

Pactos *de vendendo* y *de retrovendendo* entre historia y dogmatica

Juan Manuel BLANCH NOUGUÉS

(Univ. San Pablo-CEU, Madrid)

1.- Pasada la época del interpolacionismo y su posterior crisis, la romanística internacional se enfrenta hoy a un debate en el que se halla comprometido su futuro. No es nuevo pero últimamente ha irrumpido con fuerza. En un reciente artículo -concretamente publicado el año pasado en la prestigiosa revista *Labeo*- el insigne estudioso Mario BRETONE ⁽¹⁾ ha criticado con dureza la actitud metodológica de aquellos que pretenden conectar en sus investigaciones el derecho romano con el mundo actual. Se trata -según él- de un neopandectismo que se aferra a una visión continuista de la historia del derecho para, entre otras cosas, garantizar su subsistencia ulterior. Actitud ésta ana

1) M. BRETONE, *La 'coscienza ironica' della romanistica*, *Labeo*, 43, 1997, 187-201.

cronística frente a la que BRETONNE opone la del "romanista-anticuario" -en la que él se alinea-, sumergido en las profundidades de la historia antigua para captar la "experiencia" romana que en sí misma se agota. "El estudio del derecho romano es una disciplina histórico-anticuaria" (p. 197), afirma el autor. Sus postulados, pues, exigen el rechazo de toda consideración diacrónica para pasar a "moverse -por el contrario- sobre una línea horizontal o sincrónica".

Así, de un concepto tan fundamental en el derecho moderno como el de derecho subjetivo puede -a juicio de este autor- rastrear su origen en el pensamiento de DONELLO, y a través de él en el de SAVIGNY, pero no más atrás. Ciertamente es que la inspiración o la ocasión de la formulación del concepto procede de la lectura, entre otros textos pero particularmente, de D.35.2.1 pr., en el que a propósito de la ley Falcidia, aparece la expresión *ius potestasque*. Aparentemente podría reconocerse ya como ejemplo en las fuentes de "derecho subjetivo", pero, en la realidad histórico-sociológica en la que se desenvuelve el derecho romano, no resulta lícito encajar en él una idea concebida muy posteriormente. El derecho romano coloca en el centro a la "cosa" relegando a un papel secundario a la persona, como la distinción *res corporalis-incorporalis* deja entrever, cuando presupone que uno de los derechos subjetivos por antonomasia, como es el derecho de propiedad, es considerado como *res corporalis*.

La respuesta no se ha hecho esperar. Otro no menos conocido experto en la materia, BEHRENDTS (2), -casi se diría que de manera urgente y, desde luego, impetuosamente- ha respondido un año después en la misma revista al autor italiano. El significativo título “*Die Person oder die Sache?*” (¿Persona o cosa?) plantea, respecto del derecho romano, una disyuntiva que el autor no vacila en contestar -en contra de la opinión de BRETONE- a favor del primer miembro, la persona, dirigiendo sus críticas, además, hacia la postura metodológica adoptada por BRETONE, que considera errónea. La imposibilidad de captar la experiencia -como pretende BRETONE-, el arbitrario predominio en el horizonte del investigador de la ciencia política y de la sociología sobre el derecho, y frente a esto, la necesaria aceptación de una interpretación diacrónica de la historia del derecho que ayude a comprender por qué el derecho que tenemos hoy es así y no de otra manera, son algunos de los argumentos que el autor desgrana a lo largo de su artículo. Según BEHRENDTS, es preciso cultivar una historia del derecho por y para juristas (p. 58).

No es nueva, como antes decía, la discusión. Antes bien, se parece bastante -con las debidas matizaciones- al dilema, entre *mos Gallicus* y *mos Italicus* que históricamente dividió a los cultivadores del derecho; si bien ahora no se trate de crear y aplicar derecho vigente, sino de investigar el derecho romano y enseñarlo a las futuras generaciones de jóvenes interesados en su

2) O. BEHRENDTS, *Die Person oder die Sache?*, *Labeo*, 44, 1998, 26-60.

conocimiento (3). Es en este plano, en el de la docencia y la investigación en derecho romano, donde se dividen las opiniones.

Por mi parte, modestamente tengo la quizás ingenua pero cierta convicción de que el derecho romano a través sobre todo del pensamiento de la jurisprudencia romana no agota su vida en el tiempo en el que se creó y aplicó. Me ayuda a esta reconfortante experiencia, la sensación, mezcla de ilusión y orgullo, de comprobar con frecuencia en el campo del derecho privado, pero también en el del derecho público, las pasmosas coincidencias que se producen, por ejemplo, entre los extremos de una moderna teoría o discusión, expuesta por los juristas del derecho actual como novedad, y el pensamiento jurisprudencial romano. No puede tratarse de pura casualidad (4). El derecho romano presenta, como *ius controversum* que es, o sea científico, y en alto contenido, un material normativo de gran adecuación a la razón, lo que le apega muy de cerca a la naturaleza de las cosas. Es por ello y por la tradición romanística, que hace del derecho romano un objeto de ininterrumpida atención -aunque con diversos fines- desde los tiempos de Bolonia hasta nuestros días, por lo que se producen tales retornos.

