

privado les suministra una prueba literal: el acta auténtica es en rigor inútil, al menos entre las partes. Es necesario para la transcripción, pero el reconocimiento en justicia reemplaza una auténtica. Será muy raro que las partes estipulen la redacción de una acta notariada como condición de la venta. Sin embargo, después de promulgadas las nuevas leyes en Bélgica y Francia sobre la transcripción, el caso se puede presentar más á menudo que bajo el imperio del Código Civil. Es siempre una cuestión de intención, luego de hecho. (1)

SECCION III.—De los efectos de la venta.

§ I.—DE LOS RIESGOS Y DE LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD

131. En las ventas puras y simples el comprador soporta los riesgos (art. 1,137). Si la venta se hace bajo condición suspensiva la cosa queda á riesgo del vendedor (artículo 1,182); si está hecha bajo condición resolutoria el comprador soporta los riesgos en virtud del mismo principio, pues que el deudor es condicional. Nos trasladamos, en cuanto al principio, al título *De las Obligaciones*. Es muchas veces difícil de distinguir si la condición es suspensiva ó resolutoria. Hé aquí una especie recientemente juzgada por la Corte de Casación. Las patatas destinadas al consumo de París fueron vendidas. El comprador, después de haber recibido aviso de la expedición, contesta el mismo día que consiente en recibir mediante precio fijo, bajo la condición de que el Inspector del Gobierno aceptará las patatas. En el momento en que llegaron á París el Gobernador había abandonado la Capital y el Municipio lo reemplazaba. Los vendedores pretendían que los riesgos eran á cargo del comprador: su pedimento, rechazado por el Tri-

1 Durantón, t. XVI, pag. 40, núm. 39. Denegada, 23de Agosto de 1848 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 68).

bunal de Comercio, fué admitido por la Corte de París. Recurso. La dificultad consistía en saber si la aceptación del Gobernador formaba una condición suspensiva ó una condición resolutoria; la sentencia atacada había decidido que el comprador, al aceptar la entrega de las patatas, había entendido tomar á su cargo los riesgos de la mercancía; que la reserva de la aceptación formaba no una condición suspensiva sino una condición resolutoria; y la condición resolutoria no impide la perfección de la venta. Esta interpretación de convenciones intervenidas entre las partes está en los límites del poder soberano de los jueces de hecho; la Corte de Casación deshechó el recurso. (1)

132. La venta tiene por objeto y efecto transferir la propiedad de la cosa vendida. ¿A partir de qué momento y con relación á quién la propiedad es transferida? El artículo 1,583 contesta á la cuestión. «Es perfecta *entre las partes*, y la propiedad la adquiere de derecho el *comprador*, con relación al *vendedor*, desde que se ha convenido en la cosa y en el precio, aunque la cosa no haya sido entregada ni el precio pagado.» Esta es la aplicación del nuevo principio establecido por el art. 1,138 que hemos explicado en el título *De las Obligaciones*. En el sistema del Código Civil la propiedad se transfiere por sólo el efecto del contrato, no solamente entre las partes sino también para con los terceros. Si el art. 1,583 no habla más que de las partes, es que se quería reservar la cuestión de saber si para las ventas de inmuebles la transcripción prescripta por la ley de Brumario sería manteniéndola. La Ley Hipotecaria belga y la francesa de 23 de Marzo de 1855 han consagrado el sistema de publicidad que los autores del Código habían hecho mal en desechar. Aplazaremos esta materia importante al título *De las Hipotecas*.

1 Denegada, 25 de Julio de 1873 (Dalloz, 1874, 1, 440).

133. La translación de la propiedad así como los riesgos suponen que la cosa que hace el objeto de la venta sea determinante. Nos limitaremos aquí á recordar el principio, mas lejos daremos aplicaciones más ó menos controvertidas. Es necesario recordar aún que la cuestión de los riesgos no debe confundirse con la translación de la propiedad: el antiguo adagio de que la cosa perece para su propietario no es aplicable en materia de obligaciones.

