

PACTO DE RETROVENTA

Dr. Luis Ovsejevich

Enciclopedia Jurídica OMEBA

Tomo XVIII - Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964 - Páginas 42 a 132

ÍNDICE GENERAL

<i>Capítulo I: Noción general</i>	3
1. Generalidades	3
2. Concepto	3
3. Necesidad de la tradición.....	4
4. Nomenclatura.....	5
5. Ubicación metodológica.....	5
6. Fuentes.....	6
7. Naturaleza jurídica	6
8. Utilidad e inconvenientes	7
9. Analogías y diferencias con otras figuras jurídicas	9
A. Préstamo.....	9
a) Hipoteca.....	9
b) Prenda.....	10
c) Anticresis	10
d) Contrato pignoraticio.....	10
B. Pacto de reventa	10
C. Cláusula de arrepentimiento.....	10
D. Pacto de mejor comprador	10
E. Pacto de reserva de dominio.....	11
F. Cláusula rescitoria en la propiedad horizontal	11
G. Acción de retrocesión del dominio en caso de expropiación	11
10. Legislación comparada.....	11
<i>Capítulo II: Requisitos</i>	12
11. Preliminar	12
12. Recaer sobre una cosa inmueble:.....	12
A. Noción	12
B. Fundamento.....	12
C. Problema sobre nulidad.....	12
13. No tener un plazo superior a tres años:.....	13
A. Limitación	13
B. Fundamento.....	13
C. Desde cuándo se cuenta.....	13
D. Cómo se cuenta el plazo	13
E. Problemas	13
F. Consecuencias.....	14
14. Estipularse un precio	15
15. Estipularse en el mismo acto de la venta	15
16. Legislación comparada.....	15
<i>Capítulo II: Ejercicio</i>	17
17. Forma	17
18. Quiénes pueden ejercerlo.....	18
19. Pluralidad de titulares del derecho de rescate	19
20. Contra quiénes se ejerce	19
21. Capacidad.....	20
22. Extinción	20
23. Legislación comparada.....	21
<i>Capítulo IV: Efectos</i>	22
24. Preliminar	22
25. I. Anteriores al vencimiento del plazo:	23
A. Comprador.....	23
B. Vendedor	23
C. Terceros adquirentes.....	24
28. II. Posteriores al vencimiento del plazo:	24
1) No ejercita.....	24
2) Se ejercita	24
A) Momento en que queda resuelta.....	24
B) Rescatante: Derechos.....	25
C) Rescatante: Obligaciones.....	25
D) Comprador: Derechos	26
E) Comprador: Obligaciones.....	26
F) Terceros adquirentes	27
35. Legislación comparada.....	27
Bibliografía	28

CAPÍTULO I

Noción general

1. *Generalidades.* Dentro de los elementos de los contratos es dable observar que ellos son agrupados en tres sectores: a) esenciales, b) naturales, y c) accidentales; según sean necesarios para la constitución del contrato, o estén previstos por la ley en calidad supletoria de la voluntad de las partes, o dependan exclusivamente de éstas el establecerlo.

El primer grupo es susceptible de subclasificarse en generales o comunes y en particulares o propios, según abarquen a todos los contratos, o sólo sean necesarios para la existencia y configuración de uno determinado.

Si tomamos en cuenta el contrato de compraventa que es legislado en nuestro Código del artículo 1323 al 1433 y analizamos cuáles son sus elementos observamos que son:

a) Esenciales generales: conforme la generalidad de nuestra doctrina, el consentimiento, el objeto y la capacidad ⁽¹⁾, y según algunos autores también la causa ⁽²⁾.

b) Esenciales particulares: la cosa vendida y el precio.

c) Naturales: la evicción y los vicios redhibitorios.

d) Accidentales: la serie de cláusulas que la sutileza de los contratantes puede crear, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1363 del Código civil. No obstante ello, el codificador ha reglamentado las más frecuentes, a la época de su redacción, en el capítulo IV del título del contrato de la compra y venta (arts. 1363 a 1407). Ellas son: la "cláusula de no enajenar (art. 1364), la venta a satisfacción del comprador (artículos 1365, 1377-9), la venta con pacto de retroventa (arts. 1366, 1380-90), con pacto de reventa (arts. 1367 y 1391), con pacto de preferencia (arts. 1368, 1392-6), con pacto de mejor comprador (arts. 1369, 1397-1403), las ventas condicionales (arts. 1370-2), con pacto comisorio (arts. 1374-6), las ventas aleatorias (arts. 1404-7). Además la práctica ha atribuido gran importancia a otros pactos no legislados en nuestro Código civil, tales como el de no establecerse el vendedor, el de construir o no de manera determinada, el de fijación de precio mínimo para la reventa, el de locación-venta, la compra en comisión, etcétera.

De toda esta serie de cláusulas, es a una, la de la retroventa, a la cual dedicamos el presente trabajo.

2. *Concepto.* De este modo apreciamos que el pacto de retroventa consiste en una cláusula que las partes pueden estipular al celebrar el contrato de compraventa; que depende absolutamente de sus voluntades y que nunca se entiende sobreentendida en la redacción del contrato.

Como en principio la compraventa supone siempre un desplazamiento definitivo del bien objeto del contrato, puede ocurrir que el vendedor quiera recuperar posteriormente la cosa vendida.

En este caso pueden plantearse dos situaciones. La primera se presentaría cuando las partes no la han previsto en el momento de la celebración del contrato; y la otra cuando sí lo han hecho.

En el primer supuesto, si las partes se ponen de acuerdo, estaremos en presencia de una compraventa completamente nueva, en nada relacionada con la anterior ⁽³⁾.

En cambio, si los contratantes ya habían previsto desde el principio esa posibilidad de recobrar la cosa vendida por parte del vendedor, ellas tendrán la posibilidad de llegar a ese efecto mediante la cláusula de la retroventa agregada a la compraventa originaria. En este caso no se requiere un nuevo acuerdo porque él fue ya anticipado en el contrato.

Esta hipótesis, conocida por la denominación de pacto de retroventa, es definida por nuestro Código civil en el artículo 1366 al disponer que "Venta con pacto de retroventa, es la que

(1) Dejamos de lado las consideraciones que hace la doctrina italiana acerca de que la capacidad no es un elemento de contrato, sino un presupuesto de su validez

(2) Tampoco nos referimos al problema suscitado por la causa, por no relacionarse con la naturaleza del presente estudio.

(3) Hedemann, J.W., *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, "Derecho de Obligaciones", Madrid, 1958, pág. 277.

se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la cosa vendida entregada al comprador, restituyendo a éste el precio recibido, con exceso o disminución".

Un ejemplo de ella sería la venta de una finca por \$ 1.000.000, estipulándose que el vendedor podrá recuperarla si devuelve al comprador, dentro de dos años, \$ 1.100.000.

En general, el concepto que brinda el codificador es exacto, con la salvedad de que para completarlo, debe añadirse al final: "o exactamente el precio recibido", como lo ha destacado la unanimidad de nuestra doctrina ⁽⁴⁾.

En esa definición se encuentran involucrados los elementos esenciales particulares de la compraventa: cosa vendida y precio, lo cual demuestra que esta cláusula sólo se puede dar en dicho contrato.

3. *Necesidad de la tradición.* Nuestro Código civil, siguiendo el sistema del Derecho romano, considera a la compraventa como un compromiso de transferir la propiedad; y que ésta se transmite sólo por la tradición de la cosa (art. 577), a lo cual debe añadirse la escritura pública, cuando se trata de inmuebles (art. 1184, inc. 1º) ⁽⁵⁾.

De ello surgiría que para que exista la venta con pacto de retroventa, sería necesario hacerse la transferencia de la propiedad. A tal efecto observaremos cómo juegan esos dos requisitos.

La necesidad de la tradición emana de diversos artículos, tales como el 1366 (recuperar la cosa vendida entregada...), 1373 (... habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de retroventa...) ⁽⁶⁾, 1382 y siguientes.

Por su parte la escritura pública es requerida por el artículo 1184, inciso 1º.

Ahora bien, ¿qué sucede en el supuesto de no cumplirse con alguno de los dos requisitos?

De faltar el primer requisito estaremos lisa y llanamente en la cláusula de arrepentimiento.

En cambio si falta la escritura pública, es decir cuando se establece la cláusula en los boletos de compraventa, debemos distinguir, según se haya o no efectuado tradición de la cosa. En este último caso, como lo manifestamos en el párrafo anterior, tendría el valor de la cláusula de arrepentimiento, por aplicación del artículo 1373.

Para la otra hipótesis, o sea cuando se establece la cláusula en un boleto de compraventa y se ha hecho tradición de la cosa, a falta de previsión legal, se debe hacer jugar como fuentes del Derecho, a la costumbre y la jurisprudencia, las que han establecido que los efectos de la cláusula de la retroventa, en los boletos de compraventa, es similar la pactada en el contrato de venta elevado a escritura pública, otorgándose en ambos casos al vendedor el derecho de resolver la operación ⁽⁷⁾.

Determinar si esta cláusula ha de considerarse como de retroventa o de arrepentimiento tiene su importancia ⁽⁸⁾, pues de hacerse jugar a ésta, las partes podrían establecer plazos y condiciones diferentes de las establecidas por el codificador para la retroventa. El artículo 1373, al referirse al arrepentimiento, sólo determina, para el supuesto de haberse hecho tradición de la cosa, la aplicabilidad de los "efectos" de la venta bajo pacto de retroventa (ver *infra* n° 9 c),

De este modo estimamos que para configurar la cláusula de la retroventa, es necesaria la tradición de la cosa, no así la escritura pública.

Resumiendo, podríamos efectuar el siguiente cuadro:

(4) Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación v crítica bajo la forma, de notas*, Buenos Aires, 1881, t. I, nota al art. 1368; Machado, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1899, t. IV, pág. 82; Lafaille, Héctor, *Curso de Contratos*, Buenos Aires, 1928, t. II, nos. 183-4, pág. 108; Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. "Fuentes de las Obligaciones", 2º edición, Buenos Aires, 1957, t. I, n° 552, pág. 372; Rezzónico, Luis María, *Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil*, 2º edición, Buenos Aires, 1958, t. I, pág. 325; Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Contratos", Buenos Aires, 1961, t. I, n° 325, pág. 239.

(5) Actualmente las leyes locales han organizado los Registros de la Propiedad, en los cuales deben inscribirse obligatoriamente las transmisiones de dominio y sus modificaciones, para de ese modo poder ser opuestas a los terceros. Su fin es la protección de los derechos de los terceros.

(6) Con lo cual se amplía el ámbito de aplicación del pacto de retroventa.

(7) Cám. Nac. Civ., Sala E, 6-5-1959, L. L., 95-904; Cám. Nac. Civ., Sala C, 22-3-1961, El Derecho, 1-829, L. L., 102-483; Cám. Nac. Civ., Sala C, 6-11-1962, El Derecho, t. 6-152, L. L., 101-15.

En contra: S. C. Bs. As., 22-8-1961, El Derecho, t. 6-166, L. L., 108-301, aunque en este caso se repitió la cláusula de la retroventa pactada en el boleto, nuevamente en la escritura, lo que alejaba toda duda sobre el particular.

También se encuentran en nuestra jurisprudencia fallos en los cuales no se ha exigido la tradición (Cám. Civ. 2º Cap., 24-12-1918, J. A., 2-914; Cám. Nac. Civ., Sala B, 30-10-1961, El Derecho, 2-654).

En cambio, consideran necesaria la tradición: Cám. Civ. 2º Cap., 30-3-1944, L. L., 34-601, G. F., 170-159.

(8) En contra: Borda, *op. cit.*, t. I, pág. 240, para quien en ambos casos el vendedor tiene derecho a resolver la operación devolviendo el precio.

No se hizo tradición ni escritura pública: se considera como cláusula de arrepentimiento.

No se hizo tradición pero sí escritura pública: se considera como cláusula de arrepentimiento.

Se hizo tradición y escritura pública: se configura perfectamente el pacto de retroventa.

Se hizo tradición pero no escritura pública: se considera como pacto de retroventa.

4. *Nomenclatura*. No es uniforme ni en la legislación ni en la doctrina, la denominación que se da a esta cláusula.

En el Derecho romano se la conocía por *pactum de retrovendendo*, es decir, volver a vender ⁽⁹⁾. Esta terminología tenía su importancia, pues implicaba adoptar una determinada naturaleza jurídica (ver *infra* n° 7).

Dentro de la legislación comparada, el Código francés la llama *pacte ou faculté de rachat ou de réméré*, es decir pacto o facultad de rescate o de recompra (art. 1659 y ss.), lo cual es criticado por su doctrina ⁽¹⁰⁾ que considera más apropiada la expresión de "retracto convencional", que utilizaba ya el antiguo Derecho francés, y que actualmente lo hacen las legislaciones española (art. 1507), venezolana (art. 1534) e italiana (art. 1500).

Otros Códigos civiles, al igual que el nuestro, utilizan la denominación de "pacto de retroventa", tales como el chileno (art. 1881), el uruguayo (art. 1748), el peruano (artículo 1431) e incluso el mejicano (art. 2302), aunque este último prohibiéndolo. Con ella se indica que la cosa vendida vuelve al vendedor, es decir que hay una venta hacia atrás.

También recurrió a esta nomenclatura Freitas en el artículo 2080 de su *Esbogo*, y Bibiloni en su Anteproyecto de Reformas al Código civil argentino (art. 1459) ⁽¹¹⁾.

La legislación alemana indistintamente la conoce por venta a retroventa y por retracto (arts. 497 y ss.). Criterio idéntico es seguido por el Código del Brasil (arts. 1140 y ss.).

De estas diversas expresiones, nosotros nos inclinamos por la de "retracto convencional", pues con ella se aleja toda duda respecto a que la cosa es recobrada por el vendedor como si nunca hubiese perdido la propiedad de ella, que al comprador se lo considera como no habiendo sido nunca propietario de dicha cosa, y que los terceros no habrán adquirido un derecho válido sobre la cosa, salvo que llegaren a ser sucesores del vendedor.