3) No confundamos los términos de la disputa. No sólo BRETONE sino también BEHRENDTS, y con ellos todos, exigen el mayor rigor histórico en el estudio de la materia.

4) V. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*. 2ª ed., Napoli, 1962, especialmente 15 ss. De acuerdo con este autor, no es mi intención sacralizar el derecho romano a toda costa.

Pero el riesgo del neopandectismo existe. Uno de los errores que BREZONE denuncia (p. 198) y que yo comparto es el de pretender aislar objetos de estudio jurídico siguiendo el criterio de la utilidad, descartando aquellos otros aparentemente caducos. No sólo, creo yo, esta actitud conduciría a un empobrecimiento de nuestra ciencia, sino que ni siquiera desde el punto de vista jurídico sería acertada, ya que parcelaría un fenómeno, el jurídico, cuya contemplación global es necesaria.

Se impone -a mi juicio- la necesidad de un doble ejercicio que se encomienda al romanista actual: por un lado, de observar un extremo rigor histórico, haciendo acopio de una vasta cultura clásica y con una preocupación constante por depurar con finura filológica el análisis de los textos y, por otro, de iluminar el aspecto jurídico del objeto observado, para lo que resulta imprescindible una sólida formación jurídica. A mi modo de ver, por tanto, los extremismos son peligrosos (5).

2.- Me gustaría presentarles algunos ejemplos en los que se demuestra la compenetración del derecho romano y de la tradición romanística con el derecho actual hasta tal punto que, en ocasiones, distorsiona la tarea del romanista investigador y docente, pero en otras resulta útil para abordar con nuevos ojos, aunque siempre con prudencia, la lectura de los textos jurídicos.

5) Como decía JHERING (*Bromas y veras en la ciencia jurídica*, trad. Tomás A. BANZHAF, Madrid, 1987), el célebre ironizador del modo de hacer derecho en su tiempo, cuyos dardos de humor envenenado alcanzaron incluso a la cuestión de la propia existencia del derecho romano, un romanista se compone propiamente de dos mitades: es mitad dogmático y mitad historiador del derecho... (p. 116).

He escogido la materia de los pactos añadidos a la compraventa, concretamente los denominados *de retroemendo* y *de retrovendendo*, que encajan parcialmente en el tema objeto de este Congreso.

2.1.- El primer problema que deseo abordar tiene que ver con las denominaciones asignadas a los pactos de retracto convencional y de compra a prueba y a gusto. En conexión con ellas se halla la calificación jurídica que hayan de recibir. Que el derecho romano y su tradición tienen conexión directa con la praxis negocial moderna es, sorprendentemente, demostrable. Así, por ejemplo, en el retracto convencional se detecta -tanto en el derecho común como en el moderno- la presencia de un uso determinado que no deja de causarnos asombro a quienes nos dedicamos al estudio del derecho romano. Consiste en la práctica frecuente según la cual una persona toma dinero a préstamo y a cambio vende una cosa -típicamente un inmueble- por el valor de ese préstamo. El vendedor continúa en la finca como arrendatario pero hace propietario al comprador-prestamista; asimismo, se reserva el derecho a readquirir el bien entregado con la devolución del préstamo. Como ha destacado la doctrina moderna (6), las ventajas del acreedor son grandes: recibe la propiedad no la posesión (su garantía, por tanto, es más fuerte que una hipoteca); pero también lo son los riesgos, entre los cuales el más evidente es el de ocultación de intereses ilegales.

6) SAPENA, *Actualidad de la fiducia cum creditore (problemas de la cartade gracia)*, *Revista de derecho notarial*, Madrid, 1957, 125 ss. ROVIRA JAÉN, *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles: su razón histórica*, Madrid, 1996.

El ejemplo nos hace pensar en lo que MAYER-MALY denomina "retorno de las figuras jurídicas"(7), porque, en efecto, como ya habrán advertido, se trata de la *fiducia cum creditore*, delineada con una nitidez pasmosa. A supuestos como éste nos referíamos cuando acordábamos con BRETONE en la necesidad de no discriminar zonas de estudio como "interesantes" de otras supuestamente desechables en función de la utilidad o "actualidad" del material. Una construcción, aparentemente inútil y sumida en las brumas de los antiguos derechos de garantía del derecho romano, resurge históricamente con fuerza aún después de fenecida la sociedad que lo vio nacer.

Más sorprendente si cabe es, en el tema propuesto de los pactos en la compraventa, un tanto a la inversa del ejemplo anterior, el afán de la doctrina romanística actual por conservar nombres equívocos que nada tienen que ver con el derecho romano, por un lado, y, por otro, de encasillar en moldes actuales, de última moda incluso, los casos presentados y discutidos por los juristas romanos. Esto último, no obstante, resulta jurídicamente sugestivo siempre que se observen las debidas distancias: se recordará la idea, ciertamente ingeniosa, de asimilar el contrato de gladiadores de Gai. 3.146, nada menos que al contrato de leasing (8). Gayo dice que la naturaleza del

7) MAYER-MALY, *Die Wiederkehr der Rechtsfiguren*, *Juristenzeitung*, 26, 1971, 1 ss.

