

decisión. (1) Importa observar que la Corte colocó la *costumbre* en la misma línea que la *conservación*; es una aplicación del art. 1,160 en los términos del cual se debe suplir, en los contratos, las cláusulas que son de costumbre, aunque no sean expresas. Esto es verdad en materia de comercio- puesto que la costumbre comercial sirve de ley.

146. Aun se admite que haya derogación del art. 1,587 cuando el comprador y el vendedor no viven en la misma ciudad. Compro una pipa de vino á un comerciante de Burdeos: ¿podía yo rehusarla, aunque el vino sea bueno y corriente, diciendo que no era de mi gusto? La cuestión es la misma que acabamos de discutir. No se puede decidir en términos absolutos, puesto que se trata de saber si las partes han derogado el art. 1,587. El juez apreciará. (2)

147. Queda una dificultad: ¿cuándo y en dónde debe de catarse? Esto depende igualmente de las convenciones de las partes. En defecto de las convenciones acerca de la época en que se deba catar es preciso aplicar por analogía lo que acabamos de decir de la promesa unilateral de venta; no siendo en realidad la venta del art. 1,587 más que una promesa de vender (núm. 18). Si por derogación del artículo 1,587 el comprador ha comprado al gusto general, la convención debe efectuarse inmediatamente; se supone que no hay término convencional y no hay otro término tácito que el tiempo necesario para tomar entrega y catar la cosa vendida. (3) ¿Dónde debe hacerse la prueba de catar? Hay sobre este punto sentencias contradictorias pronunciadas por la misma Corte. La Corte de Besangón juzgó primero que la prueba de gusto debía hacerse en los almacenes del vendedor. Después ella misma decidió que se debía

1 Denegada. Sala Civil, 5 de diciembre de 1842, después de deliberación en Sala de Consejo (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 240, 2.º).
2 Compárese Troplong, pág. 62, núm. 100, 2.º y 3.º Duvergier, t. I, página 101, núm. 101.
3 Compárese Troplong, pág. 63, núm. 102. Lieja, 4 de Diciembre de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 211).

hacer en el lugar de la entrega. (1) Nos parece que ambas decisiones son absolutas. Todo depende de las circunstancias. Es necesario dejar estas cuestiones al aprecio del juez.

§ IV.—DE LA VENTA POR ENSAYE.

148. En los términos del art. 1,588 «la venta por ensaye siempre se presume hecha bajo condición suspensiva.» Es decir, que la venta es condicional; existe por consecuencia, pero depende de un acontecimiento futuro é incierto, el ensaye que deberá ser hecho. ¿Este ensaye depende únicamente de la voluntad del comprador en el sentido de que puede declarar que la cosa no le conviene, que no le puede servir? (2) La ley no dice esto; sería asimilar la venta del art. 1,589 á la del 1,557, y el texto establece una diferencia como lo hemos señalado (núm. 142) y la diferencia es esencial. La venta del art. 1,587 no existe sino cuando el comprador acepta la cosa; hasta entonces no hay más que un contrato unilateral, mientras que en la del art. 1,588 existe inmediatamente, pero está sometida á una condición: si la condición se verifica, la venta producirá todos sus efectos desde el día en que ha sido contratada. ¿Cuál es esta condición? No es puramente potestativa y esto se comprende; la cosa tiene su destino; si conviene al uso para el que fué comprada, el comprador no puede regresarla al vendedor; no se trata de su gusto, se trata de saber si la cosa conviene ó no; en caso de contestación los peritos deciden. (3) Las partes podrían sin duda estipular lo contrario, pero en el caso la convención cambiaría de naturaleza, el comprador no estaría ligado, el vendedor sólo lo estaría; habría más bien promesa de venta que venta. (4)

1 Besangón, 4 de Julio de 1852 (6 1862) y 13 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, págs. 10 y 11).
2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 16, núm. 9 bis.
3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 335, pfo. 349.
4 Compárese Troplong, pág. 66, núms. 106 y 107. Bruselas, 1.º de Mayo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 269).
P. de D. TOMO XXIV—21

149. Los autores del Código se han separado en este punto de la doctrina de Pothier. Según él, la venta por ensaye se hace bajo condición resolutoria. Queda por dicho que las partes pueden hacerla bajo esta condición; el arto 1,588 presume solamente que la voluntad de las partes es de tratar bajo condición suspensiva; las deja en libertad de manifestar una voluntad contraria. El caso se ha presentado. Un comerciante de caballos vende una yegua bajo la siguiente cláusula: En la feria de Mayo el comprador debía darle 1,800 francos ó devolverle la yegua si no le convenía; añadía que él no aceptaba ser responsable de los accidentes que pudieran sobrevenir. La Corte de Poitiers decidió que había venta bajo condición resolutoria, lo que es evidente. (1)

150. No hay ninguna dificultad en cuanto á los riesgos. El vendedor no los soporta en la venta del arto 1,588. Si la cosa fuese antes del ensaye la condición no puede verificarse, puesto que el comprador no puede hacer el ensaye, y cuando la condición desfallece resulta que la venta se considera como no existente. Si se hace bajo condición resolutoria los riesgos son para el comprador según el derecho común.

SECCION IV.—De la donación en pago.

151. Hay una grande analogía entre la donación en pago y la venta: «Es un acto por el cual un deudor da una cosa á su acreedor que acepta recibirla en vez del pago de una suma de dinero ó de alguna otra cosa que le es debida.» Esta convención se parece á la venta; en este punto la ley romana dice: Dar en pago es vender. La cosa que es dada en pago toma el lugar de la cosa vendida, y la suma en pago de la que es dada toma el lugar del precio. Para que la analogía exista es preciso que la cosa debida sea una suma

1 Poitiers, 28 de Junio de 1873 (Daloz, 1874, 2, 30).

de dinero si no no habría precio, por lo mismo tampoco venta. La analogía es consagrada por el Código Civil. Prohíbe la venta entre esposos salvo en los tres casos previstos por el arto 1,595; en estos tres casos hay donación en pago; las dos convenciones están puestas en la misma línea. De aquí resulta una consecuencia muy importante: es la de que se deben aplicar á la donación en pago los principios que rigen la venta. Pothier aplica esta regla á la garantía. Si el acreedor está vencido por la cosa que ha recibido en pago hay una acción contra el deudor: ¿cuál es esta acción? Los romanos, muy exactos y sutiles, la llamaban acción *utile ex empto*. Esta no es la acción propiamente dicha que nace de la venta, puesto que apesar de las analogías hay diferencias entre la venta y la donación en pago; pero la acción tenía el mismo fundamento: la obligación de garantía, y producía los mismos efectos. Como en derecho moderno no conocemos las acciones útiles, se puede decir que el acreedor puede promover en garantía contra el deudor y que tiene los mismos derechos que el comprador (1)

152. Sin embargo, Pothier no identifica la donación en pago y la venta; señala muchas diferencias entre las dos convenciones. La donación en pago es translativa de propiedad mientras que en el derecho antiguo el acreedor no se obligaba á transferir la propiedad. Esta definición no existe en el derecho moderno; la venta tiene por objeto transferir la propiedad tanto como la donación en pago; es, pues, una nueva analogía entre ambos hechos jurídicos. Pothier establece una segunda diferencia que subsiste bajo el imperio del Código. Propone la cuestión en estos términos: Un deudor conviene con su acreedor en que le vende un inmueble por 10,000 francos cuya suma viene en compensación de semejante suma que debe. Hé aquí una venta. Si se dice que el deudor da á su acreedor una cosa en pago de la su-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 604.