

Trabajo Fin de Grado

La venta a prueba en Roma y su plasmación en el
Derecho privado actual

Autor

Juan Ignacio González Zubiri

Directora

Dra. D^a. María Victoria Sesma Urzaiz.

Facultad de Derecho Universidad de Zaragoza.
Curso 2016/2017

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	3
I-INTRODUCCIÓN.....	4
1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	4
2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	4
3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	5
II- LA VENTA A PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO.....	6
1- EL <i>PACTUM DISPLICENTIAE</i>	7
1.1- Concepto.....	7
1.2- Naturaleza: evolución jurisprudencial.....	8
1.3- Objeto de la venta.....	9
1.4- La prueba.....	10
2- LA CLÁUSULA DE LA <i>DEGUSTATIO</i>	11
III- LA VENTA A PRUEBA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL.....	14
1- VENTA A PRUEBA.....	14
2- VENTA <i>AD GUSTUM</i>	15
IV- LA VENTA A PRUEBA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.....	16
1- LA VENTA HECHA A CALIDAD DE ENSAYO O PRUEBA DE LA COAVENDIDA.....	17
1.1- Concepto.....	17
1.2- Presunción de condición suspensiva.....	18
1.3- Objeto de la venta.....	18
1.4- La prueba: contenido, plazo y obligatoriedad.	18
2- LA VENTA DE LAS COSAS QUE ES COSTUMBRE GUSTAR O PROBAR ANTES DE RECIBIRLAS.....	20
V- LA VENTA A PRUEBA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL.....	23
1- LA REGULACIÓN ACTUAL (ART. 328 C. DE COM.).....	23
2- EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL.....	26
VI- CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	34

ABREVIATURAS

a. = año.

a. C. = antes de Cristo.

AHDE = Anuario de Historia del Derecho Español.

art. = artículo.

C. = Código de Justiniano.

CC = Código Civil.

Ccom. = Código de Comercio.

D. = Digesto de Justiniano.

d. C. = después de Cristo.

Frag. Vat. = Fragmentos vaticanos.

Gayo = Instituciones de Gayo (cuando no va seguido de cita del Digesto).

I. = Instituciones de Justiniano.

Nov. = Novelas de Justiniano.

párr. = párrafo.

pr. = *principium*.

RDC = Revista de Derecho Civil.

REHJ = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso, Chile)

RGDR = Revista General de Derecho Romano.

RIDROM = Revista Internacional de Derecho Romano.

RJUAM = Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid.

s. = siglo.

TRLGDCU = Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios.

TS = Tribunal Supremo

I- INTRODUCCIÓN

1- CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la venta a prueba en Roma y su plasmación en el Derecho privado actual. Nos proponemos mostrar las líneas generales de la evolución histórico-jurídica de esta Institución, que tuvo su origen en el Derecho romano y que, a través de un largo camino, ha llegado hasta nuestros días. La comprensión de este proceso histórico puede resultar de interés para enfocar los problemas jurídicos que presenta esta figura en la actualidad.

En primer lugar, vamos a estudiar la venta a prueba en el Derecho romano, en concreto, las dos figuras que constituyen el antecedente de la venta a prueba en nuestro Derecho actual: el *pactum displicentiae* y la cláusula de la *degustatio*. A continuación, nos adentramos en la Recepción del instituto, abordando los diversos momentos del devenir histórico de estas dos figuras en nuestro Derecho: en el Derecho medieval español, fundamentalmente en varios fueros locales castellanos y en las Partidas de Alfonso X El Sabio; y en el proceso codificador, centrándonos en la actual configuración de la venta a prueba en el artículo 1453 del Código civil y en el artículo 328 del Código de comercio.

Nos parece necesario advertir que, dada la amplitud y complejidad del tema objeto de este trabajo, no nos vamos a detener en el estudio de algunas cuestiones que ya han sido ampliamente tratadas por nuestra doctrina, tales como el *periculum* con respecto a la cosa vendida en los diferentes momentos que se dan en estos tipos de compraventa, la renunciabilidad del derecho a la prueba, el saneamiento por los vicios ocultos o el carácter personal de la prueba.

2- RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Como consideración primera cabe indicar que de entre las materias estudiadas a lo largo de la carrera de Derecho, las relacionadas con el Derecho privado son las que más han llamado mi atención. Además, el Derecho romano como origen del ordenamiento jurídico que tenemos hoy en día también fue una asignatura de mucho interés para mí en su momento. Es por eso que la intención que ha motivado la elección del tema ha sido la de

combinar ambas inquietudes, analizando una figura de Derecho privado -como es la venta a prueba-, desde el Derecho romano hasta el actual.

La venta a prueba está presente en muchas de las normas sobre ventas fuera de los establecimientos mercantiles o por correo (pensemos en la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles o las leyes sobre estos temas de las distintas Comunidades Autónomas españolas). Además, se trata de un tema de candente actualidad, como pone de relieve el hecho de que en el Anteproyecto de Ley, que durante los últimos años se ha estado tramitando para desarrollar un nuevo Código mercantil, aparezcan las figuras de la venta al gusto o con reserva de aprobación y de la venta a ensayo o a prueba tratadas en dos secciones diferentes.

La escasez de trabajos de investigación sobre este instituto, la confusión reinante en una parte de la doctrina actual, abordando conjuntamente la venta al gusto y la venta a ensayo bajo la denominación de venta a prueba sin distinguir el diferente régimen jurídico que desde su origen tuvieron estas dos figuras y, por último, la evidente repercusión que tiene la venta a prueba en la práctica comercial de nuestros días, entre otras causas, justifican la realización de este trabajo.

3- METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Aunque se trata de un tema al que los manuales y obras elementales no dedican excesiva importancia, nos ha parecido oportuno comenzar leyendo el tratamiento que dan a la venta a prueba algunos manuales fundamentales de Derecho romano, Derecho civil y Derecho mercantil.

Además de esta bibliografía básica, dada la amplitud de la materia, hemos optado por la lectura y estudio de algunos trabajos de investigación imprescindibles. En ese sentido, nos ha resultado de gran ayuda y utilidad la monografía de MANUELA CALVO ANTÓN, pues da una panorámica general de la venta a prueba, figura objeto del presente estudio.

Por lo que se refiere al Derecho romano, además de los excelentes trabajos de nuestra doctrina romanista, hemos utilizado traducciones de algunos fragmentos de los juristas clásicos recogidos en el Digesto de Justiniano, fundamentalmente la versión castellana de ÁLVARO D'ORS y otros romanistas en el Digesto de Aranzadi. Esto nos ha permitido tomar contacto con el método casuístico de la jurisprudencia romana y con la minuciosidad

y complejidad de sus decisiones en muchas cuestiones controvertidas, que todavía se siguen planteando en la actualidad.

Por último, hemos recogido todo este material en el trabajo que presentamos, intentando trazar una fiel representación del proceso evolutivo que ha experimentado la figura de la venta a prueba, desde el *pactum displicentiae* y la cláusula de la *degustatio* romanas hasta la venta a ensayo o a prueba y la venta ad *gustum* actuales, pero a un nivel más elemental y divulgativo, teniendo en cuenta que se trata de un trabajo académico

II- LA VENTA A PRUEBA EN EL DERECHO ROMANO

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

La doctrina romanista 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.

En todo caso, la doctrina es unánime al afirmar que la compraventa a prueba romana es el 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.

De estos posibles pactos, en el presente trabajo nos vamos a centrar solamente en los dos que constituyen un antecedente de la venta a prueba en nuestro Derecho actual: el *pactum displicentiae*, antecedente de la venta a prueba o ensayo, y la cláusula de la *degustatio*, antecedente de la venta al gusto (artículo 1.453 del Código civil y artículo 328 del Código de comercio).

1- EL PACTUM DISPLICENTIAE

El denominado *pactum displicentiae* era un pacto de matices negativos, pues llevaba implícito un estado de ánimo o situación que causaba desagrado; sería lo mismo que hablar de “convenio por causa de desagrado”. Se desconoce su origen, si bien la doctrina ha barajado argumentos suficientes para creer que surge en las ventas de esclavos en el mercado romano bajo la jurisdicción del edil curul¹, aproximadamente a finales del s. II a. C. Esta teoría viene avalada porque aparece previsto por el edicto del magistrado, tal como nos lo han transmitido Ulpiano –en D.21.1.31.22 y 23- y Papiniano –en *Frag. Vat.* 14-.

1.1- Concepto

La doctrina tradicional concibe el *pactum displicentiae* como el acuerdo en virtud del cual el comprador tiene la facultad de rescindir el contrato cuando la cosa no resulte de su agrado². 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; ésta vendrá determinada por el desagrado de la cosa al comprador.