8) GATTI, *Il "pactum displicentiae" nella vendita a prova e il contratto di "leasing" nel diritto romano*, *Studi Biscardi*, V, Milano, 1984, 289 ss. GUARINO, *Il 'leasing' dei gladiatori*, *Index*, 13, 1985, 461 ss. (= *Pagine di diritto romano*, 6, Napoli, 1995, 358 ss.).

contrato varía *ex accidentibus*: de arrendamiento si los gladiadores salen ilesos de los combates; de venta si mueren o quedan inutilizados. Pero hay dos diferencias importantes que no han escapado a la moderna doctrina: la brevedad del tiempo en que se desarrolla este negocio a diferencia del leasing; la ausencia de una opción de compra: el precio, en caso de muerte o lesión, es ciertamente más bajo que el de compra en condiciones normales y, además, las partes lo fijan de antemano, pero en el caso planteado por Gayo no hay una facultad del comprador sino una consecuencia a la que él se somete y que asume un carácter obligatorio cuando el supuesto de hecho previsto se produce.

En cuanto a los nombres, causa, ya no asombro, sino perplejidad, no sólo el empleo de denominaciones como pacto *de retroemendo* o *de retrovendendo*, ajenas completamente a las fuentes romanas, sino el hecho de que ni siquiera convencionalmente haya acuerdo entre los autores modernos acerca del significado que haya de atribuirse a uno y a otro. Así, hojeando varios manuales, puede fácilmente comprobarse lo que decimos. Para unos, el pacto *de retroemendo* es aquel por el que el vendedor puede rescatar la cosa vendida devolviendo el precio que pagó el comprador; para otros, es aquel pacto por el que el comprador puede resolver la compra exigiendo en su caso la devolución del precio. La razón de esta contradicción reside en la propia equivocidad de las expresiones, de la que se inculpa a la doctrina del derecho común. Así, tomándolas siempre desde la perspectiva del beneficiado por el pacto, en el primer caso (retracto convencional) se justificaría el nombre de pacto *de retroemendo* o *de redimendo* por el hecho de tener el vendedor la

opción de recompra de la cosa; pero también la designación de pacto *de retrovendo* o *de revendo* sería admisible a la vista del contrato que el vendedor está facultado para resolver o, más exactamente, a la de la cosa respecto de la cual tiene derecho a que sea "vendida atrás". Estas mismas consideraciones, sólo que a la inversa, se pueden realizar respecto del segundo caso (pacto a favor del comprador).

Contrasta esta disparidad de criterios con la unanimidad de uso que en el origen de estas expresiones, es decir, en el derecho común, se constata. No se encuentra fácilmente que un autor del derecho común denomine al retracto convencional como pacto *de retroemendo* o *de redimendo*. Uno de los juristas del s. XVI que mayor interés mostró por este pacto fue el francés André TIRAQUEAU (Andreas TIRAQUELLUS) ⁽⁹⁾ quien advertía que la denominación corriente de este pacto era la *de retrovendo* o *de revendo*. El, sin embargo, optaba por la que ha pasado a la actualidad, por ejemplo, al Código Civil español (arts. 1507 y ss.) ⁽¹⁰⁾, a saber, de "retracto convencional". No obstante, es verdad que a veces, aun manteniendo inalterable la terminología (pacto *de retrovendo* en relación al retracto convencional), se introducen en las obras de estos autores expresiones perturbadoras pero explicables en el contexto en que aparecen. Así sucede, por ejemplo, con la penetrante Glosa de Gregorio

9) *Commentarii de utroque retractu, et municipali et conventionali*, Lyon, 1549. El título segundo se abre con esta rúbrica : De retractu conventionel.

10) Pero v. la intrusión de la terminología citada en el propio Código Civil español, en el comienzo del artículo 1513: «el comprador con pacto de retroventa...».

LÓPEZ (s. XVI) a la Ley de las Siete Partidas (s. XIII), concretamente la gl. 'quando quier' a la ley XLII de la Quinta Partida, referida precisamente al inciso que alude a la opción de recompra del vendedor (11). Ahí se encuentra en una ocasión 'pactum de redimendo'. La razón es la que apuntábamos: el pacto se configura como una resolución de la venta pero al tiempo se destaca entre sus elementos el de la facultad de recompra. Por la primera circunstancia, el pacto es de "reventa". Por la segunda es de "recompra".