Conceptuamos que la denominación de "retroventa" ofrece la posibilidad de pensar en una nueva operación, hecho que se descarta con el término "retracto".

A pesar de ello —dejando claramente sentada nuestra posición terminológica— hemos optado por utilizar durante este trabajo la expresión. "pacto de retroventa", por razones de conveniencia y simplicidad, ya que tanto nuestra legislación como nuestra doctrina y jurisprudencia recurren a dicha nomenclatura.

5. *Ubicación metodológica*. Dos métodos emplean las legislaciones para reglamentar el pacto de retroventa.

Uno primero lo considera como modo de resolución de la venta. Otro como cláusula agregada a dicho contrato.

Aquél es seguido por los Códigos francés (arts. 1659 y ss.) y español (arts. 1507 y ss.). También legisla de este modo el antiguo italiano (arts. 1515 y ss.).

Como cláusula lo reglamentan los Códigos chileno (arts. 1881 y ss.), uruguayo (artículos 1748 y ss.), alemán (arts. 497 y ss.) y brasileño (arts. 1140 y ss.). De este modo lo hacía Freitas en su *Esbogo* (arts. 2080 y ss.).

No obstante esta diferente regulación, los efectos de la institución son similares. La diferencia en la metodología estriba en que los que la consideran como una cláusula, hacen un análisis de diversos pactos que pueden agregarse al contrato, y entre ellos ubican a la retroventa; en tanto que los otros omiten toda o casi toda referencia a las otras posibles cláusulas accesorias.

(9) Y le acordaba al vendedor la *actio venditi* para hacer uso de su derecho.

(10) Aubry, C. et Kau, C., *Cours de Droit Civil Français*, 4ª edición, Paris, 1869-73, párrafo 357; Baudry La-cantinerie y Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. 17, "De la vente et l'échange", 2ª edición, Paris, 1900, n° 605; Colin, A. y Capitant, H., *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, 1930, t. 4, pág. 495; Mburlon, M. Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Paris, 1878, t. ni, n° 632, pág. 280; Mazeaud, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte tercera, Volumen III, los principales contratos, Buenos Aires, 1962, m° 917, pág. 214.

(11) Bibiloni, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reforma del Código Civil*, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1939, t. n.

Nuestro codificador la legisló como cláusula en los artículos 1366 y 1380-90 dentro del capítulo IV, "De las cláusulas especiales que pueden ser agregadas al contrato de compra y venta" del título III, de la sección III del libro II.

6. *Fuentes*. Diversas fuentes fueron tomadas en cuenta por Vélez Sársfield en la redacción de las disposiciones sobre el pacto de retroventa. Ellas fueron tanto de orden legal como doctrinario.

Analizaremos a continuación las de cada artículo.

1366: Freitas (2012), francés (1659), Chile (1881), Goyena (1436), Laurent (tomo XXIV, n° 396 y ss.). El codificador cita también la L. 42, título 5° de la partida 5°. Además destacamos que la fuente del Código francés fue Domat; y que ya la constitución 2° del Código de Justiniano definía al pacto.

1380: Freitas (2081, 1° parte), Goyena (1436), Troplong (*Vente*, n° 706). Vélez cita las LL. 2 y 7, título 54, libro 4 del Código romano, los Códigos francés (1659), italiano (1515), napolitano (1505), de Luisiana (2545) y de Vaud (1117).

1381: Freitas (2081, 2° parte), Goyena, Chile (1885), Laurent (tomo XXIV, n° 385), Duvergier (II, n° 40). Vélez alude a los Códigos francés (1660), holandés (1506), napolitano (1507), de Luisiana, romano (L. 2, tít. 54, lib. 4), y a Pothier (*Vente*, n° 438) y Troplong (*Vente*, n° 712).

1382: Freitas (2083), Laurent (t. XXIV, n° 397/8), Guillouard (n° 655). Vélez menciona a los Códigos francés (1662), italiano (1519), napolitano (1508) y holandés (1558); y a Troplong (*Vente*, n° 713).

1383: Freitas (2084), Laurent (t. XXIV, n° 409), Guillouard' (n° 656), Aubry et Rau (párrafo 357, notas 15 y 17). Vélez cita a Goyena (1448).

1384: Freitas (2085), Laurent (XXIV, números 401, 404-7), Goyena (1447), Guillouard (n° 671). Vélez menciona a los Códigos francés (1673), italiano (1528), holandés (1568) y napolitano (1519); y a Pothier (*Vente*, n° 412), Troplong (*Vente*, números 759 y ss.) y Aubry et Rau (párrafo 357).

1385: Freitas (2086). Vélez alude al Código francés (1136) y a Aubry et Rau (párrafo 357).

1386: Freitas (2087). El codificador se refiere a Troplong (*Vente*, núms. 224 y ss. y 702).

1387: Freitas (2087, 2° parte), Goyena (1443-4 y comentarios), Durantón (t. XVI, n° 416), Duvergier (t. II, n° 35). Vélez cita a los Códigos francés (1670), italiano (1525), napolitano (1516) y a Troplong (*Vente*, n° 748).

1388: Vélez menciona a los Códigos francés (1664), e italiano (1520), y a Troplong (n° 728) y Goyena (1439).

1389: Goyena (1445), Guillouard (n° 679). El codificador alude a los Códigos francés (1671), italiano (1526), holandés (1567) y de Luisiana (2561).

1390: Goyena (1446), Laurent (t. XXIV, n° 415). Vélez cita a los Códigos francés (1672), holandés (1568) y de Luisiana (2562).

7. *Naturaleza jurídica*. Es sumamente importante dilucidar cuál es la naturaleza jurídica del pacto de retroventa, pues según el punto de vista que se sustente variarán los efectos.

La doctrina y la legislación no ha sido ni es uniforme al respecto.

El problema consiste en determinar a qué título la cosa vuelve a poder del vendedor, en el supuesto de que éste ejercite la facultad de retroventa.

Diversas teorías se han elaborado, pero sólo dos de ellas han logrado a través de los siglos concitar un apoyo considerable.

Ellas son: a) la que considera que el pacto de retroventa conduce a un nuevo contrato de venta; b) la que la reputa una simple condición resolutoria que estando adherida al contratos de compraventa, retrotrae las cosas a su estado anterior.

Determinar qué sistema adoptan las legislaciones o cuál de ellos es el más conveniente, tiene gran importancia práctica por la diversidad de sus consecuencias.

Si se admite el primero, se está lisa y llanamente ante una nueva venta, no resolviéndose por ende la anterior. Ello produce los siguientes efectos:

- a) todos los derechos reales constituidos deben mantenerse;
- b) corresponde pagar nuevos derechos fiscales;
- c) el comprador no está obligado a restituir las accesiones naturales de la cosa;

- d) el comprador no responde de los deterioros causados en la cosa;
- e) el vendedor no debe reembolsar las mejoras necesarias.

En cambio, de adoptarse el segundo criterio, es decir, el de la condición resolutoria, no será necesario realizar un nuevo acto de devolución de la propiedad, aunque en la práctica suele hacérselo; y se producirán inversamente todas las consecuencias que suceden con el otro sistema.

La primera teoría, que fue seguida por el Derecho romano en el cual el pacto de retroventa constituía un verdadero contrato de compraventa accesorio del principal, puede considerarse que actualmente ha dejado de tener vigencia práctica ⁽¹²⁾.

En la actualidad se la conceptúa, casi unánimemente, como una "condición resolutoria potestativa" del vendedor. Resolutoria porque depende de un evento futuro e incierto —su ejercicio— la resolución de la venta efectuada, o sea la extinción o subsistencia del contrato ⁽¹³⁾. Potestativa pues su ejercicio o no ejercicio depende exclusivamente de la voluntad del vendedor.

La utilización de esa facultad produce la extinción del Derecho primitivamente transmitido, es decir del dominio, el cual corresponde al titular de la retroventa.

Nuestra legislación se ha inclinado hacia este sistema, según surge de sus artículos 1366 y 1382 y siguientes ⁽¹⁴⁾.

En la legislación comparada se sigue el mismo criterio (ver *infra*, n° 10).

Se han propuesto otras teorías para determinar la naturaleza jurídica del pacto de retroventa, pero ellas no han encontrado mayor apoyo en la doctrina. Así podemos citar las siguientes: a) implica una condición suspensiva ⁽¹⁵⁾; b) es una oferta de retroventa hecha por el comprador al vendedor, que se acepta por la declaración de retracto ⁽¹⁶⁾; c) es un poder jurídico de poner fin a la propiedad ajena ⁽¹⁷⁾.

No coincidimos con ninguno de estos pareceres, pues no agregan nada al sistema de la condición resolutoria, siendo por lo tanto innecesario alejarse de la posición que asemeja los efectos del pacto de la retroventa a los de la condición resolutoria.

8. *Utilidad, e inconvenientes.* Elogios y críticas ha recibido esta cláusula a través de los siglos. Polémicas se han suscitado, y pese a todos los embates que se le han dirigido esta figura jurídica ha conseguido resistir, subsistiendo en la mayor parte de la legislación universal.

Se la ha defendido basándose en que es un instrumento de crédito que permite al propietario de un bien obtener fondos al amparo de su valor sin perder la posibilidad de recobrarlo dentro de un plazo determinado; que sirve al pequeño propietario necesitado de dinero sin tener que desprenderse definitivamente de su bien; que es una consecuencia de la autonomía de la voluntad, pilar de nuestra concepción del Derecho y más restrictivamente del contrato; que en sí misma no va contra la moral ni las buenas costumbres.

Por el contrario se la ha atacado por diversas razones, y que nosotros las agrupamos según que apunten a los aspectos morales, económicos, sociales y jurídicos.

Moral. Favorece la usura, al disimular y dejar impunes los contratos pignoraticios que prohíbe nuestra ley (arts. 3222-4 y 3165), y que envuelven un préstamo usurario. Un ejemplo sería cuando un prestamista adquiere "un inmueble de una persona que está atravesando momentos difíciles por una cantidad muy ulterior al valor real y estableciéndose la facultad de retrotraer a favor del vendedor por un precio muy superior al que le fuera abonado; este aumento importará el interés usurario que pagará el vendedor en el supuesto de hacer uso de la cláusula de retroventa.

Económico. Dificulta la libre circulación del bien, ya que no hay interesados por él, porque es un dominio imperfecto y revocable. Asimismo es muy raro que el comprador haga alguna

(12) Rezzónico, op. cit., t. I, pág. 326-7, nota 60, cita como sostenedores en el Derecho moderno de esta teoría a Gluck, Grego y Bonelli, los cuales, a su vez, son citados por Stolfi.

(13) No obstante puede pactarse como suspensiva, como lo destaca Machado, op. cit., t. IV, pág. 81, por el artículo 1373.

(14) Nuestra doctrina es uniforme al respecto: Machado, op. cit., t. IV, pág. 81; Lafaille, op. cit., t. II, nQ 170, pág. 101; Salvat, op. cit., t. I, n° 553, pág. 372; Saravia, J. M., *El pacto de retroventa* en Homenaje a Zenón Martínez, 1944, pág. 197; Rezzónico, op. cit., t. I, pág. 327; Borda, op. cit., t. I, n° 326, pág. 240.

Participa del mismo criterio nuestra jurisprudencia: Cám. 21 Civ. y Com. La Plata, Sala II, 22-7-1958, J. A., 1959-1-165; Cám. Nac. Civ., Sala D, 18-2-1960, J. A., 1960- III-286; Cám. 2° Apel. La Plata, Sala I, 4-4-1944., L. L., 34-222.

(15) Ennecerus y Lehmann, *Derecho de obligaciones*,

(16) Endemann y Planck, citados por Ennecerus-, op. cit., t. II, vol. II, párrafo 116, I. Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1946, pág. 136, cita a Bonelli como aceptando esta teoría.

(17) Borda, op. cit., t. I, n° 326, pág. 240, cita a Gorla como proponiendo este criterio

mejora que redunde en beneficio de la cosa, cuando probablemente deba devolverla al vendedor.

Social. De protección a los terceros, ya que la constitución de derechos en su favor se halla amenazada por el ejercicio del retracto por parte del vendedor, lo cual producirá la resolución de sus derechos.

d) *Jurídico.* Tiene una compleja construcción teórica proclive a ser fuente de inagotables litigios⁽¹⁸⁾; creando causales de retroactividad verdaderamente engorrosas.

Según nuestra opinión para analizar la utilidad e inconvenientes del pacto de retroventa debe tenerse presente el momento histórico de su aplicación, en relación estrecha con la economía, porque sin ninguna duda dicha cláusula importa una operación de crédito.

Es debido a ello que surgió este pacto, y la evolución de la economía le hizo adquirir cada vez mayor importancia hasta alcanzar su etapa de máxima plenitud en la Edad Media, en la cual representó uno de los instrumentos de crédito típicos de esa época, pues permitía al dueño de la cosa desprenderse de ella con la facultad de recobrarla y sin necesidad de hipotecarla; en tanto que el prestamista, que asumía el rol de comprador, se favorecía por la seguridad de la transacción y la innecesidad de hacer un juicio en caso de no devolverse el dinero, ya que quedaba propietario irrevocable de la cosa al mero vencimiento del plazo estipulado.

La falta de los modernos instrumentos de crédito — que recién comenzaron a surgir, aunque tenuemente, en el ocaso de la Edad Media con la creación de los Bancos y luego con el billete de banco y la moneda de papel— permitió la gran utilización de este pacto, disimulando los inconvenientes que causaba su aplicación.

Pero cuando la persona necesitada de dinero comenzó a tener acceso a otros instrumentos de crédito, tales como la apertura de cuenta corriente, descuento de documentos, etcétera (todos ellos configurantes de los modernos contratos bancarios), y de la prenda con registro, empezó a decaer la aplicación de la cláusula de la retroventa, llegando diversas legislaciones a prohibir su uso (ver *infra*, n° 10)⁽¹⁹⁾.

Dada la situación en que se desenvuelve la sociedad actual, en la cual predominan indudablemente los factores desfavorables a este pacto, los jueces lo aprecian con disfavor y observan detenidamente si la misma no lleva implícito un préstamo contratado en condiciones ilegales y fraudulentas, es decir un contrato pignoraticio.