134. El art. 1,584 dice: «La venta puede ser hecha pura y simplemente ó bajo condición, sea suspensiva, sea resolutoria. Puede también tener por objeto dos ó más casos alternativos. En todos estos casos su efecto está reglamentado por los principios generales de las convenciones.» Translademos á lo dicho en el título *De las Obligaciones*. Diremos una palabra de una condición que antaño era usada en materia de venta y que se encuentra aún bajo el dominio del Código: es la cláusula por la cual el vendedor estipula que en el caso en que el comprador quiera revender deberá dársele la preferencia en cuanto al precio que encuentre de la cosa. Se ha sostenido que esta convención era contraria al orden público por que restringía el derecho del comprador de disponer á su antojo de la cosa. Sin duda el propietario se impone una restricción, pero el orden público no está interesado, puesto que el comprador queda libre para vender; la única dificultad consiste en saber si la cláusula no engendra más que una obligación personal entre el vendedor y el comprador, ó si éste tiene algún derecho contra un tercero.

135. Se ha juzgado que el pacto de preferencia puede invocarse contra el tercero adquirente. La Corte de Riom dice que no se pueden transmitir á terceros más derechos que los que uno mismo tiene; y concluye que el tercero adquirente no se vuelve propietario y que, por consecuencia, el vendedor primitivo puede vencer al tercero pagándole el

precio de la adquisición. (1) La decisión nos parece dudosa; para vencer es preciso ser propietario; el vendedor primitivo no se vuelve propietario sino por la ejecución del pacto de preferencia; es decir, cuando el comprador le vende la cosa al precio que el tercero le ofrece. Si en lugar de revenderle la cosa el comprador la vende á otro adquirente el primer vendedor no tiene más que una acción contra su comprador para forzarlo á llenar su obligación; y la verificación de la obligación se vuelve imposible, puesto que el comprador no es ya propietario. Es preciso, antes que todo, que la venta que ha hecho sea anulada. La cuestión es ésta: ¿El que ha consentido en el pacto de preferencia puede pedir la nulidad de la venta contra el que ha vendido faltando á su compromiso? La venta no está manchada por ningún vicio; no se puede decir tampoco que ha sido bajo una condición resolutoria tácita, puesto que el pacto de preferencia no es una condición resolutoria. No teniendo acción el segundo vendedor contra el tercero, no vemos con qué derecho el primer vendedor promueve contra él. En definitiva el vendedor primitivo no tiene más que una acción personal que no reacciona contra el tercer adquirente.

§ II.—DE LA VENTA POR PESO, CUENTA Ó MEDIDA.

136. El art. 1,585 reglamenta el efecto de esta venta: «Cuando las mercancías no son vendidas en block, pero en peso, cuenta ó medida, la mente no es perfecta en el sentido de que las cosas vendidas están á riesgo del vendedor hasta que se pesan, cuentan ó miden; pero el comprador puede pedir ó la entrega ó los daños y perjuicios si hay lugar en caso de no ejecución del compromiso. En cierto sentido en lo que concierne á los riesgos la venta no es perfecta; si lo fuera los riesgos serían del comprador mientras

1 Riom, 30 de Junio de 1843 [Dalloz, 1845, 2, 58].

que las cosas están á riesgo del vendedor. ¿Se puede deducir de esto que en todos sentidos la venta es perfecta? La ley no contesta sino en parte á la cuestión diciendo que el vendedor puede pedir la entrega de la cosa ó daños y perjuicios. Esto prueba que la venta existe, puesto que la obligación de entregar es una de las que resultan de la venta (art. 1,603); hay venta, y venta pura y simple, por más que diga Troplong. Guardamos gran respeto á los autores antiguos que Troplong cita; pero más respetamos la ley; el art. 1,585 dice claramente que, salvo los riesgos, la venta es perfecta, y dice en términos expresos que el comprador puede inmediatamente pedir la entrega, pues no hay nada de suspenso; por lo tanto, la venta no es condicional. (1)

137. ¿Por qué el vendedor soporta los riesgos? Es, en nuestro concepto, la consecuencia de los principios generales (núm. 131). Para que el comprador soporte los riesgos falta que la cosa sea determinada; si es indeterminada los riesgos quedan al vendedor. Cuando se vende la cosa al peso, á cuenta ó medida, no se sabe de una manera cierta lo que se ha vendido sino cuando las mercancías son pesadas, medidas ó contadas; luego hasta que se pesen, midan ó cuenten, las cosas vendidas están al riesgo del vendedor. Esto supone que hay realmente indeterminación de la cosa; es necesario restringir la disposición del art. 1,585 al caso en que realmente la cosa es indeterminada; se puede en efecto, como lo diremos adelante, que en las ventas al peso, cuenta ó medida, la cosa sea determinada; en este caso se entra en la regla general según la cual los riesgos son del acreedor.

