

CONGRESOS Y CURSOS

DIRECTOR:
JOAQUÍN ANTONIO PACHECO BONROSTRO
COORDINADOR:
JOSÉ LUIS CUESTA GÓMEZ

VII JORNADAS DE DOCTORANDOS DE LA UNIVERSIDAD DE BURGOS



UNIVERSIDAD
DE BURGOS

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
INDUSTRIA ÓSEA DEL NIVEL 4 DE PRADO VARGAS	15
PEDRO ALONSO GARCÍA	
COMPETENCIAS EN SALUD GLOBAL EN LOS PROFESIONALES SANITARIOS	29
LAURA ALONSO MARTÍNEZ	
UTILIZACIÓN DE AGUA SUBCRÍTICA PARA RECUPERAR Y FRACCIONAR LA FRACCIÓN PROTEICA Y LOS COMPUESTOS FENÓLICOS DEL BAGAZO DE CERVEZA.....	39
P. ALONSO-RIAÑO, M. T. SANZ, O. BENTO-ROMÁN, S. BELTRÁN, E. TRIGUEROS	
EL GRAVAMEN DEL GASTO PERSONAL EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA.....	55
CARLOS BILBAO CONTRERAS	
MIGRACIÓN Y TRANSCULTURALIDAD EN LA OBRA DE COLUM MCCANN.....	67
MARÍA DEL ROSARIO CASAS COELHO	
EXTRAFISCALIDAD: LA UTILIZACIÓN DE LA TRIBUTACIÓN PARA INFLUENCIAR EL COMPORTAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES.....	75
BÁRBARA COELHO DA GAMA SANTOS	
LA FAUNA DE MACROMAMÍFEROS DEL NIVEL 4 DE PRADO VARGAS (CORNEJO, BURGOS).....	83
HÉCTOR DE LA FUENTE JUEZ	
MODELIZACIÓN DE NANOESTRUCTURAS BIDIMENSIONALES ...	99
SERGIO DE LA HUERTA SAINZ, NICOLÁS A. CORDERO TEJEDOR, ÁNGEL BALLESTEROS CASTAÑEDA	

BUEN CAMINO: LA GESTIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DESDE LAS HUMANIDADES DIGITALES	115
SILVIA DÍAZ-DE LA FUENTE, M. ^a PILAR ALONSO ABAD, JOSÉ MANUEL GALÁN	
LOS AFECTOS POSITIVOS DE LOS EMPRENDEDORES CULTURALES Y CREATIVOS Y SU PAPEL EN LA PROPENSIÓN A EMPRENDER: ¿EN QUÉ SE DIFERENCIAN DE OTROS EMPRENDEDORES?	121
CELIA DÍAZ PORTUGAL	
COMPARACIÓN EN EL TRATAMIENTO DE LA FEMINIDAD Y LA MASCULINIDAD EN <i>ALOMA</i> Y <i>EL TIEMPO ENTRE COSTURAS</i> ..	133
ANTONIO DOMÍNGUEZ DOMÍNGUEZ	
EL MUSEO DE LA EVOLUCIÓN HUMANA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA GESTIÓN DEL CONOCIMIENTO	145
RAQUEL GARCÍA-MARTÍN, ANA MARÍA LARA PALMA, BRUNO BARUQUE ZANÓN	
EL CONTRATO ESTIMATORIO Y SU FUTURA CODIFICACIÓN CONFORME AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL.....	161
HENAR MURILLO VILLAR	
ESTUDIO FILOGENÉTICO DE MAMÍFEROS Y HOMININOS DE LA SIERRA DE ATAPUERCA A TRAVÉS DE LA PALEOPROTEÓMICA	179
AMANDA GUTIÉRREZ CARBAJAL, ELENA SANTOS URETA, MARÍA MARTINÓN TORRES	
WHITE-WINE POMACE PRODUCTS PREVENT CLINIC <i>LISTERIA</i> VIRULENCE THROUGH MODULATION OF ADHERENS AND TIGHT JUNCTION IN INTESTINAL CELLS	191
VICTOR GUTIERREZ GONZALEZ, GISELA GERARDI, MONICA CAVIA-SAIZ, ANA DIEZ-MATE, M. ^a LUISA GONZALEZ-SANJOSE, ISABEL JAIME, PILAR MUÑIZ	
EL ENTORNO VIDRIERO DE LA CASA MAUMEJEAN	203
RICARDO HERNANZ MADERUELO	
LA COMUNICACIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL. EL CASO DE LOS GEOPARQUES ESPAÑOLES DE LA UNESCO	219
MÍRIAM LÓPEZ FERNÁNDEZ	
INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE CONSUMIDORES	229
BEATRIZ MONASTERIO POZA	

MODIFICACIÓN DE LOS HÁBITOS ALIMENTARIOS DEL ALUMNADO CAUSADA POR LA SITUACIÓN DEL COVID-19.....	245
MARÍA ISABEL MUÑOZ FERNÁNDEZ.	
RADIACIÓN FOTOSINTÉTICAMENTE ACTIVA (PAR), IRRADIANCIA SOLAR Y CLASIFICACIÓN CIE DE TIPOS DE CIELO.	255
ANA GARCÍA, SOL GARCÍA, MANUEL GARCÍA, DIEGO GRANADOS	
URBAN PLANNING AND ARCHITECTURE IN THE GREEN ECONOMY: A SUSTAINABLE FUTURE FOR THE CITY.....	271
ANNA LUISA ORSI, JAVIER GARABITO, VERÓNICA CALDERÓN	
CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD PROFESIONAL DEL DOCENTE DE EDUCACIÓN FÍSICA A TRAVÉS DE LA FORMACIÓN PERMANENTE Y SU PRÁCTICA EDUCATIVA	285
JAVIER PALACIOS GÓMEZ	
LA PRESENCIA EXTRANJERA EN LA ESPAÑA NACIONALISTA. ALEMANES EN BURGOS DURANTE LA GUERRA CIVIL Y LA POSGUERRA	293
MARÍA DEL CARMEN PÉREZ GARCÍA	
DERIVADOS DEL PIRENO PARA LA OBTENCIÓN DE NANOPARTÍCULAS ORGÁNICAS EN MEZCLAS DE AGUA Y DISOLVENTES ORGÁNICOS	299
ANDREA REVILLA-CUESTA, IRENE ABAJO-CUADRADO, TOMÁS TORROBA	
EVOLUCIÓN TEMPORAL DE LAS PROPIEDADES MECÁNICAS DEL HORMIGÓN AUTOCOMPACTANTE CON EL EMPLEO DE ÁRIDO RECICLADO FINO.....	313
VÍCTOR REVILLA-CUESTA, MARTA SKAF, VANESA ORTEGA-LÓPEZ, JUAN M. MANSO	
ESTUDIO TEÓRICO DE DISOLVENTES DE BAJO PUNTO DE FUSIÓN A PARTIR DE CINEOL	329
SARA ROZAS AZCONA	
INTEGRANDO LAS TIC EN LA FORMACIÓN INICIAL DE LOS DOCENTES DE IDIOMAS	343
DAVID RUIZ HIDALGO	
EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. CASO CHARLIE HEBDO	353
MIGUEL RUJANA QUINTERO	

