

Consideraciones sobre Ulpiano 32 *ad edictum* D. 19,3,1,1 *de aestimatoria*

Ana Alemán Monterreal
Universidad de Almería

I. Un fragmento de Ulpiano recogido en D.19,3,1,1, que dice:

Aestimatio autem periculum facit eius, qui suscepit, aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit.

Constituye el punto de partida de la afirmación, casi unánimemente aceptada por la doctrina, del carácter alternativo de la obligación del *accipiens* en el contrato estimatorio; lo que supone que el *accipiens* viene alternativamente obligado a restituir la cosa o a pagar la *aestimatio*¹.

O sea, que ambas prestaciones restitución de la cosa y pago de la *aestimatio* están *in obligatione*, pero llegado el momento de la elección por el *accipiens* o el *tradens*, esta obligación alternativa originaria se concentra dejando de ser alternativa y determinándose específicamente una de ellas como objeto de pago; de aquí que: *due vel plures res sunt in obligatione, una autem tantum in solutione*.

1 En este sentido: BERNSTEIN, *Zur Lehre vom alternativen Willen und den alternativen Rechtsgeschäften*, Berlin 1878; PESCATORE, *Die s. g. alternative Obligation*, Marburg 1880; *Die Wahlschuldverhältnisse*, Monaco 1905; SCIALOJA, *Lezioni di diritto romano*, 1898-99 pp. 152 ss.; IDEM, “Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche”, *BIDR* 11 (1898) pp. 61 ss.; ROCCO, “Su la natura giuridica delle obbligazioni alternative. Contributo a una teoria delle obbligazioni a elementi indeterminati”, *RISG* 40 (Torino 1905) pp. 202 ss., y *RISG* 41 (Torino 1906) pp. 33 ss.; DE RUGGIERO, *Le obbligazioni*, Napoli 1922, pp. 97 ss.; LONGO, *Corso di diritto romano. Obbligazioni*, Milano 1936, pp. 21 ss.; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Parte generale I. Obbligazioni*, Milano 1936, pp. 318 ss.; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1966, pp. 163 ss. COVIELLO, “Del contratto estimatorio”, *RISG* 16 (1893) pp. 6 ss.; FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti*, Bocca 1893, pp. 82 ss.; DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius*, Messina 1900, pp. 21 ss., y pp. 61 ss.

Esta consideración ampliamente avalada y consensuada en su trayectoria histórica jurídica, presenta, a nuestro entender, algunas matizaciones que nos impiden admitir el pretendido carácter alternativo de esta *obligatio*. Intentaremos, pues, a lo largo de estas páginas clarificar este aserto, centrándonos, por un lado, en el aspecto estructural del contrato, y por otro, en una plausible interpretación del aludido fragmento ulpiano.

I.1. Comencemos, pues, centrándonos en el aspecto estructural del contrato

En primer lugar, parece que se ha olvidado el contenido y la finalidad ínsita del acuerdo estimatorio, la que, desde luego, no es la restitución de la cosa, que sólo se producirá ante la eventualidad de que resulte invendida, sino que, por el contrario, esta es su venta, con la obligación, una vez efectuada, de pagar al *tradens* el precio de estimación.

Cuestión distinta es que ante la posible eventualidad de que la cosa no pudiese ser vendida, el *accipiens* deba restituirla, lo que constituye un principio general del derecho que, en este supuesto, es aplicable al *aestimatum*, pero no una obligación fundamental del *accipiens* en todo acuerdo estimatorio. En efecto, el *accipiens* ni entrega siempre la *aestimatio* ni restituye siempre la cosa; entregará, obviamente la *aestimatio* si vende la mercancía, y procederá a su devolución cuando no logre venderla.

La intención del *tradens* es que el *accipiens* venda la cosa que le entrega, y éste la recibe con la finalidad de lucrarse de la venta, por lo que constituirá un absurdo situar *in obligatione* la restitución de la cosa, puesto que el cumplimiento de dicha prestación provoca la insatisfacción del interés contractual de ambas partes. La restitución, por consiguiente, nunca puede suponer un cumplimiento, ya que es una prueba manifiesta de la frustración del negocio.

Lo que, en principio, nos pone en sobre aviso de que con la perfección del contrato estimatorio, el *accipiens* venga alternativamente obligado al pago de la *aestimatio* o a la devolución del objeto entregado.

De otro lado, resulta del todo decisorio en el régimen de la obligación alternativa determinar a quién le corresponde la elección, sí al acreedor o al deudor².