Hay autores que dicen que el vendedor soporta el riesgo porque la propiedad no está transferida, ó que la propiedad no es transmitida porque al vendedor es el riesgo. Esto su-

1 Durergier, t. I, pág. 84, núm. 83. En sentido contrario Troplong, pág. 50, núm. 82.

pone que los riesgos son siempre de cargo del propietario, según el antiguo adagio *Res perit domino*. Hemos dicho en el título *De las Obligaciones* que este adagio no es aplicable á los contratos; es necesario no confundir la cuestión de los riesgos y la de la translación de la propiedad, son independientes una de otra (t. XVI, núm. 208).

138. ¿La venta al peso, cuenta ó medida transfiere la propiedad de las mercancías así vendidas? El art. 1,585 no decide la cuestión; es necesario aplicar el principio general en virtud del cual la venta transfiere la propiedad con tal que la cosa vendida sea cierta. Es en apariencia el mismo principio que para los riesgos; hay, sin embargo, una diferencia entre ambos hechos; nos trasladamos á lo dicho en el título *De las Obligaciones* acerca de los contratos que tienen por objeto dos ó más cosas bajo una alternativa. Por el momento podemos despreciar esta diferencia y decir que la venta del art. 1,585 transfiere la propiedad cuando recae sobre cosas determinadas y que no la transfiere cuando son indeterminadas. Diremos adelante que la venta del artículo 1,585 no es necesariamente indeterminada, de modo que la cuestión no puede decidirse de una manera absoluta. La cuestión está controvertida; los autores y la jurisprudencia se han dividido. (1) Puede ser que el desacuerdo venga de que no se han distinguido las diversas hipótesis en las cuales hay peso, cuenta ó medida; no todas están comprendidas en el art. 1,585; por consecuencia no se puede contestar de una manera absoluta que la propiedad se transfiere ó que no lo es. Se ha citado como interpretación auténtica del Código, el informe de Faure al Tribunado y el discurso de Grenier, orador del Tribunado; uno y otro dicen que la venta del art. 1,585 no transfiere la propiedad y que este es el mo-

1 Véase, en sentidos diversos, los autores citados por Aubry y Rau, t. IV, pág. 341, nota 41 pfo. 319. Debe agregarse Brunelas, 20 de Abril de 1826 [*Pañicón*, 1826, pag. 120].

tivo por el cual los riesgos quedan á cargo del vendedor. (1) Abandonamos estos testimonios porque reposan en un error; ya al tratar la cuestión de riesgos en el título *De las Obligaciones* hemos probado la incertidumbre; digamos mejor, la inexactitud que reina en los trabajos preparatorios á propósito de los riesgos. Poco importa, pues, lo que ha dicho Caubacérès, mediano legista, y lo que dicen Faure y Grenier, que dicho más de un error; sus errores no hacen ley, es preciso atenerse á los verdaderos principios.

139. Resulta del art. 1,585 y de lo que acabamos de decir que hay una gran diferencia entre la venta en block y la venta en peso, cuenta ó medida. La venta en block es regida por el derecho común, pone la cosa al riesgo del comprador y le transfiere la propiedad. Es lo que dice el artículo 1,586: "Si, al contrario, las mercancías han sido vendidas en block, la venta es perfecta aunque no hayan sido contadas, medidas ó pesadas." Se da como ejemplo la venta de mercancías contenidas en un almacén mediante un precio determinado; es la venta de un cuerpo cierto, no tiene ninguna relación con la cantidad de mercancías que se encuentran en el almacén. Es la venta de un cuerpo cierto y determinado cuyos efectos deben ser los mismos que los de toda cosa determinada, se aplica el art. 1,583; la propiedad se transfiere y el riesgo es del comprador.

Queda por saber en qué casos la venta está hecha en peso, cuenta ó medida en el sentido del art. 1,585. Se puede contestar que en principio la venta se rige por el artículo 1,585 cuando la cosa es indeterminada. Vamos á recorrer las distintas hipótesis que se pueden presentar. Hay una primera que basta recordar: venta de diez hectólitros de vino á 75 francos. La cosa está determinada sólo en cuanto á su especie, pues es indeterminada, lo que decide la cuestión; la propiedad no se transfiere y el riesgo es del ven-

1 Troplong, pág. 53, núm. 87.

dedor. Esta no es la hipótesis prevista por el art. 1,585; en efecto, supone que la cosa vendida puede perecer en parte ó enteramente; una especie no perece nunca. (1)

