

# El contrato estimatorio y su proyectada codificación

## *The consignment agreement and its planned enactment in law*

por

HENAR MURILLO VILLAR  
*Letrada Asesoría Jurídica*  
*Allianz Partners*

**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, el contrato estimatorio quedará regulado por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico. Y será 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 transcendental, 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.

**ABSTRACT:** *The consignment agreement emerged in Rome where its acceptance and use among travelling merchants was widespread; subsequently, through the process of reception of law, it has entered into modern law, although it has never been contemplated in a legal text. However, it is widely used in retail commerce, regulated, fundamentally, by doctrinal and jurisprudential opinion. At present, there is a preliminary draft law for the enactment of a Commercial Code, prepared by the General Legislation Commission, Second Section of Commercial Law, which, if successful in its legislative journey, will for the first time regulate the consignment agreement in the Spanish legal order. And the contract will be defined under the category of «contracts of collaboration», which serve as a channel for cooperation between entrepreneurs who develop complementary activities. If such a transcendental law were enacted, it would once again be demonstrated that all those legal questions to which the Roman legal order never managed to arrive at a certain and definitive legal solution, have with the same doubts been passed down to our day and age.*

**PALABRAS CLAVE:** Contratos innominados. *Aestimatum*. Contrato estimatorio. Contratos de colaboración. Anteproyecto de Código mercantil.

**KEY WORDS:** *Innominate contracts. Aestimatum. Consignment agreement. Collaboration contracts. Draft Act on the Commercial Code.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. CONTRATOS INNOMINADOS.—III. CONTRATO ESTIMATORIO: 1. CONCEPTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. 3. OBJETO. 4. CARACTERES: 1) *Bilateral y de buena fe*. 2) *Precio estimado en cantidad cierta*. 3) *Condición empresarial de las partes*. 4) *Duración del contrato*. 5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1) *Obligaciones del tradens*. 2) *Obligaciones del accipiens*. 6. ACTOS DE DISPOSICIÓN: 1) *Actos de disposición del tradens*. 2) *Actos de disposición del accipiens*. 7. ASUNCIÓN DEL RIESGO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. 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 Media<sup>1</sup>. 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*. Uno de ellos es el contrato estimatorio, que no cuenta con una regulación positiva dentro del Código de Comercio español, pero se rige por los usos y costumbres establecidos por la doctrina y la jurisprudencia, y, si por fin, avanzado el siglo XXI, 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 y, si se recoge tal cual, o si se hace con 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 contrastar aquel régimen con el que se le pretende dar en el futuro, (en el ALCM), es preciso detenerse con cuidado en el ordenamiento jurídico romano y ver qué soluciones aportaron entonces sus juristas. 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. Es decir, en Roma no todo acuerdo de voluntades fue considerado un contrato, sino únicamente aquellos acuerdos o convenios a los cuales el ordenamiento les atribuía objetivamente la facultad de engendrar obligaciones exigibles entre las partes. Por eso, el derecho romano ofrece una lista de contratos frente al derecho actual que ofrece un concepto general de contrato.

## II. CONTRATOS INNOMINADOS

El sistema contractual romano sufrió una clara evolución a lo largo de su historia; paulatinamente, se fueron elevando simples acuerdos, meros

pactos, a la categoría de contratos, por ello, y prescindiendo de periodos anteriores, se observa que, en época justiniana, aun sabiendo que en todo contrato subyace la idea de *consensus*, de acuerdo de voluntades, se mantuvo una clasificación de los contratos que diferenciaba entre contratos formales (verbales y literales), contratos reales y contratos consensuales, dejando sin clasificar otros acuerdos de voluntades, otras prestaciones reciprocas, que ya se conocían desde época clásica, y en las que a cambio de una prestación hecha por una de las partes se pretendía obtener otra prestación de la parte contraria. Todo este conjunto de relaciones jurídicas es lo que se conoce como contratos innominados, contratos sin nombre, lo cual no significa que carecieran de él, sino que no conformaban una categoría singular para que fueran así reconocidos en el Edicto del Pretor. Se trata de un grupo de contratos atípicos, es decir, no tipificados, entre los que habitualmente se engloban: la permuta, el contrato estimatorio, la transacción, el precario, la *donatio sub modo*, la entrega de cosa a prueba o examen (*datio ad experientium inspiciendum vendendum*), algunas formas de constitución de dote, etc<sup>2</sup>.

Todos los contratos innominados, cada uno con sus características propias, presentan hondas analogías con los contratos reales<sup>3</sup>, si bien estos se perfeccionan con la entrega de una cosa y los innominados con el cumplimiento de una prestación, que no siempre es la entrega de una cosa. Los contratos innominados se pueden agrupar en cuatro grandes categorías, como nos refiere Paulo en D.19,5,5 pr. (5 *quaest.*): «*Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*». Doy para que des (*do ut des*); doy para que hagas (*do ut facias*); hago para que des (*facio ut des*); y hago para que hagas (*facio ut facias*). Pero lo importante es que los contratos innominados recibieron tutela jurídica. Y ello fue fruto de una evolución. En derecho arcaico el acuerdo entre las partes no producía ningún efecto jurídico. Y esto era manifiestamente injusto, pues se producía un enriquecimiento en quien incumplía, no exento por ello de una posible actuación dolosa, lo que motivó la aplicación de algunos mecanismos procesales, no ya para hacer cumplir a la parte que había incumplido sino para que quien había cumplido pudiera retrotraer su actuación, y restablecer la situación anterior cuando la prestación había consistido en *dare*, restitución que se obtenía con el ejercicio de la *condictio ob causam*; y si la prestación había consistido en un *facere* poder lograr una indemnización por los daños y perjuicios sufridos mediante el ejercicio de la *actio doli*<sup>4</sup>. Poco a poco, estos medios se fueron superando y se concedió a la parte cumplidora una acción, la *actio praescriptis verbis*, (acción de palabras prescritas)<sup>5</sup> dirigida a conseguir la ejecución de lo acordado, y de ese modo forzar a la otra parte a cumplir con la contraprestación prometida. A partir de la concesión de esta acción, todos aquellos acuerdos que no se podían encajar en el sistema contractual existente, pasaron a ser contratos dotados de la misma defensa

procesal: la *actio praescriptis verbis*<sup>6</sup>. Con esta acción la parte que cumplía podía optar, como hoy, entre exigir el cumplimiento forzoso o la rescisión del contrato.

Entre los diferentes contratos innominados, uno nos ocupa especialmente en esta investigación, el contrato estimatorio<sup>7</sup>. El objetivo del trabajo es, tomando como punto de partida el derecho romano, conocer cuál ha sido su influencia en la doctrina y jurisprudencia actuales, para, con esa información, profundizar con detalle en la proyectada propuesta de regulación del contrato estimatorio en el ALCM. Para poder proceder con esta metodología, es menester detenerse en el estudio de su concepto, de sus caracteres, de su naturaleza jurídica, de las obligaciones de las partes, de la asunción del riesgo, de sus diferencias con otros contratos, de su protección procesal, etc., lo que nos permitirá constatar que no existen grandes diferencias entre la regulación que otorgó el ordenamiento jurídico romano al contrato estimatorio y la que se pretende, por primera vez en derecho español, plasmar en una codificación de derecho positivo. Sin duda, esta iniciativa de regulación definitiva del contrato estimatorio responde al valor añadido que aporta al mercado, especialmente en el ámbito de la distribución comercial, pues garantiza beneficios a todas las partes implicadas y facilita la colocación de los productos en el comercio, fundamentalmente, al por menor. En definitiva, la realidad comercial actual evidencia su importancia, lo que urge su regulación para atender su necesidad en el tráfico comercial y de ese modo proporcionar a todos los involucrados un ámbito de protección y seguridad jurídica<sup>8</sup>.

### III. CONTRATO ESTIMATORIO

#### 1. CONCEPTO

En derecho romano por contrato estimatorio se entendía el acuerdo en virtud del cual una persona, *tradens*, entregaba a otra, *accipiens*, unas mercancías u otras cosas, previa tasación de su valor, (*res aestimata*), para que las vendiese, (*traditio rei ad vendendam*), con el derecho de quedarse para sí el *accipiens* el sobreprecio obtenido con la venta, y asumiendo la obligación de pagar su estimación si lo conseguía o, en su defecto, devolver las cosas o mercancías no vendidas. Este concepto se extrae de la información vertida por ULPIANO en varios textos del Digesto: D.17,2,44 (*Ulp. 31 ad ed.*); D.19,3,1 *pr.*-1 (*Ulp. 32 ad ed.*); D.19,5,13 *pr.* (*Ulp. 30 ad Sab.*); y D.19,5,17,1 (*Ulp. 28 ad ed.*)<sup>9</sup>.

