

Hemos citado en el título *De las Obligaciones* la jurisprudencia de las cortes de Bélgica (t. XVII, núm. 132) en apoyo de nuestra opinión. Desde entonces la Corte de Bruselas ha sentenciado que la resolución de la venta no puede ser pedida sino cuando el deudor ha sido constituido en mora. (1) Esto prueba cuán insegura es la jurisprudencia, y la incertidumbre es inevitable desde que se aparta uno del texto de la ley.

SECCION II.—De la facultad de recompra.

§ I.—CARÁCTER DE LA RECOMPRA.

379. «La facultad de recomprar es un pacto por el cual el vendedor se reserva el poder de recoger la cosa vendida mediante la restitución del precio principal y el reembolso de que habla el art. 1,673» (art. 1,659). ¿Cuál es el objeto de esta cláusula? Las condiciones de la venta las dan á conocer: el propietario vende para recibir el precio de la cosa vendida, pero estipula á la vez que podrá recoger la cosa restituyendo el precio; esto prueba que vende apesar suyo, obligado por la necesidad de dinero, pero que espera que podrá reembolsar la suma que recibe y volver á la propiedad de la cosa que enajena por necesidad. Si el pacto de recompra disfraza un empréstito ¿por qué no se valen las partes de un procedimiento más sencillo, el del préstamo con hipoteca? Esto fuera en efecto para el que pide prestado la vía más directa y más económica. Hay, pues, que suponer que el prestamista es quien exige una venta con cláusula de recompra; ésta le da una garantía material, puesto que se hace propietario de la cosa y conserva la propiedad si el que pidió prestado no lo reembolsa, lo que lo pone al abrigo de las dificultades y riesgos del préstamo hipotecario. No siempre es el legítimo interés del prestamista lo que inclina á las partes

1 Bruselas, 3 de Agosto de 1874 [*Pasicrisia*, 1875. 2, 47].

á hacer un préstamo bajo forma de recompra; los usureros en todo tiempo se han valido de esta cláusula para despojar á sus víctimas. Hemos sido testigos en nuestra juventud de esta práctica que se había vuelto la vía legal del agio. El prestamista compraba por la mitad del precio, lo que lo ponía al abrigo de la rescisión por causa de lesión; recorría después mil expedientes más ó menos dolosos para colocar al vendedor en la imposibilidad de ejercer su recompra; el plazo fatal llegaba y el desgraciado deudor se veía despojado de la heredad de sus abuelos. Estas tenebrosas maquinaciones no tienen ya razón de ser cuando la estipulación del tipo del interés es libre. Se ha observado que los pactos con recompra no se usaban durante el tiempo en que el tipo del interés era ilimitado y es probable que acabarán por no usarse ya bajo el imperio de nuestra nueva legislación, que, por una parte, da plena garantía á los acreedores hipotecarios y por otra parte permite á las partes contratantes estipular un interés proporcional al valor del dinero y á los riesgos que corre el prestamista. (1)

380. Aunque el objeto de las partes que estipulan el pacto de recompra sea el de hacer un empréstito es necesario cuidarse de concluir de esto que la recompra y el préstamo se rigen por los mismos principios. Hay una diferencia esencial entre la venta con facultad de recomprar y el préstamo. La venta transfiere al comprador la propiedad de la cosa vendida así como los riesgos; si, pues, una cosa disminuye de valor ó si perece, la pérdida es para el comprador. El vendedor no es ya deudor, mientras que el préstamo constituye al que pide prestado en deudor y permanece deudor aunque hubiera dado la cosa en prenda y que llegara á perecer ó á deteriorarse. Hay otras diferencias que es inútil señalar. (2)

1 Duvergier, t. II, pág. 17, núm. 11. Troplong, pág. 363, núm. 692.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 129, núm. 104 bis II.

La analogía de objetos entre ambos actos jurídicos da lugar á una dificultad. Según los arts. 2,078 y 2,088 el acreedor no puede, por falta de pago, disponer de la prenda mueble ó inmueble, á reserva de que haga que el juez disponga que la prenda se le quede hasta completo pago, según estimación hecha por un perito ó según la venta en subasta pública. Toda cláusula que autorice al acreedor para que se apropie de la prenda ó disponga de ella sin estas formalidades es nula. Esta convención prohibida á causa del peligro del agio es lo que se llama *contrato pignorativo*. El agiotista es hábil para defraudar á la ley, no pudiendo hacer abiertamente un contrato *pignorativo* los usureros lo hacen disfrazado bajo la apariencia de una venta con facultad de recompra. (1) No es necesario decir que una convención hecha en fraude de la ley es nula. Volveremos á este punto en el título *De las Fianzas*.

381. Todos los autores hacen notar que la palabra *recompra* es inexacta. Supone que el vendedor *vuelve á comprar* la cosa, lo que constituiría una segunda venta, mientras que el ejercicio de la facultad de recomprar opera la resolución de la venta, y la venta resuelta es como si no hubiera existido. Que tal sea el carácter de la recompra no es dudoso, puesto que la ley lo dice. El art. 1,658 dice que el contrato de venta puede ser *resuelto* por el ejercicio de la facultad de recomprar; el art. 1,659, que emplea la mala expresión de *recompra*, no dice, sin embargo, que el vendedor se reserva el *volver á comprar* la cosa vendida, dice que se reserva *recogerla*, lo que supone la resolución de la venta, pues el vende lor *recoje* en virtud del pacto, mientras que si *volviera á comprar* no podría adquirir sino en virtud de un nuevo contrato. En fin, el art. 1,673 prueba que la *recompra* opera resolución de la venta. ¿Cuál es el efecto más considerable de la resolución? Los derechos consentidos por el comprador que-

1 Durantón, t. XVI, pág. 413, núms. 391 y 392.

dan resueltos cuando su propio derecho lo está; esto es una consecuencia del principio de que la condición resolutoria cuando se cumple vuelve á colocar las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiese existido (art. 1,183). Pues bien, tal es también el efecto del pacto de recompra: todos los cargos é hipotecas con las que el comprador gravó la cosa caen con el derecho del comprador. Hay, pues, resolución. Es sólo por excepción como son mantenidos los arrendamientos hechos por el adquirente; fué necesario para esto una disposición terminante de la ley. (1)

¿Qué es, pues, el pacto de recompra? Es una venta hecha bajo condición resolutoria. Esta condición es expresa, puesto que está estipulada en el contrato; es, pues, una condición resolutoria expresa. Sólo hay esta diferencia entre la facultad de recomprar y la condición resolutoria casual: que es potestativa, puesto que depende del vendedor usar ó no del pacto; pero salvo esta diferencia se aplican á la venta hecha con cláusula de recompra los principios que rigen la condición resolutoria expresa. El principio es incontestable, puesto que resulta del texto de la ley; (2) sin embargo, en la aplicación se deroga á ello; queda por saber si estas derogaciones están fundadas; nosotros no admitimos otras que las establecidas por la ley ó que están estipuladas por las partes contratantes. Es el derecho común el que rige la relación entre la regla y la excepción: la regla queda aplicable en tanto que no se deroga.

382. De este principio resulta una primera consecuencia en la que no hay ninguna duda. El art. 1,659 dice que el vendedor *se reserva* el recoger la cosa. ¿Cuándo deb: estipular esta reserva? Naturalmente en el contrato, puesto que

1 El término viene del derecho romano en el cual el pacto no tenía el carácter de una condición resolutoria (Nemur, *Institutos*, t. II, pág. 23, pfo. 272 de la segunda edición).

2 Esta es la opinión de todos (Aubry y Rau, t. IV, pág. 407, nota 1. párrafo 367).

éste se hace bajo condición resolutoria. El pacto no pudiera ser convenido después que la venta se perfeccionó por el consentimiento de las partes en el precio y la cosa, pues desde aquel momento el comprador se ha vuelto propietario irrevocable. En verdad nada impide que las partes convengan que el vendedor tendrá el derecho de recoger la cosa en el plazo fijado restituyendo el precio, pero esta convención no sería un pacto de recompra más que en apariencia; en realidad, el comprador hecho propietario promete revender la cosa y el vendedor acepta esta oferta; esta es, pues, una promesa unilateral de venta; si antes de fenecer el plazo el vendedor consiente en comprar se formará una segunda venta, mientras que el pacto de recompra, cuando se ejerce, resuelve la venta de modo que no hubo nunca contrato. (1) Cuando hay pacto de recompra todos los derechos consentidos por el comprador en la cosa vendida se resuelven por la resolución de la venta; cuando hay promesa de reventa posterior al contrato todos estos derechos subsisten aunque la promesa se realizara, pues la venta no perjudica ninguno de los derechos que gravan la cosa; la propiedad está desmembrada, se revende en el estado en que se encuentra. (2)

383. ¿Puede estipularse la facultad de recomprar en una venta mobiliaria? La afirmativa está enseñada por los autores y está consagrada por la jurisprudencia. (3) Se objeta el texto del art. 1,673 que fija las condiciones de la recompra; se habla en él del vendedor que vuelve á su *heredad*, lo que supone una venta inmobiliaria; igual término se encuentra en los arts. 1,667-1,671. Pero estas disposiciones sólo reglamentan el ejercicio del derecho; el art. 1,659 que establece el principio se vale de la expresión de *cosa vendida*, la más

1 Durantón, t. XVI, pág. 412, núm. 390 y todos los autores.

2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 132, núm. 104 bis.

3 Durantón, t. XVI, pág. 413, núm. 391 y todos los autores.

general que haya podido emplear el legislador. Si varios artículos suponen que el pacto está estipulado en una venta inmobiliar, es que tal es el caso ordinario; el pacto de recompra no tiene la misma utilidad en las ventas mobiliarias, puesto que el vendedor, al ejercer su derecho, no podría reivindicar la cosa contra los terceros poseedores de buena fe. En derecho la cuestión no es dudosa; la ley ni siquiera necesitaba dar á las partes la facultad de estipular la recompra, la tienen en virtud de los principios generales que les permite hacer convención bajo condición resolutoria. Como lo dice muy bien la Corte de París el pacto está autorizado por esto sólo: que nada tiene de contrario al orden publico ni á las buenas costumbres. (1)

384. La facultad de recomprar no puede ser estipulada para un plazo que exceda de cinco años (art. 1,360). En el derecho antiguo la prescripción era de treinta años, lo que es muy jurídico; la facultad de recomprar es una condición resolutoria y, en principio, la duración de la condición, como todos los elementos que la constituyen, dependen de la voluntad de las partes contratantes; el derecho del vendedor, lejos de ser desfavorable, debe ser visto con favor, puesto que amenudo es la víctima del agio. ¿Por qué los autores del Código han derogado el derecho común pronunciándose en contra del vendedor? «No conviene al bien público, dice Portalis, que se prolongue demasiado una incertidumbre que sólo puede perjudicar á la agricultura y al comercio.» Grenier dice igualmente que «el interés público se opone á que las propiedades permanezcan por largo tiempo inseguras y flotantes.» No hay nada más verdadero, pero este motivo no se aplica sólo á la recompra; puede decirse otro tanto de cualquiera condición resolutoria; sin embargo, el mismo legislador permite pedir la resolución de la

1 París, 16 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1452 (Liojs, 7 de Diciembre de 1826 (*Estadística*, 1827, pág. 309).

venta durante treinta años cuando la condición resolutoria es tácita, y se admite esta misma prescripción para la acción de revocación de donaciones por punto á inejecución de los cargos y advenimiento de hijos. Falta, pues, armonía en la ley; algunas veces subordina el interés de las partes al interés general y otras subordina el interés público á la libertad de las partes contratantes. (1)