La denominación de este pacto deriva del término “*displicentia*” que 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 disgusta³. Los juristas bizantinos no dedicaron a este pacto ningún título específico; su conocimiento viene disperso en varios fragmentos de la Compilación de Justiniano, 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*”⁴.

¹ Vid. RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, Oviedo, 1998, pp. 182 ss.

² VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986, p. 508; D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991, p. 533; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990, p. 404; ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vol. II, Madrid, 1991, p. 653; PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 526.

³ Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, cit., pp. 175 s.

⁴ Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., p. 508.

1.2- Naturaleza: evolución jurisprudencial

La fórmula del *pactum displicentiae* viene proporcionada por las fuentes:

D.18.1.3 (Ulp. 28 ad Sab.):

“Si la cosa hubiese sido vendida de tal modo que, en caso de no agradar, se tuviese por no comprada, no se considera que ha sido vendida bajo condición, sino que la compra se resuelve bajo condición”⁵.

D.41.4.2.5 (Paul. 54 ad ed.):

“Pero también es compra sin condición cuando se conviene que la cosa quede sin comprar si, dentro de un cierto plazo, el comprador declaraba su displicencia por la misma”⁶.

El primero de los fragmentos 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*.

Si comparamos la formulación de Ulpiano -en D.18.1.3- con la mantenida por Paulo para el mismo convenio -en D.41.4.2.5- observamos, como señala RODRÍGUEZ DÍAZ, que se complementan perfectamente. 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 sí habla de un contrato perfecto que se entenderá como no celebrado si la cosa finalmente no gusta al comprador⁷.

Ambos textos traen a colación una de las cuestiones más debatidas por la doctrina, cual es la determinación jurídica de este *pactum*. Ulpiano y Paulo parecen rechazar la posibilidad de concebirlo *sub condicione*, entendiendo por tal, con la generalidad de la doctrina, el negocio bajo condición suspensiva, y admiten que en verdad hay una resolución del contrato de compra cuando se cumpla el supuesto condicionante, es decir, el desagrado de la *merx*.

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,

⁵ “Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione”.

⁶ “Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit”.

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, cit., pp. 177 s.

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. 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 clásica⁸.

Dado que el análisis de la teoría de la condición en Derecho romano excede del objeto del presente trabajo, nos vamos a limitar a reflejar la solución tradicional que comparten la mayor parte de romanistas. Así D'ORS⁹ recogía el texto D.18.1.3 como ejemplo de la lejanía del pensamiento clásico romano de concebir la condición como resolutoria del contrato. 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. Del mismo modo, VOLTERRA¹⁰ sostuvo 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.

1.3- Objeto de la venta

Nada dicen las fuentes acerca de que la compra con *pactum displicentiae* debiera recaer sobre una cosa en concreto, más bien debieron ser ventas de cosas cuya calidad no era bien conocida por el comprador y la práctica de la prueba era necesaria para confirmar la conveniencia de la adquisición¹¹. Las fuentes establecen profusamente la *merx* susceptible de prueba, y hablan de compras de esclavos –D.21.1.31.22 y 23-, de caballos –D.19.5.20pr.-,

⁸ Vid. los autores citados por RODRÍGUEZ DÍAZ, E., “Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español”, pp. 610 ss., en <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/DIAZ.pdf>

⁹ Cfr. D'ORS, A., “Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano”, en *AHDE*, 45 (1975), pp. 595 ss.

¹⁰ Cfr. VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., p. 508.

¹¹ RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, cit., p. 222.

de bueyes –D.9.2.52.3-, de predios –D.43.24.11.13, Frag. Vat. 14, C.4.58.4-, incluso de *res*, en su sentido más genérico –D.18.1.3, D.18.5.6, D.20.6.3-.

1.4- La prueba

No sabemos por los textos si pudo consistir la prueba en un ensayo único o en varios; tampoco sabemos si era imprescindible que el comprador fuera quien realizara la prueba o sería válida la intervención de un tercero elegido por las partes. En cualquier caso, como observa RODRÍGUEZ DÍAZ, las fuentes suelen referirse en segunda persona “*si tibi equos venales experiendos dederō*”, “*ad te detulerit et reliquerit*”, lo que parece indicar que era el comprador quien se encargaba de probar la cosa y determinar su satisfacción¹².

Las fuentes no disponen de modo taxativo si el resultado de la prueba debió valorarse subjetiva u objetivamente, esto es, si se admitió o no el libre arbitrio del comprador, quien podría valorar de modo parcial el alcance de la prueba. En general, parece ser que primó la primera posibilidad. El comprador, aun cuando la cosa cumpla con los requisitos necesarios que determinan su adquisición, puede no desear obtenerla y hacer uso del *pactum displicentiae*. Sin embargo, hay un texto que impide afirmar de modo categórico que siempre hubiera sido así:

D.19.5.20 pr. (*Ulp. 32 ad ed.*)

“Se discute en Labeón acerca del siguiente caso: si te hubiese dado para probar unos caballos que tenía en venta, para que a los tres días me los devolvieses si no te gustaban, y tú, como jinete, hubieras corrido en ellos y ganado el premio, y después no hubieras querido comprármelos, se daría contra ti la acción de venta. Pero creo que es más cierto que se ha de demandar por la acción de palabras prescritas, porque entre nosotros se acordó que hicieses un experimento gratuito, no que participases en una competición”¹³.

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. El dueño de los

¹² RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano, cit.*, p. 223.

¹³ “*Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederō, 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*”.

caballos plantea a Labeón si le puede obligar a cumplir la compraventa, porque el hecho de que ganara una carrera es contradictorio con que le disgusten los caballos.

2- LA CLÁUSULA DE LA *DEGUSTATIO*

La venta a degustación afectaba fundamentalmente al vino, aunque de las fuentes parece desprenderse que también se utilizaba para otras mercancías, pertenecientes a la categoría de los comestibles y, dentro de ellos, los líquidos como el aceite y el vinagre¹⁴. Los romanos acostumbraban a incluir en las ventas de vino la cláusula de la *degustatio*, porque el comprador quería asegurarse de que el vino que compraba correspondía al gusto de su clientela. Aunque resulte discutible entre los autores si se entendía el pacto de degustación como cláusula tácita o, pese a ser frecuentísima, no se podía considerar sobreentendida, a la vista de las fuentes romanas parece oportuno entender que esta cláusula de *degustatio* era consustancial a las ventas de vino¹⁵.

Así, Paulo en D.18.1.34.5 hace una distinción entre los fines que se persiguen, a propósito de las ventas de vino o aceite, con la degustación y la medida:

“Las causas de la degustación y de medición son distintas: la primera implica la posibilidad de desaprobación, mientras la medida no implica que se venda más o menos sino que se ponga de manifiesto la cantidad comprada”.

De este texto se desprende que la degustación era la práctica que autorizaba al comprador para aceptar o rechazar el vino y, por tanto, la venta, ya que este uso era y sigue siendo el único que permite observar la calidad del producto¹⁶.

La venta a degustación no es perfecta hasta que se cumpla la condición de que el comprador declare que la cosa es de su agrado; no era en estas ventas lícito sin justos motivos rechazar la mercancía. Cuando en el término concedido al comprador la cosa perezca o se deteriore a consecuencia de caso fortuito o de fuerza mayor, sufre el perjuicio el vendedor, porque ésta es aún de su propiedad.

Habiéndose vendido vino sin hablarse de *degustatio*, el riesgo de acidez y de enmohecimiento corresponde al comprador. Si la condición de la *degustatio* ha sido puesta,

¹⁴ En este sentido, *vid.* BENÍTEZ LÓPEZ, M^a M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994, p.127.

¹⁵ Cfr. CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba*, editorial Bosch, Barcelona, 1995, p. 13.

¹⁶ Sobre la degustación en el Derecho romano, *vid.* BENÍTEZ LÓPEZ, M^a M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana, cit.*, pp.133 ss. y CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba, cit.*, pp. 13 ss.

ese riesgo continúa pesando sobre el vendedor hasta que la *degustatio* tenga lugar, salvo que para ella haya sido fijado un plazo que el comprador haya dejado pasar:

D.18.6.1pr., 1 (*Ulp. 28 ad Sab.*)

“Si el vino vendido se hubiese agriado o hubiese adquirido algún otro defecto, el daño será para el comprador, del mismo modo que si el vino se derramase por ruptura de las vasijas o por otra causa. Pero si el vendedor asumió el riesgo, lo sostendrá por el tiempo por el cual lo asumió. Si no señaló tiempo, debe soportar el riesgo hasta que el vino sea degustado, esto es, como si se vendiese de verdad en el momento de haber sido degustado. Pues, o bien se convino hasta cuándo soportará el riesgo del vino, y lo soportará hasta ese momento; o bien no se convino y lo soportará entonces hasta la degustación. Pero si, no habiendo sido degustado todavía, se marcaron por el comprador las vasijas o las tinajas, diremos, en consecuencia, que todavía el riesgo es del vendedor, salvo que otra cosa se hubiere convenido.