TÍTULO SÍNTESIS EMPÍRICA DE META-ANÁLISIS DE LOS FACTORES DE RIESGO MODIFICABLES DE LA ENFERMEDAD ALZHEIMER.....	365
OLALLA SAIZ VAZQUEZ, SILVIA UBILLOS LANDA, ALICIA PUENTE MARTÍNEZ, JOAQUÍN ANTONIO PACHECO BONROSTRO, SILVIA CASADO YUSTA	
ACCIDENTALIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	387
PEDRO LUIS SÁNCHEZ ORTEGA, MIGUEL ÁNGEL CAMINO LÓPEZ, JOSÉ M ^a CÁMARA NEBREDÁ	
REVISIÓN DEL ESTADO DEL ARTE DE CÁLCULOS TÉRMICOS PARA CONGELACIÓN DE TERRENO EN APLICACIONES DE INGENIERÍA GEOTÉCNICA	399
DIEGO SANCHO CALDERÓN, DR. SERGIO JORGE IBÁÑEZ GARCÍA, DR. SANTIAGO ORTIZ PALACIO, DR. SVEN BOCK	
COMPETENCIA GLOBAL, UN OBJETIVO DE APRENDIZAJE PARA FUTUROS PROFESIONALES DE LA EDUCACIÓN	413
MARÍA SANZ LEAL	
SOCIAL HOUSING. ARCHITECTURE FOR SHARED LIVING AND A SOLUTION FOR URBAN AND SOCIAL DEVELOPMENT	423
VINCENZO SPARACO, JAVIER GARABITO LÓPEZ, VERÓNICA CALDERÓN CARPINTERO	
VALORIZACIÓN DEL RESIDUO DEL ALGA ROJA TRAS LA EXTRACCIÓN INDUSTRIAL DE AGAR MEDIANTE TRATAMIENTO CON AGUA SUBCRÍTICA Y EXTRACCIÓN ENZIMÁTICA ASISTIDA.....	437
ESTER TRIGUEROS, PATRICIA RIAÑO, M. TERESA SANZ, SAGRARIO BELTRÁN	

EL CONTRATO ESTIMATORIO Y SU FUTURA CODIFICACIÓN CONFORME AL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MERCANTIL

HENAR MURILLO VILLAR

Universidad de Burgos

Resumen

El contrato estimatorio surgió en Roma, donde tuvo un gran arraigo y difusión en el tráfico mercantil; posteriormente, mediante el fenómeno de la recepción, ha llegado hasta el derecho moderno, si bien nunca ha sido contemplado en un cuerpo legal. Sin embargo, es utilizado de forma muy habitual en el comercio minorista, regulado, fundamentalmente, por la opinión doctrinal y jurisprudencial. Actualmente existe una propuesta de Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, elaborada por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, que si culmina con éxito su periplo legislativo, lo regulará por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. De ser así, el contrato estimatorio pasará a ser un contrato tipificado en la categoría de “los contratos de colaboración”, los cuales sirven de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias. De producirse este hecho tan trascendental, quedará demostrado, una vez más, que todas aquellas cuestiones jurídicas a las que el ordenamiento jurídico romano no alcanzó a dotar de una solución legal certera y definitiva, han llegado con las mismas dudas hasta nuestros días.

Palabras clave: *Aestimatum*. Contrato estimatorio. Contratos de colaboración. Anteproyecto de Código Mercantil.

1. INTRODUCCIÓN

En el Mundo Antiguo no existió el derecho comercial o mercantil como especialidad dentro del sistema general del derecho privado; para ello hubo que esperar a la Baja Edad Media¹. Desde luego, en Roma nunca se distinguió el derecho mercantil del civil; sin embargo, hubo negocios específicos, que oportunamente fueron regulados y, en la práctica actual son muy utilizados, pero que, curiosamente, no tienen una regulación legal *ad hoc*. Hablamos del contrato estimatorio, que no cuenta con una regulación positiva dentro del

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1971). Notas sobre el origen histórico del derecho mercantil. En AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* vol. 1. Madrid: Tecnos, 1-44. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1990). El derecho mercantil en el siglo XXI. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1197-1203.

Código de Comercio español, pero se rige por los usos y costumbres establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, y, por fin, avanzado el siglo XXI, si el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil (en adelante, ALCM), es aprobado, tendrá por primera vez su oportuna regulación. De hecho, en la Exposición de Motivos del ALCM, apartado VI-78, ya se dice expresamente que: “*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato estimatorio*”. Sobre este contrato se ha escrito mucho, pero el objetivo de esta investigación reside en saber si la regulación que la jurisprudencia romana, como grupo de juristas, dio al contrato estimatorio, se ha plasmado en la propuesta de regulación proyectada, si se recoge tal cual, si hay variaciones, porque no vaya a suceder que pretendamos dar una regulación jurídica a un tipo de relaciones contractuales inter partes, que hace más de dos mil años ya se conocía, y que muchos siglos después, y tras ver su utilidad, se decide regular por primera vez.

Para poder valorar, desde un punto de vista de derecho comparado, cómo se reguló en Roma y cómo se pretende regular en el futuro, es preciso detenerse en el ordenamiento jurídico romano y ver qué soluciones aportaron sus juristas para su ordenación jurídica. Hoy en día, la noción de contrato es un concepto abstracto; se habla de categoría general de contrato que bajo el principio de libertad contractual encubre un acuerdo legal entre dos o más personas con capacidad jurídica, que buscan regular sus relaciones dirigidas a una determinada finalidad o cosa, y a cuyo cumplimiento pueden compelerse de manera recíproca, cuando el contrato sea bilateral, o compelerse una parte a la otra, cuando el contrato sea unilateral. Sin embargo, contrariamente, en Roma no fue así. En derecho romano rigió el principio de tipicidad contractual, lo que significa que no se conoció una categoría general de contrato, sino un número determinado de ellos, lo que permite hablar de sistema contractual romano.

2. CONTRATO ESTIMATORIO

2.1. Concepto

Actualmente, el contrato estimatorio, que cuenta con un gran arraigo en el tráfico comercial² y con una incidencia práctica notable, a pesar de no estar regulado por ninguna norma de derecho positivo, es concebido por la doctrina y por la jurisprudencia, como aquel contrato por el que una persona, denominada *tradens*, entrega a otra, denominada *accipiens* o consignatario, unos bienes o mercancías con un valor tasado o estimado, con el encargo de venderlos en un periodo de tiempo determinado, y una vez que haya transcurrido el plazo pactado, el *accipiens* o consignatario tiene la obligación de entregar el precio pactado correspondiente a los bienes o mercancías que

² DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M^a. (2005). Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias: pago del precio o rendición de cuentas. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2000). En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 81, núm. 690, 1480.

haya vendido y devolver al *tradens* aquellos bienes que no haya conseguido vender³.