Diversas circunstancias se tienen en cuenta para distinguir si es un préstamo disfrazado. Entre ellas las más importantes son:

- a) desproporción manifiesta entre el precio pagado por la cosa y su valor real; puesto que es intención del usurero quedarse con la cosa por un precio vil;
- b) que se haya pactado simultáneamente en favor del supuesto vendedor una locación sobre el mismo inmueble, o más simplemente de que se mantenga en la posesión de él; para determinar esta circunstancia deben aplicarse en principio las reglas de la simulación;
- c) habitualidad de esas operaciones por parte del supuesto comprador, es decir su profesionalidad en esas actividades⁽²⁰⁾.

Si del análisis del caso particular surge la existencia de estos factores, dos caminos se pueden adoptar. Uno, anular totalmente la operación; el otro, considerar a ella como un préstamo a interés y no como una venta.

Nosotros nos inclinamos por este último, por diversas razones⁽²¹⁾.

En primer lugar porque es de aplicación el artículo 1326 de nuestro Código civil, que dispone: "El contrato no será juzgado como de compra y venta, aunque las partes así lo estipulan, si para ser tal le faltase algún requisito esencial".

(18) Conforme: Puig Peña, *op. cit.*, t. IV, vol. II, pág. 136.

(19) Incluso en nuestro país, durante el año 1964, se presentaron al Parlamento diversos proyectos tendientes a combatir la usura, y entre cuyos medios figuraba la prohibición del pacto de retroventa. Todos ellos fracasaron.

(20) Coinciden respecto a estas circunstancias, tanto la doctrina extranjera como la nuestra. De igual modo en la jurisprudencia pueden citarse: Cám. Nac. Civ., Sala E, 19-12-1958, L. L., 93-719; Cám. Nac. Civ., Sala C, 8-10-1959, L. L., 98-7, *J. A.*, 1960-V-215; Cám. Civ. y Com. Río Cuarto, 22-12-1959, *J. A.*, 1960-V-328; Cám. Nac. Civ., Sala C, 22-3-1961, *El Derecho*, 1-829, L. L., 102-483.

(21) De acuerdo: Llerena, Baldomero, *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, 33 edición, Buenos Aires, 1931, t. V, pág. 89.

En el caso que estudiamos faltaría el precio serio y aun la voluntad del supuesto vendedor para celebrar un contrato de compraventa. Lo que las partes han tenido en mira al realizar el contrato fue un mutuo, debiendo entonces aplicarse esta figura.

Ahora bien, como la diferencia de precio, entre el de venta y retroventa, representa casi seguramente el interés, éste debe limitárselo conforme lo ha hecho nuestra jurisprudencia en la interpretación del artículo 621 ⁽²²⁾.

Además nos manifestamos a favor de la subsistencia del contrato, aunque asignándole otros efectos, porque de anularse la operación, se beneficiaría al supuesto vendedor en perjuicio del supuesto comprador, creando un enriquecimiento de aquél a expensas de éste, cuando con la solución que

.opugnamos se adopta un criterio más justo que se sujeta perfectamente al orden público y a los usos y buenas costumbres vigentes en la sociedad en que vivimos (artículos 21, 953 y concordantes) ⁽²³⁾.

De esta manera el supuesto comprador deberá perseguir el pago de la suma entregada, como cualquier acreedor, pudiendo llegar a hacer vender la cosa, para poder cobrar su crédito, y de quedar algún resto deberá entregarlo al deudor.

Asimismo se puede plantear el problema de que el supuesto vendedor, que no hizo tradición de la cosa (hipótesis que no puede quedar comprendida dentro de la retroventa: ver *supra*, n° 3) vuelva a enajenarla a un tercero. Llerena ⁽²⁴⁾ considera que predomina este último por aplicación de los artículos 577 y 594-5. Nosotros coincidimos en principio con ese criterio, pero añadiendo que debe analizarse el caso para determinar por las circunstancias del mismo si esa segunda venta no se hizo para burlar al primer supuesto comprador.

Para terminar con este parágrafo queremos destacar que no siempre es posible determinar por el precio pagado, si se está en presencia de un contrato pignoraticio, pues Si por ejemplo el valor real de un inmueble es de \$ 2.000.000 puede hacerse figurar en el contrato por ese precio, cuando en la realidad puede haberse entregado sólo \$ 1.500.000. De ese modo se burlaría el propósito de la ley.

Por ello es que consideramos que la solución al siempre candente problema de la usura, no siempre reside en crear prohibiciones, ya que en todos los casos ella sabrá encontrar algún vericuetto para resurgir con mayor ahínco; sino que debe consistir en una exacta política económica gubernamental, que lleve a una política crediticia acorde con las necesidades de la sociedad, es decir que los Bancos y/u otras instituciones similares no restrinjan los créditos, sino por el contrario los posibiliten. De ese modo no se recurrirá a la usura y, por ende, no habrá necesidad de ir contra ella, porque mermará por sí sola. Debe recordarse que cuanto más trabas formales y no materiales, se le busquen, más recovecos encontrará para extenderse.

9. *Analogías y diferencias con otras figuras jurídicas.* El pacto de retroventa presenta semejanzas con diversas figuras jurídicas; precisamente para distinguirla de ellas, pasamos a analizar esos supuestos.

A) *Préstamo.* Indudablemente el pacto de retroventa se asemeja con el préstamo cuando éste lleva anexa una garantía real, porque en ambos el bien constituye una caución para el acreedor. Esa garantía puede ser constituida por hipoteca, prenda o anticresis.

A continuación analizamos las diferencias con cada una de ellas y con el contrato pignoraticio.

a) *Hipoteca.* En la hipoteca el que recibe el dinero asume la calidad de deudor, mientras que en la retroventa reviste la del acreedor. En aquella si el deudor no restituye el dinero, es perseguido y responde con todos sus bienes, porque su responsabilidad no queda limitada al inmueble afectado, ya que sobre éste sólo existe un privilegio; en tanto que en la retroventa el vendedor que no ejerce la facultad de recobrar pierde ese sólo bien, que queda irrevocablemente adquirido en favor del comprador, puesto que al entregarlo ya obtuvo carta de pago. Además

(22) Recordemos que anteriormente la jurisprudencia procedía a invalidar la cláusula que fijaba intereses usurarios, en tanto que en la actualidad los reduce: Cám. 29 Apel. La Plata, Sala I, 26-10-1945, L. L., 41-473; Cám. Civ. 1º Cap., 31-12-1946 y 2-5-1947 en L. L., 45-259, y J.A., 1947-11-108.

Este mismo criterio debe aplicarse al supuesto que estudiamos en el texto

(23) La jurisprudencia así lo ha declarado: Cám. Nac. Civ., Sala C, 22-3-1961, El Derecho, 1-829, L. L., 102-483.

En contra: Cám. Nac. Civ., Sala A, 26-9-1957, L. L., 90-255; Cám. Fed. Paraná, 14-7-1925, J. A., 16-500.

(24) Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 90.

mientras en la hipoteca los riesgos de la cosa corren por cuenta del deudor hipotecario, en la retroventa se pierde para el comprador, quien es el dueño ⁽²⁵⁾. (V. HIPOTECA.)

b) *Prenda*. En nuestra legislación no pueden plantearse dudas en la distinción entre prenda y pacto de retroventa, porque la primera está limitada a muebles y créditos (artículo 3204), en tanto que el segundo a inmuebles (artículo 1380: ver *infra*, n° 12). (V. PRENDA.)

c) *Anticresis*. Según el artículo 3239: "El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, ¿si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses"; es decir, que el acreedor no adquiere el dominio ni aun con carácter resoluble, con lo que difiere sustancialmente del pacto de retroventa en el cual se transmite el dominio, aunque con carácter imperfecto. De allí emanan las consecuencias diversas entre ambas figuras. (V. ANTICRESIS.)

d) *Contrato pignoraticio*. Son aquellos en los que se estipula que el acreedor podrá quedarse con el bien dado en hipoteca o prenda, en pago de su crédito, en caso de que el deudor no pague oportunamente la deuda, y sin necesidad de requerir la venta judicial. Nuestra legislación los prohíbe (artículos 3165 y 3222-4). Es precisamente para burlar estas disposiciones que muchas veces los prestamistas recurren al pacto de retroventa, y por ello los jueces deben prestar mucha atención al contenido de todo el contrato (ver *supra* n° 8).

B) *Pacto de reventa*. Esta cláusula que nuestro Código civil la define en el artículo 1367 como "la estipulación de poder el comprador restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiese pagado, con exceso o disminución", es el reverso de la de retroventa, ya que en tanto ésta se da en favor del vendedor, aquélla lo es en beneficio del comprador. Su funcionamiento es similar al de retroventa, aplicándosele en general las mismas disposiciones (artículo 1391).

C) *Cláusula de arrepentimiento*. En el artículo 1373 el codificador se ha referido a la cláusula de arrepentimiento. Conforme a él debemos distinguir según que se haya o no hecho tradición de la cosa.

Si se la ha hecho, o si se pagó todo el precio, la cláusula de arrepentimiento tiene los "efectos" de la venta bajo pacto de retroventa. Conforme a ello, consideramos que sólo se asimilan los "efectos", pero no las otras condiciones o el plazo, respecto a los cuales las partes pueden apartarse del sistema de la retroventa. Sólo a falta de previsión por los contratantes se aplicarán supletoriamente todas las disposiciones del pacto de retroventa por aplicación del principio de las leyes análogas (artículo 16 del Código civil) ⁽²⁶⁾.

Aún con mayor razón, si no se hizo tradición de la cosa, las partes podrán estipular libremente todo lo referente a la cláusula de arrepentimiento, pues ni siquiera rigen los "efectos" de la venta bajo pacto de retroventa.

Resumiendo tenemos que: 1) si hay tradición, tiene los "efectos" del pacto de retroventa; 2) si no hay tradición, no se aplica ninguna disposición de la retroventa; 3) si no hay tradición, pero se pagó el precio, rigen los "efectos" de la cláusula de retracto.

Por otra parte, nuestro Código no fija ninguna limitación respecto a la naturaleza de los bienes que pueden ser materia de la cláusula de arrepentimiento, permitiéndosela de ese modo tanto sobre inmuebles como muebles; lo que no ocurre con la retroventa (ver *infra* n° 12).

D) *Pacto de mejor comprador*. El artículo 1369 lo define como "la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentase otro comprador que ofreciese un precio más ventajoso", es decir, que se requiere que el mayor precio sea ofrecido por un tercero, sin que al vendedor le asista ningún derecho para recuperar la cosa, aunque figure como el mejor ofertante ⁽²⁷⁾, ocurriendo lo contrario en la retroventa (ver *infra* n° 18). El artículo 1400 limita el ejercicio de esta cláusula al término de tres meses, en tanto que en la retroventa es de tres años (ver *infra* n° 13). Además son limitadas las personas que pueden ejercer el pacto de retroventa (ver *infra* n° 18), no permitiéndosele a terceros, los que sí pueden hacerlo en el de mejor comprador (artículos 1369 y

(25) Conforme: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 173, pág. 102.

(26) Y así de no haberse estipulado un plazo, el mismo no podrá exceder de los tres años desde el día del contrato. En igual sentido: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 542; pág. 365.

(27) En este sentido: Cám. Civ. 2° Cap., 30-3-1944, *L.L.*, 34-601: *G.F.*, 170-159.

1401). Por otra parte, en la retroventa no se puede dar el derecho de preferencia establecido en favor del comprador por el artículo 1401. (V. MEJOR COMPRADOR).

E) *Pacto de reserva de dominio*. A este pacto se refiere el artículo 1376 del Código al establecer que "la venta con pacto comisorio equivale a la que se hiciera con la cláusula de reservar el dominio de la cosa hasta el pago del precio". Por medio de esta estipulación el vendedor se reserva el derecho de vender la cosa a otro, lo cual importa la retención por parte del vendedor del dominio y posesión de la cosa para poder transferirla; hecho que no sucede en la retroventa, en la cual el vendedor se desprende del dominio y posesión de la cosa vendida, quedándole sólo el derecho de redimirla si devuelve el precio que por ella recibió ⁽²⁸⁾.

F) *Cláusula rescitoria en la propiedad horizontal*. Es común en nuestra vida práctica observar boletos de compraventa en los cuales se establece que el vendedor se reserva el derecho de rescindir la promesa de venta "si no se lograre vender la totalidad de los departamentos de la finca". En nuestros tribunales se planteó la cuestión de saber si ella configuraba un pacto de retroventa, y se resolvió que no, pues el ejercicio de aquella facultad no depende exclusivamente de la voluntad del vendedor, requisito necesario del pacto de retroventa ⁽²⁹⁾.

G) *Acción de retrocesión del dominio en caso de expropiación*. Nuestra jurisprudencia ha declarado que son análogos los supuestos de la venta con pacto de retroventa y la retrocesión del dominio en caso de expropiación, puesto que ambas tienen de común la transferencia de la propiedad supeditada a una condición resolutoria, siendo esta última una acción personal que nace cuando cumplido un tiempo determinado desde la desposesión, el bien expropiado no hubiera sido destinado al objeto que determinó la expropiación ⁽³⁰⁾. De ese modo se declaró aplicable la prescripción de diez años tanto a la acción de retrocesión del dominio —a falta de una disposición expresa en contrario— como a la acción del vendedor contra el comprador con pacto de retroventa por incumplimiento del pacto y restitución del inmueble, intentada después de haber hecho conocer el vendedor a su cocontrante, en el plazo estipulado para el retracto, su intención de recuperar la cosa vendida.

10. *Legislación comparada*. Respecto a la nomenclatura y ubicación metodológica que utiliza la legislación comparada al referirse al pacto de retroventa, ya las hemos estudiado anteriormente (ver *supra* nos. 4 y 5).

Hemos visto (ver *supra* n° 3) que en nuestra legislación para configurarse el pacto de retroventa debe hacerse tradición de la cosa, porque, siguiendo el sistema romano, se considera que el contrato de compraventa es un "compromiso", una "obligación" de transferir la propiedad (artículo 1323).