D.17,2,44 (*Ulp. 31 ad ed.*).- *Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi*

*videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis.*

[Si te hubiese dado unas perlas para venderlas, de modo que si las vendieses en diez me des los diez, y si por más, te quedas con la cantidad excedente, me parece que, si esto se hubiera hecho con ánimo de contraer una sociedad, se dará la acción de socio, y si no, la acción de lo expresado con las palabras]

*D.19,3,1 pr.-1 (Ulp. 32 ad ed.).- Actio de aestimatio proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est hanc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.*

[Se propone la acción estimatoria para resolver una duda. Porque se dudó mucho, si cuando se da estimada (valorada) una cosa para que se venda, si habrá acción de venta a causa de la estimación, o la acción de locación, como si se considerara que yo había dado la cosa en arrendamiento para que se vendiera, o la acción de conducción, como si yo lo hubiese tomado en arrendamiento de servicios, o la acción de mandato. Y pareció mejor que se propusiese esta acción (*actio de aestimatio*), porque siempre que se dude sobre el nombre de algún contrato, pero que convenga que se dé alguna acción, se ha de dar la acción estimatoria *praescriptis verbis*, porque se hizo un negocio civil, y ciertamente de buena fe. Por lo cual, también en este caso tiene lugar todo lo que hemos dicho respecto de las acciones de buena fe].

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

[La estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues debe devolver la misma cosa sin menoscabo o la estimación que se acordó]

*D.19,5,13 pr. (Ulp. 30 ad Sab.).- Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.*

[Si yo te hubiese dado una cosa para que la vendieses en cierto precio, y te quedases con aquello en que la hubieses vendido de más, parece bien que no haya ni la acción de mandato, ni la de sociedad, sino la del hecho (*in*

*factum*), como si hubiese otro negocio distinto; porque los mandatos deben ser gratuitos, y no parece que se constituyera una sociedad con aquel que no te admitió como socio de la venta, sino que se reservó para sí cierto precio]

*D.19,5,17,1 (Ulp. 28 ad ed.)*.- *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

[Si yo te hubiese dado unas perlas estimadas (en dinero), para que me devolvieras las mismas, o su precio, y pudiesen antes de la venta ¿de quién será la pérdida? Y dice Labeón, y Pomponio también lo escribió, que si verdaderamente yo como vendedor fui quien te hizo el ruego, la pérdida es mía; pero si fuiste tú quien me rogó, la pérdida es tuya; y si ninguno de los dos hicimos el ruego, sino que solamente consentimos, te obligas únicamente a responderme por el dolo y por la culpa. La acción por esta causa será ciertamente la *actio praescriptis verbis*]

Todos los fragmentos están atribuidos al mismo jurista, y de cada uno de ellos se pueden extraer unas características esenciales que permiten conformar la definición del contrato estimatorio. No olvidemos que a los juristas romanos no les preocupaba la elaboración de definiciones perfectas, sino solamente indicar aquellas reglas claras, precisas y sencillas que sirvieran para resolver los problemas de la vida cotidiana. Junto a las indicadas fuentes romanas, la doctrina frecuenta el estudio de otros tres fragmentos bizantinos cuya aportación al conocimiento del contrato estimatorio es más bien escaso por reiterativos: *Paráphrasis* griega 4,4,28; *Basilicorum* 19,9, 1-2 *De re quae aestimata ad vendendum alicui data est*; y un escolio de Stephano a D.12,1,2,5<sup>10</sup>.

Actualmente, el contrato estimatorio, que cuenta con un gran arraigo en el tráfico comercial<sup>11</sup> 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 haya vendido y devolver al *tradens* aquellos bienes que no haya conseguido vender<sup>12</sup>. Con leves matices es una definición en la que coincide de forma general prácticamente toda la doctrina y la jurisprudencia<sup>13</sup>, lo que nos hace retrotraernos con más ahínco si cabe a su origen romano<sup>14</sup>, pues, prácticamente, no ha variado en nada<sup>15</sup>. Por consiguiente, en la definición

de contrato estimatorio va incluida su función económica, de tal modo que «en síntesis, el nacimiento del contrato estimatorio permitió a los minoristas una intermediación especulativa en el mercado sin tener que asumir (i) ni la inversión en el stock de mercancías puestas a la venta (ii) ni el riesgo de la falta de reventa, servidumbres propias de la actividad comercial cuando el intermediario compra en firme para revender lo que es propio»<sup>16</sup>. 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 este 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 verbal*»<sup>17</sup>, 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»<sup>18</sup>. 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 estimatorio<sup>19</sup>. 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 ambos<sup>20</sup>.

Ello nos conduce a observar que en el ALCM, artículo 543-1<sup>21</sup>, 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 venta en el plazo fijado y, al término del mismo, a pagar el precio estimado de las cosas vendidas y restituir las no vendidas*»<sup>22</sup>.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA: DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Los juristas romanos discreparon acerca de cuál era la naturaleza jurídica del *aestimatum*. Dudas que se mantienen en la actualidad, pues no hay acuerdo a propósito de cuál es la exacta determinación de su naturaleza jurídica y que, en nuestra opinión, afortunadamente, se resuelve en el

ALCM. Comencemos por las fuentes romanas y su información. ULPIANO, jurista que nos aporta el conocimiento de casi toda la regulación relativa al contrato estimatorio, evidencia en sus escritos las semejanzas y diferencias más importantes con otros contratos, fundamentalmente, con los que denominamos contratos consensuales. En D.19,3,1,1, lo compara con la compraventa (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio conductio*) y el mandato; en D.19,5,13 *pr.*, lo compara con el mandato y la sociedad y en D.17,2,44, también con la sociedad. El jurista descarta cualquier alusión a los contratos reales a pesar de producirse la entrega de una cosa. Sencillamente, el jurista trata de despejar dudas respecto de si es una compraventa en razón de la existencia de una *aestimatio*, y, ciertamente, no puede incluirse en tal categoría porque el adquirente, el *accipiens*, no se obliga en ningún momento a entregar el precio estimado, ya que en aquellos supuestos en los que los intentos de venta no fructifiquen, deberá restituir los mismos bienes al *tradens*. Tampoco aproxima el contrato estimatorio al arrendamiento de cosa para venderla, ni a la modalidad de arrendamiento de servicios para que se vendiese, porque las diferencias en la modalidad de pago son relevantes, pues no existe un salario fijo para el *accipiens*, más bien, es una retribución indeterminada, que dependerá del sobreprecio obtenido con la venta por encima del precio tasado. Del mismo modo, la relación entre el *tradens* y el *accipiens* tampoco encaja en el contrato de mandato, ya que el consignatario no queda vinculado necesariamente a su cumplimiento, a la venta de la mercancía, y, además, el mandato es gratuito, requisito fundamental que caracteriza la figura contractual del *mandatum*, que no se requiere en el contrato estimatorio. Finalmente, el *aestimatum* tampoco es un contrato de sociedad, porque las partes excluyen su constitución cuando alguna de ellas soslaya su calificación, no queriendo constituir este tipo de contrato.

No obstante, ULPIANO deja entrever que cuando alguien entrega a otro unas perlas para que las venda por una cantidad y que lo que exceda de ese precio se lo quede, en su opinión, si se hubiera querido contraer una *societas*<sup>23</sup>, la acción para exigir su cumplimiento sería la *actio pro socio*, pero como no se convino dicha figura contractual, se otorga la *actio praescriptis verbis*. En el supuesto que se le plantea a ULPIANO, no habría nada de sorprendente si las partes hubieran decidido constituir una *societas unius rei* o *unius negotii*, en donde un socio (el *tradens*) aporta la cosa, las perlas, a su vez ambas partes hubieran establecido, tasado, un precio mínimo de venta, y el otro socio (el *accipiens*), se hubiera constituido como socio industrial aportando su trabajo, su destreza en la actividad mercantil para la venta o su experiencia comercial. El *tradens* recibiría el precio establecido y el *accipiens* el sobreprecio que hubiera conseguido con su habilidad comercial. La clave es que, dependiendo de la *voluntas* de las partes, nos podemos encontrar ante un contrato de sociedad o ante un contrato estimatorio, lo importante

es lo que las partes consensuen. De ahí, que en derecho romano el contrato estimatorio se aproximara más a la categoría de los contratos consensuales que a la de los contratos reales. Sin embargo, su naturaleza jurídica permite diferenciarlo perfectamente de otros contratos, gozando, por ello, de una determinada autonomía y tipicidad jurídica desde el momento en que para exigir su cumplimiento se dispuso de la *actio praescriptis verbis*.