Para asegurarse la celebración de un contrato estimatorio, conviene atender a los detalles que indica la jurisprudencia, pues: “*El contrato estimatorio es una relación negocial de naturaleza mercantil, encuadrable entre las de colaboración empresarial, por el que una parte entrega a la otra determinados bienes muebles con un valor cierto, en tanto que el receptor se obliga a procurar venderlos liquidando después cuentas con el transmitente y a devolverlos a éste si no lograra su venta. Es por tanto un contrato atípico admisible conforme a la libertad de pacto derivada del artículo 1255 del Código Civil, consensual, bilateral y oneroso, carente de preciso formalismo y susceptible desde luego de ser perfeccionado de modo verbal⁴, si bien también es normal y hasta deseable que se documente siquiera sea la base más elemental del contrato como es la identificación de los objetos, su precio o valor e incluso el tiempo razonable que se fija para que el receptor pueda tratar de obtener su venta a terceros*”⁵. De ese modo, se evitarán futuras discusiones acerca de cuál sea realmente el tipo de contrato celebrado inter partes, pues no siempre es fácilmente precisable la celebración del atípico contrato estimatorio⁶. Así, pues, en los casos de ausencia de un pacto escrito entre las partes, habrá que deducir la naturaleza de la relación contractual de los hechos, es decir, del conjunto de las relaciones comerciales sostenidas entre ambos⁷.

Ello nos conduce a observar que en el ALCM, artículo 543-1⁸, se da una Noción que poco añade a lo conocido y aplicado en la práctica, deducido, además, de la constante y reiterada forma de proceder, de su innegable tipicidad social, recogiendo una definición muy generalizada y consolidada en la doctrina y en la jurisprudencia, que dice: “*Por el contrato estimatorio una de las partes entrega determinados bienes muebles materiales, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, a un empresario, que se obliga a procurar su*

³ Entre otros, LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. Introducción y selección, Madrid: Tecnos. 11 ss. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio. En Á. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* vol. 1 (2013). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 152.

⁴ Ejemplo de absoluta validez de la celebración de un contrato estimatorio mediante un contrato verbal: SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª), núm. 437/2008 de 27 octubre [JUR 2009\49823].

⁵ SAP de Almería (Sección 1ª), núm. 285/2004 de 13 diciembre [JUR 2005\56841].

⁶ SAP de Barcelona (Sección 14ª), de 9 enero 2003 [JUR 2003\108457]; SAP de Toledo (Sección 1ª), núm. 276/2015 de 21 diciembre [JUR 2016\28041].

⁷ SAP de Salamanca, n° 330/2001 de 29 junio [JUR 2001\261042].

⁸ Se sigue la Propuesta de la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (Madrid, marzo 2018), tras el Dictamen del Consejo de Estado, núm. de expediente 837/2014 (JUSTICIA), aprobado en sesión celebrada el día 29 de enero de 2015, (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>). En el Dictamen no se hace ninguna alusión al contrato estimatorio, a pesar de ser un contrato que se incluye por primera vez en la legislación mercantil española.

*venta en el plazo fijado y, al término del mismo, a pagar el precio estimado de las cosas vendidas y restituir las no vendidas*⁹.

2.2. Naturaleza jurídica: diferencias con otras figuras afines

La moderna doctrina tiene dudas para efectuar una calificación jurídica del contrato estimatorio. No es una cuestión pacífica y tampoco la jurisprudencia existente clarifica mucho al respecto¹⁰. Es un contrato atípico, distinto, *sui generis*¹¹. Se trata de un contrato que presenta múltiples similitudes con otros, lo que, en ocasiones, ha inducido a querer aplicar en este tipo de acuerdos estimatorios soluciones jurídicas que no vienen al caso, ya provengan del contrato de compraventa (bajo condición suspensiva, bajo condición resolutoria, con reserva de dominio o pura con facultad de rescisión), del contrato de depósito o del contrato de comisión (comisión de venta)¹². Son contratos afines al contrato estimatorio, pero ante la imposibilidad de una plena identificación, se concluye que el contrato estimatorio es un contrato autónomo, “cuyo régimen jurídico está en gran medida condicionado por los pactos y

⁹ Se ha propuesto una noción más prolija, más detallada, que la de Codice civile italiano, art. 1556 Nozione: “*Con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra e questa si obbliga a pagare il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito*”. No obstante, en nuestro ordenamiento jurídico, en materia de derecho fiscal, concretamente en la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en el art. 75.1.3º, II, relativo al Devengo del impuesto, se hace una referencia expresa al contrato estimatorio al disponer: “*Cuando se trate de entregas de bienes efectuadas en virtud de contratos por los que una de las partes entrega a la otra bienes muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose quien los recibe a procurar su venta dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de los bienes vendidos y el resto de los no vendidos, el devengo ...*”. Vid. DGT Consulta nº 0539/03 de 14 abril [JT 2003\552]; SAP de León (Sección 2ª), núm. 1/2007 de 1 febrero [JUR 2007\138837]; Auto TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 2038/2007 de 15 noviembre [JUR 2007\361761]; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 187/2015 de 26 octubre [JT 2015\1724]. Por lo que respecta a las consecuencias fiscales tanto para el *tradens* como para el *accipiens* por la suscripción de un contrato estimatorio, en aquello relativo al impuesto sobre sociedades, impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre el valor añadido e impuesto sobre actividades económicas, vid. MENDIETA GRANDE, J. - IGLESIAS CASAIS, J. M. (2014). Los contratos de distribución (I): El contrato de concesión. El contrato estimatorio. El contrato de abanderamiento. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*, tomo IV, (*Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 795-801.

¹⁰ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio. En J. I. Ruiz Peris y J. Martí Miravalls (dirs.). *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*. Barcelona: Atelier, 294-306, con destacado aporte jurisprudencial contradictorio.

¹¹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

¹² SAP de Álava (Sección 2ª), núm. 141/1997 de 3 junio [AC 1997\1346]; SAP de Castellón (Sección 3ª), núm. 453/2001 de 5 septiembre [JUR 2001\312772]; SAP de Zamora (Sección 1ª), núm. 130/2009 de 28 mayo [JUR 2009\290979]; SAP de Madrid (Sección 12ª), núm. 846/2013 de 14 noviembre [JUR 2014\62841]. Para un punto de vista doctrinal, vid. MUÑOZ M. PLANAS, J. Mª. (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: *Revista de derecho privado*, 225-287. CAMACHO DE LOS RÍOS, F. J. (1998). Actualidad del contrato estimatorio: su problemática. En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1208 ss.

cláusulas que las partes hayan introducido”¹³. Lo cual no obsta para que la ausencia de previsión contractual se supla mediante una prudente aplicación de algunas normas de los contratos más afines, siempre y cuando concurren los necesarios presupuestos de aplicación analógica¹⁴.