§1- *Pero el vendedor responde de la custodia hasta el momento en que se cuentan las medidas del vino, pues antes de que se mida el vino es como si todavía no se vendiese, y después de la medida el riesgo deja de ser del vendedor. Y se libera del riesgo antes de la medida, si no vendió el vino por medida sino por ánforas o tinajas determinadas.*

D.18.6.4pr., 1 (*Ulp. 28 ad Sab.*)

“Si alguno hubiese vendido unos vinos y hubiese declarado que habían de ser degustados dentro de cierto término, y después hubiese impedido el vendedor el hacerlo, se pregunta si el vendedor debe responder del riesgo anterior de agriarse y enmohecerse, (de tal modo que si acaso se corrompiese el vino después de pasado el día de la degustación, pertenezca el riesgo al vendedor), o más bien se habrá resuelto la compra (como si se hubiese vendido bajo la condición de que fuese degustado antes de aquel día). Interesará determinar qué se ha convenido. Si esto no se declara, creo debe decirse que la compra se mantiene, y que el riesgo afecta al vendedor incluso más allá del día prefijado para la degustación, porque fue él quien impidió la degustación.

§1- *si se vendió el vino por junto, se ha de responder solamente por custodia; de lo cual resulta que, si no se vendió para que se degustase, no debe responder el vendedor de que se agrie o enmohezca, sino que todo el riesgo corresponde al comprador; pero es difícil que alguien compre vino de modo que no lo deguste; por lo cual, si no se añadió un término para la degustación, el comprador lo podrá gustar cuando quiera, y hasta que lo hubiere degustado pertenecerá el riesgo de acidez y enmohecimiento al vendedor, pues el término fijado para la degustación hace mejor la condición del comprador”.*

En el caso de que el comprador haya realizado la prueba y manifestado su agrado al vendedor, si no se ha procedido aún al peso o medida de la cantidad convenida, el vendedor

sufrirá la pérdida de la cosa y el comprador sus deterioros. Pero el vendedor, hasta que se haya hecho la medición, debe conservar el vino con la diligencia que emplea en sus cosas¹⁷.

Si el comprador hubiese requerido al vendedor a efectuar la entrega del vino, y cuando el vendedor lo ofrece el comprador no lo retira, el peligro o riesgo debe correr a cargo de este último. Si, por el contrario, primero el comprador es moroso en recibir la mercancía y luego el vendedor es moroso en entregársela, será el vendedor quien corra con el riesgo o peligro de la cosa¹⁸.

Hecha la degustación y manifestada la aprobación del vino, y practicadas las operaciones de medición y peso, el comprador asume el riesgo de la pérdida y de los deterioros que se produzcan por caso fortuito cuando no retire la mercancía y la confíe al vendedor en depósito. Si el comprador no retira el vino el día convenido, el vendedor debe responder solo por su dolo, como se desprende del siguiente fragmento:

D.18.6.5 (*Paul. 5 ad Sab.*)

“Si dependiese del comprador el no haber sido retirado el vino en su día, pasado éste, no está obligado el vendedor salvo respecto a aquello que con dolo por su parte hubiese impedido; por ejemplo, si se vendiesen cien ánforas del vino que está en la bodega, si se midiera, hasta que se mida, todo el riesgo es del vendedor a no ser que se impidiere la medida por el comprador.”

De la lectura de estos y de otros fragmentos¹⁹ de los juristas clásicos recogidos en el Digesto, se desprende que las ventas de vino fueron objeto de cuidadosa atención y regulación muy compleja en lo relativo a la transmisión del *periculum*, esto es del riesgo de pérdida y deterioro del vino antes y después de llevarse a cabo su *traditio* o entrega, teniendo en cuenta en su caso la mora del comprador o del vendedor o de ambos²⁰.

¹⁷ Cfr. D.18.6.3 (*Paul. 5 ad Sab.*).

¹⁸ Cfr. D.18.6.17 (*Pomp. 31 ad Q. Muc.*).

¹⁹ D. 18.6.1.2-3 (*Ulp. 28 ad Sab.*).

²⁰ Sobre estas cuestiones y la interpretación de estos fragmentos, *vid.* la monografía de BENÍTEZ LÓPEZ, M^a M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana, cit.*, pp. 140 ss. Sobre el examen de las principales circunstancias que, a propósito de la compraventa de vino, inciden en la transmisión del riesgo de su enmohecimiento o acidez, *vid.* LAZO, P., “El riesgo en la compraventa de vino en el Derecho romano”, en *REHJ* XXVII (2005), pp. 83-100.

III- LA VENTA A PRUEBA EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

La compraventa a prueba no aparece regulada con carácter general en la legislación histórica castellana: ni en el Fuero Juzgo, ni en el Fuero Real, ni en las Partidas. Ahora bien, en estas últimas (Partida V, título 5, ley 24) sí que aparece regulado el régimen del *periculum* en la compraventa *ad gustum* y de cosas fungibles²¹.

1- VENTA A PRUEBA

En el Derecho medieval español encontramos abundantes referencias a la venta a prueba en normas de varios fueros locales castellanos²², cuyo objetivo es regular la compra de ganado, concretamente los Fueros de Cuenca, Teruel, Plasencia, Béjar, Zamora y Alfambra. Dichos fueros facultan al comprador de una *res* para que la someta a prueba durante un periodo de tiempo, con la posibilidad de devolverla al vendedor si no le conviene. El Fuero de Teruel establece cuáles son los animales cuya compraventa puede someterse a prueba: las bestias cuadrúpedas, esto es, las bestias mayores y el ganado bovino.

Los fueros no acostumbran a recoger el contenido de las pruebas, sin embargo, 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. El periodo de prueba no es libremente configurado por las partes, puesto que con frecuencia se determina un plazo que va de los tres días hasta los nueve²³.

Si se demuestra que el animal no es como se dijo en el contrato de venta, el comprador puede deshacer la venta dentro del plazo fijado para la prueba, devolviéndose las partes el animal y el precio. En todo caso, esto sólo será posible si el comprador demuestra la tara del ganado. Por otro lado, el vendedor tiene la posibilidad de no devolver el precio y recibir el animal cuando jure ante dos testigos que vendió la cosa sana; si no puede hacer el juramento o se niega a ello, tiene obligación de devolver el precio y recibir la cosa²⁴.

²¹ 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, pp. 373 ss.

²² Para el estudio de estos Fueros, *vid.* FERNÁNDEZ ESPINAR, R., “La compraventa en el Derecho medieval español”, en *AHDE*, 1955, pp. 432 ss.

²³ Cfr. RODRÍGUEZ DÍAZ, E., “Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español”, *loc. cit.*, p. 594.

²⁴ Cfr. CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba, cit.*, p. 19.

2- VENTA AD GUSTUM

En la Partida V, título 5, ley 24, bajo el título de: “A quien pertenesce el pro, o el daño, en las cosas que se suelen [...] gustar, despues que fuessen vendidas”, se trata de lo que, en nuestro Derecho actual, se denomina venta *ad gustum*²⁵:

“Si alguno comprase vino, o jengibre o cinamomo, o alguna otra cosa semejante a éstas, que tienen los hombres por costumbre gustar antes de comprarlas, si se perdiesen o se empeorasen antes que fuesen gustadas, entonces el peligro sería del vendedor y no del comprador, aunque ambos estuviesen avenidos en el precio. Mas si después que fuesen gustadas se perdiesen o empeorasen sería el peligro del comprador y no del vendedor”.

Como vemos, la venta de cosas que se acostumbra gustar antes de adquirirlas aparece configurada como una venta sometida a la condición suspensiva consistente en que el comprador la considere de su agrado. Además, por lo que se refiere al régimen del *periculum*, atribuye los riesgos antes de la degustación al vendedor y después de ella al comprador. Ahora bien, la mora del comprador hace recaer sobre él los riesgos:

“Pero si se aviniesen el comprador y el vendedor en el precio y señalasen día para que gustase el comprador la cosa, si el comprador no viniese aquel día que señalaron y después de esto se perdiese o menoscabase, entonces sería el peligro del comprador”.