Así pues, vemos que partiendo de un uso constante por parte de estos juristas de pacto *de retrovendendo* o *de revendendo* como alusivo al retracto convencional, en ocasiones aparece destacada la *facultas redimendi* del vendedor como propia del pacto (12). Pacto *de retrovendendo* es, por consiguiente, aquel

11) Gl. "quando quier" a ley XLII de la Vª Partida («...quando quiera que el vendedor o sus herederos tornasen el precio al comprador...»): «si esset enormitas laesionis in pretio simul cum pacto de revendendo: quia cum secundum opinionem multorum praesumatur contractus usurarius, si cum hoc iungatur pactum de redimendo perpetuo, servandum esset etiam. 30 annis elapsis, & nota bene...». Obsérvese la coincidencia de la presunción de contrato usurario que trae tras de sí el retracto convencional con las reticencias de los juristas modernos hacia la *fiducia cum creditore* de la que antes hablábamos; por no hablar de la discutida cuestión dogmática del plazo de tiempo atribuible a la opción de recompra. Cuanto más largo sea, menor será el riesgo de abuso por parte del prestamista (cfr., por ejemplo, art. 1508 CC. español -retracto convencional-; arts. 1660 y 1661 del CC francés -faculté de rachat; 1501 CC italiano -riscatto convenzionale; o, más de acuerdo con el derecho común en cuanto al plazo (30 años) respecto a bienes inmuebles, el § 503 del BGB alemán -"Wiederkauf").

12) Así se deja ver, por ejemplo, en la doctrina jurídica española de los siglos XVI y XVII, injustificadamente olvidada en algunos tratados modernos de ciencia jurídica europea. DIDACUS DE COVARRUBIAS A LEIVA (Diego de Covarrubias), *Operum Tomus Secundus, Variarum Resolutionum*, Lib. III, Cap. VIII, Ginebra, 1762: «Pacti, quod de retrovendendo vulgo dicitur, propria vis et natura expeditur.» «Quoniam hac aetate in his constituendis annuis redditibus revendendi pactio saepissime apponitur, opportune tractabitur, quam vim haec pactio in contractibus habeat, quoad translationem domini, et an ex pacto de retrovendendo praesumatur contractus usurarius? Nam haec clausula revendendi...», donde el autor trata -unida a la cuestión de la justificable o no presunción de contrato usurario- la de si a través de este pacto se produce la traslación de dominio sin necesidad de entrega, a lo que el insigne toledano contesta negativamente. ANTONIUS PEREZIUS (Antonio Pérez), *Praelectiones in duodecim libros Codicis Iustiniani, Tomus Primus, Venetiis*, 1783: «Pactum est de retrovendendo: quod interdum a partibus apponitur et dicitur retractus conventionalis... Retractus conventionalis est, quo res ita distrahitur, ut indefinite aut intra certum tempus venditori retrahere

que permite al vendedor resolver la venta mediante el ejercicio de la facultad, dimanante del pacto, de hacerse de nuevo con la mercancía entregada al comprador devolviendo el precio pagado por éste, es decir, recomprando el bien vendido. En conclusión, me parece que culpar sin más a estos autores -antes que a nosotros mismos- de haber utilizado un lenguaje impreciso no es del todo justificado.

2.2.- Veamos ahora el segundo ejemplo de análisis que traigo a colación. Es conocido el enfoque dogmático que desde la perspectiva de la *condicio* efectúa la jurisprudencia romana para

liceat, l. 2 h. t. (p. 177). En fin, citemos a un último autor, quien advierte que raramente el pacto *deretrovendo* puede configurarse en beneficio del comprador: DIDACUS BALMASEDA (Diego Balmaseda), *Tractatus de Collectis et Tributis praesertim iis in Hispania indictis et usitatis*, Lugduni, 1692: «*Nihil in venditionibus frequentius apponitur quam pactum de retrovendo, ... cuius virtute res venditas ad venditorem redire quotidie videmus, et dubitare solet an emptor, qui collectas tempore possessionis solvit, a primo venditore recuperare possit?*» (Aquí la cuestión que preocupa al autor es de orden tributario, del reembolso de las contribuciones hechas efectivas por el comprador mientras poseyó). Pero añade BALMASEDA lo siguiente : «*Id etiam scire convenit quamvis raro apponatur, scilicet, quod pactum de retrovendo ita in favorem emptoris possit apponi, quam in favorem venditoris...*»

abordar el tratamiento de los pactos añadidos a la compraventa. La doctrina moderna parece acordar -no sin dudas- que el derecho romano concibe la condición (*condicio*) como elemento suspensivo del negocio jurídico, y lo que hoy denominamos condición resolutoria no es en el derecho romano sino un pacto resolutorio condicionado suspensivamente. De todos modos, leyendo algunos textos como Ulp. 28 *ad Sabinum* D. 18.1.3 ⁽¹³⁾ relativo al *pactum displicentiae*, se comprende el paso tan breve que tuvieron que dar los pandectistas para hablar propiamente de condiciones resolutorias.