La actual indefinición en que se mueve la naturaleza jurídica del contrato estimatorio, quedará superada el día en que se apruebe el ALCM pues en él queda perfectamente tipificada su calificación jurídica. Estaremos ante un contrato estimatorio de carácter mercantil, tipificado como contrato de colaboración empresarial¹⁵ junto con los contratos de comisión, agencia, mediación, distribución¹⁶ y participación. En la Exposición de Motivos del ALCM, apartado VI-74 se indica que todos “*presentan, como característica fundamental, tener como causa común servir de cauce a la cooperación entre empresarios que desarrollan actividades complementarias, de modo que unos se sirven del auxilio de los otros para poder realizar de manera más eficiente determinados negocios*”. Añadiéndose, expresamente, para el contrato estimatorio, Exposición de Motivos, apartado VI-78, que es una figura “*tradicionalmente utilizada en nuestro país en algunos sectores, como los de la distribución de libros y prensa, y recuperada actualmente para la distribución de nuevos productos hasta lograr su implantación en el mercado*”. Por consiguiente, queda definitivamente establecido que tampoco es una modalidad de los contratos de

¹³ DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M^a. (2005). Contrato estimatorio..., *op. cit.*, 1481 ss. Para LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 31 ss., el contrato estimatorio se presenta como una “cláusula estimatoria” que modaliza la función causal de dichos contratos, hasta dotarlos de rasgos propios y particulares.

¹⁴ VAQUERO PINTO, M^a J. (2008). El contrato estimatorio. En J. Alventosa del Río y R. M^a Moliner Navarro (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* Vol. 2 (Volumen II). Valencia: Universitat de Valencia, 1712-1713.

¹⁵ Calificación que la jurisprudencia viene sosteniendo de forma reiterada, *vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 292 nt. 126.

¹⁶ El contrato de distribución se incluyó en el ALCM con posterioridad al Dictamen del Consejo de Estado. Dice la Exposición de Motivos VI-78 que: “*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las figuras de los contratos de distribución, muy extendidos en la práctica, que tienen su origen en las modernas técnicas de comercialización de bienes y servicios*”. ... “*La regulación de los contratos de distribución contiene una normativa básica sobre la conclusión, contenido y terminación del contrato que tiene un carácter meramente dispositivo. De especial relevancia a este respecto, es la regulación del derecho a una indemnización por el aprovechamiento por parte del proveedor de la clientela lograda por el distribuidor a lo largo de la vida del contrato, la cual solamente se aplicará en defecto de pacto expreso en contrario*”. Sobre el problema de los contratos de distribución, junto con los cada vez más frecuentes contratos híbridos, que recurren a la organización de las redes de distribución integrada articulando un régimen estimatorio para regular el suministro, *vid.* JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada? En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 17, 10 ss. Ciertamente, un contrato estimatorio no es en sí mismo un contrato de distribución en sentido estricto, lo que no obsta para que pueda desempeñar un importante papel en la distribución de aquellos productos que pueda tener por objeto y que pasan física y jurídicamente de los productores a los consumidores. DE MELLO, E. X. (2006). El contrato de suministro estimatorio. En *Estudios jurídicos. Universidad Católica del Uruguay*, núm. 1, 145 y, especialmente, 152 ss.

distribución¹⁷, cuya finalidad es alcanzar una integración económica de los distribuidores en la red del fabricante, y esto no se logra mediante el contrato estimatorio. Por lo tanto, es un contrato con una función y unos objetivos propios, que tras su regulación legislativa adquirirá una existencia independiente y diferenciada de cualesquiera otros contratos típicos de nuestro ordenamiento jurídico.

2.3. Objeto

El *tradens* entrega “*determinados bienes muebles materiales*” (art. 543-1 ALCM), precisión que evita cualquier duda que pudiera surgir en un futuro. Actualmente, lo habitual es que el contrato estimatorio tenga por objeto bienes muebles fungibles, mercancías que suelen requerir de una venta rápida, en algunos casos con un fuerte riesgo de oportunidad para los vendedores, por ejemplo, periódicos, revistas¹⁸, libros¹⁹, postales²⁰, ropa de temporada, prendas de confección²¹, complementos de moda, artículos de zapatería²², joyería, productos de alimentación²³, neumáticos²⁴, etc., aunque es verdad, que en ocasiones también se ha utilizado el contrato estimatorio para comercializar bienes no fungibles y de gran valor, como, por ejemplo, obras de arte, antigüedades, a través de casas de subastas o galerías de arte, es decir, objetos únicos y de gran valor. Y más extraño aún, casi como algo anecdótico, se ha utilizado para la venta de un inmueble²⁵, categoría de bienes en la que gran parte de la doctrina se muestra reticente a que puedan ser objeto de este contrato estimatorio²⁶. “En la actualidad es una figura contractual de uso limitado a ciertas parcelas del comercio, cumpliendo una finalidad económica de promoción de las ventas, a través de los detallistas que carecen de la capacidad financiera para asumir la compra en firme especial-

¹⁷ En la Propuesta de Código Mercantil (2013) a los contratos de distribución se dedicaba dentro del Título IV, el Capítulo III, arts. 543.1-3, incluyéndolos dentro del bloque de contratos de colaboración; posteriormente, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2014) desaparecieron, pero se recuperaron nuevamente en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (2018), elaborado tras el Dictamen del Consejo de Estado (2015), que, haciéndose eco de las críticas, los consideró esenciales en el actual tráfico mercantil, lo que motivó su recuperación en el Título IV De los contratos de colaboración.

¹⁸ SAP de Madrid (Sección 14ª), núm. 300/2015 de 28 septiembre [JUR 2015\300519].

¹⁹ En relación con los usos mercantiles en el ámbito de los librerías, que fueron recopilados en 1956 por el Instituto Nacional del Libro, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, E. (1997). Negocios fiduciarios en derecho mercantil: Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio. En *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5. Ejemplar dedicado a: *Contratos mercantiles especiales* (A. Villagómez Rodil (dir.)), 333-335.

²⁰ SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), núm. 231/2004 de 7 junio [JUR 2004\204480]; SAP de Castellón (Sección 3ª), núm. 225/2003 de 31 julio [JUR 2003\235455].

²¹ SAP de Córdoba (Sección 2ª), núm. 233/2005 de 7 noviembre [JUR 2006\143462].

²² SAP de Barcelona (Sección 19ª), núm. 290/2015 de 10 diciembre [JUR 2016\97379].

²³ STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª), de 15 enero 1997 [AS 1997\78].

²⁴ SAP de Granada (Sección 2ª), núm. 110/2017 de 7 marzo [JUR 2017\132056].

²⁵ SAP de Barcelona (Sección 16ª), de 19 septiembre 1996 [AC 1996\1741].

²⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 155. GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 312, considera que los bienes inmuebles no encajan con los principios configuradores del contrato.

mente cuando se trata de productos de elevado coste (por ejemplo, joyas) o de fácil pérdida del valor de cambio (productos de moda, libros...)²⁷.

2.4. Caracteres

2.4.1. *Bilateral y de buena fe.*

Es obvio que, tanto en Roma como en la actualidad, como en el ALCM, se trata de un contrato bilateral, oneroso y de buena fe. Intervienen dos partes, *tradens* y *accipiens*, la primera, entrega y la segunda, recibe. Que ambas partes pactan, acuerdan, por lo tanto, llegan a un consenso, aunque, como se verá, nunca ha sido calificado como contrato consensual. Asimismo, resulta de interés destacar que la jurisprudencia entiende que “*El principio de buena fe debe informar las relaciones contractuales en general y las mercantiles en especial, caracterizadas por la seriedad y rigor con que los comerciantes atienden generalmente al cumplimiento de sus obligaciones*”²⁸.