La moderna doctrina también tiene dudas para efectuar una calificación jurídica del contrato estimatorio. No es una cuestión pacífica y tampoco la jurisprudencia existente clarifica mucho al respecto<sup>24</sup>. Es un contrato atípico, distinto, *sui generis*<sup>25</sup>. 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 resultan acertadas, 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)<sup>26</sup>. Todos estos, ciertamente, son contratos afines al contrato estimatorio, pero ante la imposibilidad de una plena identificación, es correcto afirmar que el contrato estimatorio es un contrato *sui generis* o autónomo, «cuyo régimen jurídico está en gran medida condicionado por los pactos y cláusulas que las partes hayan introducido»<sup>27</sup>. Todo ello no obsta para que ante la ausencia de previsión contractual al efecto, ello se supla mediante una prudente aplicación de algunas normas de los contratos más afines, siempre y cuando concurren los necesarios presupuestos de aplicación analógica<sup>28</sup>.

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, como ya hemos dicho, perfectamente tipificado. Estaremos ante un contrato estimatorio de carácter mercantil, caracterizable como contrato de colaboración empresarial<sup>29</sup> junto con los contratos de comisión, agencia, mediación, distribución<sup>30</sup> 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 distribución, modalidad de contrato que se regula expresamente<sup>31</sup>, y 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.

Por otro lado, en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, más conocido como Código de Pavía, en el libro II, *De los contratos en particular*. Título primero. Capítulo tercero. *Tipos particulares de compraventa*, recoge en su artículo 214 lo que denomina *Compraventa con facultad de restitución de los bienes vendidos (Contrato estimatorio)*. En el propio enunciado ya está configurando el contrato estimatorio como una compraventa con facultad de restitución. Leyendo su conceptualización, se observa más aún su tipificación como figura afin a la compraventa. En el parágrafo 1 se establece: «*Por medio de este contrato, el vendedor entrega bienes muebles materiales al comprador, que adquiere la propiedad y la posesión de los mismos, obligándose a pagar el precio convenido en el plazo establecido, quedando a salvo su facultad de restituir, en el plazo establecido, los bienes dichos o algunos de ellos, o, en el caso de acuerdo expreso, partes representativas de los mismos*». Realmente, no es un contrato estimatorio al uso, como el regulado en el artículo 1556 del Codice civile italiano<sup>32</sup>, a pesar de la influencia del derecho civil italiano en la elaboración del Código de Pavía, especialmente a través de la influencia del Prof. GIUSEPPE GANDOLFI, ni tampoco como la propuesta del ALCM española, artículo 543-1. Más bien, recuerda a la compraventa romana en la que las partes deciden añadir un *pactum in continenti de retroemendo*, que consistía en que el comprador se reservaba durante un determinado periodo de tiempo la facultad de reintegrar la cosa al vendedor y que este le entregase un precio igual al que abonó. El mismo Prof. GANDOLFI escribe: «En el Capítulo Tercero, en fin, se regulan las diversas especies tradicionales de venta y, además, los contratos que se mueven en la órbita de la misma (compraventa *ad gustum*, a prueba o sobre muestras; compraventa con reserva de dominio; leasing; compraventa con pacto de retro; contrato estimatorio; suministro; compraventa con pacto de exclusiva; concesión de venta en exclusiva; compraventa con franquicia; compraventa en subasta). En relación con los contratos que, entre los citados, han surgido de la práctica en los últimos decenios, se ha juzgado necesario recurrir a una disciplina detallada, dado que los mismos carecen de normas reguladoras en los códigos, con la salvedad de los más recientes, quedando al albur de la autonomía privada, lo cual lleva aparejado frecuentes abusos»<sup>33</sup>.

### 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, revistas<sup>34</sup>, libros<sup>35</sup>, postales<sup>36</sup>, ropa de temporada, prendas de confección<sup>37</sup>, complementos de moda, artículos de zapatería<sup>38</sup>, joyería, productos de alimentación<sup>39</sup>, neumáticos<sup>40</sup>, 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 inmueble<sup>41</sup>, categoría de bienes en la que gran parte de la doctrina se muestra reticente a que puedan ser objeto de este contrato estimatorio<sup>42</sup>. «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 especialmente cuando se trata de productos de elevado coste (por ejemplo, joyas) o de fácil pérdida del valor de cambio (productos de moda, libros...)»<sup>43</sup>.

Sin embargo, en un futuro serán bienes muebles materiales, es decir, que se excluyen radicalmente los inmuebles, se evita la duda, y por materiales habrá de entenderse que puedan valorarse, que tengan valor material, no inmaterial. Bienes que puedan formar parte del mercado, que puedan ser estimados. Quedarán excluidos los intangibles, así como los bienes muebles inmateriales, que si bien admiten valoración se excluyen como objeto del contrato estimatorio. En definitiva, que se trate de bienes muebles no registrables<sup>44</sup> u otro tipo de elementos en los que sea necesaria la intervención del *tradens* para su disposición en el mercado<sup>45</sup>. Además, es preciso añadir que los títulos valores nominativos y a la orden, al igual que los créditos, no serán objeto idóneo del futuro contrato estimatorio<sup>46</sup>, como tampoco lo son en la actualidad<sup>47</sup>. Respecto del objeto, los textos romanos hablan de cosas concretas, por ejemplo, perlas, ropas, vestidos<sup>48</sup>, un esclavo (que tenía tratamiento de cosa, *res*), o a veces se utiliza el término *res* (cosa) en sentido genérico. Por lo tanto, aunque las fuentes romanas no dicen nada más, sin embargo, es posible deducir de las notas definidoras del *aestimatum* que el objeto típico de este contrato eran cosas muebles e individualizadas<sup>49</sup>. Y lo que es más importante, hay que poner en duda su fungibilidad, porque el *accipiens* estaba obligado, caso de no realizarse la venta, a *ipsam rem debebit incorruptam reddere* (D.19,3,1,1). *Ipsam rem incorruptam*, significa devolver la misma cosa incólume, sin menoscabo, no otra igual, o del mismo género y calidad, no, la misma que se estimó.

#### 4. CARACTERES

##### 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. El contrato estimatorio fue reconocido como contrato de buena fe por el propio jurista ULPIANO, quien, en D.19,3 *pr. in fine*, lo conceptúa como negocio civil de buena fe y, en consecuencia, también, a todo lo establecido respecto de las acciones que derivan de su conclusión, que, obviamente, son de buena fe (*est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide. Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus*). Asimismo, en las *Instituciones* de JUSTINIANO 4, 6, 28<sup>50</sup>, el Emperador recogió un elenco de acciones de buena fe entre las que incluye, curiosamente, de forma diferenciada, la acción que se da por lo estimado y la *actio praescriptis verbis*, y también la que compete por permuta. De ahí que se haya afirmado que «Probablemente, la sanción independiente de las acciones derivadas del *aestimatum* y de la permuta se deba al carácter paradigmático y esencial de estas figuras dentro de la categoría de contratos innominados»<sup>51</sup>. Por último, 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*»<sup>52</sup>.

##### 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. Tiene que ser una *res aestimata vendenda datur*, dar una cosa estimada, valorada, para que se venda, decían los romanos. También se usaba la expresión sinónima de *certo pretium*, de precio cierto, determinado (D.19,5,13 *pr.*). Con similar expresión se manifiesta el ALCM cuando dice: «*cuyo valor se estima en una cantidad cierta*». Circunstancia que para la doctrina actual constituye uno de los ejes fundamentales del contrato estimatorio, la valoración de la cosa.

¿Pero quién valora la cosa? Se entiende que las partes, cuando concluyen el contrato, han cumplido con el requisito de la estimación económica de la mercancía, con su valoración. Ahora bien, que la hagan ellos personalmente, que la encarguen a terceros, es irrelevante, pues lo importante es que antes de concluir el acuerdo se conozca el valor de la cosa que ha de entregarse al *accipiens*. La *aestimatio* equivale a una caución, suma de garantía o responsabilidad, es decir, actúa como límite del interés del *tradens* en los supuestos en que se produzca su pérdida o deterioro. Sin olvidar que las mercancías podrán valorarse de forma individual o en conjunto, siempre y cuando se trate de cosas de la misma naturaleza, cuando los precios vayan impresos o determinados en listas<sup>53</sup>.

