

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 (Daloz, 1851, 2, 235). Nimes, 18 de Diciembre de 1849 (Daloz, 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, pág. 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 pleno; 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 pleno 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 Durantón, 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 B uselas, 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 Duvergier, t. II, pág. 43, núm. 27. Compárese Aubry y Rau, t. IV, páginas 458 y siguientes, pfo. 357 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 *Venta*, 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 Denegada, 14 de Enero de 1873 (Daloz, 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 prescrita 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 incurrirá 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 recoge 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).
P. de D. TOMO XXIV—54