Este pacto que acabo de citar aparece modernamente en la llamada compraventa a prueba y a gusto (*ad gustum*, o mejor, *pactum degustationis* que deriva particularmente de las compraventa de vino). A este respecto, la doctrina civilista moderna ⁽¹⁴⁾ ha mostrado su recelo frente a la configuración de este tipo de compraventa como sometidas a condición meramente potestativa, lo que significaría poner en manos de una de las partes, el comprador, el cumplimiento de la obligación o la perfección del contrato ⁽¹⁵⁾. Sin embargo, la verdad es que en el mundo moderno estamos más que familiarizados en las compras

13) *Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*

14) DECASTRO, *La promesa de contrato*, *Anuario de Derecho Civil*, 1950, 1133 ss.

15) V. del CC. español, principalmente, el art. 1115 : «Cuando el cumplimiento de la condición dependa exclusivamente de la voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código.»

cotidianas que hacemos con el *p. displicentiae* y con la libertad con que el comprador (consumidor o usuario de cosas) resuelve una compra realizada. No obstante, advertimos, y a ello creo que nos da pie ya la casuística del derecho romano, que las reticencias modernas encuentran en parte su apoyo en la *ratio* inspiradora de la solución dada a algunos textos en que el *p. displicentiae* entra en juego: es decir, de evitar cualquier comportamiento desleal del comprador en el ejercicio abusivo de la ventaja que le brinda el citado pacto.

Me centraré en los dos casos que presenta el fragmento 20 de D. 19.5, principio y párrafo primero respectivamente (16). Un reciente artículo de SOTTY (17), aparecido en los *Estudios de*

16) Hay un tercero en el que todavía se ve con más claridad lo que decimos: D. 18.1.50 (Ulp. 11 ed.): *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quominus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet quominus impleatur.*

17) SOTTY, *Une variation sur Gaius, 3.146, Estudios de Historia del Derecho Europeo, Homenaje a G. MARTÍNEZ DÍEZ*, Vol. I, Madrid, 1994, 63 ss. La bibliografía acerca de los contratos innominados, con los que entra inevitablemente en relación el *pactum displicentiae*, es muy numerosa, acrecentándose en los últimos años considerablemente. Básteme citar aquí: TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c. d. contratti innominati*, en *Scritti Fazzalari*, I, Milano, 1993, 195 ss. BURDESE, *I contratti innominati*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga*, Madrid, 1994, 73 ss; ID., *In margine a D. 4.3.9.3, Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 7, 1995, 27 ss. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, *SDHI*, 60, 1995, 217 ss. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, 59 ss. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995. SICARI, *Leges venditionis-Papiniano*, Bari, 1996. FALCONE, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano, e la «lex contractus»*, *Labeo*, 43, Napoli, 1997, 240 ss.

Historia del Derecho Europeo en Homenaje al Profesor G. MARTÍNEZ DIEZ, publicados por esta Universidad Complutense de Madrid, y que quizás haya pasado un tanto desapercibido, me da pie a algunas reflexiones críticas.

Ulp. 32 *ed. D.* 19.5.20:

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.

I 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, utrum pretium (et merces ? del. Mo.) 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 eset, actionem talem qualem adversus desultorem dari.

Ambos párrafos plantean casos de *dationes ad experiendum*, el del *pr.* con carácter gratuito y el del párrafo 1 oneroso. El objeto del primero son animales, ciertos caballos (que por sus condiciones le parecieron al eventual comprador aptos para la competición). La entrega se realiza con el pacto de su devolución al oferente en un plazo máximo de tres días en caso de desaprobación. En este supuesto, el posible comprador es un *desultor* (una especie de jinete acróbata) que utiliza los animales en una carrera y resulta, incluso, vencedor de ella. El objeto del segundo recae también sobre animales, pero en esta ocasión no de carreras sino de carga, a saber, mulas. El negocio se configura de la siguiente forma: "*ut, si placuissent, emerēs, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares*".

En el primer caso, traído de Labeón por Ulpiano, se cuestiona el posible ejercicio de la acción de venta ante la negativa del accipiente -el jinete victorioso- de adquirir finalmente los caballos. Su rechazo del objeto negocial puede ser formalmente irreprochable si se ha realizado en las condiciones temporales prefijadas. Sin embargo, contemplado desde el plano de la equidad, detrás de la desaprobación del accipiente hay una conducta desleal dirigida a obtener un lucro a costa ajena; en nuestro caso, el premio logrado. La pregunta en torno a la ejercitabilidad de la acción de venta es perfectamente comprensible, pues a través de ella no se reclamaría el precio sino otra cosa bien diversa. Y es que tampoco se puede entender concluida la compraventa, dado el rechazo del accipiente. De ahí l

a oportunidad del *agere praescriptis verbis* que Ulpiano (y quizás también Labeón -SOTTY en contra-) defienden.