### 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 empresarial<sup>54</sup>. 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*»<sup>55</sup>. De los textos romanos no se infiere esta precisión técnica, porque en derecho romano no estaba regulada específicamente ninguna institución bajo la expresión de lo que hoy conocemos como derecho comercial. No obstante, el contrato estimatorio nació en el tráfico mercantil romano y tuvo gran difusión entre comerciantes al por mayor y al por menor y en operaciones de corretaje<sup>56</sup>. Además, no podemos soslayar que eran contratos basados en la confianza, eran contratos *intuitu personae*, pues se celebraban teniendo en cuenta la profesión, la solvencia y el oficio del otro contratante. Hoy, la doctrina, ha entendido que como la finalidad del contrato estimatorio es el desarrollo de una actividad comercial, con ánimo de lucro, al menos una de las partes, normalmente el *accipiens*, debe ser siempre un empresario<sup>57</sup>.

Habitualmente, lo suelen celebrar los fabricantes o los mayoristas, con minoristas, editoriales con librerías, editoriales de periódicos con quioscos, los vendedores ambulantes<sup>58</sup>, 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». Ciertamente que el «operador del mercado» es quien define con su presencia la mercantilidad del contrato estimatorio. Ciertamente, también, que se trata de un término de amplio espectro, que se recogía en el artículo 001-2 ALCM, en donde se indicaba que a los efectos de este Código son operadores del mercado los empresarios, las personas físicas y jurídicas que ejerzan actividades relacionadas con el mercado, las sociedades, etc. Ello suponía que el término comerciante del artículo 1-1.º del Código de Comercio, estaba superado; de hecho, el actual concepto de empresario sería el equivalente moderno de comerciante. 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 actúe<sup>59</sup>. Todo ello es conforme con lo manifestado en la exposición de motivos, apartado VI-74 del ALCM, cuando indica que la característica fundamental del contrato estimatorio es «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»<sup>60</sup>. En consecuencia, en la nueva Propuesta de ALCM se sustituye el término «operador del mercado» por «empresario», para ceñirse de ese modo a una terminología más propia y técnica del ámbito mercantil.

#### 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. Es evidente que no puede ser un contrato por tiempo indeterminado, ni por el tiempo que pudiera fijarse a posteriori por las partes o por un tercero. El establecimiento de un plazo de 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 muebles<sup>61</sup>. «Difícilmente puede calificarse el contrato como estimatorio cuando no hay plazo para la venta de las mercancías por el valor estimado de las mismas»<sup>62</sup>. No tendría sentido un encargo de venta de cosa tasada cuya temporalidad

para rendir cuentas fuera indefinida. Sobre todo, porque los productos o mercancías objeto del contrato estimatorio, no siempre, pero sí con frecuencia, son productos perecederos, caducan, pierden actualidad, por ejemplo, un periódico, un libro, objetos de moda, ropa, por eso, el ALCM recupera este tipo de contrato exigiendo que se establezca un plazo para procurar su venta. Es más, en un periodo de tiempo indeterminado, lo normal es que el precio de las cosas varíe, fluctúe, con lo que la tasación inicial carecería de significado. 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 trate<sup>63</sup>. 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.

## 5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

### 1) *Obligaciones del tradens*

Por tratarse de un negocio jurídico bilateral y oneroso ambas partes tienen derechos y asumen obligaciones. La principal obligación para el *tradens* es efectuar la *traditio rei*, es decir, entregar la cosa al *accipiens*. La

doctrina debate si esta *traditio* transmite o no la propiedad. De las fuentes jurídicas romanas no se puede extraer ninguna conclusión definitiva, lo que no empece para que este contrato estimatorio, perfectamente diferenciado de los demás existentes en el sistema contractual romano, permita aseverar que con la entrega de la cosa por parte del *tradens* al *accipiens* no se está transmitiendo la propiedad. *Traditio* es una mera transmisión de la posesión, con muy distintos fines, no necesariamente para transmitir la propiedad. En el *aestimatum* romano se entrega para que se proceda a la venta de la cosa en un plazo previamente fijado, pero ello no significa que el *accipiens* haya adquirido la propiedad por la entrega, porque en el supuesto de no haber conseguido vender la cosa en el precio tasado, podrá devolverla al *tradens*. 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 propiedad<sup>64</sup>. Es decir, que con la entrega el *tradens* se encuentra temporalmente privado de la facultad de disponer de dichos bienes, aunque no haya perdido la propiedad. El *tradens* sigue conservando la propiedad y el derecho a percibir el precio estimado en caso de que se venda.

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 abordadas<sup>65</sup>. 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) 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 (supuesto al que se dedicará infra un epígrafe). De ello, nos informa ULPIANO en D.19,3,1,1.- *aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit*. La conjunción disyuntiva *aut*, «o», en principio, hace pensar en una obligación alternativa. Es decir, que el *accipiens* se libera de su obligación cumpliendo una u otra, no siendo necesario el cumplimiento de las dos. Aunque más adelante, como se verá, tal posible alternancia no existe, es imposible, pues si la cosa se vende se paga con el *aestimatum* y si no se vendió, se devuelve la mercancía. No puede depender de la condición personal del comprador, ya sea un tercero ya sea el propio *accipiens*, el criterio sobre el que bascule la alternancia de la obligación. Lo que parece seguro, es que en derecho romano no se admitió el cumplimiento parcial del contrato estimatorio, esto es, que unas cosas fuesen vendidas y otras no; que de las primeras se entregase el precio obtenido y que las segundas fuera reintegradas. Sin embargo, ello no obstó para que fuera lícito y posible.

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 los instrumentos, instrucciones, experiencia, etc., que estén a su alcance para lograr el compromiso adquirido, y si no lo consiguiese, se entenderá que, habiendo puesto todo su mejor esfuerzo en cumplir aquel objetivo (la venta), cumplirá igualmente 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 propia<sup>66</sup>.

La doctrina española advierte una obligación alternativa en el *accipiens* (consignatario), pues, o bien devuelve las mercancías que recibió o bien su precio. Pero estamos ante dos circunstancias completamente diferentes. Por un lado, cuando ha vendido las mercancías ya no puede devolverlas, en cuyo caso necesariamente deberá reintegrar al *tradens* el precio de venta fijado, y el *accipiens* se beneficia con el sobreprecio, si lo hubiera conseguido. En este supuesto no hay posibilidad de exigirle una obligación alternativa,

solamente la de entregar el precio obtenido. Por otro lado, pudiera suceder que el *accipiens* no hubiera conseguido vender las mercancías, en este caso, llegado el momento del vencimiento del plazo, el momento de rendir cuentas, es cuando puede surgir la duda de si estamos ante una obligación alternativa o no. El consignatario puede reintegrar las cosas no vendidas y de ese modo se pone fin al contrato, o puede optar por pagar el precio acordado al *tradens* y adquirir para sí la propiedad, con la esperanza de obtener algún beneficio en una reventa futura. La decisión que adopte dependerá, en la mayoría de los casos, de factores aleatorios como la situación del mercado, la tendencia de los precios, los stocks que tenga de productos similares, de la previsión de ventas, etc.<sup>67</sup>.

Ver en estas circunstancias una obligación alternativa ha sido muy criticado por la doctrina, pues la principal obligación del consignatario era vender las mercancías, y como mal menor, si no lo consigue, devolverlas al *tradens*. El hecho de que se faculte al *accipiens* a proceder a la devolución de las mercancías cuando no haya conseguido el objetivo de su venta, no implica ninguna obligación alternativa. Porque en las obligaciones alternativas el obligado cumple cuando lleva a cabo cualquiera de las prestaciones disyuntivamente indicadas, pues todas ellas proporcionan similar satisfacción a las partes<sup>68</sup>. Ello demuestra que el *accipiens* ha intentado vender la mercancía, es decir, el contrato estimatorio conlleva una obligación implícita para el consignatario, cual es, el desarrollo de toda actividad comercial a su alcance hasta conseguir vender aquella, ya que ese era su compromiso inicial, pues el *tradens* no arriesgaría durante un tiempo pactado la venta de unas mercancías por un precio tasado, si no conociera de la actividad comercial del *accipiens*, de su experiencia. La solución, a posteriori, es que si el *tradens* no se ve satisfecho por la devolución excesiva de mercancías cambie de minorista (*accipiens*), y busque otro más eficiente. De todos modos, mientras el consignatario pague la cantidad pactada por las mercancías, al *tradens* no debe preocuparle el origen del dinero, ya provenga de una venta a un tercero, o provenga del patrimonio del consignatario que decidió regalar o donar dichos bienes, o quedárselos para sí<sup>69</sup>.

