

# **Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español**

Emma RODRÍGUEZ DÍAZ  
(*Universidad de Oviedo*)

## **I. INTRODUCCIÓN**

Dice el art. 1. 453 C.c.: “La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva”.

Este precepto guarda relación sistemática con el art. 1.450 C.c., referido a la perfección del contrato de compraventa, en tanto supone una excepción a la regla general, pues regula la venta celebrada bajo condición suspensiva de modo que hace depender la eficacia del contrato del cumplimiento de la

condición (1); concretamente el art. 1.453 regula dos tipos de venta: la venta a prueba y la venta a degustación. La doctrina distingue la venta a prueba o venta con pacto de precedente ensayo como aquélla en que la venta se somete a la condición de que la cosa vendida sea apta para realizar determinada función, para utilizarse en un servicio previsto. La aptitud no se valora subjetivamente sino que es ajena a la voluntad de las partes y comprobable mediante una prueba pericial. El comprador no puede falsear la situación, pues nada hay que emanado de su voluntad pueda oponerse válidamente al hecho declarado de la aptitud de la cosa comprada. Por el contrario en la venta *ad gustum* es el comprador quien manifiesta que la cosa le satisface o no. Todo depende del agrado del comprador. Precisamente es este dato el que hace plantearse una cuestión: saber si podrá el vendedor obligar al comprador a comprar la cosa acudiendo al dictamen pericial que determine que el juicio que ha hecho de la cosa es inexacto (2).

---

1) CASTÁN, J., *Derecho civil, común y foral*, IV, 15ª ed., 97, GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, XIX, Madrid, 1980, 87.

2) Constituye un problema que divide a la doctrina la naturaleza objetiva o subjetiva de los términos gustar o probar del art. 1453. Un sector civilista -MANRESA, J. M., *Comentarios al Código civil español*, 6ª ed. revisada por J.M. BLOCH, vol. X. 1, Madrid, 1969, 154, SCAEVOLA, Q., *Código civil comentado y concordado*, 2ª ed. revisada por F. BONET, XXIII, Madrid, 1970, 589, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho civil*, II 2, 2ª ed., Barcelona, 1982, 153-53- sostienen el carácter discrecional de la decisión del comprador una vez que ha probado la cosa sin que el vendedor pueda recurrir frente a tal decisión; recientemente, DE CASTRO, F., *La promesa de contrato*, Anuario de Derecho Civil, 1950, III.3, 1158-63, seguido por BADENES, R., *El contrato de compraventa*, Barcelona, 1979, 312-14 y GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 95, apuesta por la objetivación de la prueba de modo que no es posible interpretar la condición de nuestro precepto como si fuera potestativa. Sin embargo, no deja de ser una cuestión doctrinal con carece de reflejo jurisprudencial, *vid.* GONZÁLEZ POVEDA, P., *Compraventa y opción de compra*, Madrid, 1994, 44.

## II. VENTA HECHA EN CALIDAD DE ENSAYO O PRUEBA EN EL C.c. ESPAÑOL.

Según el C.c. la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida se presumirá hecha siempre bajo condición suspensiva (3). BADENES (4) la define como una venta subordinada por su eficacia a la comprobación, determinación o aprobación de la existencia de algunas cualidades de la cosa que han formado el presupuesto de la declaración de voluntad del comprador, conocido por el otro contrayente, y por eso, teniendo eficacia jurídica. El pacto puede ser expreso o tácito (5) o resultar del uso interpretativo para ciertas cosas –máquinas, vestuario– (6).

---

3) A diferencia de otras modalidades de venta, como la que refiere el art. 1.452 sobre cosas fungibles, la regulación de nuestro C.c. de la venta a prueba es muy sucinta; esta circunstancia ha derivado que sea la doctrina civilista la encargada de ofrecer soluciones a la práctica totalidad de cuestiones que plantea. En la presente comunicación no vamos a entrar en ningún debate doctrinal, más bien nos haremos eco de las principales planteamientos.

4) BADENES, *El contrato de compraventa*, 306.

5) BADENES, *El contrato de compraventa*, 306, GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 89. En *contra*, SCAEVOLA, *Código civil*, XXIII, 588-93, CASTÁN, *Derecho civil*, IV, 98, que exigen convenio expreso.

6) Cabe incluso que se deduzca de los usos del tráfico cuando se trate de maquinaria industrial, aparatos de radar, televisores, etc. Así SCAEVOLA, *Código civil*, XXIII, 589, GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 89, BADENES, *El contrato de compraventa*, 306.

El C.c. dispone que se presume puesta la condición suspensiva (7). Es una presunción *iuris tantum* que admite prueba contraria, esto es, que las partes hayan querido considerar la venta como sometida a condición resolutoria: lo que puede deducirse de una manifestación expresa o tácita de voluntad. La presunción del C.c. favorece al comprador que no asume los riesgos de una cosa que aún no sabe si le conviene adquirir (8). El C.c. funciona aquí con carácter dispositivo y no imperativo (9).

En cuanto al objeto señalar que el C.c. habla de “cosa vendida” lo cual excluye la limitación a las cosas fungibles que hace el art. 1.452, de suerte que la expresión habrá de ser interpretada con la máxima amplitud, entendiéndola aplicable a cualquier cosa susceptible de ser probada o ensayada (10).

---

7) A este respecto hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial –*vid.* GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 90, y STS 15 noviembre 1983 (RJ 1983\6114)–. Según MANRESA, *Comentarios*, 154, la condición presupone un hecho anterior a la celebración del contrato que los interesados ignoran, por lo cual debe calificarse de condición impropia o *in praeteritum relata*, pero plenamente eficaz en nuestro ordenamiento por ser existente, lícita, posible y no depender exclusivamente su cumplimiento de la voluntad de una de las partes. Le sigue GONZÁLEZ POVEDA, *Compraventa y opción de compra*, 43.

8) ALONSO-PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, 415.

9) GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 87.

10) GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 89.

Tampoco ofrece el C.c. explicación del contenido de la prueba; la interpretación doctrinal lo considera ajeno a la comprobación de los vicios redhibitorios –arts. 1.484 y ss.– : desde una perspectiva sustancial, la cosa puede no tener vicios y ser rechazada por carecer de las cualidades específicas que determinaron la adquisición y cuya presencia es necesaria para la eficacia de la venta; *a sensu contrario*, si se ha determinado la existencia de estas cualidades, el comprador sigue conservando la garantía normal común respecto de los vicios redhibitorios; desde una perspectiva formal, la comprobación de las cualidades de la cosa y la ausencia de vicios se verifica en el momento de la celebración del contrato y no en el de su consumación <sup>(11)</sup>. Puede consistir la prueba en un ensayo único o en varios realizados en un tiempo de duración fijado por las partes o por los usos contractuales; tampoco es imprescindible que sea el comprador quien haga la prueba, pues sería válido la intervención de un tercero elegido por las partes. Característica de la compra a prueba o ensayo es la valoración objetiva del resultado en cuanto no se admite el libre arbitrio de cualquiera de las partes, sino que debe ser imparcialmente valorado incluso por prueba pericial ordenada por el juez si fuere necesario <sup>(12)</sup>. Aquí radica la diferencia de régimen entre la compraventa a prueba o ensayo y la

---

11) GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 91, BADENES, *El contrato de compraventa*, 308.

12) *Vid.* por todos BADENES, *El contrato de compraventa*, 308-11.

compraventa *ad gustum* que recoge el mismo precepto (13). En todo caso, la presunción a que hace referencia el art. 1.453 favorece al comprador porque, negándose a dar eficacia a la compra, incumbe al vendedor probar que el producto ofrecido cumple con las garantías que fueron pactadas (14).

BADENES (15) sienta las reglas en torno al plazo: de ordinario se fija un término que debe ser respetado incluso cuando la prueba no pudiera ser llevada a cabo por causa de fuerza mayor, salvo que el posible vendedor quisiera concederle una prórroga voluntariamente. Sólo cabe prórroga si ha sido culpa de la parte que debe facilitar que la cosa sea probada. Finalizado el tiempo, el comprador debe pronunciarse expresa o tácitamente (16). El fin del plazo sin que el comprador haya aceptado faculta a la otra parte a reclamar la cosa, puesto que el contrato de compraventa no se ha perfeccionado; en caso de no reclamación y ante una aprobación tardía por el comprador, también se supone que ha

---

13) MANRESA, *Comentarios*, 153, CASTÁN, *Derecho civil*, IV, 97-8, GARCÍA CANTERO, *Comentarios*, 90, BADENES, *El contrato de compraventa*, 305.

14) S. Audiencia Provincial de Jaén, 20 marzo 1995 (AC 1995\514).

15) BADENES, *El contrato de compraventa*, 308-11.

16) Defiende Badenes que será el juez el encargado de apreciar los actos determinantes de la aceptación tácita; por ejemplo, el pago del precio supone aceptación salvo que la venta de la cosa a prueba sea expedida contra reembolso, pues el pago en estas condiciones, antes del ensayo, no puede significar aceptación. También se entiende que hubo aceptación tácita cuando el comprador no responde al vendedor pero existen circunstancias que la hacen presumible: si el comprador nada dice, pero se queda con la cosa o usó el aparato durante un largo periodo de tiempo –S. Audiencia Provincial de Toledo, 18 mayo 1994 (AC 1994\798)–, o bien no hubo pago pero sí un reconocimiento de la deuda, así STS. 28 enero 1988 (RJ 1988\200).

habido una aceptación tardía por el vendedor, en tanto se cree que persiste en su intención de vender. Duda la doctrina el régimen al que debe someterse una prueba sin plazo pactado, así CASTÁN (17), dada la objetividad de la prueba, entiende que la ausencia de término faculta al vendedor a reclamar el peritaje para probar que la cosa reúne las cualidades requeridas dentro del uso al que está destinada y hecha la prueba el comprador queda obligado. Más acertada nos parece la opinión de DEMOGUE (18), para quien la falta de término no debe suponer apartar al comprador de realizar la prueba; el vendedor podrá requerir al comprador para que haga el ensayo y si éste mantiene silencio, el juez apreciará si de las circunstancias puede deducirse una aceptación.

Puesto que ambas partes han pactado la celebración de la prueba como condición para la conclusión del contrato, el posible comprador tiene obligación de hacerla. La negativa constituye el incumplimiento de la obligación que permitirá al vendedor resolver el contrato, si ya existía, y resarcirse de los daños –art. 1.124 C.c.– Dado que el comprador, habiéndose comprometido a celebrar el ensayo, ha impedido voluntariamente el cumplimiento de la condición, el vendedor puede obligarle a celebrar la compraventa en virtud del art. 1.119 C.c. que considera cumplida

---

17) CASTÁN, *Derecho civil*, IV, 98.

18) DEMOGUE, *Contratos celebrados en calidad de ensayo*, Revista de Derecho privado, 1941, 59, *op. cit.* por BADENES, *El contrato de compraventa*, 310.

la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

### III. LA VENTA A PRUEBA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL.

El precedente inmediato del art. 1.453 C.c. es el art. 1.375 del Proyecto de 1851: “La venta hecha con sujeción a ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumen hechas siempre bajo condición suspensiva” cuyas redacciones coinciden en toda su extensión <sup>(19)</sup>. Este precepto también fue plasmado en el art. 1.479 del Anteproyecto de C.c. de 1882-1888: “La venta hecha, sometiéndola al ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva” <sup>(20)</sup>.

La legislación histórica castellana no regula la compraventa a prueba. Ni el Fuero Juzgo, ni el Fuero Real, ni las Partidas, las cuales no recogen al compraventa a prueba; sólo la ley 24,

---

19) GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, III, Madrid, 1852, 366.

20) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código civil español (1882-1888)*, Centenario de la Ley del Notariado, I, Madrid, 1965, 520.



tít. 5, Partida V regula el régimen del *periculum* en la compraventa *ad gustum* y de cosas fungibles (21). Del mismo modo, el libro V de la Nueva Recopilación dedica el título 12 a la venta de brocados, sedas y paños, en torno a cómo se deben medir y el título 13 a los pesos y medidas para las compraventas; algunas de estas normas fueron recogidas posteriormente en la Novísima Recopilación, libro X, tít. 12, como el modo en que se han de vender y comprar las lanas y los paños, en la ley 5.

Parece ser que la compraventa a prueba en el derecho medieval español no fue regulada con carácter general, pero sí existe constancia de su conocimiento, pues a ella se refieren normas de varios fueros locales castellanos cuyo objetivo es regular la compra de ganado (22), concretamente los Fueros de Cuenca, Teruel, Plasencia, Béjar, Zamora y Alfambra. Dichos fueros facultan al comprador de una *res* que la someta a prueba durante un periodo de tiempo con la posibilidad de devolverla al vendedor si no le conviene. Cuáles son los animales cuya compraventa puede someterse a prueba los dispone el Fuero de

---

21) Vid. GUTIÉRREZ, B., *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, tratado de las obligaciones*, IV, Madrid, 1869, 286-89; ARIAS RAMOS, J. y ARIAS BONET, J.A., *La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta Partida*, Centenario de la Ley del Notariado, Sección primera, Estudios Históricos, II, Madrid, 1965, 373-76.

22) Para el estudio de los fueros que a continuación recogemos me remito a FERNÁNDEZ ESPINAR, R., *La compraventa en el Derecho medieval español*, Madrid, 1955, 144-47.

Teruel (23): las bestias cuadrúpedas, esto es, las bestias mayores y el ganado bovino. Los fueros no acostumbran a recoger el contenido de las pruebas, pero sí el Fuero de Zamora especifica que han de permitir saber si el animal es idóneo para el arado y, en tiempo de las mieses, también su aptitud para tirar del carro y de la trilla (24). El periodo de prueba no es libremente configurado por las partes, puesto que la ley determina un plazo que varía entre los nueve (25) y los tres días (26).

---

23) Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum ...Et hoc totum sit de bestiis quadrupediis iudicatum, scilicet de bestiis maioribus et armentis...* Vid. CASTAÑÉ LLINÁS, J., *El Fuero de Teruel*, 2ª ed., Teruel, 1991.

24) Fuero de Zamora, 60. *De uender bues. Homne vendir' bues como vezino a vezino, téngalos hata IX días. E se buenos fueren de arada, téngalos, e en el tiempo de las mieses, pruébelo en el carro e enna trilla. E se non fueren bonos, tórnelos a los IX días a so dueño, e so dueño tórnele su haber...* —vid. MAJADA NEILA, J., *Fuero de Zamora*, Salamanca, 1983—.