Siguen este mismo criterio los Códigos chileno (artículo 1793), español (artículo 1445), uruguayo (artículo 1661), alemán (artículo 433), brasileño (artículo 1122), peruano (artículo 1383), etcétera.

En cambio, ese requisito de la tradición no es requerido por el Derecho francés, en el cual el mero acuerdo de las partes opera de por sí la transferencia del dominio. Idéntico criterio seguía el antiguo Código italiano (artículo 1125) y lo hace actualmente el italiano de 1942 (artículo 1470).

Acerca de la naturaleza jurídica del pacto de retroventa, todos los Códigos que lo admiten lo consideran como una condición resolutoria.

Ahora bien, ciertas legislaciones en atención a las críticas que ha recibido este pacto y a sus inconvenientes prácticos, han procedido a prohibirlo. Entre ellas se encuentran la mejicana (artículo 2302), portuguesa (artículo 1587) y la ley rumana contra la usura del año 1931.

(28) Conforme el fallo citado en la nota anterior.

(29) Cám. Nac. Civ., Sala D, 16-2-1960, *J. A.*, 1960-III-287.

(30) Cám. 2° Civ. y Com. LaPlata, Sala II, 21-11-1958, *L. L.*, 96-482.

CAPÍTULO II

Requisitos

11. *Preliminar.* Diversos requisitos son necesarios para que sea válido el pacto de retroventa.

A falta de una sistematización de los mismos por parte del codificador, nuestra doctrina ha tratado de efectuarla, pero en su tarea ha diferido acerca de la cantidad de ellos, aunque implícitamente todos aceptan en general los cinco siguientes:

- a) Necesidad de la tradición de la cosa;
- b) Recaer sobre una cosa inmueble;
- c) No tener un plazo superior a tres años;
- d) Estipularse un precio;
- e) Estipularse en el mismo acto de la venta ⁽³¹⁾.

A continuación analizaremos los últimos cuatro requisitos, ya que el primero fue estudiado anteriormente (ver *supra* n° 3).

12. *Recaer sobre una cosa inmueble.* A) *Noción.* El artículo 1380 del Código civil establece que "las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa".

De este modo nuestro codificador ha limitado la aplicación de la cláusula de retroventa a las cosas inmuebles, siguiendo un criterio bastante generalizado en él, como es el de considerar que las cláusulas especiales que pueden agregarse al contrato de compraventa deben limitarse en su aplicación a los inmuebles; de esa manera lo hace respecto al pacto comisorio y al de mejor comprador (artículos 1374 y 1400).

El prohibir expresamente la retroventa sobre cosas muebles, importa suprimirla en absoluto en el orden mercantil.

La jurisprudencia es terminante al respecto, prohibiéndosela incluso en los automóviles ⁽³²⁾.

En ciertos Códigos extranjeros no existe esta limitación (ver *infra* n° 16), permitiéndose pactarla sobre cosas muebles.

B) *Fundamento.* Nuestro legislador adoptó este criterio restrictivo teniendo en cuenta que si se permitiera pactarlo sobre cosas muebles se afectaría el principio del artículo 2412 que establece que la posesión de buena fe de una cosa mueble vale título, lo cual llevaría, a una incongruencia.

En cambio, no se presenta ese problema para los inmuebles, pues la venta de los mismos debe hacerse por escritura pública (artículo 1184, inciso 1°) y en ella constará el pacto de retroventa, aplicándose por lo tanto las disposiciones del dominio imperfecto y sus efectos (artículos 2661 y siguientes) y la del 3270 que establece la regla *nemo plus juris ad alium trasfere potest quam ipse habet*.

C) *Problema sobre nulidad.* ¿Qué sucede si se vende una cosa mueble con pacto de retroventa? Tres posiciones se pueden presentar:

- a) Es válida la venta;

(31) Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 81-5, se refiere a: 1) Hacerse la estipulación en el mismo acto de la venta; 2) Comprender la restitución del precio; 3) Las cosas muebles no pueden venderse con pacto de retroventa; 4) El mayor plazo no puede exceder de tres años; 5) Que habiendo habido tradición o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de retroventa, si fuese estipulada en favor del vendedor.

Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 176 y sigts., pág. 105 y sigts., trata de los bienes inmuebles, el plazo y el precio; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 556 y sigts., pág. 374 y sigts., se refiere a los dos primeros.

Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 330 y sigts., los fija en: 1) inmueble; 2) plazo no mayor de tres años; 3) estipularse el precio de la retroventa; 4) estipularla en el mismo acto de la venta.

Borda, *op. cit.*, t. I, n° 328 y sigts., pág. 242 y sigts., enumera: 1) inmueble; 2) plazo no mayor de tres años; 3) estipularse en el mismo acto de la venta.

(32) Cám. Nac. Civ., Sala C, 18-3-1854. en *J. A.*, 1954-II-213, *L. L.*, 74-439, y 18-5-1960, en *J. A.*, 1960-V-300, *L. L.*, 100-10: Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala II, 19-7-1957, *DJBA*, 53-33.

Lo declararon inválido en la venta sobre automóviles: Cám. Crim. y Correc. Cap., 4-10-1929, *J. A.*, 31-680; Cam. Nac. Civ., Sala C, 18-3-1954, *J. A.*, 1954-II-213, *L.L.*, 74-439.

- b) Es nula la venta, es decir, todo el contrato;
- c) Es sólo nulo el pacto de retroventa, o sea parcialmente el contrato.

Ni la jurisprudencia ni la doctrina es uniforme al respecto, aunque todos están contestes en negar a la primera de esas soluciones, ya que la disposición del Código es de orden público ⁽³³⁾.

Se inclina por la nulidad parcial del contrato, Acuña Anzorena ⁽³⁴⁾, al igual que el autor brasileño Bevilacqua, citado por aquél. En favor de esta teoría juega como argumento el artículo 1039.

En cambio, opinan que la nulidad es total, a lo cual nos adherimos, Saravia ⁽³⁵⁾, Rezzónico ⁽³⁶⁾ y Borda ⁽³⁷⁾, ya que de adoptarse el otro criterio, como bien lo destaca Borda, se cometería una incongruencia con respecto a lo que disponen sobre la condición resolutoria los artículos 525 y 530; favoreciéndose además la usura.

Por otra parte, esta nulidad es de carácter absoluto y manifiesto, debiendo, por lo tanto, ser declarada de oficio por el juez ⁽³⁸⁾.

13. No tener un plazo superior a tres años.

A) *Limitación.* Nuestro Código dispone en el artículo 1381 que "el mayor plazo para la retroventa no puede exceder de tres años, desde el día del contrato".

Dicho plazo es de orden público y las partes no pueden alterarlo.

En la legislación comparada no es uniforme ese término (ver *infra* n° 16) ⁽³⁹⁾.

B) *Fundamento.* El límite se lo establece para evitar la situación de incertidumbre de la propiedad, es decir, que se trabe la libre disposición y circulación de los bienes, puesto que el vendedor no puede disponer porque entregó la cosa, y el comprador se ve dificultado de hacerlo porque está sujeto a la restitución (ver *supra* n° 10).

Por ello es que el codificador, según lo manifiesta en la nota al artículo 1381, redujo los términos que regían en esa época en la legislación comparada.

C) *Desde cuándo se cuenta.* Para computar dicho plazo debe contarse desde el día del contrato, es decir, desde que se pusieron de acuerdo, y no del de la tradición o entrega de la cosa vendida ⁽⁴⁰⁾.

Las partes pueden modificar ese criterio, pero en ningún caso podrán superar los tres años desde el día que se celebró el contrato.

Por "contrato" debe entenderse, según nuestra opinión, tanto la escritura pública como el boleto de compraventa (ver *supra* n° 3). La jurisprudencia es dubitativa al respecto ⁽⁴¹⁾.

D) *Cómo se cuenta el plazo.* Conforme las reglas generales establecidas por los artículos 23 y siguientes del Código civil, el plazo se cuenta desde la medianoche del día del contrato hasta la del día en que termina, computándose los días feriadas como los útiles y aun cuando el último también lo sea ⁽⁴²⁾.

E) *Problemas.* Diversos problemas pueden plantearse en la práctica respecto al requisito del plazo:

a) Que las partes establezcan un plazo mayor de tres años, o sea si puede ampliárselo convencionalmente; ante esa cláusula se podrían adoptar diversos caminos: 1) considerarla válida; 2) totalmente nula; 3) válida por tres años y nula por el excedente. Nuestra doctrina y

(33) Se pronunció por la nulidad total: Cám. Nac. Com., Sala B, 28-12-1955, *L. L.*, 83-69, el fallo del 18-3-1954 citado en la nota precedente.

Por la parcial lo hizo: Cám. Civ. 2° Cap., 28-11-1912, *J.A.*, 40-191.

(34) Acuña Anzorena, Arturo, en Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 556, nota 227, pág. 375.

(35) Saravia, *op. cit.*, pág. 199.

(36) Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 331.

(37) Borda, *op. cit.*, t. I, no 329, pág. 243.

(38) Así lo establece nuestra jurisprudencia: ver primer fallo citado en nota 32.

(39) Bibiloni en su anteproyecto amplía dicho plazo

(40) Conforme: Segovia, *op. cit.*, t. I, artículo 1383, nota 81; Lleréna, *op. cit.*, t. V, pág. 109; Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 87; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 558, pág. 376; Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 179, pág. 106; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 332; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 330, pág. 243.

(41) Ver jurisprudencia citada en nota 7.

(42) De acuerdo: Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 87; Josse-rand, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, "Contratos", Buenos Aires, 1951, pág. 109; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. X, "Los contratos civiles" con el concurso de Hamel, José, La Habana, 1943, pág. 206.

jurisprudencia se inclina uniformemente por este último criterio, pues se considera la disposición del artículo 1381 como de orden público ⁽⁴³⁾.

b) Que las partes prorroguen el plazo. A tal efecto deben distinguirse tres situaciones: 1) si el plazo original era de tres años, y luego se hace la prórroga; 2) si el plazo no llegaba a tres años, pero con la prórroga supera dicho límite; 3) si el plazo era inferior a tres años y a pesar de la prórroga no supera dicho término. En el primer caso la prórroga valdrá como una nueva venta o promesa de venta, según el caso, pues es nulo como pacto de retroventa ⁽⁴⁴⁾. En el segundo valdrá hasta cubrir los tres años, pero por el excedente será nulo como retroventa, debiendo considerarse a ese plus como una nueva venta; pero en ningún caso podrá perjudicar a los terceros que hayan adquirido derechos, después de haber expirado el plazo original, porque la prórroga no figura en el contrato inicial ⁽⁴⁵⁾. En el tercer supuesto, la prórroga es válida, aunque produciendo sólo efecto entre las partes y no frente a terceros ⁽⁴⁶⁾. Así valdrán la hipoteca y otro derecho real que hubiere constituido el comprador en favor de un tercero sobre la finca antes de la prórroga, porque los derechos quedan irrevocablemente adquiridos a la expiración del plazo original.

c) Que las partes hayan omitido establecer el plazo: en este caso debe entenderse que lo han hecho por el máximo de tres años, es decir, juega con carácter supletorio el artículo 1381, ya que no puede considerárselo indefinido ⁽⁴⁷⁾.

F) *Consecuencias*. Teniendo en cuenta que el plazo para el ejercicio de la retroventa es de caducidad y no de prescripción, surgen las siguientes consecuencias:

a) Produce sus efectos por el mero vencimiento, sin necesidad de interpelación judicial o extra judicial para constituir en mora (artículo 509, inciso 1º), porque queda extinguido de pleno derecho ⁽⁴⁸⁾.

b) "Corre contra toda clase de persona, aunque sean incapaces" (artículo 1382, primera parte), es decir, que no se aplica el artículo 3966 que establece que la prescripción no corre contra los incapaces. Así funcionará cuando el vendedor fallece o cae en demencia, sin importar que la incapacidad date de la celebración del acto o que sobrevenga después. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad contra los representantes (ver *infra* n° 21) ⁽⁴⁹⁾.

c) "... y pasado este término se extingue el derecho del vendedor para resolver la venta, y el comprador queda propietario irrevocable" (artículo 1382, segunda parte), ya que no se ha cumplido la condición resolutoria a la que estaba sujeta su derecho (artículos 540, 554 y concordantes del Código civil) ⁽⁵⁰⁾.

d) No obstante, y a pesar de la expiración del plazo, tendrá derecho el vendedor a ejercer el derecho de retroventa, si por hechos del comprador ese ejercicio ha sido imposibilitado ⁽⁵¹⁾.

(43) Segovia, *op. cit.*, t. I, pág. 387, nota 81; Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 84; Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 108; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 557, pág. 375; Rezzónico, *op. cit.* t. I, pág. 332; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 330, pág. 244.

En la jurisprudencia: en el sentido de que es de orden público: Cám. Civ. 1º Cap., 4-10-1918, *J. A.*, 2-579; Cám. Civ. 2º Cap., 24-12-1918, *J. A.*, 2-914; de que el plazo es improrrogable: Cám. Nac. Civ., Sala B, 30-10-1961, *El Derecho*, 2-654; de que es nulo el excedente de tres años: Cám. 2º Civ. y Com. La Plata, Sala II, 22-7-1958, *J. A.*, 1959-1-185.

(44) De acuerdo a la doctrina y jurisprudencia citadas en la nota anterior.

(45) Conforme: Machado, *op. cit.*, t. IV, págs. 84-5; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 331, pág. 244; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, *ii* 9 188, pág. 205-6.

(46) Machado, *op. cit.*, t. IV, págs. 84-5.

(47) De acuerdo: Machado, *op. cit.*, t. IV, pag. 84; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pag. 333; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 330, pag. 244; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.* t. X, n° 188, pag. 205; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, t. 17, n° 610.

(48) Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 108; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 560, pág. 378; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 333; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 332, pág. 244; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 189, pág. 207; Mazeaud, *op. cit.*, vol. III, n° 918, pág. 216; Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial* tomo V, "Relaciones Obligatorias Singulares", Buenos Aires, 1955, párrafo 140, n° 10, C) f), pág. 70.