2.4.2 *Precio estimado en cantidad cierta*

La expresión contrato estimatorio encierra en sí misma otra característica fundamental: la estimación o valoración de la cosa. La expresión “estimatorio” deriva de *aestimatum*, que significa evaluado, estimado. De ahí, que la cosa tenga que ser evaluada antes de ser entregada; es un requisito básico conocer su valor para centrar las obligaciones del *accipiens* y los derechos del *tradens*, saber a ciencia cierta el valor de la cosa entregada.

2.4.3. *Condición empresarial de las partes*

Se ha apuntado que el contrato estimatorio es bilateral, pero se plantea la cuestión de si ambas partes, alguna o ninguna de ellas, tiene que dedicarse al desempeño de actividades comerciales. Porque si se parte de que el contrato estimatorio es un contrato esencialmente mercantil, al menos una de las partes intervinientes tiene que dedicarse al tráfico comercial. Es más, hay autores que piensan que es mercantil tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva. Si se atiende a su configuración subjetiva, el contrato estimatorio se incorpora en la categoría doctrinal de los contratos bilaterales de empresa y, si se atiende a un plano objetivo, el contrato se articula como un instrumento para la realización del tráfico empresarial²⁹. Característica que se recoge en el artículo 543-2 ALCM, que había sido soslayada en la Propuesta anterior, y que reza del siguiente modo: “2. *El contrato estimatorio tiene carácter mercantil*”³⁰.

²⁷ SAP de Vizcaya (Sección 5ª), núm. 451/2002 de 6 noviembre [JUR 2003\105763]; SAP de Madrid (Sección 18ª), núm. 261/2018 de 29 junio [JUR 2018\227861].

²⁸ SAP de Madrid (Sección 13ª), núm. 99/2003 de 26 noviembre [JUR 2004\252407].

²⁹ MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, Mª A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3ª ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 418.

³⁰ Esta sorprendente y rotunda aseveración, quizás, obedezca a la permanente fricción que existe en determinados campos del ordenamiento jurídico entre civilistas y mercantilistas; sirva de ejemplo, la sustitución de la expresión “operador del mercado” por la de “empresario”, según se observa en el Dictamen

Habitualmente, lo suelen celebrar los fabricantes o los mayoristas, con minoristas, editoriales con librerías, editoriales de periódicos con quioscos, los vendedores ambulantes³¹, etc. Sin embargo, el ALCM, en su actual redacción del artículo 543-1 zanja cualquier duda que pudiera surgir al respecto. En el Anteproyecto anterior al Dictamen del Consejo de Estado, como también constaba con anterioridad en la Propuesta de Código Mercantil, aparecía lo que era una novedad, que el *accipiens*, quien recibe la mercancía, debería ser “un operador del mercado”. El término “operador del mercado”, actualmente, se utiliza con cierta frecuencia, siendo un término procedente del ámbito económico con el que referirse al responsable de la gestión económica del sector en que actúe³².

2.4.4. Duración del contrato

El contrato estimatorio es un contrato temporal que perdura en el tiempo lo que las partes acuerden, pero tiene que ser un periodo concreto, determinado o determinable, conocido y acordado por ambas partes antes del comienzo de la ejecución de lo pactado. El establecimiento de un plazo de

del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2015, al Anteproyecto de Ley del Código Mercantil. Por ello, no debe sorprendernos que en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavia), realizado básicamente por civilistas, en su Libro II, art. 214 se recoja el contrato estimatorio como contrato afín a la compraventa, como un tipo particular de compraventa.

- ³¹ Las personas que se dedicaban a esta actividad en Roma se llamaban *circitores* (vendedores ambulantes). Eran comerciantes que iban de un lugar a otro mostrando las mercancías que les habían sido confiadas para su venta, tratando de obtener un beneficio con el precio que superase a la *aestimatio*. Es una información que también nos facilita Ulpiano, D. 14,3,5,4 (Ulp. 28 ad ed.).- *Sed etiam eos institores dicendos placuit, quibus vestiari vel linteari dant vestem circumferendam et distrahendam, quos volgo circitores appellamus*. Según ACCARIAS, C. (1866). *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris: Retaux Frères, Libraires-Éditeurs, 281, el beneficio sobre la *aestimatio* era una manera de pagarle por su actividad y por el resultado de sus negocios.
- ³² El Dictamen del Consejo de Estado (29-01-2015) al ALCM, en varios apartados del mismo, y muy especialmente en los dedicados a las obligaciones y contratos mercantiles, postula una mejora en la delimitación de la figura del “operador del mercado”, pues entiende que en su concepto se extiende, desmedidamente, el ámbito de la legislación mercantil, que pasaría a aplicarse a ámbitos y relaciones en los que no está justificado aplicar los condicionamientos propios y específicos de las normas mercantiles. Por ello, en sus Consideraciones finales, (p. 337), 4. Derecho mercantil y Derecho civil, literalmente consta: “En muchas ocasiones a lo largo del presente dictamen se ha llamado la atención sobre la desmedida expansión del Derecho mercantil, a costa del Derecho civil, que el texto sometido a consulta supondría y que es ineludible corregir. Sobre ello se ha insistido, en particular, en dos momentos: al examinar el ámbito de aplicación del Código proyectado y en sede de contratación. Así, por una parte, se ha subrayado la extensión exagerada de la legislación mercantil que deriva, no sólo del amplio concepto de “operador del mercado” que el Código toma como punto de partida, sino también del hecho de que su mera presencia determine el carácter mercantil del acto o relación de que se trate. Por otra parte, en sede de contratación, se ha advertido, desde otra perspectiva –independiente y distinta de la definición del ámbito que recogen los artículos liminares del Anteproyecto-, sobre la necesaria contención de las normas mercantiles, a fin de que no invadan el ámbito propio del Derecho civil, de forma que el Código Civil continúe siendo el marco legal en el que se establezca la regulación general común de las obligaciones y de la contratación privada, mientras que el Código Mercantil debe limitarse a precisar las concretas reglas en que se considere que el tratamiento mercantil ha de ser diferente del establecido con carácter general en el Derecho civil (sin perjuicio de las remisiones específicas que puedan estimarse procedentes)”.

duración del contrato es un requisito inexcusable para que tenga plena validez. Y es que uno de los requisitos evidentes de este contrato es el del plazo, el del término en el que la venta ha de realizarse y el dinero y los objetos no vendidos restituirse, indispensable en un negocio en el que no se produce la transmisión de la propiedad al que recibe los bienes muebles³³. “Difícilmente puede calificarse el contrato como estimatorio cuando no hay plazo para la venta de las mercancías por el valor estimado de las mismas”³⁴.

Por consiguiente, en el artículo 543-1 ALCM se habla de “plazo”, de cuyo incumplimiento derivarán las correspondientes responsabilidades. En el ordenamiento jurídico romano, en sus fuentes, no se habla de plazo, pero es obvio que va implícito en el acuerdo de encargo de venta por un precio tasado, con el beneficio del sobreprecio para el *accipiens*.