En el supuesto de que no se hubiese concretado el día en que debe efectuarse la degustación, el vendedor puede requerir al comprador, quien soportará los riesgos si hace caso omiso de dicho requerimiento:

“Mas si por ventura sucediese que el vendedor y el comprador, habiéndose avenido en el precio, no señalasen día cierto en que gustase el comprador la cosa, entonces el vendedor puede exigir al comprador delante de testigos que vaya a gustar la cosa que le vendió. Y si no lo quisiese hacer, de ahora en adelante, si la cosa se perdiese o se empeorase, el peligro es del comprador”.

Ante esta pasividad del comprador, el vendedor puede disponer en nueva venta de la cosa, o incluso hacer abandono de ella si no tuviese más remedio, repercutiendo en el fallido comprador cualquier perjuicio que por su actuación pudiera haber experimentado:

“Y el vendedor después que este requerimiento haya hecho, puede vender la cosa a otro si quisiere. Y si algo menoscabare en la venta, el comprador está obligado a reintegrarle aquello que por esta razón menoscabare.

²⁵ Sobre esta Partida, *vid.* CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba, cit.*, pp. 17 s.

Si tuviese el vendedor necesidad de aquellas vasijas en que tuviese el vino o la otra cosa que hubiese vendido, puede llenar otros a costa del comprador. Y si no hallase vasijas libres, puede echar en la vía pública lo que hubiese vendido, pesándolo o midiéndolo primeramente. Y esto puede hacer el vendedor desde el día siguiente al que fue puesto como el que debía el comprador venir a tomar la cosa”.

En esta Partida aparece regulado el régimen del *periculum* en las ventas de vino y de otras cosas que es costumbre gustar antes de comprarlas, con una innegable inspiración en las fuentes del Derecho romano, pero con menor complejidad y mayor claridad²⁶.

IV- LA VENTA A PRUEBA EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

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”*²⁷.

Nuestro Código civil, a diferencia del CC francés e inspirándose en el CC holandés, trata de la venta a prueba en un único artículo que, aunque hace referencia a dos variedades de venta, las somete a un régimen jurídico común, orientación unitaria que algunos códigos civiles modernos como el suizo, el italiano y el portugués han abandonado ya²⁸.

En nuestra doctrina es mayoritario el parecer de que son dos las figuras que se albergan en este precepto, y que ambas poseen distinta naturaleza jurídica²⁹, aunque se mantienen variedad de posiciones doctrinales respecto de cada una de ellas. Nuestro legislador parece haber reunido en un mismo precepto dos ventas diferentes: la venta hecha

²⁶ Sobre esta Partida y su relación con los fragmentos de los juristas romanos recogidos en el Digesto, fundamentalmente D.18.6.1.3, véase el exhaustivo e interesante trabajo de MOREU BALLONGA, J. L., “El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código civil y la mora del acreedor” en *Estudios de Derecho de obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, LA LEY, Madrid, 2006, pp. 489-538.

²⁷ 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 o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumen hechas siempre bajo condición suspensiva”* cuyas redacciones coinciden en toda su extensión. Este precepto también fue plasmado en el art. 1.479 del Anteproyecto de C.c. de 1882-1888: *“La venta hecha, sometiénola 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”*.

²⁸ Sobre la venta a prueba en Derecho comparado, encontramos un detallado análisis en CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba*, cit., pp. 25 ss.

²⁹ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t. I, editorial Bosch, Barcelona, 1979, pp. 305 ss.; GARCÍA CANTERO, G., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XIX, Edersa, Madrid, 1980, pp. 86 ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, 1986, p. 85; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1990, p. 324.- Por el contrario, algunos autores opinan que la distinción estriba únicamente en el origen (pacto o costumbre) de la venta y consideran más acorde con la regulación de nuestro Código civil entender que existe una sola venta a prueba. En este sentido, *vid.* ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, *Derecho de obligaciones*, 13ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, pp. 550 s.; CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba*, cit., p. 72.

a calidad de ensayo o prueba y la venta a degustación o *ad gustum*, dándoles un tratamiento unitario al establecer la presunción de que ambas ventas se consideran hechas siempre bajo condición suspensiva. Esto en opinión de un sector doctrinal no resulta acertado ya que ambas figuras jurídicas no pueden clasificarse, sin discusión alguna, como instituciones afines y regulables por idénticos principios³⁰, sino que más bien se trata de dos formas de venta diferentes y necesitadas de distinto régimen, por serlo en la realidad y en el tráfico jurídico.

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.

1- LA VENTA HECHA A CALIDAD DE ENSAYO O PRUEBA DE LA COSA VENDIDA

Su régimen jurídico se expresa así en el artículo 1453 CC: *La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida se presumirá hecha siempre bajo condición suspensiva.*

1.1- Concepto.

Según la definición de BADENES, se trata de 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 (motivo determinante) de la declaración de voluntad del comprador, conocido por el otro contrayente, y por eso, teniendo eficacia jurídica³¹. El

³⁰ RIERA AISA, L., y ARAGÜÉS PÉREZ, F., “Naturaleza jurídica de la venta *ad gustum*”, *Revista Universidad*, Zaragoza, 1933, p. 90.

³¹ Cfr. BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, cit. p. 306.

pacto puede ser expreso o tácito, o también resultar del uso interpretativo para ciertas cosas (por ejemplo, máquinas, vestuario)³².

1.2- Presunción de condición suspensiva

El artículo 1453 del Código civil dispone que esta compraventa se presume hecha bajo condición suspensiva. Se trata, sin embargo, de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contra, 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, es decir, resultante de las circunstancias que han acompañado a la venta.

En opinión de BADENES³³, ha hecho bien nuestro legislador, siguiendo las huellas del Código francés y del italiano, en presumir que se trate de una condición suspensiva, porque es lógico imaginar que el comprador no haya querido asumir la responsabilidad de los riesgos de una cosa que no ha adquirido y que no sabe si le convendrá adquirir³⁴.

1.3- Objeto de la venta.

En cuanto al objeto, la norma habla de “cosa vendida”, no limitándose a las cosas fungibles como en el precepto anterior (art. 1.452), de suerte que habrá de ser interpretada con la máxima amplitud, entendiéndola aplicable a todas las cosas susceptibles de ser ensayadas o probadas: tanto las genéricas (antes o después de la individualización), como las específicas; tanto las muebles –que será la hipótesis más frecuente– como las inmuebles³⁵.

1.4- La prueba: contenido, plazo y obligatoriedad.

El CC no ofrece 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

³² En este sentido, *vid.* también GARCÍA CANTERO, G., *loc. cit.*, p. 89.

³³ Cfr. BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, cit.*, pp. 307 s.

³⁴ ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, editorial Montecorvo, Madrid, 1972, p. 415.

³⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *loc. cit.*, p. 89.

la ausencia de vicios se verifica en el momento de la celebración del contrato y no en el de su consumación³⁶.

La prueba puede consistir 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 válida 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. Aquí radica la diferencia de régimen entre la compraventa a prueba o ensayo y la compraventa *ad gustum* que recoge el mismo precepto. 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.

BADENES 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. 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 habido una aceptación tardía por el vendedor, en tanto se cree que persiste en su intención de vender³⁷.

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 CC- 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 CC

³⁶ GARCÍA CANTERO, G., *loc. cit.*, p. 91; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, cit.*, p. 308.

³⁷ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, cit.*, pp. 309 ss.

que considera cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento.

2- LA VENTA DE LAS COSAS QUE ES COSTUMBRE GUSTAR O PROBAR ANTES DE RECIBIRLAS

Su régimen jurídico se expresa así en el artículo 1453 CC: *La venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva.*

Esta modalidad de compraventa que, como ya hemos visto, tiene su origen en el Derecho romano y que nos ha llegado a través de las Partidas, ha suscitado en la doctrina moderna una discusión cuyo volumen no parece estar de acuerdo con su real importancia práctica dada la ausencia de jurisprudencia recaída sobre ella. El problema fundamental, como pone de relieve GARCÍA CANTERO, es el de su naturaleza jurídica, si se trata o no de una compraventa condicional, y si, en caso afirmativo, se trata de una condición potestativa o debe valorarse su cumplimiento con módulos objetivos³⁸.

Hay una corriente doctrinal que, partiendo de los primeros comentaristas del Código civil, llega hasta nuestros días sosteniendo el carácter absolutamente discrecional y arbitrario de la decisión del comprador una vez que ha realizado la degustación o la prueba de la cosa comprada³⁹.

Otra orientación más reciente, que podemos calificar de objetiva, trata de eliminar la discrecional decisión del comprador, con lo cual se evita el obstáculo representado por el artículo 1115 CC. Iniciada por DE CASTRO⁴⁰, ha sido seguida hasta ahora por otros autores⁴¹, que se limitan a citar o reproducir los argumentos del primero.

³⁸ Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, cit.*, pp. 91 s.