(49) Según Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 110, es necesario que el incapaz tenga representante al tiempo de expirar el plazo; de lo contrario sería injusto hacerle perder un derecho que no ha podido ejercer. Aclara a continuación que "esto no quiere decir que si durante el término de tres años- ha estado el menor sin representante se deba descontar este tiempo para completar los tres años. Basta sólo que el incapaz tenga representante al tiempo de expirar el plazo para que se extinga su derecho. Si no lo tiene, el comprador deberá hacer presente la incapacidad de su vendedor y pedir se le nombre un representante. Así estará más seguro y no podrá ser sospechado como de mala fe por la ocultación de esa incapacidad. Que el término para contarse el plazo puesto en la retroventa no se suspenda durante su incapacidad, se explica, porque está el interés general de por medio; pero no se explicaría que el silencio de un incapaz pudiera considerarse como manifestación de voluntad, y, por lo mismo, susceptible de hacerle perder un derecho. Esto no sería ni justo ni jurídico".

(50) Ver doctrina citada en las notas anteriores, y fallos: Cám. Civ. 2º Cap., 7-12-1934, *J. A.*, 48-857; Cám. Nac. Civ., Sala C, 6-11-1962, *El Derecho*, t. 6-152, L. L., 101-15.

(51) De acuerdo: Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, pág. 207, quienes citan un fallo de Colmar, en el cual se trataba de un contrato de compra-venta en que el comprador con pacto de *résumé* debía pagar a los acreedores del vendedor; el vendedor había manifestado su voluntad de ejercitar el *résumé*, pero no podía hacer efectivos los reembolsos que establece la ley, porque el comprador

14. *Estipularse un precio.* Las partes pueden establecer que el precio de la retroventa pueda ser mayor, igual o menor al de la venta (ver *supra* n° 2).

De no fijarse el mismo en el contrato, debe entenderse que es igual al de la venta ⁽⁵²⁾.

Como las partes tienen libertad para estipularlo, pueden establecer que el mismo tenga por base el de compraventa al cual se le adicionará una tasa de interés hasta el día en que se ejerza la retroventa ⁽⁵³⁾.

Ahora bien, esa libertad puede llevar a que las partes establezcan que el precio sea mixto, es decir, que consista parte en dinero y parte en otra cosa. El problema no ha sido estudiado por nuestra doctrina, pero parecería que ella se manifiesta contraria a esa posibilidad ⁽⁵⁴⁾. Por nuestra parte consideramos que sí puede pactarse de ese modo, pues en ninguna disposición nuestro Código establece que el precio de la retroventa deba ser único en dinero; rigiendo por ello la norma del artículo 1356 que fija: "Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otra cosa, el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor de la cosa, y de venta en el caso contrario", que debe completarse con la nota al artículo 1485, de la cual resulta que de ser igual la suma dada al valor de la cosa, el contrato es de permuta. De cualquier modo, y aun considerando a todos los casos como de permuta, por el artículo 1492, perdería interés práctico esa distinción, ya que se aplican a ese contrato las disposiciones de la compraventa. Lo más importante es destacar que no surge de ninguna norma que el precio de la retroventa deba ser único o íntegramente en dinero.

15. *Estipularse en el mismo acto de la venta.* No emana en forma expresa de la ley que la retroventa deba estipularse en el mismo acto de la venta, pero lo deja traslucir el artículo 1366 cuando expresa "es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor...". De allí que su establecimiento es simultáneo con la celebración del contrato.

La doctrina y jurisprudencia es unánime al respecto, ya que si se la estipula en un acto posterior valdrá como una venta pura y simple que lleva anexa una promesa de venta, quedando el comprador con el dominio irrevocable del bien en virtud del contrato, que es considerado como de venta definitiva ⁽⁵⁵⁾.

El nuevo acto no importaría un *distractus* sino un *contratus novus*, y este contrato separado al no ser una condición resolutoria del primitivo será uno nuevo, debiendo, por lo tanto, pagar nuevamente los derechos fiscales.

El nuevo acto no tendrá efecto respecto a los derechos que hubiesen adquirido los terceros en virtud del anterior.

16. *Legislación comparada.* Los requisitos exigidos por nuestro Código civil para configurar la retroventa, no son uniformes en la legislación universal.

A) Así tenemos que no limitan los bienes, sobre los cuales se puede pactar la "retroventa, es decir, que lo permiten tanto sobre inmuebles como muebles, los Códigos francés (artículo 1659), chileno (1881-2), español (1507), alemán (497), italiano (1500-1).

B) Tampoco los Códigos extranjeros tienen un criterio homogéneo respecto al plazo máximo en el cual puede ejercerse el derecho.

Antiguamente ni el Derecho romano ni las Partidas fijaban límite a su ejercicio.

El Código francés lo establece en cinco años (artículo 1660) y no permite que lo amplíe el juez (1661).

El Código español determina una distinción según si estuviere o no estipulado expresamente el plazo. En el primer caso no podrá exceder de diez años, en tanto que en el segundo durará cuatro años (artículo 1508).

no justificó haber pagado a dichos acreedores; era evidente que el comprador había impedido al vendedor el ejercicio útil de su derecho de *référé*.

⁽⁵²⁾ Conforme: Lafaille, *op. cit.*, t. II, n° 184, pág. 108; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 334; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 334, pág. 245; Enneccerus, *op. cit.*, t. II, vol. II, párrafo 116, II.

⁽⁵³⁾ De acuerdo: Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 334.

⁽⁵⁴⁾ Arias, José, *Contratos Civiles*, Buenos Aires, 1939, t. I, pág. 351.

⁽⁵⁵⁾ Machado, *op. cit.*, t. XV, pág. 81; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 334; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 333, pág. 245. En la doctrina francesa; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, t. 17, n° 608; Laurent, F., *Principes de droit civil*. 3ª edición, Bruselas-Paris, 1878, t. 24, n° 55382; Troplong, M., *Droit Civil Expliqué*. "De la vente", Paris, 1837, t. 2, n° 1694.

En nuestra jurisprudencia: Cám. Civ. 1ª Cap., 24-2-1926. *J. A.*, 19-55; S. C. de La Rioja, 7-11-1952, *J. A.*, 1953- 11-273, L. L., 69-439; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala III, 20-12-1956, *DJBA*, 50-179.

El Código alemán distingue entre bienes inmuebles y muebles. En tanto que para los primeros lo fija en treinta años, para los otros lo hace en tres años (artículo 503).

En forma similar legisla el italiano, aunque limitándolo a los muebles por dos años y a los inmuebles por cinco años (artículo 1501).

El Código civil suizo lo determina en diez años (artículo 683), el chileno en cuatro años, con la salvedad de que el comprador tendrá derecho a que se le dé noticia anticipada, que no bajará de seis meses para los bienes raíces, ni de quince días para las cosas muebles; y si la cosa fuere fructífera, y no diere frutos sino de tiempo en tiempo y a consecuencia de trabajos e inversiones preparatorias, no podrá exigirse la restitución demandada sino después de la próxima percepción de frutos (artículo 1885).

El uruguayo lo hace en idéntica forma que el chileno, salvo que el tiempo de la retro-venta lo fija en tres años, y que el aviso sobre los bienes raíces lo limita a noventa días (artículo 1754).

El brasileño lo fija en tres años (artículo 1141), y el peruano en dos años (1432).

Por su parte, el venezolano establece que las partes pueden estipular prórrogas del plazo para ejercer el derecho de rescate, aunque el plazo fijado y esas prórrogas lleguen a exceder de cinco años (artículo 1535 *in fine*).

C) Respecto al precio, el Código francés no autoriza que sea mayor al de venta, pero su doctrina acepta que ello ocurra ⁽⁵⁶⁾.

El Código italiano no permite que sea superior al estipulado para la venta, y por ello establece que es nulo en cuanto al excedente (artículo 1501).

El español determina que es el de venta (artículo 1518).

El alemán instituye que en caso de duda será el mismo que el de la venta (artículo 497).

(56) Se inclinan por este criterio: Baudry Lacantinerie y Saïgnat, *op. cit.*, t. 17, n° 617; Guillouard, *op. cit.*, t. 2, ni 665; Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 114; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 336.

CAPÍTULO III

EJERCICIO

17. *Forma.* Nuestro Código civil no ha reglamentado la forma de ejercitar la facultad de retroventa.

Debido a ello se han propuesto entre nuestros autores, al igual que en la doctrina francesa, diversos criterios para determinar el modo de ejercitar el retracto.

Fundamentalmente se plantea el problema de saber si basta la mera declaración de ejercitar el derecho, o si es necesario que ella vaya acompañada del pago o depósito del precio, para que se dé por usada dicha facultad.

Para resolver el mismo encontramos las siguientes teorías:

1) Basta la declaración, sin necesidad de consignar o depositar el precio ⁽⁵⁷⁾.

2) Como derivación del criterio anterior, y completándolo, se considera que basta la declaración, pero si luego el vendedor es moroso en el cumplimiento de su obligación de restituir el precio, el comprador puede solicitar al juez que se declare caduco el derecho de recuperar la cosa ⁽⁵⁸⁾.

3) La declaración basta para conservar vivo el derecho, pero sólo produce sus efectos cuando el vendedor ha cumplido todas las obligaciones que comporta para él su ejercicio ⁽⁵⁹⁾.

4) La declaración debe ir acompañada por el pago o consignación del precio ⁽⁶⁰⁾.

A nuestro entender debe diferenciarse según que su ejercicio se practique por vía extrajudicial o por vía judicial.

En el primer caso consideramos que no cabe ninguna duda de que basta la declaración, y por ello ésta puede efectuarse en cualquier forma: instrumento público o privado, e incluso verbal. Pero destacamos que en nuestra práctica lo corriente es que ya en el contrato se establezca la utilización del telegrama colacionado.

Además para tener efecto frente a terceros, esa mera declaración deberá tener fecha cierta, por aplicación del artículo 1035 ⁽⁶¹⁾.

Pero hecha esa declaración expresa, se pueden presentar varias situaciones:

a) que el comprador esté de acuerdo con esa manifestación, y las partes estén conformes sobre el modo en que se efectuarán las restituciones. En este supuesto no hay problemas;

b) que el comprador esté de acuerdo con la declaración, solicitando a la vez la restitución del precio, a lo cual el vendedor se niega; entonces, siendo éste moroso en el cumplimiento de su obligación, podrá solicitar al juez que declare caduco el derecho de recuperar la cosa, por parte del vendedor;

c) que el comprador haga caso omiso a la declaración, por lo que el vendedor deberá hacerla valer judicialmente. En este caso entra a regir para nosotros la *exceptio non adimpleti contractus* (artículo 1201), por la cual el vendedor al iniciar la acción judicial le bastará con ofrecer el pago, sin necesidad de consignar el precio.

Conforme con nuestro criterio, se hace necesario distinguir entre el plazo para ejercer el retracto y la prescripción de la acción contra el comprador, pues son dos cosas distintas, como también lo ha sostenido nuestra jurisprudencia al afirmar que la declaración de voluntad del

(57) La sostienen: Laurent, *op. cit.*, t. 24, n° 398; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. 4, párrafo 357; Guillouard, L., *Trois de la vente et de l'échange*, París, 1889, t. 2, n° 664; Marcadé, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, París, 1855, t. 6, pág. 315; Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 110 y sigts.; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 335.

(58) Se inclinan por este criterio: Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, t. 17, n° 617; Guillouard, *op. cit.*, t. 2, n° 665; Llerena, *op. cit.*, t. V, pag. 114; Rezzonico, *op. cit.*, t. I, pag. 336.

(59) La propugna la jurisprudencia francesa citada por Josserand. *op. cit.*, t. II, vol. II, n° 1159, pág. 110.

(60) La propugnan: Huc, *op. cit.*, t. 10, n° 117; Du-vergier, "Vente", t. 2, n° 27; Borda, *op. cit.*, n° 335, pág. 246.

(61) En la jurisprudencia: Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala II, 22-7-1958, *J. A.*, 1959-1-65. Además se ha dicho que la facultad emergente del pacto de retroventa puede hacerse valer por medio de un mandatario con poderes generales, ya que la ley no lo exige especial: S. C. La Rioja, 7-11-1952, L. L., 69-439, *J. A.*, 1953-11-273.

En este mismo fallo se estableció que la declaración de voluntad del enajenante de hacer valer a su favor el pacto de retroventa no se encuentra sujeta a lo dispuesto por el artículo 1193, pudiendo acreditarse por cualquier medio de prueba.

vendedor en el sentido de hacer efectivo el pacto de retroventa, debe efectuarse en el plazo legal o convencional correspondiente. Pero si el comprador no está conforme con hacer efectivo el pacto, el vendedor debe hacer valer judicialmente su derecho, demandándolo por incumplimiento de aquél y restitución del inmueble enajenado, pero no es forzoso que la acción se-instaure en el plazo estipulado para el retracto, bastando que el vendedor, dentro del mismo, haya hecho saber a su contratante su intención de recuperar la cosa vendida. De manera, pues, que en el plazo de tres años, a lo sumo, deberá usarse el derecho de retroventa, pero la acción correspondiente podrá ser deducida después, mientras no haya prescripto; de otro modo no podría ejercerse la misma, pues nacería muerta. Y como quiera que no hay plazo fijado especialmente para demandar el distracto en este supuesto, forzoso es concluir que la prescripción correspondiente es la de diez años ⁽⁶²⁾.

De acuerdo con nuestra opinión de que no es necesario que la demanda se inicie dentro del plazo para ejercer la retroventa, están las tres primeras teorías que analizamos al comenzar este párrafo. En cambio, la cuarta, considera indispensable la iniciación del juicio con su consiguiente depósito antes del vencimiento del plazo.

Queremos destacar, por último, el problema que puede surgir en las relaciones frente a terceros, cuando el ejercicio de la retro-venta no fue inscripto, y se han constituido derechos en favor de ellos. Para su solución consideramos necesario distinguir según haya o no vencido el plazo establecido para ejercer el retracto. En el primer caso deben prevalecer los derechos de los terceros, en tanto que lo contrario debe ocurrir en el otro supuesto ⁽⁶³⁾.