2 Sobre el tema D'ORS, "En torno a la llamada obligación alternativa", *RDP* 28 (1944) pp. 4 ss. Elección que, por lo demás, impide la construcción jurídica de un sistema unitario de la obligación alternativa.

Mientras que, en nuestro caso, la facultad de entregar la cosa o pagar la *aestimatio* siempre sería concedida en beneficio del *accipiens*, no existiría, por consiguiente, tal elección, la que, en cualquier caso, caracteriza la obligación alternativa.

Pero, aún más, como es sabido, los romanos no conocieron una categoría jurídica individualizada para la obligación alternativa, sino posiciones alternativas referidas a las más diversas instituciones, con la nota permanente de que en la relación jurídica encontramos diferentes prestaciones, si bien para su cumplimiento se debe entregar o ejecutar una de ellas.

Veamos algunos textos en los que parece clara la existencia de una obligación alternativa. Por ejemplo, D.23,3,10,6:

Si res in dotem datae fuerint, quamvis aestimatae, verunt convenerit, aut aestimatio, aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum: utrum mulier velit, ipsa eligit, utrum malit petere rem, aestimationemve; verum si ita fuerit adiectum: utrum maritus velit, ipsius erit electio; aut si nihil de electione adiiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre, an pretium earum. Nam et quum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. Sed si res non extet, aestimationem omnimodo maritus praestabit.

Observamos cómo la obligación consiste en la entrega de los bienes dotales o en su *aestimatio*, la elección de una u otra *obligatio* corresponderá, según se haya establecido, a la mujer o al marido; en consecuencia, ambas prestaciones constituyen el objeto de la obligación, y si suponemos que la elección corresponde al deudor, éste se liberará cumpliendo con una de ellas, con la que él elija.

Distinto sería en el caso de que una de ellas hubiese devenido imposible, ya que como dice Ulpiano, en la parte final de fragmento, vendría obligado al cumplimiento de la posible, y por tanto, la obligación que ha nacido como alternativa se ha convertido en simple, puesto que sólo hay una prestación objeto de la obligación.

Igualmente, en D.23,3,46,1 apreciamos cómo la mujer puede elegir cualquiera de las dos prestaciones: la cantidad adeudada o el fundo Semproniano, para cumplir con su promesa de dote:

Si debitori suo mulier nuptura ita dotem promisisset: quod mihi debes, aut fundus Sempronianus doti tibi erit, utrum mulier vellet, id in dote erit...

Lo mismo ocurre en D.30,34,14 en donde el legatario puede exigir bien el fundo Seyano o bien su usufructo, y lógicamente, el heredero viene obligado al cumplimiento de la prestación elegida por el legatario:

Si ita Titio legetur: fundum Seianum, vel usufructum eius sibi habeto, duo esse legata et eius esse, an velit usufructum vindicare.

Si cotejamos los textos señalados con D.19,3,1,1, sin duda, podemos encontrar algunas semejanzas, concretamente, la posibilidad de que el *accipiens* pueda liberarse del cumplimiento obligatorio restituyendo la cosa o pagando la *aestimatio*; pero las diferencias son, a nuestro entender, decisivas y notorias.

En primer lugar, los fragmentos en los que podemos afirmar la existencia de obligaciones alternativas se refieren a obligaciones que tienen por objeto dos prestaciones distintas, mientras que en D.19,3,1,1 no se ocupa de la prestación en que consiste la obligación, sino que, en principio, parece resolver una cuestión de riesgo.

De otro lado, los textos que contemplan obligaciones alternativas apreciamos que el interés del acreedor -marido o legatario- queda igualmente satisfecho con el cumplimiento de cualquiera de las prestaciones existentes en la obligación, sin embargo, en el *aestimatum* el interés del acreedor, del *tradens*, no se satisface con el cumplimiento de cualquiera de ellas, puesto que, al *tradens* no le es indiferente el pago de la *aestimatio* o la restitución de la cosa, sino que, por el contrario, su interés sólo se satisface con el mencionado pago; lo que ocurre es que si no ha podido venderla, el *tradens* sólo podrá exigir su restitución.

Es más, no podemos olvidar los fragmentos ulpianos recogidos respectivamente en D.17,2,44 y D.19,5,13 pr.. En ambos nada se dice respecto a la obligación de restituir la cosa, y sin embargo, ambos señalan como obligación principal del *accipiens* el pago de la *aestimatio*; si claramente lo dice el primero: *redderes mihi decem*, con la misma claridad se desprende del segundo: *si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes*, ya que el mencionado derecho del *accipiens* al exceso sobre la *aestimatio*, supone correlativamente la obligación de pagar el precio estimado.