³⁹ En este sentido, *vid.* RIERA AISA, L., y ARAGÚES PÉREZ, F., “Naturaleza jurídica de la venta *ad gustum*”, *Revista Universidad*, Zaragoza, 1933, p. 103; BORRELL, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952, pp. 83 s; MANRESA-BLOCH, *Comentarios al Código civil*, t. X, Madrid, 1976, pp. 154 s.

⁴⁰ Cfr. DE CASTRO, F., “La promesa de contrato”, en *ADC*, 1950, pp. 1158 ss.

⁴¹ BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa, cit.*, pp. 312 ss.; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1990, p. 324; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, p. 527.

Se ha opinado⁴² que admitir la posibilidad de que la eficacia de la venta se haga depender de que el objeto probado le guste al comprador, representaría un reconocimiento de la condición de querer, contra el criterio general de nuestro Código, sin que se aprecien razones claras y terminantes para la excepción.

Afirmaciones como esa han llevado a ciertos autores a considerar que la venta de cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, pese a lo que el propio artículo 1453 CC establece, no se trata de una autentica venta, sino de una promesa unilateral de venta⁴³.

También se ha dicho que en la venta al gusto del comprador, estando las partes conformes en la cosa y en el precio, habiéndose obligado el vendedor a vender, mientras que el comprador espera –para dar su consentimiento definitivo- a experimentar o probar la cosa, nos hallamos no ante una venta sino ante una opción de compra⁴⁴.

Hay que reconocer que puede presentar cierta dificultad asumir el carácter condicional de la venta a prueba en una legislación que, como la nuestra, no admite la obligación condicional cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor (art. 1115 CC).

Los ANOTADORES⁴⁵ se muestran sumamente respetuosos con el texto del art. 1453 CC a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la venta *ad gustum*: “en ambos supuestos se trata de una venta condicional, pero solo en el caso de la venta *ad gustum* se trata de una condición potestativa. La circunstancia de ser la compraventa un contrato bilateral, que engendra derechos y obligaciones para ambas partes contratantes, es suficiente para que esta condición potestativa no pugne con la disposición del art. 1115 según el cual será nula la obligación condicional cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del “deudor”; el comprador no es solo deudor sino también acreedor, y la condición potestativa no afecta a la eficacia de la obligación sino a la de un conjunto de derechos y obligaciones.

⁴² Cfr. DE CASTRO, F., “La promesa de contrato”, *cit.* p. 1162. En el mismo sentido BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, *cit.*, p. 314 y GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, *cit.*, p. 95.

⁴³ MANRESA-BLOCH, *Comentarios al Código civil*, *cit.*, p. 154.

⁴⁴ GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, *cit.*, pp. 96 s.

⁴⁵ Anotadores del *Tratado de Derecho civil* de ENNECERUS-KIPP-WOLF, t. II, vol. 2, *op. cit.*, p. 153.

En contra de esta opinión, y de la admisión de la condición puramente potestativa en los contratos bilaterales, se halla el artículo 1256 del Código civil que prohíbe dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento y la validez de los contratos⁴⁶. Y, tradicionalmente, la jurisprudencia del TS se ha mostrado concluyente en la interpretación del artículo 1115 CC en aquellos casos en que puede presentar algún problema este tipo de condición, es decir, en los contratos bilaterales. El TS no considera admisible en los mismos la existencia de obligaciones que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado a cumplirlas.

En la doctrina existe también la tesis de que el agrado del comprador no constituye una condición potestativa pura. La existencia del agrado en el comprador, la convicción de éste de que la cosa responde a sus deseos o a las características específicas por él exigidas, no es función de su voluntad: es un estado psicológico involuntario. Admitido esto, desaparece la aparente contradicción entre los artículos 1453 y 1115 de nuestro Código civil⁴⁷.

Por su parte, CALVO ANTÓN entiende que cuando se realiza una venta al gusto, la eficacia de la misma se hace depender de que la cosa, una vez probada, resulte del agrado del comprador, y no de que éste, tras la prueba, decida libremente si la compra o no⁴⁸.

Dado que el jurista no está vinculado por las definiciones del legislador, entiende GARCÍA CANTERO que la calificación contenida en el artículo 1453 con relación a la compraventa *ad gustum* no resulta determinante. De este precepto cabe deducir que tal modalidad contractual está admitida en nuestro ordenamiento sin que quede prejuzgada su naturaleza por la alusión al carácter condicional. Tal admisión es conforme con los datos de experiencia que muestran no raros ejemplos de tales negocios, en los que, indudablemente, se deja a la libre decisión del presunto comprador la facultad de cerrar el trato⁴⁹.

Nada dice el precepto sobre el lugar en que deba hacerse la *degustatio*. Puede tratarse del domicilio del vendedor, en cuyo caso si el comprador no comparece a realizarla, en el plazo pactado o en que prudencialmente se fije, el contrato se tiene por extinguido; también podrá efectuarse aquella en el domicilio del comprador y, precisamente, antes de la *traditio* (supuesto normal que contempla el art. 1453) en cuya hipótesis recae sobre el vendedor la obligación de la prueba, cuyo incumplimiento puede originar una indemnización de daños y

⁴⁶ Sobre las diversas interpretaciones de la prohibición contenida en el art. 1256 CC, *vid.* el extenso estado de la cuestión recogido por CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba, cit.*, pp. 79 ss.

⁴⁷ Cfr. RIERA AISA, L., y ARAGÜÉS PÉREZ, F., “Naturaleza jurídica de la venta *ad gustum*”, *cit.*, p. 103.

⁴⁸ Cfr. CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba, cit.*, pp. 77 s.

⁴⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, cit.*, pp. 95 s.

perjuicios; por último, cabe también que la *degustatio* tenga lugar después de la entrega, en cuyo caso la falta de realización de la misma en el plazo pactado habrá de interpretarse como renuncia a la prueba convirtiéndose la compraventa en negocio puro (analogía con art. 1119).

Tampoco se dice la persona que debe realizar la prueba, debiendo entenderse que podrá llevarla a cabo el propio comprador o en quien él delegue.

Por otra parte, si según las circunstancias debe entenderse que el comprador dispone de un plazo, la buena fe exige que sea breve y que su silencio después de efectuada la *degustatio* (y con mayor razón si conserva la cosa en su poder) sea interpretado como aprobación tácita.

V- LA VENTA A PRUEBA EN EL CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL

1. LA REGULACIÓN ACTUAL (ART. 328 C. DE COM.)

Las figuras del *pactum displicentiae* y de la cláusula de la *degustatio* estudiadas en este trabajo las encontramos también recogidas en el Derecho mercantil, por medio del artículo 328 del Código de comercio que establece:

“En las compras de géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le convinieren.

También tendrá el comprador el derecho de rescisión si por pacto expreso se hubiere reservado ensayar el género contratado”.

Estos supuestos de compraventa ya venían regulados de una manera similar en el código predecesor, el Código de Comercio de 1829⁵⁰.

Estos tipos de compraventa son distintos de los regulados en el art. 327 Ccom, relativos a la compraventa sobre muestras y sobre calidad conocida en el comercio, los cuales se analizarán más adelante. El artículo 328 se refiere a aquellos otros casos en los que los géneros no se tienen a la vista, ni pueden clasificarse por una calidad conocida en el comercio, o a aquellos supuestos en los que el comprador, por pacto expreso, se ha reservado la facultad de ensayar el género contratado. En unos y otros se da la circunstancia

⁵⁰Art. 361 Ccom 1829: *“En todas las compras que se hacen de géneros que no se tienen a la vista, ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se presume la reserva en el comprador de examinarlos, y rescindir libremente el contrato, si los géneros no le convinieren. La misma facultad tendrá, si por condición expresa se hubiere reservado ensayar el género contratado.”*

de que, al celebrar el contrato, no puede hacerse una delimitación clara del objeto y de sus cualidades; de ahí que en ellos la especialidad se proyecte, además, sobre el consentimiento⁵¹.

En realidad, al igual que el artículo 1453 del Código civil, este precepto se refiere conjuntamente a dos modalidades diferentes de ventas: las realizadas en calidad de ensayo o prueba, esto es, aquellas en las que el comprador se reserva la facultad de probar o ensayar la cosa comprada –*pactum displicentiae*–, y las ventas *ad gustum* o salvo aprobación del comprador –*degustatio*–, en las que éste se reserva la facultad de poner fin a la relación contractual en caso de que los géneros no sean de su agrado.

1.1- Venta a ensayo o a prueba.

Prevista en el párrafo 2 del artículo 328 Ccom.

