

tán convenidas. (1) Nos parece que en esta hipótesis, á diferencia de la primera, la propiedad es transferida, puesto que la cosa vendida es determinada; los acreedores quirografarios del vendedor no podían embargar los vinos contenidos en las bodegas, puesto que se habían vuelto de la propiedad del comprador; éste puede disponer de ellos, la medición no lleva alguna incertidumbre en la determinación de la cosa. La Corte de Dijón no ha querido deducir de aquí que el comprador deba también soportar los riesgos, puesto que no dependen de la translación de la propiedad. Sin embargo, en la especie creemos que según los principios, haciendo abstracción de los textos, es necesario decidir que los riesgos son del comprador. Se trata de saber si la cosa está suficientemente determinada para que el vendedor pueda conservarla; la afirmativa es evidente. Pero hemos ya dejado dicho que la ley no sigue estos principios en el art. 1,585 y Pothier decide positivamente la cuestión contra el vendedor. Se puede justificar la decisión de Pothier por esta consideración: que la pérdida de la cosa impide determinar el precio que el comprador debe pagar, puesto que el precio depende de la medición y ésta es imposible cuando la cosa perece. Aun esto supone que hay imposibilidad absoluta de determinar el precio por otra vía. Es cierto que el comprador es deudor, puesto que se supone que el vendedor ha llenado su obligación; desde que hay deuda debe ser pagada. En definitiva, es la autoridad de Pothier la que debe prevalecer, pues que se trata de determinar el sentido de una disposición que ha sido tomada de su tratado. Es necesario atenerse al texto del art. 1,585 y dejar los riesgos á cargo del vendedor.

1 Dijón, 13 de Diciembre de 1867 [Daloz, 1870, 5, 372]. Véanse, en sentido diverso, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 341, nota 43, pfo. 349. Agréguese Grenoble, 22 de Mayo de 1869 [Daloz, 1874, 5, 537] y Nîmes, 2 de Enero de 1871 [Daloz, 1872, 5, 454] que juzgó que la venta á razón de tanto el hectólitro de vino contenido en sus depósitos es perfecta el día que el comprador gustó el vino y puso marcas en los depósitos, y que, por consecuencia, las averías sobrevenidas entre la venta y la entrega son á cargo del adquirente.

140. Se admite que el art. 1,585 no es aplicable á las ventas comerciales cuando las mercancías se venden en peso con demanda dirigida por un comprador á un vendedor residente en otra localidad. La cuestión es muy dudosa y como concierne al derecho comercial nos limitaremos á citar la sentencia reciente de la Corte de Casación, que ha decidido que la venta es perfecta desde el momento en que las mercancías han sido pesadas y remitidas al conductor por el vendedor. La sentencia de la Corte de París que se casó se había pronunciado por la aplicación del art. 1,585. (1)

§ III.—DE LA VENTA DE LAS COSAS QUE ES COSTUMBRE PROBAR.

141. El art. 1,587 dice: «Con relación al vino, aceite y otras cosas que se está en el uso ó costumbre probar antes de hacer la compra, *no hay venta* mientras que el comprador no haya probado y le gusten.» No hay venta, luego ésta no se forma sino cuando el comprador declara que le conviene la cosa vendida; hasta entonces no está ligado, porque no ha consentido en comprar más que si las cosas son de su gusto; es solamente después que las ha probado y que le agradan como consiente en comprar. Pero si el comprador no está ligado el vendedor sí, puesto que ha consentido en vender; pero es un consentimiento unilateral que no le da ninguna acción contra el comprador, salvo la que pertenece á todo el que promete, puesto que su compromiso es en realidad una promesa de vender. La promesa será una venta el día en que el comprador haya declarado que le gusta la cosa. Pero puede también decir que no le ha gustado; en este caso no habrá venta. (2)