Estas diferencias justifican, a nuestro entender, que no podamos mantener la existencia de una obligación alternativa en el acuerdo estimatorio, sino que, por el contrario, sostengamos la existencia de una obligación *cum facultate solutionis*, ya

que ante la imposibilidad de cumplimiento de la prestación originaria –pago de la *aestimatio*– por no haber tenido lugar la venta, surge en el *accipiens* la obligación de devolverla, liberándose, de este modo, del cumplimiento obligatorio. Estaríamos, pues, en presencia de una obligación facultativa.

I.2. Pero, detengámonos ahora, aunque sea brevemente, en el fragmento ulpiano

Primeramente, como ya apuntábamos, no nos resulta en absoluto decisivo que para determinar el carácter de las obligaciones del *accipiens* se deduzcan taxativamente con exclusiva referencia al mencionado fragmento de Ulpiano el que, en principio, como ha sostenido un amplio sector doctrinal, se refiere a un problema de riesgo³.

Pero, en cualquier caso, y si así fuere, el *accipiens* vendría obligado a soportar las consecuencias negativas que la cuestión del *periculum* encierra, o sea, que ante la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa inimputable debería pagar la *aestimatio* o entregar la cosa. En consecuencia, el aludido fragmento nunca podría ser utilizado para establecer el carácter alternativo de estas obligaciones, puesto que estaría estableciendo un principio para la atribución del *periculum*, el que atribuido al *accipiens*, obviamente se traduciría en el *aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit*.

No obstante, nuestra posición no se adhiere a este sector doctrinal, es decir, entendemos que D.19,3,1,1 no establece un principio general de atribución del *periculum* en el *aestimatum*; lo que no nos impide afirmar el carácter facultativo de esta *obligatio*.

En efecto, pese al empleo del término *periculum*, no creemos que el texto ulpiano contemple un problema de riesgo contractual, y ello, entre otras, por

3 Ha sido utilizado por un amplio sector doctrinal para afirmar la atribución del *periculum* al *accipiens*, véase, entre otros: BRINZ, *Kritische Blätter civilistischen Inhalts: 1. Die Lehre von dem Contractus aestimatorius*, Erlangen 1851, pp. 37 ss.; ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés*, Paris 1873, pp. 281 ss.; FORMIGGINI, *La stimacit.*, p. 85; LIPP, *Beitrag zur Lehre vom Trüdelcontract*, Heidelberg 1880, p. 32; COVIELLO, “Del contratto estimatorio” *cit.*, pp. 25 ss.; BUCKLAND, “Aestimatum”, *Melanges Cornil* 1 (1926) p. 145; NEPPI, *Il contratto estimatorio*, Padova 1938, pp. 18 ss.

las siguientes razones: En primer lugar, no podemos olvidar las diversas acepciones con que el término *periculum* es empleado en las fuentes⁴, que no sólo es indicativo del riesgo contractual, sino también, aparece con el significado de daño, e incluso de responsabilidad por culpa.

De otro lado, la dificultad de deslindar el tema del riesgo del de la responsabilidad contractual, a lo que habría que añadir cómo cuestiones de riesgo en época clásica se convierten en tema de responsabilidad en derecho justiniano, y viceversa⁵.

Item más, la constatada manipulación del fragmento⁶.

Y finalmente, la contradicción de este fragmento con otro del mismo jurista recogido en D.19,5,17,1, y reiterado por Paulo en sus *Sententiae* 2,4,4 que declara la responsabilidad del *accipiens* hasta el límite de la culpa, a excepción de que hubiese tomado la iniciativa para la conclusión del negocio, en cuyo caso, responderá hasta del caso fortuito.

Estas razones justifican a nuestro entender que el texto no regula el riesgo contractual, sino que se ocupa de las obligaciones del *accipiens*, y en consecuencia de su responsabilidad. Y, en este sentido, la obligación principal del *accipiens* se traduce en el pago de la *aestimatio*, ahora bien, si no ha podido venderla, ésta se transforma en la restitución de la cosa entregada.

En puridad, la obligación de devolución de la cosa sería una *facultas* jurídicamente reconocida al *accipiens* para liberarse del cumplimiento obligacional: pago de la *aestimatio*.