Se presenta cuando el comprador adquiere una cosa reservando su aceptación definitiva al resultado que obtenga de su ensayo o prueba. Esta figura contractual persigue la finalidad de que el comprador pueda comprobar la idoneidad de la cosa para el uso que le es propio o al que se destina, como una comprobación objetiva de sus características. Por ello, se entiende corrientemente que el comprador solo puede rehusar la cosa si es inadecuada a tal fin (derecho de rescisión que le concede el artículo 328.2 Ccom), y que debe consumir la recepción en el caso contrario. El arbitrio del comprador no es ilimitado porque si el ensayo da un resultado satisfactorio no podrá rechazar la mercancía, y será el vendedor quien tenga que demostrar que el ensayo ha sido satisfactorio. A veces las condiciones del ensayo están previstas en el mismo contrato y la decisión del comprador está aún más limitada. En caso de discordancia decidirán los peritos, que antes de la Ley de jurisdicción voluntaria, se determinaban conforme al art. 2127 de la LEC. En el ámbito civil, como ya hemos visto, este tipo de ventas hechas “a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida [...] se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva”⁵².

⁵¹ VÉRGEZ, M., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. 2, 13ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 87.

⁵² GARRIGUES, J., (Rev. SÁNCHEZ CALERO, F.) *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 6ª ed., Madrid, 1974, p. 91; BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 20ª ed. a cargo de F. MARTÍNEZ SANZ, Tecnos, Madrid, 2013, p. 86; LARGO GIL, R. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., *Derecho Mercantil II*, Vol. I, 2ª ed. actualizada, Kronos, Zaragoza, 2016, p. 279.

1.2- Venta *ad gustum* o con reserva de aprobación.

Parcialmente diferente para algunos autores⁵³, aunque otros, como URÍA⁵⁴, identifican ambos supuestos, es la venta *ad gustum* o salvo aprobación que encontramos en el apartado 1 del artículo 328 Ccom. En este caso el comprador no presta su definitivo consentimiento en el momento de la compra, el cual no se formula hasta que reciba la cosa y, examinada, decide aprobarla y aceptarla. Esta forma de compra se caracteriza, a diferencia de la anterior, por el hecho de que el comprador es totalmente libre de aceptar o rehusar (*arbitrum merum*) si los géneros le convienen o no. El primer párrafo del artículo 328 reserva esta compra para los “géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio”. Sin duda, porque cuando concurren estas circunstancias, hay que acudir a la figura del artículo 327 Ccom (venta sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio), en la que el comprador debe formar un juicio provisional sobre ellos, sometido al resultado del cotejo con la muestra física o intelectual. Este precepto contempla aquellos casos, en los que la determinación de las cualidades del objeto comprado puede hacerse de forma precisa sobre una muestra o un tipo concreto de mercancía conocida por el comerciante comprador. La posibilidad que tienen las partes de fijar las condiciones y cualidades de la cosa vendida permite entender que en este caso el contrato se ha realizado en firme. A diferencia de lo que sucede en las modalidades del artículo 328 Ccom, en el contrato de venta sobre muestras, la conformidad de la mercancía no afecta a la eficacia del contrato, sino a su cumplimiento⁵⁵.

Esta facultad de examen parece configurarse por el artículo 328.1 del Ccom como una condición potestativa resolutoria (por el contrario, el artículo 1453 del CC le atribuye expresamente a esta aprobación naturaleza de condición suspensiva), aun cuando ello se opone a lo establecido por el artículo 1115 CC, que declara su nulidad⁵⁶. Parece, por ello, más verosímil pensar, como afirma la mayoría de la doctrina mercantilista y pese a la dicción del Código de comercio, que estos contratos solo se perfeccionan cuando el comprador recibe y aprueba las mercancías, por lo que estaríamos ante un contrato en formación en el que el consentimiento del vendedor se ha prestado, pero el del comprador

⁵³ GARRIGUES, J., *op. cit.*, p. 91; BROSETA, M., *op. cit.*, p. 86; LARGO GIL, R. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., *op. cit.*, p. 278.

⁵⁴ URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 11ª ed., 1976, p. 485.

⁵⁵ VÉRGEZ, M., “Concepto y particularidades de la venta sobre muestras”, en AAVV, *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Vol. III, p. 458.

⁵⁶ Art. 1115 CC: “Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor la obligación condicional será nula.”

queda diferido al momento del examen. Lo cual, además, casa mejor con la regla especial en materia de transferencia de riesgos establecida en el 334.2º del Código de comercio, que sienta que los riesgos serán de cuenta del vendedor y no del comprador, “si por pacto expreso o por uso de comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente”⁵⁷.

2. EL ANTEPROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO MERCANTIL

El Anteproyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, cuya tramitación se ha iniciado en dos ocasiones para desarrollar un nuevo Código mercantil y cuya suerte en este momento se desconoce, pretende regular las figuras de la venta *ad gustum* y la venta a ensayo en dos secciones diferenciadas, a diferencia de cómo es regulado –como ya hemos visto- en la actualidad por el Código de comercio.

Cabe destacar primero lo que establece el Exposición de Motivos del Anteproyecto. Una de las peculiaridades es su sistemática, como indica el punto I-20: “*el Código está dividido en siete Libros que se organizan cada uno de ellos en Títulos y Capítulos, de tal manera que cada Capítulo tiene una numeración independiente, lo que permite, esa es la gran ventaja de este sistema, añadir o modificar artículos sin necesidad de alterar más que la numeración del capítulo correspondiente.*” Los artículos que se refieren a las compraventas que estamos estudiando en este trabajo se corresponden por tanto, con el libro V, dedicado a los contratos mercantiles; Título I, de los contratos de intercambio de bienes; Capítulo II, de las modalidades especiales de la compraventa mercantil.

Además, la Exposición continúa:

VI-10. Desde el punto de vista sistemático, cada Título del Libro se refiere a un contrato determinado o a un grupo de contratos caracterizados por el hecho de que la prestación principal que constituye su objeto tiene un contenido que coincide en los contratos en los aspectos sustanciales.

VI-12. El Título incluye otros contratos también importantes en el tráfico. Algunos de ellos son modalidades especiales de compraventa, como las ventas al gusto o con reserva de aprobación, las ventas a ensayo o prueba y las ventas con precio aplazado.

Dentro de los contratos mercantiles, habla la Exposición de Motivos de las modalidades especiales de compraventa mercantil:

⁵⁷ BROSETA, M., *op. cit.*, pp. 86 s.

VI-49. *El Capítulo II del Título I del Libro quinto del Código se dedica a las modalidades especiales de compraventa mercantil. Se trata de compraventas mercantiles cuyo régimen jurídico reviste un grado de especificidad relevante, lo que aconseja su disciplina independiente. A diferencia de lo que ocurre con otras, como, por ejemplo, la venta sobre muestras, en las que, al no concurrir ese presupuesto, se ha optado por regularlas conjuntamente en el seno de la compraventa general.*

VI-50. *El Código regula tres tipos de modalidades especiales de compraventa mercantil. Dos de ellas, las ventas al gusto o con reserva de aprobación y las ventas a ensayo o prueba son categorías tradicionales de esta clase previstas ya en el Código derogado. En su disciplina se han tenido en cuenta las soluciones de ordenamientos de nuestro entorno como el italiano o el alemán, pero también, del ámbito anglosajón, como el Código de Comercio uniforme estadounidense, siguiendo la orientación general del nuevo texto de buscar soluciones uniformes que faciliten los intercambios.*

Lo que realmente cambia es la noción de ambas figuras, y la obligación de indemnizar o no por el desgaste o deterioro sufrido por la cosa al realizar la prueba (en la venta *ad gustum* no hay que indemnizar y en la venta a ensayo sí).

2.1. SECCIÓN 1ª. DE LAS VENTAS AL GUSTO O CON RESERVA DE APROBACIÓN

Su noción viene regulada en el artículo 512-1, que establece que *“Las compraventas de géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el tráfico empresarial, se reputarán compraventas con reserva de aceptación por parte del comprador.”*

La redacción de estos preceptos ha sufrido una modificación importante desde la Propuesta de Código Mercantil al Anteproyecto, lo cual pone de manifiesto la complejidad de su naturaleza tal como se ha estudiado a lo largo de este trabajo.

La Propuesta de Código Mercantil concebía la venta al gusto como un contrato en formación, en el que el comprador no había otorgado su consentimiento mientras no examinara la cosa, puesto que precisaba dicho examen para poder formar su decisión de comprarla o no. El artículo 512-2 de la Propuesta indicaba que *“la compraventa con reserva de aceptación por parte del comprador se perfeccionará cuando la aceptación sea comunicada al vendedor”*. Sin embargo, no es este el texto que ha llegado al Anteproyecto puesto que la nueva redacción establece:

Artículo 512-2. Perfección.