Considerándose el plazo de cinco años como de orden público la ley decide que si la facultad de recomprar fué estipulada para plazo mayor debe reducirse á este plazo. El Código no prevee el caso en el que las partes no estipularon ningún plazo, éstas se consideran como admitiendo el mayor plazo, el de cinco años. En efecto, las partes contratantes pueden siempre atenerse al Código para lo que se refiere al efecto de sus convenciones, no están obligadas á transcribir las disposiciones de la ley; basta que estipulen la recompra para que sus convenciones queden fijas por los principios que el Código establece. Se entiende que las partes pueden derogar el art. 1,660 conviniendo en un plazo menos largo para el ejercicio de la recompra; esta derogación es favorable, puesto que disminuye la incertidumbre de la propiedad. (2)

385. «El plazo fijado es de rigor y no puede prorrogarse por el juez» (art. 1,661). Esto es una nueva derogación al derecho antiguo que permitía al juez conceder un plazo de gracia al vendedor, por consideraciones de humanidad. En nuestro derecho moderno los jueces no pueden derogar las convenciones de las partes; éstas son ley para ellos tanto como para los contratantes. La disposición del art. 1,661 era, pues, inútil por ser de derecho. Al prohibir al juez prorrogar el plazo ¿entiende el Código conceder este derecho á las partes? Hay que distinguir diversas hipótesis. El

1 Duvergier, t. II, pág. 30, núm. 19. Troplong, pág. 368, núm. 708.

2 Duvergier, t. II, pag. 33, núm. 21. Durantón, t. XVI, pág. 415, núm. 396.

plazo fijado por el contrato ha fenecido; las partes convienen prorrogarlo. ¿Esta convención es válida y cuál es su efecto? Cuando el plazo en el que la recompra debe ejercerse ha fenecido, la condición resolutoria decae y, por consiguiente, el derecho del comprador se vuelve irrevocable; esto es lo que dice el art. 1,662 que no es sino la aplicación del derecho común. No puede, pues, tratarse de prorrogar el plazo en este sentido: que el derecho del comprador sea siempre resoluble. Hay un hecho consumado, la translación de la propiedad, y las partes no pueden hacer que la propiedad no haya sido transmitida. Se lee en una sentencia de la Corte de París que el comprador puede renunciar á su derecho. (1) Esto es verdad en el sentido de que puede consentir que el vendedor recompre la cosa restituyendo el precio; pero esto sería una nueva convención que no tendría ningún efecto en lo pasado, pues éste escapa á las convenciones de las partes, que sólo pueden estipular para lo venidero. ¿Qué cosa es, pues, esta renuncia? Es una promesa de revender consentida por el comprador y aceptada por el vendedor. Ya hemos dicho cuál es el efecto de semejante promesa (número 382). Esta promesa de venta es perfectamente válida; la Corte de Lyon hizo mal en sentenciar lo contrario; (2) pero una promesa unilateral de venta no tiene nada de común con la facultad de recomprar. Si el plazo fijado por el contrato no ha fenecido ¿podrán las partes prorrogarlo? Hay un caso en que la solución no es dudosa. Se estipuló la recompra por cinco años; antes de la expiración del plazo las partes lo prorrogan por un año. Se sentenció que esta convención es nula; (3) en efecto, viola el art. 1,660 que prohíbe estipular un plazo de más de cinco años; la ley prohíbe,

1 París, 5 de Julio de 1834 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1491, 1. °)

2 Lyon, 27 de Junio de 1832 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1491, 2. °)

3 Burdeos, 13 de Junio de 1849 (Daloz, 1850, 2, 17). En sentido contrario Durantón, t. XVI, pág. 416, núm. 398, que se equivoca (Duvergier, t. II, página 39, núm. 26).

pues, también estipular plazos sucesivos que pudieran prorrogar indefinidamente el ejercicio de la recompra. La Corte de Burdeos que lo sentenció así hizo mal en agregar que el comprador puede conceder un nuevo plazo cuando el primero ha fenecido; acabamos de decir que esta pretendida renuncia no sería un pacto de recomprar sino una promesa de venta.

Queda una última hipótesis: la convención fija el plazo á dos años; ¿pueden las partes antes que el plazo termine prorrogarlo hasta cinco años? Generalmente se admite la validez de esta convención, se entiende que entre las partes y sin perjuicio de terceros. Las partes hubieran podido desde el principio estipular un plazo de cinco años para el ejercicio de la recompra; mientras la primera convención no produjo ningún efecto, deben tener el derecho de prorrogar el plazo; en este caso se puede decir que nada impide que el comprador renuncie á su derecho; podía hacerse propietario incommutable á los dos años, es libre para renunciar á este derecho consintiendo en hacerse propietario definitivo sólo después de cinco años. Pero esta convención no puede perjudicar á los terceros, pues si podemos renunciar nuestros derechos no nos es permitido renunciar á los derechos que los terceros han adquirido. Si, pues, el comprador hubiera consentido una hipoteca antes de la prórroga del plazo fijado á dos años, esta hipoteca se haría irrevocable al fenecer este plazo de dos años, pues es bajo esta condición como se estipuló. (1) De esto resulta que la prórroga del plazo no es un verdadero pacto de recompra; la venta estará resuelta entre las partes cuando fenezca el plazo prorrogado, pues los derechos consentidos antes de la prórroga subsistirán. (2)

386. «El plazo corre contra todas las personas, aun contra el menor, á reserva, si hay lugar, del recurso contra

1 Duvergier, t. II, pág. 40, núm. 26. Durantón. t. XVI, pág. 417, núm. 399.
2 Compárese Colmet de Santerre, t. VII, pág. 133, núm. 107 bis II.

quien dé derecho." (art. 1,663). Según el art. 2,278 las prescripciones cortas corren en general contra los menores y los entredichos, á salvo su recurso contra los terceros. En el caso hay un motivo más para que el plazo corra contra los incapaces, es que fué limitado á un tiempo muy corto por consideraciones de interés público, y el derecho de la sociedad prevalece al de los incapaces.

387. ¿Cómo se calcula el plazo? La cuestión es muy importante, puesto que el plazo es de rigor é implica la pérdida del derecho de recomprar. Hay, acerca de la imputación de los plazos, dos reglas tradicionales que se aplican en todos los casos en los cuales no se derogan por la ley ó por las convenciones de las partes interesadas. No se comprende en el plazo el día en que comienza á correr (el *dies ad quo*), mientras que se comprende en él el último día del plazo (el *dies ad quem*). Este modo de calcular se funda en la razón. El plazo debe ser completo; y el primer día, el de la convención, es necesariamente incompleto. Se debe, pues, excluirlo; mientras que el último día debe aprovechar entero á aquel que estipuló el plazo si no gozará de todo el plazo. (1) La jurisprudencia aplicó estos principios al plazo de recompra. Resulta que la facultad concedida para dos años el 1.º de Mayo de 1875 puede todavía ejercerse el 1.º de Mayo de 1876, pero al fin de este día el plazo feneció. (2)

§ II.—DEL EFECTO DEL PACTO DE RECOMPRA MIENTRAS SE HALLA EN SUSPENSO LA CONDICION.

Núm. 1. Derechos del comprador.

388. La venta hecha con cláusula de recompra es una venta bajo condición resolutoria. Deben, pues, aplicarse los

1 Toullier, t. VII, pág. 47, núms. 52 y siguientes.

2 Véase la jurisprudencia en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *Venta*, núms. 1484-1488.

principios que rigen esta condición. Los hemos expuesto en el título *De las Obligaciones*. La condición resolutoria no hace el contrato condicional; el contrato es puro y simple, sólo su resolución es la que está suspensa. Se sigue de esto que la venta bajo pacto de recompra produce los efectos de una venta pura y simple mientras la condición de la recompra está en suspenso. El comprador se vuelve propietario y puede ejercer todos los derechos ligados á la propiedad; puede enajenar, hipotecar, conceder derechos reales; se entiende que todas las actas de disposición que hace quedan afectas á la condición resolutoria, puesto que no puede conceder á terceros derechos más extensos que los que tiene. Si el inmueble vendido con cláusula de recompra está gravado con privilegios é hipotecas, el comprador puede borrarlas cumpliendo las formalides prescriptas para la purga; podrá también, en virtud de nuestra nueva Ley Hipotecaria, libertar el inmueble de la acción resolutoria que pertenece al vendedor no pagado; volveremos á este punto en el título *De las Hipotecas*. (1)

389. El art. 1,665 contiene una explicación de estos principios; dice así: «El adquirente con pacto de recompra ejerce todos los derechos de su vendedor; puede prescribir tanto contra el verdadero dueño como contra los que pretendiesen tener derechos ó hipotecas en la cosa vendida.» Al decir que el comprador ejerce todos los derechos de su vendedor la ley no entiende decir que el vendedor no conserva ningún derecho en la cosa; volveremos á este punto. La ley simplemente quiere decir que el vendedor transfiera al comprador los derechos que tiene en la cosa vendida: si es propietario transfiere la propiedad al adquirente; si no es propietario transfiere al adquirente la posesión y un título que puede servir de base para la usucapión si el comprador es

1 Duvergier, t. II, pág. 59, núm. 31. Aubry y Rau, t. IV, pág. 411, nota 16^a pfo. 357.

de buena fe. Cuando el vendedor había comenzado á prescribir, el comprador puede continuar la prescripción, este es el derecho común; y el comprador con pacto de recompra puede prevalecerse de él, puesto que no es un poseedor precario; compra para hacerse propietario; posee, pues, á título de tal. Puede también usucapir la libertad del fundo contra los terceros que pretendiesen tener en él servidumbres; el art. 1,665 agrega: ó hipotecas. Acerca de este punto nuestra Ley Hipotecaria ha derogado el derecho común en el sentido de que las hipotecas no se extinguen ya por usucapición, se extinguen por la prescripción de treinta años; volveremos á tratar este asunto en el título *De las Hipotecas*.

Los efectos de la prescripción son muy sencillos cuando el vendedor no ejerce la recompra; el comprador, en este caso, ha cumplido la prescripción por su cuenta. ¿Pero qué sucederá si el vendedor usa de su derecho? El comprador está considerado, en este caso, como no haber sido nunca propietario, todas las actas que hace están resueltas. ¿Pasará lo mismo con la posesión? ¿se considerará como no existente y puede invocarla el vendedor? Se admite que el vendedor puede reunir con la suya la posesión del comprador, pero la dificultad consiste en establecer el principio en el que se funda esta reunión de posesiones. Hé aquí cómo se ratiocina. El comprador ha poseído de hecho; el vendedor no toma, pues, una posesión vacante, sucede á la posesión que tuvo el comprador en virtud del contrato y que debe devolver al vendedor; en este sentido el comprador es el autor del vendedor, y, por consiguiente, se debe aplicar el artículo 2,235 según el cual se puede reunir la posesión propia con la del autor de uno. (1) Esta argumentación nos parece ser más útil que verdadera; la condición resolutoria cuando se cumple borra el derecho que el comprador tenía por su contrato, esto es seguro en cuanto á la propiedad; el

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 139, núm. 111 bis III.

vendedor no es el legatario del comprador cuando vuelve á entrar en su derecho, puesto que se le considera como si siempre hubiera sido propietario; luego el comprador no lo fué nunca; no pudo, pues, haber poseído nunca á título de propietario, pues su título está borrado como si no hubiese existido, y su posesión sólo fué un puro hecho. ¿No se pudiera establecer el derecho del vendedor en el mismo efecto que produce la resolución? Esta vuelve á colocar las cosas en el estado que tenían antes del contrato; es, pues, el vendedor quien fué siempre propietario; y si el comprador ha poseído, sólo puede ser para el vendedor, así como el arrendatario posee por el que arrienda; el vendedor ha tenido, pues, la posesión como tuvo la propiedad; esta es la consecuencia lógica de la resolución. No necesita reunir la posesión del comprador á la suya, lo que jurídicamente no es posible; invoca su propio derecho.