25) Fuero de Cuenca, XXXIII, I. *De foro impignorationis et venditionis et locationis bestiarum. Quicumque uicino bestiam uendiderit, ad forum conche emptor teneat eam usque ad nouem dies, ut in hoc spatio inspiciat utrum sit sana, necne.* Fuero de Cuenca, XXXIII, 2. *De eo qui bestiam emptam linenciosam inuenerit. Si emptor uesque ad nouem dies bestiam linenciosam uiderit, reddat eam uenditori et recuperet precium quod dederit pro ipsa...* —vid. DE UREÑA, R., *El Fuero de Cuenca*, Madrid, 1935—; Fuero de Béjar, 1005. *Qui fallare la bestia linenciosa. Si por uentura el comprador fasta. IX. dias uiere la bestia linenciosa dela al uendedor e tornele el precio que dio por ella* —vid. *Fuero Castellano de Béjar (siglo XIII)*, preliminar, transcripción y notas por A. Martín Lázaro, Madrid, 1926—; Fuero de Zamora, 59. *De bestia uender. Homne que bestia vendir' e la dier' como vezino a vezino, e después non salir' tal, tórnela hata cabo de IX días, e él tórnele so haber; e se so haber non le quisier' dar, use ela bestia e prinde por so haber...*; Fuero de Alfambra, 63. *De bestia uendida. Qui uendra bestia a su uezino et no sera tal como le aura prometido si prouar lo puede torneli su bestia et prenga sus dineros daqui en .IX. dias; si no es provado iure por su cabo que nel fizo tal conueniencia.* —vid. ALABAREDA Y HERRERA, M., *Fuero de Alfambra*, Madrid, 1925—.

26) Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum. Mando similiter quod quicumque bestiam vicino vendiderit, emptor ipsam teneat usque in diem tercium, ut in hoc spacio illam inspiciat si est sana vel non. Et si forte emptor usque ad diem tercium bestiam linenciosam viderit, coram duobus vicinis vel tribus reddat bestiam uenditori et recuperet precium quod iam pro ea dederat uenditori...*; Fuero de Plasencia, 387. *De uender bestia auezino. Todo omne que bestia a auezino uendiere, a fuero de Plazencia el comprador tengala fasta tercero dia et en este espacio cate si es sana o non. Et si el comprador fasta tercero dia la bestia liviciosa uiniere, tórnela al uendedor et recombre el precio que dió por ella...* —vid. MAJADA NEILA, J., *Fuero de Plasencia*, Salamanca, 1986—.

Si hechas las pruebas y el animal no corresponde a como se hizo constar al celebrar el contrato, el comprador puede apartarse de la venta dentro del plazo convenido, pues si sobrepasa el término no tiene posibilidad de deshacerla (27); en todo caso, esto sólo será posible si el comprador demuestra la tara del ganado (28). Por otro lado, el vendedor tiene la posibilidad de no

---

27) Fuero de Cuenca, XXXIII, 2. *De eo qui bestiam emptam linentiosam inuenerit ... Si ultra nouem dies eam tenuerit de comme cio nullo modo ualeat peniteri...*; Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum ... Si vero ultra tercium diem bestiam tenuerit, de comercio nullus valeat penitere*; Fuero de Plasencia, 387. *De uender bestia auezino ... Si más de tercero dia la touiere del compromiento, nadi non se puede repentir...*; Fuero de Béjar, 1005. *Qui fallare la bestia linenciosa ... Mas si la touiere mas de. IX. dias non se puede mas repentir de la mierca por ninguna manera...*; Fuero de Zamora, 60. *De uender bues ... E se non tornar' los bues hata IX días, no le responda, e se hata IX días le los tornaré e non le dan so haber, use elos bueyes e prinde por so haber. E se IX días fueren pasados, non ye responda.*

28) Fuero de Cuenca, XXXIII, 3. *De emptore qui linenciam ostendere non potuerit. Si emptor dixerit bestiam esse linenciosam, nec tamen linentiam hostendere potueri, nequeat peniteri. Por aliis uitiis emptor bestiam non reddat, nisi solummodo pro linentia, sicut dictum est*; Fuero de Plasencia, 387. *De uender bestia auezino ... Mandamos que si el comprador dixere que la bestia es livenciosa et la livencia demostrar non pudiere, nol' uala repentir...*; Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum ... Set si forte emptor dixerit linenciosam esse bestiam, et linenciam illam hostendere nequiverit, non valeat penitere...*; Fuero de Béjar, 1006. *Qui non puede mostrar linencia de bestia. Demas desto dezimos que si el comprador dixiere que la bestia es linenciosa non aya poder de repentisse ni tornela bestia el comprador por otros uicios algunos, fueras por linencia sola como dicho es.*

devolver el precio y recibir el animal cuando jure ante dos testigos que vendió la cosa sana (29); si no puede hacer el juramento o se niega a ello, tiene obligación de devolver el precio y recibir la cosa (30).

A diferencia de nuestro régimen jurídico actual podemos constatar que: 1º No parece que se tratara de la admisibilidad de un pacto entre los contratantes, sino de la facultad establecida legalmente de probar el ganado y en las condiciones que la propia ley dispone. 2º No lo dicen los fueros de modo explícito, pero parece ser una compra contratada suspensivamente, pues se dice que el vendedor permita al comprador tener la cosa en su poder

---

29) Fuero de Cuenca, XXXIII, 2. *De eo qui bestiam emptam linentiosam inuenerit... Verumptamen si uenditor dixerit bestiam sibi sanam uendidisse iuret cum duobus uicinis se uerum dicere, e non recipiat bestiam, neque precium reddat...*; Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum ...Verumptamen si venditor dixerit sibi sanam vendidisse bestiam, iuret solus se uerum dicere et, si iuraverit, non recipiat bestiam vel reddat precium comparanti...*; Fuero de Plasencia, 387. *De uender bestia auezino ...Todauia si el uendedor dixiere que la bestia sana la uendió, iure con II uezinos que uerdad dize et non reciba la bestia, ni el precio torne...*; Fuero de Béjar, 1005. *Qui fallare la bestia linenciosa ... Mas maguer, si el uendedor dixiere que uendio la bestia sana, iure con dos vezinos que uerdad dize e non tome la bestia ni torne el precio...*

30) Fuero de Cuenca, XXXIII, 2. *De eo qui bestiam emptam linentiosam inuenerit ... Si iurare uoluerit, aut nequieuerit, reddat precium, bestiamque retineat*; Fuero de Teruel, 450. *De venditione bestiarum ... Si uero iurare noluerit vel nequiverit, reddat precium et bestiam suam recuperet, ut est dictum...*; Fuero de Plasencia, 387. *De uender bestia auezino ... Si iurar non quisiere o non pudiere, torne el precio et la bestia retenga...*; Fuero de Béjar, 1005. *Qui fallare la bestia linenciosa ... Si non quisiere iurar, o non pudiere, torne el precio e tome su bestia.*

para la prueba. No se habla de resolución del contrato sino de simple devolución de lo que, previo a la perfección de la compra, se entregó; las partes han cumplido las obligaciones principales de entrega de cosa y precio pero la venta no es perfecta hasta que el comprador dé su visto bueno. 3º Al igual que nuestro derecho vigente, tampoco debe confundirse esta opción con la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor. La compra a prueba se trata de una facultad del comprador, mientras el deber de responder por vicios ocultos es una obligación del vendedor inmanente al contrato. Tampoco el comprador que prueba una *res* ejercita acción redhibitoria, simplemente devuelve una cosa que ha probado y no le sirve como se hizo constar en la venta; en el otro supuesto, se trata de vicios ocultos del animal que merman o hacen imposible el uso para el que son destinados. 4º Los fueros regulan una compra a prueba limitada a los animales de tiro y carga y ganado bovino. 5º El tiempo de prueba no es voluntario sino legal. 6º Como en nuestro Derecho civil actual, la exclusión de la compra ha de fundamentarse en taras objetivas, no en el desagrado que pudiera causar el animal para el comprador. 7º Aún el vendedor puede liberarse del deber de aceptar la bestia cuando la asegura sana bajo juramento, lo cual constituye una merma de la facultad de restitución del comprador, si bien pudo ser el precedente del vigente derecho del vendedor de no aceptar la cosa cuando, considerando que reúne las cualidades pactadas, reclama un peritaje que lo cerciore.

#### IV. LA COMPRAVENTA A PRUEBA EN LA COMPILACIÓN JUSTINIANEA.

Siendo la *emptio-venditio* un *contractus consensu initus, bilateralis, bonae fidei, quo quis (venditor) alteri (emptori) promittit rem habere licere, dum hic alter mutua vice rei pretium promittit.*- *Inde nascitur obligatio, immo duplex obligatio reciproca munita actione bonae fidei: venditor fit debitor traditionis rei et est creditor pretii; emptor fit debitor traditionis pretii et est creditor rei sibi tradendae* (31), la doctrina romanista (32) considera que la compraventa se contrata a prueba cuando el comprador puede liberarse de la venta en un plazo concreto de tiempo desde la conclusión del contrato en función del desagrado que la *merx* ocasiona al comprador o bien impedir que el negocio llegue a ser eficaz por idéntica causa.

El enunciado “compraventa a prueba” pertenece a la terminología moderna, sin embargo, este dato no obsta para cerciorarse que el Derecho romano sí previó la posibilidad de incorporar a la venta ciertos pactos celebrados entre quienes contratan, cuya entrada en vigor determinaba la suspensión o la

---

31) PETRUS VIDAL, P., *Institutiones iuris civilis Romani*, Prati, 1915, 410.

32) Fundamentalmente alemana, *vid.* MISERA, K., *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, ANRW, II 14, Berlin-New York, 1982, 530-31. KNELLWOLF, M., *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe*, Zürich, 1987, 45-6.

resolución de los efectos jurídicos propios de la venta por motivo del disgusto de la cosa por el comprador. La posibilidad de incorporación de estos acuerdos permite la disolución o la no entrada en vigor del negocio de venta por voluntad unilateral del comprador, quien gozará de un plazo de tiempo para probar la cosa; verificado su disgusto, la compraventa se tiene por no celebrada, si el pacto es resolutorio, o bien nunca llegará a constituirse, si el pacto es suspensivo (33).

---

33) La razón última que subyace al reconocimiento por el Derecho romano de los pactos entre comprador y vendedor que permiten a aquél someter la cosa a un periodo de prueba está muy relacionada con la necesidad de prevenir fraudes en las compras. Evitar la venta de esclavos y animales defectuosos como si de objetos sanos se tratase fue el objetivo de los edictos del edil curul de *mancipiis vendundis* y de *iumentis vendundis* recogidos en el título primero del libro 21 del Digesto. La vinculación entre esta obligación, que llegará a ser connatural a la *emptio venditio*, y la compraventa a prueba fue llevada más allá de los propósitos por buena parte de romanistas, quienes han coincidido en resaltar una conexión entre ambas en cuanto al origen de la compraventa a prueba resolutoria se refiere; los fragmentos que disponen tal factible interpretación son: a) D. 21,1,31,22 y 23 (*Ulp., I. ad ed. aedil. curul.*). En el primer texto Ulpiano comenta la validez de la convención que se celebra en el momento de la venta por la cual se incorpora la posibilidad de redhibición, concediéndose al comprador la *actio in factum ad redhibendum* para apartarse de la compra. El párrafo se completa con el siguiente que dispone la entrega de acción habiendo transcurrido el plazo de interposición, siempre que exista causa que justifique la petición fuera del término. El carácter resolutorio de la venta en función de un pacto añadido ha hecho a la doctrina hablar en este caso de *pactum displicentiae*: se trataría de una venta perfecta a la que se incorpora el *pactum displicentiae*; que Ulpiano disponga la expresión “*redhibitio*” como consecuencia del *pactum displicentiae*, ha hecho a la doctrina cuestionarse el origen del pacto en las ventas de esclavos celebradas en el mercado de Roma bajo la jurisdicción del edil curul; así, DE SENARCLENS, A., *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, TR, 4 (1923), 394 y ss., LENEL, O., *Das edictum perpetuum*, 2. Neudruck der 3. Auflage, Leipzig-1927, 1974, 563-64, VIARD, P., *Les pactes adjoints aux contracts en droit romain classique*, Paris, 1929, 84, SIBER, H., *Comentario a Wieacker, Lex commissoria*, ZSS 53 (1933), 538, IMPALLOMENI, G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 72-3, 374, ARANGIO-RUIZ, V., *Compravendita in diritto romano*, Napoli, 1956, 368, LEVY, E., *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, Gesammelte Schriften, II, Köln-Graz, 1963, 277, PETERS, F., *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, 84-6, OLSZAK, N., *Emptio ad gustum: la venta à la dégustation, de l'antiquité à l'article 1587 du Code civil*, RHD, 63 (1990), 374. b) Otro texto, en este caso no jurídico, que utilizan quienes defienden la existencia del *pactum displicentiae* en el edicto curul es la venta de una esclava descrita por Plauto en *Mercator* 417-423: “*CHA. Quíd, si igitur reddátur illi unde émpast? DE. Minume géntium. CHA. Díxit se redhibére, si non placeat. DE. Nil istóc opust: Lítigari nólo ego u(o)squam, tuam aútem accusarí fidem. Multo edepol, siquíd faciendumst, fácere damni mávolo. Quam óbprobramentum aút flagitium múliebre xferrí domo. Mé*

---

*tibi illam p[ro]p[ri]e opinor l[uc]ulente v[en]dere” –vid. T. Macci Plauti Comoediae. Ex recensione G. GOETZ et F. SCHOELL, Fasc. IV, Lipsiae, 1899–. En general, la ausencia de pruebas concluyentes impiden a la doctrina formalizar una posición unánime; el alcance varía según el rigor con que se examina la aparente naturaleza jurídica del texto, de ahí que exista incertidumbre al determinar un perfecto reconocimiento por el ordenamiento romano del pacto en tiempos del comediógrafo –en este sentido PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 86-7–, en todo caso la doctrina mayoritariamente ha venido decantándose de forma positiva: CUQ, E., *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, 468, MANNA, L., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell’editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994, 18, JAKAB, E., *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, 45-9, MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 532. Concretamente MISERA, frente a la posición tradicional –véase también GIRARD, P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924, 762, n. 2 y D’ORS, A., *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano*, AHDE, 45 (1975), 596-97–, examina estos textos en clara alusión a un convenio redhibitorio cuyo fin es *redhibere* un esclavo frente a la devolución del precio; no se trata de la forma típica de compraventa a prueba, pues en este caso los fragmentos recogerían un *displicere* o un *placere*, ni del usual pacto redhibitorio cuyo sustento ha venido de la mano del edil curul, sino de un pacto de validez reconocida, “*ea conventio rata habetur*” dice Ulpiano, y con una protección procesal específica, la *actio in factum ad redhibendum*, apoyada en la *actio redhibitoria*. c) Finalmente, el último texto que ha utilizado la doctrina para afirmar el reconocimiento del *pactum displicentiae* por el edicto del edil curul es *Fr. Vat. 14*: “...*Cui non est contrarium, <quod> iudicium ab aedilibus in factum de recipiendo pretio mancipi<i> redditur, quia displicuisse proponitur: [quod non erit necessarium, si eadem lege contractum ostendatur.]*, vid. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, 276, D’ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba*, 596, párrafo que recoge un resumen del texto auténtico procedente de Papiniano, en el cual el jurista clásico expresa abiertamente que la *actio in factum* fue propuesta por los ediles curules. Para MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 534-35, el fragmento gira en torno a la cuestión si puede aplicarse el régimen de la compra ordinaria o el específico del edicto edilicio en caso de devolución del precio a cambio del reintegro del esclavo, así el jurista clásico aplica la *actio empti* en vez de la *actio in factum ad redhibendum*, pues observa el acuerdo desde la perspectiva de los *pacta adiecta* incorporados *in continenti* a un *iudicium bonae fidei* los cuales gozan de la protección propia del contrato al que acceden.*



Si *pactum* es, según la jurisprudencia clásica <sup>(34)</sup>, “*duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, el principio que predominó en el ámbito pacticio romano fue el de libertad, en tanto los pactos supusieron una ruptura con la tipicidad que caracterizó la vida jurídica contractual romana; sin necesidad de formas ni arquetipos, las partes podían alcanzar un *pactum* sobre cualquier objeto y contenido, concluido sin fraude y respetuoso con el ordenamiento <sup>(35)</sup>. Que el *pactum* constituyera una convención fuera del elenco o *numerus clausus* de contratos se tradujo en la ineficacia para la producción de obligaciones, esto es, la ausencia de tutela jurídica o acción con que reclamar el cumplimiento del pacto. Su eficacia permanecía limitada a la producción de excepciones <sup>(36)</sup> que paralizaban el ejercicio de un

---

34) D. 2,14,1,2 (*Ulp., IV. ad ed.*).

