

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, ág. 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 jurisconsulto 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 reivindicación; 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, pag. 66, núm. 35. Durantón, t. XVI, pag. 431, número 416 y Troplong, pag. 387, núm. 750. En sentido contrario Mourlón, t. III, página 263, núm. 650.