4 *Vid.*, por todos, VOGLI, “Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali”, *SDHI* 56 (1990) pp. 20 ss., en concreto, sobre las distintas acepciones del término *periculum*, pp. 131 ss., señalando, entre otras: daño, riesgo contractual, o responsabilidad por culpa. Ocupándose de distintos supuestos de *periculum* (*periculum culpa*, *periculum custodiae*, *periculum dotis*, *periculum tutelae*...) llega a la conclusión de que este término está siempre en función de un daño, daño que el deudor va a asumir, porque se ha producido por su culpa, porque se ha obligado a sumirlo, o porque la ley se lo impone.

5 BETTI, “Periculum: Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano”, *Studi De Francisci* I (Milano 1956) pp. 135 ss..

6 DERNBURG, *Pandette*, trad. ital., Torino 1903, p. 523, n.8; DE PELSMAEKER, “Algunas notas sobre el aestimatum”, *Annales de la Universidad Hispalense* 3 (1939) p. 14; DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius cit.*, pp. 82 ss.; FERRINI, “Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano”, *AG* 53 (1894) p. 296, n.1. Véase, además: OSUCHOWSKI, “Notes critiques sur l’interprétation du D.19,3,1,1”, *Atti Verona* 3 (Milano 1951) pp. 369 ss. y MUÑOZ PLANAS, *El contrato estimatorio cit.*, pp. 65 ss.

Y en apoyo de este aserto, apreciamos cómo en el derecho justiniano se modificaron las consecuencias que en el derecho clásico producía la imposibilidad sobrevenida de una prestación por causa no imputable al deudor, y, precisamente, para esta modificación se utilizó el régimen de la obligación alternativa, de modo que, ante la imposibilidad de la obligación, el deudor tiene la facultad de liberarse pagando bien el objeto todavía posible, bien el precio del perecido o devenido imposible; la obligación se ha transformado en una obligación con facultad alternativa del deudor. El fragmento de Ulpiano, que como hemos manifestado presenta claros indicios de manipulación justiniana, probablemente, ha sido adaptado a esta nueva concepción.

Afirmación que igualmente se confirma por el empleo de la conjunción disyuntiva *aut*, la cual no es privativa de las obligaciones alternativas, sino también, indicativa de las obligaciones facultativas⁷.

Por todo ello, entendemos que el fragmento de Ulpiano recogido en D.19,3,1,1, nos reitera la *facultas* jurídicamente reconocida al *accipiens* de devolución de la cosa para liberarse del cumplimiento de su originaria obligación de pago de la *aestimatio*. Estamos, pues, en presencia de una obligación cum *facultate solutionis*, esto es, de una obligación facultativa.

II. Desde un punto de vista doctrinal, no encontramos el más mínimo indicio de la teoría de la obligación alternativa ni en los glosadores ni en los postglosadores⁸.

El carácter alternativo de esta *obligatio* parece ser fruto de los humanistas; ya se advertía en Paulus de Castro y en Cuiacius⁹, pero el primero en afirmar deci-

7 Como bien dice D'ORS, "En torno" *cit.*, p. 20, dentro de la alternatividad genérica expresada por la disyuntiva *aut*, nos podemos encontrar con otro tipo de figuras jurídicas que conviene distinguir rigurosamente, y que son: las obligaciones condicionales y las obligaciones facultativas. Sobre la distinción de la obligación alternativa con otras modalidades de obligaciones, véase ROCCO, "Su la natura delle obbligazioni alternative", *RISG* 41 *cit.*, pp. 63 ss., concretamente, respecto a la obligación facultativa, *vid.*, pp. 71 ss.

8 Como podemos apreciar en BARTOLO, *Commentaria in secundam Digesti veteris partem* (cum Alexand Barb. Paris. Claud à Seissel. Roma. Joan. Franc. Rueren. Aliorumque Adnotationibus integris), *Lugduni* 1581, folio 127 verso, limitándose a reproducir el citado texto de Ulpiano.

9 PAULUS DE CASTRO, *In secundam Digesti Veteris Patavinae Praelectionis*, *Lugduni* 1553, folio 154. CUIACIUS, *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta.*, Praty Unio Typ. Taurinensis 1871, Tomo VI, col. 346, Lib. XXX Pauli ad Edictum, recitationes solennes.

didamente este carácter será Hottomanus¹⁰; afirmación que posteriormente se convertirá en la *communis opinio*, sosteniéndose por Strykius y Otton, y llegando otros como Leyser, Bertocchius, Berger, Müller, e Heineccio a considerarla un elemento constitutivo del contrato, y, no faltando quienes como Hertius, hicieron del contrato estimatorio uno de los ejemplos típicos de los que nacen obligaciones alternativas¹¹.