35) D. 2,14,7,7 (*id.*): “*Praetor ait: PACTA CONUENTA, QUAE NEQUE DOLO MALO NEQUE ADUERSUS LEGIS PLEBIS SCITA SENATUS CONSULTA EDICTA DECRETA PRINCIPUM NEQUE QUO FRAUS CUI EORUM FIAT FACTA ERUNT, SERUABO*”, LENEL, *E. P.*, 65.

36) D. 2,14,7,4 (*id.*).

derecho subjetivo o de una *actio* y su tutela correspondía al pretor en su edicto<sup>(37)</sup>. Sin embargo, el derecho romano<sup>(38)</sup> también

---

37) La problemática de los pactos ha sido ampliamente estudiada, si bien no procede en este lugar hacer el elenco de cuestiones que a ella subyacen. En cuanto al régimen pacticio en las XII Tablas me remito al estudio bibliográfico de ALBURQUERQUE, J.M., *Historia del "pactum" antes del "edictum": "pactum" como acto de paz en las XII Tablas*, Estudios homenaje prof. J. IGLESIAS, III, Madrid, 1988, 1107 y ss. Respecto a la rúbrica edictal, la doctrina se empeña en ver una paradoja; de una parte, la cláusula genérica "*pacta conventa servabo*", y de otra, la norma que restringe la eficacia jurídica del *pactum* a la *exceptio*; ésta es continuación del régimen jurídico de las XII Tablas, pero es difícil determinar en qué medida los "pactos acordados sirven". Baste aquí referir la posición tradicional de MANENTI, C., *Contributo critico all teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, Studi Senesi, 7 (1890), 85- 180, y, en la misma publicación, 8 (1891), 3-143, que parte de concebir la producción de excepciones como consecuencia de la esencia del *pactum*. Véanse también las críticas de FERRINI, C., *Sulla teoria generale dei "pacta"*, Opere, III, Milano, 1929, 243-73 y de BONFANTE, P., *Sui "contractus" e sui "pacta"*, Scritti giuridici varii, III, Torino, 1926, 142-49. Posteriormente MAGDELAIN, A., *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, elaboró una teoría que, en líneas generales, vincula la exclusión de la capacidad creadora de obligaciones estrictamente a los *nuda pacta* y no se erigió en principio que afectara a todo el consensualismo. Si bien varios han sido los romanistas que le han acusado sobre todo de pobre confirmación textual en sus conclusiones, *vid.* las recensiones de BURDESE, A., *Iura*, 10 (1959), 207 y ss., BRASIELLO, U., *SDHI*, 25 (1959), 465 y ss., AMIRANTE, L., *BIDR*, 11 (1960), 297 y ss., D'ORS, A., *AHDE*, 29 (1959), 722 y ss., la doctrina moderna parece partidaria de admitir la existencia de pactos con efectos constitutivos, de modo que la tutela no podía estar limitada a la única concesión de la *exceptio*; en este sentido nos remitimos a DIÓSDI, G., *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, *BIDR*, 74 (1971), 106 y *Contract in Roman Law*, Budapest, 1981, 120 y ss. del mismo autor, SANTORO, R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, *Annali Palermo*, 37 (1983), 165 y ss., GALLO, F., *Sinallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, 56 y ss., y VEGH, Z., *Meditatio de edicto de pactis*, *Festschrift für W. Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart, 1993, 345 y ss., entre otros.

38) D. 2,14,7,5 (*Ulp., IV. ad ed.*): "*solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sit accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur (...) sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*".

previó el ejercicio de acción para obligar al cumplimiento de aquellos pactos que, a modo de cláusulas añadidas a los contratos, se dirigiesen a modificar sus efectos típicos<sup>(39)</sup>. Estos pactos, agrupados bajo la denominación de *pacta adiecta*<sup>(40)</sup>, no producen obligaciones por su propia naturaleza sino en tanto se suman a un contrato cuya acción tutela su observancia<sup>(41)</sup>.

---

39) MELILLO, G., voz "Patti (storia)", Enciclopedia del diritto, XXXII, 1982, 490.

40) Terminología que no pertenece al derecho romano clásico; en éste encontramos las expresiones de *pactum nudum*, *pactum conventum*, *pactio*, *paciscor*, *pango*. Para referir los pactos añadidos a contratos se habla de *convenit ut*, *ita ut*, *sic ut*, *ea condicione ut* o *ea lege ut*, así VIARD, *Les pactes adjoints*, 1, n. 1.

41) GROSSO, G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 173-86; ROTONDI, G., *Natura contractus*, BIDR, 24 (1911), 62; VIARD, *Les pactes adjoints*, 5-11. Si bien son muchas las cuestiones que surgen en torno al régimen jurídico de estos pactos —por ejemplo, si caben pactos añadidos que alteren los caracteres jurídicos esenciales del negocio o en qué medida es posible anular el pacto que resulta nulo y qué consecuencias tiene sobre el contrato principal— todo planteamiento gira alrededor de un aspecto central: la situación de estos acuerdos respecto del contrato al que se añaden, es decir, ¿se incluyen en el seno de la relación contractual o constituyen convenciones diversas e independientes? La romanística moderna, entre los que están ROTONDI, *Natura contractus*, 60; BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 156; GROSSO, *Il sistema*, 173-86, atribuye respuestas distintas según que el pacto acceda a un *iudicium bonae fidei* o *stricti iuris*, así como el supuesto de *pactum in continenti* o de un pacto *ex intervallo*, o que consista en un pacto que beneficia al demandado, *pro reo*, o al demandante, *pro actore*, esto es, que disminuya o aumente la obligación respectivamente, *ad minuendam vel ad augendam obligationem*. Se concluye que el cambio en la *natura contractus* y por tanto la transformación de la acción se consigue: *pro actore*, cuando es un *pactum in continenti* en *iudicia bonae fidei*; se tiene *pro reo*, si se trata de *pactum in continenti*, siempre; si es *pactum ex intervallo* sólo en los *iudicia bonae fidei*. La eficacia de los pactos añadidos tiene más alcance, pues, cuando se trata de *iudicia bonae fidei*: D. 2,14,7,5 (*Ulp., IV. ad ed.*), D. 18,5,3 (*Paul., XXXII. ad ed.*), C.J. 2,3,13 (*Imp. Max. A. Mario*), que prueban la existencia de la máxima "*pacta conventa inesse bonae fidei iudicia*".

Hacer un elenco de los pactos que se pueden concluir con ocasión de un contrato es difícil, pues son tan múltiples y diversos como los propósitos y las causas de los contratantes de los que son reflejo; sin embargo, cuando se habla de *pacta adiecta* a la *emptio venditio*, la doctrina hace una enumeración de pactos, más o menos exhaustiva (42). En todo caso, conviene en afirmar que la compraventa a prueba romana es resultado de combinar el régimen jurídico propio de la *emptio venditio* con la vigencia de cláusulas añadidas que facultan al comprador a probar la cosa.

---

42) En general, la romanística ha centrado su investigación fundamentalmente en el pacto de *lex commissoria*: D. 18,3,1 (*Ulp., XXVIII. ad Sab.*)—WIEACKER, F., *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932, LONGO, C., *Sulla in diem addictio e sulla lex commissoria*, BIDR, 31 (1921), 40-50, MICHEL, J. H., *L' influence de la lex venditionis sur les règles du contrat de vente*, RIDA, 13 (1966), 336 y ss.—El pacto de *in diem addictio*: D. 18,2,1 (*Paul., V. ad Sab.*)—SIEG, H., *Quellenkritische Studien zur Bessergebotsklausel (in diem addictio) im römischen Kaufrecht*, Hamburg, 1933, HENLE, R., *Die rechtliche Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, Festschrift P. Koschaker, II Band, Weimar, 1939, 169-92, D'ORS, A., "In diem addictio", AHDE, 16 (1945), 13 y ss., LONGO, *Sulla in diem addictio*, 40-50—. El denominado por los comentaristas *pactum de retrovendendo*: D. 19,5,12 (*Proc., XI. epis.*)—GIRARD, *Manuel*, 761, CUQ, *Manuel*, 474, VIARD, *Pactes adjoints*, 80 y ss., RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, Napoli, 1959—, y señalamos, por último, el *pactum de non praestanda evicione*—BEKKER, E., *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Leipzig, 6 (1863), 229 y ss.; MEDIO, A. de, *Il patto di non praestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, BIDR, 16 (1904), 5 y ss.; RICCA-BARBERIS, M., *Altro ancora sull'efficacia del "pactum de non praestanda evicione"*, Festschrift P. de Francisci, II, Milano, 1956, 11 y ss.; sobre la recepción del *pactum de non praestanda evicione* en los códigos modernos, *vid.*: IMPALLOMENE, G., *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivate*, Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag, Berlin, 1970, 595 y ss.; ID. *Il "pactum de non praestanda evicione" nella dottrina di Giuliano e di Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, I, Milano, 1988, 233 y ss.—

Los textos que refieren la compra a prueba no son numerosos. Siguiendo a MISERA, hallamos los que subsiguen:

1. Citamos en primer lugar D. 18,1,3 (*Ulp., XXVIII. ad Sab.*): "*Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione*". El fragmento, cuya clasicidad no ha sido cuestionada, dispone que en el supuesto de venta de un objeto con el convenio que si desagrada al comprador se entiende que no ha sido comprado, debe interpretarse en el sentido que la compra ha sido resuelta bajo condición, no que fue comprado *sub condicione*.

A este respecto debemos destacar dos aspectos: de una parte, la alusión al denominado *pactum displicentiae* y de otra, el carácter resolutorio del acuerdo. En cuanto a la primera de las cuestiones decir que un sector doctrinal<sup>(43)</sup> asimila la compraventa a prueba con el denominado "*pactum displicentiae*". Desde esta perspectiva, el *pactum displicentiae* pudo haberse tratado de un acuerdo constitutivo de condición suspensiva o resolutoria, según el alcance del convenio, cuya verificación venía en conexión con el disgusto del objeto de compra para el comprador. Ésta es la noción más reciente de "*pactum displicentiae*", pero no es un concepto unánime. La versión tradicional lo concibe como el acuerdo en virtud del cual el

---

43) MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 530-71, KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe*, 23 y ss.

comprador tiene la facultad de rescindir el contrato, cuando la cosa no resultase de su agrado <sup>(44)</sup>.

La particularidad que presenta este pacto es la existencia de un consenso que conforma la compraventa, al cual se añade un convenio que condiciona la ineficacia del contrato <sup>(45)</sup> ésta vendrá determinada por el desagrado de la cosa al comprador <sup>(46)</sup>.

---

44) ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, 404.

45) La romanística alemana habla a este respecto de "reserva de renuncia" o "Rücktrittsvorbehalt", *vid.* HENLE, *Die rechtliche Natur der in diem addictio*, 174.

46) Para las analogías del *pactum displicentiae* con el *pactum de retroemendo* me remito a RASI, P., *Il patto di riscatto nella compravendita*, Napoli, 1959, 41-43, y a LARDEUR, G., *Du pactum displicentiae*, Paris, 1893, 8-9. Es antigua la disputa que plantea si el *pactum displicentiae* pudo concluirse en favor del vendedor, siendo sobre todo romanistas del siglo pasado, como NAMUR, J., *Des pactes ajoutés aux contrats de bonne foi et spécialement des pactes ajoutés aux contrats de vente*, Gand, 1883, 76, RONGA, G., *Corso di istituzioni di diritto romano*, Torino, 1899, 187, o MOLITOR, J. P., *Les obligations en Droit romain*, 12 éd., Paris, 1874, 622, quienes lo concibieron como un pacto que autorizaba a cualquiera de los contratantes a apartarse de la venta; se trataba de un acuerdo que podía ser celebrado en interés de ambos o de uno sólo; en este caso, normalmente se trataba del comprador. Sus apoyos se sustentaban en la compraventa consensual como negocio de buena fe y en el *pactum displicentiae*, esto es, en un convenio y, como tal, sujeto a la libre voluntad de los contratantes, sin embargo, dejaron de lado el argumento principal, como son las fuentes, pues, cuando la compilación trata del *pactum displicentiae* siempre se habla de la resolución de la compra. A este respecto véase LANDUCCI, L., *Azioni per far valere il "pactum displicentiae" e la "lex commissoria" nella compra e vendita*, Estratto dagli Atti del R. Istituto veneto di scienze lettere ed arti, vol. LXXV, parte seconda, 137, n. 2.

La denominación de este pacto deriva del término "*displacentia*" que según FORCELLINI (47) es *animi effectio, qua quis sibi displicet*, es decir, un estado de ánimo, una situación que causa desagrado; *displiceo est non placeo*, es desplacer, es lo que disgusta (48). Hablar de *pactum displacentiae* sería lo mismo

---

47) FORCELLINI, A., *Lexicon totius Latinitatis*, voces: "*displacentia, ae*" y "*displiceo*", t. II, Bolonia, 1965, 160.

