. y Caubet, A. B., *Manual Práctico de Contratación comercial*, T. I, Buenos Aires, Errepar, 1996.
- Garrido, R. F. - Zago, J., *Contratos. Parte especial*, T. II, Buenos Aires, Universidad, 1985.
- Garrigues, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 1ª ed., Madrid, Temis, 1940.
- Gastaldi, J. M. - Centanaro, E., *Contratos aleatorios y reales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1998.
- Gastaldi, J. M., *Introducción al estudio de los contratos comerciales*, Buenos Aires, Ed. de Belgrano, 1985.
- *Pacto Comisorio*, Buenos Aires, Hammurabi, 1985.
- *Contratos*, V. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- Giordano, *Tradizione e potere de disposizione nel contratto estimatorio*, en R. D. C., 1952.
- Gregorini Clusellas, E., *Contrato estimatorio*, La Ley 1992-E.
- Lafaille, H., *Derecho civil. Contratos*, T. III, Buenos Aires, Cía. Arg. de Editores SRL, 1944.
- *Derecho Civil*, T. IV, V. II, Buenos Aires, Cía. Arg. de Editores SRL, 1944.
- Langle, E. *El Contrato de compraventa mercantil*, Barcelona, Bosch Ed., 1958.
- Larguier, J. *La formation du contrat dans les diverses ventes commerciales*, vol. *La vente commerciale de Merchandises*, París, 1951.
- López de Zavalía, F. J., *Teoría de los Contratos. Parte Especial*, T. 2, Buenos Aires, Zavalía, 1991.
- Mariani de Vidal, M., *Curso de Derechos Reales*, T.II, Buenos Aires, Zavalía, 1993.
- Masnatta, H., *El contrato atípico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.
- Maynz, C., *Curso de Derecho Romano*, trad. de Pou y Ordinas, T. I, Barcelona, 1892.
- Messineo, F. *Manual de derecho civil y comercial*, t. IV, Buenos Aires, Ejea, 1955.
- Muñoz M. Planas, J. M., *El Contrato estimatorio*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- Nissen, R. A., *El contrato estimatorio*, La Ley 1987-C, 758.
- Ossorio, M., *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliastas, 1982.
- Parra Guerra, F., *Gestión de Stocks*, Madrid, ESIC Editorial, 2005.
- Pepe, M. A., *Usufructo de fondo de comercio*, La Ley, 28 de mayo de 2007. *Proyecto de Código Civil. Según texto aprobado por la Honorable Cámara*

- de Diputados de la Nación, Orden del día 1064 con las modificaciones incorporadas hasta su media sanción*, Buenos Aires, Astrea, 1987.
- Proyecto de Código Civil de 1998, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina*, Buenos Aires, 1999.
- Rezzonico, J. C., *Contrato, concepto y tipo*, La Ley, 1985-B.
- Risolía, M. A., *Capacidad y contrato*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959.
- Rocchi, L., *Sul contratto estimatorio*, en R. D. C., 1946.
- Salvat - Galli, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general*, t.1, Buenos Aires, Tea, 6<sup>a</sup> ed., 1952.
- Spota, A. G., *Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, V. I, p. 195, Buenos Aires, Depalma, 1974.
- Stiglitz, R. S., *Contratos, Teoría General I*, Buenos Aires, Depalma, 1990.
- Unificación de Legislación Civil y Comercial. Proyecto de 1993, Sancionado por la Cámara de Diputados a consideración del Senado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994.
- Tamburrino, *Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio*, Giur. Cass. Civ, XXVI, III, 1947.
- Thaller, E., *A propos du contrat estimatoire en mélanges Ch. Appleton*, París, Rousseau, Lyon, 1903.
- Uria, R., *Derecho Mercantil*, Madrid, 11. ed. 1976.
- Vicente Domingo, E., *El contrato de sponsorización*, Madrid, Civitas S.A., 1998.
- Vitolo, D. R., *Contratos comerciales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993.
- Wayar, E. C., *Evicción y vicios redhibitorios, T. I*, Buenos Aires, Astrea, 2001.