Quizás la inercia doctrinal lleve a pensar en caracterizarla como 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. Se infiere, pues, que al legislador no le importa a quien se hayan vendido las mercancías, si

a un tercero, si se las quedó el propio *accipiens* para regalarlas, donarlas, u obtener un mayor beneficio en un futuro. Es un comportamiento que ni afecta al *tradens*, ni afecta al propio desarrollo del cumplimiento de la obligación estimatoria. 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.

Respecto de si se trata de una obligación facultativa, es decir, con facultad de pago<sup>70</sup>, nuestra opinión es contraria a esa calificación jurídica, ya que el *accipiens* no puede liberarse de su obligación de entregar el *aestimatum* cuando haya vendido la cosa, necesariamente tendrá que hacerlo, pues cuando no se vende se restituye la mercancía. Lo que, en nuestra opinión, no es admisible es que su interés subjetivo por apropiarse de la cosa no vendida, independientemente del motivo por el cual lo haga, se eleve a la condición de *facultas solvendi*, porque ni estaba previsto en el título constitutivo del contrato estimatorio, ni en la ley. La obligación es única: cumplir lo pactado, cuando se vende la mercancía se paga el precio y cuando no se vende, se restituye. E, incluso, es factible la conjunción de ambas prestaciones en una sola obligación, cuando todas las mercancías objeto del contrato estimatorio no lograsen ser vendidas y necesitaran ser restituidas. Esta interpretación nos lleva a no calificar ni de alternativa ni de facultativa la obligación del *accipiens*, opinión avalada por lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 543 del ALCM, cuando aborda la cuestión del pago en los supuestos de imposibilidad de restitución de la mercancía por causa de su perecimiento: asunción del riesgo.

## 6. ACTOS DE DISPOSICIÓN

### 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 que no haya sido dicho; 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* y, claro está, siempre que fueran necesarios para hacer frente a una obligación vencida y 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 doctrina<sup>71</sup>, 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) *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 solo 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»<sup>72</sup>.

Es más, que el *accipiens* no adquiera la propiedad de los bienes es relevante para el caso que devenga insolvente, supuesto en que sus acreedores no podrán dirigirse contra dichos bienes<sup>73</sup>. Esta realidad se plasma perfectamente en el ALCM, artículo 543-3.1 que dice: «*Son válidos los actos de disposición realizados por quien ha recibido los bienes, pero sus acreedores no podrán embargarlos o tomarlos en prenda hasta que no se haya pagado su precio*». Obviamente, los acreedores del *accipiens* solamente podrán embargar o tomar en prenda los bienes, si quien paga el precio es el mencionado consignatario, porque de ese modo adquiere la propiedad de las cosas, pero nunca cuando quien adquiera la propiedad sea un tercero<sup>74</sup>. «El propósito de la norma es cerrar la posibilidad de que los acreedores del consignatario

puedan embargar lo que en definitiva son mercancías ajenas, aunque no estamos en sentido estricto ante una reserva de dominio, porque esa reserva iría en contra de la naturaleza del contrato: de existir, la venta al tercero dependería del pago de la *aestimatio* por parte del consignatario»<sup>75</sup>. Lo que sí parece cierto es que el *accipiens* queda obligado al saneamiento por evicción y por los vicios de los bienes vendidos. Y ello porque los adquirentes de los productos carecen de acción frente al *tradens* por razón de la venta. Además, el *tradens* no posee ninguna acción contra los compradores<sup>76</sup>.

## 7. ASUNCIÓN DEL RIESGO

No es un tema pacífico en la doctrina, al menos en derecho romano<sup>77</sup>, 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. Existen dos fragmentos en las fuentes jurídicas romanas, atribuidos a ULPIANO, en los que a priori se observan imputaciones del riesgo contradictorias. Son los fragmentos D.19,3,1,1<sup>78</sup> y D.19,5,17,1<sup>79</sup>. En D.19,3,1,1, se afirma que la estimación hace que el riesgo sea de aquel que aceptó, pues tiene que devolver la misma cosa que recibió o la estimación que se acordó. Es decir, ULPIANO afirma tajantemente que el *periculum* o perecimiento de la cosa por causas fortuitas no imputables, debe asumirlo el *accipiens*. Por el contrario, en D.19,5,17,1, el mismo jurista, ULPIANO, se pregunta quién ha de soportar la pérdida fortuita de unas perlas entregadas para su venta, por medio de un contrato estimatorio, si estas pereciesen antes de ser vendidas. ULPIANO, siguiendo la opinión, previamente manifestada, de LABEÓN y POMPONIO, respondió que dependía de quién hubiera solicitado la venta. Si hubiera sido el *accipiens*, será este quien asuma el *periculum*, es decir, la pérdida y sus consecuencias. Por el contrario, si quién había solicitado la venta hubiera sido el *tradens*, será este quien soporte la pérdida. Pero, si ninguno de los dos lo solicitó, ninguno de los dos hizo el ruego, porque ambos se limitaron a consentir, el *accipiens*, dice el jurista, responderá por dolo y por culpa, no haciendo imputación del *periculum* a nadie; omisión que ha permitido a la doctrina colegir que el riesgo lo asume el *tradens*, aunque no conste expresamente en el texto. Es decir, el riesgo por la pérdida que, implícitamente se entiende que es antes de la venta, debe cargarse sobre el preferentemente interesado en el negocio<sup>80</sup>.

La mayoría de la doctrina coincide en que los textos están alterados en época bizantina, que están interpolados<sup>81</sup>. Pero ambos fragmentos se pueden conciliar, no solo porque estén atribuidos al mismo jurista, ULPIANO, o porque los dos procedan del Comentario al Edicto, sino porque dan res-

puestas complementarias en dos supuestos, que aparentemente se presentan disímiles, pero que no lo son. En el fondo, el jurista trata de buscar una respuesta coherente a cada problema que se le plantea, de ahí que responda en cada caso a una *quaestio facti* diferente, sin perder el hilo conductor. Así, el *periculum* lo asume siempre el *accipiens* (D.19,3,1,1 y D.19,5,17,1<sup>82</sup>), quien, además, también responderá por dolo y por culpa del perecimiento de la cosa o mercancías estimadas. Ahora bien, si quien tomó la iniciativa de la venta fue el *tradens*, (cosa diferente será su prueba), asumirá el *periculum*, y tendrá que soportar la pérdida de la cosa sin recibir el pago del precio estimado (D.19,5,17,1; *Pauli Sententiae* 2,4,4<sup>83</sup>).

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 ellas<sup>84</sup>. 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 solo 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. 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 otro lado, no olvidemos que si el contrato estimatorio se presenta como una alternativa a la compraventa<sup>85</sup>, en este contrato la regla general es *periculum est emptoris*, el riesgo lo asume el comprador, (implícito en el art. 1452 CC), pues el *accipiens*, en ocasiones, es un colaborador y en otras un auténtico comprador. La doctrina ha discutido y argumentado a favor y en contra de si debe ser o no el *accipiens* quien asuma el riesgo, aceptando el criterio jurisprudencial que parte de una «razonable agravación de la responsabilidad del consignatario», derivada de la profesionalidad del *accipiens*, de su propio interés en la venta y por la amplitud de su poder de decisión sobre la actividad de venta<sup>86</sup>. Además, la opinión jurisprudencial mantiene de forma indubitada que el riesgo por la pérdida o perecimiento de las cosas depositadas lo asume el *accipiens*<sup>87</sup>. Lo cual parece justo, pues, aun no siendo propietario de las cosas entregadas, obtiene todas sus ventajas, de donde se infiere como lógico que asuma los inconvenientes, especialmente en caso de eventual pérdida o deterioro fortuito<sup>88</sup>.

Por suerte, en el proyectado Código mercantil, queda meridianamente claro que será siempre el consignatario quien deberá responder del *periculum*. Dice el artículo 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»*<sup>89</sup>. 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. A lo que puede apostillarse que, siendo el contrato estimatorio un contrato de buena fe, basado en obligaciones autónomas, cada parte debe cumplir su prestación en la medida en que la otra esté dispuesta a cumplir con la suya. De donde se colige el verdadero sentido de la literalidad del artículo 543-2 ALCM, cuando prescribe que: «*La parte que ha recibido los bienes no queda liberada de la obligación de pagar el precio si la restitución ... deviene imposible incluso por una causa que no le sea imputable*»<sup>90</sup>. Y ello, sin soslayar que el valor tasado de la mercancía cumple una función de garantía mínima para el *tradens* en todos los supuestos de *periculum*.