48) El *pactum displacentiae* como tal *pactum adiectum* no está previsto en las fuentes, de ahí que se haya afirmado —*vid. OLSZAK, Emptio ad gustum*, 373, n. 68— que la expresión "*pactum displacentiae*" no es romana, sino que fue adoptada por la doctrina romanística con apoyo en el verbo "*displiceo*" empleado por los jurisconsultos a propósito de este pacto. Ciertamente que en las fuentes no hay enunciación alguna del acuerdo como "*pactum displacentiae*", pero sí hay constancia de su carácter pacticio y, desde luego, del dato subjetivo que subyace en él, el desagrado del comprador manifestado por medio de "*displiceo*"; con idéntico carácter negativo ha de interpretarse su uso en otros fragmentos de juristas clásicos, aunque no se refieran a la *emptio venditio*; así se interpreta el "*displicebat*" utilizado por Celso cuando refiere un comentario de Próculo recogido en D. 16,3,32 (*XI. dig.*); también Ulpiano lo usa como sinónimo de desacuerdo en D. 10,2,20,7 (*XIX. ad ed.*) al afirmar "*quod merito displicet*", al igual que Paulo cuando dice "*nam in confinio praediorum urbanorum displicuit*" en D. 10,1,4,10 (*XXIII. ad ed.*). Es Paulo quien admite en D. 17,2,65,4 (*XXXII. ad ed.*) la posibilidad de ejercitar acción por mala fe en una de las partes cuando, habiendo pactado un contrato de sociedad para la compra de la cosa, uno de los socios renuncia al contrato con la intención de comprarla solo. Sin embargo, si el socio renunciaba a la sociedad porque la cosa le desagradaba, "*displicebat*", no existe fraude y no queda obligado por la acción del contrato. De modo similar se puede concebir la expresión "*displicere*" de D. 12,2,34,7 (*Ulp., XXVI. ad ed.*) que reconoce la no concesión de acción a quien no usa de la condición del juramento, pues ésta no debe "*displicere*" a quien defirió el juramento: "*et si is qui petet condicione iurisiurandi non utetur, iudicium ei praetor non dabit. aequissime enim hoc facit, cum non deberet displicere condicio iurisiurandi ei qui detulit...*" Véase DIRKEN, E., *Manuale latinitatis fontium iuris civilis Romanorum*, Berolini, 1837, voz "*displicere*", 293. En cuanto al objeto sobre el que puede recaer "*displiceo*" me remito a la breve exposición recogida en el V. I. R., tomos II, D-G, Berolini, 1933, voz "*displiceo*", 277. Respecto a las fuentes jurídicas posclásicas, LEVY, E., *Ergänzungsindex zu Ius und Leges*, Weimar, 1930, voz "*displiceo*", 48, recoge dos textos en los que figura dicho término, *Fr. Vat.* 14 y *CTh.* 3,16,2, según la *interpretatio* de MOMMSEN, T., *Theodosiani Libri XVI cum constitutionibus Sirmondianis*, vol. I, *pars prior*, Berolini, 1905, 157-58. El fragmento antedicho del Código Teodosiano alude a la repudiación de la mujer y la restitución de la dote "*...femina morum levitate displiceat, maritus donationem suam revocet et illi quidquid ab ea perceperat...*", si bien GRADENWITZ, O., *Heidelberger Index zum Theodosianus*, Berlin, 1925, voz "*displiceo*", 64, añade otros fragmentos de dicho código que recogen el verbo "*displiceo*" en distintas conjugaciones: *CTh.* 1,16,1 "*tua sententia displicebit*", *CTh.* 2,1,6 "*cum iudicatum quod displicet appellatione excluderint*", *CTh.* 11,36,23 "*...reservata post ultimum facultate partibus appellandi, si displicuerit definitiva sententia...*", constituciones pertenecientes al ámbito procesal las cuales refieren una sentencia que disgusta, con la que las partes o alguna de ellas no están

que hablar de "convenio por causa de desagrado" (49); en una interpretación menos literal, pacto de desistimiento o venta a prueba, "Kauf auf Probe", como lo denomina la doctrina

---

conformes —véase la interpretación de PHARR, C., *The Theodosian Code and Novels and the Sirmondian Constitutions*, New Jersey, 1952, 38 y 337—; *CTh.* 3,5,2 que, en materia de donaciones, alude al desacuerdo que mantiene con la opinión de los juristas antiguos "...cum veterum sententia displicebat, quae donationes in sponsam nubtiis quoque non secutis decrevit valere..."; el mismo fragmento repite el término, "qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere", —vid. PHARR, *The Theodosian Code*, 66—; *CTh.* 6,2,15 "...si conlatio ista non dis(plicet, a consort)io amplissimi ordinis non retendant", que alude al hecho de estar o no en desacuerdo con la entrega de tasas —vid. PHARR, *The Theodosian Code*, 118—; también *CTh.* 12,6,12 alude a pagos que no pueden disgustar "... sane si diem suscipientium deprehenditur quod fuerat ante fastidium, cum obryzae materies adferatur, quae non potest displicere, sub congrua animadversione plectendus est.." *CTh.* 8,5,33 recoge la palabra *displicere* con el alcance común del término, esto es, como sinónimo de desagrado, en este caso, de unos vestidos, al señalar "tales igitur vestes a principiis dirigantur, quae, priusquam moventur, inspectione gravitatis tuae displicere non possint" —vid. PHARR, *The Theodosian Code*, 200—; y finalmente hallamos *CTh.* 12,6,11 que afirma "...nam neque eos qui placuerint gravare iusti est neque illos qui displicuerint tenere prudentis" en referencia a quienes han adoptado una conducta reprochable —vid. PHARR, *The Theodosian Code*, 374—.

49) En este sentido, HEUMANN, H.-SECKEL, E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11 ed., Graz, 1971, voz "displicere", 152, que habla de "missfallen".



alemana <sup>(50)</sup>. Los juristas bizantinos no dedicaron a este pacto ningún título específico; su conocimiento viene disperso en varios fragmentos de la compilación en los que ni siquiera se halla el enunciado "*pactum displicentiae*". Las fuentes suelen recoger la expresión "*pactum ut si res displicuerit intra certum diem inempta sit*" <sup>(51)</sup>.

Respecto a la segunda cuestión, el carácter resolutorio que se desprende del fragmento <sup>(52)</sup>, decir que lleva implícito el rechazo de la posibilidad de concebirlo *sub condicione* entendiendo por

---

50) PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 83. MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 522-82. Llegados a este punto consideramos conveniente hacer una observación. Si nos atenemos a los textos jurídicos que tratan de la compraventa a prueba, en ellos el consentimiento de las partes delimita la producción de efectos jurídicos del negocio de forma suspensiva o resolutoria. Sin embargo, si nos atenemos a los fragmentos que refieren expresamente el "*pactum displicentiae*" observamos que prima el carácter resolutorio y no suspensivo de la venta. Ciertamente que no hallamos definición del pacto y debemos guiarnos por la expresión terminológica de las fuentes, en este caso hemos de afirmar que el *pactum displicentiae* es pacto resolutorio del contrato. Con lo dicho ponemos de manifiesto la dificultad que encontramos en la identificación plena, como hace MISERA, de la compraventa a prueba con el *pactum displicentiae*.

51) Cf. VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma, 1972, 508.

52) El título dedicado por el Digesto a la venta con *lex commissoria* se inicia con un texto de Ulpiano, D. 18,3,1; el párrafo recoge el claro pensamiento del jurista hacia la concepción resolutoria del *pactum*, pero la utilización del "*magis est*" nos permite juzgar que probablemente se cuestionó su carácter suspensivo. Otro tanto podemos decir de la *in diem addictio* respecto del texto D. 18,2,2, pr., donde Ulpiano incluso recoge expresamente las dudas, "*quaestionis est*", concernientes a la función suspensiva o resolutoria del *pactum* en cuanto a la eficacia de la venta —KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, I, München, 1971, 561—. Sin embargo, de la lectura de D. 18,1,3, Ulpiano parece rotundo cuando reconoce su función resolutoria, pues usa el término "*constat*" para expresar aquello que es evidente.

tal, con la generalidad de la doctrina, el negocio bajo condición suspensiva, y admite que en verdad hay una resolución del contrato de compra cuando se cumpla el supuesto condicionante, el desagrado de la *merx* (53). Donde falta unanimidad es en la configuración que se cree dieron los juristas clásicos a dicho carácter resolutorio. Habida cuenta de las dificultades que presenta el régimen de la condición en Derecho romano, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar que, dentro del proceso evolutivo de reconocimiento de la condición resolutoria, para la jurisprudencia clásica aún fue desconocida; probablemente el *pactum displicentiae* fue constitutivo de un convenio resolutorio sometido a una condición suspensiva que no implicaba el cese automático de los efectos jurídicos del negocio, sino que daba eficacia al pacto de resolución concediendo al comprador el derecho a revocar la compraventa (54). Sin embargo, no han faltado autores que pretenden superar las tradicionales teorías y argumentan a favor del reconocimiento jurídico de la condición resolutoria en época clásica (55); así

---

53) D'ORS, A., *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba* 595, es partícipe de la doctrina común cuando dice que el derecho romano no favoreció las condiciones resolutorias y por ello consideraba los pactos de este tipo como pactos resolutorios suspensivamente condicionados.

54) Vid. BETTI, *Corso*, 545 y ss., ID., *Istituzioni*, 207 y ss.

55) Mencionamos a HENLE, *Die rechtliche Natur der in diem addictio*, 188 y ss., quien estima que los juristas romanos concibieron perfectamente la condición resolutoria. Ellos hablan de "*condicionalis emptio*" respecto de la condición que aplaza los efectos jurídicos de la venta y para la condición que los extingue, mencionan "*pura emptio, quae sub condicione resolvitur*". Con el término "*pura*" no indican un negocio incondicional, sino sencillamente un negocio que carece de una condición con efectos aplazantes; las resultas de la venta nacen inmediatamente, pero cumplido el supuesto de la condición, entramos en la segunda parte de la expresión: "*sub condicione resolvitur*". No se trata, dice el profesor alemán, de un pacto resolutorio bajo condición suspensiva sino de una compra bajo condición resolutoria, "*nicht zwei Geschäfte, sondern eins*".

KASER<sup>(56)</sup> y MANNA<sup>(57)</sup> se apoyan en D. 18,1,3 para afirmar que Ulpiano pudo haber admitido la resolución de la venta *sub condicione*. Puede que si nos fijamos exclusivamente en la redacción del fragmento ulpiano podamos llegar a pareja conclusión, sin embargo, tampoco existen en las fuentes pruebas fehacientes que permitan una generalización. Incluso admitiendo la teoría según la cual Ulpiano contempló el *pactum displicentiae* como si se tratara de una condición resolutoria, cualidad que el mismo Ulpiano no acertaría a afirmar tan rotundamente para otros pactos<sup>(58)</sup>, no parece posible concluir que constituyó una opinión prevalente en la jurisprudencia clásica, pues hay testimonios de lo contrario, sin ir más lejos, el fragmento de Paulo D. 41,4,2,5<sup>(59)</sup>.

Puesto que nos parece excesivo entrar en el análisis de la teoría de la condición en Derecho romano, partimos de la solución tradicional que compartieron la mayor parte de

---

56) KASER, *RPR*, I, 257.

57) MANNA, *Actio redhibitoria* 89 y ss. También NAMUR, *Des pactes ajoutés*, 76, manifestó que este pacto podría estudiarse como condición suspensiva o resolutoria y, ante la duda, se presumirá la condición resolutoria según D. 18,1,3; D. 41,4,2 & 4; C. 4,58,4.

58) *Vid. supra* n. 52.

59) En este sentido, ALBANESE, B., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 329, op. cit. por MANNA, *Actio redhibitoria*, 91, n. 49.

romanistas <sup>(60)</sup>. Así D'ORS <sup>(61)</sup> recogía el texto D. 18,1,3 como ejemplo de la lejanía del pensamiento clásico romano de concebir la condición como resolutoria del contrato <sup>(62)</sup>. Para el romanista español, Ulpiano simplemente distinguió el *pactum displicentiae* de la condición suspensiva que pudiera afectar a la venta y no al pacto de resolución. Por eso se habla de compra *pura* y compra *sub condicione*, como D. 41,4,2,5 <sup>(63)</sup>. Del mismo modo, VOLTERRA <sup>(64)</sup> dispuso contundentemente que el *pactum displicentiae* fue un acuerdo añadido a una compra pura cuyos efectos podían venir revocados cuando se verificara la eventualidad prevista: aleja el profesor italiano cualquier posible acercamiento a la condición resolutoria, figura desconocida para los romanos porque si el comprador efectuaba su declaración, el contrato no se extinguía *ipso iure*, sino que surgía el derecho del comprador de pedir a la otra parte la restitución de cuanto hubiera pagado.

---

60) También FLUME, W., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf -lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae- und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, en Festschrift für Kaser zum 70. Geburtstag, München, 1976, 324 y ss., dispuso que los clásicos sólo conocieron la condición suspensiva y no la resolutoria, de ahí que no pudieran concebir el *pactum displicentiae* como "auflösend bedingt".

61) D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba*, 595.

62) D'ORS, A., *Varia romana*, AHDE 18 (1947), 63.

63) También KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe*, 23 y ss.

64) VOLTERRA, *Istituzioni*, 508.

2. Si comparamos la formulación de Ulpiano en D. 18,1,3 con la mantenida por Paulo para el mismo convenio observamos que se complementan perfectamente: D. 41,4,2,5 (*Paul., LIV. ad ed.*): "*Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit*". Paulo no dice de manera expresa que la compra con *pactum displicentiae* se resolverá si la cosa no gusta, sino que la compra pura se tendrá por no hecha; no menciona el término *condicio*, pero si habla de un contrato perfecto que se entenderá como no celebrado si la cosa finalmente no gusta al comprador.

3.- El modo en que Paulo dispone la protección del *pactum* viene recogido en D. 18,5,6 (*II. ad ed.*): "*Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur*". Explica Paulo que si se pactó que la cosa vendida se devuelva, si en un plazo de tiempo hubiese desagradado al comprador, concede la acción de compra, como juzga Sabino, o se da la del hecho, próxima a la de compra. La inclusión de la convención en la compraventa como *pactum adiectum in continenti* no hace extrañar que los juristas permitieran el uso de la *actio empti* como acción derivante del contrato para hacer valer el *pactum*. El objetivo de la *actio empti* no viene proporcionado por el fragmento, pero parece ir dirigida a la devolución del *pretium* y, a este respecto, viene dispuesta la mención de Sabino (65).

---

65) DE FRANCISCI, P., *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 285, ALBERTARIO, E., *recensión a TUMEDEI, C., Distinzioni postclassiche riguardo all'età: "infanti proximus" e "pubertati proximus"*, en A.G., 89- 90 (1923), 258, STOLL, H., *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915-1922*, ZSS 47 (1927), 523, ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, 404, KASER, RPR, I, 562, n. 77, LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, 276, PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 264.

Del fragmento obtenemos varios aspectos: en primer lugar, Paulo habla de convenio y no de *condicio*, lo cual hace plantearnos la posibilidad que los juristas clásicos, aplicado el *pactum displicentiae* a la venta consensual, también lo concibieron constitutivo de pacto resolutorio y no de condición suspensiva. En segundo lugar, tanto Paulo como Sabino lo configuraron como un pacto añadido susceptible de ser protegido por la acción contractual. Y, por último, el reconocimiento de la *actio in factum* como posible defensa del pacto.

Los pactos añadidos a un contrato de buena fe *in continenti* podían hacerse valer con la acción del contrato: D. 19,1,13,30 (*Ulp., XXXII. ad ed.*), principio que generalizó Ulpiano en D. 2,14,7,5. La postura tradicionalmente mantenida por la doctrina plantea la discusión en el seno de la jurisprudencia romana acerca de la protección del pacto resolutorio de venta. El eje del conflicto derivaba de la esencia de este tipo de pacto, es decir, de su carácter resolutorio, pues su cumplimiento determinaba la extinción del contrato originando la dificultad de sostener como acción ejercitable para pedir la ejecución del pacto la *actio empti*. Se opina que los sabinianos se mostraron proclives a otorgar las acciones contractuales; un pacto añadido *in continenti* a la venta,

aún siendo resolutorio, formaba parte del negocio y debía ser amparado por la acción contractual pues era algo que las partes habían querido. Los proculeyanos, apoyándose en una venta ya resuelta, postulaban una *actio in factum*; para ellos el *pactum displicentiae* es un acuerdo de extinción de una venta pura y es absurdo hacer eficaz el pacto por medio de una acción cuya función es exigir el cumplimiento de las obligaciones del vendedor, no declarar su extinción. La dualidad se pone perfectamente de manifiesto si comparamos D. 18,5,6 con D. 19,5,12 que recoge la propuesta de Próculo a propósito del *pactum de retrovendendo* y nos remite a una *actio in factum*. Parece más que evidente que el *pactum displicentiae* debió estar protegido por la *actio empti*. En todo caso, sería contradictorio con las fuentes negar la vigencia de una *actio in factum*. Hasta qué punto fue ésta aplicada, cuál fue realmente su ejercicio, cuándo pudo interponerse, se reduce a presunciones más o menos discutibles (66).