390. «El comprador puede oponer el beneficio de la discusión á los acreedores de su vendedor» (art. 1,666). Según el art. 2,170 el tercer tenedor perseguido por un acreedor hipotecario goza del beneficio de discusión; es decir que puede oponerse á la venta del inmueble que le fué transmitido, si hay otros inmuebles hipotecados por la misma deuda en la posesión del principal obligado, y requerir la previa discusión; durante esta discusión se suspende la venta de la heredad hipotecaria. El art. 1,666 concede este beneficio al comprador que adquirió el inmueble bajo cláusula de recompra; era por demás decirlo, puesto que el comprador ejerce todos los derechos del propietario. Esta disposición quedó abrogada por nuestra Ley Hipotecaria que no ha mantenido el beneficio de discusión; daremos los motivos en el capítulo *De las Hipotecas*.

El art. 1,666 recibe aún otra aplicación. Se supone que los acreedores del vendedor ejercen la recompra contra el

adquirente, lo que es su derecho en virtud del art. 1,166. ¿Puede, en este caso, el comprador oponerles el beneficio de discusión? Se admite que sí; en efecto, el texto no sólo habla de los acreedores hipotecarios, dice de los *acreedores del vendedor*; luego desde que los acreedores del vendedor promueven contra el adquirente éste puede invocar el beneficio de discusión. Esto también se funda en la razón: ¿qué quieren los acreedores? Recibir su pago; y si el vendedor aun tiene bienes, justo es que los discutan antes de promover contra el comprador. El interés general está en armonía con el interés del comprador; la ley desea la estabilidad de las propiedades; hay, pues, que dejar al adquirente la propiedad de la cosa si el vendedor tiene otros bienes que sus acreedores puedan embargar. (i)

391. El art. 1,751 contiene una excepción á los principios que acabamos de establecer. Según el art. 1,743 el comprador puede expulsar al arrendatario cuyo contrato no tiene fecha cierta; el art. 1,751 dice que este derecho no puede ser ejercido por el comprador con pacto de recompra hasta que, por expiración del plazo fijado para la recompra, se vuelva propietario incommutable. Volveremos á este punto en el título *Del Contrato de Arrendamiento*.

Núm. 2. Derechos del vendedor.

392. ¿Tiene el vendedor derecho en la cosa mientras que la condición está en suspenso? Si se decide la cuestión según los principios que rigen la condición resolutoria la solución no es dudosa. La condición resolutoria implica una condición suspensiva; toda condición en realidad es suspensiva en los contratos hechos bajo condición suspensiva. La existencia ó cuando menos los efectos del contrato están suspensos; en el contrato hecho bajo condición resolutoria lo

(i) Colmet de Santerre, t. VII, pág. 141, núm. 112 bis. Mourlón, t. II, página 261, núm. 644.

que está suspenso es la resolución. Resulta de esto que si el contrato tiene por objeto la translación de la propiedad el adquirente se vuelve propietario bajo condición suspensiva de restitución; es, pues, deudor de la cosa bajo condición suspensiva; de ahí la consecuencia de que el vendedor es acreedor bajo esta misma condición; es decir, que tiene un derecho condicional en la cosa si la condición resolutoria se cumple; este derecho condicional es una propiedad condicional, y siendo propietario condicional el vendedor puede hacer actos de disposición, enajenar, hipotecar; se entiende que estos actos quedan afectos á la misma condición; la enajenación, la hipoteca, sólo existirán si la condición suspensiva se realiza, mientras que si decae todos estos actos decaen también. El art. 2,125 consagra este principio en lo relativo á la hipoteca, y lo que es verdad para la hipoteca lo es para todas las concesiones de derechos reales.

¿Se aplican estos principios á la facultad de recomprar? La mayor parte de los autores se pronuncian por la afirmativa. (1) Mientras que la jurisprudencia francesa ha consagrado la opinión contraria. No titubemos en colocarnos al lado de la doctrina. (2) La dificultad se reduce á saber si la venta con pacto de recompra está hecha bajo condición resolutoria, y la misma ley lo dice (núm. 317); deben, pues, aplicarse los principios que rigen la condición resolutoria, á no ser que la naturaleza especial de la cláusula de recompra derogue el derecho común. Esto es lo que se pretende. El vendedor, se dice, se despoja completamente de su derecho de propiedad y sólo conserva la posibilidad de volverlo á tener ejerciendo la recompra. (3) Sin duda se despoja

1 Duvergier, t. II, pág. 54, núm. 29 y todos los autores, excepto Aubry y Rau y Grenier (véanse las citaciones en el *Repertorio* de Dalloz, 1873, 1, 321, nota).

2 La jurisprudencia de las cortes de Bélgica está conforme con la opinión de los autores. Bruselas, 16 de Noviembre de 1815 y Denegada. Sala de Casación, 15 de Junio de 1818 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 519 y 1818, pág. 123). Lieja, 24 de Febrero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 336).

3 Aubry y Rau, t. II, pág. 304 (cuarta edición), nota 68, pfo. 209.

de la propiedad, puesto que la transmite al comprador como si la venta fuera pura y simple; esto es el derecho común de los contratos hechos bajo condición resolutoria. Pero la transmisión queda afecta á una condición resolutoria, y toda condición resolutoria implica una condición suspensiva; luego el vendedor conserva un derecho condicional en la cosa. Se niega esto. Oigamos á la Corte de Casación, puesto que su decisión es la que se refiere. La Corte contesta que la facultad de recomprar es una condición resolutoria y no dice que esta clase de resolución esté regida por principios especiales, su doctrina es general y se aplica á cualquiera convención hecha bajo condición resolutoria. «Toda condición resolutoria, dice la Corte, supone necesariamente un contrato perfecto y que sólo puede ser reducido á nada algún día á consecuencia del acontecimiento previsto en esta cláusula.» Aplicando estos principios á la venta hecha con pacto de recompra la sentencia dice: «Es contra la esencia del contrato de venta que el vendedor retenga la propiedad; la facultad misma que se reserva de recobrar esta propiedad supone necesariamente que la perdió.» Estos principios, dice la Corte, son incontestables. Tales como los entiende la Corte son, al contrario, muy contestables; Duvergier los combate y con él la mayor parte de los autores. El vendedor con pacto de recompra no retiene la propiedad en el sentido de que la transmite al comprador, pero la transmite afectada de una condición resolutoria que implica para él el derecho condicional de volver á la propiedad; este derecho prueba que no la tenía perdida irrevocablemente; vuelve á tomarla, dice el art. 1,659 y la recoge en virtud de un derecho preexistente, de un derecho condicional. Se insiste y se sostiene que este derecho no es un derecho dependiente de una condición suspensiva; en efecto, cuando la condición decae el contrato se considera como no haber existido nunca, mientras que cuando la recompra no se ejerce la cláusula

no se considera como no haber sido nunca estipulada, es un simple decaimiento. (1) Hé aquí otra vez una afirmación. ¿En qué se funda? ¿En algún texto? Sólo hay el del artículo 1,662; ¿y qué dice? Que si el vendedor no ejerce su derecho el comprador permanece propietario irrevocable. Esto es seguramente el efecto de toda condición resolutoria que decae; el derecho del comprador no puede ya ser resuelto, se hace inmutable; el vendedor no tiene ya ningún derecho, tal como si el pacto no hubiera sido estipulado.

393. Los dos principios contrarios conducen naturalmente á consecuencias diferentes. Si se niega que el vendedor tenga un derecho condicional en la cosa resulta que no puede conceder hipotecas en el inmueble; sólo tiene un derecho de crédito, un *jus ad rem*, y este derecho no puede hipotecarse. (2) En la opinión que enseña la doctrina el vendedor, propietario condicional bajo cláusula suspensiva, puede hipotecar el inmueble conforme al art. 2,125. La hipoteca será válida si la condición se realiza; es decir, si el vendedor ejerce la recompra; caerá si la condición desfallece; es decir, si el vendedor no usa de su pacto. Esta última opinión está en armonía con los principios que rigen las condiciones y, por consiguiente la facultad de recomprar. Supongamos que el comprador hipoteque la heredad; tiene derecho de hacerlo, pero la hipoteca estará afecta á la condición resolutoria; la hipoteca consentida por el vendedor es también válida, pero queda afectada de una condición suspensiva. ¿Es esto contradictorio? Nó, pues el vendedor y el comprador obran en virtud de un derecho diferente del que tienen en el inmueble. El cumplimiento de la condición decidirá cuál de

1 Denegada, 21 de Diciembre de 1825 (Daloz, en la palabra *Privilegios*, número 1199). Compárese, en el mismo sentido, una disertación insertada en el *Repertorio Periódico* de Daloz, 1873, 1, 321.

2 Burdeos, 5 de Enero de 1833 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 463, 2. °) París, 12 de Agosto de 1871 (Daloz, 1873, 2, 133). En sentido contrario las sentencias de las cortes de Bélgica citadas, pág. 380, nota 2.

los dos es propietario. Si el vendedor no usa de la facultad de recomprar la condición á la que su derecho estaba subordinado y, por consiguiente, la hipoteca que consintió desfallecen, la hipoteca cae; en cambio la que concedió el comprador subsiste porque fué propietario inmutable á partir de la venta. Si el vendedor ejerce la recompra la condición á la que su derecho estaba subordinado y la hipoteca consentida por él se realiza, la hipoteca subsiste porque fué concedida por aquel que fué siempre propietario, mientras que la hipoteca establecida por el comprador caerá porque fué consentida por aquel que se considera como si nunca tuviera derecho en la cosa. ¿No es lógico, racional, que la hipoteca establecida por el vendedor esté mantenida cuando á consecuencia de la recompra se le considera como no haber cesado nunca de ser propietario? En la opinión consagrada por la jurisprudencia se llega, al contrario, á esta consecuencia, cuando menos extraña, de que durante el plazo de la recompra el inmueble no puede hipotecarse cuando la recompra se ejerce; el comprador no puede hipotecar, puesto que nunca tuvo derecho en la cosa; el vendedor tampoco puede, puesto que no tenía ya ningún derecho en la cosa en el momento en que consintió la hipoteca. El inmueble estará fuera del comercio durante cinco años.