La doctrina moderna, aun entendiendo que el contrato estimatorio debe concluirse con la fijación de una duración predeterminada, sin embargo, habitualmente admite la celebración por un plazo indeterminado. Su razonamiento lo fundan en que, por tratarse de un contrato atípico, hoy, la autonomía de la voluntad permite una gran flexibilidad en su configuración, lo que justifica que las partes puedan matizar o modificar el plazo establecido *ab initio*. No obstante, lo normal es que las partes se vinculen por los plazos establecidos por los usos mercantiles en el sector de que se trate³⁵. E, igualmente, dado que se trata de un contrato de buena fe, habrá de entenderse que se pueda prorrogar si ambas partes están de acuerdo. Ello es conforme con la justificación recogida en el apartado VI-78 de la Exposición de Motivos del ALCM, en el que se indica que “*Se regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la figura del contrato estimatorio, tradicionalmente utilizada en nuestro país en algunos sectores, como los de la distribución de libros y prensa, y recuperada actualmente para la distribución de nuevos productos hasta lograr su implantación en el mercado*”. De ello se colige que, si el objetivo final es la penetración de nuevos productos en la cadena de distribución, se establezcan plazos razonables que permitan evaluar su implantación, y, consiguientemente, prorrogar los periodos de tiempo cuando se considere necesario insistir en la introducción del producto en el mercado.

2.5. Obligaciones de las partes

2.5.1. Obligaciones del *tradens*.

Por tratarse de un negocio jurídico bilateral y oneroso ambas partes tienen derechos y asumen obligaciones. La principal obligación para del *tradens* es efectuar la *traditio rei*, es decir, entregar la cosa al *accipiens*. La doctrina debate si esta *traditio* transmite o no la propiedad. *Traditio* es una mera transmisión de la posesión, con muy distintos fines, no necesariamente para trans-

³³ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), núm. 242/2009 de 8 julio [JUR 2009\439363].

³⁴ SAP de Madrid (Sección 18ª), núm. 34/2007 de 30 noviembre [JUR 2009\164746].

³⁵ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 156.

mitir la propiedad. No se entendería un contrato en el que una parte entrega la propiedad de una cosa a otra parte, para que se venda por un precio, y esa misma propiedad pueda retornar a quien la entregó si no se consigue vender. En consecuencia, el *tradens* no transmite la propiedad de la cosa entregada al *accipiens*, sino que junto con la *traditio* de la cosa, el *tradens* está otorgando una facultad de disposición *ad vendendum* al *accipiens*, que incluso podrá ser él mismo quien finalmente pague el precio tasado y adquiera la propiedad³⁶.

La doctrina y jurisprudencia españolas que han abordado la cuestión se inclinan por defender que con la entrega de la cosa o mercancía solamente se transmite la posesión, no la propiedad, no hay una finalidad traslativa del dominio, concediendo de ese modo al *accipiens* determinadas facultades de disposición, que más adelante serán abordadas³⁷. Por lo que respecta al ALCM, el artículo 543-1 se limita a decir que: “una de las partes entrega determinados bienes muebles materiales”. Por lo tanto, nada nuevo, el *tradens* debe entregar la mercancía, que siempre serán “bienes muebles materiales”, cuyo significado se ha visto ut supra, con un valor estimado en una cantidad cierta. Valoración de la cosa cuya obligación puede recaer única y exclusivamente en el *tradens*, salvo acuerdo de las partes.

2.5.2. Obligaciones del *accipiens*.

Por lo que respecta a los derechos y obligaciones del *accipiens*, ya en las fuentes romanas se establecieron los siguientes. Restituir la cosa tasada si no se ha conseguido vender o pagar el precio de venta acordado (pago de la *aestimatio*), en tres supuestos: I) porque se ha vendido a un tercero, siendo el sobreprecio el beneficio del *accipiens*, II) porque el consignatario decide quedarse con la cosa en propiedad y pagar el precio estimado, por cierto, sin previa autorización del *tradens* pues se considera un elemento natural del negocio, y III) porque la mercancía ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor. Lo que no puede depender de la condición personal del comprador, ya sea un tercero ya el propio *accipiens*, es el criterio sobre el que bascule la alternancia de la obligación.

Entre las obligaciones del *accipiens*, además de recibir la posesión, aún en forma de disponibilidad fáctica, también figura la de procurar vender los bienes objeto del contrato. Probablemente sea la obligación más importante de las que asume el consignatario, pero no se trata de una obligación de resultado, sino de una obligación de medios, por cuanto su obligación es utilizar todos

³⁶ Vid. ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid: Dykinson, 45 ss.

³⁷ No obstante, vid. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a E. (2008). *Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas, que trata de demostrar que el contrato estimatorio en ocasiones puede aparecer desvinculado de la actividad mercantil, para lo cual centra todos sus esfuerzos en lo que constituye el eje de su obra: la transmisión de la propiedad en el contrato estimatorio, tema al que apenas ha dedicado atención la doctrina civilista. Interesante resumen del libro en: CRESPO MORA, M^a C. (2009). Recensión al libro «Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad» de M^a Eugenia Rodríguez Martínez. En *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 23, 603-607.

los instrumentos, instrucciones, experiencia, etc., que estén a su alcance para lograr el compromiso adquirido, y si no lo consiguiese cumplirá perfectamente con su obligación devolviendo la mercancía que no haya logrado vender al *tradens*. Este comportamiento implícitamente le obliga a no realizar deliberadamente ninguna conducta tendente a impedir la venta de las mercancías. Quizás, por ello el artículo 543-1 ALCM diga que el empresario “*se obliga a procurar su venta*”. Procurar es intentar (obligación de medios), lo cual no significa conseguir (obligación de resultado), y para ello deberá poner la diligencia debida como si el negocio, la mercancía, fuera propia³⁸.

La doctrina española advierte una obligación alternativa en el *accipiens* (consignatario), pues, o devuelve las mercancías que recibió o bien su precio. Quizás la inercia doctrinal lleve a pensar en una obligación alternativa, pero descartado que así sea, pudiera suceder que estemos ante una obligación facultativa, o ni una cosa ni otra, sencillamente ante una obligación pura. La redacción del artículo 543-1 ALCM, no facilita la interpretación pro *obligatio* alternativa, pues dice que el empresario al término del plazo fijado se obliga: “*a pagar el precio estimado de las cosas vendidas y restituir las no vendidas*”. Esta redacción no admite ninguna interpretación a favor de una obligación alternativa. Es más, tiene hasta un cierto carácter imperativo concentrado en una única obligación. Por consiguiente, entendemos que la discusión de si se trata de una obligación alternativa o no, en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil queda superada, no siguiendo ni el origen romano, ni las posiciones mantenidas por la doctrina.