142. Se ha dado otro sentido al art. 1,587; la venta, se dice, es condicional. (3) Pero la condición que consiste en

1 Casación, Sala Criminal, 24 de Diciembre de 1875 [Daloz, 1876, 1, 91].

2 Troplong, pág. 59, núm. 97. Aubry y Rau, t. IV, págs. 334 y siguientes, pfo. 349.

3 Duvergier, t. I, pág. 96, núm. 97. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 14, nú

gustar la cosa y aceptarla es puramente protestativa, no se puede decir que el comprador esté obligado; esto es tan cierto que los que admiten que la venta es condicional confiesan que depende del capricho del comprador; compra si quiere, no contrae ningún compromiso; no hay, pues, venta ni condicional, puesto que la venta condicional implica obligaciones recíprocas contraídas por las dos partes. Se invoca el art. 1,588 en cuyos términos la venta hecha á prueba siempre se presume hecha bajo condición suspensiva. La disposición atestigua contra los que se quieren prevalecer. Hay entre el art. 1,588 y el 1,587 una diferencia de redacción que es decisiva; cuando se trata de la venta por prueba la ley dice terminantemente que es *condicional*, lo que implica que hay una venta; mientras que si se trata de cosas que se está en el uso probar antes de comprar, la ley dice *que no hay venta* mientras que el comprador no las ha aceptado; luego la venta no existe en el momento en que se forma la convención; no existirá sino hasta que el comprador haya aceptado las cosas; y si las acepta no se puede decir que su consentimiento retrotrae; se concibe la retroacción de una condición; no se concibe que el consentimiento sea dado en una época en que el comprador no ha consentido.

143. La cuestión de saber si la venta es condicional no tiene importancia en lo que concierne el riesgo; en todas las opiniones se admite que el riesgo es del vendedor; si la cosa perece el comprador está en la imposibilidad de probar y por consecuencia la venta no se puede perfeccionar; cuando hay sólo deterioro la cata podrá hacerse; pero el comprador declarará naturalmente que no ha aceptado la cosa. (1)

Pero la cuestión tiene importancia en lo que concierne á la translación de la propiedad. En nuestra opinión la venta

mero 8 bis I. En sentido contrario Troplong, pág. 59, núm. 97. Aubry y Rau, t. IV, pág. 334, nota 14, n.º 349.

1 Troplong, pag. 62, núm. 101. Colmet de Santerre, t. VII, pág. 14, núm. 8 bis I.

no existe más que en el momento en que el comprador ha aceptado la cosa; no es sino á partir de este momento cuando la propiedad está transferida. En la opinión contraria se admite que la propiedad es transmitida al comprador cuando la venta; se entiende que si la cosa está determinada, el vino de tal tonel; en este caso, se dice, la convención es una promesa condicional de cuerpos ciertos; luego puede transferir una propiedad condicional; poco importa que no haya venta; hay promesa de dar, y esto basta para que la propiedad sea transferida por su convención. (1) Nó, esto no basta. Es de principio que la propiedad se transfiera por efecto de los contratos; es decir, por el concurso de consentimiento de las dos partes; no se concibe la translación de la propiedad por efecto de un compromiso unilateral de dar, aun á título de transmisión condicional, puesto que para la translación de una propiedad condicional es preciso el concurso de voluntades, tanto como para la transmisión pura y simple; en la venta del art. 1,587 este concurso de voluntades no existe, pues la propiedad no es transmitida condicionalmente. En realidad no hay condición, es el consentimiento el que falta, y el consentimiento no retrotrae. La venta del art. 1,587 es, en realidad, una simple promesa de venta, y la promesa unilateral de vender no transfiere la propiedad; la transmisión de la propiedad no se hace sino cuando el acreedor ha declarado querer comprar (números 15 y 16).

144. El art. 1,587 supone que el comprador puede rehusarse á la venta sin que deba dar cuenta de los motivos de su negativa; su motivo es que la cosa no es de su agrado y el gusto es enteramente individual. De esto se deduce que el vendedor no será admitido á probar que la mercancía es buena y leal provocando una experticia, puesto que las partes no se han atendido á la apreciación de los peritos, han subor-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 14, núm. 8 bis II.

dinado la existencia de la venta al gusto individual del comprador.