394. El mismo disentimiento existe para la enajenación. En el sistema de la doctrina se aplica á la enajenación lo que acabamos de decir de la hipoteca. Esto es lógico si se admite que el vendedor tiene un derecho condicional en la cosa. En el sistema de la jurisprudencia se decide que el comprador no puede enajenar y se mantiene, no obstante, la venta interpretándola como si el vendedor hubiera cedido su derecho de recompra. ¿Por qué no puede enajenar el vendedor? Porque el comprador es propietario; el vendedor con pacto de recompra que enajena la cosa vendería, pues, una cosa que no le pertenece. Esto sería la venta de la co-

sa ajena, dice la Corte de Amiéns; la Corte ni siquiera admite que la convención sea válida como cesión del derecho de recompra, pues, dice, las partes han querido vender y comprar la cosa, lo que es nulo; no entendieron hacer una cesión, lo que hubiera sido válido; hicieron, pues, lo que les era prohibido y no hicieron lo que les está permitido hacer. En el recurso intervino una sentencia de denegada. (1)

¿Es verdad que el vendedor con pacto de recompra que enajena vende la cosa ajena? Vende un derecho condicional; si la condición se realiza el vendedor está considerado como haber sido siempre propietario de la cosa; ¿y cómo una venta hecha por quien ha sido siempre propietario había de ser venta de cosa ajena? La Corte de Amiéns dice que la cesión del derecho de recompra sería válida mientras que la venta de la cosa sería nula. En realidad la venta de una cosa que fué vendida ya con cláusula de recompra no es más que la venta de un derecho de retiro; es decir, la cesión de un derecho condicional en virtud del cual el vendedor volverá á la propiedad de la cosa si la condición se cumple; aquel que compra la cosa compra, pues, el derecho de obtener la propiedad de la cosa mediante el cumplimiento de la condición. Esto es lo que acabó por decidir la jurisprudencia: á la vez que considerando como nula la venta hecha por el vendedor con pacto de recompra, la valida asimilándola á una cesión del derecho de recompra. Así la Corte de París ha sentenciado que la venta consentida por el vendedor con recompra no es la venta de la cosa ajena que se puede mantener considerándola como cesión del derecho de recompra, y la Corte de Casación ha confirmado esta decisión por una sentencia de denegada. (2) En nues-

1 Denegada, 4 de Agosto de 1824 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1463, 1. °)

2 Denegada, 10 de Julio de 1821 y Denegada, 7 de Julio de 1829 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 492). Compárese Tolosa, 12 de Marzo de 1812 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1463, 2. °)

tro concepto la jurisprudencia consagra una contradicción. Si la venta hecha por el vendedor con recompra vale como cesión del derecho de recompra, no puede decirse que ésta sea nula; y si vale como cesión del derecho de retiro transmite al comprador un derecho del vendedor en virtud del cual se hará propietario cuando la condición se realice, y será propietario á partir de la venta, puesto que la condición retrotrae. Luego ceder el derecho de retiro es vender la cosa, pero es una venta condicional. Hay, pues, contradicción en negar el derecho del vendedor en la cosa y dar efecto á la venta considerándola como una cesión de la recompra, pues esta cesión es en el fondo idéntica á la venta y produce el mismo efecto. La jurisprudencia francesa se ha normalizado, sin embargo, en este sentido. (1)

395. Los editores de Zachariæ han adoptado la doctrina que la jurisprudencia ha consagrado. Enseñan, sin embargo, que el vendedor con recompra puede establecer una servidumbre en el inmueble vendido. Validar la concesión de una servidumbre y anular la concesión de una hipoteca esto parece contradictorio. Nó, se dice, pues se puede conceder una servidumbre en un inmueble que se adquirirá, mientras que la ley prohíbe hipotecar un bien futuro. (2) ¿Es verdad que la hipoteca del inmueble vendido con cláusula de recompra sea la hipoteca de un bien futuro? Un bien futuro es aquel en el que no se tiene ningún derecho, ni eventual. Y cuando el pacto de recompra se realiza el vendedor está considerado como haber sido siempre propietario del inmueble. Así, aquel que fué propietario en el momento en que concedía la hipoteca fuera no obstante considerado como haber hipotecado un bien venidero. Estaría, pues, como

1 Grenoble, 17 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 235). Nimes, 18 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 122). En el mismo sentido Aubry y Rau, tomo IV, pág. 412, notas 31 y 32, pfo. 357. En sentido contrario Durantón, tomo XVI, seq. 423, núm. 408. Duvergier, t. II, pág. 55, núm. 29.

2 Aubry y Rau, t. IV, pág. 413, nota 33, pfo. 357.

si nunca hubiera tenido derecho en la cosa en la que, en realidad, era propietario incommutable de ella.

§ III.—DEL EFECTO DEL PACTO DE RECOMPRA CUANDO LA CONDICIÓN SE REALIZA.

Núm. 1. ¿Cómo ejerce su derecho el vendedor?

396. Esta cuestión ha dado lugar á largas controversias en el derecho antiguo y bajo el imperio del Código Civil. Si se atiende uno á los principios que dominan la materia la solución es muy sencilla. La facultad de recomprar es una condición resolutoria, pero potestativa; la condición es expresa, puesto que está escrita en el contrato. ¿Y cómo opera una condición resolutoria expresa? Opera de derecho plano; el contrato queda resuelto por sólo la voluntad de las partes contratantes (arts. 1,183 y 1,184). ¿La condición resolutoria expresa resuelve también el contrato de plano cuando es potestativa? El carácter potestativo de la condición ejerce una influencia en la materia cuya condición opera; exige una manifestación de voluntad, puesto que la condición consiste en un acto de voluntad. Así, la facultad de recomprar da un derecho al vendedor, puede usar del pacto ó no; es, pues, necesario para que la condición se realice que declare su voluntad de ejercer su derecho. Desde que el vendedor ha hecho esta declaración la condición está cumplida y, por tanto, la venta está resuelta con una restricción, sin embargo: es que el vendedor tiene que cumplir con ciertas obligaciones. Será, pues, necesario después que había declarado querer usar de su derecho que cumpla las obligaciones que la ley le impone. Asimismo el comprador debe cumplir las suyas. Pero en nuestro concepto la ejecución de estas obligaciones recíprocas no constituye la condición, es más bien la consecuencia del cumplimiento de

la condición. En la condición resolutoria casual hay también restitución recíproca que hacer, obligaciones que cumplir; esto no impide que el contrato esté resuelto desde el momento en que el acontecimiento que constituye la condición se ha cumplido. Debe suceder lo mismo con la condición potestativa, pues no hay otra diferencia entre ésta y la condición casual sino que la voluntad del acreedor reemplaza el acontecimiento que resuelve el contrato.

397. Tal es el principio. Resulta de él que no es necesario una acción judicial para que la condición resolutoria expresa, aunque potestativa, se cumpla. En teoría esto es incontestable, pues lo que caracteriza la condición resolutoria expresa es que opera de derecho pleno la resolución del contrato sin ninguna intervención de justicia (arts. 1,183 y 1,184). Queda por saber si la ley deroga este principio en lo que se refiere á la facultad de recomprar. No hay texto de donde pudiera concluirse que el vendedor debe entablar una acción ante el juez. Tal es el art. 1,662 que dice: «Por falta de haber ejercido su acción de recompra el vendedor en los términos prescriptos, el adquirente es propietario irrevocable». La misma expresión se encuentra en los artículos 1,663, 1,664, 1,671 y 1,672. ¿Qué debe entenderse por ejercer la acción de recompra? ¿Quiere decir intentar una acción judicial? Tal no puede ser el sentido de la ley, pues esto sería una derogación á los principios que nada justificaría; el juez sólo interviene para decidir una contestación, no interviene para fijar lo que las partes tienen fijado, y en el caso no hay contestación y las partes han escrito ellas mismas lo que quieren en el contrato; luego la voluntad de las partes debe recibir ejecución sin ninguna sentencia judicial. La expresión ejercer la acción de recompra puede también tener otro sentido: el de obrar; es decir, de hacer lo que debe hacer el vendedor para ejercer su derecho. ¿y qué debe hacer según los principios? Manifestar su volun-

tad de usar de la facultad que se reservó al vender. La combinación de los arts. 1,668 y 1,669 prueba que tal es precisamente el sentido que la ley liga á la expresión cuyo significado buscamos. En efecto, el art. 1,668 dice que si varias personas vendieron conjuntamente y por un solo contrato una heredad común cada una puede *ejercer la acción de recompra* sólo por la parte que tenía en él según el art. 1,669. Lo mismo pasa si el que vendió sólo una heredad dejó varios herederos; cada uno de éstos, dice la ley, sólo puede *usar de la facultad de recomprar* por la parte que tiene en la sucesión. Así, *ejercer la acción de recompra* quiere decir *usar de la facultad de recomprar*. Asimismo, después de haber hablado en los arts. 1,671 y 1,672 de *ejercer ó intentar la acción de recompra*, la ley dice en el art. 1,673: «El vendedor que usa del pacto de recompra.» Esto es decisivo; la misma ley es la que explica que la *acción consiste en usar del pacto de recompra*. Acerca de este punto todos están acordes. (1)

398. Tenemos que ver ahora cómo usará el vendedor de la facultad de recomprar. ¿Qué debe hacer? En el derecho antiguo la cuestión estaba ya muy controvertida. Unos exigían que el vendedor hiciera ofertas reales seguidas de citaciones si el comprador las rehusaba; otros decían que el vendedor debía cuando menos presentar el dinero, mientras que excelentes jurisconsultos se conformaban con una interpelación acompañada de ofertas verbales. (2) Bajo el imperio del Código Civil la controversia ha continuado. La decidiremos por el principio que domina esta materia. La facultad de recomprar es una condición resolutoria potestativa, pero expresa. Es expresa, luego opera por la voluntad de las partes contrantes, sólo que como es potestativa es necesario que el vendedor declare en el plazo fijado por el con-

1 Duranón, t. XVI, pág. 419, núm. 403 y todos los autores. Véase la jurisprudencia en el *Repertorio de Daloz*, en la palabra *Venta*, núm. 1497. Agréguese Boveán, 10 de Agosto de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 107).

2 Véanse los testimonios en Troplong, pág. 372, núm. 718.

trato que entiende usar de la facultad que se reservó. Esto es todo cuanto resulta de los principios. No puede tratarse de una cuestión de ofertas reales y de consignaciones, pues el vendedor no paga una deuda, hace una declaración de voluntad, nada tiene que ofrecer ni depositar. Sólo después de que el contrato esté resuelto por su declaración es cuando se deberá proceder á las restituciones recíprocas. Si la ley hubiese querido que el vendedor hiciera ofertas lo hubiera hecho, pues al legislador toca determinar, á falta de convención, las condiciones del ejercicio de la recompra, y la palabra *ofertas* no se encuentra en la ley; este silencio es decisivo. Resulta que se está bajo el imperio de los principios generales y estos principios no dejan ninguna duda; todo lo que piden es una declaración de voluntad.

Se pretende que el texto que decimos no existir se encuentra en el art. 1,659 que define la facultad de recomprar un pacto por el que el vendedor se reserva recoger la cosa vendida *mediante la restitución del precio principal y el pago de que se habló en el art. 1,673*. La ley, se dice, no se conforma con una declaración de voluntad del vendedor, precisa la condición bajo la cual podrá usar del derecho de recompra *mediante* la restitución del precio y demás pagos. La palabra *mediante* indica una condición; el ejercicio de la recompra constituye, pues, una restitución y un reembolso, luego el vendedor debe hacer su declaración ofreciendo lo que debe restituir y reembolsar. (1) La jurisprudencia ha contestado á esta interpretación que descansa en una confusión de ideas. El objeto del art. 1,659 no dice en qué consiste el ejercicio de recomprar; la ley define el pacto y la definición debía naturalmente decir que el vendedor que recoge la cosa restituye el precio. Otra es la cuestión de saber lo que el

1 Duviergier, t. II, pág. 43, núm. 27. Compárese Aubry y Rau, t. IV, páginas 453 y siguientes, pfo. 377 y Colmet de Santerre, t. VII, pág. 156, número 118 bis IV. En sentido contrario Troplong, pág. 372, núm. 717 y pág. 376, número 723. Mourlón, t. III, pág. 259, núm. 639.

vendedor debe hacer para *usar del pacto de recompra* ó para ejercer la acción de recomprar; la restitución y el reembolso de que habla el art. 1,659 son una consecuencia del ejercicio del derecho, pero no constituyen este ejercicio.