La compraventa con reserva de aceptación por parte del comprador se considerará celebrada bajo la condición suspensiva de que el comprador comunique su aceptación al vendedor.

Artículo 512-3. Derechos y obligaciones del comprador.

- 1. El comprador tendrá derecho a examinar los géneros y a manifestar libremente la aceptación o el rechazo, sin necesidad de justificar su decisión.*
- 2. El comprador no tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o el deterioro de los géneros debidos exclusivamente al ejercicio de su derecho a tomar una decisión sobre su adquisición definitiva sin alterar las condiciones de aquellos en el momento de entrega.*
- 3. El comprador deberá comunicar su decisión al vendedor en el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, en el de cinco días. En otro caso se considerará que existe aceptación. La aceptación de algunos bienes supone la aceptación de todos.*
- 4. La comunicación de la decisión de no aceptar comprenderá la obligación de devolver los bienes.*
- 5. El cumplimiento de la obligación de devolución no implicará gasto ni penalización de cualquier tipo para el comprador, incluyendo los gastos relativos al transporte de vuelta que serán sufragados por el vendedor. Sin embargo, en caso de que el comprador sea empresario o sujeto incluido en el ámbito de aplicación de este Código, vendrá obligado a seguir las instrucciones suministradas por el vendedor respecto del transporte.*

Artículo 512-4. Transmisión del riesgo.

- 1. El riesgo se transmitirá al comprador cuando, concurriendo las circunstancias previstas para la transmisión del riesgo en la compraventa, la aceptación haya sido comunicada o deba considerarse producida conforme al apartado segundo del artículo anterior.*
- 3- Después de la correcta notificación de la devolución de los bienes, el riesgo corresponderá al vendedor.*

La Propuesta de Código Mercantil establecía una solución similar a la que ofrecen las normas de protección de los consumidores reguladoras de los contratos fuera de los establecimientos mercantiles y a distancia, en los que se reconoce el derecho de desistimiento a favor del consumidor⁵⁸. En determinados contratos con consumidores, la ley reconoce un derecho de desistimiento del consumidor *ad nutum*, sin causa, durante un plazo de 14 días (artículo 102 TRLGDCU). Se trata de los contratos celebrados a distancia (compraventas por televisión, por catálogo, por internet...) y contratos fuera del establecimiento mercantil regulados en los artículos 99 y ss. de la misma ley.

⁵⁸ MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La venta *ad gustum* o con reserva de aprobación en la Propuesta de Código Mercantil como contrato de perfección diferida o aplazada: ¿la mejor de las soluciones posibles?”, 20 de mayo de 2014, en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=122>

En este plazo en el que se goza del derecho de desistimiento, el contrato está en formación. Las razones de este trato especial son la protección de los consumidores y el hecho de que el comprador no conoce o no tiene a la vista la cosa comprada o que no ha prestado su consentimiento de una forma totalmente libre (ventas fuera del establecimiento), lo cual implica situaciones de desequilibrio a la hora de contratar.

Este tipo de compraventas presenta especialidades frente al régimen civil y mercantil puesto que no necesita pacto expreso o tácito, sino que es una norma legal la que reconoce el derecho a desistir del contrato (art. 68 TRLGDCU).

Finalmente, el Anteproyecto no ha optado por esta misma solución sino que propugna una configuración clásica y en sintonía con la regulación del Código civil de considerar la compraventa con reserva de aceptación como celebrada bajo condición suspensiva.

2.2. SECCIÓN 2ª. DE LAS VENTAS A ENSAYO O PRUEBA

Regulación heredera del artículo 328.2 Ccom, pero considerándolo en todo caso como una condición suspensiva, por tanto, de manera semejante a la regulación del Derecho civil.

Artículo 512-5. Noción.

Las compraventas en las que el comprador tenga el derecho de ensayar o probar los bienes contratados se considerarán celebradas bajo la condición suspensiva de que estos tengan las cualidades pactadas o las idóneas para el uso al que están destinados. La condición se reputará cumplida en cualquiera de estos dos supuestos.

Artículo 512-6. Derechos y obligaciones del comprador.

- 1. El comprador tiene derecho a examinar los bienes objeto del contrato.*
- 2. El comprador tendrá obligación de indemnizar al vendedor por el desgaste o deterioro de los bienes debido exclusivamente a su prueba para verificar el cumplimiento de la condición sin alterar las condiciones de aquellos en el momento de entrega.*
- 3. El comprador tendrá obligación de comunicar el resultado del ensayo o de la prueba al vendedor en el plazo establecido en el contrato o, en su defecto, en el de cinco días. En otro caso se considerará que el ensayo o prueba han sido satisfactorios, reputándose cumplida la condición suspensiva.*
- 4. La comunicación por el comprador del incumplimiento de la condición dentro del plazo establecido en el apartado anterior impedirá que el contrato produzca efectos, salvo que el vendedor pruebe que el ensayo o la prueba han resultado satisfactorios debido a que los bienes tienen las cualidades pactadas o las idóneas para el uso al que están destinados.*

5. Si el contrato no llegara a producir efectos, el comprador deberá devolver los bienes al vendedor.

El cumplimiento de la obligación de devolución no implicará gastos, ni penalización de cualquier tipo para el comprador, incluyendo los relativos al transporte de vuelta, que serán sufragados por el vendedor. Sin embargo, en caso de que el comprador sea empresario o sujeto incluido en el ámbito de aplicación de este Código, vendrá obligado a seguir las instrucciones suministradas por el vendedor respecto del transporte.

VI- CONCLUSIONES

1ª Aunque el enunciado “venta a prueba” pertenece a la terminología moderna, en el Derecho romano se hallan dos pactos que, añadidos a la compraventa, permiten apreciar un antecedente de la venta a ensayo y de la venta al gusto de nuestro Derecho actual: uno de esos pactos era el denominado *pactum displicentiae*; el otro estaba representado por la cláusula de la *degustatio*. La doctrina romanista 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.

2ª El denominado *pactum displicentiae* era un pacto de matices negativos, pues llevaba implícito un estado de ánimo o situación que causaba desagrado. Su existencia y utilidad práctica se desprende de su tratamiento en la Compilación de Justiniano, fundamentalmente en algunos fragmentos recogidos en el Digesto, en los que se emplea la expresión “*pactum ut si res displicuerit intra certum diem inempta sit*”. Aunque se desconoce su origen, se cree que pudo surgir en las ventas de esclavos en el mercado romano bajo la jurisdicción del edil curul, aproximadamente a finales del s. II a. C., extendiéndose posteriormente a las ventas de caballos, mulas, bueyes e incluso de cualquier tipo de cosa.

Mediante este pacto el comprador se reservaba la facultad de rescindir el contrato si la cosa no resultaba de su agrado –configurándolo como la actual condición resolutoria-, o bien supeditaba la propia existencia de la compraventa al hecho de que aquella le ofreciese interés –condición suspensiva-. Si no se fijaba plazo a uno u otro respecto, el Edicto curul otorgaba al comprador una *actio in factum*, ejercitable durante sesenta días, por regla general, para declarar sin vigor el contrato. Habiendo transcurrido el plazo sin ejercer el comprador la facultad de aprobar o no con plena libertad la cosa, la compraventa deviene

firme, si se trata de condición resolutoria, o se tiene por no celebrada, en el caso de condición suspensiva.

3ª La cláusula de la *degustatio* en Roma era consustancial a las ventas de vino y, probablemente, a la de otros líquidos como el aceite y el vinagre. Aun admitiendo que necesitase pacto expreso, la evidencia es que era frecuentísima y que de ella dependía la perfección misma del contrato. Los romanos acostumbraban a incluir en las ventas de vino la cláusula de la *degustatio*, porque el comprador quería asegurarse de que el vino que compraba correspondía al gusto de su clientela. La venta a degustación no era perfecta hasta que se cumpliera la condición de que el comprador declarase que la cosa era de su agrado, pero no era en estas ventas lícito sin justos motivos rechazar la mercancía.

4ª La venta a prueba no aparece regulada con carácter general en la legislación histórica castellana: ni en el Fuero Juzgo, ni en el Fuero Real, ni en las Partidas. Pero encontramos abundantes referencias en normas de varios fueros locales castellanos, cuyo objetivo es regular la compra de ganado, concretamente los Fueros de Cuenca, Teruel, Plasencia, Béjar, Zamora y Alfambra. Dichos fueros facultan al comprador para que someta a prueba el ganado durante un periodo de tiempo, con la posibilidad de devolverlo al vendedor si no es como se dijo en el contrato de venta.