2.6. Actos de disposición

2.6.1. Actos de disposición del *tradens*.

Por lo que se respecta a los actos de disposición de las cosas o mercancías entregadas para la venta por un precio tasado, poco podemos inferir de las fuentes romanas; no obstante, la cuestión está relacionada con las obligaciones asumidas por las partes y la asunción del *periculum*. Se pueden diferenciar, una vez concluido el contrato estimatorio, entre los actos de disposición propios del *tradens* y los actos de disposición propios del *accipiens*. Comenzando por el *tradens*, dueño de la cosa, su capacidad dispositiva sobre la mercancía entregada al consignatario es nula. No podrá concluir ningún negocio jurídico que tenga por objeto la mercancía estimada y, además, ha perdido su capacidad de disposición sobre ella mientras dure el plazo fijado para la venta. Su capacidad dispositiva termina con la *traditio rei*, que recuperará una vez haya transcurrido el plazo determinado y la venta de la cosa no se haya producido. Ahora bien, esos bienes siguen siendo propiedad del *tradens*, aunque estén en posesión del *accipiens*, y mientras perdure esa situación los únicos sujetos autorizados para dirigirse contra dichos bienes serían los acreedores del *tradens*, siempre que fueran necesarios para hacer frente a una obligación vencida y

³⁸ GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 317 ss.

no cumplida, pues nada obsta para que el dueño, el *tradens*, hubiera intentado defraudar a sus acreedores mediante la conclusión de un contrato estimatorio. Este mismo planteamiento viene manteniendo la doctrina³⁹, en tanto no se apruebe el proyectado nuevo Código Mercantil, que ha previsto en su artículo 543-3.2 que “*La parte que entregó los bienes no podrá disponer de ellos mientras no le sean restituidos*”.

2.6.2. Actos de disposición del *accipiens*.

Por lo que respecta a los actos de disposición del consignatario o *accipiens*, se ha visto en las fuentes jurídicas romanas que básicamente fueron dos: restituir la cosa tasada cuando no se ha conseguido vender o pagar el precio de venta acordado (pago de la *aestimatio*). En la actual doctrina se mantiene lo mismo, que el *accipiens*, aunque solamente tiene la posesión de las cosas o mercancías y, por lo tanto, no es propietario, sin embargo, tiene capacidad de disposición sobre ellas, lo que le autoriza a que pueda venderlas. “El contrato estimatorio permite que el comerciante minorista venda mercancías ajenas (ya que no las ha comprado) y consiga el mismo beneficio que con la venta de mercancías propias. Esa posibilidad de comercialización no sólo resulta de factores reales (como pueden ser la coyuntura, el nivel de precios, la competencia o la calidad del artículo), sino también de factores personales que, en el caso del contrato estimatorio, adquieren especial relevancia, ya que el minorista, el *accipiens*, no arriesga en este contrato su propio capital”⁴⁰.

2.7. Asunción del riesgo

No es un tema pacífico en la doctrina, al menos en derecho romano⁴¹, determinar quién de las partes intervinientes en un contrato estimatorio, *tradens* y *accipiens*, debe asumir la pérdida por caso fortuito o fuerza mayor de las cosas o mercancías que han sido entregadas al consignatario (*accipiens*), en virtud del *aestimatum* pactado.

La moderna doctrina mercantilista mayoritariamente acepta que el consignatario, el *accipiens*, debe asumir el riesgo sobre las cosas recibidas, al igual que ostenta los actos de disposición sobre ellas⁴². Ello significa que, en caso de pérdida, destrucción, o menoscabo, incluso por caso fortuito o fuerza mayor, siempre estará obligado a pagar el precio estipulado al *tradens*. La razón no estriba sólo en que el *accipiens* se enfrenta a una obligación alternativa, cuestión discutible, y en caso de perecimiento de la cosa le sea aplicable el artículo 1134 del Código Civil, que concentra el derecho de elección en la única prestación realizable, sino porque, además, el *accipiens* tiene que responder del compromiso adquirido de devolver las cosas estimadas para su venta en un determinado plazo y también aquellas que no haya conseguido vender.

³⁹ BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

⁴⁰ SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), núm. 187/2015 de 26 octubre [JT 2015\1724].

⁴¹ MUÑOZ M. PLANAS, J. Mª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 53-69.

⁴² MUÑOZ M. PLANAS, J. Mª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 342-355.

Dada la ausencia de base legal, le será al *accipiens* muy difícil demostrar que no puede devolver las cosas ni pagar su precio por causas no imputables a su voluntad, salvo pacto expreso en contrario.

Por suerte, en el proyectado Código Mercantil, queda meridianamente claro que será siempre el consignatario quien deberá responder del *periculum*. Dice el art. 543-2 ALCM, Pago del precio: “La parte que ha recibido los bienes no queda liberada de la obligación de pagar el precio si la restitución de los mismos en el estado en que los recibió deviene imposible incluso por una causa que no le sea imputable”⁴³. La atribución del riesgo al *accipiens* deriva de la propia estructura del contrato; si el consignatario tenía la obligación de devolver la cosa no vendida o el precio, en caso de haberla vendido, si fuera imposible cumplir con su compromiso, no puede quedar liberado de la prestación que aceptó efectuar. La explicación reside, entre otras, en que el contrato celebrado deriva del mutuo consentimiento, es bilateral, cada una de las partes asume su responsabilidad ligada al cumplimiento de sus obligaciones, por lo tanto, parece lógico que el *accipiens* asuma el riesgo.

3. CONCLUSIONES

I.- El contrato estimatorio es un contrato atípico, *sui generis*, con gran arraigo e incidencia práctica en el tráfico comercial que, habiendo surgido en época romana hace más de veinte siglos, a día de hoy aún no ha sido contemplado en ningún cuerpo legal de derecho positivo patrio. En el ordenamiento romano, por no compadecerse con ninguno de los tipos contractuales existentes en aquel momento, fue incluido en la categoría de los contratos innominados.

II.- Como consecuencia de la elaboración del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, por la Comisión General de Codificación, Sección Segunda de Derecho Mercantil, se ha proyectado un régimen legal del contrato estimatorio como contrato de colaboración, en el artículo 543, estructurado, a su vez, en tres párrafos: 1. Noción; 2. Pago del precio y 3. Actos de disposición. La factible reviviscencia de una obligación que surgió en Roma, que se ha mantenido en el derecho intermedio, y que perdura en la actualidad, gracias a la doctrina y a la jurisprudencia, por fin, si el Anteproyecto es aprobado, se regulará por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, el legislador español se ha decidido definitivamente por incorporar en el futuro Código Mercantil el contrato estimatorio como categoría de negocio autónomo.

III.- Mientras no se apruebe el nuevo Código Mercantil, el contrato estimatorio, como señala la jurisprudencia, habrá de regirse: “en primer lugar, por

⁴³ La presente disposición tiene una evidente influencia del derecho italiano: Art. 1557 Codice Civile italiano. Impossibilità di restituzione: “Chi ha ricevuto le cose non è liberato dall’obbligo di pagarne il prezzo, se la restituzione di esse nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile”. Curiosamente, el Código civil italiano intitula el art. 1557 “Impossibilità di restituzione” mientras que el art. 543.2 del ALCM español lo intitula “Pago del precio”, de donde se infiere que el código italiano hace hincapié en la “causa” y el anteproyecto español en el “efecto”.

las reglas que se hayan dado las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, dada su atipicidad. También se aplicarán las normas generales de los contratos mercantiles y las civiles, por la remisión del art. 50 del Código de Comercio, así como las propias de los contratos de compraventa, comisión o depósito, en la medida que resultan apropiadas al caso concreto. También deberán tenerse en cuenta los usos mercantiles⁴⁴.