La jurisprudencia se pronunció siempre contra los efectos reales. (1) Nos limitaremos á citar dos sentencias que formulan bien el principio. La Corte de Bruselas dice: "Resulta de la economía de todas las disposiciones del Código Civil relativas á la facultad de recomprar, y particularmente de la combinación de los arts. 1,662 y 1,673, que las palabras *por no haber ejercido el vendedor su acción de recompra* de que se vale uno de estos artículos, no pueden tener otro significado que el de: á falta de haber manifestado su voluntad el vendedor de hacer uso de la facultad de recomprar; es decir, de recoger los bienes y cumplir las obligaciones que el contrato ó la ley le imponen con este fin." (2) La Corte de Casación empieza por observar que ninguna disposición de la ley fija expresamente el modo según el cual debe ser ejercida la acción de recompra; por ejemplo, no se prescribe en ninguna parte al vendedor con pacto de recompra el hacer, bajo pena de decaimiento, en el plazo fijado por la convención, ya sea del pago efectivo del precio, ya de todos ó parte de los accesorios del precio, ya sean ofertas reales destinadas á suplir dicho pago. Esto basta para decidir la cuestión. La Corte de Casación agrega, y esto completa nuestra demostración, que resulta del art. 1,673 que en el espíritu del legislador la validez del ejercicio de la recompra no está absolutamente subordinado al pago del precio en el plazo fijado. En efecto, este artículo establece en provecho del comprador, hasta reembolso íntegro del precio y de sus accesorios, un derecho de retención que no

1 Véanse las sentencias en el *Repertorio de Dalloz*, en la palabra *Vento*, número 1500.

2 Bruselas, 10 de Agosto de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 207).

tendría razón de ser si por el solo hecho de la falta de pago en el plazo el vendedor debiera declararse decaído en su derecho de recompra. (1) Esto prueba que las prestaciones que debe hacer el vendedor en virtud del art. 1,673 no constituyen el ejercicio del derecho de recompra sino que son sólo su continuación.

399. Basta que el vendedor declare que entiende usar de la facultad que se reservó de recoger la cosa. ¿En qué forma debe hacer esta declaración? Nada dice la ley acerca del modo de ejercer su derecho; por lo tanto, se permanece bajo el imperio de los principios generales. Ninguna forma es prescripta bajo forma de nulidad. Se dice ordinariamente que el vendedor debe notificar su voluntad mediante una acta en la que hará, á la vez, la oferta verbal de restituir el precio y hacer los reembolsos que la ley prescribe. Hé aquí el sentido en el cual esto es verdad. Es una cuestión de prueba. El vendedor puede, en teoría, hacer su declaración oralmente ó ya sea por escrito; se le admitirá á la prueba testimonial bajo las condiciones determinadas por la ley, lo que será muy raro, puesto que la prueba por testigos sólo se admite generalmente cuando el valor del litigio excede de la suma de 150 francos; y no se encontrará seguido en el caso de invocar la excepción de un principio de prueba por escrito, pues el escrito tendría que proceder del comprador, y éste mucho se cuidará de dar una prueba contra él. Una prueba escrita es también difícil, pues el comprador se negará á ello, se ausentará y aun impedirá por todos los medios fraudulentos que los usureros practican que el vendedor use de su derecho. La confesión y el juramento no son de ningún uso para el vendedor; el comprador no hará confesión, y hacer un llamamiento á su conciencia es muy arriesgado. La más sencilla prudencia exige, pues, que el vendedor haga una notificación; es decir, declare su voluntad por

1 Denegada, 5 de Febrero de 1856 (Daloz, 1856, 1, 132).

acta de escribano notificada al comprador; los notarios también serían competentes para hacer ofrecimientos reales. (1)

400. Queda una dificultad acerca de la cual no estamos de acuerdo con la jurisprudencia. Se pregunta desde luego en qué momento la venta estará resuelta: ¿será desde la notificación ó después de que el vendedor haya entregado el precio y hecho el reembolso prescripto por el artículo 1,673? En nuestra opinión la notificación resuelve la venta porque la condición resolutoria es expresa y porque se cumple por el solo hecho de la declaración del vendedor que ocupa el lugar del cumplimiento del tercero en la condición resolutoria casual. Una sentencia reciente de la Corte de Casación decidió la cuestión en sentido contrario. (2) La Corte invoca el art. 1,659, según el cual el vendedor no puede recoger la cosa vendida si no es mediante la restitución del precio principal y el reembolso de que se habla en el art. 1,673. Detenemos á la Corte de Casación en su punto de partida; ella misma decidió que el art. 1,659 es extraño al ejercicio propiamente dicho de la recompra; y se trata precisamente de saber cuándo la recompra se ejerce, pues es por el ejercicio de la recompra como la venta queda resuelta. La Corte cita después el art. 1,662, según el cual el comprador queda propietario irrevocable cuando el vendedor no *ejerce su acción de recompra* en el plazo prescripto. Esta disposición debe, igualmente, ser apartada, pues *ejercer la acción de recompra* no quiere decir restituir el precio y sus accesorios, quiere decir *usar del pacto de recompra*; y el comprador usa del pacto y ejerce en este sentido la facultad de recompra, significándolo por una notificación al comprador. La Corte confiesa que el derecho de retiro está *conservado* por las ofertas que el vendedor hace dentro del plazo. *Conservar* no es decir bastante; las ofertas, ó me-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 155, núm. 118 bis III.

2 Deneгада, 14 de Enero de 1873 (Dalloz, 1873, 1, 185).

por dicho, la declaración de voluntad, la notificación, hacen más que *conservar* el derecho del vendedor, son el ejercicio de este derecho; esto es lo que la ley llama *ejercer la acción de recompra ó usar de la facultad de recomprar*; y desde que el vendedor ejerce su derecho la venta queda resuelta. La Corte de Casación agrega que para *consumar su ejercicio* falta llenar la condición indispensable de la restitución y reembolso exigidos por los arts. 1,659 y 1,673. *Consumar el ejercicio*, esto no es exacto. La consumación constituye el ejercicio; después de esto hay obligaciones recíprocas que llenar, obligaciones que resultan de la resolución y que la implican.

La Corte concluye que mientras la restitución no está hecha la condición del retiro falta y que, por falta de cumplirla, el vendedor puede ser declarado decaído de la facultad de recomprar por sentencia del juez. Este es el punto práctico de la dificultad. La conclusión de la Corte está, á nuestro juicio, en oposición formal con el texto de la ley. Si la restitución prescripta por el art. 1,674 fuera la condición de la recompra, el vendedor tendría que hacer la oferta de restituir el precio y sus acciones y una oferta real; y la Corte de Casación ha sentenciado que no se necesitaban ofertas. Según la sentencia de la Corte sería preciso una sentencia para pronunciar el decaimiento del vendedor; el art. 1,662 dice, al contrario, que el decaimiento se incurre de plano por sólo que el vendedor no ejerza el retiro en el plazo convenido; luego si lo ejerce no incurre en decaimiento. Le quedan, es verdad, obligaciones que cumplir, pero estas obligaciones suponen que la resolución se efectuó. ¿Se quiere la prueba? El texto del art. 1,673 lo dice; marca que el vendedor no puede entrar en *posesión* mientras no ha cumplido estas obligaciones; la entrada en posesión supone que la venta está resuelta; desde que lo está el vendedor revoge la cosa; pero como tiene obligaciones que cumplir, la ley

da una garantía al comprador: este es el derecho de retención. Este derecho echa por tierra la teoría de la Corte de Casación. Si, como lo dice ésta, la venta subsistiera, el comprador siempre sería hipotecario; y el propietario no necesita garantía contra aquel que tiene el derecho de promover la resolución, pero que no cumple con la condición prescrita por la ley. Es propietario y continúa siéndolo. Aun hay más. El derecho de retención sería una herejía jurídica en el sistema de la Corte de Casación. Es un privilegio; ¿puede el propietario tener un privilegio en una cosa propia?

Núm. 2. Obligaciones del vendedor.

401. El vendedor que usa del pacto de recompra debe restituir el precio principal, dice el art. 1,659, ó reembolsarlo, como dice el art. 1,673. Esta es la consecuencia natural de la resolución que vuelve á poner á las partes en la situación que tenían antes de haber contratado. Se pregunta si las partes pueden convenir en que el vendedor restituirá un precio mayor que el que recibió. Pothier dice que la convención es válida porque no tiene nada de ilícito; los autores modernos que discuten la cuestión se colocan también bajo este punto de vista; unos admiten la cláusula porque no ven en ella nada ilícito; otros la reprueban porque favorece la usura; (1) decayendo esta última consideración bajo el imperio del Código habría que decidir con Pothier que la convención es válida. Nos parece que esto es presentar mal la cuestión; se entiende que la cláusula por sí no es contraria al orden público ni á las buenas costumbres, pero se trata de saber si la cláusula se concilia con la esencia de la condición resolutoria. Esta condición vuelve á poner las cosas en el estado que tuvieran si no hubiera habido con-

1 Véanse las autoridades citadas por Aubry y Rau, t. IV, pág. 407, nota 2, pfo. 357. Agréguese Gante, 26 de Mayo de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 394).

trato. Y si el vendedor recibe 10,000 francos y debe restituir 12,000 ¿puede decirse que está en la situación que tenía antes de haber tratado? Nó, pues no *reembolsa* sólo lo que recibió, *desembolsa* 2,000 francos que no hubiera desembolsado si no hubiera habido venta. Esto no es, pues, una resolución. Se dirá que las partes están libres de hacer las convenciones que gusten. Sea; pero su libertad tiene un límite: es que no pueden hacer lo que es contrario á la esencia de la convención que consienten; no pueden hacer que una condición resolutoria no resuelva el contrato como si éste no hubiera existido. Si, pues, se quiere validar la cláusula esta será otra convención cuyos efectos no serán los de una venta hecha bajo condición resolutoria; los efectos dependerán de las cláusulas del contrato y que los jueces apreciarán. (1)

402. ¿Debe el vendedor restituir los intereses del precio? Se está de acuerdo en decir que no tiene esta obligación; en efecto, el art. 1,673, que enumera las obligaciones del vendedor, no comprende en ellas la de pagar los réditos, y esta enumeración debe ser considerada como restrictiva, puesto que el art. 1,659 que define la facultad de rescatar dice que el comprador debe recoger la cosa mediante la restitución del precio principal y del reembolso de que habla el art. 1,673. Resulta que el vendedor no tiene otras obligaciones que cumplir. La ley, interpretada así, deroga el principio de la resolución tal cual lo formula el art. 1,183: considerándose el contrato resuelto como si nunca hubiera existido el vendedor no tiene ningún derecho al goce del precio que recibió, así como el comprador no tiene derecho á los frutos; uno debiera restituir los intereses de que gozó y el otro los frutos que ha percibido. La ley aquí compensa los intereses con los frutos. Esta compensación no sólo es contraria á los principios sino que también es poco equi-

1 Bugnet acerca de Pothier, t. III, pág. 173, nota 1.

tativa, pues de ella resulta una desigualdad entre las partes contratantes, y el principio de resolución exige la más estricta igualdad; desde que ésta se lastima no puede ya decirse que las partes han vuelto al estado que tenían antes de haber contratado. (1) Por lo demás las partes pueden derogar la ley, la que sólo prevée su voluntad, fijando ellas mismas sus obligaciones en cuanto á los intereses y á los frutos; las convenciones de las partes prevalecen siempre á la ley. (2)

403. Según el art. 1,673 el vendedor debe reembolsar al comprador los gastos y costas del contrato. Estos gastos están perdidos en caso de resolución de la venta. Queda por saber quién debe sufrir la pérdida. No puede ser el comprador, quien pagó los gastos; si la ley le pone los gastos á su cargo (art. 1,602) es porque él aprovecha de la venta, lo que supone que se hace propietario incommutable. Pero cuando la venta se hace bajo condición resolutoria, estipulándose la condición en interés del vendedor, como en el caso, es justo que éste soporte los gastos.