En cambio, en las Partidas de Alfonso X El Sabio, concretamente en la Partida V, título 5, ley 24, aparece regulada la cláusula de la *degustatio* en las ventas de vino y de otras cosas que es costumbre gustar antes de comprarlas, con una innegable inspiración en las fuentes del Derecho romano, pero con menor complejidad y mayor claridad, configurándola como una venta sometida a la condición suspensiva consistente en que el comprador la considere de su agrado.

5ª Nuestro Código civil, a diferencia del CC francés e inspirándose en el CC holandés, trata de la venta a prueba en un único artículo que, aunque hace referencia a dos variedades de venta, las somete a un régimen jurídico común, orientación unitaria que algunos códigos civiles modernos como el suizo, el italiano y el portugués han abandonado ya. Así, el art. 1.453 de nuestro Código civil establece: “*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*”.

Como ya hemos visto, en nuestra doctrina es mayoritario el parecer de que son dos las figuras que se albergan en este precepto, y que ambas poseen distinta naturaleza jurídica, aunque se mantienen variedad de posiciones doctrinales respecto de cada una de ellas. Nuestro legislador parece haber reunido en un mismo precepto dos ventas diferentes: la venta hecha a calidad de ensayo o prueba y la venta a degustación o *ad gustum*, dándoles un tratamiento unitario al establecer la presunción de que ambas ventas se consideran hechas siempre bajo condición suspensiva. Esto en opinión de un sector doctrinal no resulta acertado ya que ambas figuras jurídicas no pueden clasificarse, sin discusión alguna, como instituciones afines y regulables por idénticos principios, sino que más bien se trata de dos formas de venta diferentes y necesitadas de distinto régimen, por serlo en la realidad y en el tráfico jurídico.

6ª En la venta a prueba o con pacto de precedente ensayo, la condición consiste en la aptitud de la cosa vendida para realizar una determinada función, para utilizarse en un servicio previsto. Esta aptitud no depende de la voluntad de nadie, es algo objetivo, 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. Es caso típico de la venta a ensayo, la adquisición de maquinaria; si esta funciona satisfactoriamente a juicio de los técnicos que la examinan en el acto de la prueba, la venta se perfecciona porque se ha cumplido la condición. 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.

7ª Nuestro actual Código de comercio, al igual que nuestro Código civil, también reúne en un mismo precepto las compraventas a ensayo y *ad gustum*, dándoles un tratamiento unitario, pero con una solución legislativa diferente a la contenida en el Código civil, ya que da por supuesto que la compraventa es perfecta aunque sometida a la condición resolutoria de la desaprobación del comprador. Así, el art. 328 Ccom establece: “*En las compras de géneros que no se tengan a la vista ni puedan clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, se entenderá que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no le conviniere. También tendrá el comprador el derecho de rescisión si por pacto expreso se hubiere reservado ensayar el género contratado*”.

La doctrina mercantilista mayoritaria, al igual que la civilista, también entiende que se trata de dos formas de venta diferentes y necesitadas de distinto régimen jurídico, atendiendo al diferente margen de discrecionalidad del comprador en el ejercicio de su derecho a rechazar la cosa. Así, en la venta a ensayo se entiende que el comprador solo puede rehusar la cosa si se comprueba objetivamente que no reúne las características idóneas para el uso que le es propio o al que se destina, y que debe consumir la recepción en el caso contrario. En cambio, en la venta *ad gustum* o con reserva de aprobación el comprador es totalmente libre de aceptar o rehusar si los géneros le convienen o no.

Por otra parte, aunque el Código de comercio parece configurar estas ventas como sometidas a condición resolutoria, parece más verosímil pensar, como afirma la mayoría de la doctrina mercantilista, que estos contratos solo se perfeccionan cuando el comprador recibe y aprueba las mercancías, por lo que estaríamos ante un contrato en formación en el que el consentimiento del vendedor se ha prestado, pero el del comprador queda diferido al momento del examen. Lo cual, además, casa mejor con la regla especial en materia de transferencia de riesgos establecida en el 334.2º del Código de comercio, que sienta que los riesgos serán de cuenta del vendedor y no del comprador, “si por pacto expreso o por uso de comercio, atendida la naturaleza de la cosa vendida, tuviere el comprador la facultad de reconocerla y examinarla previamente”.

8ª Para concluir, es curioso observar cómo haciéndose eco de las opiniones doctrinales que ya hemos referido, el Anteproyecto de Ley de 30 de mayo de 2014, cuya tramitación se ha iniciado en dos ocasiones para desarrollar un nuevo Código mercantil y cuya suerte en este momento se desconoce, pretende regular las figuras de la venta *ad gustum* y la venta a ensayo en dos secciones diferenciadas. En él se opta por someter ambas figuras a condición suspensiva, al igual que como ya hemos visto hace nuestro Código civil, pero regulándolas separadamente teniendo en cuenta su diferente naturaleza jurídica, de la que deriva necesariamente un régimen jurídico distinto.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 13ª ed., Edisofer, Madrid, 2008.

ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, editorial Montecorvo, Madrid, 1972.

ARIAS RAMOS, J. – ARIAS BONET, J. A., *Derecho Romano*, 18ª ed., Tercera reimpresión, vols. I y II, Madrid, 1991.

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.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, t. I, editorial Bosch, Barcelona, 1979.

BENÍTEZ LÓPEZ, M^a M., *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 1994.

BORRELL, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952.

BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*, Vol. II, 20ª ed. a cargo F. MARTÍNEZ SANZ, Tecnos, Madrid, 2013.

CALVO ANTÓN, M., *La venta a prueba*, editorial Bosch, Barcelona, 1995.

CASTÁN TOBEÑAS, J.- *Derecho Civil Español*, III, Madrid, 1953.

CRISTÓBAL MONTES, A., *Curso de Derecho Romano (Derecho de obligaciones)*, Caracas, 1964.

D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Pamplona, 1991.

D'ORS, A., "Una nota sobre la contractualización de las entregas a prueba en Derecho romano", en *AHDE*, 45 (1975), pp. 595-603.

DE CASTRO, F., "La promesa de contrato", en *ADC*, 1950.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 1990.

FERNÁNDEZ ESPINAR, R., "La compraventa en el Derecho medieval español", en *AHDE*, 1955

GARCÍA CANTERO, G., en ALBALADEJO y DÍAZ ALABART (dirs.) *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XIX, Edersa, Madrid, 1980.

GARRIGUES, J., (Rev. SÁNCHEZ CALERO, F.) *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, 6ª ed., Madrid, 1974.

IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, editorial Ariel Derecho, 10ª ed., Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, 1986.

LARGO GIL, R. y HERNÁNDEZ SAINZ, E., *Derecho Mercantil II*. Vol.1, 2ª ed. actualizada, Kronos, Zaragoza, 2016.

LAZO, P., "El riesgo en la compraventa de vino en el Derecho romano", en *REHJ XXVII* (2005), pp. 83-100.

LOZANO CORBÍ, E., *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, Mira editores, Zaragoza, 1999.

MANRESA-BLOCH, *Comentarios al Código civil*, t. X, Madrid, 1976.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014.

MIRANDA SERRANO, L. y PAGADOR LÓPEZ, J., “La venta *ad gustum* o con reserva de aprobación en la Propuesta de Código Mercantil como contrato de perfección diferida o aplazada: ¿la mejor de las soluciones posibles?”, 20 de mayo de 2014, en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=122>

MIQUEL, J., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1992.

MOREU BALLONGA, J. L., “El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código civil y la mora del acreedor” en *Estudios de Derecho de obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, t. II, LA LEY, Madrid, 2006, pp. 489-538.

PANERO, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

RIERA AISA, L., y ARAGÜÉS PÉREZ, F., “Naturaleza jurídica de la venta *ad gustum*”, *Revista Universidad*, Zaragoza, 1933, pp. 89-111.

RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *De la noción de Contrato al Pactum Displicentiae en Derecho Romano*, Oviedo, 1998.

RODRÍGUEZ DÍAZ, E., “Antecedentes históricos del art. 1.453 del Código civil español”, pp. 585-646, en <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/1998/DIAZ.pdf>

SCHULZ, F., *Derecho Romano Clásico*, trad. por J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960.

URÍA, R., *Derecho Mercantil*, 11ª ed., 1976.

VÉRGEZ, M., “Concepto y particularidades de la venta sobre muestras”, en AAVV *Estudios Jurídicos en Homenaje a Joaquín Garrigues*, Vol. III, 1971.

VÉRGEZ, M., en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, Vol. 2, 13ª ed., Thomson Reuters, Navarra, 2015.

VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, traducción, prólogo y notas a la edición española de Jesús Daza Martínez, Madrid, 1986.