IV. Una vez que el Consejo de Ministros apruebe el ALCM, para su ulterior remisión a las Cortes Generales como Proyecto de Ley, y aquellas, tras el correspondiente debate, lo ratifiquen, el ordenamiento jurídico español dispondrá por primera vez en su historia de un Código Mercantil que regulará el contrato estimatorio. Como se ha visto en cuanto antecede a estas conclusiones, dicho contrato estimatorio, tal y como se contempla en el artículo 543 ALCM, si no sufre modificaciones, recoge una definición que en nada difiere de la que se deriva de las fuentes romanas, y que posteriormente ha sido mantenida por la doctrina y por la jurisprudencia actuales. Además, la proyectada regulación resuelve definitivamente varias dudas que se remontan a su origen romano. Así, por lo que respecta a su naturaleza jurídica será un contrato de colaboración autónomo, de exclusiva naturaleza mercantil, con tipificación propia, que no encierra ninguna obligación ni alternativa ni facultativa, lo que no empece para su afinidad con otros contratos tipificados. Por objeto tendrá exclusivamente “bienes muebles materiales”, descartando cualquier otro tipo de bienes, especialmente los bienes inmuebles. Asimismo, quedará definitivamente establecido que en todos aquellos supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, *periculum*, siempre responderá el *accipiens* o consignatario. Por lo que se refiere a los actos de disposición, aun respetando de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad, quedarán establecidas definitivamente las obligaciones del *tradens* y del *accipiens*, los cuales únicamente deberán establecer o fijar los criterios para establecer el plazo de ejecución, acordar la tasación de la mercancía, ellos mismos o por quien acuerden y, en su caso, la finalización o prórroga del contrato. En definitiva, con la propuesta de regulación proyectada en el ALCM quedarán zanjados muchos de los enfrentamientos que tradicionalmente viene manteniendo la doctrina mercantilista, y que en ocasiones se han visto reflejados en las resoluciones jurisprudenciales.

4. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

Sentencias

Audiencias Provinciales

- SAP de Barcelona de 25 abril 1995.
- SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 19 septiembre 1996.
- SAP de Asturias (Sección 1ª) de 31 marzo de 1997.
- SAP de Álava (Sección 2ª) de 3 junio de 1997.

⁴⁴ SAP de Islas Baleares (Sección 5ª), núm. 231/2004 de 7 junio [JUR 2004\204480].

- SAP de Salamanca 2001 de 29 junio.
- SAP de Castellón (Sección 3ª) de 5 septiembre de 2001.
- SAP de Murcia (Sección 4ª) de 4 octubre de 2002.
- SAP de Vizcaya (Sección 5ª) de 6 noviembre de 2002.
- SAP de Barcelona (Sección 14ª) de 9 enero 2003.
- SAP de Castellón (Sección 3ª) de 31 julio de 2003.
- SAP de Madrid (Sección 13ª) de 26 noviembre de 2003.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 7 junio de 2004.
- SAP de Almería (Sección 1ª) de 13 diciembre de 2004.
- Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 9 mayo de 2005.
- SAP de Córdoba (Sección 2ª) de 7 noviembre de 2005.
- SAP de A Coruña (Sección 5ª) de 21 diciembre de 2006.
- SAP de León (Sección 2ª) de 1 febrero de 2007.
- SAP de Barcelona (Sección 16ª) de 18 octubre de 2007.
- SAP de Madrid (Sección 18ª) de 30 noviembre de 2007.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª) de 27 octubre de 2008.
- SAP de Zamora (Sección 1ª) de 28 mayo de 2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 8 julio de 2009.
- SAP de Madrid (Sección 12ª) de 14 noviembre de 2013.
- SAP de Madrid (Sección 14ª) de 28 septiembre de 2015.
- SAP de Barcelona (Sección 19ª) de 10 diciembre de 2015.
- SAP de Toledo (Sección 1ª) de 21 diciembre de 2015.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5ª) de 7 octubre de 2016.
- SAP de Granada (Sección 2ª) de 7 marzo de 2017.
- SAP de Madrid (Sección 18ª) de 29 junio de 2018.

Audiencia Nacional

- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 26 octubre de 2015.

Tribunal Superior de Justicia

- STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) de 15 enero 1997.

Tribunal Supremo

- STS (Sala de lo Civil) de 17 enero 1992.
- Auto TS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 15 noviembre de 2007.

REFERENCIAS

- [1] ACCARIAS, C. (1866). *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris: Retaux Frères, Libraires-Éditeurs.
- [2] ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid: Dykinson.
- [3] BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio. En Á. Carrasco Perera (dir.), *Tratado de la compraventa. Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* vol. 1, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (pp. 151-164).
- [4] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (1971). Notas sobre el origen histórico del Derecho mercantil. En AA.VV. *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues* vol. 1. Madrid: Tecnos, (pp.1-44).
- [5] CAMACHO DE LOS RÍOS, F. J. (1998). Actualidad del contrato estimatorio: su problemática. En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque, Vol. 2*. Valladolid: Universidad de Valladolid (pp. 1207-1220).
- [6] CRESPO MORA, M^a C. (2009). Recensión al libro «Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad» de M^a Eugenia Rodríguez Martínez. En *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 23, 603-607.
- [7] DE MELLO, E. X. (2006). El contrato de suministro estimatorio. En *Estudios jurídicos, Universidad Católica del Uruguay*, núm. 1, 143-161.
- [8] DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M^a. (2005). Contrato estimatorio. Calificación jurídica del contrato: contrato estimatorio o contrato de compraventa. Consecuencias: pago del precio o rendición de cuentas (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 4 de octubre de 2000). En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 81, núm. 690, 1478-1486.
- [9] GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio. En J. I. Ruiz Peris y J. Martí Miravalls (dirs.). *Contratos de distribución. Agencia, distribución, concesión, franquicia, suministro y estimatorio*. Barcelona: Atelier (pp. 289-334).
- [10] JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio en los contratos de distribución integrada? En *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 17, 1-19.
- [11] LÁZARO SÁNCHEZ, E. J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. Introducción y selección, Madrid: Tecnos.
- [12] MENDIETA GRANDE, J. - IGLESIAS CASAIS, J. M. (2014). Los contratos de distribución (I): El contrato de concesión. El contrato estimatorio. El contrato de abanderamiento. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales*,

- con sus implicaciones tributarias*, tomo IV, (*Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*), Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pp. 787-802).
- [13] MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (1990). El derecho mercantil en el siglo XXI. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 1197-1203.
- [14] MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, M^a A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3^a ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi (pp. 417-432).
- [15] MUÑOZ M. PLANAS, J. M^a. (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: Revista de derecho privado.
- [16] PÉREZ LÓPEZ, E. (1997). Negocios fiduciarios en derecho mercantil: Contrato de factoring, contrato de renting, contrato de suministro, contrato estimatorio. En *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 5. Ejemplar dedicado a: *Contratos mercantiles especiales* (A. Villagómez Rodil (dir.)) (pp. 224-350).
- [17] RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M^a E. (2008). *Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- [18] VAQUERO PINTO, M^a J. (2008). El contrato estimatorio. En J. Alventosa del Río y R. M^a Moliner Navarro (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* Vol. 2 (Volumen II). Valencia: Universitat de Valencia (pp.1705-1726)