404. El vendedor debe también «reembolsar los gastos necesarios y los que han aumentado el valor del fundo hasta concurrencia de este aumento» (art. 1,673). Resulta de texto de la ley que el vendedor debe reembolsar los gastos necesarios por entero, lo que está conforme con los principios y la equidad. Los gastos necesarios son aquellos que conservan la cosa; sin ellos la cosa hubiera perecido y, por consiguiente, el vendedor no hubiera podido ejercer sus derechos de rescate; aprovechándole los trabajos de conservación es justo que reembolse al comprador lo que éste gastó por este punto. Esta obligación está fundada en equidad: el vendedor no debe enriquecerse á expensas del comprador. Además no está obligado á ello si no quiere recobrar la

1 Duvergier, t. II, pág. 76, núm. 50. Aubry y Rau, t. IV, pág. 410, nota 15. pfo. 357.

2 Bruselas, 13 de Octubre de 1825 (*Pasicrisia*, 1825, pág. 501).

cosa; si encuentra los cargos demasiado onerosos está libre para no ejercer el rescate.

En cuanto á los trabajos útiles trátase de saber si el vendedor debe pagar el gasto ó el aumento de valor. El principio es que debe reembolsar en tanto que se enriquece; debe, pues, pagar el aumento de valor que aprovecha, poco importa cuál sea el monto del gasto y que sea más grande ó más pequeño que el aumento de valor; no es el gasto lo que aprovecha el vendedor, es el aumento que de él resulta. Se podría objetar, bajo el punto de vista de la equidad, que el comprador perderá si habiendo hecho un gasto de doce mil francos se le restituye sólo el aumento de valor por diez mil; la respuesta es fácil: el comprador no debe hacer trabajo de mejora mientras no es propietario incommutable, puesto que sabe que su derecho puede resolverse.

Los trabajos, aun útiles, pueden impedir que el vendedor ejerza el rescate. Aquellos que venden á rescate se encuentran siempre en una situación pecuniaria más ó menos crítica; por poco considerables que sean los trabajos se encontrarán en la imposibilidad de reembolsar el aumento de valor. Se admite, por razón de equidad, que los tribunales podrían autorizar el rescate teniendo en cuenta los motivos que determinaron al comprador y la dificultad que el aumento de valor opone al ejercicio de dicho rescate. (1) Esto es una excepción al art. 1,673; la equidad sola no permite al juez derogar la ley es necesario un motivo de derecho y no vemos otro más que el dolo; si el comprador hizo trabajos para impedir que el vendedor use de su derecho comete un fraude al contrato y á la ley, y por su dolo no puede quitar al vendedor un derecho que la convención le concede y que la ley consagra. En este caso los tribunales autorizarán el rescate sin que el vendedor esté obligado á reem-

1 Duvergier, t. II, pág. 73, núm. 48. Aubry y Rau, t. IV, pág. 409, nota 12, pfo. 367.

bolsar el aumento de valor, á salvo para el comprador el quitar las construcciones y los plantíos restableciendo las cosas á su estado primitivo.

405. Al decir que el vendedor debe reembolsar los gastos que aumentaron el valor del fundo, la ley decide implícitamente que no debe reembolsar aquellos que el comprador hace para proporcionarse gastos, pues el art. 1,675 es restrictivo (núm. 404). El vendedor no se enriquece con gastos de lujo; y si el comprador los pierde debía esperarse á ello, puesto que sólo tiene una propiedad resoluble.

¿Qué debe decirse de los gastos de manutención? Estos son gastos necesarios, puesto que conservan la cosa. No obstante, el vendedor no tiene que reembolsarlos; Pothier da la razón: es que los gastos de manutención son un cargo del goce que los ocasiona, y el comprador tiene el goce, puesto que percibe los frutos (núm. 402). (1)

406. Después de haber enumerado las obligaciones del vendedor, el art. 1,673 agrega: «El vendedor no puede tomar posesión sino después de haber satisfecho todas estas obligaciones.» El comprador tiene, pues, un derecho de retención: esto es una garantía que la ley le concede para los reembolsos que debe hacerle el vendedor. Esto supone, como lo hemos dicho, que el comprador no es ya propietario: la retención es una especie de privilegio y todo privilegio implica que existe en una cosa que no pertenece al acreedor privilegiado (núm. 400). Hemos dicho que esto es una especie de privilegio ¿qué efecto produce? ¿puede el comprador oponerlo á terceros? Trasladamos el examen de esta cuestión al título de las *Hipotecas*.

Núm. 3. Obligaciones del comprador.

407. La ley no habla de las obligaciones del comprador, éstas derivan de los derechos que la ley concede al vende-

1 Pothier, *De la venta*, núm. 423 y todos los autores.

dor. Este recobra la cosa vendida, luego el comprador debe restituirla, á reserva de su derecho de retención (núm. 405). Debe restituir la cosa con los accesorios que puede haber recibido mientras la poseía. Se pregunta si debe restituir los aluviones. Esta es una cuestión célebre por razón de las controversias de que ha sido objeto. Si se consultan los principios no hay la menor duda. El aluvión aprovecha al propietario (núm. 556). Y ¿quién es propietario cuando la condición resolutoria de rescate se realiza? El vendedor, puesto que la resolución reduce á nada el contrato, como si no hubiese existido. Extraña encontrar á Pothier entre los partidarios de la opinión contraria. ¿Qué contesta al irresistible argumento de la resolución? Dice que la resolución sólo tiene lugar para lo venidero. Esto prueba que, en el derecho antiguo, la naturaleza del rescate era insegura; bajo el imperio del Código ya no hay incertidumbre, puesto que hay un texto terminante, el art. 1,673. Creemos inútil discutir las consideraciones diversas que se hacen valer en favor del comprador: cuando los principios están seguros todo debate debiera cesar. Citemos, á este respecto, lo que dice Duvergier: «Hay que apartar de la discusión, dice, las razones de equidad, las consideraciones particulares que presentan uno y otro campo de modo ingenioso, dejan el espíritu en suspenso y que, hay que repetirlo, son los mortales enemigos de las verdaderas soluciones científicas.» Recomendamos á los intérpretes estas palabras de un jurisculto excelente. (1)

408. El Código no dice que el comprador debe restituir los frutos; el art. 1,673 decide implícitamente la cuestión no obligando al vendedor á restituir los intereses, lo que implica que éstos se compensan con los frutos; por consiguiente, el comprador los gana (núm. 402). En nuestra opinión

1 Duvergier, t. II, pág. 80, núm. 55. Troplong, pág. 393, núm. 766. En sentido contrario Pothier, *De la venta*, núm. 402.

esta es una derogación de los principios. Los frutos pertenecen al propietario (art. 547) y por efecto de la resolución del contrato el vendedor está considerado como haber sido siempre propietario, mientras que el comprador no tuvo nunca derecho en la cosa; éste no tiene, pues, ningún título para reclamar los frutos. No puede invocar la calidad de poseedor de buena fe, pues no es poseedor en el sentido del art. 594, es propietario bajo condición resolutoria, y cuando la condición se cumple reduce á nada la propiedad como si no hubiese existido. Transladamos á lo que fue dicho en el título *De las Obligaciones* acerca del efecto de la condición resolutoria (t. XVII, núm. 85).

El comprador gana los frutos porque el vendedor con rescate gana los intereses. Tal es el principio que el Código consagra implícitamente. Decide una cuestión en la cual hay una gran diversidad de opiniones. Se pregunta cuáles son los derechos de las partes interesadas en lo que se refiere á los frutos del último año, suponiendo que el comprador sólo ha poseído durante una parte del año: por ejemplo, el rescate se ejerce después de cuatro años y medio. Durante este último año puede suceder que el comprador haya percibido todos los frutos. ¿Deberá, por este punto, una indemnización al vendedor? Puede también suceder que no haya percibido los frutos y que el vendedor los perciba. ¿Deberá éste, en el caso, una indemnización al comprador? La dificultad no se presenta para los frutos civiles, puesto que se adquieren día á día, pero los frutos naturales no se adquieren en materia de usufructo sino por la percepción: la cuestión está, pues, en saber si debe aplicarse el artículo 585 á las relaciones del vendedor con rescate con el comprador. En nuestro concepto la negativa es segura. El artículo 585 no establece un principio general; consagra una solución particular del usufructo y que se explica por la incertidumbre que reina acerca del momento en que el usu-

fructo se extinguirá; hay suertes iguales entre el usufructuario y el nudo propietario. No sucede lo mismo en materia de recompra; el momento en que el rescate se ejerce depende del vendedor, y si se le atribuyeran los frutos pendientes cuando el retiro nunca dejaría de ejercer el rescate antes de la cosecha; de manera que el comprador siempre perdería. (1)

¿Qué principio debe seguirse en materia de rescate? La ley misma lo pone decidiendo que el vendedor tiene derecho á los intereses hasta el día de la resolución. Puesto que los intereses se compensan con los frutos el comprador debe tener el goce hasta que el contrato esté resuelto. Poco importa cuándo se haga la cosecha. Si la venta se resuelve en un momento en que los frutos fueron percibidos sólo tiene derecho á lo proporcional al tiempo de su goce legal; si no tiene derecho al goce más que por seis meses deberá restituir al vendedor la mitad de los frutos. Si los frutos están pendientes en el momento en que se ejerce el retiro el comprador tendrá siempre derecho al goce por medio año y podrá, por consiguiente, reclamar la mitad de los frutos que percibirá el vendedor. La razón de decidir es que el vendedor por su parte tuvo el goce del precio durante medio año, y la ley compensa los frutos con los intereses; si una de las partes tiene los intereses la otra debe tener los frutos. (2)

409. Si el comprador por su hecho deteriora la cosa debe una indemnización por este punto al vendedor. La ley no lo dice, pero esto resulta de los principios. El adquirente con rescate no es un propietario con poder absoluto en la cosa; no tiene derecho de abusar, pues es deudor bajo condición suspensiva; debe, pues, como todo deudor de un cuerpo cierto, conservar la cosa con los cuidados de un buen padre

1 Colmet de Santerre estableció muy bien este punto (t. VII, pág. 159, número 118 bis IX).

2 Esta es la opinión general. Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, §g. 410, nota 19, pfo. 357.

de familia; si no cumple con esta obligación debe daños y perjuicios al vendedor. Este es el derecho común que rige á los contratos hechos bajo condición resolutoria. Traducimos en cuanto al principio al título *De las Obligaciones*. La aplicación al pacto de rescate no es dudosa; el art. 1,673 da al comprador el derecho de reclamar las impensas de mejora; en cambio debe responder por los deterioros. (1)

Núm. 4. De la acción de rescate.