La disposición del art. 1,585 se tomó de Pothier. Hé aquí la primera hipótesis que prevee. Vendo diez cargas de trigo de las que tengo en el granero. La venta no es perfecta hasta que el trigo no sea medido. Es cierto que desde el momento del contrato y antes de la medición las obligaciones que nacen del contrato existían. El comprador tiene acción contra el vendedor para hacerse entregar la cosa vendida, y el vendedor la tiene contra el comprador en pago del precio al ofrecer la entrega de la semilla. Pero la obligación del vendedor aun no es perfecta porque no tiene más que un objeto indeterminado que no puede volverse determinado sino por la medida. Es, pues, después de la medición como el riesgo de la cosa puede cargarse al comprador, puesto que los riesgos no pueden caer si no es en cosa determinada. (2) ¿Será el riesgo del vendedor si todo el trigo que se encuentra en el granero perece? Según el principio que rige las deudas de cantidad se contestaría que el comprador soporta la pérdida. En efecto, la deuda tiene por objeto una cosa que hace objeto de un género limitado; no son cien hectólitros de trigo *in genere* que yo vendo, son cien hectólitros que se encuentran en el granero, y si el género no perece un género limitado puede perecer. (3) El motivo sobre el cual se funda el principio de los riesgos conduce á la misma conclusión. ¿Por qué el acreedor soporta el riesgo? Porque se supone que el deudor ha llenado su obligación vigilando la conservación de la cosa con todos los cuidados de un buen padre de familia; si es imposible cuidar la conservación de una especie, no lo es conservar una especie limitada.

1 Pothier, t. XVI, pág. 113, núm. 88 y todos los autores.

2 Pothier, *De la venta*, núm. 308.

3 Colmet de Sauterre, t. VII, pág. 11, núm. 7 bis IV.

Sin embargo, dudamos que se pueda admitir esta excepción. Es contraria á los términos absolutos de la ley; el artículo 1,585 no distingue entre la pérdida parcial y la total. Es porque la venta es imperfecta por lo que la ley deja los riesgos á cargo del vendedor ó, como dice Pothier, porque la cosa es indeterminada; el motivo es general, la decisión debe también serlo. A decir verdad la excepción determina la regla, puesto que se puede sostener también que la pérdida debería ser á cargo del comprador según los principios que rigen los riesgos. Desde que la cosa está bien determinada para que el vendedor pueda y deba conservarla está obligado á ello con los cuidados de un buen padre de familia; lo mismo acontece en la venta á la medida de una cantidad de trigo que se encuentra en el granero, nada impide al vendedor cuidar la conservación de todo el trigo que se encuentra allí, luego también del trigo que se ha vendido, puesto que es una parte de este trigo la que se vendió. (1) Esto se ha juzgado así y la decisión nos parece muy jurídica. Desde que el vendedor ha llenado sus obligaciones de conservar, el comprador debería también en caso de pérdida llenar la suya; es decir, que los riesgos fueran á su cargo. El art. 1,585 deroga el principio de los riesgos, es necesario tomarlo como es. No diremos otro tanto de la propiedad. Es verdad que en la especie la propiedad no está transferida. La translación de la propiedad exige una determinación más cierta que la obligación de conservar la cosa; el comprador no puede volverse propietario en tanto que el trigo vendido no sea medido; en efecto, la propiedad, como todo derecho real, no se puede ejercer sino sobre una cosa que el comprador tenga en su poder y de la que pueda usar de la manera más absoluta, y esto no es posible en tanto que el trigo no está medido. Esta consideración es la que parece haber seducido á los autores del Código. Faure y

1 Bruselas, 23 de Julio de 1834 [*Pasicrisia*, 1834, 2, 194].

Grenier dicen que es del vendedor el riesgo porque permanece propietario, esto es razonar mal; se puede estar obligado al riesgo sin ser propietario. Es verdad, como lo dicen los oradores del Tribunalado, que en nuestra hipótesis la propiedad no es transferida, pero de esto no se debiera deducir que el comprador soportase los gastos.