Con estos antecedentes era inevitable que la pandectística se hiciera eco del carácter alternativo de la obligación del *accipiens*. En este sentido, Göschen, Unterholzner, y Keller,¹² reiterada igualmente por Glück, Vering, Arndts, y Brinz¹³, y con posterioridad por Cosack, Dernburg y Crome¹⁴.

10 HOTTOMANUS, “Epitomatorum in Pandecta slibri XXII” *Operum* I, s.1, Excudebant Haeredes E. Vignon & J. Stoeer, 1599, col. 342.

11 STRIKIUS, *Tractatus de actionibus forensibus investigandis et caute eligendis*, Halae Magdenburgicae, Apud H. J. Meyer 1698, p. 150; OTTON, “Dissertatio sexta de praestatione casuum”, *Dissertationum Juris Publici et privati*, Trajecti ad Rhenum, Apud J. Visch, 1723, pp. 326 ss.; LEYSER, *Meditationes ad Pandectes*, Halae, L.B.F. Geggeli, 1772, Tomo IV, p. 31; BERTOCCHIUS, *Promptuarium Juris Practicum ad modum locorum communium cum praefatione Carpzovii*, Lipsiae-Zittaviae, Sumpt. J.H. Schoepsii 1753, p. 354; BERGER, *Oeconomia Juris ad usum hodiernum*, Lipsiae, Sumpt. Haeredum Lauckisianorum, 1761, p. 733; MÜLLER, *Promptuarium Juris Novum* I, Lipsiae, Sumpt. G. Fritsch, 1758, p. 259; HEINECCIO, *Elementa Juris Civilis secundum ordinem Pandectarum*, Amstelodami, Apud Janssonio & Waesbergios, 1778, p. 399; HERTIUS, “Dissertatio de electione ex obligatione alternativa debitori debita”, *Commentationum atque Opusculorum de selectis et rarioribus ex Jurisprudencia universali*, Francofurti ad Moenum, Apud Joh. Beniam. Andrea & Henr. Hort., 1737, vol. III, 1º, pp. 233 ss.. Esta consideración de la obligación del *accipiens* en el acuerdo estimatorio se mantiene durante largo tiempo casi unánimemente en la doctrina, apoyada, desde su inicio, en el correlativo *aut... aut* ulpiano.

12 GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrech*, Göttingen 1839, Tomo II, pp. 328 ss.; UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung*, Leipzig 1840, Tomo II, pp. 304 ss. KELLER, *Pandekten*, II, 2ª edic., Leipzig 1847, pp. 119 ss..

13 CLÜCK, *Commentario alle pandette cit.*, Tomo XIX, p. 389; VERING, *Geschichte und Pandekten des Römischen und heutigen gemeinen Privatrecht*, Mainz 1887, pp. 560 ss.; ARNDTS, *Lehrbuch der Pandekten*, Stuttgart 1879, p. 516; BRINZ, *Kritische Blätter civilistischen Inhalts: 1. Die Lehre von dem Contractus aestimatorius*, Erlangen 1852, pp. 35 ss..

14 COSACK, *Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B.G.B.*, I, 3ª edic., Jena 1900, pp. 487 ss.; DERNBURG, *Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preussens*, Halle 1901, pp. 512 ss.; CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1900-1910, Tomo II, pp. 714 ss.

En la doctrina italiana el carácter de obligación alternativa fue puesto de manifiesto por Coviello, Bolaffio y Tartufari¹⁵. Pero, a partir del *Codice Civile* de 1942, tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime en considerar que la obligación del *accipiens* es el pago de la *aestimatio*, si bien tiene la *facultas solutionis* de restituir la cosa, negando, en consecuencia, el carácter de obligación alternativa y afirmando el carácter de obligación facultativa¹⁶.

En la doctrina española parece afirmarse el carácter alternativo de la obligación del *accipiens*. En este sentido ya se manifestó Hernández Gil, quien señalaba el contrato estimatorio como uno de los casos típicos en que las obligaciones se fundamentan en la obligación alternativa; y más reciente, Camacho de los Ríos, sostiene que el *accipiens* puede cumplir con su obligación eligiendo entre devolver las mercancías no vendidas o pagar el precio estimado, configurándose, por tanto, esta obligación, dice Camacho, como una obligación alternativa¹⁷.