410. «El vendedor con pacto de rescate puede ejercer su acción contra un segundo adquirente, aunque la facultad de recobrar no hubiera sido declarada en el segundo contrato» (art. 1,664). ¿Cuál es esta acción que el vendedor puede ejercer contra un tercer adquirente? ¿Y por qué puede ejercerla directamente? La doctrina está muy insegura en este punto. Si se admite el principio tal cual lo hemos formulado (núm. 381) la solución es muy sencilla. La facultad de rescatar es una condición resolutoria expresa, pero potestativa, y la condición resolutoria expresa opera de derecho pleno aunque sea potestativa; para que esté cumplida basta que el vendedor con rescate declare que entiende usar del pacto de recobrar; desde este momento la venta está resuelta (núm. 400) y, por consiguiente, el vendedor vuelve á ser propietario: *recoge la cosa*, dice el art. 1,659, y naturalmente la recobra de quien la tiene; es decir, que la reivindica. La acción que el vendedor ejerce contra un tercer adquirente es, pues, una acción de reivindicación. Por esto es que puede ser ejercida directamente contra cualquier tercero tenedor. No es necesario que el vendedor haya previamente promovido contra el adquirente primitivo para hacer resolver el contrato, pues el vendedor con rescate no promueve nunca contra el compra-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. IV, pág. 410, nota 20, pfo. 357.
P. de D. TOMO xxiv—55

dor por vía judicial; lo que la ley llama acción de rescate sólo es una declaración de la voluntad del vendedor, declaración que se hace ordinariamente por una notificación dirigida al comprador. Si éste revendió la cosa el vendedor con rescate ni siquiera está obligado á notificarle para reivindicar contra el tercer adquirente; basta, según la ley, que use del pacto de rescate; y, como lo sentenció la Corte de Casación, la ley no dice de qué modo ni en qué forma debe usar de este derecho. Y el medio más enérgico de declarar que quiere usar de la facultad de rescatar su cosa es reivindicarla.

Tal no es la doctrina de los autores. Dejamos á un lado la explicación de Pothier, muy sutil y falsa en nuestro concepto, cuando menos según los principios del Código Civil. (1) El rescate del derecho antiguo difiere de la teoría que el Código ha consagrado; Durantón dice que el art. 1,664 es la aplicación del principio según el cual no podemos transferir á otros más derechos que los que tenemos. (2) Esto es verdad, pero no explica la acción directa que la ley concede al vendedor contra el tercer adquirente; el primer comprador ha transmitido al segundo una propiedad resoluble como la suya; tal es la consecuencia del principio, se aplica á toda condición resolutoria expresa ó tácita. Otra es la cuestión de saber contra quién debe promover el comprador y por qué acción. Aquí hay que distinguir: si se trata de la condición resolutoria tácita por falta de pago del precio, el vendedor debe primero resolver el contrato contra el comprador, y para esto es necesaria una sentencia del juez; sólo después de la resolución de la venta es cuando el vendedor puede reivindicar la cosa contra el tercer adquirente; mientras que la resolución se hace de plano, sin intervención del juez, cuando la condición resolutoria es expresa; y lo es cuando el vendedor estipula la facultad de rescate. No insistiremos

1 Pothier, *De las Obligaciones*, núm 154.

2 Durantón, t. XI, pág. 421, núm. 405.

en este punto porque un excelente juriconsulto se equivocó en él. Duvergier pone en la misma línea la resolución del contrato por falta de pago del precio y la resolución por ejercicio de la facultad de recomprar. (1) El error es seguro; el vendedor, cuando no ha sido pagado el precio, no puede promover directamente contra los terceros; nunca tiene contra éstos más que la acción de reivindicación, y la acción de reivindicación supone que ha vuelto á la propiedad de la cosa, lo que sólo puede hacerse mediante una acción judicial contra el comprador; la venta está resuelta de plano desde que el vendedor declaró usar del pacto de recompra; nada le impide, pues, promover contra el tercer adquirente.

Troplong aplica al pacto de rescate la doctrina tradicional de las acciones que son, á la vez, personales y reales. (2) Ya la hemos combatido; por ahora es inútil discutirla, por la sencilla razón de que el vendedor con rescate no tiene una acción propiamente dicha: ejercer su acción quiere decir usar del pacto de rescate, y esto se hace sin demanda judicial por una declaración de voluntad. No puede, pues, tratarse de acción personal; sólo cuando un tercero posee la cosa es cuando el vendedor debe promover contra él, y esta acción es una reivindicación.

El Sr. Colmet de Santerre dice que el vendedor con rescate tiene dos acciones: un derecho de crédito contra el comprador y un derecho de propiedad bajo la condición suspensiva de ejercer el recobro. (3) Esto es muy justo; para obtener las prestaciones á las cuales tiene derecho en virtud del art. 1,673, el vendedor tiene, seguramente, una acción personal contra el comprador. Pero por ahora no se trata de estas prestaciones; se pregunta cómo el vendedor ejercerá el rescate cuando el comprador ha renunciado la cosa y por

1 Duvergier, t. II, pág. 17, núm. 10.

2 Troplong, pág. 366, núm. 698, pág. 379, núms. 728, 729 y 732.

3 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 137, núms. 110 bis I, II y III.

qué la ley le permite promover directamente contra el segundo adquirente, lo que debe entenderse de cualquier tercer detentor. Este puede promover por vía de reivindicación. Esto es lo que el Sr. Colmet confiesa, puesto que, como nosotros, admite que el vendedor con rescate conserva un derecho condicional de propiedad.

411. ¿Es aplicable el art. 1,664 cuando la venta con rescate tiene por objeto una cosa mueble corporal? Si se admite el principio que acabamos de establecer la negativa es segura; en efecto, la acción del vendedor contra el tercer adquirente es una acción de reivindicación; y no se pueden reivindicar los muebles corporales contra los poseedores de buena fe. Si el tercer adquirente tenía conocimiento de la facultad de rescate que hacía resoluble el derecho de su autor, el vendedor tendría acción contra él, pues sería poseedor de mala fe. ¿Lo que decimos de un tercer adquirente se aplica al acreedor que tiene un privilegio fundado en una prenda? (1) Esto nos parece dudoso; es verdad que los acreedores que tienen prenda son preferidos al vendedor, pero esta preferencia sólo tiene lugar cuando el vendedor promueve como acreedor privilegiado. En el caso, el vendedor no reclama el precio sino reivindica; y el derecho del propietario recae en los privilegios.

412. El ejercicio del derecho de rescate presenta una dificultad cuando la venta tiene por objeto una parte indivisa de una herencia. Se supone que la cosa es licitada y que el adquirente con pacto de rescate se convierte en adjudicatario de la totalidad del fondo. El vendedor que quiere volver á tomar la cosa, ¿debe en este caso retirar toda la herencia? Según el art. 1,667, es necesario hacer distinciones. Si la licitación fué provocada contra el adquirente éste puede obligar al vendedor á que retire el todo. ¿Cuál es la razón? La licitación supone que la división ha sido pedida y que la

1 Aubry y Rau, t. IV, pág. 411, notas 23 y 24, pfo. 357.

herencia no ha podido ser comprendida en ella (art. 1,686). La licitación es, en este caso, un acto forzado, puesto que la división puede ser siempre provocada y, por lo mismo, la licitación.

Es cierto que el comprador con rescate no está obligado á ser ó á convertirse en adjudicatario. Pero si lo hace es para conservar la cosa; en este sentido se puede asimilar la adquisición á un gasto necesario que está á cargo del vendedor cuando ejerce el rescate. Si, al contrario, es el adquirente con rescate quien provoca la división y la licitación, no puede forzar al vendedor á retirar el todo; se permanece en el derecho común: el vendedor vuelve á tomar la parte indivisa que ha vendido. La razón es que una adquisición voluntaria no puede asimilarse á un gasto necesario y de conservación. (1)

El art. 1,667 dice que el adquirente *puede* obligar al vendedor á retirar el todo. Esto es, pues, una facultad que la ley le concede; es al comprador á quien toca ver si quiere usar de esta facultad. Si tiene interés en conservar la porción de la que se es adjudicatario, ¿podrá forzarlo á cedérsela? El vendedor no tiene derecho sino á la parte indivisa que vendió, no vemos en razón de qué principio obligaría al comprador á cederle la parte indivisa de que no tenía la propiedad y que no hacía el objeto de la venta. Si la adquisición hecha por el comprador fuera una consecuencia forzada de la venta con rescate, se podría decir que el comprador ha hecho lo que el vendedor debería hacer; pero la adquisición es voluntaria, la venta es solamente la adquisición, y no la causa. (2).

413. ¿La acción de recompra es divisible? Entendemos por acción de recompra el ejercicio del derecho del rescate

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 143, núms. 113 bis I y II. Mourlón, t. III pág. 261, núm. 646.

2 En sentido contrario Colmet de Santerre, t. VII, pág. 143, núm. 113 bis III.

Siendo en general la cosa vendida divisible, resulta que la venta es divisible y, en consecuencia, la resolución de la venta. El art. 1,668 aplica el principio al caso en que muchos han vendido conjuntamente y por un solo contrato una herencia común; cada uno puede, en este caso, ejercer el rescate sólo por la parte que le corresponde. Sucede lo mismo, dice el art. 1,669, si el que ha vendido sólo una herencia ha dejado muchos herederos; cada uno de los herederos sólo puede usar de la facultad de rescate por la parte que le corresponde en la sucesión.

El art. 1,670 hace una excepción al principio de la divisibilidad del derecho de rescate. «En el caso de los dos artículos que preceden el adquirente puede exigir que todos los covendedores ó coherederos estén puestos en causa, con el fin de conciliar entre ellos el recobro de la heredad entera; y si no pueden convenir con ellos se desechará su demanda.» Aquel que pide el rescate por su parte usa de un derecho; ¿por qué puede el comprador oponerse al ejercicio de este derecho? Es porque la ley supone que tal fué la intención de las partes contratantes. Aquel que compra un inmueble con cláusula de rescate entiende que la cosa le le quedará por entero ó que la devolvera entera; si el retiro pudiera, á pesar suyo, ejercerse parcialmente, sólo conservaría una parte de la cosa; y puede suceder que no hubiera consentido en comprar esta parte; es, pues, necesario que la ley le permita exigir que el retiro se ejecute por el todo. Esto es una facultad que le da la ley: puede exigirlo, dice el art. 1,670; puede, pues, no usar de este derecho y consentir en que el demandante ejerza el retiro parcial. (1)

Si el comprador no consiente en el retiro parcial es necesario que todos los covendedores ó todos los herederos puestos en causa se concilien entre sí para el rescate de la heredad entera. ¿Cómo se hará esta conciliación? Hay un caso

1 Duvergier, t. II, pag. 65, núm 35.

que no presenta ninguna duda. Los covendedores ó coherederos están acordes para ejercer el retiro en común, ó cada cual por su parte; en ambas hipótesis la heredad será rescatada por entero. Pueden también conciliarse entre sí en este sentido: que los que no quieren ejercer el retiro por su cuenta ceden su derecho á aquel de entre ellos que está dispuesto á recobrar toda la cosa; éste es cesionario; como tal tiene derecho de promover por el todo; el comprador no puede oponerse á ello. Si los covendedores y coherederos no quieren ejercer la recompra, y si no ceden su derecho á aquel que formó la demanda de retiro, no hay conciliación y, por consiguiente, no habrá retiro; el demandante será desechado en la demanda, según el art. 1,670. Se ha objetado que el comprador que ha pedido la puesta en causa de todos los vendedores no puede oponerse á la recompra si uno de ellos consiente en ejercer el retiro por el todo. (1) Esto no nos parece ser exacto. El comprador tiene derecho de oponerse al rescate mientras no lo ejercen todos los vendedores ó por su consentimiento; el texto de la ley lo dice, puesto que el art. 1,670 exige una conciliación, y esto supone un concurso de voluntades; y no hay concurso de voluntades más que si las partes interesadas consienten en que una de ellas ejerza el retiro por el todo; mientras no consienten el demandante no puede promover sino en virtud de su derecho personal; es decir por parte; los demás covendedores ó coherederos conservan su derecho mientras no lo han cedido; y el retiro no puede ser ejercido por el todo sin el consentimiento de todos los legatarios.