Pothier prevee aún una segunda hipótesis. Vendo todo el trigo del granero á tanto el hectólitro. La venta no debe considerarse perfecta en este caso, dice Pothier, y la cosa vendida no está al riesgo del comprador hasta que el trigo haya sido medido; hasta entonces, dice Pothier, no se sabrá en cuanto ha sido vendido; no se sabe el precio que el comprador debe pagar, puesto que depende de la medición; por consecuencia la venta no es *bastante perfecta* para que el riesgo concierna al comprador. ¿Será necesario admitir que esta decisión esté bajo el dominio del Código? La cuestión está controvertida y si pudiera ser decidida según los principios nosotros no titubearíamos en responder que el comprador debe soportar el riesgo. Esto ha sido juzgado por la Corte de Dijón. Un propietario vende, á tanto el hectólitro, la totalidad de su cosecha de vinos existentes en sus bodegas; se estipuló que los vinos debían guardarse en las bodegas; del vendedor y no ser medidos sino en el momento de la salida. La Corte ha decidido que la propiedad de los vinos había sido transferida al comprador desde el momento de la venta y antes de la medición, y concluyó que desde ese momento los vinos estaban á riesgo del comprador. La sentencia se funda en que la cosa vendida aunque no medida era perfectamente determinada; nada impide al comprador disponer y saber de qué tiene el derecho de disponer; luego hay translación de la propiedad. Es verdad que el precio no se conoce exactamente, pero es cierto en sus elementos; no queda por hacer más que un cálculo cuyas bases es-

tán convenientes. (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 [Dalloz, 1870, 5, 372]. Véanse, en sentido diverso, las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pag. 341, nota 43, pfo. 349. Véase también Grenoble, 23 de Mayo de 1855 [Dalloz, 1874, 5, 537] y Nîmes, 2 de Enero de 1871 [Dalloz, 1872, 5, 414] 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 sobrevinidas 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 [Dalloz, 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 depended el 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, pfo. 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 atenido 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 a 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 permitiéndolo 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 cuestion es puramente de hecho. Los autores hacen mal en hacer una excepción de hecho con una regla general que excluía 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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 229). Compárese Bruselas, 22 de Junio de 1864 (*Pasicrisia*, 1865 2 41).

2 Troplong, pág. 61, núm. 100, 1. ^c 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. Compró una pipa de vino á un comerciante de Burdeos: ¿podrá 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 Besancón 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 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 240, 2.º)

2 Compárase Troplong, pág. 62, núm. 100, 2.º y 3.º Davergier, t. I, página 101, núm. 101.

3 Compárase 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 Basarjón, 4 de Julio de 1852 (6 1862) y 13 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, págs. 10 y 11).

2 Colmet de Santierre, t. VII, pág. 16, núm. 9 bis.

3 Aubry y Rau, t. IV, pág. 335, pfo. 349.

4 Compere de Troplong, pág. 16, núms. 166 y 107. Bruselas, 1.º de Mayo de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 269).

149. Los autores del Código se han separado en este punto de la doctrina de Pothier. Según él, la venta por ensayo 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. 1.588. Si la cosa fuese antes del ensayo la condición no puede verificarse, puesto que el comprador no puede hacer el ensayo, 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 (Dalloz, 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 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.

ma de 10,000 francos que le debe hay donación de pago. Véase la diferencia entre estas dos convenciones que al principio parecen idénticas. Si yo os he vendido un inmueble por una suma de 10,000 francos estipulando que dicha suma se compensará con mi deuda y que yo no os debo nada, ¿cuál será mi derecho? ¿Puedo repetir la cosa que os he vendido? Nó, nuestro contrato subsiste; sólo se encuentra que el comprador que debía pagar su precio por vía de compensación no lo ha pagado, puesto que no era acreedor; queda, pues, deudor del precio; mi acción es, por consecuencia, la acción que se deriva de la venta en pago del precio. Esta acción está garantizada por un privilegio y el vendedor tiene una acción en resolución. Si, al contrario, yo os he dado un inmueble en pago de la suma que creía deberos, y si no os debo nada, he hecho un pago indebido; puedo, pues, repetir la cosa que he pagado por la acción de repetición de lo indebido. Esta acción no está provista de algún privilegio; hemos dicho al tratarse de los cuasicontratos á qué condiciones está sometida la repetición y cuáles son sus efectos. (1)

153. Aun hay una diferencia entre la donación en pago y la venta. En los términos del art. 1,602 todo pacto ambiguo ú obscuro se interpreta contra el vendedor. Es una derogación del derecho común, como vamos á decirlo, y por esto mismo es de estricta interpretación. No se puede, pues, extender la disposición del art. 1,602 á la donación en pago. No hay analogía, los motivos que se dan para justificar el art. 1,602 no se aplican más que á la venta.

1 Pothier, *De la venta*, núm. 602, seguido por todos los autores modernos (Davaugne, t. I, pág. 44, núms. 45 y 46. Troplong, pág. 21, núm. 7).