En el segundo, la línea de interpretación atisbada por nosotros no se aprecia con tanta claridad pero creemos que existe. El supuesto planteado presenta una peculiaridad llamativa: que la calificación del contrato depende del acto de una de las partes, del accipiente: -si aprueba los animales, es decir, si le convencen sus condiciones o características, hay compraventa; -en caso contrario, deberá pagar una cantidad por cada día en que los tuvo a prueba. (No dice que haya arrendamiento, pero habla en este caso de *merces*, renta o merced.) Esta sencilla alternativa plantea, no obstante, serios problemas en cuanto a la determinación de la naturaleza contractual en relación con el proceso de formación o desarrollo del negocio.

Las mulas han sido hurtadas (¿o robadas?) *intra dies experimenti*, lo que parece abrir la razonable posibilidad de la falta de maduración en la decisión del accipiente. La respuesta de Mela es, en apariencia, simplista: si la *emptio* se ha contraído, el comprador deberá pagar el precio; si no lo ha sido, entonces sólo deberá la *merces* (en efecto, pues el comprador sólo debe pagar el *pretium*, en ningún caso la merced). El rígido esquematismo *pretium-merces* hizo dudar a MOMMSEN de la genuinidad de la pregunta *pretium et merces an merces tantum* que precede a la respuesta de Mela, hasta el punto de llevarle a sugerir la supresión del *et merces* del primer miembro. Más recientemente

ha sido A. d'ORS (18) quien ha abogado por la restitución de esta parte del texto en contra de la lectura de MOMMSEN. A su juicio, se justifica desde el punto de vista de la responsabilidad del arrendador-vendedor, quien en el caso propuesto de una *datio ad experiendum* onerosa ha de soportar el riesgo del perecimiento fortuito. Así pues, la especialidad del caso consiste en que, a diferencia de un arrendamiento normal en el que el *conductor* es responsable por *custodia*, y por tanto, asume él el riesgo del hurto, en nuestro caso es al revés, lo que impide su consideración como arrendamiento típico. Según la hipótesis de este autor, tal y como la entiendo, los términos de la pregunta parten de una premisa: la no realización de una compraventa. De ahí que la merced se dé en todo caso. La inclusión del *pretium* (que d'ORS considera que debe interpretarse como el "valor" del objeto) -que se añade a uno de los miembros de la alternativa- se debe a la necesidad de aclarar cuál de las dos partes asume el riesgo del hurto. En definitiva, la *actio locati* no encaja a juicio de este autor en el supuesto.

La lectura orsiana no parece, en principio, cuadrar bien con la respuesta de Mela. Ciertamente es que este jurista declara que si no hay compraventa entonces se deberá sólo la merced, con lo que tácitamente se responde a la cuestión del riesgo en el sentido de no admitir la responsabilidad por custodia del accipiente. Pero -a mi juicio-, si el texto no está acortado por los compiladores, el

18) A. D'ORS, *Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano*, AHDE, 45, 1975, 595 ss.

hilo de la lectura parece roto por el planteamiento que hace Mela de la posibilidad de *emptio*.

Por consiguiente, tal y como se formulaba la pregunta, *pretium et merces an merces tantum*, el caso -insisto, según interpreto la lectura orsiana- ha de enfocarse como una frustración de venta. Es decir, que en todo momento no ha existido venta. (Precisamente era por mor de la simetría y limpidez de razonamiento, por lo que MOMMSEN suprimía el *et merces*.)

Creo que cabe una reinterpretación del texto y me parece que la hipótesis orsiana puede resultar reforzada. En primer lugar, creo que la respuesta de Mela es, en su concisión y amplitud de enfoque, admirable. Bien habría podido merecer el calificativo de '*elegans*' por parte de Ulpiano, quien, sin embargo, parece expresar contra él un reproche por no haber hablado de acciones concretas. Sin embargo, esto nos conduce a pensar, viceversa, que en lo material Ulpiano no difiere de la solución de Mela, es decir, que sigue la vía de solución doctrinal abierta por éste, profundizando en ella.

Me parece que del análisis del negocio, tal como lo vemos configurado, se desprenden consecuencias de relieve: "*ut si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares*". Dice SOTTY que el hurto de las mulas no tiene por qué impedir la elección al accipiente y, por tanto, que debe proceder a realizarla. A mi juicio, sin embargo, caben tres posibilidades de actuación por parte del accipiente.

Primera, que exprese su interés por las mulas a pesar del hurto. Entonces deberá pagar el precio (no la merced, como he

dicho antes, porque lo excluye la configuración negocial: la merced no se paga si se aprueba la mercancía, *ut, si placuissent, emerēs...*). Se me antoja pensar que la condición en que se hallaban los animales no debía de ser precisamente mala cuando el posible comprador decidió realizar una prueba que al fin y a la postre dejaba de ser gratuita sólo si objeto no era de su agrado.

