

voca la jurisprudencia de la Corte de Casación; no es este un motivo para decidir, no conocemos otros más que la ley y los principios que se derivan de ella. Y sucede que la sentencia de la Corte de Casación que se cita como haciendo jurisprudencia no dice nada, sino que la sentencia atacada, al sentenciar que era preciso una citación, no violó ninguna ley. (1) Se puede ver lo que sucede con la autoridad de la jurisprudencia cuando se la examina de cerca, y cuando en lugar de citarla como se haría con una autoridad infalible se le pide la razón de sus decisiones. Se invoca también una sentencia de principio pronunciada por la Sala Civil: decide, en efecto, que las disposiciones de los artículos 1,138 y 1,139 son generales, y que la necesidad de la citación resulta del espíritu mismo de la legislación: (2) ¿Qué dicen estos artículos? El último determina la manera de constituir en mora al deudor, no se refiere á nuestro debate. El primero trata la cuestión de los riesgos y decide que el deudor soporta los riesgos cuando ha sido apremiado. Estas son las dos disposiciones que, según la Corte, prueban que toda inejecución de obligación debe constar por un apremio; esto es seguramente hacer decir á la ley lo que no dice. Nos parece que el artículo que la Corte hubiera debido consultar es aquel que trata de la resolución por causa de inejecución de compromisos, y el art. 1,184 da al juez el derecho de pronunciar la resolución del contrato desde que una de las partes no cumple sus obligaciones sin exigir que esta inejecución conste por un apremio al deudor. Esto es decisivo. Sin duda para que el acreedor pueda pedir la resolución por causa de inejecución de los compromisos del deudor es necesario que éste no los haya cumplido, pero este hecho no debe probarse por un apremio.

1 Douai, 2 de Mayo de 1843. Denegada, 12 de Mayo de 1834 (Daloz, en la palabra *Venta*, núm. 1259).

2 Denegada, 22 de Abril de 1846 [Daloz, 1854, 1, 423].

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 vendedor *recoge* 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 debe 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 (Namur, *Institutos*, t. II, pág. 23, pfo. 272 de a segunda edición).

2 Esta es la opinión de todos (Aubry y Rau, t. IV, pág. 407, nota 1, párrafo 357).

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 mobiliar? 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 inmobiliar; 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 público 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 (Liejá, 7 de Diciembre de 1826 (*Fasicristia*, 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. 395.

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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1491, 1. °)

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

3 Burdeos, 13 de Junio de 1849 (Dalloz, 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 formalidades 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 16º pfo. 357.