#### IV. 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. Se trataba de un conjunto de relaciones jurídicas que no conformaban una categoría singular como para que fueran así reconocidos en el Edicto del Pretor. Quizás, de aquellas dudas iniciales romanas, respecto de su tipificación jurídica, se haya llegado hasta la actualidad, momento en que ni la doctrina ni la jurisprudencia se ponen de acuerdo a propósito de cuál deba ser exactamente la determinación de su naturaleza jurídica. Es decir, que estamos ante un ejemplo más, de cómo aquellas cuestiones jurídicas a las que Roma no dio una solución legal certera y definitiva, han llegado exactamente igual a la actualidad, sin embargo, con la proyectada modificación del Código mercantil serán resueltas.

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. 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 que comparta diversos aspectos 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, quedarán establecidas en el futuro Código las obligaciones del *tradens* y del *accipiens*, si bien se deja a la autonomía de la voluntad el 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, determinar 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.

IV. Mientras no se apruebe el nuevo Código mercantil, el contrato estimatorio, como señala la jurisprudencia, habrá de regirse: «en primer lugar, por 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 artículo 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 mercantiles»<sup>91</sup>.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS

#### *Audiencias Provinciales*

- SAP de Barcelona de 25 de abril de 1995.
- SAP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>) de 19 de septiembre de 1996.
- SAP de Asturias (Sección 1.<sup>a</sup>) de 31 de marzo de 1997.
- SAP de Álava (Sección 2.<sup>a</sup>) de 3 de junio de 1997.
- SAP de Salamanca de 29 de junio de 2001.
- SAP de Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>) de 5 de septiembre de 2001.
- SAP de Murcia (Sección 4.<sup>a</sup>) de 4 de octubre de 2002.
- SAP de Vizcaya (Sección 5.<sup>a</sup>) de 6 de noviembre de 2002.
- SAP de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>) de 9 de enero de 2003.
- SAP de Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>) de 31 de julio de 2003.
- SAP de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>) de 26 de noviembre de 2003.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>) de 7 de junio de 2004.
- SAP de Almería (Sección 1.<sup>a</sup>) de 13 de diciembre de 2004.
- Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>) de 9 de mayo de 2005.
- SAP de Córdoba (Sección 2.<sup>a</sup>) de 7 de noviembre de 2005.
- SAP de A Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2006.
- SAP de León (Sección 2.<sup>a</sup>) de 1 de febrero de 2007.
- SAP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>) de 18 de octubre de 2007.
- SAP de Madrid (Sección 18.<sup>a</sup>) de 30 de noviembre de 2007.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>) de 27 de octubre de 2008.
- SAP de Zamora (Sección 1.<sup>a</sup>) de 28 de mayo de 2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.<sup>a</sup>) de 8 julio de 2009.
- SAP de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) de 14 de noviembre de 2013.
- SAP de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 2015.
- SAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>) de 10 de diciembre de 2015.
- SAP de Toledo (Sección 1.<sup>a</sup>) de 21 de diciembre de 2015.
- SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>) de 7 de octubre de 2016.
- SAP de Granada (Sección 2.<sup>a</sup>) de 7 de marzo de 2017.
- SAP de Madrid (Sección 18.<sup>a</sup>) de 29 de junio de 2018.

*Audiencia Nacional*

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

*Tribunal Superior de Justicia*

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

*Tribunal Supremo*

- STS (Sala de lo Civil) de 17 de enero de 1992.
- Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>) de 15 de noviembre de 2007.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCARIAS, C. (1866). *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au Digeste*, Paris: Retaux Frères, Libraires-Éditeurs.
- ALEMÁN MONTERREAL, A. (2001). Sobre el riesgo y la responsabilidad del accipiens en el aestimatum. En A. Murillo Villar (coord.). *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, Burgos: Universidad de Burgos, 61-68.
- (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*, Madrid: Dykinson.
- 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, 151-164.
- 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.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil. Contratos mercantiles. Derechos de los títulos-valores. Derecho concursal*, 18.<sup>a</sup> ed., vol. II. Madrid: Tecnos.
- BURDESE, A. (1994). I contratti innominati. En *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 63-91.
- 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, 1207-1220.
- CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía. En M.<sup>a</sup> J. Herrero García (dir.),

- La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 369-404.
- CRESPO MORA, M.<sup>a</sup> C. (2009). Recensión al libro «Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad» de M.<sup>a</sup> Eugenia Rodríguez Martínez. En *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 23, 603-607.
- DABAH, A.D. (2015). Contrato estimatorio. En *Pensamiento civil*, núm. 3, 271-333.
- DE MELLO, E.X. (2006). El contrato de suministro estimatorio. En *Estudios jurídicos, Universidad Católica del Uruguay*, núm. 1, 143-161.
- DE LA ROSA, P. (1978). Contribución a la interpretación de D. 19.3.1.1 en relación con D.19.5.17.1. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez*. Madrid: Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 405-413.
- DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.<sup>a</sup>. (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.
- D'ORS, A. (1991). *Derecho privado romano*, 8.<sup>a</sup> ed. revisada, Pamplona: Eunsas.
- (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. En *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires»*, marzo, núm. 51, 55-66.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2003). Los contratos de permuta y estimatorio. En *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 209-234.
- 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, 289-334.
- GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*, 11.<sup>a</sup> ed. Napoli: Jovene.
- 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.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (2008). *Derecho mercantil II*. IV. Títulos-valores. V. Las sociedades mercantiles. VI. Obligaciones y contratos mercantiles y VII. Derecho de la navegación, 12.<sup>a</sup> ed. actualizada, Barcelona: Ariel, 347 y sigs.
- LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. Introducción y selección, Madrid: Tecnos.
- MENDIETA GRANDE, J. y 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, 787-802.
- 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.
- MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2020). *Lecciones de derecho mercantil*, 18.<sup>a</sup> ed, vol. II, Cizur Menor (Navarra).

- MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, M.<sup>a</sup> A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 417-432.
- MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup> (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: Revista de derecho privado.
- NÓBREGA ELALI, M. (2011). Contrato estimatorio. La imprescindible necesidad de tipificación legal. Análisis de jurisprudencia. En M.<sup>a</sup> J. Vaquero Pinto y A. Ávila de la Torre (dirs.); P. Altieri y F.E. Miranda Mendoza (coords.). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial: memoria del máster en derecho privado patrimonial 2010-2011*, (2011), Universidad de Salamanca: Ratio legis, 189-206.
- PANERO, R. (2008). *Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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.)], 224-350.
- ROGEL VIDE, C. (coord.). (2009). *Código europeo de contratos (Academia de Pa-  
via)*. Libro I: De los contratos en general. Libro II. Título I: De la compraventa. Madrid: Reus.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.<sup>a</sup> E. (2008). *Contrato estimatorio y transmisión de la propiedad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas.
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. (2015). *Instituciones de derecho mercantil*, 37.<sup>a</sup> ed., vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- TORRENT, A. (2008). *Manual de derecho privado romano*. Madrid: Edisofer.
- URÍA, R. (2001). *Derecho mercantil*, 28.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons.
- VAQUERO PINTO, M.<sup>a</sup> J. (2008). El contrato estimatorio. En J. Alventosa del Río y R.M.<sup>a</sup> Moliner Navarro (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* Vol. 2 (Volumen II). Valencia: Universitat de València, 1705-1726.

## NOTAS

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> BURDESE, A. (1994). I contratti innominati. En *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 63-91).

<sup>3</sup> PANERO, R. (2008). *Derecho romano*, 4.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 650 y sigs. TORRENT, A. (2008). *Manual de derecho privado romano*. Madrid: Edisofer, 481 y sigs.

<sup>4</sup> PANERO, R. *Derecho romano...*, *op. cit.*, 651 nt. 4.

<sup>5</sup> En la Compilación justinianeana recibió otros nombres: *actio civilis*; *actio in factum*; *actio in factum civilis*; *actio incerti*; *actio civilis incerti*; y, por supuesto, *actio praescriptis verbis*.

<sup>6</sup> La duda es en qué momento de la historia de Roma se produjo esta transformación y por quién. La cuestión ha sido objeto de controversia y desborda el objeto de la investigación, *Vid.*, entre otros, MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup>. (1963). *El contrato estimatorio*. Madrid: Revista de derecho privado. GUARINO, A. (1997). *Diritto privato romano*, 11.<sup>a</sup> ed., Napoli: Jovene, 975 nt. 91.3.3.

<sup>7</sup> Sin embargo, para CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio: la historia silenciada de un pacto de garantía. En M.<sup>a</sup> J. Herrero García (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Pamplona (Navarra): Aranzadi Thomson Reuters, 371 y sigs.), la historia del contrato estimatorio es la historia de una práctica comercial singular, que a finales de la República no presentaba aún una configuración jurídica bien delimitada. En realidad, para la autora, el *aestimatum* fue una «convención singular de garantía» que se adosaba a un contrato consensual típico, habitualmente a una *locatio conductio operis*.