---

66) Vid. GIRARD, *Manuel*, 762, n. 3. Aparte quienes hablan de interpolación del texto [*aut proxima empti in factum datur*]: VIARD, *Pactes adjoints*, 85, n. 2, LANDUCCI, *Azioni per far valere il "pactum displicentiae"*, 143; STOLL, *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur*, 523; ALBERTARIO, *recensión a Tumedei*, 258, n. 1, SIBER, H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II, Berlin, 1928, 203, la doctrina ha lanzado diferentes alternativas, todas ellas hipótesis de una cuestión poco clara en las fuentes: a) Que Sabino fue el precursor de sancionar el pacto por la acción del contrato frente a Próculo que mantuvo su apego a la acción por el hecho modelada sobre la *actio empti* fue defendido por CUQ, *Manuel*, 475 y ss., apoyándose en D. 18,5,6. Previo a la *actio empti*, las obligaciones resultantes del *pactum displicentiae* fueron exigidas por la *actio redhibitoria* cuando el convenio se añadía a una venta bajo jurisdicción de los ediles curules; en cambio, cuando se trataba de compraventas que no estaban bajo competencia del edil, no se les aplicó la acción edilicia sino una *actio in factum* análoga a la acción redhibitoria. b) Creer que la *actio in factum* fue la resulta de la discusión propia de dos escuelas de modo que no nació sucesivamente, es decir, primero la *actio in factum* y a continuación la *actio empti* sino que, estando clara su naturaleza de *pactum adiectum* gozaría de la protección del contrato pero su esencia resolutoria impediría a ciertos juristas aceptar dicha acción en tanto la venta es inexistente: ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, 420 y ss. Según este autor es probable que los clásicos admitieran la alternativa entre una *actio empti* y una *actio in factum*, dejando el referido fragmento constancia de ello. c) También se puede pensar que como pacto añadido tuvo la plena salvaguarda de la *actio empti*, mientras la *actio in factum* se utilizó en caso de imposible ejercicio de la anterior, tal es el caso della falta de plazo para el cumplimiento del convenio, hipótesis defendida por D'ORS, *Una nota sobre la contractualización*, 597. d) Decía

4. D. 19,5,20 pr. (Ulp., XXXII. ad ed.): "*Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*"

En el fragmento Ulpiano evoca una cuestión planteada a Labeón. Se trata de un negocio entre dos sujetos por el cual uno de ellos, el dueño de unos caballos que tiene en venta, pacta con otro, artista ecuestre, la entrega de los animales para que los pruebe en el plazo de tres días y si no le satisfacen, los devuelva en dicho término. El artista corre y vence una carrera con los caballos que, finalmente, no desea comprar. Se cuestionaba si

---

GIRARD, *Manuel*, 762, n.3, que la opinión de los intérpretes fue la de concebir los textos con la *actio in factum* como referencia a la *actio civilis in factum* de los contratos innominados, de modo que la controversia entre sabinianos y proculeyanos sería saber si la resolución vendría sancionada por la acción del contrato o sería constitutivo de un contrato innominado distinto sancionado por la *actio praescriptis verbis*.



corresponde al dueño la *actio venditi*, pero Ulpiano concede la *actio praescriptis verbis* en tanto el acuerdo permitía la prueba no la participación en un certamen.

Ulpiano recuerda una cuestión planteada a Labeón y que aparentemente fue solucionada por él (67). Podemos pensar que Labeón concibió el supuesto de hecho como el acuerdo de resolución de una venta que ya se había celebrado; si partimos del presupuesto que en época de Labeón los pactos resolutorios fueron concebidos como condiciones suspensivas (68), puede decirse que en verdad Labeón se cuestionaba si es posible aplicar la acción de venta. Si, al contrario, Labeón observa el pacto como condición suspensiva (69), la referencia a la *actio venditi* que comenta el texto debe entenderse que fue una pregunta que, por su evidencia, fue dejada en el aire y no concluyó respuesta (70).

---

67) Al margen de opinar que el texto haya sido probablemente acortado, como así lo creen DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, 295-97; SIBER, *Römisches Recht*, II, 209; MISERA, *Kauf auf Probe*, 550; TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti romani fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, 1990, 88-9.

68) CUQ, *Manuel*, 474, TALAMANCA, M., *La tipicità dei contratti*, 87, n. 206, THOMAS, J. A. C., *Provisision for calling off a sale*, RHD 35 (1967), 571.

69) CUQ, *Manuel*, 474, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, 87, n. 206, PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 88, FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 325.

70) Por eso TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, 87, n. 206, arguye que Labeón debió elegir también la *actio praescriptis verbis*; en el mismo sentido BURDESE, *I contratti innominati, Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 235 y ss. En contra: LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, 275, PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 88, FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 325, que se decantan a favor de la *actio venditi*. DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, 295-97, excluye que Labeón pensara en la *actio venditi*, en tanto MONIER, *Manuel*, 167, señala que, al igual que Sabino en D. 18,5,6 concede para el *pactum displicentiae* la *actio empti*, también Labeón para caso semejante, parece conceder la misma acción. Mientras las recientes investigaciones apuestan por la claridad de la *actio praescriptis verbis*, es curioso comprobar cómo la doctrina de finales del s. XIX y principios del presente —salvo excepciones, entre las que está el pensamiento de MEYLAN, P.- SEGRÉ, G., *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, en Riv. dir. comm., 17 (1919), 546 y ss., op. cit. por STOLL, *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur*, 554— en general hablaba de interpolación cuando las fuentes mencionan dicha *actio*: BESELER, *Beiträge*, II, 165, DE FRANCISCI, P., *Synallagma*, I, 295-97, LOMBARDI, L., *L'"actio aestimatoria" e i "bonae fidei iudicia"*, BIDR 63 (1960), 142 y

Podemos pensar que realmente hubo una venta con un convenio resolutorio en virtud del cual el contrato se extingue si los caballos no gustan al comprador y ya no cabe la resolución desde el momento que participa y gana una carrera; el pacto queda excluido tácitamente a partir de entonces y habría posibilidad de ejercitar la *actio venditi* para pedir el precio (71). O bien opinar

---

ss. También en este sentido ROBAYE, R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 393-95.

71) BESELER, G., *Romanistische Studien*, ZSS 54 (1934), 14. Frente a esta concepción WIEACKER, *Lex commissoria*, 74, señalaba que no había posibilidad de entender la conclusión de un contrato de compraventa entre las partes, quienes sólo acuerdan que los animales pueden ser comprados, negándose a posteriori el *desultor* a comprarlos. También se considera la compra como no cerrada, pues la pregunta de Labeo es bastante clara en este sentido: B se ha portado maliciosamente en la negociación y el jurista sólo se interesa si A pueda actuar con la *actio venditi* para conseguir una pena por *furtum usus* y eventualmente obtener el dinero de la victoria, aunque la venta no se hubiera realizado. Siguiendo a Beseler, LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, 275, ha manifestado que en D. 19,5,20 pr. se ve claramente cómo en presencia del *experimentum gratuitum*, ni Labeón ni Ulpiano llegaron a la conclusión de poder interponer una *actio ex locato*; la alternativa apenas se reducía a la *actio venditi* o a una *actio in factum*. La primera pudo haber sido adoptada por Labeón sólo si consideramos que, en virtud de *currere y vincere* como renuncia al ejercicio del *displicere*, la compra finalmente llegaba a ser eficaz, (dato que Ulpiano parece haber desechado): el reclamante protesta contra la explicación de la desaprobación del caballo, que supone *venire contra factum proprium*, no con la intención de pedir la restitución del animal sino de solicitar el cumplimiento del negocio; y si la *actio ex vendito* es adecuada para hacer valer las consecuencias jurídicas del ejercitado *pactum displicentiae*, Labeón no cuestionaba en absoluto su interposición.

más justamente que no hubo ninguna venta. Ni Labeón ni Ulpiano dicen en algún momento que la venta se concluyó, más bien al contrario, afirman una venta que no llegó a celebrarse por decisión última del posible comprador (72). La cuestión radica en la calificación del negocio preparatorio de la venta, pues está claro que ha habido una entrega a prueba. El dato que Labeón mencione "*displicuissent*" ha servido para plantearnos la posibilidad de un *pactum displicentiae*, ahora con carácter suspensivo. Si nos hacemos eco de la doctrina mayoritaria en materia de *condicio* que pregona el carácter suspensivo de los acuerdos incorporados a la venta, según la concepción de la jurisprudencia clásica hasta Juliano, bien podríamos entender que existe un *pactum displicentiae* (73). Sin embargo, la cuestión que plantea el texto va más allá de lo que a nosotros nos pueda interesar, pues no se duda el ejercicio del *pactum displicentiae* por el *desultor*, ni las acciones con las que se puede proteger su derecho a ejercitar el *pactum*; se parte precisamente del dato que el

---

72) HAYMANN, F., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, ZSS 48 (1928), 314-18 y 335, y THOMAS, *Provision for calling off a sale*, 571, hablan simplemente de condición suspensiva, mientras que WIEACKER, *Lex commissoria*, 74, PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 88, FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 325, hablan de una "kauffofferte".

73) A favor de este *pactum* se decantaron MISERA, *Kauf auf Probe*, 550, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, 87, n. 206.

potencial comprador ya hizo uso de su derecho y el dueño de los caballos, independientemente del *pactum displicentiae*, plantea a Labeón si le puede obligar a cumplir la compraventa porque el hecho que ganara una carrera (74) es contradictorio con que le disgusten los caballos; Labeón pudo haber planteado la *actio venditi* para hacer cumplir el contrato (75) excluyendo la posibilidad de que se tratara de una condición suspensiva potestativa del comprador. En cambio, entendemos que la solución de Ulpiano es distinta al conceder la *actio praescriptis verbis*. La pregunta que debemos esclarecer es saber cuál fue el fin de esta acción, si exigir el cumplimiento del contrato o la entrega de lo que obtuvo como premio el *desultor*. Lo primero que hace Ulpiano es excluir la *actio venditi*, pues no existe venta; por otra parte, de los fragmentos D. 18,1,3 y D. 18,5,6 se deduce que Paulo y Ulpiano configuraron el *pactum displicentiae* como un pacto resolutorio de una venta pura que hacía ineficaz el contrato celebrado. Remitiendo el pensamiento de Ulpiano a la cuestión de Labeón, posiblemente Ulpiano vio la entrega de los caballos no como *pactum displicentiae* sino como *datio* con fines de venta condicionada al agrado del objeto. Puesto que éste no se produjo no hubo venta, pero tampoco la posibilidad por el vendedor de obligarle a cumplir, dado que el "comprador" sólo se limita a ejercitar el derecho que su acuerdo le reconoce. Dudamos que el hecho que hubiera ganado una recompensa en la carrera fuera motivo para que Ulpiano le obligara a cumplir el contrato.

---

74) "*tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris*".

75) También D'ORS, *In diem addictio*, 278.

Más bien la solución de Ulpiano estaría encaminada a resarcir al dueño de los caballos, no porque no se hubiera celebrado la venta, opción de la que aquél ya partía cuando entregó los animales a prueba, sino por el aprovechamiento que hizo el *desultor* de los caballos, beneficio que, por no mediar pacto de ningún tipo en este sentido <sup>(76)</sup> ni celebración de venta final, correspondería al propietario <sup>(77)</sup>.

5. D. 19,5,20,2 (*Ulp., XXXII. ad ed.*): “*Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere*”.

El texto puede dividirse en dos partes: la primera en la que Ulpiano da respuesta a un supuesto de hecho y una segunda parte en que nos remite a un dictamen labeoniano que parece sentar el criterio general, en el que Ulpiano justifica su respuesta. El jurista severo resuelve un caso de responsabilidad por pérdida de un objeto de plata que había sido entregado, “*vascularius ad te detulerit et reliquerit*”, para su prueba por el posible comprador;

---

76) “*ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares*”.

77) Situación similar describe Pomponio en D. 13,6,13,1 (*XI. ad Sab.*), cuando obliga al que recibió una cosa para experimentarla a entregar la utilidad que de ella obtuvo a quien se la dio para la prueba, pues no cabe que uno se beneficie de una cosa cuando no le compete el *periculum*.

no habiendo gustado, envía a un esclavo con el objeto para su devolución; el esclavo pierde el objeto y Ulpiano achaca la pérdida al platero que por su causa, la intención de venta de la cosa, lo había dejado. El por qué de la solución lo busca Ulpiano en Labeón quien obliga al principal a responder de la culpa del encargado de la custodia o del transporte del objeto. En el supuesto de hecho, Ulpiano habría hecho responder de la pérdida al dueño del esclavo si hubiera tenido lugar mediando dolo o negligencia suya.

Por lo que a afecta a la compraventa a prueba decir que no alude expresamente, como sí ocurre en D. 9,2,52,3, al *inspiciendum dare*, pero parece tratarse de una compra a prueba en tanto recoge un *pactum displicentiae*: por la terminología empleada, "*displicuisset tibi*", y por el hecho que ha habido la entrega de una *merx* con posibilidad de devolución si disgustaba al comprador. El eje central del discurso no es tanto determinar el ejercicio del *pactum* como saber a quien corresponde el riesgo por perecimiento fortuito del objeto. La remisión al *vascularius* se debe "*quia eius quoque causa sit missum*", en tanto había dejado examinar el objeto a la otra parte en vista de una futura venta (78). No obstante, es preciso que no mediara dolo ni culpa del posible comprador, criterio que se remonta a Labeón a quien se debe el principio que el principal responde de la culpa del encargado de la custodia o traslado del objeto.

---

78) SEGRÈ, G., *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, Scritti vari di diritto romano, Torino, 1952, 89-90.

De la redacción del texto es difícil afirmar si Ulpiano pensaba en un pacto resolutorio o si era una compra suspensivamente condicionada al disgusto de la cosa. Si tenemos en cuenta que la referencia a Labeón, la cual nos podría hacer pensar en una condición suspensiva, no tiene que ver con el pacto, que el texto es una respuesta ulpiana y que los fragmentos examinados de este jurista sobre el *pactum displicentiae* presenta éste un cariz resolutorio, pensamos que se trató de una compra a prueba en virtud de un *pactum* resolutorio (79), donde la *actio praescriptis verbis* (80) no alude a su ejecutabilidad, sino a la exigencia de responsabilidad por el perecimiento.