Segunda, que manifieste su desaprobación. Entonces pagará la merced. ¿Algo más? Está detrás el problema de quién asume el riesgo. Si cotejamos otros textos de *dationes ad experiendum* o *ad inspiciendum*, bajo el mismo título quinto del libro 19, reconocemos idéntica cuestión⁽¹⁹⁾. Es aquí donde entra en juego la lectura hipotetizada por A. d'ORS. No es extraño que de esta confrontación la doctrina haya hablado en nuestro caso de hurto y no de robo, a pesar de la presencia en el hecho fortuito de un singular sujeto, los *grassatores* (cuatrerros, por tanto, armados, dispuestos a la violencia), que son los autores del hecho que

19) Ulp. 28 ed. D. 19.5. 17. 1: *Si margarita tibi aestimata dederō, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.* H. t. 17.2: *Papinianus libro octavo quaestionum scripsit, si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere. secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.* H. t. 17.4 : *Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero ut ea apud me relinquant, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia maiore, periculum me minime praestaturum: ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*

provoca la desaparición del objeto. Lo que está en cuestión es la responsabilidad por custodia del accipiente. Si fuera hurto, el desplazamiento de la esfera del riesgo al arrendador-vendedor justificaría la especialidad del caso. Si fuera *vis maior* no respondería el accipiente (salvo que ese hecho dependiese de una conducta previa que se le pudiese reprochar, como por ejemplo, que llevase las mulas por una comarca infestada de bandidos a sabiendas del peligro; pero el caso -digno de un relato apuleyesco- no distingue y no creo que debamos hacerlo nosotros).

La respuesta de Mela no se limita a resolver la duda acerca de la responsabilidad, sino más bien a responder al verdadero problema que es el de la formación del negocio. Aquí la perspectiva elegida es la de la compraventa (a diferencia del caso de los gladiadores en que la predominante es la del arrendamiento) (20). El hecho fortuito ha producido una interrupción en el proceso de formación de la compraventa y ha determinado su frustración. Esto último se vería más claro como problema central si el supuesto en vez de hurto fuera de robo porque, como digo, el análisis de la conducta del arrendador-vendedor o del accipiente está de más. No interesa en el caso presente averiguar el grado de diligencia desarrollado por uno o por otro. Pero, por otra parte, es verdad que la cuestión de la asunción de riesgos se cruza: El mismo planteamiento de la

²⁰) CALONGE, *El problema de la retroactividad en el Derecho clásico*, *Studi Volterra*, 3, 1971, 161 ss. PARICIO, *Una observación sobre Gai. 3, 140-141*, *Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias*, II, 991 ss.

pregunta *pretium et merces an merces tantum*, si se admite la lectura orsiana, deja clara -a diferencia de la de MOMMSEN- la posición adoptada a modo de premisa: no hay venta, sólo unos tratos preliminares que se asemejan a un arrendamiento (aunque en ningún momento se califique como tal en el texto). Pero la respuesta de Mela parece rebasar la pregunta inicial que es de menor alcance. Si aceptamos la restitución orsiana del texto ¿qué sentido tendría entonces replantear si hay o no compraventa? Para contestar a esta cuestión creo que debe aludirse a un tercer posible comportamiento del accipiente.

Tercera, que declare su voluntad de no seguir adelante con el negocio. Esta se puede considerar, incluso, la reacción humanamente más normal. Las mulas han sido sustraídas *intra dies experimenti* y puede por ello haber sucedido perfectamente que el accipiente no haya tenido el tiempo necesario para probar las cualidades o virtudes de los animales. Ahora bien, si leemos de nuevo los términos negociales (redactados en forma de alternativa) no resulta fácil ajustar a ellos ese "desentenderse" del negocio. Desde luego, no se corresponde con una '*placuisse*', pero tampoco encaja en un '*displacuisse*'. O lo que es lo mismo, en este último caso no es directamente asimilable "desentenderse" del negocio, iniciado pero frustrado por causas ajenas al querer y hacer de las partes, que "no gustar" la mercancía. Desaprobar exige haber probado, lo que no ha sucedido. El arrendamiento es especial por una segunda razón: no tiene por finalidad la mera prestación de un uso temporal sino la de un uso orientado a la finalidad de examen (que normalmente es gratuito pero aquí no, quizás pro la cierta seguridad de adquirir finalmente que tiene el

comprador o por cualquier otra razón). Este fin se dirige, a su vez, a la eventualmente posible celebración de una compraventa. No es un contrato autónomo (e incluso por la respuesta de Mela acerca de si hay compraventa o no, en caso de existencia de ésta, el arrendamiento queda como absorbido por la compraventa sin dejar rastro); el comprador se limita a pagar el precio de la cosa. El quid del caso está precisamente en que un hecho independiente de la actividad o diligencia de las partes ha detenido el curso de formación del negocio (que es una compraventa) y no se puede determinar -si no hay compraventa- qué es lo que las partes han llegado a hacer. De ahí la pregunta de la asunción del riesgo. Pero hay más: la alternativa '*placere-displicere*' no cubre la situación -no sólo posible sino probable- de frustración o malogro de la propia prueba. ¿Podría negarse a pagar la merced el accipiente?