No obstante, encontramos un sector doctrinal que, sin mención expresa al carácter de esta obligación, parece apreciarse una cierta naturaleza facultativa cuando señala como obligaciones del *accipiens*: el pago del precio estimado y la devolución de las mercancías no vendidas; en este sentido, Uria y Jiménez Sánchez¹⁸. Y no falta quien decididamente niega la existencia de una obligación alternativa, como es el caso de Muñoz Planas¹⁹.

15 COVIELLO, “Del contratto estimatorio” *cit.*, p. 386; BOLAFFIO, *Il codice di commercio commentato*, V, Torino 1922, p. 196, n. 28 bis; TARTUFARI, *Della vendita e del riporto*, Torino 1925, p. 39.

16 Esta unanimidad doctrinal resulta del art. 1556 que expresamente afirma que el *accipiens* se obliga a pagar el precio, sin embargo, puede restituir las cosas en el término establecido. *Cf.*, entre otros: DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. I singoli contratti*, Milano 1943, pp. 146 ss.; EULA, “Del contratto estimatorio” *Comentario al Codice civile D’amelio y Finzi II* (Firenze 1947) pp. 154 ss.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale III*, Milano 1947, & 143 n.1, pp. 47 ss.; TAMBURRINO, “Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio”, *Giur. Compl. Cass. Civ.* (1947) p. 536; VALERI, *Manuale di diritto commerciale II*, Firenze 1948, pp. 176 ss.

17 HERNÁNDEZ GIL, “Naturaleza jurídica de la obligación alternativa”, *RDP* (1942) pp. 549 ss. CAMACHO DE LOS RÍOS, “Actualidad del contrato estimatorio. Su problemática” *Cuadernos de Derecho y Comercio* 23 (1997), p. 200. Véase, SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Madrid 2000, p. 215, que señala como obligaciones del *accipiens* el pago del precio estimado o la restitución de la cosa.

18 URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid 2000, p. 739; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Derecho Mercantil*, Madrid 1995, p. 320. En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 1995; Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1992.

19 MUÑOZ PLANAS, *El contrato estimatorio cit.*, pp. 273 ss.

En cuanto a los cuerpos legales que se decantan por la consideración de una obligación alternativa, observamos cómo ya el *Codex Bavaricus Civilis* de 1756, fiel a la doctrina de su época, establece en su apartado 2º la obligación alternativa del consignatario de restituir la cosa *in natura* o pagar su precio de estimación, considerándolo un elemento constitutivo del contrato²⁰. Lo mismo apreciamos en el Código letón de 1864, cuando afirma el carácter alternativo de la obligación del *Trödler* de pagar el precio o restituir la cosa²¹. E igualmente, el Código de Comercio de Honduras y el de El Salvador, que sin mención expresa al carácter alternativo, señalan como obligaciones del *accipiens*: el pago del precio o la devolución de las cosas, lo que nos hace pensar en una cierta alternatividad de estas obligaciones²².

Sin embargo, el Código Civil italiano afirma la existencia de una obligación facultativa, ya que en su artículo 1556, nos dice, que el *accipiens* se obliga a pagar el precio, aunque, puede restituir la cosa en el término establecido. Carácter que igualmente se infiere de la Ley 37/1992 del IVA, cuando establece como obligaciones de quien recibe los bienes estimados: “procurar su venta dentro de un plazo y pagar el precio estimado de los bienes vendidos y la restitución de los no vendidos”²³.

20 “Solchemnach werden hauptsächlich zwen Dinge hierzu erfordert, nämlich: Dass erstens die Sache, welche man anderen zu verhandeln übergibt, in vorläufigen Anschalg gebracht, und zwentens dem Verhändler dabien frengestellt werde, ob er die Sache selbst wiederum in Natura oder nur nach verstandenem Anschlage im Werthe restituiren wolle.” El Código incurre en la grave contradicción de armonizar el efecto traslativo con el carácter de obligación alternativa que se le atribuye a la obligación del *accipiens*.

21 & 4.421: “Der Trödler hat zwar die Wahl, ob er dem Eigentümer den Preis entrichten oder die Sache unverletzt zurückgeben will; allein, so lange di sache nicht verkauft ist, hat der Eigentümer das Recht, zu jeder Zeit deren Rückgabe zu verlangen.”

22 Respectivamente en el art. 826 y 1051.

23 Art. 75.1,3º.