6. El comprador, como poseedor de la cosa, gozó de la protección de los interdictos posesorios: D. 43,24,11,13 (*Ulp., LXXI ad ed.*): "*Si ita praedium venierit, ut, si displicuisset, inemptum esset, facilius admittimus interdictum emptorem habere, si modo est in possessione: et si rescissio emptionis in alterius arbitrium conferatur, idem erit probandum: idemque et si*

---

79) En el mismo sentido, MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 552. Para KRÜCKMANN, P., *Einige Randfragen zum periculum emptoris*, ZSS, 59 (1939), 27, n.1, el supuesto de hecho no habla de compra, más bien de la preparación de una posible venta.

80) De FRANCISCI, *Synallagma*, I, 294, señala con GRADENWITZ, O., *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin, 1887, 137-38, la interpolación de la última parte del fragmento: "*et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere*"; dudan de la clasicidad HAYMAN, *Textkritische*, ZSS 40 (1919), 178, n. 1, y KRÜCKMANN, P., *Custodia*, ZSS 64 (1944), 20; tanto NÖRR, D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedanken im römischen Haftungsrecht*, ZSS 73 (1956), 90-1, como MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 552, defienden que el párrafo fue reducido.

*ita venisset, ut, si aliquid evenisset, inemptum esset praedium: et si forte commissoria venierit, idem dicendum est".*

El texto admite que el comprador de un objeto bajo *pactum displicentiae* pueda disponer del interdicto cuando disponga de su posesión. Extiende Ulpiano el ejercicio del interdicto también a las ventas cuya rescisión depende del arbitrio de un tercero o de la celebración de un acontecimiento y expresamente lo aplica en caso de venta con *lex commissoria*. Si bien Ulpiano no especifica en el texto qué tipo de interdicto refiere hemos de suponer que es el interdicto *quod vi aut clam*, pues el fragmento está ubicado en el título XXIV rubricado "*quod vi aut clam*". A este respecto nos interesa señalar dos aspectos: de una parte, que Ulpiano hace clara alusión al *pactum displicentiae* como acuerdo que resuelve una venta ya celebrada. La fórmula que emplea es la habitual cuando se habla de este *pactum*: "*ut, si displicuisset inemptum esset*". De otra, la retórica especificación que obliga al comprador a poseer la *merx*. Tratándose de un *interdictum* que protege la posesión, lógico es que el comprador tenga en su poder la cosa <sup>(81)</sup>.

---

81) Que Ulpiano subraye la evidencia, ha hecho que HAYMANN, F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 40 (1919), 288, entienda que los compiladores introdujeron "*si modo est in possessione*"; para otros como RUGGIERI, E., *Il possesso e gl'istituti di diritto prossimi ad esso*, I, Firenze, 1880, 136 y ss., no se trata de una injerencia justiniana sino la mala utilización de la expresión "*esse in possessione*", pues ésta indica posesión natural, mientras que en nuestro fragmento se halla mencionada respecto de la persona del comprador, que en verdad posee civilmente.



Este párrafo es una nueva confirmación del *pactum displicentiae* como pacto resolutorio <sup>(82)</sup>, pues antes de la llegada de la condición, el desagrado de la cosa para el comprador, dicho pacto carece de eficacia jurídica, por lo que la venta es pura y el comprador gozará del interdicto *quod vi aut clam*.

7. Otro de los fragmentos que recoge el *pactum displicentiae* es D. 20,6,3 (*Ulp., VIII. disp.*): "*Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finire pignus, si melior condicio fuerit allata. quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finire non putet.*".

Nos dice Ulpiano que si la cosa hubiera sido vendida bajo la condición de no entenderse celebrada la compra cuando el vendedor tuviera mejor oferta dentro de un plazo de tiempo, si en el intervalo que media antes de la llegada de la condición el comprador hubiese celebrado un *pignus* sobre la cosa, la resolución del contrato por el vendedor extingue la prenda, esto es, la revocación del contrato extinguiría el *pignus* por la resolución de los derechos del comprador; para ello Ulpiano recurre a una solución de Marcello <sup>(83)</sup>. Por el contrario, termina diciendo Ulpiano que en caso de celebrarse la venta con un

---

<sup>82)</sup> También VIARD, *Pactes adjoints*, 86.

<sup>83)</sup> Cosa que acostumbra a hacer, por ejemplo en D. 18,3,4,4 (*Ulp., XXXII. ad ed.*) a propósito de la *lex commissoria*.

*pactum displicentiae adiecta*, "... ubi sic res distracta est, nisi emptore displicuisset...", la prenda no se extingue, pues se celebró en función de la posesión de la cosa por el comprador de un contrato perfecto (84). De aquí concluimos dos aspectos: el derecho de *pignus* autorizado por el comprador subsiste a pesar de que resuelva la compra (85); *a sensu contrario*, la constitución

---

84) Mientras la clasicidad del fragmento ha sido muy cuestionada, en cambio "die Klassizität dieser Entscheidung für den Fall der Missbilligungsklausel ist nie bezweifelt worden": *vid.* SIEG, *Quellenkritische*, 33 y ss.

85) Ha sido muy discutido doctrinalmente que el texto no reconozca efectos al *pignus*, una vez ejercitado por el vendedor el derecho a resolver la compra si hay mejor oferta —mientras WESEL, U., *Zur dinglichen der Rücktrittsvorbehalte des römische Kaufs*, ZSS 85 (1968), 128-31, apuesta por la veracidad de la solución, ARCHI, G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 117, n. 1, dispuso que este fragmento no constituye base suficiente para aseverar que un *fundus addictus in diem* constituía un caso de *dominium ex iure Quiritium* revocable. Archi estudia el texto sólo desde la perspectiva de la *i. d. addictio*, al igual que SIBER, comentario a Wieacker, *Lex commissoria*, en ZSS 53 (1933), 540 y BETTI, *La retroattività della condicio (facti o iuris) in diritto giustiniano*, en *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 502—. De la redacción del párrafo podríamos pensar que no existió venta pura, sino un negocio *sub condicione*. Sin embargo, debemos completar D. 20,6,3 con D. 18,2,4,3 (*Ulp., XXVIII. ad Sab.*), que también remite a Marcelo sentencia similar: "*Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit, pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret*". La referencia a la decisión de Marcelo es utilizada por Ulpiano para interpretar cómo el *pactum i. d. addictio* llevaba consigo una venta pura pues, en caso contrario, no era posible admitir la validez del *pignus* celebrado en tiempo intermedio —así GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XX, 26 y ss., SIEG, *Quellenkritische*, 12 y 34— en todo caso, producida la mejor oferta, el *pignus* se extinguía. Que el texto hable de venta pura nos hace excluir a priori que se trató de una condición suspensiva, y entramos en contradicción con D. 20,6,3: D'ORS, "*In diem addictio*", 229 y ss., tras eliminar desde "*ex quo colligitur*" hasta el final por entender que es injerencia de los compiladores, estima que en ambos fragmentos subyace el principio clásico de la *i. d. addictio*, esto es, la concepción de este pacto como condición suspensiva que invalida el *pignus* cuando la venta se resuelve por haber aceptado *melior condicio*. Contrariamente BETTI, *La retroattività della condicio*, 502, que también distingue entre el *pignus* constituido pendiente la condición y aquél celebrado en una venta con pacto de reserva, observa la disparidad de resultados en ambos casos y, más aún, la lógica de la solución afirmada en el primer supuesto: el tercero a cuyo favor se verificó el *pignus* viene privado de su derecho por la decisión de otro sujeto, vendedor, totalmente extraño a la relación entre él y su deudor- comprador. Por eso dice Betti que la primera solución podría ser justiniana, conforme a la lógica de los principios clásicos. Una interpretación menos dogmática de D. 20,6,3 han elaborado los alemanes: PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 230 y ss., los motivos que

de un derecho real de garantía no implica la renuncia a la facultad de resolver <sup>(86)</sup>. Podríamos decir a la sazón del fragmento que la aplicación del *pactum displicentiae* por el comprador careció de efectos retroactivos reales, pues sigue vigente el negocio celebrado por el comprador *pendente condicione*, el acreedor pignoraticio sigue poseyendo la cosa; por otra parte, nada nos dice de una posible retroactividad obligatoria, pero sí parece confirmar lo que la doctrina ha venido manteniendo acerca de la

---

justifican la falta de manifestación de eficacia de la renuncia son de carácter práctico: cuando al comprador no le gustan las cosas, puede devolverlas. Sin embargo, no es posible que el vendedor sea nuevamente propietario sin una nueva *traditio*: según D. 20,6,3 no cabe la devolución de la cosa por estar sujeta a *pignus*; en sentido similar también FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 327; por su parte MISERA, *Kauf auf Probe*, 554, n. 215, acude a razones de utilidad: el comprador haría infructuosa la cláusula de la *i.d. addictio* del vendedor, pues la prenda, de seguir existiendo, haría improbable la presentación de oferta mejor por el menor valor de la cosa; al contrario, no hay necesidad de protección para la compraventa a prueba cuando es el comprador quien decide tanto la celebración del *pignus* como la renuncia al contrato; verificada la desaprobación de la cosa, el comprador debería al vendedor una indemnización a causa de la prenda.

86) Vid. LARDEUR, *Du pactum displicentiae*, 80 y ss. GLÜCK, F., *Commentario alle Pandette*, dirigidos por SERAFINI, F. y COGLIOLO, P., lib. XX, Milano, 1895, 26 y ss.

inexistencia de revocación real en tanto, verificado el *pactum*, no hay un retorno *ipso iure* de la posesión al vendedor sino que se preserva el derecho adquirido por el tercero (87).

---

87) Desde el ámbito de la retroactividad lo enfocaron otros romanistas, por ejemplo GLÜCK, cuya tesis fue observar que en la compraventa con *pactum displicentiae* la resolución del contrato es irretroactiva, pues no se consideran revocados los negocios realizados por el comprador en el intervalo de tiempo que tuvo la cosa, mientras que si se trata de venta con *i. d. addictio* produce efectos retroactivos; GLÜCK no mencionó si se trató de una retroactividad real, pero a juzgar por su exposición parece que así lo concibió. La mayoría de estudios se han orientado hacia la irretroactividad de la condición en Derecho clásico, siendo propio del Derecho justiniano la posibilidad de remitir la eficacia *ex tunc*, es decir, al momento inicial de celebración del negocio condicional. Vid. BETTI, *La retroattività della condicio*, 479 y ss., VASALLI, F., *Dies vel condicio. Lineamenti della dottrina romana della condizione*, en *Studi Giuridici*, vol. I., Milano, 1960, 274 y ss., ARCHI, voz: "*Condizione (dir. romano)*", 758. Este romanista en *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 61 y ss., apunta la diferente concepción de la *voluntas* como clave para el reconocimiento de los efectos jurídicos desde que se manifestó el acuerdo que fue la llave para la formación del negocio: si el momento central es el de exteriorización de la voluntad, aunque sus efectos se produzcan después, lógico es que se retrotraigan al momento de dicha manifestación. El autor habla así de la teoría bizantina como innovadora de un negocio condicionado válido, pero con eficacia en suspenso, es decir, los efectos que produce son manifestación de un negocio válido que no es enteramente eficaz porque al mismo tiempo su eficacia depende de un evento futuro e incierto. Dentro de nuestra romanística mencionamos a CALONGE, A., *En torno al problema de la retroactividad de la condición en el derecho clásico*, *Studi Volterra*, III, Milano, 1971, 161 y ss., una de sus conclusiones fue la de considerar que en los negocios obligacionales de buena fe, cuyo objeto fuera una cosa específica, ya se daba la retroactividad de la condición en derecho clásico; cumplida la *condicio*, el negocio es perfecto desde el inicio de modo que los efectos que le son propios se retrotraen al momento del acuerdo. También habló ROMANO, S., *Note sulla "in diem addictio"*, Pavia, 1938, 23 y ss., op. cit. por MASI, *Studi sulla condizione*, Milano, 1966, 149, de retroactividad real, de modo que producida una *melior condicio* se produciría una reversión automática con la consiguiente extinción de todos los derechos que el comprador, mientras era propietario, había tenido sobre la cosa. Romano concibe el pacto *i. d. addictio* como resolutorio de una venta pura, pues reconoce que el comprador llegó a ser propietario de la cosa, pero admitió una retroactividad real que la mayoría de la doctrina, coherentemente con los principios romanos de constitución de derechos reales, excluye de la concepción clásica; citamos en contra de dicha retroactividad real a MASI, *Studi sulla condizione*, 149, LONGO, *Corso di diritto romano*, 168. Finalmente mencionamos a BESELER, G., *Miscellanea critica*, ZSS 43 (1922), 436 y ss. que acusa a los compiladores de la diferente interpretación: para el *pactum displicentiae* Justiniano no quiso introducir ninguna retroactividad que hubiera permitido al comprador invalidar la prenda celebrada por él mismo, en virtud de un acto unilateral de renuncia de la compra por desagrado de la *merx*; le sigue PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 217.

8. Papiniano alude al *pactum displicentiae* en *Frag. Vat. 14* <sup>(88)</sup> cuando admite que el vendedor puede usar la acción del contrato para exigir la restitución de los frutos producidos una vez declarada la resolución de la venta. A este respecto interesa señalar varios aspectos: el carácter resolutorio del *pactum* <sup>(89)</sup>, pues el jurista reconoce la celebración de una venta y su posterior término, así como la restitución de los frutos producidos sólo desde el momento en que se manifestó la intención de resolver <sup>(90)</sup>; el ejercicio de la acción de venta a favor del

---

88) "*Lege venditionis inempto praedis facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placuit, quoniam eo iure contractum in exordio videtur, sicuti in pecunia quanto minoris venierit ad diem pretio non soluto. cui non est contrarium, quod iudicium ab aedilibus in factum de recipiendo pretio mancipii redditur, quia displicuisse proponitur: quod non erit necessarium, si eadem lege contractum ostendatur.*"

89) LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, 276, afirma la referencia originaria exclusiva al *pactum displicentiae* del texto; en contra: ARCHI, G., *La restituzione dei frutti nelle vendite con in diem addictio e con lex commissoria*, Studi in memoria di U. Ratti, Milano, 1934, 364-65, PFLÜGER, H. H., *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München und Leipzig, 1937, 95-96, WIEACKER, F., *Textsstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 354-55. Defienden el *pactum displicentiae* en el texto además de LEVY, IMPALLOMENEI, *L'editto degli edili curuli*, 246, n. 21 y 267, WESEL, *Zur dinglichen*, 166.

90) MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 555, afirmaba que este fragmento puede aplicarse para la *lex commissoria*, la *in diem addictio* y el *pactum displicentiae*. Respecto a la *lex commissoria* Neracio afirma que la venta con pacto de *lex commissoria* permite al comprador por su propio derecho percibir los frutos; sin embargo, si cumple la condición, cree el jurista que el comprador ha actuado de mala fe y, fundamentándose en una respuesta de Aristón, concede la acción de venta al vendedor para reclamarlos, D. 18,3,5 (*V. membr.*). Asimismo, cuando el comprador hubiera pagado parte del precio, si luego no cumple con el monto restante, podría quedarse con los frutos, según el pensamiento de Neracio, seguido por Ulpiano en D. 18,3,4,1 (*XXXII. ad ed.*). En la *in diem addictio*, el comprador, según Ulpiano, podía también ejercitar la acción de compra para obtener el reembolso de los gastos necesarios invertidos en la cosa, durante el periodo intermedio entre la conclusión de la primera venta y la aceptación de la segunda. Es una conclusión que el jurista extrae de un rescripto de Alejandro Severo que permite compensar las impensas necesarias con los frutos que ha de devolver siempre que éstos sean suficientes, pues, de no ser así, obliga al vendedor a pagárselos. Aquí es donde Ulpiano recoge la acción de compra como medio procesal en que pensaba el emperador, D. 18,2,16 (*Ulp., XXXII. ad ed.*): "*et credo sensisse principem de empti, venditi actione*". Para Juliano, el primer comprador puede lucrarse con los frutos y acciones, pudiendo, durante el plazo pactado, usucapir la cosa: D. 18,2,2,1 (*Ulp., XXVIII. ad Sab.*), D. 18,2,16 (*Ulp., XXXII. ad ed.*). Sin embargo, que los frutos percibidos pertenezcan al primer comprador se hace depender de la inexistencia de una

vendedor para reclamar los frutos no es una *actio in factum*, lo cual hace ver cómo Papiniano estudia el *pactum* como *adiectum in continenti* <sup>(91)</sup> y, por último, la relación con el edicto edilicio <sup>(92)</sup>.

---

oferta mejor o cuando ésta proviene de un falso comprador. En caso contrario, la devolución de los frutos se hace al vendedor, a tenor de D. 18,2,6 pr. (*Ulp., XXVIII. ad Sab.*) y D. 18,2,14,1 (*Paul., V. ad Sab.*); no se entregan al nuevo comprador, porque él sólo oferta por la cosa y no por sus frutos, D. 18,2,14,4 y 5.

91) ARCHI, *La restituzione dei frutti*, 362-65, centra en este aspecto el eje central del discurso papiniano.

92) *Vid. supra* n. 33.

9. En el periodo posclásico tenemos la constitución imperial de Diocleciano y Maximiano que menciona expresamente el *pactum displicentiae*. C. 4,58,4 (*Impp. Diocl. et Max. AA.*): "*Si praedium quis sub ea lege comparaverit, ut, si displicuerit, inemptum erit, id utpote sub condicione venditum resolvi et redhibitoriam adversus venditorem competere palam est. Idem observatur et si pestibilis fundus, id est pestibulas vel herbas letiferas habens, ignorante emptore distractus sit: nam in hoc etiam casu per eandem actionem eum quoque redhibendum esse*". La constitución aclara que quien haya comprado un fundo con la condición de devolverlo si no le gusta, el contrato de venta se disuelve como si hubiere sido vendido *sub condicione* y da al comprador la acción redhibitoria. La concesión de dicha acción no sorprende en tanto la norma pertenece al título LVIII dedicado a las acciones edilicias: "*De aedilitiis actionibus*" y, en este caso, sirve para confirmar la continuación en el tiempo de la acción redhibitoria. La cuestión más relevante de la constitución es comprobar cómo acoge la redacción clásica del *pactum displicentiae*, pues la terminología que usa la hemos visto en anteriores fragmentos: "*sub ea lege*", "*inemptum sit*", para luego afirmar que la venta con este pacto "*sub condicione venditum resolvi*". El uso del verbo "*resolvere*" nos permite hacer dos afirmaciones, de una parte, el pacto sigue teniendo carácter resolutorio; habla de resolver una venta que en principio debe de existir; con esto excluimos que haga alusión a un pacto suspensivo. De otra parte, parece referir una resolución condicional en cuyo caso el *pactum displicentiae* ya no sería constitutivo de un pacto resolutorio eficaz en función del

cumplimiento de una condición suspensiva, sino que tendría la función de una condición resolutoria.

Queremos mencionar ahora la opinión de ARCHI <sup>(93)</sup> quien, siguiendo a LEVY, afirmaba que el término *condicio* no tuvo en las fuentes clásicas un lenguaje unívoco, pues sirvió contemporáneamente para indicar dos aplicaciones diversas desde el punto de vista jurídico: de un lado, *condicio* individualiza una cláusula que opera desde el interior del negocio impidiendo su entrada en vigor, es la condición suspensiva en sentido técnico; de otro lado, *condicio* alude a la cláusula que se añade *ab extrinseco* al negocio y que actúa sus efectos según los principios de los *pacta adiecta*. Los clásicos distinguieron perfectamente entre ambas y alternaron las dos construcciones en la solución de algunas cuestiones prácticas, como ocurrió con la compraventa con *lex commissoria* o con *in diem addictio*. En definitiva, la jurisprudencia romana republicana y del principado extrajeron del lenguaje corriente, en que "*condicio*" puede ser sinónimo de *pactum adiectum* y de *lex dicta*, el concepto de *condicio* reservado a la condición suspensiva. Posteriormente los juristas, pero sobre todo la Cancillería imperial, usaron el término "*condicio*" con uno y otro significado. La época posclásica se caracteriza por un venir a menos la elaboración concreta de conceptos obra de la jurisprudencia anterior. Siguiendo a LEVY afirma que destacó la tendencia a individualizar con la palabra *condicio*, un *pactum*. El cambio se produce porque para la más simple y primitiva mentalidad posclásica, la construcción de la *condicio* como

---

93) *Il negozio sotto condizione sospensiva*, 1962, 33 y ss.



cláusula que opera *ab intrinseco* es hostil. Más elemental es la idea de ver siempre operativo el concepto de un pacto añadido, entendido en el sentido más amplio.

Así, siguiendo la opinión de ARCHI, cuando la constitución dice "*sub condicione venditum resolvi*" podría interpretarse en el sentido de que la venta se resuelve en virtud del pacto resolutorio y ello puede hacerse cumplir con la *actio redhibitoria*. En todo caso, independientemente de mantener o no esta opinión, lo cierto es que la doctrina reconoce en su mayoría la presencia de la condición resolutoria en época justiniana, por lo que no sería demasiado aventurado comprender que los posclásicos fueron forjando su reconocimiento.

Además de los fragmentos vistos que relatan una compraventa a prueba en función del *pactum displicentiae* añadido, MISERA<sup>(94)</sup> comenta dos textos en los que, en su opinión, se recoge la alternancia de la fórmula de la compra a prueba o *pactum displicentiae*, esto es, la posibilidad de determinar el negocio condicionado resolutoria o suspensivamente.

1.- D. 19,5,20,1 (*Ulp., XXXII. ad ed.*): "*Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum,*

---

94) MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 543-49.

*utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.”*

En el párrafo primero Ulpiano recuerda la opinión de Mela, jurista que algunos creen contemporáneo de Labeón<sup>95</sup>). Se plantea si puede exigirse el precio a quien recibió unas mulas a prueba para ser compradas en caso de agradar; de no ser así, el adquirente debía pagar un porcentaje por día que las tuvo en su poder. Los animales, durante el periodo de prueba, fueron robados. En el supuesto de hecho Mela diferenciaba según la compra ya se hubiese realizado, *emptio iam contracta*, o fuese una compra futura, *emptio futura*; en el primer caso, Mela permite al vendedor reclamar el precio y la retribución, *si facta pretium petatur*, mientras que en el segundo, por no haber contrato, reconoce que el dueño de las mulas sólo tiene derecho a reclamar la retribución sufriendo el riesgo de la pérdida, *si futura, merces petatur*. Puesto que Mela nada dice de las acciones, Ulpiano especifica que el vendedor se servirá de la *actio venditi* para pedir el precio, y de no haber contrato utilizará la misma acción que el artista ecuestre del párrafo anterior, la *actio praescriptis verbis*.

---

<sup>95</sup>) Vid. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, 87, n. 206, GUARINO, A., *Storia del Diritto romano*, 8ª ed., Napoli, 1990, 464, que desconoce la fecha exacta en que vivió pero lo engloba dentro del apartado que dedica a los juristas de época augustea.

Que Fabio Mela plantee la alternativa entre una *emptio contracta* y una *emptio futura* ha dado lugar a pensar que en su época, el *pactum displicentiae* podría haber sido configurado como condición suspensiva o como resolutoria (96). Sin embargo, otro sector de la romanística (97) recoge el texto como ejemplo de la regulación justiniana respecto de la clásica entrega de cosas a prueba o examen, la "*datio ad experiendum inspiciendum vendendum*", supuesto que fue configurado por Justiniano como contrato innominado y protegido por la *actio praescriptis verbis*. No se trataría de ningún pacto, sino de un contrato en virtud del cual una persona entrega a otra alguna cosa para que la pruebe o examine y, de ser de su gusto, pueda adquirirla, *ad vendendum*.

También D'Ors (98) habla del supuesto fáctico como de "*datio*" preparatoria de una venta, a modo de precontrato para examinar la conveniencia de una cosa antes de comprarla (99), pero no considera interpolación la referencia a la *actio praescriptis verbis* (100).

---

96) TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, 87, n. 206, MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 543-49.

97) PANERO, R., *Derecho romano*, Valencia, 1997, 681 y ss. Véase a este respecto GIRARD, *Manuel*, 762, n. 3.

98) D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba*, 598 y ss.

99) D'ORS, *Derecho privado romano, cit.*, & 498, n. 2.

100) En *contra*, SIBER, H., comentario al trabajo de WIEACKER, *Lex commissoria*, ZSS 53 (1933), 538, BONFANTE, *Istituzioni di Diritto Romano*, 511, HAYMANN, F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 41 (1920), 127 y ss., que considera interpolado desde "*utrum pretium*" hasta el final del fragmento. Para un breve esquema bibliográfico sobre las posibles injerencias justinianas del fragmento, *vid.* SECKEL, E. und LEVY, E., *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927), 154, n. 1. D'ORS, en su comentario a D. 19,5,20,1, no mencionó la existencia de *pactum displicentiae* sino que habla de un negocio preparatorio de una posible venta futura. Tampoco cuestiona la validez de la *actio praescriptis verbis*, al contrario, argumenta su utilización por razón de la especial cesión de las mulas como negocio previo de una venta y que, por no ser constitutivo de arrendamiento, no puede protegerse por la *actio locati*. La *quaestio* de Mela refiere un momento de precompraventa configurado por una "especie de arrendamiento", de modo que si el comprador no quería comprar, quedara en la posición de un arrendatario de lo no comprado. La alternativa de compraventa (*pretium*) y arrendamiento (*merces*), evoca la prevista por las Instituciones de Gayo 3, 146 acerca del

---

negocio mixto de venta de los gladiadores muertos o inutilizados y de arrendamiento de los que se devuelvan sanos —*vid.* GROSSO, G., *Gai III, 146 e la retroattività della condizione*, SDHI 9 (1943), 290-91—. La alternativa que ofrece Mela era el ejercicio de la *actio venditi*, si la venta fue perfecta, y la *actio praescriptis verbis* si no hubo contrato. Se cuestiona D'ORS por qué Mela no ofreció la *actio locati* y según su argumentación se debió al problema del riesgo imprevisto. Para el romanista no se trató de un verdadero arrendamiento sino de una entrega temporal especial sujeta al pago de una *merces* para evitar la responsabilidad por custodia y preparatoria de una posible venta. El planteamiento de Mela es que si no hubo venta inicial, luego ya no podrá haberla porque el objeto ha perecido. Si hubiera habido venta, como se frustra la posibilidad de resolución, procedería la reclamación del precio por la *actio venditi* que menciona Ulpiano y si no hubo venta, sino sólo un negocio preparatorio, el riesgo es del vendedor frustrado perseguible por una *actio praescriptis verbis*, no por la *actio locati*, pues ésta supondría responsabilidad por custodia: de no haber venta desde el primer momento habría una cesión temporal no asimilable al arrendamiento; el arrendamiento se acuerda siempre en interés de arrendador y arrendatario, pero en nuestro supuesto, el mismo hecho de que se exigiera un alquiler en caso de no haber venta quería decir que el negocio se hacía en interés de quien quería vender. Aquí radica para D'ORS la diferencia entre el arrendamiento de los gladiadores de Gayo y esa "especie" de arrendamiento de mulas que no llegan a ser compradas: en el primer caso el riesgo es total, pues el negocio pasa a ser de venta y en el segundo no, pues la venta ha sido frustrada. Para el jurista, el uso de la *actio praescriptis verbis* no es más que la consecuencia de una especial "*datio*" o entrega a prueba no calificable como venta ni como cualquier otro contrato típico, sino de una simple traslación de la tenencia: en el caso de una *datio* preparatoria de una venta, los efectos son distintos según se trate del precio o de la cosa. El cuasi-vendedor sólo entrega al cuasi-comprador la tenencia de la cosa, mientras que éste entrega al otro la propiedad del precio. En el último supuesto, sí sería concebible a favor del cuasi-comprador una *condictio*, que por la falta de tipicidad viene sustituida por una *actio in factum*; cuando se produjo una entrega, pero no verdadera "*datio*" de la cosa u otro *facere*, al cuasi-vendedor le otorgaban una *actio praescriptis verbis* que hacía las funciones de una *actio venditi*. La diferencia entre la *actio in factum* y la *actio praescriptis verbis* en estas *dationes* preparatorias de una venta estriba en el carácter de verdadera *datio* o simple entrega de una detentación. Para D'ORS lo que subyace en estos casos es una contractualización de negocios atípicos.

Interesa constatar que en la primera parte, "*si mulas tibi... merces tantum*", parece clara la entrega de los animales a prueba. Podríamos pensar que el texto no hace más que confirmar lo que ha venido reiterando la doctrina, que la compraventa sujeta a *pactum displicentiae* fue concebida originariamente como una condición suspensiva. Sin embargo, esta opción se opone a la distinción que a continuación hace Fabio Mela entre una compra perfecta o no. Esto, como hizo TALAMANCA, pudiera ser porque el jurista fuera de época posterior a Labeón, pero también podría ser porque, más allá de un *pactum displicentiae*, en verdad se trató de un negocio preparatorio de una posible venta futura, de modo que si el comprador finalmente no quisiera comprar quedaría en una posición similar a la de un arrendatario de lo no comprado debiendo entregar la *merces*. El planteamiento de Mela, como acuñó D'ORS, es que si no hubo venta inicial, luego ya no podrá haberla porque el objeto ha perecido y sólo existe un negocio preparatorio; el riesgo es del vendedor frustrado perseguible por una *actio praescriptis verbis*, no por la *actio locati*, pues no hubo *locatio-conductio*. Si hubiera habido venta

perfecta acompañada de un pacto de resolución, al frustrarse la posibilidad de revocar por la pérdida de la cosa, el riesgo es del comprador y procedería la reclamación del precio por la *actio venditi* que menciona Ulpiano; en este supuesto de venta perfecta, podríamos entender que la posible revocación vendría en función de un *pactum displicentiae*, en clara correspondencia con la doctrina de Ulpiano que hasta ahora hemos desarrollado.

