

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 usucapión, 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 raciocina. 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. (1)

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

1 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 titubeamos 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 (*Pasierisio*, 1815, pág. 519 y 1818, pág. 123). Lieja, 24 de Febrero de 1817 (*Pasierisio*, 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? No, 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 (Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1463, 1.º)

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

tró 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, 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 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 juristas 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 Dalloz, en la palabra *Venta*, núm. 1497. Agréguese Bruselas, 10 de Agosto de 1836 (*Pasicrisia*, 1836. 2. 107).

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