18. *Quiénes pueden ejercerlo.* De la misma denominación del pacto surge que de las dos partes sólo una de ellas puede ejercer el derecho de rescate, la vendedora. Lo contrario sucede en el pacto de reventa, en el cual la situación se da en favor del comprador.

Por otra parte, ese derecho es de carácter esencialmente patrimonial, es decir, no inherente a la persona, lo que implica que es transferible, que puede ser cedido o recibirse por sucesión.

Así lo establece el artículo 1386: "El derecho del vendedor puede ser cedido, y pasa a sus herederos. Los acreedores del vendedor pueden ejercerlo en lugar del deudor".

De este modo tenemos que pueden ejercer el derecho de rescate:

a) Vendedor, por ser la parte en cuyo beneficio se estableció la cláusula.

b) Sus cesionarios, ya que el derecho es de naturaleza patrimonial ⁽⁶⁴⁾; pero las partes pueden establecer lo contrario, ya que no es una disposición de orden público.

c) Los herederos y sucesores universales de aquél. A pesar de que el artículo sólo se refiere a los herederos, no debe limitársele a éstos, sino que debe extenderse a todos los supuestos de sucesor universal, por aplicación de lo dispuesto por el artículo 1195 respecto a los efectos de los contratos, y cumpliéndose de ese modo con el fin de la ley. Acerca de la posibilidad de que ellos sean varios y la necesidad del consentimiento unánime, ver *infra* n° 19.

d) Los acreedores del vendedor en el ejercicio de la acción subrogatoria, oblicua o indirecta establecida por el artículo 1196.

Mas el ejercicio de la acción por estas personas, reconocido tanto por la ley como por la doctrina, puede ser dejado de lado por las partes en virtud de los artículos 1197 y 1363, ya que no afectarían ninguna disposición de orden público ⁽⁶⁵⁾.

Un problema interesante de dilucidar es el de saber si los acreedores deben previamente haber hecho excusión de los bienes del vendedor, como lo establece el Código español en el artículo 1512, y/o si están sujetos a que se les oponga el beneficio de excusión, como lo dispone el Código francés en su artículo 1666 y lo hacía el antiguo italiano (artículo 1521), por parte del comprador. Consideramos que tales restricciones no rigen en nuestra legislación, ya que no se alude a ellas, a pesar de que el codificador tuvo a la vista los códigos antes mencionados, y porque además es la posición más correcta. De no ser así su ejercicio se tornaría ilusorio, puesto que la tarea de realizar la excusión importaría en nuestros estrados judiciales un plazo superior al establecido para la retroventa.

(62) Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala II, 21-11-1958, *L.L.*, 96-482.

(63) Conforme: Borda, *op. cit.*, t. I, n° 336, pág. 247.

(64) Lo contrario ocurre con el pacto de preferencia, que por el artículo 1396 del Código civil es prohibido cederlo.

(65) De acuerdo: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 565, pág. 380; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 336; Borda, *op. cit.*, t. I, N° 337, pág. 248.

Respecto a la capacidad necesaria para ejercer este derecho, ver *infra* n° 21, y sobre los efectos del ejercicio ver el capítulo siguiente.

19. *Pluralidad de titulares del derecho de rescate.* La pluralidad de retrayentes, o sea de titulares del derecho de rescate, puede plantearse en varias hipótesis.

- a) Pluralidad de vendedores de una finca indivisa, es decir, por resultancia material.
- b) Pluralidad de herederos del vendedor, o sea por resultancia personal.
- c) Pluralidad de cesionarios.

En el primer caso puede suceder que los vendedores "vendan todos" la cosa por un sólo contrato, o que se realicen "ventas separadas" de las diversas partes de la cosa.

En este primer supuesto, como así también en la hipótesis de resultancia personal, se requiere el consentimiento unánime de los condóminos para recuperar la cosa. Así lo establece el artículo 1387: "Si el derecho pasare a dos o más herederos del vendedor, o si la venta hubiese sido hecha por dos o más copropietarios de la cosa vendida, será necesario el consentimiento de todos los interesados para recuperarla". Es una aplicación de los artículos 2680-2, 667, párrafo 2º, y 679. Al implicar el ejercicio de la retroventa un acto de disposición se requiere el consentimiento de todos los interesados; distinta sería la situación de tratarse de un acto de administración, pues bastaría la mayoría ⁽⁶⁶⁾.

Para el caso de que los condóminos hiciesen "ventas separadas" de la cosa, dispone el artículo 1389: "Si cada uno de los condóminos de una finca indivisa ha vendido separadamente su parte, puede ejercer su acción con la misma separación, por su porción respectiva, y el comprador no puede obligarse a tomar la totalidad de la finca", ello de conformidad con lo que se dispone en los artículos 2676-7 y correlativos. Así puede ocurrir que venda un sólo condómino, o que lo hagan varios en un mismo acto, pero separadamente, por un precio cada uno de ellos. Es precisamente la unidad o no del precio un elemento esencial para determinar si la venta es conjunta o separada. En caso de duda debe resolverse en favor de la unidad de la venta, porque es el contrato más general ⁽⁶⁷⁾.

Por otra parte, en los supuestos en que nuestro Código exige el consentimiento unánime de los condóminos, se puede dar el caso de que no todos estén conformes con recuperar -la cosa, pero sí que el comprador se ponga de acuerdo con aquel o aquellos que quieran recobrarla, restituyendo de ese modo una parte de la cosa; estaríamos entonces en presencia de un nuevo contrato.

20. *Contra quiénes se ejerce.* La obligación de sufrir la retroventa recae sobre:

a) Comprador, porque al celebrar el contrato contrajo la obligación de restituir la cosa, en virtud de la aplicación del artículo 1197 que permite a las partes pactar el retracto. Sobre la innecesariedad de su capacidad (ver *infra* n° 21).

b) Los herederos y sucesores universales de aquél. El artículo 1388 dispone: "La obligación de sufrir la retroventa pasa a los herederos del comprador, aunque sean menores de edad...". No obstante que la norma se refiere sólo a los herederos, nosotros la extendemos a los sucesores universales, por las mismas razones dadas precedentemente (ver *supra* n° 18 c]).

Pero se debe distinguir si ellos son varios o uno sólo. Para el primer supuesto establece el artículo 1390: "Si el comprador ha dejado muchos herederos, la acción del vendedor no puede ejercerse contra cada uno, sino por su parte respectiva, bien se halle indivisa la cosa vendida, o bien se haya distribuido entre los herederos..." ⁽⁶⁸⁾, es decir, que la acción se divide en proporción al haber de cada uno de los sucesores, debiendo el vendedor dirigir la demanda contra cada uno por su parte, y en caso de accionar contra uno de ellos, sólo tendrá efecto respecto del demandado; y si respecto a los otros deja transcurrir el plazo de ejercicio del retracto sin demandarlos, el dominio de éstos se hará irrevocable.

En el otro supuesto, o sea cuando el sucesor es uno solo, o también cuando "... se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción del vendedor puede intentarse contra él por la cosa entera" ⁽⁶⁹⁾ (artículo 1390, segunda parte),

(66) Conforme: Arias, *op. cit.*, t. I, pág. 351.

(67) De acuerdo: Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 95

(68) Sin importar la existencia o inexistencia de la partición. Conforme: Salvat, *op. cit.*, t. I, no 569, 19, pág. 382.

(69) Incluso si la recibió por testamento válido.

disposición que está de acuerdo con la norma del 3503, por la cual el heredero adjudicatario es considerado propietario del inmueble desde la fecha de apertura de la sucesión. Por ello, como destaca Borda, hubiera sido más correcto que el codificador en el artículo 1390 utilizare el verbo "debe" en lugar de "puede", ya que sólo la acción puede dirigirla contra el heredero adjudicatario. Los restantes herederos no adjudicatarios del bien, en caso de ser demandados podrán oponer la excepción de falta de acción ⁽⁷⁰⁾.

Respecto a la innecesariedad de la capacidad de los herederos (ver *infra* n° 21).

c) Los terceros adquirentes. El artículo 1388 establece que "la obligación de sufrir la retroventa pasa... también a los terceros adquirentes de la cosa, aunque en la venta que se les hubiese hecho no se hubiere expresado que la cosa vendida estaba sujeta a un pacto de retroventa".

Ello es en virtud de que el comprador sólo tiene un derecho resoluble, y por ende no puede transmitir un derecho mejor que el que tiene por sí mismo (artículos 2603, 2663 y sigts. y 3270).

Por lo tanto, el derecho de los terceros también estará sujeto a la condición resolutoria.

Y así el vendedor que ejercita el retracto podrá hacerlo directamente contra el tercero adquirente que conserve en su poder el inmueble vendido; en caso que lo haya enajenado tendrá derecho a ejercerlo contra el nuevo adquirente, y así sucesivamente, ya que el vendedor goza de una acción real contra el tercero adquirente ⁽⁷¹⁾. Además tiene una acción personal contra el comprador originario proveniente del contrato de compraventa ⁽⁷²⁾.

Ahora bien, puede ocurrir que el precio abonado por el tercero adquirente sea diferente del establecido para la retroventa, lo cual no tendrá para el retrayente ninguna importancia, pues sólo está obligado a devolver lo que se estipuló en el contrato. Si el tercero pagó un precio mayor, gozará de la garantía de evicción contra su vendedor; si pagó una suma inferior, la diferencia no puede beneficiarlo porque su derecho estaba sujeto a la condición resolutoria, al igual que el comprador originario ⁽⁷³⁾.

Respecto al último párrafo del artículo 1388, se debe entender el término "venta" como "enajenación", porque los adquirentes pueden serlo por otro título que el de la venta, por ejemplo, por permuta, cesión, donación, y deben sufrir la retroventa ⁽⁷⁴⁾.

21. *Capacidad*. Debemos distinguir la de las dos partes:

A) Del retrayente: Como el ejercicio del pacto de retroventa implica un acto de disposición, ya que debe reintegrarse el precio, tanto el vendedor como las otras personas autorizadas para su ejercicio deben tener capacidad para disponer; y si han caído en incapacidad, sus representantes legales deben ejercer el retracto ⁽⁷⁵⁾. En caso de que éstos no lo hicieren podrán ser responsables de su negligencia.

B) Del comprador: En cambio, en este supuesto es indiferente que exista o no capacidad por parte del comprador o de las otras personas contra quienes se ejerce el pacto. Así lo establecen los artículos 1382 y 1388 al disponer: "El plazo de tres años corre contra toda clase de persona, aunque sean incapaces..." y "La obligación de sufrir la retroventa pasa a las herederos del comprador, aunque sean menores de edad...", respectivamente.

22. *Extinción*. El derecho de retracto se extingue por diversas causas:

A) Expiración del término: ya que como lo hemos visto (*supra* n° 13 f) el plazo es de caducidad y su extinción se produce de pleno derecho sin necesidad de interpelación judicial o extra judicial para constituir en mora.

B) Renuncia del vendedor: al no afectarse ninguna disposición de orden público, el vendedor puede renunciar a su facultad de ejercer el retracto.

(70) De acuerdo: Borda, *op. cit.*, t. I, n° 338 bis b), págs. 249-50.

(71) En este sentido: Cám. 2° Civ. y Com. La Plata, Sala I, 4-4-1944, L. L., 34-222. Para poder ser opuesto a terceros deberá estar inscripto en el Registro de la Propiedad. Conforme: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 579, págs. 388-9; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 338, pág. 250.

(72) De acuerdo: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 570, pág. 383, y su anotador Acuña Anzorena, en nota 244a); Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 94.

(73) En el mismo sentido: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 570, pág. 384.

(74) Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 94; Rezzónlco, *op. cit.*, t. I, pág. 339, nota 86. En sentido similar: Segovla, *op. cit.*, t. I, pág. 389, nota 91.

(75) Unidos de la debida autorización Judicial, Conforme: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 564, pág. 380; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 339, pág. 251; Baudry Lacantinerle y Saignat, *op. cit.*, t. 17, n° 621 y sigts.; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 193, pág. 210.

C) Pérdida de la cosa: situación un poco difícil de ocurrir en nuestra legislación, porque el pacto está limitado a bienes inmuebles. Sin embargo pueden presentarse las siguientes situaciones: a) causa natural: un ejemplo de ella sería el anegamiento de una isla, en la cual se encontraba el inmueble objeto de la retroventa; b) fuera del comercio: cuando una ley declara fuera del comercio a un determinado inmueble; c) expropiación: en este caso puede el vendedor reclamar la indemnización que el Estado abonó.

23. *Legislación comparada.* A) Respecto al problema suscitado sobre la forma de ejercer el retracto, en la doctrina extranjera (ver *supra* n° 17).

No obstante destacamos lo dispuesto por el Código italiano dada su originalidad: "El vendedor decae del derecho de retracto si dentro del término fijado no comunica al comprador la declaración de rescate y no le abona las sumas líquidas debidas por el reembolso del precio, de los gastos y de cualquier otro pago legítimamente hecho para la venta. Si el comprador se niega a recibir el pago de tales reembolsos, el vendedor decae del derecho de rescate, cuando no haga oferta real dentro de los ocho días a contar del vencimiento del término. En la venta de bienes inmuebles la declaración de retracto debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad" (artículo 1503).

B) En lo referente a quiénes pueden ejercerlo, no permite la cesión el Código chileno (artículo 1884). En cambio lo autoriza expresamente el Código uruguayo (artículo 1749).

El Código francés permite a los acreedores el ejercicio del retracto, pero el comprador podrá oponerles el beneficio de excusión (artículo 1666); en forma similar el español establece que los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador, sino después de haber hecho excusión en los bienes del vendedor (artículo 1512).

C) Sobre la pluralidad de retrayentes, sea por resultancia material en que venden "todos", o por resultancia personal, determinan el requisito de la unanimidad los Códigos brasileño (artículo 1643) y peruano (1434). En cambio lo permiten ejercer en forma individual, pero concediendo al comprador la facultad de oponerse a ello, solicitando el acuerdo de todos, los Códigos francés (1668-70), español (1514-5) e italiano (1507), y este último agrega que si no hay acuerdo entre los retrayentes igualmente puede ejercerse el derecho por una parte.