¿Sucede lo mismo en todos los casos en que la venta tiene por objeto cosas que se catan antes de comprar? Es cierto que las partes pueden convenir que la prueba del gusto se hará por medio de peritos; en este caso la venta cambia de naturaleza; el comprador está comprometido, está obligado á la venta, y si la prueba pericial dice que la cosa vendida es buena y leal ¿será esta venta condicional? Hay necesariamente una condición: es que la venta no es válida si no es buena y leal la mercancía al dicho de los peritos. Pero ¿cuál es esta condición? ¿es suspensiva ó resolutoria? Esto depende de la voluntad de las partes contratantes, es necesario dejar la resolución al juez. (1)

Por esto es que la diferencia entre la venta del art. 1,587 y la venta hecha bajo la condición de prueba de gusto por los peritos es muy grande. ¿Cuándo se puede admitir que las partes están sometidas al gusto de los peritos? No es necesario declaración expresa, puesto que el consentimiento puede ser tácito. Todo lo que se puede decir es que la ley supone que la venta depende del gusto del comprador. La cláusula contraria es una excepción; es necesario, por consecuencia, que resulte bien clara de la convención.

145. Se ha juzgado que el art. 1,587 no recibe su aplicación cuando las partes han derogado tácitamente y que haya derogación tácita cuando el comprador conocía desde largo tiempo el terreno del que compraba el producto, no para su consumo particular sino para lanzarlo al comercio al gusto de los consumidores. La Corte deduce de esto que las partes han entendido hacer una venta definitiva y perfecta desde el día del contrato. Sobre el recurso la Corte de Casación decidió que el art. 1,587 no era del orden público; está permitido á las partes interesadas derogar por conve-

1 Troplong, pág. 60, núms. 99 y 101.

nios particulares y que pertenezcan á las cortes de apelacion Juzgar, según las circunstancias, si hay convención y determinar la naturaleza y los efectos. (1) La Corte de Casación no dice que hay derogación por sólo que la venta tenga lugar entre comerciantes y que las cosas compradas estén destinadas á ser revendidas; esto hubiera sido establecer una excepción *a priori*, mientras que la derogación no puede resultar sino de las convenciones intervenidas entre las partes. Sucede lo mismo con la sentencia de la Corte de Apelación; la circunstancia de que la venta tiene lugar entre comerciantes y que el vino está destinado al consumo público no es más que uno de los elementos de la decisión. La cuestión es puramente de hecho. Los autores hacen mal en hacer una excepción de hecho con una regla general que excluiría la aplicación del art. 1,587 en todas las ventas de comerciante á comerciante. (2) Se puede también que estas ventas están subordinadas al gusto del comprador; al decir que consume vinos ó licores puede deber su reputación y su clientela á la delicadeza de su paladar; en este caso no es el gusto de los peritos el que decidirá, es el gusto individual del comprador. Pero no se debe erigir en regla este hecho particular y decir que el art. 1,587 es siempre aplicable á las ventas comerciales. (3) El artículo se aplica en derecho salvo la derogación. Puede, pues, haber derogación; es preciso para esto una convención, y en su defecto, el art. 1,587 queda aplicable. Es lo que la Corte de Casación decidió en una especie en que el primer juez había aplicado el art. 1,587 á una venta comercial. La Corte denegó por motivo que no resultaba del juicio atacado alguna *convención*, alguna *costumbre*, que hubiese derogado el texto literal y terminante del art. 1,587, lo que justifica la

1 Denegada, 29 de Marzo de 1836 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 239). Compárese Pouselae, 22 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1865 2. 41).

2 Troplong, pág. 61, núm. 100, 1. ° Aubry y Rau, t. IV, pág. 335, nota 15, pfo. 349.

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 15, núm. 8 bis V.

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, pags. 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 art. 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 art. 1588. 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 dador 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. Prohibe la venta entre esposos salvo en los tres casos previstos por el art. 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.