Ahora comparemos la solución adoptada por Mela con la de Ulpiano. Tanto uno como otro parecen fijar como norte del caso la compraventa. Por las palabras de Ulpiano, la solución material de éste no debe, en principio, diferir de la de Mela (pues Ulpiano tan sólo dice que Mela no habla de las acciones aplicables al caso, pareciendo de acuerdo, por tanto, en el fondo de la opinión de su predecesor). Lo que sorprende es, sin embargo, que el enfoque dogmático de uno y otro jurista es muy diferente, tanto que puede conducir a una solución diversa.

¿Es lo mismo *emptio contracta* que *emptio perfecta*? De I. 3.23.4 (21) se ve que no (*'contrahi sub condicione'*). El negocio nace pero sus efectos se suspenden hasta la realización de la condición. Más exactamente, la obligación del comprador no surge hasta el momento de la aceptación-aprobación de la mercancía. Este momento es el decisivo y el tenido en cuenta por Ulpiano que habla de *perfici*. Pero Mela habla de *contrahi* simplemente. SOTTY propone entender incluidas tanto la hipótesis de *emptio sub condicione* como la de *emptio pura con pactum displicentiae* resolutorio. Esta última me parece más dudosa (aunque quizás encontrara apoyo en el hecho de tratarse de *experimentum* oneroso y de la posible buena apariencia de las mulas). No obstante, no acaba de encajar -a mi juicio- en el tenor contractual: *ut si placuissent, emeris*.

Mela habla en términos de "existencia" (ya SOTTY apunta esta distinción) y no de "perfección" del contrato. (La disonancia con el pensamiento ulpiano ha podido levantar sospechas de interpolación de éste último, porque evidentemente el momento de cada uno es diferente.)

Esta dificultad puede superarse si se reconoce que en la respuesta de Mela el centro de atención está en la completa formación del negocio central al que, en todo momento, las dos partes han dirigido su actividad negocial: la compraventa. Puede ser que Mela buscase una solución que además de concisa

21) *Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. sub condicione veluti 'si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot'*. Vid. SOTTY, *Une variation...*, ntt. 24 y 25, p. 75.

cubriese el mayor número de situaciones posibles, inclusive la de la compraventa (en caso de que el accipiente se encontrase en la situación primera, pero también la tercera de desentendimiento del negocio como asimilable a un *non contrahi* de la compraventa; incluso la del pacto resolutorio como *emptio pura* podría entrar).

La compraventa no se contrae hasta que el comprador no da su aprobación-aceptación (*ut, si placuissent, emeret*) como resultado de unos tratos preliminares que llegan a buen fin.

Ulpiano -si no hay interpolación- prefiere el planteamiento de la *emptio sub condicione* que se perfecciona con la aprobación-aceptación del accipiente. La íntima conexión en el comentario ulpiano entre los dos casos de D. 19.5.20 *pr.* y 1, respectivamente, se intuye por el hecho de que la elección de la acción reenvía a la del caso de los caballos de carreras antes vista (es decir, *agere praescriptis verbis*). La sugerencia de este último recurso y la relación con el caso anterior quizás se justificaran por varias razones: una, la de ser un arrendamiento especial en el que la asunción del riesgo esta invertida; pero por otra, la de no cumplirse la previsión negocial de ninguna de las dos alternativas del negocio. La pasividad del accipiente es consecuencia de haber quedado abortada, no ya la completa formación del negocio, sino incluso la práctica de la prueba. Al igual que en el anterior caso, se trata de un supuesto en que la conducta del accipiente no se ajusta a la lealtad exigible a toda parte contractual, ya que aquí, valiéndose de los estrictos términos literales del negocio, el accipiente podría discutir, incluso, el pago de la propia merced.

No se me oculta que en el texto no hay rastros de la discusión de esta posibilidad por parte de la jurisprudencia (22), lo que hace de mi propuesta una simple conjetura. Pero, aun a pesar de esto, merece la pena constatar, al menos, que tanto la solución de Mela como la de Ulpiano (23) responden, con primor exquisito, a la cuestión contemplada por mí, ahora sí, con mirada neopandectista (24).

22) Que el texto aluda a que la sustracción de las mulas se ha realizado *intra dies experimenti*, ha sido casi la única pista para esa hipótesis.

23) Cfr. art. 1453 del CC : «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 recibir las, se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva.»

24) Hago mía la actitud que frente a las XII Tablas, al decir de BRETONI (*Storia del diritto romano*⁵, Roma-Bari, 1997, 63-64), adoptaban los intelectuales romanos de épocas posteriores : «...le XII Tavole sono sottoposte, di volta in volta, a una operazione «attualizante» che ne accentua il significato ben oltre i contenuti normativi ancora validi, o a un'operazione inversa, di carattere filologico-antiquario, che le restituisce al loro tempo. È un modo di procedere schizofrenico? Certo si tratta di atteggiamenti contraddittori, ma non incompatibili. Il senso della distanza storica non implica una cesura con el passato. Fra il passato e il presente non si interpone nessuna barriera, e l'uno rifluisce nell'altro senza ostacoli.»