En el caso de resultancia material con ventas "separadas", los Códigos francés (1671), español (1516) e italiano (1508) autorizan el ejercicio separado de la acción por la porción respectiva.

D) Autorizan el ejercicio contra los herederos del comprador, los Códigos francés (1672), español (1517), uruguayo (1751) e italiano (1509).

Asimismo permiten ejercerlo contra los terceros adquirentes, aunque no hubieren conocido la cláusula, los Códigos francés (1664), español (1510), brasileño (1142) e italiano (1504).

CAPÍTULO IV

Efectos

24. *Preliminar.* Al estudiar los efectos del pacto de retroventa es necesario distinguir los anteriores al vencimiento del plazo para ejercerlo, de los posteriores a él, y dentro de ellos, diversas situaciones.

Conforme a ello y para facilitar su estudio adoptamos la siguiente metodología:

I. Anteriores	A) Comprador	<ul style="list-style-type: none"> a) Actos de administración b) Actos de disposición c) Ejercicio de acciones posesorias y reales d) Pérdidas a su cargo, salvo ejercicio del rescate e) Frutos
	B) Vendedor	<ul style="list-style-type: none"> a) Naturaleza de su derecho b) Actos de disposición: no puede ejercerlo c) Actos de administración: no puede ejercerlo d) Puede cederlo e) Puede solicitar medidas conservatorias f) Ejercer el derecho en cualquier momento
	C) Terceros adquirentes	Sus derechos están en expectativa

II. Posteriores	1) No ejercita	Se consolidan los derechos del comprador y de los terceros		
	2) Ejercita	A) Momento en que queda resuelta		
		B) Rescatante	Derechos	<ul style="list-style-type: none"> a) Recuperar la cosa b) Accesorios c) Pérdidas d) Acción real e) Prescripción
			Obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> a) Precio b) Gastos c) Mejoras no voluntarias d) Respetar actos de administración. Problemas sobre locaciones prorrogadas
		C) Comprador	Derechos	<ul style="list-style-type: none"> a) Recibir precio b) Gastos c) Mejoras d) Derecho de retención
			Obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> a) Devolver cosa b) Accesorios c) Pérdidas y deterioros d) Frutos. Compensación con intereses
		D) Terceros adquirentes	Sus derechos caen, incluso los adquiridos por ejecución forzada	

A continuación analizaremos cada una de estas situaciones, pero antes queremos destacar que en las mismas juegan permanentemente las disposiciones del dominio imperfecto y de la condición resolutoria.

25. I. — *Anteriores al vencimiento del plazo: A) Comprador.* Como lo hemos estudiado al referirnos a la naturaleza jurídica del pacto de retroventa (ver *supra* n° 7) al comprador se le entrega la cosa vendida "bajo condición resolutoria" de que el vendedor ejerza el derecho de retracto.

De ese modo el comprador adquiere la cosa pero sólo disfruta, conforme a los artículos 2661 y siguientes, de un dominio imperfecto y esencialmente revocable.

En virtud de ese derecho de carácter claudicante, según la feliz expresión de Puig Brutau ⁽⁷⁶⁾, el comprador es dueño de la cosa en tanto la condición esté subordinada a un acontecimiento incierto y futuro. Y así se presentan las siguientes consecuencias:

Puede realizar toda clase de actos de administración, y si luego el vendedor ejerce el derecho de retracto y recupera la cosa, deberá respetarlos (art. 2670, *in fine*), entre ellas las locaciones que hubiese celebrado ⁽⁷⁷⁾.

Problema interesante es el suscitado por los contratos de locaciones prorrogados por las leyes de emergencia (ver *infra* n° 31).

Además, debe observarse si las locaciones celebradas no encierran un precio vil o una duración excesiva, casos en los cuales se podría pedir su nulidad por dolosos ⁽⁷⁸⁾.

Puede también efectuar toda clase de actos de disposición (venta, permuta, hipoteca, constituir usufructos, servidumbres, etc.), pero ellos estarán sujetos a la condición resolutoria, pues no puede transmitir más derechos de los que se tienen (arts. 2670 y 3270) ⁽⁷⁹⁾. En caso de cumplirse la condición todos esos derechos quedan extinguidos.

Puede el comprador ejercer las acciones reales y posesorias ⁽⁸⁰⁾, porque de ese modo salvaguarda su propiedad, aunque es imperfecta, y eventualmente la del vendedor.

Si la cosa se pierde o deteriora, ello corre por cuenta del comprador. Pero si luego el vendedor ejerce el derecho de rescate, aquél no responderá por el caso fortuito o la fuerza mayor que hubiera causado el deterioro. En cambio sí lo hará si lo fue por su culpa o dolo (art. 1385).

Los frutos producidos por la cosa, pendiente la condición, son para el comprador (arts. 557, 590, inc. 1°).

26. B) *Vendedor, a)* La doctrina francesa para determinar estos efectos ha analizado cuál es la naturaleza jurídica del derecho del vendedor antes del vencimiento del plazo para ejercer el retracto, es decir, mientras está pendiente la condición. Y así se han propuesto dos teorías:

1) Esa facultad es un simple derecho personal *ad rem*, o sea a readquirir la propiedad. Por ello las enajenaciones o gravámenes que él contrate no tendrán sino el carácter de un compromiso personal ⁽⁸¹⁾.

2) El derecho del vendedor es a la vez real y personal, pues se está en presencia de una condición suspensiva —reverso del derecho bajo condición resolutoria del comprador—. Entonces él puede realizar actos de disposición pero sujetos al cumplimiento de esa condición ⁽⁸²⁾.

Pero esta cuestión planteada en el Derecho francés, en el cual la transmisión de la propiedad se opera por el mero consentimiento, la consideramos carente de importancia en nuestra legislación, ya que en ésta se exige la tradición y la escritura pública para configurar la

(76) Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen II, Barcelona, 1956, pág. 338. A su vez Jossierand, *op. cit.*, t. II, vol. II, n° 1162, pág. 112, observa que mientras la condición está en suspenso, el comprador sigue siendo propietario de la cosa, que puede, por tanto, enajenar o gravar con derechos reales, pero entendiéndose que el adquirente o los titulares de derechos reales no tendrán, lo mismo que él, más que derechos sujetos a resolución y cuya suerte quedará subordinada al ejercicio o caducidad de la facultad de retracto.

(77) En la jurisprudencia: Cám. Nac. Civ., Sala C, 6-11-1962, *El Derecho*, t. 6-152, L. L., 101-15.

(78) De acuerdo: Borda, *op. cit.*, t. I, n° 341, pág. 252; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, t. 17, n° 655.

(79) En la jurisprudencia: Cám. 2° Apel. La Plata, Sala I, 4-4-1944, L. L., 34-222

(80) Conforme: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 572, pág. 385;

(81) La propician: Pothler, *Oeuvres*, t. 3, "Traité de la vente", edición anotada por Bugnet, París, 1847, n° 387; Colín y Capitant; Aubry y Rau, *op. cit.*, t. 4, párrafo 357, texto y notas 29 a 33; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 573, pág. 385

(82) La sostienen: Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, nos. 641 a 645; Guillaouard, *op. cit.*, t. 2, n° 660; Laurent, *op. cit.*, t. 24, nos. 392-5; Jossierand, *op. cit.*, t. II, vol. II, n° 1162, pág. 112; Troplong, *op. cit.*, t. 2, n° 698; Duvergier, *op. cit.*, t. 2, n° 29; Hue, *op. cit.*, t. X, n° 183.

transmisión del dominio (ver sin embargo *supra*. N° 3, respecto al requisito de la escritura en lo referente al pacto de retroventa).

De ese modo el vendedor que no posee el bien, estará imposibilitado de disponer del bien o de gravarlo.

Y si celebra un contrato con ese objeto, deberemos distinguir según que haya o no informado al otro contratante de su situación. Si lo ha hecho, ese acuerdo sólo importará un compromiso de su parte. Si no lo ha hecho, se podrá estar en presencia del incumplimiento del contrato, e incluso podría llegar a configurarse el delito de defraudación.

b) De acuerdo a nuestro criterio, entonces, el vendedor no podrá realizar ningún acto de disposición ⁽⁸³⁾.

c) Tampoco podrá efectuar actos de administración por la misma razón.

d) En cambio, sí puede cederlo, porque expresamente se lo autoriza el artículo 1386 (ver *supra* n° 18).

e) Además puede solicitar medidas conservatorias, ya que de ese modo se garantiza que su derecho eventual al bien objeto de la retroventa conserve su valor.

f) Por último, dado que el plazo se establece a su favor, él puede ejercer el derecho de retracto en cualquier momento anterior a ese vencimiento ⁽⁸⁴⁾.

27. C) *Terceros adquirentes*. Los derechos de los terceros adquirentes quedan en expectativa, por el mismo hecho de estar la venta sujeta a un hecho incierto y futuro, como lo es la condición resolutoria.

28. II. – *Posteriores al vencimiento del plazo*: 1) *No ejercita*. Si el plazo ha vencido y no se ha ejercitado el pacto de retroventa, la condición resolutoria habrá fallado y en consecuencia se consolidan los derechos del comprador (art. 1382) (ver *supra* n° 13).

De ese modo todos los actos de disposición que hubiere realizado el comprador quedan firmes ⁽⁸⁵⁾.

Este efecto se produce por el mero vencimiento del plazo, de pleno derecho, es decir, sin necesidad de Interpelación judicial o extrajudicial.

Asimismo se consolidan todos los derechos adquiridos por los terceros,

29 - 2) *Se ejercita*: A) *Momento en que queda resuelta*. El ejercicio del derecho de retracto por parte del vendedor produce la resolución del contrato de compraventa con efectos retroactivos.

En consecuencia las partes deben restituirse lo que recíprocamente habían recibido, o sea, el comprador la cosa y el vendedor el precio.

Todo ello con el fin de que las cosas vuelvan al ser y estado que tenían al realizarse la venta.

Pero cabe preguntarse: ¿en qué momento queda resuelto el contrato? En su respuesta se ha bifurcado la doctrina; unos consideran que cuando se manifiesta la voluntad de recobrar la cosa ⁽⁸⁶⁾; otros la fijan al momento en que se restituye el precio recibido y los gastos efectuados ⁽⁸⁷⁾.

En nuestra opinión, y en forma similar a lo que expusimos sobre la forma de ejercicio del pacto de retroventa (ver *supra* n° 17), estimamos que para que se produzcan los efectos de la retroventa, es decir, para determinar el momento en que queda resuelta la venta, debemos distinguir según que las partes estén de acuerdo o no con el ejercicio del retracto. Si lo están, dado que la situación no crea ningún problema, bastará la mera declaración. En cambio si no lo están deberá el vendedor demandarlo judicialmente, teniendo por aplicación del artículo 1201 la opción de cumplir con su obligación de restitución del precio o sólo ofrecerlo hacer.

Coadyuva a nuestra interpretación de que no es necesario efectuar la restitución, la redacción del artículo 1384 que establece que "el vendedor... no puede entrar en posesión de la cosa, sino después de haber satisfecho estas obligaciones" (reembolsar precio, gastos, etc.). Es decir, que sólo se le impide entrar en posesión, otorgándose un derecho de retención al

⁸³ De acuerdo: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 573, pág. 385; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 190, pág. 208.

⁸⁴ Lo deja traslucir: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 574, pág. 385; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 341.

⁸⁵ Conforme: Llerena, *op. cit.*, t. V, pág. 108; Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 560, pág. 378; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 342; Laurent, *op. cit.*, t. 24, nos. 397-8; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 614; Troplong, *op. cit.*, t. 2, n° 713.

Guillouard, *op. cit.*, t. 2, n° 665; Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 343 y sigts., nota 92.

⁸⁷ Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 617;

comprador, pero no se establece que la resolución no tiene lugar, sino por el contrario trasluce perfectamente que la propiedad ha vuelto al vendedor, aun sin cumplir con sus obligaciones.

Por otra parte destacamos que en caso de haberse otorgado escritura pública del contrato de compraventa, deberá hacerse una nueva al ejercerse el retracto, a los efectos de inscribir nuevamente a nombre del vendedor, el dominio del inmueble ⁽⁸⁸⁾. Si el ejercicio se hace por la vía judicial, podría bastar el testimonio de la sentencia que expida el Juzgado para su correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

30. B) *Rescatante: Derechos*. El uso de la facultad de retrotraer por parte del vendedor implica una serie de derechos en su favor:

a) Recuperar la cosa vendida.

b) Recobrarla con sus accesorios y mejoras no voluntarias y los frutos pendientes.

c) Que las pérdidas o deterioros producidos en la cosa por culpa o dolo del comprador corran por cuenta de éste.

d) Gozar de una acción real contra los terceros adquirentes para recuperar la cosa vendida.

e) Prescripción.

Respecto a los tres primeros nos remitimos a su contrapartida, o sea las obligaciones del comprador (ver *infra* n° 33); y sobre el cuarto ver *supra* n° 20 c) e *infra* n° 34.

El último derecho consiste en la facultad que tiene el vendedor que es objeto de una acción de reivindicación, para unir el tiempo de su posesión a aquél en que la cosa estuvo en poder del comprador, y así poder oponer la excepción de prescripción adquisitiva. Esta solución se adopta, sea por considerar que la cosa no salió del patrimonio del vendedor, sea porque se conceptúa que hubo sucesión efectiva en la posesión de la cosa (argumento art. 4005) ⁽⁸⁹⁾.

31. C) *Rescatante: Obligaciones*. El ejercicio del retracto hace nacer diversas obligaciones para el vendedor establecidas por el artículo 1384: "El vendedor queda obligado a reembolsar al comprador, no sólo el precio de la venta, sino los gastos hechos por ocasión de la entrega de la cosa vendida, los gastos del contrato, como también las mejoras en la cosa que no sean voluntarias; y no puede entrar en posesión de la cosa, sino después de haber satisfecho estas obligaciones".