Se ha supuesto que los covendedores y coherederos del demandante, á la vez que no cediéndole su derecho lo renuncian. ¿El demandante puede prevalecerse de esta renuncia y ejercer el retiro por el todo? Nó, pues la renuncia

1 Duvergier, t. II, pág. 66, núm. 35. Durantón, t. XVI, pág. 431, número 416 y Troplong, pág. 387, núm. 750. En sentido contrario Mourlón, t. III, página 263, núm. 660.

tiene por efecto extinguir parcialmente el derecho de retiro, lo que hace imposible el ejercicio del rescate por el todo; desde luego el comprador puede oponerse al retiro pedido, puesto que este retiro no pudiera ser parcial. (1)

414. El derecho que el art. 1,670 concede al comprador para oponerse al ejercicio parcial del rescate, supone que la venta fué hecha con intención de que el comprador conserve la totalidad de la cosa, ó que sea retirada por entero por el vendedor. Esta intención existe siempre cuando sólo hay un solo vendedor y un solo comprador. Cuando hay varios vendedores la ley exige que vendan conjuntamente y por un solo contrato para que el comprador pueda prevalecerse del derecho consagrado por el art. 1,670 El art. 1,671 agrega: «Si la venta de una heredad perteneciente á varios no fué hecha conjuntamente por la heredad y que cada uno haya vendido sólo la parte que tenía en ella, pueden ejercer separadamente la acción de recobro en la parte que les pertenecía; y el adquirente no puede obligar á aquel que la ejercerá de este modo á recobrarla por entero.» Hay, para esto, una razón decisiva: es que hay, en este caso, tantas ventas cuantos copropietarios; cada cual puede, pues, ejercer el retiro por la cosa que vendió. El comprador que consintió en estas distintas ventas no puede oponerse pretendiendo que entendió comprar y conservar la cosa por entero ó devolverla por el todo; esta pretensión estaría en oposición con las ventas parciales que consintió. ¿Cuándo hay venta separada y distinta de las varias partes indivisas? Esta es una cuestión de hecho, puesto que todo depende de la intención de las partes contratantes. El artículo supone que la venta fué hecha por un solo contrato y conjuntamente por los varios copropietarios. ¿Debe concluirse de esto que por esto sólo la venta está hecha por un solo contrato y que sólo hay venta de todo el fundo? Nó, pues nada impide hacer

1 Compárese Colmet de Santerre, t. VII, pág. 148, núms. 115 bis II-IV.

varias ventas distintas por una sola acta. No es la unidad del *acta* lo que debe considerarse, es la unidad del hecho jurídico. (1)

415. El retiro es también divisible en lo que se refiere á los compradores. Si el adquirente deja varios herederos el vendedor no puede ejercer el retiro contra uno de ellos más que por su parte mientras la heredad está indivisa, puesto que cada uno de los herederos sólo es propietario de su parte hereditaria. Cuando hay división hay que distinguir. Si la cosa vendida á rescate fué dividida entre los herederos la acción de rescate se divide contra ellos, puesto que por efecto de la partición cada uno está como si hubiera sido propietario sólo por su parte hereditaria, no puede restituir más que la parte que venció en su lote. En cambio, si la cosa vendida venció entera en el lote de uno de los herederos, la recompra puede ser ejercida contra él por el todo. La ley dice que el vendedor *puede ejercer la acción por el todo*; en esta última hipótesis esto es una facultad que le concede; no entiendo quitarle el derecho que tiene por su contrato para promover contra cada heredero por su parte hereditaria, pues cada uno de ellos sucede á la obligación contraída por su autor por su parte hereditaria; cada uno está, pues, sometido á la recompra por su parte, y no pueden descargarse de esta obligación por la partición; si la ley permite al vendedor promover por el todo contra el heredero tenedor de la cosa, es porque sólo él puede restituirla por entero; hay indivisibilidad de pago según el art. 1,221, núm. 9.

El art. 1,672 recibe su aplicación por analogía en el caso en que varias personas han comprado en común una heredad con pacto de rescate; los principios son idénticos. Si la ley no prevee la hipótesis es porque es poco probable. (2)

1 Duvergier, t. II, pág. 68, núm. 38.

2 Durantón, t. XVI, pág. 433, núm. 419 y todos los autores.

Núm. 5. Efecto del rescate.

416. ¿Cuál es el efecto del rescate? El rescate, siendo una condición resolutoria, hay que aplicar el principio del artículo 1,183 con las consecuencias que de él resultan, y el derecho del comprador está reducido á la nada, como si nunca hubiera existido, y, por consiguiente, todos los derechos que consintió en la cosa vendida llegan á caer. El artículo 1,673 consagra este principio: «El vendedor vuelve á su heredad por efecto del pacto de recompra, la recobra á excusa de todo cargo é hipoteca con que el adquirente la hubiese gravado.» Esta es una incertidumbre grave ligada á toda condición resolutoria. Es verdad que los terceros pueden hacerse presentar los contratos de aquellos con los que tratan; (1) pero si hay varias ventas sucesivas esto no se practica amenudo. Nuestra Ley Hipotecaria ha resguardado plenamente el interés de los terceros prescribiendo la transcripción de las actas translativas de derechos reales inmobiliarios. El vendedor con rescate no puede oponer su derecho á los terceros más que si el acta de venta fué registrada, y el registro da á conocer á los terceros la condición resolutoria que afecta la propiedad del adquirente; tratan, pues, con conocimiento de causa, y si estipulan derechos reales saben que estos derechos están sujetos á resolución.

417. Hay una excepción á los efectos de la resolución: «El vendedor está obligado á ejecutar los arrendamientos hechos sin fraude por su adquirente» (art. 1,673). Según el rigor de los principios, los arrendamientos consentidos por el adquirente deberían ser resueltos tanto como los derechos reales que concedió en la cosa vendida, pues no habiendo sido nunca propietario no tenía el poder de dar en arrendamiento, así como no podía enajenar, ó hipotecar, ó

1 Duvergier, t. II, pág. 90, núm. 60.

gravar con servidumbre. Si la ley quiere que el vendedor mantenga los arrendamientos es que está en interés de todas las partes y aun en interés público que los bienes se arrienden á buenos locatarios, y sobre todo á buenos agricultores; y el adquirente no encontraría arrendatarios cuidadosos y capaces si pudieran esperar ser expulsados de un día al otro por el ejercicio del rescate. (1)

La ley agrega que los arrendamientos deben ser hechos sin fraude, puesto que el fraude hace siempre excepción. A los tribunales toca apreciar si el arrendamiento es fraudulento. Se enseña también que lo mismo pasa con la fecha; es decir, que los arrendamientos hacen fe de su fecha para con el vendedor, salvo en caso de fraude. El vendedor, se dice, no puede invocar el art. 1,328, porque no es un tercero; confió la administración y el goce de la cosa al adquirente; éste es, pues, su mandatario; los actos del mandatario hacen fe de su fecha para con el mandante. (2) No admitimos esta teoría de un mandato dado por el vendedor al comprador. Si la ley mantiene los arrendamientos hechos por el adquirente es por derogación al principio de la resolución; cuando la condición resolutoria se realiza el comprador no fué ni propietario, ni administrador, ni mandatario, y mientras la condición está en suspenso es más que administrador, es propietario; y un propietario no es un mandatario. Hay, pues, que aplicar el art. 1,328.

§ IV.—DEL EFECTO DEL PACTO DE RESCATE CUANDO LA CONDICIÓN DESFALLECE.

418. Cuando la condición resolutoria desfallece el contrato se vuelve irrevocable. Si tiene por objeto la translación de la propiedad el derecho del adquirente no puede ya ser revocado; lo mismo sucede con los derechos que concedió á

1 Faure, *Informe* núm. 28 (Loché, t. VII, pág. 98).
2 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 161, núm. 119 bis.

terceros; mientras que los derechos consentidos por el vendedor caen, porque llegando la condición resolutoria á defallecer el vendedor deja de ser propietario desde el momento que el contrato queda perfeccionado, y no pudo, por consiguiente, haber ninguna acta de disposición.

Queda por saber cuándo desfallece la condición. El artículo 1,662 decide la cuestión: "A falta de que el vendedor ejerza su acción de rescate en el plazo prescripto, el adquirente se hace propietario irrevocable." No se necesita, pues, una notificación, el decaimiento tiene lugar de plano. Esta es la aplicación del principio que rige la condición resolutoria expresa; opera de plano porque tal es la voluntad de las partes contratantes, y desfallece también de plano siempre en virtud del contrato.

El vendedor incurre en decaimiento cuando *no ejerce su acción en el plazo fijado*. Hemos explicado esta locución, que no es enteramente exacta. El vendedor ejerce un *derecho*, no ejerce una *acción*; y ejerce su derecho usando del pacto de rescate en el plazo; es decir, declarando que su voluntad es recobrar la cosa vendida. No está obligado á cumplir en el plazo las obligaciones que el art. 1,673 le impone, á no ser que el contrato le obligue á ello.

419. Fué sentenciado que el vendedor no está decaído cuando por culpa del comprador no ofreció, en el plazo, el precio íntegro del rescate. (1) Admitimos el principio sin admitir la explicación que de él hizo la Corte de Colmar. El principio está escrito en el art. 1,178: "La condición está reputada cumplida cuando es el deudor obligado bajo esta condición quien impidió el cumplimiento." Y en el caso el deudor es el adquirente, obligado á devolver la cosa si el vendedor, que es el acreedor, cumple con la condición resolutoria. Pero cumple con ella, no al pagar el precio, ni siquiera al ofre-

1 Colmar, 1.º de Mayo de 1811 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1506, 1.º)

cerlo; basta que declare su voluntad de usar del pacto de rescate. No sucediera así si el contrato dijera que el vendedor debe hacer, en el plazo, los reembolsos que la ley prescribe. En este caso fuera verdad decir, como lo resolvió la Corte de Bruselas, que la falta de reembolsos en el plazo no arrastra el decaimiento del vendedor si no tuvo por causa el haberse negado el comprador á recibir las ofertas, por lo demás válidas y suficientes, que le hayan sido hechas. (1)

SECCION III.—De la rescisión de la venta por causa de lesión.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

420. «Si el vendedor fué lesionado por más de las siete doceavas partes en el precio de un inmueble tiene derecho de pedir la rescisión de la venta» (art. 1,674). En principio la lesión no vicia las convenciones, sólo es por excepción como la ley admite la rescisión por causa de lesión en materia de partición y en materia de venta. Hemos dicho en otro lugar cuál es la razón de la primera excepción: se justifica perfectamente por la naturaleza particular de la partición que sólo es la liquidación de derechos preexistentes, liquidación en la que debe presidir la más estricta igualdad. Pero la igualdad de las partes contratantes no es de la esencia de la venta ni tampoco de los demás contratos conmutativos, y es precisamente por este motivo porque el Código ha sentado la regla de que la lesión no vicia el consentimiento. ¿Cuáles son, pues, las razones particulares á la venta por las que el legislador admitió al vendedor de un inmueble á pedir la rescisión del contrato cuando está lesionado en más de las siete doceavas partes?

La cuestión fué largamente discutida en el Consejo de

1 Bruselas, 10 de Agosto de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 207 y Dalloz, en la *pa la bra Venta*, núm. 1497, 3. °)