2.- D. 9,2,52,3 (Alf., II. dig): “*Quidam boves vendidit ea lege, uti daret experiundos: postea dedit experiundos: emptoris servus in experiundo percussus ab altero bove cornu est: quaerebatur, num venditor emptori damnum praestare deberet. respondi, si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum, si culpa hominis factum esset, ut a bove feriretur, non debere praestari, si vitio bovis, debere*”.

El texto relata la entrega a prueba de bueyes; uno de ellos hiere a un esclavo del posible comprador y se cuestiona Alfeno si debe el vendedor responder de los daños; ofrece el jurista dos posibles soluciones: si la venta fuera *iam contracta, facta perfecta*, el comprador ha de hacer frente al daño, de ser imperfecta el vendedor responde en tanto se trate de un vicio del buey, pero no si el daño se causó por culpa del esclavo.

El fragmento expone con claridad la alternativa: que el daño se produzca siendo perfecto o no el contrato de venta <sup>(101)</sup>. De los textos que hasta ahora hemos examinado referidos al *pactum displicentiae* hemos podido constatar dos aspectos, de una parte, el carácter resolutorio que en ellos presenta y, de otra, la terminología empleada, pues el término “*displicuisset*” aparece como denominador común. Como manifestó WATSON <sup>(102)</sup>, no hay razón para creer que el pacto hubiera sido siempre construido como condición resolutoria. Esta afirmación viene sustentada en la ausencia en el Digesto de título que regule expresamente el pacto e incluso en el hecho que la denominación de *pactum displicentiae* no fuera romana, pero por la misma razón, tampoco hay motivo que impida creer que el *pactum displicentiae*, en tanto *pactum ut si res displicuerit intra certum diem inempta sit* <sup>(103)</sup> fuera un pacto añadido a una venta pura cuyos efectos quedarían revocados cuando se verificara el desagrado de la cosa. Por otra parte, es posible, como vimos en D. 19,5,20 pr., que en una primera época los juristas estudiaran el *pactum* como si de una condición suspensiva se tratase. Desde esta perspectiva, podemos plantearnos que Alfeno Varo, jurista contemporáneo de

---

101) HAYMANN, F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, ZSS 42 (1921), 363, VISKY, K., *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, RIDA 3 (1949), 456, WYLIE, J.K., *Actio de pauperie*, Studi Riccobono, IV, 1936, 515-16, eliminan la opción al considerar interpolado “*si emptor boves emptos haberet, non debere praestare: sed si non haberet emptos, tum...*”.

102) WATSON, A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 96-7, corroborado por MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 549, n. 170.

103) VOLTERRA, *Istituzioni*, 508.

Labeón<sup>(104)</sup>, observara el *pactum displicentiae* como condición suspensiva; hablaríamos de una entrega de los bueyes con la intención de probarlos y devolverlos si no gustan sin mediar compra alguna. No obstante, Alfeno no cuestiona el carácter suspensivo o resolutorio del *pactum*, sino que trata de dar respuesta a una concreta cuestión: ¿debe el vendedor hacer frente al daño causado por los animales? La respuesta de Alfeno no deja lugar a dudas: si el buey causa el daño en el tiempo de prueba, de modo que el posible comprador aún no hubiera manifestado su voluntad, no existe contrato de compra y el vendedor responderá si fue consecuencia de un vicio del animal<sup>(105)</sup> y no, de mediar culpa del esclavo. Si, por el contrario, no se ha producido el disgusto de la cosa para el comprador y decide perfeccionar la compra de los bueyes, de modo que, perfecta la compra, el animal lesiona al esclavo, el vendedor no responderá. Desde esta perspectiva, Alfeno habla de venta perfecta e imperfecta, pero no como la doble alternativa suspensiva o resolutoria del *pactum displicentiae*, sino en alusión a la verificación o no de un contrato que está sujeto a una condición suspensiva que determina su eficacia.

Asimismo MISERA sugiere otros textos que, en su opinión, hablan de compraventa a prueba en los cuales parece primar el

---

104) GUTIÉRREZ-ALVIZ, F., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1982, voz “Alfenus Varus”.

105) Se reclamará por la *actio de pauperie*, así MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 548. La fórmula la ofrece LENEL, *E. P.*, 195.



carácter suspensivo de la misma. Son los que a continuación se detallan:

A.- D. 13,6,13,1 (*Pomp., XI. ad Sab.*): “*Si quem quaestum fecit is qui experiendum quid accepit, veluti si iumenta fuerint eaque locata sint, id ipsum praestabit ei qui experiendum dedit: neque enim ante eam rem quaestui cuique esse oportet, priusquam periculo eius sit.*”

Explica el párrafo que quien ha recibido una cosa para experimentarla y obtiene de ella alguna utilidad, en tanto no tiene el *periculum*, debe entregar la misma utilidad a quien le dio el objeto para su prueba.

Ciertamente consideramos que el texto parece referir un momento previo a la celebración de un negocio posterior; que éste se trate de una compraventa nada dice el párrafo. Los animales se entregan para ser probados; el *experimentum* es la finalidad de la entrega y la cuestión que plantea el jurista es saber a quien le corresponden los beneficios obtenidos en ese intervalo de tiempo. Decía FERRINI (106), comentando el parágrafo, que quien recibe una cosa para probarla está en condición jurídica análoga a la del comodatario, de este modo el préstamo de los animales tiene como fin su prueba (107) y los beneficios obtenidos serán

---

106) FERRINI, C., *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, Opere, III, Milano, 1929, 148.

107) MIQUEL, J., *Periculum locatoris. Ricerche in tema de responsabilità contrattuale*, ZSS 81 (1964), 147.

reclamados por quien hizo la entrega<sup>(108)</sup>. Que *experiri, experimentum* sea el fin de la prueba para la compra, como puede interpretarse en D. 19,5,20 pr. y 1, no quiere decir que deba entenderse así necesariamente en un fragmento que, como D. 13,6,13,1, no hace alusión alguna a la compraventa como contrato futuro<sup>(109)</sup>.

---

108) DE FRANCISCI, *Synallagma*, I, 295-96, apuesta por la *actio commodati*.

109) En cambio MISERA, *Der Kauf auf Probe*, 548, defiende su concepción de compra a prueba suspensivamente condicionada. A continuación de este fragmento Misera recoge como otro de los textos que efecta a la compra a prueba suspensiva D. 18,1,34,6 (*Paul., XXXIII. ad ed.*). El texto establece el *periculum* del comprador cuando la obligación de entregar la *merx* por el vendedor es de carácter alternativo. El texto afirma que una vez celebrada la compra, la elección de uno de los dos esclavos posibles es del vendedor, de modo que si uno de ellos muere, la obligación subsiste respecto del otro esclavo: el riesgo por la muerte de uno de los posibles objetos lo sufre el vendedor. Si muere el segundo, el vendedor puede exigir el pago del precio al comprador, pues éste ya había acordado la compra de cualquiera de ellos. Se trata de una compra perfecta de un esclavo donde la concreción del objeto de la obligación alternativa es del vendedor y el comprador asume el riesgo de perecimiento del segundo esclavo. Pero afirma el texto que a igual solución se llega cuando se pacta que sea el comprador que elija el que desee. Sin entrar a cuestionar las posibles alteraciones del párrafo —sobre esto vid. HAYMANN, *Textkritische*, ZSS 41 (1920), 134, SECKEL-LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf*, 214-18, APPLETON, C., *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, RH 6 (1927), 228-29, BESELER, G., *Romanistische Studien*, RHD 8 (1928), 290-91—, nos parece más acertado opinar que en verdad cuestiona los problemas del riesgo de una compra pura cuando el objeto de la obligación es uno entre varios posibles. Tampoco parece que exista compraventa a prueba en D. 19,5,17,4 (*Ulp., XXVIII. ad ed.*), donde se confirma que el tomador de unos vestidos no responde de su perecimiento por fuerza mayor; cierto que parece desprenderse del texto la intención de quien los entrega de celebrar una venta “*cum mihi vestimenta venderes*”, sin embargo, una cosa es la causa de la entrega y otra la celebración de una compra cuya eficacia queda en suspenso en tanto al comprador le guste la cosa. Además otras dos razones abundan para creer que no hubo compra a prueba: de una parte, los textos ulpianos que examinamos promueven un *pactum displicentiae* resolutorio de una venta pura; de otra, la sistemática del texto, ubicado por Ulpiano en relación con el comodato: LENEL, *Palingenesia*, Ulp. n° 806; en este sentido también se manifestó FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato*, 134.

B.- Uno de los textos más conflictivos pertenece al periodo justinianeo. I. J. 3,23,4: "*Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. Sub condicione, veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'*".

En el texto Justiniano admite que la compraventa puede hacerse de forma pura o bajo condición y a continuación recoge un ejemplo de venta condicional en virtud de la cual, el esclavo Stico quedará como comprado si es del agrado del comprador. La eficacia de la venta depende de la manifestación de que el objeto guste: "*si Stichus intra certum diem tibi placuerit*". Esta formulación sería constitutiva de un acuerdo, utilizado como ejemplo de venta condicional, que viene a continuación de la introducción en la que se dice que la venta puede ser contraída *sub condicione* o *pure*; el ejemplo viene a la sazón de una venta *sub condicione veluti* <sup>(110)</sup>.

Parece que el texto alude la posibilidad de celebrar la venta con *pactum displicentiae sub condicione*; en éste caso, no se introduce "*displicisset*", sino "*si... placuerit*". La diferencias entre una y otra expresión no sólo son gramaticales, también hay gran distancia en lo que respecta a las situaciones de base en uno y otro caso: por una parte, "*si... placuerit*" presupone la inexistencia de compraventa. La celebración del contrato depende

---

110) KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe*, 23 y ss.

de que el comprador esté satisfecho con la cosa; si bien las partes deciden comprar y vender, el consentimiento no se entiende producido hasta que el comprador diga que la cosa le agrada, lo cual deberá hacer en un plazo prefijado de tiempo. Por otra parte, que "*emptio... pure contrahi potest*" implica, como ha dicho Ulpiano, "*pura est emptio quae sub condicione resolvitur*" o lo que es igual, una venta perfecta, eficaz entre las partes a pesar del acuerdo que permite rescindir el contrato si el objeto no gusta al comprador <sup>(111)</sup>.

La utilización de la expresión "*placuerit*" ha hecho que la doctrina se cuestionara el alcance del *pactum displicentiae* en el

---

<sup>111)</sup> Diferenciar entre el carácter suspensivo o resolutorio de la condición fue sumamente importante cuando se trataba de una *emptio ad gustum*. En general la doctrina, a pesar de la similitud entre ésta y el *pactum displicentiae*, siempre diferenció entre ambos, pues consideró al *pactum displicentiae* como un pacto de resolución de una venta pura y a la *emptio ad gustum* como una compraventa sometida a condición: *vid.* LARDEUR, *Du pactum displicentiae*, 11 y ss. Incluso si se llegase a concebir el *pactum displicentiae* como condición suspensiva y se compara con la venta *ad gustum*, las diferencias en cuanto al estado de la voluntad, el concepto del contrato y las consecuencias son evidentes: en el *pactum displicentiae* la voluntad del comprador no está sometida a ningún control; en la *emptio ad gustum* debe someterse la cosa a prueba y declarar su resultado, incluso cabe admitir el arbitrio imparcial de un tercero. En el caso del *pactum displicentiae* se trata de un *pactum adiectum* que no impide el buen discernimiento de la cosa por el comprador, simplemente se reserva la posibilidad de rechazarlo si no satisface al comprador sin que tenga éste que dar mayor explicación, mientras la compra *ad gustum* supone un elemento accidental del contrato introducido por el desconocimiento o imperfecta noción del objeto. *Vid.* por todo LANDUCCI, *Azioni per far valere il "pactum displicentiae" e la "lex commissoria"*, 138, n. 5. Considera la *emptio ad gustum* como una particular especie del *pactum displicentiae* aplicada a la venta de vino: YARON, R., *Sale of Wine*, en *Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the memory of F. de Zulueta*, Oxford, 1959, 75; en *contra*: OLSZAK, *Emptio ad gustum*, 374. Distingue entre *pactum displicentiae* y *emptio ad gustum*: WATSON, A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 96 y ss.

periodo justiniano; digamos que el fragmento de las Instituciones rompe con la naturaleza que veníamos desarrollando hasta ahora y se cree, fue la que existió en el periodo clásico (112).

Nosotros hemos partido del concepto de compraventa a prueba como contrato cuya eficacia dependerá de que el comprador esté satisfecho con la cosa y desde esta perspectiva es fácil admitir que esa satisfacción pueda estar sujeta a condición suspensiva, I. J. 3,23,4, o pueda depender de una condición resolutoria, según indica la fórmula "*negotium purum, quod sub condicione resolvitur*". Un negocio bajo condición resolutoria está en clara oposición al que es dibujado como "*condicionalis*"; ello resulta de I. J. 3,23,4 cuando dice "*emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest*". En el fragmento "*pure*" significa "negocio incondicional", pero también se utiliza en los supuestos en que el negocio incondicional permanece bajo la reserva de una revocación (113). La "compraventa a prueba bajo condición resolutoria" es la compra cuya resolución está condicionada por la manifestación del desagrado de la cosa y su

---

112) Según algunos romanistas, mientras en época clásica el pacto fue concebido como un pacto de resolución, Justiniano admitió la posibilidad de concluir la venta bajo condición suspensiva cuando la cosa gustase al comprador en un plazo de tiempo: MONIER, *Manuel*, 167, VIARD, *Pactes adjoints*, 88, n. 1, RASI, *Il patto di riscatto*, 42 y ss., PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, 101 y ss. y 122 y ss. —*vid. en contra* FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 324—.

113) Ejemplo de ello lo encontramos en D. 18,2,2 pr. (XXVIII. *ad Sab.*) en que Ulpiano relata el *pactum in diem addictio*.

definición está reconocida por el hecho que el "*pactum displicentiae*" sea un acuerdo de desistimiento del contrato de compraventa, pues el pacto de renuncia permite a sí mismo presentarse como condición resolutoria y, a diferencia de otros pactos, sólo el desagrado del comprador constituye el contenido de la condición: "*si res displicuisset*". Por causa del disgusto de la cosa se entiende que la compra no fue querida desde el principio, lo que se deduce cuando se afirma que las cosas se tendrán por no compradas y se devuelven. Desde nuestra perspectiva, en I. J. 3,23,4, no hubo una configuración distinta del *pactum displicentiae*, sino una modalidad de compra a prueba sin el *pactum displicentiae*, pacto resolutorio, sino *sub condicione*, de modo que la venta no se perfecciona hasta que la aceptación es declarada por el comprador (114). Con idéntico criterio VOLTERRA (115) utilizó I. J. 3,23,4 como ejemplo del *pactum si res placuerit* o venta a prueba en que los efectos del contrato eran sometidos a la condición suspensiva postestativa, que el comprador declarase que aprobaba la cosa. Para VOLTERRA, a cuya interpretación nos adherimos, ni siquiera el Derecho justiniano supuso un cambio de concepción del *pactum displicentiae*.

---

114) También D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba*, 597 y ss., KNELLWOLF, *Zur Konstruktion des Kaufes auf Probe*, 23 y ss., THOMAS, *Provision*, 571, n. 74, FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf*, 324.

115) VOLTERRA, *Istituzioni*, 508.