<sup>8</sup> NÓBREGA ELALI, M. (2011). Contrato estimatorio. La imprescindible necesidad de tipificación legal. Análisis de jurisprudencia. En M.<sup>a</sup> J. Vaquero Pinto y A. Ávila de la Torre (dirs.); P. Altieri y F.E. Miranda Mendoza (coords.). *Reflexiones sobre derecho privado patrimonial: memoria del máster en derecho privado patrimonial 2010-2011*, (2011), Universidad de Salamanca: Ratio legis, 202 y sigs.

<sup>9</sup> ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio desde el derecho romano a su regulación actual*. Madrid: Dykinson, 23 y sigs.

<sup>10</sup> MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup>. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 26 y sigs.; ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 21 y sigs.

<sup>11</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.<sup>a</sup>. (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.

<sup>12</sup> Entre otros, URÍA, R. (2001). *Derecho mercantil*, 28.<sup>a</sup> ed. Madrid: Marcial Pons, 739 y sigs. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (2008). *Derecho mercantil II. IV. Títulos-valores. V. Las sociedades mercantiles. VI. Obligaciones y contratos mercantiles y VII. Derecho de la navegación*, 12.<sup>a</sup> ed. actualizada, Barcelona: Ariel, 347 y sigs. BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil, Contratos mercantiles. Derechos de los títulos-valores. Derecho concursal*, 18.<sup>a</sup> ed., vol. II. Madrid: Tecnos, 104 y sigs. SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., (2015). *Instituciones de derecho mercantil*, 37.<sup>a</sup> ed., vol. II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 290. MENÉNDEZ, A. y ROJO, A. (2020). *Lecciones de derecho mercantil*, 18.<sup>a</sup> ed., vol. II, Cizur Menor (Navarra), 104 ss. LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio: (depósito en comisión de venta, venta condicional...)*. Introducción y selección, Madrid: Tecnos, 11 y sigs. BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio. En Á. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz* vol. I (2013). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 152.

<sup>13</sup> Puede verse el concepto de contrato estimatorio, entre otras resoluciones judiciales, en: SAP de Barcelona, de 25 de abril de 1995 [*AC* 1995, 919]; SAP de Asturias (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 191/1997 de 31 de marzo [*AC* 1997, 561]; SAP de Murcia (Sección 4.<sup>a</sup>), núm. 317/2002 de 4 de octubre [*JUR* 2002, 283267]; Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 76/2005 de 9 de mayo [*JUR* 2006, 102310]; SAP de Madrid (Sección 18.<sup>a</sup>), núm. 34/2007 de 30 de noviembre [*JUR* 2009, 164746]; SAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>), núm. 290/2015 de 10 de diciembre [*JUR* 2016, 97379]; La SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 281/2016 de 7 de octubre [*JUR* 2016, 242129], precisa: «Así configurado el contrato, puede decirse que desde un punto de vista económico responde a determinados intereses de las partes, fundamentalmente el de ser un medio de financiación del minorista *accipiens* que se abastece sin necesidad de desembolsar el importe de las mercancías que recibe, obteniendo su beneficio de la diferencia entre el valor estimado y el precio de venta, mientras que al *tradens* se le permite la difusión de sus productos

aprovechando la infraestructura del *accipiens*. Desde un punto de vista jurídico se trata de un contrato que, como se ha señalado en la doctrina y la jurisprudencia, presenta analogías con el depósito, la comisión de venta y la venta sometida a condición suspensiva».

<sup>14</sup> Por lo que respecta a la recepción del contrato estimatorio no tiene objeto ser estudiado en esta investigación su desarrollo, por cuanto poco aporta a su original regulación romana y a su plasmación en derecho moderno. No obstante, *vid.*, con importante aparato bibliográfico, MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup>. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*; ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*

<sup>15</sup> Varias sentencias reconocen *ad litteram* el origen romano del contrato estimatorio, cuyos rasgos distintivos permanecen inalterables desde el principio: Auto AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 76/2005 de 9 de mayo [*JUR* 2006, 102310]; SAP de A Coruña (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 556/2006 de 21 de diciembre [*JUR* 2007, 133442]; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724]; SAP de Madrid (Sección 18.<sup>a</sup>), núm. 261/2018 de 29 de junio [*JUR* 2018, 227861].

<sup>16</sup> 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, 290. (Trabajo con interesante y extenso apoyo jurisprudencial).

<sup>17</sup> Ejemplo de absoluta validez de la celebración de un contrato estimatorio mediante un contrato verbal: SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 437/2008 de 27 de octubre [*JUR* 2009, 49823].

<sup>18</sup> SAP de Almería (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 285/2004 de 13 de diciembre [*JUR* 2005, 56841].

<sup>19</sup> SAP de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>), de 9 de enero de 2003 [*JUR* 2003, 108457]; SAP de Toledo (Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 276/2015 de 21 de diciembre [*JUR* 2016, 28041].

<sup>20</sup> SAP de Salamanca, núm. 330/2001 de 29 de junio [*JUR* 2001, 261042].

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> Se ha propuesto una noción más prolija, más detallada, que la de Codice civile italiano, artículo 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 artículo 75.1.3.º, 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 núm. 0539/03 de 14 de abril [JT 2003\552]; SAP de León (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 1/2007 de 1 de febrero [*JUR* 2007, 138837]; Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 2038/2007 de 15 de noviembre [*JUR* 2007, 361761]; SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 187/2015 de 26 de 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. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I): El contrato de concesión. El contrato estima-

torio. 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.

<sup>23</sup> Posibilidad que no descarta D'ORS, A. (1991). *Derecho privado romano*, 8.ª ed., revisada, Pamplona: Euns, § 498 nt. 3.

<sup>24</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 294-306, con destacado aporte jurisprudencial contradictorio.

<sup>25</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

<sup>26</sup> SAP de Álava (Sección 2.ª), núm. 141/1997 de 3 de junio [AC 1997, 1346]; SAP de Castellón (Sección 3.ª), núm. 453/2001 de 5 de septiembre [JUR 2001, 312772]; SAP de Zamora (Sección 1.ª), núm. 130/2009 de 28 de mayo [JUR 2009, 290979]; SAP de Madrid (Sección 12.ª), núm. 846/2013 de 14 de noviembre [JUR 2014, 62841]. Para un punto de vista doctrinal, *vid.* MUÑOZ M. PLANAS, J.M.ª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 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 y sigs.

<sup>27</sup> DOMÍNGUEZ PÉREZ, E.M.ª. (2005). Contrato estimatorio..., *op. cit.*, 1481 y sigs. Para LÁZARO SÁNCHEZ, E.J. (1997). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 31 y sigs., el contrato estimatorio se presenta como una «cláusula estimatoria» que modaliza la función causal de dichos contratos, hasta dotarlos de rasgos propios y particulares.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> Calificación que la jurisprudencia viene sosteniendo de forma reiterada, *vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 292 nt. 126.

<sup>30</sup> 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 y sigs.

<sup>31</sup> En la Propuesta de Código mercantil (2013) a los contratos de distribución se dedicaba dentro del título IV, el capítulo III, artículos 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*.

<sup>32</sup> Con una regulación similar se encuentra en el Código de Comercio de Colombia, Del contrato de consignación o estimatorio, artículos 1377 a 1381; también en el Código de Comercio de Honduras, Del contrato estimatorio, artículo 826, y en el Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos, De la Consignación Mercantil, artículos 392 a 394.

<sup>33</sup> ROGEL VIDE, C. (coord.). (2009). *Código europeo de contratos* (Academia de Pavia). Libro I: De los contratos en general. Libro II. Título I: De la compraventa. Madrid: Reus, 128.

<sup>34</sup> SAP de Madrid (Sección 14.<sup>a</sup>), núm. 300/2015 de 28 de septiembre [JUR 2015, 300519].

<sup>35</sup> En relación con los usos mercantiles en el ámbito de los libreros, 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.

<sup>36</sup> SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 231/2004 de 7 de junio [JUR 2004, 204480]; SAP de Castellón (Sección 3.<sup>a</sup>), núm. 225/2003 de 31 de julio [JUR 2003, 235455].

<sup>37</sup> SAP de Córdoba (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 233/2005 de 7 de noviembre [JUR 2006, 143462].

<sup>38</sup> SAP de Barcelona (Sección 19.<sup>a</sup>), núm. 290/2015 de 10 de diciembre [JUR 2016, 97379].

<sup>39</sup> STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5.<sup>a</sup>), de 15 de enero de 1997 [AS 1997, 78].