Es decir que debe:

a) Restituir el precio establecido en el contrato que puede ser mayor, igual o menor al de compra (ver *supra* n° 2 y 14), sin importar el mayor o menor valor que haya adquirido la cosa en el interín.

b) Reembolsar los gastos que hubiere realizado el comprador para la entrega de la cosa, como asimismo los gastos del contrato, tales como escrituración y sellado.

c) Reembolsar las mejoras no voluntarias, es decir, las necesarias y útiles. Las primeras deberán reintegrarse íntegramente, aunque se hubieran deteriorado o destruido por caso fortuito; en tanto que las útiles sólo lo serán si existen al tiempo de la restitución ⁽⁹⁰⁾. En ambos casos lo serán en razón de los gastos efectuados por el comprador, y no por el mayor valor resultante para la cosa, y su valuación se hará al tiempo de la restitución (por aplicación de los arts. 589 a 591, 2427 y concordantes).

Puede plantearse el caso de que el comprador realizare mejoras útiles por un alto monto con el objeto de imposibilitar el ejercicio de retracto por el vendedor; en tal caso éste puede solicitar al juez le exima de esas restituciones ⁽⁹¹⁾. Su decisión depende de una cuestión de hecho.

Respecto a las mejoras voluntarias, el comprador puede retirarlas siempre que puedan separarse sin que la cosa se destruya (arts. 1620, 2° parte, 2441, última parte); pero si el vendedor se presta a abonarlas, debe el comprador dejarlas (art. 1620, última parte).

d) Por otra parte, el vendedor está obligado a respetar los actos de administración que hubiere realizado el comprador.

(88) De acuerdo: Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 343, nota 90.

(89) Conforme: Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 580, pág. 389; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 348, pág. 257; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 636; Huc, *op. cit.*, t. X, n° 184; Gullouard, *op. cit.*, t. 2, n° 657; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 205, pág. 221.

(90) En forma similar: Jossierand, *op. cit.*, t. II, vol. II, n° 1158, pág. 110.

(91) De acuerdo: Borda, *op. cit.*, t. I, n° 344, pág. 254; la jurisprudencia francesa; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 201, 49, pág. 218; Laurent, *op. cit.*, t. 24, n° 404; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 648. En idéntico sentido la jurisprudencia española que cita y aprueba Puig Peña, *op. cit.*, t. IV, vol. II, pág. 139.

Un problema interesante se plantea con los contratos de locación prorrogados por las leyes de emergencia. Según el artículo 2670 no caben dudas que los contratos de locación deben respetarse, y ello porque el fin de la ley es que el titular de un dominio —aunque sea revocable— ejerza actos de administración, pues si no se correría el riesgo de convertirlo en improductivo (92). Incluso la nota al artículo 1498 *in fine* confirma que el arrendamiento celebrado por el comprador queda firme. Pero ¿qué sucede con los que son prorrogados por las leyes de emergencia dictadas en los últimos lustros? Opinamos que deben ser considerados como actos de disposición (93), y en virtud de ello quedan resueltos por el ejercicio de la facultad de retrotraer, porque ellos no caben dentro del régimen legal de las locaciones previsto por Vélez al redactar el Código.

32. D) *Comprador: Derechos*. El uso de la cláusula de retroventa por parte del vendedor, origina diversos derechos a favor del comprador:

- a) Recibir el precio establecido.
- b) Recibir los gastos de entrega y del contrato.
- c) Recibir el reembolso de las mejoras no voluntarias.
- d) Ejercer el derecho de retención hasta tanto no sean cumplidos los precedentes derechos.

Los tres primeros fueron ya estudiados en el punto anterior al referirnos a su contrapartida, o sea las obligaciones del vendedor.

Respecto al derecho de retención, se lo infiere del artículo 1384 *in fine* al disponer que el vendedor "no puede entrar en posesión de la cosa, sino después de haber satisfecho estas obligaciones". Es decir, que el comprador goza del derecho de retención y puede rehusarse a la entrega del bien, hasta tanto no cumpla con sus obligaciones el vendedor, evitando de ese modo un enriquecimiento indebido. Por ello rigen las disposiciones de los artículos 3939 y siguientes.

33. E) *Comprador: Obligaciones*. Una vez ejercitado el derecho de retracto, determina el artículo 1385 que "el comprador está obligado a restituir la cosa con todos sus accesorios, y a responder de la pérdida de la cosa y de su deterioro causado por su culpa".

Es decir que surgen las siguientes obligaciones para el comprador, a las cuales se hace extensiva la aplicación de los artículos 575 y siguientes.

Devolver la cosa al vendedor.

Restituirla con todos sus accesorios, los cuales comprenden: 1) las mejoras necesarias y útiles; respecto a las voluntarias, ver *supra* n° 31 c); 2) los aumentos que hubiera experimentado la cosa y que pueden provenir de accesión o aluvión; 3) los tesoros que se descubrieren en la parte que corresponden al dueño del suelo (94).

Respecto a los frutos corresponde distinguir las siguientes situaciones: 1) Percibidos: según el artículo 1383 "recuperando el vendedor la cosa vendida, los frutos de ésta serán compensados con los intereses del precio recibido", con lo cual razonablemente Vélez se apartó de Goyena que no admitía la compensación. 2) Pendientes: los cuales a su vez deben diferenciarse según: A) Sean manifiestos o hayan nacido al tiempo de la venta y del retracto; B) No hayan nacido al tiempo de la venta, pero sí al de la retroventa. En el primer caso, son los frutos para el vendedor, en el segundo se prorratan entre las partes conforme al tiempo de la producción, impidiéndose de ese modo la mala fe que puede inspirar al vendedor al ejercer el derecho de retracto en vísperas de la percepción de frutos (95).

(92) Jossaftd, *op. cit.*, t. II, vol. II, n° 1163, 29, págs. 113-4.

(93) Conforme: Borda, *op. cit.*, t. I, n° 341, pág. 251, y n° 613, págs. 434-5. Para calificar de este modo a la locación, nos atenemos a los conceptos que sobre actos de disposición, administración y conservatorio ha dado Orgaz, Alfredo, en *Nuevos Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires. 1954. "El Acto de administración en el Código Civil", pág. 43 y sigts., en especial 62-3. Allí define al acto de disposición como aquel que, importando o no una enajenación, altera o modifica sustancialmente los elementos que forman el capital, o bien compromete su porvenir por largo tiempo. Al acto de administración como aquel que, importando o no una enajenación, además de conservar los capitales, tiene por fin hacerles producir los beneficios que normalmente pueden ellos suministrar al propietario, de acuerdo con su naturaleza y su destino. Y por último dice que el conservatorio es aquel que, importando o no una enajenación, sólo tiene por objeto preservar un valor patrimonial en peligro.

(94) De acuerdo: Machado, *op. cit.*, t. IV, pág. 89; Segovia, *op. cit.*, t. I, pág. 388, nota 82; Acuña Anzorena, en Salvat, *op. cit.*, t. I, n° 577, nota 251 a. pág. 387; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 346 a), pág. 255; Aubry y Rau, *op. cit.*, párrafo 357, nota 16; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 653; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 204, pág. 220, nota 2.

(95) De este modo seguimos el criterio del Código español (artículo 1519). De acuerdo con el prorrato: Rezzónico, *op. cit.*, t. I, pág. 349; Borda, *op. cit.*, t. I, n° 346 c), pág. 255; Aubry y Rau, *op. cit.*, párrafo 357, texto y nota 19; Baudry Lacantinerie y Saignat, *op. cit.*, n° 651; Laurent, *op. cit.*, t. 24, n° 408; Guillouard, *op. cit.*, t. 2, n° 672; Planiol-Ripert-Hamel, *op. cit.*, t. X, n° 204, pág. 220.

No obstante estas soluciones, destacamos que las partes pueden convenir lo contrario, ya que no afectarían ningún principio de orden público (arts. 1197 y 1363).

34. *F) Terceros adquirentes.* Los terceros pueden haber adquirido derechos por contratos de compraventa, permuta, cesión, donación, préstamos con hipoteca, usufructo, servidumbres activas, prenda, legado, sucesión universal, etcétera.

Todos estos derechos caen cuando se ejercita el pacto de retroventa. Ellos quedan sin efecto, aniquilados.

Y para efectivizar el ejercicio de su derecho, el vendedor puede reivindicar el inmueble contra esos terceros poseedores (artículo 1388) y puede hacer cesar los gravámenes que constituyó el comprador sobre ese bien (ver *supra* n° 20 c]).

Todo ello aunque no se hubiere expresado en el contrato.

Indudablemente que los efectos de la resolución son graves, pero se debe tener en cuenta que ellos mismos, voluntariamente, se expusieron a esa posibilidad (arts. 554, 2670 y concordantes) ⁽⁹⁶⁾.

También caen los derechos que pueden haber adquirido los acreedores por ejecución forzada ⁽⁹⁷⁾.

En cambio valen los actos de administración que hubiere efectuado el comprador (ver *supra* n° 31 d]).

Por otra parte los terceros que hubiesen contratado con el vendedor pendiente la condición, tendrán derecho a solicitar que cumpla con el compromiso contraído (ver *supra* n° 26).

35. *Legislación comparada.* La legislación comparada, como la nuestra, es muy escueta en lo referente a los efectos de la cláusula de retroventa, pues hace extensiva a ella lo dispuesto sobre el dominio imperfecto y la condición resolutoria.

Así se establecen como obligaciones del vendedor que ejercita el derecho de retrotraer, la de pagar el precio, los gastos del contrato y los frutos. Sobre estos últimos el Código español establece la diferencia que nosotros hicimos anteriormente (ver *supra* n° 33 c] 2]).

Por otra parte algunos Códigos fijan como mejoras que deben restituirse, a las necesarias y útiles (1502 del Código italiano), en tanto que otros sólo a las necesarias. Entre éstos se cuentan el chileno (art. 1883) y el uruguayo (1753).

El Código español determina expresamente que el vendedor que recobra la cosa está obligado a respetar los arriendos que hubiese hecho el comprador de buena fe (art. 1520). El italiano lo hace del mismo modo pero agrega que ellos deben ser hechos sin fraude y por un tiempo no superior a los tres años (1505).

Respecto a las obligaciones del comprador, la legislación comparada las determina en forma similar a nuestro Código, es decir devolver la cosa con sus accesorios y responder por los deterioros causados por su culpa (art. 498 del Código alemán).

El Código italiano le reconoce expresamente el derecho de retención hasta tanto no cumpla el vendedor con sus obligaciones (art. 1502).

El Código alemán extiende los efectos contra los terceros adquirentes aún cuando ellos hubiesen llegado al bien debido a enajenación por ejecución forzosa (art. 499).

Por último queremos destacar una singular disposición del Código alemán: "Si el precio convenido para la venta a retro fuese el valor estimativo del objeto en la época en que se retrotraiga, el comprador no será responsable del deterioro, de la pérdida o de la imposibilidad de restituir dicho objeto, ni el vendedor a retro estará obligado a reembolsar los gastos" (art. 501).

(96) Conforme: Rezzónico, op. cit., t. I, pág. 344 y sigts.

(97) En la Jurisprudencia: Cám. 2º Civ. y Com. La Plata, Sala I, 4-4-944, L. L., 34-222.

JURISPRUDENCIA

La indicada en el texto y notas.

BIBLIOGRAFÍA

Argentina:

- Arias, José, *Contratos Civiles*, Buenos Aires, 1939, t. I.
Bibiloni, Juan Antonio, *Ante-proyecto de Reforma del Código Civil*, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1939, t. II.
Borda, Guillermo, A., *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Contratos", Buenos Aires, 1961, t. I.
Lafaiile, Héctor, *Curso de Contratos*, Buenos Aires, 1928, t. II.
Llerena, Baldomero, *Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino*, 3º edición, Buenos Aires, 1931, t. V.
Machado, José Olegario, *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, 1899, t. IV.
Proyecto de Reforma del Código Civil, Edición Gmo. Kraft Ltda., Buenos Aires, 1936.
Rezzónico, Luis María, *Estudio de los Contratos en nuestro Derecho Civil*, 2ª edición, Buenos Aires, 1958, t. I.
Salvat, Raymundo M., *Tratado de Derecho Civil Argentino*. "Fuentes de las Obligaciones", 23 edición, Buenos Aires, 1957, t. I.
Saravia, José M., *El pacto de retroventa en Homenaje a Zenón Martínez*, 1944.
Segovia, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, 1881, t. I.

Extranjera:

- Aubry C. et Rau C., *Cours de Droit Civil Français*, 43 edición, París, 1869-73.
Baudry Lacantinerie, G. y Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, 1900.
Colin, A. y Capitant, H., *Curso elemental de derecho civil*, Madrid, 1930.
Duvergier, J. B., *Le droit civil français*, "Vente", París, t. II.
Enneccerus y Lehmann, *Derecho de obligaciones*, ed. Bosch, Barcelona, t. II, vol. II.
Guillouard, L., *Traité de la vente et de l'échange*, Paris, 1889, t. II.
Hedemann, J. W., *Tratado de Derecho Civil*, vol. III, "Derecho de Obligaciones", Madrid, 1958.
Hue, Théophile, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1897, t. X.
Josserand, Louis, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, "Contratos", Buenos Aires, 1951.
Laurent, F., *Principes de droit civil*, 3ª edición, Bruselas- París, 1878, t. 24.
Marcade, V., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, París, 1855, t. VI.
Mazeaud, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte tercera, volumen III, los principales contratos, Buenos Aires, 1962.
Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, t. V, "Relaciones Obligatorias Singulares", Buenos Aires, 1955.
Mourlon, M. Frédéric, *Répétitions écrites sur le Code Civil*, Paris, 1878, t. III.
Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. X. "Los contratos civiles" con el concurso de Hamel, José, La Habana, 1943.
Pothier, *Oeuvres*, t. 3, "Traité de la vente", edición anotada por Bugnet, París, 1847.
Puig Brutau, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1956.
Puig Peña, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, t. IV, vol. II, Madrid, 1946.
Troplong, M., *Droit Civil Expliqué*. "De la vente", Paris, 1837, t. II.