<sup>40</sup> SAP de Granada (Sección 2.<sup>a</sup>), núm. 110/2017 de 7 de marzo [JUR 2017, 132056].

<sup>41</sup> SAP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>), de 19 de septiembre de 1996 [AC 1996, 1741].

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> SAP de Vizcaya (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 451/2002 de 6 de noviembre [JUR 2003, 105763]; SAP de Madrid (Sección 18.<sup>a</sup>), núm. 261/2018 de 29 de junio [JUR 2018, 227861].

<sup>44</sup> *Vid.* DABAH, A. D. (2015). Contrato estimatorio. En *Pensamiento civil*, núm. 3, 271-333.

<sup>45</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 313.

<sup>46</sup> MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup>. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 311 y sigs.

<sup>47</sup> MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I)..., *op. cit.*, 790.

<sup>48</sup> D.14,3,5,4 (*Ulp. 28 ad ed.*)

<sup>49</sup> ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 44.

<sup>50</sup> I.4,6,28.- *Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio.*

[Hay acciones de buena fe y otras de derecho estricto. Las de buena fe son: la de compra, de venta, de arrendamiento, de gestión de negocios, de mandato, de depósito, de sociedad, de tutela, de comodato, de prenda, de partición de herencia, de división de cosa común, de *praescriptis verbis*, la que se da por lo estimado, la que compete por permuta, y la de petición de herencia].

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2003). Los contratos de permuta y estimatorio. En *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 9, 230.

<sup>52</sup> SAP de Madrid (Sección 13.<sup>a</sup>), núm. 99/2003 de 26 de noviembre [JUR 2004, 252407].

<sup>53</sup> MENDIETA GRANDE, J. y IGLESIAS CASAIS, J.M. (2014). Los contratos de distribución (I)..., *op. cit.*, 791.

<sup>54</sup> MORALEJO MENÉNDEZ, I. (2007). El contrato estimatorio. En A. Bercovitz Rodríguez-Cano, M.<sup>a</sup> A. Calzada Conde (dirs.), *Contratos mercantiles* Vol. 1, Tomo 1, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 418.

<sup>55</sup> 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 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, artículo 214 se recoja el contrato estimatorio como contrato afín a la compraventa, como un tipo particular de compraventa.

<sup>56</sup> ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, op. cit., 9.

<sup>57</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., op. cit., 153.

<sup>58</sup> 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 vestiarii vel lintearii 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.

<sup>59</sup> El Dictamen del Consejo de Estado (29 de enero de 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, (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 solo 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)».

<sup>60</sup> El ALCM ha creado la categoría contractual de «Contratos de colaboración». En el apartado VI-74 de la exposición de motivos, se indica que «Bajo esta rúbrica, se engloban seis diferentes modalidades contractuales: los contratos de comisión, agencia, mediación, estimatorio, distribución y participación que 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». Están regulados en el título IV, De los contratos de colaboración, artículo 541 a 546.

<sup>61</sup> SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª), núm. 242/2009 de 8 de julio [*JUR* 2009, 439363].

<sup>62</sup> SAP de Madrid (Sección 18.ª), núm. 34/2007 de 30 de noviembre [*JUR* 2009, 164746].

<sup>63</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 156.

<sup>64</sup> *Vid.* ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 45 y sigs.

<sup>65</sup> 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: CRÉSPO 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.

<sup>66</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 317 y sigs.

<sup>67</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato..., *op. cit.*, 1210.

<sup>68</sup> JARNE MUÑOZ, P. (2015). ¿Hacia un suministro en régimen estimatorio...?, *op. cit.*, 4.

<sup>69</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 157.

<sup>70</sup> Así opina ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 58 y 100, para quien la obligación fundamental del *accipiens* es el pago de la *aestimatio*, pero tiene la posibilidad en caso de que no hubiese sido efectuada la venta de restituir la cosa objeto del *aestimatum*.

<sup>71</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 152.

<sup>72</sup> SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724].

<sup>73</sup> BERCOVITZ ÁLVAREZ, R. (2013). El contrato estimatorio..., *ibidem*.

<sup>74</sup> Se trata de una reproducción literal, que podría haberse aprovechado para mejorarla, del artículo 1558 del Codice Civile italiano: «*Sono validi gli atti di disposizione compiuti da chi ha ricevuto le cose; ma i suoi creditori non possono sottoporle a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo. Colui che ha consegnato le cose non può disporne fino a che non gli siano restituite*».

<sup>75</sup> GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 320.

<sup>76</sup> SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), núm. 187/2015 de 26 de octubre [JT 2015\1724].

<sup>77</sup> MUÑOZ M. PLANAS, J.M.ª. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 53-69.

<sup>78</sup> D.19,3,1,1.- *Aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debet incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

<sup>79</sup> D.19,5,17,1.- *Si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

<sup>80</sup> D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato estimatorio de Ulpiano. En *Prudentia Iuris, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pontificia Universidad Católica Argentina «Santa María de los Buenos Aires»*, marzo, núm. 51, 60-61.

<sup>81</sup> Puede verse, con importante aparato bibliográfico, DE LA ROSA, P. (1978). Contribución a la interpretación de D.19.3.1.1 en relación con D.19.5.17.1. En *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Álvarez Suárez*. Madrid: Seminario de Derecho

Romano, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 405-413. También, con su correspondiente bibliografía, ALEMÁN MONTERREAL, A. (2002). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 62-74, y ALEMÁN MONTERREAL, A. (2001). Sobre el riesgo y la responsabilidad del *accipiens* en el *aestimatum*. En A. Murillo Villar (coord.). *La responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno*, Burgos: Universidad de Burgos, 61-68). CASTRESANA HERRERO, A. (2010). Anotaciones críticas al contrato estimatorio... *op. cit.*, 386 y sigs.

<sup>82</sup> Texto genuino para D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato..., *op. cit.*, 55.

<sup>83</sup> PS. 2,4,4.- *Si rem aestimatam tibi dederò, ut ea distracta pretium ad me referres, eaque perierit, si quidem ego te rogavi, meo periculo perit; si tu de vendenda promisisti, tuo periculo perit.* [Si yo te diera una cosa estimada (valorada), para que fuera vendida, y me entregases el precio, y esta perece, si en verdad fui yo quien te lo pedí, perece bajo mi riesgo; pero si tu prometiste venderla, perece bajo tu riesgo]. Sobre la vulgarización del derecho clásico que consta en PS.2,4,4 como residuo vulgar de D.19,5,17,1, *vid.* D'ORS, A. (2000). Derivación vulgar y bizantina del contrato..., *op. cit.*, 58-61.

<sup>84</sup> MUÑOZ M. PLANAS, J.M.<sup>a</sup>. (1963). *El contrato estimatorio...*, *op. cit.*, 342-355.

<sup>85</sup> BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de derecho mercantil*, *op. cit.*, 104 y sigs.

<sup>86</sup> *Vid.* GONZÁLEZ CASTILLA, F. (2018). El contrato estimatorio..., *op. cit.*, 321-327.

<sup>87</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Civil), de 17 de enero de 1992 [*RJ* 1992, 186]; SAP de Barcelona, de 25 de abril de 1995 [*AC* 1995, 919]; SAP de Barcelona (Sección 16.<sup>a</sup>), núm. 511/2007 de 18 de octubre [*JUR* 2008, 12335]; SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 281/2016 de 7 de octubre, [*JUR* 2016, 242129].

<sup>88</sup> CAMACHO DE LOS RÍOS, F.J. (1998). Actualidad del contrato..., *op. cit.*, 1217.

<sup>89</sup> La presente disposición tiene una evidente influencia del derecho italiano: artículo 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 artículo 1557 «*Impossibilità di restituzione*» mientras que el artículo 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».

<sup>90</sup> Ciertamente, para la modalidad de *Contrato estimatorio*, prevista en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavia), como «*Compraventa con facultad de restitución de los bienes vendidos*», se establece en su artículo 214.2, que: «*Si los bienes entregados, o algunos de ellos, son destruidos, dañados o vienen sustraídos al comprador, incluso por causa que no le es imputable, este debe pagar el precio al vendedor*. De esta propuesta se infiere que el *tradens*, vendedor, aún no ha recibido el precio estipulado, pero lo tiene garantizado porque será el comprador, *accipiens*, quien asuma el riesgo, como si de una compraventa normal se tratara.

<sup>91</sup> SAP de Islas Baleares (Sección 5.<sup>a</sup>), núm. 231/2004 de 7 de junio [*JUR* 2004, 204480].

*Trabajo recibido el 8-7-2020 y aceptado  
para su publicación el 15-1-2021*